

***O FIM DA  
RESPONSABILIDADE  
LIMITADA NO BRASIL  
História, Direito e Economia***



**BRUNO MEYERHOF SALAMA**

***O FIM DA  
RESPONSABILIDADE  
LIMITADA NO BRASIL***

***História, Direito e Economia***

*Prefácio de*  
**MARK ROE**

**MALHEIROS  
EDITORES**

 **FUNDAÇÃO  
GETÚLIO VARGAS**

  
**DIREITO GV**  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

***O FIM DA RESPONSABILIDADE LIMITADA NO BRASIL***

***História, Direito e Economia***

© BRUNO MEYERHOF SALAMA

ISBN 978-85-392-0239-3

*Direitos reservados desta edição por*

*MALHEIROS EDITORES LTDA.*

*Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171*

*CEP 04531-940 – São Paulo – SP*

*Tel.: (0xx11) 3078-7205 Fax: (0xx11) 3168-5495*

*URL: [www.malheiroseditores.com.br](http://www.malheiroseditores.com.br)*

*e-mail: [malheiroseditores@terra.com.br](mailto:malheiroseditores@terra.com.br)*

*Composição*

PC Editorial Ltda.

*Capa:*

*Criação: Vânia Lúcia Amato*

*Arte: PC Editorial Ltda.*

Impresso no Brasil

*Printed in Brazil*

05.2014

*Para Rachel,  
que dá cor à minha vida.*



## ***PREFÁCIO***

BRUNO MEYERHOF SALAMA escreveu um livro sobre um grande tema. O foco recai sobre a responsabilidade limitada nas empresas – uma instituição básica do direito societário moderno no mundo todo – de acordo com a qual os sócios arriscam todo o valor investido, mas nada além disso. Geralmente, supõe-se que tal limitação de responsabilidade dos sócios faça com que os mercados de capitais funcionem. É que, se os sócios tivessem que investigar os riscos de responsabilização pessoal em cada investimento que fazem, então os mercados de investimentos seriam mais custosos e bem menores. Isso sugere que a passagem de empresa de capital privado para empresa aberta, com ações negociadas em bolsa, teria passos intermediários, como quando um pequeno grupo de investidores aporta capital em uma empresa fechada; e supõe-se que tais investidores estariam mais propensos a darem à empresa o capital de que ela precisa se soubessem que os investimentos realizados não afetam suas economias privadas, inclusive outros investimentos pessoais. Empresas de sucesso crescem passando por esse estágio intermediário, e então, se estiverem prontas, algumas delas podem finalmente alcançar os mercados de capitais realizando uma oferta pública de ações.

Nessa formulação clássica, a responsabilidade limitada da empresa (na verdade, a responsabilidade limitada dos seus sócios) é um elemento importante para sustentar o processo de crescimento dos negócios. Alguns custos podem surgir, porque os credores podem ser incapazes de receber pagamento da empresa insolvente ainda que os sócios tenham conseguido manter-se solventes. Pode-se dizer que alguns desses credores estavam desde o princípio plenamente informados dos riscos de não serem pagos, e presumivelmente teriam, então, ajustado os termos da contratação com a empresa (inclusive os preços) caso entendessem que o risco de insolvência desta era de fato ponderável.

Mas às vezes os sócios manipulam a empresa para desviar valor para seus próprios bolsos, deixando os credores “a ver navios”. Algumas

soluções surgiram para esse problema, e elas são todas parciais. Alguns credores contratuais da empresa não negociam com a empresa a menos que um sócio lhes dê uma garantia, e, para estes, a responsabilidade limitada pouco importa.

Mas, para os credores que não possuem tal garantia contratual, o Direito anglo-saxão possui regras de vedação à fraude contra credores (*fraudulent conveyance law*) em duas situações: primeiro, se houve uma transferência pela empresa insolvente para o sócio por valor desproporcional (sem *fair consideration*); segundo, se os sócios e a empresa tinham a intenção de fraudar os credores da empresa. Além disso, para alguns credores da empresa a lei simplesmente reduz a barreira da responsabilidade limitada. Por exemplo, alguns estados, como Nova Iorque, atualmente estabelecem a responsabilidade pessoal de administradores por salários não pagos, impõem penalidades criminais e, no caso de empresas não listadas em bolsa, responsabilizam pessoalmente os dez maiores sócios por salários e outros proventos devidos e não pagos aos empregados.

Nesse contexto, o Professor Salama se pergunta por que a responsabilidade limitada no Brasil foi sendo reduzida, e as pressões pelo seu restabelecimento não tiveram sucesso, ao mesmo tempo em que o País consolidava sua posição como uma potência industrial e econômica. De fato, nas últimas décadas foi se tornando cada vez mais fácil para os credores da empresa processarem sócios e administradores, e a pergunta é por que isso ocorreu. Salama argumenta que as doutrinas jurídicas e instituições no sentido da ilimitação de responsabilidade continuamente se desenvolveram no Brasil desde a Era Vargas, quando os créditos trabalhistas passaram a ser favorecidos. Doutrinas fortes a favor da limitação de responsabilidade teriam incomodado um grupo político favorecido por Vargas, e por isso tais doutrinas foram enfraquecendo desde então.

Salama adiante explica que desde os anos 1970 passos adicionais foram dados pelo governo brasileiro para expor sócios e administradores ao risco do negócio, e que isso foi feito para aumentar a arrecadação tributária e reduzir a evasão fiscal. As empresas então buscaram mecanismos para limitar a responsabilidade de sócios e administradores – alguns legítimos, outros não – através de securitizações, interposição de empresas *holding* e outros mecanismos de blindagem ou proteção patrimonial. O sistema jurídico reagiu, teoriza o Professor Salama, para retroagir à situação de responsabilidade substantiva de terceiros – através da “dialética da responsabilidade empresarial”, como analisado no Capítulo 6. Temos aqui um processo dinâmico e inter-relacionado



revelado pelo Professor Salama, não um conjunto mofado de doutrinas jurídicas desconectadas da realidade. Para compreender esse processo, inicia-se com alguns limites à insulação patrimonial de sócios, criados por Vargas, procede-se a seguir ao exame de estruturas contratuais que reverteriam alguns dos constrangimentos então criados e, finalmente, chega-se a posicionamentos judiciais e administrativos que substituem mecanismos formais de limitação de responsabilidade – e isso, elevando o grau de responsabilização de sócios, administradores e outros terceiros a níveis ainda maiores do que os prevalentes no princípio.

Nessas teses, a discussão do enfraquecimento da responsabilidade limitada se prende à política brasileira – não a uma discussão pura e simples de eficiência nem apenas ao exame da evolução doutrinária. Por isso, não é surpresa que o Professor Salama tenha pedido a mim para escrever este prefácio. Eu há muito tempo penso que as explicações para as estruturas societárias básicas (e, muitas vezes, também para as regras societárias) baseadas em economia política são tão importantes quanto as considerações econômicas de eficiência e as considerações doutrinárias relacionadas ao desenvolvimento interno do Direito. Assim, quando me pus a explicar o vigoroso impulso inicial para os mercados de ações nos Estados Unidos e a predominância no modelo americano das grandes empresas por ações com controle disperso entre numerosos acionistas, sem um acionista controlador, eu argumentei que a economia política das finanças corporativas norte-americanas esteve ligada durante os séculos XIX e XX à peculiar economia política dos pequenos bancos norte-americanos, uma estrutura que fez destes os mais peculiares no mundo desenvolvido.

Os bancos norte-americanos não podiam abrir filiais fora de seus estados e, durante um certo período, não puderam ter mais do que uma única agência. Com o diminuto tamanho das instituições norte-americanas de coleta de poupança pública e as eficiências potenciais de grandes firmas industriais no continente norte-americano, estruturas alternativas se tornaram bastante atraentes no século XIX e em boa parte do século XX. Uma delas era justamente a sociedade com ações negociadas em bolsa, com acionistas dispersos e desiguais. A centralização do poder de acionistas nas grandes companhias listadas em bolsa somente se tornou viável nas últimas décadas, particularmente através dos modernos *hedge funds*. Mas a descentralização das finanças americanas no século XIX e na maior parte do século XX vem de um populismo baseado na suspeita das finanças centralizadas, que forçava estas a se manterem pequenas. Eu desenvolvi essa ideia e examinei suas consequências para as finan-

ças corporativas nos Estados Unidos no livro *Strong Managers, Weak Owners*.<sup>1</sup>

Será que havia forças políticas em ação na Europa Ocidental (particularmente durante o pós-Segunda Guerra Mundial quando a Europa foi reconstruída) que explicariam a emergência de novas firmas e novas estruturas? A resposta é positiva. Durante esse período, os trabalhadores das empresas tiveram grande força para obterem retornos elevados sobre os fluxos de caixa das empresas. Em particular, os movimentos de trabalhadores – poderosos na política do pós-guerra – tinham melhores condições para capturar uma proporção maior dos retornos das empresas se estas fossem de propriedade dispersa do que se fossem de propriedade de famílias ou de um único acionista. Esse desencontro significava que os “sócios-donos” (*shareholder-owners*) tinham menos incentivos para pressionar politicamente para a criação de leis e instituições que poderiam facilitar ofertas públicas de ações e propriedade dispersa, porque eles não pretendiam levar suas empresas a público, já que ao fazê-lo perderiam muito dos retornos dessas empresas. Por isso, a estrutura das empresas tendeu a refletir e a se adaptar às realidades da economia política locais, e só sofreu mudanças mais recentemente. Essa tese para a Europa Ocidental foi desenvolvida em *Political Determinants of Corporate Governance*.<sup>2</sup>

E agora, com a obra do Professor Salama, *O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil*, nós entendemos como as doutrinas e estruturas acerca da responsabilidade limitada no Brasil puderam encontrar sua forma atual – não apenas por conta de considerações de eficiência ou da racionalidade interna do Direito, mas também em virtude da economia política brasileira.

Cambridge, Massachusetts, 12 de agosto de 2013

MARK ROE

*David Berg Professor of Law*

Universidade de Harvard

Faculdade de Direito

1. Mark Roe, *Strong Managers, Weak Owners: The Political Roots of American Corporate Finance*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

2. Mark Roe, *Political Determinants of Corporate Governance: Political Context, Corporate Impact*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

## SUMÁRIO

|                                                                        |    |
|------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>Prefácio de MARK ROE</i> .....                                      | 7  |
| <i>Apresentação</i> .....                                              | 21 |
| <i>Prefácio do Autor</i> .....                                         | 25 |
| 1. <i>A Transição de Regimes</i> .....                                 | 25 |
| 2. <i>O Regime de Responsabilidade entre os Fatos e a Lei</i> .....    | 27 |
| 3. <i>A Velha Crise da Responsabilidade Limitada</i> .....             | 29 |
| 4. <i>A Nova Face da Crise</i> .....                                   | 31 |
| 5. <i>A Busca por Soluções Jurídicas</i> .....                         | 33 |
| 6. <i>Lacunas na Literatura Nacional</i> .....                         | 35 |
| 7. <i>Princípios Jurídicos e Incentivos</i> .....                      | 38 |
| 8. <i>A Análise Econômica do Direito e o Contexto Brasileiro</i> ..... | 39 |
| 9. <i>Um Trabalho Pragmático</i> .....                                 | 44 |
| 10. <i>A Missão desta Obra</i> .....                                   | 46 |
| 11. <i>Agradecimentos</i> .....                                        | 47 |
| 12. <i>Sobre o Impulso Inicial para Escrever este Livro</i> .....      | 49 |
| 13. <i>A Quem Este Livro se Destina</i> .....                          | 50 |

### PARTE I – GENEALOGIA JURÍDICO-POLÍTICA

|                                                                                     |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO .....                                                                    | 53 |
| CAPÍTULO 1 – A VELHA REPÚBLICA E O ESQUEMA JURÍDICO<br>LIBERAL (1989-1930) .....    | 57 |
| 1.1 A IMPORTAÇÃO DE MODELOS SOCIETÁRIOS .....                                       | 58 |
| 1.1.1 <i>A Marcha para a Edição do Decreto das Limitadas</i> .....                  | 59 |
| 1.1.2 <i>A Sociedade Limitada como Necessidade da Prática Co-<br/>mercial</i> ..... | 64 |
| 1.1.3 <i>O Debate Europeu Ultramar</i> .....                                        | 68 |
| 1.2 A ECONOMIA POLÍTICA DA LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE .....                      | 73 |

|                                                                                                          |                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.2.1                                                                                                    | <i>A Fiscalidade Herdada do Império</i> .....                    | 73  |
| 1.2.2                                                                                                    | <i>A Relação de Trabalho como Contrato</i> .....                 | 78  |
| 1.3                                                                                                      | <b>CONCLUSÃO PARCIAL</b> .....                                   | 82  |
| <br><b>CAPÍTULO 2 – O ESTADO SOCIAL E O ESFACELAMENTO DA RESPONSABILIDADE LIMITADA (1930-1988)</b> ..... |                                                                  | 85  |
| 2.1                                                                                                      | <b>A EMPRESA NA ERA VARGAS</b> .....                             | 87  |
| 2.1.1                                                                                                    | <b><i>O Modelo Intervencionista</i></b> .....                    | 88  |
| 2.1.1.1                                                                                                  | A Intervenção Econômica .....                                    | 88  |
| 2.1.1.2                                                                                                  | Relações entre Capital e Trabalho .....                          | 90  |
| 2.1.1.3                                                                                                  | Problemas de Efetividade .....                                   | 90  |
| 2.1.2                                                                                                    | <b><i>Do Direito Contratual ao Direito Trabalhista</i></b> ..... | 92  |
| 2.1.2.1                                                                                                  | Impactos da CLT sobre a Responsabilidade Empresarial .....       | 92  |
| 2.1.2.2                                                                                                  | Direito Trabalhista, Corporativismo e Autoritarismo .....        | 94  |
| 2.1.2.3                                                                                                  | O Papel de Vargas na Balança .....                               | 96  |
| 2.1.3                                                                                                    | <b><i>A Nova Fase do Regime Tributário</i></b> .....             | 99  |
| 2.1.3.1                                                                                                  | O Problema Conjuntural .....                                     | 99  |
| 2.1.3.2                                                                                                  | O Problema Estrutural .....                                      | 99  |
| 2.1.3.3                                                                                                  | Efeitos das Reformas .....                                       | 102 |
| 2.2                                                                                                      | <b>A TRIBUTAÇÃO DA EMPRESA SOB DESENVOLVIMENTISMO:</b>           |     |
| o PLANO ORIGINAL                                                                                         | .....                                                            | 103 |
| 2.2.1                                                                                                    | <b><i>A Busca pela Reforma Tributária Estrutural</i></b> .....   | 104 |
| 2.2.1.1                                                                                                  | A Ideia de Racionalização Tributária .....                       | 104 |
| 2.2.1.2                                                                                                  | O Compromisso Possível .....                                     | 106 |
| 2.2.1.3                                                                                                  | O Combate à Evasão Fiscal .....                                  | 109 |
| 2.2.2                                                                                                    | <b><i>A Criação do Código Tributário Nacional</i></b> .....      | 113 |
| 2.2.2.1                                                                                                  | A Marcha para a Edição do CTN .....                              | 114 |
| 2.2.2.2                                                                                                  | Renovação da Doutrina Jurídica Tributária .....                  | 115 |
| 2.2.2.3                                                                                                  | A Legalidade Tributária sob Ditadura .....                       | 116 |
| 2.2.3                                                                                                    | <b><i>A Responsabilidade Tributária</i></b> .....                | 120 |
| 2.2.3.1                                                                                                  | Relação com a Evasão Fiscal .....                                | 120 |
| 2.2.3.2                                                                                                  | Tipologia .....                                                  | 123 |
| 2.2.3.3                                                                                                  | Responsabilidade por Transferência a Terceiros ..                | 128 |
| 2.2.4                                                                                                    | <b><i>A Rigidez do CTN Testada nos Tribunais</i></b> .....       | 129 |
| 2.2.4.1                                                                                                  | A Polêmica sobre o Conceito de “Infração à Lei” ..               | 130 |
| 2.2.4.2                                                                                                  | A Interpretação Originalista .....                               | 131 |
| 2.2.4.3                                                                                                  | A Continuidade com o Regime das Limitadas ....                   | 133 |
| 2.3                                                                                                      | <b>O PREÇO DO MILAGRE ECONÔMICO</b> .....                        | 135 |
| 2.3.1                                                                                                    | <b><i>Fissuras no Regime Liberal Tributário</i></b> .....        | 136 |
| 2.3.1.1                                                                                                  | O Acirramento da Disputa Federativa .....                        | 136 |

|              |                                                                        |     |
|--------------|------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.3.1.2      | Agressividade Fiscal .....                                             | 139 |
| 2.3.1.3      | O Colapso Tributário .....                                             | 144 |
| <b>2.3.2</b> | <b><i>O Formalismo como Problema no Direito Societário</i></b> ....    | 146 |
| 2.3.2.1      | A Desconsideração da Personalidade Jurídica na<br>Jurisprudência ..... | 146 |
| 2.3.2.2      | Reflexos na Doutrina Nacional .....                                    | 149 |
| 2.3.2.3      | A Nova Jurisprudência em Matéria Cível .....                           | 150 |
| <b>2.3.3</b> | <b><i>O Direito Trabalhista a Reboque</i></b> .....                    | 153 |
| 2.3.3.1      | A Limitação Estrita .....                                              | 153 |
| 2.3.3.2      | A Posição Salomônica .....                                             | 154 |
| 2.3.3.3      | A Ilimitação de Responsabilidade .....                                 | 156 |
| <b>2.4</b>   | <b>CONCLUSÃO PARCIAL</b> .....                                         | 158 |

### CAPÍTULO 3 – O ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO E O FIM DA RESPONSABILIDADE LIMITADA (1988-PRESENTE) ..... 159

|              |                                                                                     |     |
|--------------|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>3.1</b>   | <b>O DESCUIDO ORÇAMENTÁRIO COMO PECADO ORIGINAL</b> .....                           | 162 |
| <b>3.1.1</b> | <b><i>A Curiosa Experiência do Desenho Tributário Democrático</i></b>               |     |
| 3.1.1.1      | Comparação com Iniciativas Anteriores .....                                         | 163 |
| 3.1.1.2      | Uma Constituição sem planos .....                                                   | 164 |
| 3.1.1.3      | O descompasso entre receita e gasto .....                                           | 165 |
| 3.1.1.4      | Reformar a tributação, de novo .....                                                | 167 |
| <b>3.1.2</b> | <b><i>A Judicialização da Disputa Tributária</i></b> .....                          | 174 |
| 3.1.2.1      | Ainda o Problema da Sonegação .....                                                 | 174 |
| 3.1.2.2      | A Polêmica sobre a Solidariedade do Sócio em<br>Matéria Previdenciária .....        | 174 |
| 3.1.2.3      | A Polêmica sobre a Responsabilidade Objetiva do<br>Sócio-Gerente .....              | 177 |
| <b>3.1.3</b> | <b><i>A Enganosa Rigidez Jurisprudencial em Matéria Tributária</i></b> .....        | 179 |
| 3.1.3.1      | A Posição do STJ e seus Desdobramentos Práticos .....                               | 180 |
| 3.1.3.2      | Uma Chantagem Judicial? .....                                                       | 185 |
| 3.1.3.3      | Ressalvas .....                                                                     | 185 |
| <b>3.2</b>   | <b>A NOVA FACE DA RESPONSABILIZAÇÃO EMPRESARIAL DE TERCEIROS</b> .....              | 187 |
| <b>3.2.1</b> | <b><i>A Responsabilidade Objetiva de Terceiros no Direito Trabalhista</i></b> ..... | 187 |
| 3.2.1.1      | O Novo Modelo Econômico e a Herança do Trabalho Varguista .....                     | 187 |
| 3.2.1.2      | Crise, Pressão Competitiva e Terceirização .....                                    | 191 |
| 3.2.1.3      | A Consagração do Princípio da Alteridade na<br>Jurisprudência .....                 | 193 |

|              |                                                                   |     |
|--------------|-------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>3.2.2</b> | <b><i>A Desconsideração da PJ Positivada no Direito Civil</i></b> | 200 |
| 3.2.2.1      | Duas Técnicas Distintas                                           | 200 |
| 3.2.2.2      | A introdução Turbulenta pelo CDC                                  | 205 |
| 3.2.2.3      | A Domesticação pelo Código Civil                                  | 210 |
| <b>3.2.3</b> | <b><i>A Regulação no Direito Administrativo e Penal</i></b>       | 213 |
| 3.2.3.1      | A Responsabilização de Terceiros como Técnica Regulatória         | 214 |
| 3.2.3.2      | Da Culpa ao Risco                                                 | 218 |
| 3.2.3.3      | A Imputação Objetiva na Jurisprudência                            | 221 |
| <b>3.3</b>   | <b>DO PLANO DE DESENVOLVIMENTO À NORMA-OBJETIVO</b>               | 223 |
| <b>3.3.1</b> | <b><i>Causas</i></b>                                              | 224 |
| 3.3.1.1      | Desprestígio da Ideia de Plano Desenvolvimentista                 | 224 |
| 3.3.1.2      | Novas Concepções de Desenvolvimento                               | 232 |
| 3.3.1.3      | Mudança no Arranjo Político Brasileiro                            | 233 |
| <b>3.3.2</b> | <b><i>Efeitos Subsistêmicos</i></b>                               | 235 |
| <b>3.3.3</b> | <b><i>Impacto sobre a Segurança Jurídica</i></b>                  | 238 |
| <b>3.4</b>   | <b>CONCLUSÃO PARCIAL</b>                                          | 239 |

## *PARTE II – UM JUÍZO AVALIATIVO*

|            |     |
|------------|-----|
| INTRODUÇÃO | 243 |
|------------|-----|

|                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------|-----|
| <b>CAPÍTULO 4 – PUBLICIZAÇÃO, FUNCIONALIZAÇÃO E IMITAÇÃO</b> | 245 |
|--------------------------------------------------------------|-----|

|            |                                                                                     |     |
|------------|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>4.1</b> | <b>A PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO SOCIETÁRIO COMO SÍNTESE HISTÓRICA</b>                  | 246 |
| <b>4.2</b> | <b>FUNÇÃO SOCIAL COMO VERIFICAÇÃO CONSEQUENCIALISTA DE CONTROLE DE LEGITIMIDADE</b> | 258 |
| <b>4.3</b> | <b>A IMITAÇÃO EFICIENTE REJEITADA</b>                                               | 263 |

|                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------|-----|
| <b>CAPÍTULO 5 – A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE NA BALANÇA</b> | 271 |
|----------------------------------------------------------------|-----|

|              |                                                     |     |
|--------------|-----------------------------------------------------|-----|
| <b>5.1</b>   | <b>VANTAGENS ECONÔMICAS</b>                         | 273 |
| <b>5.1.1</b> | <b><i>Diversificação de Investimentos</i></b>       |     |
| 5.1.1.1      | A Ilimitação de Responsabilidade como Barreira      | 273 |
| 5.1.1.2      | Empreendedorismo e Inovação                         | 275 |
| 5.1.1.3      | Desenvolvimento Institucional e Econômico           | 279 |
| 5.1.1.4      | Dívida ou Capital                                   | 282 |
| <b>5.1.2</b> | <b><i>Compensação pela Aversão ao Risco</i></b>     |     |
| 5.1.2.1      | Investimentos com Valor Monetário Esperado Positivo | 286 |

|                                                                           |                                                                                            |     |
|---------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 5.1.2.2                                                                   | Noção de Aversão ao Risco de Perda .....                                                   | 288 |
| 5.1.2.3                                                                   | Incentivos Gerados pelo Regime de Responsabilidade .....                                   | 290 |
| 5.1.2.4                                                                   | A Limitação de Responsabilidade como Subsídio Implícito .....                              | 290 |
| <b>5.1.3</b>                                                              | <b><i>Redução dos Custos de Monitoramento</i></b>                                          |     |
| 5.1.3.1                                                                   | O Problema da Identidade dos Sócios .....                                                  | 296 |
| 5.1.3.2                                                                   | Pequena Relevância nas Sociedades de Pessoas ..                                            | 297 |
| 5.1.3.3                                                                   | Grande Relevância nas Sociedades de Capital .....                                          | 297 |
| 5.1.3.3.1                                                                 | Perda de Fungibilidade .....                                                               | 297 |
| 5.1.3.3.2                                                                 | Distorção dos Efeitos da Informação Pública .....                                          | 298 |
| 5.1.3.3.3                                                                 | Disciplina do Mercado sobre Administradores .....                                          | 300 |
| <b>5.1.4</b>                                                              | <b><i>Facilitação das Transferências Eficientes de Controle</i></b> ..                     | 300 |
| <b>5.2</b>                                                                | <b>DESVANTAGENS ECONÔMICAS</b> .....                                                       | 303 |
| <b>5.2.1</b>                                                              | <b><i>Viabilização de Investimentos Socialmente Ineficientes</i></b>                       | 303 |
| 5.2.1.1                                                                   | O Conceito Econômico de “Eficiência” .....                                                 | 304 |
| 5.2.1.2                                                                   | Ilustração de Investimento Ineficiente .....                                               | 306 |
| 5.2.1.3                                                                   | Ponderação sobre a Gravidade do Problema .....                                             | 308 |
| <b>5.2.2</b>                                                              | <b><i>Baixo Investimento em Precaução</i></b> .....                                        | 310 |
| 5.2.2.1                                                                   | Investimentos Eficientes em Precaução .....                                                | 310 |
| 5.2.2.2                                                                   | Custo Total e Custo Privado .....                                                          | 312 |
| 5.2.2.3                                                                   | Ressalvas                                                                                  |     |
| 5.2.2.3.1                                                                 | Precificação Contratual de Riscos .....                                                    | 313 |
| 5.2.2.3.2                                                                 | Análise Econômica do Direito sem Fanatismos .....                                          | 314 |
| 5.2.2.3.3                                                                 | Risco e Incerteza .....                                                                    | 315 |
| <b>5.2.3</b>                                                              | <b><i>Escudo para Fraudes</i></b> .....                                                    | 317 |
| 5.2.3.1                                                                   | A Fraude Lucrativa .....                                                                   | 317 |
| 5.2.3.2                                                                   | Da Incerteza na Responsabilização da Empresa ..                                            | 318 |
| 5.2.3.3                                                                   | Efeito do Regime de Responsabilidade Limitada                                              | 320 |
| <b>5.3</b>                                                                | <b>RESUMO</b> .....                                                                        | 322 |
| <b>5.4</b>                                                                | <b>CONCLUSÃO PARCIAL</b> .....                                                             | 322 |
|                                                                           | <i>Apêndice 1 – A Empresa sob a Ótica da Teoria dos Custos de Transação</i> .....          | 326 |
|                                                                           | <i>Apêndice 2 – Nota sobre Estudos Empíricos acerca da Responsabilidade Limitada</i> ..... | 337 |
| <br><b>CAPÍTULO 6 – A DIALÉTICA DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL</b> ..... |                                                                                            |     |
| <b>6.1</b>                                                                | <b>A FUGA DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL NO BRASIL</b> .....                              | 343 |

|              |                                                                               |     |
|--------------|-------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>6.1.1</b> | <b><i>Conceituação</i></b>                                                    | 344 |
| 6.1.1.1      | Aproximação com o <i>Judgment Proof</i> Anglo-Saxão                           | 344 |
| 6.1.1.2      | Distinção ante o <i>Judgment Proof</i> Anglo-Saxão                            | 345 |
| 6.1.1.3      | Esclarecimento sobre o Sentido do Termo <i>Fuga</i>                           | 346 |
| <b>6.1.2</b> | <b><i>Velhos Problemas</i></b>                                                | 347 |
| 6.1.2.1      | Fraude Contra Credores                                                        | 348 |
| 6.1.2.2      | Mau Funcionamento do Sistema Judicial                                         | 348 |
| 6.1.2.3      | Utilização Fraudulenta de Instrumentos de Garantia                            | 349 |
| 6.1.2.4      | Restituições e Exceções à Falência                                            | 350 |
| <b>6.1.3</b> | <b><i>Novos Mecanismos</i></b>                                                | 350 |
| 6.1.3.1      | Criação de Empresas Subsidiárias e Coligadas                                  | 351 |
| 6.1.3.2      | Securitização                                                                 | 352 |
| 6.1.3.3      | Segregação de Ativos no Exterior                                              | 352 |
| 6.1.3.4      | Popularização das Empresas <i>Holding</i>                                     | 354 |
| 6.1.3.5      | Utilização da PJ para Ocultação de Crimes                                     | 355 |
| <b>6.2</b>   | <b>A RESPOSTA DO SISTEMA JURÍDICO</b>                                         | 356 |
| <b>6.2.1</b> | <b><i>Tendências na Responsabilidade Empresarial</i></b>                      | 357 |
| 6.2.1.1      | Relativização da Responsabilidade Societária Limitada                         | 357 |
| 6.2.1.2      | Objetivação                                                                   | 359 |
| 6.2.1.3      | Ampliação dos Centros de Imputação (Responsabilização de <i>Gatekeepers</i> ) | 363 |
| <b>6.2.2</b> | <b><i>Novas Exigências Regulatórias</i></b>                                   | 365 |
| 6.2.2.1      | Regulação para Prevenção de Danos                                             | 365 |
| 6.2.2.2      | Exigência de Seguro Obrigatório                                               | 366 |
| 6.2.2.3      | Capital Mínimo                                                                | 368 |
| <b>6.2.3</b> | <b><i>Aumento da Intervenção Penal</i></b>                                    | 370 |
| 6.2.3.1      | Novos Tipos Penais                                                            | 370 |
| 6.2.3.2      | Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica                                    | 371 |
| 6.2.3.3      | Mudança de Critérios de Imputação                                             | 372 |
| <b>6.2.4</b> | <b><i>Alterações Processuais</i></b>                                          | 373 |
| 6.2.4.1      | Inversões de Ônus Probatório                                                  | 374 |
| 6.2.4.2      | Novas Regras para Penhora                                                     | 375 |
| 6.2.4.3      | Medidas Voltadas à Redução da Duração dos Processos                           | 375 |
| <b>6.2.5</b> | <b><i>Renovação da Cultura Jurídica</i></b>                                   | 377 |
| 6.2.5.1      | Relativização de Formas Jurídicas                                             | 378 |
| 6.2.5.2      | Neoconstitucionalismo                                                         | 379 |
| 6.2.5.3      | Renovação do Direito Civil                                                    | 382 |
| 6.2.5.4      | Funcionalização                                                               | 384 |
| <b>6.3</b>   | <b>PARADOXOS</b>                                                              | 386 |



|              |                                                          |     |
|--------------|----------------------------------------------------------|-----|
| <b>6.3.1</b> | <b><i>Incentivos e Consequências Não Pretendidas</i></b> | 387 |
| <b>6.3.2</b> | <b><i>Algumas Dinâmicas Perversas</i></b>                | 389 |
| 6.3.2.1      | Dificuldades no Recrutamento de Diretores e Conselheiros | 390 |
| 6.3.2.2      | Aumento do Uso de Estruturas de Fachada                  | 392 |
| 6.3.2.3      | Redução da Propensão Para Investir                       | 393 |
| <b>6.3.3</b> | <b><i>Implicações</i></b>                                | 393 |
| 6.3.3.1      | Custos Econômicos                                        | 393 |
| 6.3.3.2      | Danos à Operabilidade do Direito                         | 394 |
| 6.3.3.3      | Danos à Legitimidade do Estado de Direito                | 395 |
| <b>6.4</b>   | <b>RESUMO</b>                                            | 395 |
| <b>6.5</b>   | <b>CONCLUSÃO PARCIAL</b>                                 | 396 |

### **PARTE III – O MODELO DOGMÁTICO**

|                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----|
| INTRODUÇÃO                                                                     | 401 |
| <b>CAPÍTULO 7 – RESPONSABILIDADE COMO ALOCAÇÃO DE RISCO EMPRESARIAL</b>        | 405 |
| <b>7.1 O MODELO DOGMÁTICO BÁSICO</b>                                           | 406 |
| 7.1.1 <i>Responsabilização como Técnica para Alocação de Risco</i>             | 406 |
| 7.1.2 <i>A Variável-Chave: Voluntariedade ou Involuntariedade do Crédito</i>   | 408 |
| 7.1.2.1 A Precificação Voluntária do Risco                                     | 408 |
| 7.1.2.2 Impossibilidade de Precificação de Riscos por Vítimas de Atos Ilícitos | 410 |
| 7.1.2.3 Enunciação do Modelo                                                   | 412 |
| 7.1.3 <i>Externalização de Risco e Compensação Ex Ante Facto</i>               |     |
| 7.1.3.1 Preços como Mecanismos de Transmissão de Informações                   | 412 |
| 7.1.3.2 Preços e Limitação de Responsabilidade do Sócio                        | 414 |
| 7.1.3.3 Implicação Normativa do Modelo Básico                                  | 415 |
| <b>7.2 CRÍTICA AO MODELO BÁSICO</b>                                            | 415 |
| 7.2.1 <i>O Problema da Legalidade</i>                                          | 415 |
| 7.2.1.1 A Imperatividade da Lei                                                | 416 |
| 7.2.1.2 Deve Haver Responsabilização Por Ato Ilícito Causador de Dano          | 416 |
| 7.2.1.3 As Regras de Imputação Objetiva Prevaecem                              | 416 |
| 7.2.2 <i>O Problema da Legitimidade Política</i>                               |     |
| 7.2.2.1 O Modelo Básico Generaliza Demais                                      | 417 |

|                                                         |                                                                            |     |
|---------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------|-----|
| 7.2.2.2                                                 | Os Ramos Jurídicos Autônomos Não Podem Ser Ignorados .....                 | 417 |
| 7.2.2.3                                                 | Limites do Paradigma Filosófico Comutativo .....                           | 418 |
| <b>7.2.3</b>                                            | <b><i>Alguns Limites do Paradigma Econômico da Eficiência Estática</i></b> |     |
| 7.2.3.1                                                 | A Complementaridade da Eficiência Dinâmica ...                             | 420 |
| 7.2.3.2                                                 | Nem Todo Custo Deve Ser Internalizado .....                                | 420 |
| 7.2.3.3                                                 | O Substrato Empírico do Modelo Básico É Questionável .....                 | 421 |
| <b>7.2.4</b>                                            | <b><i>O Problema do Estado como Credor</i></b> .....                       | 422 |
| <b>7.3</b>                                              | <b>O MODELO BÁSICO REFINADO</b> .....                                      | 423 |
| <b>7.3.1</b>                                            | <b><i>Credores Voluntários Privados</i></b> .....                          | 424 |
| 7.3.1.1                                                 | Contratantes Comerciais .....                                              | 425 |
| 7.3.1.2                                                 | Empregados .....                                                           | 427 |
| 7.3.1.3                                                 | Consumidores .....                                                         | 432 |
| <b>7.3.2</b>                                            | <b><i>Vítimas de Ilícitos Cíveis</i></b> .....                             | 436 |
| <b>7.3.3</b>                                            | <b><i>O Estado como Credor</i></b> .....                                   | 440 |
| 7.3.3.1                                                 | O Problema da Legalidade, de Novo .....                                    | 440 |
| 7.3.3.2                                                 | Inadimplemento vs. Ato Ilícito da Empresa .....                            | 441 |
| 7.3.3.3                                                 | Responsabilização Tributária e Dissolução Irregular .....                  | 442 |
| <b>7.4</b>                                              | <b>RESUMO</b> .....                                                        | 451 |
| <b>7.5</b>                                              | <b>CONCLUSÃO PARCIAL</b> .....                                             | 451 |
| <b>CAPÍTULO 8 – EXTENSÕES AO MODELO DOGMÁTICO</b> ..... |                                                                            | 453 |
| <b>8.1</b>                                              | <b>PARÂMETROS PARA CALIBRAÇÃO DE EFEITOS</b> .....                         | 454 |
| <b>8.1.1</b>                                            | <b><i>Extensão da Responsabilidade do Sócio</i></b> .....                  | 454 |
| 8.1.1.1                                                 | Responsabilização Total .....                                              | 455 |
| 8.1.1.2                                                 | Responsabilização Total com Direito de Regresso .....                      | 455 |
| 8.1.1.3                                                 | Responsabilização Proporcional .....                                       | 456 |
| 8.1.1.4                                                 | Conclusão .....                                                            | 457 |
| <b>8.1.2</b>                                            | <b><i>Distinção Conforme o Tipo de Sócio</i></b> .....                     | 458 |
| 8.1.2.1                                                 | Acesso a Informações e Influência como Variáveis-Chave .....               | 459 |
| 8.1.2.2                                                 | Vantagem no Suporte de Risco .....                                         | 460 |
| 8.1.2.3                                                 | Critérios para Distinção dos Sócios .....                                  | 462 |
| 8.1.2.4                                                 | Conclusão .....                                                            | 465 |
| <b>8.1.3</b>                                            | <b><i>Empresas Abertas e Fechadas</i></b> .....                            | 466 |
| 8.1.3.1                                                 | A Distinção Fundamental .....                                              | 466 |
| 8.1.3.2                                                 | Refinamento .....                                                          | 469 |
| 8.1.3.3                                                 | Conclusão .....                                                            | 470 |

|                                                           |                                                             |            |
|-----------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|------------|
| 8.1.3.4                                                   | Nota sobre o Direito Comparado .....                        | 470        |
| <b>8.2</b>                                                | <b>RESPONSABILIZAÇÃO DE EX-SÓCIO .....</b>                  | <b>471</b> |
| 8.2.1                                                     | <i>Imputação Imprescritível .....</i>                       | <i>472</i> |
| 8.2.2                                                     | <i>Imputação pela Ocorrência .....</i>                      | <i>472</i> |
| 8.2.3                                                     | <i>Imputação pelo Ajuizamento .....</i>                     | <i>475</i> |
| <b>8.3</b>                                                | <b>EXTENSÕES DO MODELO .....</b>                            | <b>475</b> |
| 8.3.1                                                     | <i>Responsabilização de Administradores .....</i>           | <i>476</i> |
| 8.3.1.1                                                   | Mecanismos Jurídicos de Transferência de Risco .....        | 476        |
| 8.3.1.2                                                   | Justificativas Econômicas .....                             | 478        |
| 8.3.1.3                                                   | Conclusão .....                                             | 483        |
| 8.3.2                                                     | <i>Responsabilização de Empresas do Grupo Econômico ...</i> | <i>483</i> |
| 8.3.2.1                                                   | A Lógica da Criação dos Grupos .....                        | 484        |
| 8.3.2.2                                                   | Juízo Crítico .....                                         | 487        |
| 8.3.2.3                                                   | Conclusão .....                                             | 489        |
| 8.3.3                                                     | <i>Responsabilização de Contratantes .....</i>              | <i>490</i> |
| 8.3.3.1                                                   | Mecanismos .....                                            | 491        |
| 8.3.3.2                                                   | Efeitos de Primeira e de Segunda Ordem .....                | 493        |
| 8.3.3.3                                                   | Conclusão .....                                             | 495        |
| 8.3.4                                                     | <i>Responsabilização de Não Contratantes .....</i>          | <i>497</i> |
| <b>8.4</b>                                                | <b>RESUMO .....</b>                                         | <b>499</b> |
| <b>8.5</b>                                                | <b>CONCLUSÃO PARCIAL .....</b>                              | <b>500</b> |
| <br><b>CAPÍTULO 9 – EMPRESA PRIVADA E DESENVOLVIMENTO</b> |                                                             |            |
|                                                           | <b>– UMA VISÃO PARA ALÉM DO ECONOMICISMO .....</b>          | <b>503</b> |
|                                                           | <i>Bibliografia .....</i>                                   | <i>511</i> |
|                                                           | <i>Índice Onomástico .....</i>                              | <i>543</i> |



## APRESENTAÇÃO

Empresas são plataformas para a organização de negócios, capital, propriedade e trabalho. Elas se estruturam juridicamente a partir de tipos societários. Estes nada mais são do que abstrações conceituais que qualificam e delimitam direitos, deveres e responsabilidades das partes envolvidas no empreendimento. O Direito se relaciona com o funcionamento das empresas – e, por tabela, com a ordem da sociedade e com o funcionamento de toda a economia – de várias maneiras. A disciplina da responsabilidade empresarial em cada tipo societário é uma delas.

Este livro examina a responsabilidade de pessoas ligadas à empresa. Ocupo-me sobretudo da empresa organizada sob os tipos da *sociedade limitada* e da *sociedade anônima (S.A.)*. Enfoco principalmente a responsabilidade dos sócios, mas trato também da responsabilidade de administradores e contratantes. Em alguns casos, examino também a responsabilidade de certas partes indiretamente ligadas à empresa, como os procuradores dos sócios.

Este não é, no entanto, um livro apenas de direito societário. Aqui procuro lançar um olhar abrangente que integre aspectos econômicos e políticos ao debate jurídico, e que perpassasse os diversos ramos do Direito em que a responsabilidade empresarial esteja hoje na ordem do dia, especialmente o direito societário, trabalhista, tributário e consumerista. Quando necessário para completar o raciocínio, discuto o tema pontualmente também no direito administrativo e penal. Em síntese: interessa-me o fenômeno da responsabilização empresarial, independentemente do ramo do Direito em que seus problemas se ponham. E também por isso, este livro é escrito para o profissional interessado ou atuante em qualquer área do Direito em que a responsabilidade empresarial se ponha como um problema relevante.

Partirei da seguinte constatação: no Brasil, a responsabilidade limitada tal qual originalmente concebida há aproximadamente um século

não existe mais. Salvo casos razoavelmente excepcionais como o das empresas com ações listadas em bolsa – e mesmo nestas, há margem para dúvida em certos casos, e há também exceções –, com grande frequência é possível estabelecer a responsabilidade de sócios e outros terceiros por dívidas de empresas cuja forma societária preveja responsabilidade limitada.

A primeira parte desta obra examina o processo histórico através do qual o regime de responsabilidade limitada estabelecido originalmente em 1919 foi sendo minado, a ponto de, um século depois, encontrar-se praticamente desfeito. Mostrarei que o deslocamento da limitação em direção à ilimitação de responsabilidade de pessoas ligadas à empresa é bastante antigo, antecede em muito a Constituição de 1988, e tem se dado de forma contínua. Esse longo processo histórico se parece com a descrição dada por Proust a certos fenômenos da natureza, fenômenos esses que se produzem “com tamanho vagar que, embora possamos ver cada um de seus diferentes estados sucessivos, por outro lado nos escapa a própria sensação da mudança”.<sup>1</sup> Meu objetivo é formular uma narrativa organizada a respeito desse processo gradualista.

A segunda parte avalia essa transição de regimes, destacando não apenas seus desdobramentos na dogmática jurídica, mas também suas repercussões concretas nos planos econômico e político. De particular interesse, mostrarei que o quadro atual é produto de uma dinâmica de provocação e resposta entre o Estado e os agentes privados sujeitos à normatização estatal. Argumentarei que essa verdadeira *dialética* da responsabilidade empresarial é sistemicamente perigosa, mesmo que possa ser pontualmente desejável. Mostrarei que um ambiente institucional desfavorável pode reduzir o nível de atividade empresarial, mas isso não é tudo: tão ou mais preocupante é empurrar a atividade empresarial para a informalidade e os meios tortos.

A terceira parte está voltada ao aprimoramento do regime jurídico da responsabilidade empresarial. Seu *horizonte*, por assim dizer, é a busca de uma composição pragmática entre a consolidação do Estado Democrático de Direito e o incentivo ao desenvolvimento econômico respaldado pela iniciativa privada. Dentro das fronteiras da legalidade, as proposições doutrinárias aqui contidas têm por objetivo maximizar as vantagens e minimizar as desvantagens de um regime de responsabilidade limitada – e isso porque, como veremos, a responsabilidade limitada

1. Marcel Proust, *Em Busca do Tempo Perdido, no Caminho de Swann* (Mario Quintana, trad.), vol. 1, São Paulo, Globo, 2006, p. 87.

não é nem o idílio de seus entusiastas, nem o pesadelo de seus detratores. De modo que não há aqui nenhum flerte com a *perfeição* do sistema jurídico; apenas com o seu *aperfeiçoamento*.

A noção de *fim da responsabilidade limitada* dá o tom unificador a esta obra. Na primeira parte, representa a própria síntese histórica; na segunda, suscita o questionamento sobre a oportunidade, a conveniência e a direção do aprimoramento do regime atualmente em vigor; e, finalmente, na terceira, é o ponto de partida para um refinamento doutrinário da disciplina jurídica voltado a uma recuperação parcial e qualificada do regime de limitação de responsabilidade.

Num certo sentido, há aqui, então, três livros complementares apostilados em um só. Embora seja perfeitamente possível (e talvez até desejável) ler ou consultar cada parte separadamente, a minha expectativa é a de que o conjunto da obra possa contribuir para uma agenda positiva de pesquisa acadêmica, compromisso político e debate jurídico condizente com o estágio de desenvolvimento intelectual do nosso país.





## **PREFÁCIO DO AUTOR**

*1. A Transição de Regimes – 2. O Regime de Responsabilidade entre os Fatos e a Lei – 3. A Velha Crise da Responsabilidade Limitada – 4. A Nova Face da Crise – 5. A Busca por Soluções Jurídicas – 6. Lacunas na Literatura Nacional – 7. Princípios Jurídicos e Incentivos – 8. A Análise Econômica do Direito e o Contexto Brasileiro – 9. Um Trabalho Pragmático – 10. A Missão desta Obra – 11. Agradecimentos – 12. Sobre o Impulso Inicial para Escrever este Livro – 13. A Quem Este Livro se Destina.*

### **1. A transição de regimes**

Em 1919, no auge da nossa *Belle Époque tropical*,<sup>1</sup> inauguramos o tempo da estrita limitação da responsabilidade societária no Brasil. Naquele ano, com a edição do Decreto 3.708, elevávamos a limitação da responsabilidade do sócio à condição de verdadeira pedra angular da atividade comercial.<sup>2</sup> Era a consagração da estrutura jurídica que tinha na proteção do empreendedor e do comerciante sua diretriz básica.

Rapidamente, contudo, os ares que sopraram mundo afora em meio aos tumultos do entreguerras se fizeram sentir no Brasil. Com o advento do *Estado social*, sob Getúlio Vargas, o *culto* à responsabilidade limitada iniciou seu lento, longo e contínuo declínio. Primeiro, com a edição de regras na esfera trabalhista. Mais adiante, já durante o penoso ocaso do

1. A expressão *Belle Époque* designa um período de cultura cosmopolita na história europeia que vai da segunda metade do século XIX até a eclosão da Primeira Guerra Mundial, em 1914. No Brasil, são comuns as referências a uma *Belle Époque tropical* para designar o período que vai da proclamação da República em 1889 até a década de 1920, e para ressaltar a influência da cultura e instituições europeias, principalmente francesas e italianas.

2. O Decreto 3.708/1919 permitiu a criação de sociedades por quotas de responsabilidade limitada no Brasil. Ele vigeu até 2002, ano da sua revogação pelo novo Código Civil.

regime militar a partir da década de 1970, com regras e interpretações no direito tributário. Adiante, ainda na era dos militares, o mesmo processo chegou ao próprio direito societário.

E então, no período posterior à promulgação da Constituição de 1988, a flexibilização da responsabilidade limitada radicalizou-se. Movimentos legislativos e jurisprudenciais em quase todos os ramos do Direito – trabalhista, tributário, societário, e também consumerista, administrativo e até penal – relativizaram profundamente a separação patrimonial entre empresa e sócio. E logo adiante atingiram outros terceiros ligados à empresa, inclusive o administrador, o contratante, o conselheiro e, em alguns casos, até pessoas sem vínculo contratual com a empresa, como procuradores de sócios. Assim o foco básico do sistema jurídico migrou da proteção do empreendedor para a proteção dos credores da empresa. O pêndulo virou.

A ideia de limitar-se a responsabilidade do sócio ao capital social subscrito perdeu assim muito da sua força. Um século antes, ela fora retratada como uma premente necessidade da vida comercial; mas já na era da internet, passou a ser encarada com grande suspeita. Embora na doutrina contemporânea ainda pipoquem defesas apaixonadas da responsabilidade limitada,<sup>3</sup> e embora as nossas leis e códigos ainda disciplinem expressamente tipos societários de responsabilidade limitada (por quotas e por ações), entendo que já não cabe mais falar propriamente na vigência de um *regime* de responsabilidade limitada no Brasil. Daí a noção de *fim da responsabilidade limitada*.

Como chegamos até aqui? Reconstruir esse percurso histórico – identificar o que chamo de *genealogia jurídico-política* do fim da responsabilidade limitada no Brasil – é o meu primeiro objetivo. Para tanto, sistematizei uma série de doutrinas, leis e principalmente precedentes judiciais – cíveis, trabalhistas, tributários e onde necessário também administrativos e penais – para contar a história da responsabilidade empresarial no Brasil ao longo do século XX. Essa reconstrução que resulta de laboriosa pesquisa em arquivos é inédita e compõe o quadro histórico descrito na primeira parte desta obra.

Meu segundo objetivo é avaliar o regime de responsabilização atualmente em vigor. O que a responsabilidade empresarial de terceiros nos diz sobre a técnica jurídica do nosso tempo? Quais as vantagens e

3. O exemplo mais eloquente que pude encontrar está em Márcio Tadeu Guimarães Nunes, *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*, São Paulo, Quartier Latin, 2007.

desvantagens econômicas de um regime de limitação *versus* um regime de ilimitação de responsabilidade no Brasil? E principalmente (já adiante, este é o objeto do crucial do Capítulo 6 deste livro), quais têm sido as consequências concretas do atual regime para a configuração da atividade empresarial no Brasil? Dessas questões trato na segunda parte.

Finalmente, é preciso apresentar soluções jurídicas. A vida do Direito e do jurista é a prática e a decisão; a contemplação é o mister dos filósofos. A terceira parte desta obra formula um modelo dogmático voltado ao aperfeiçoamento do regime jurídico brasileiro.<sup>4</sup> Tomando a letra da lei como parte inescapável do percurso da construção doutrinária – porque sem vinculação da ação à lei não há Estado de Direito –, busco encarnar em proposições doutrinárias finalidade política, aspiração econômica e técnica jurídica.

## 2. *O regime de responsabilidade entre os fatos e a lei*

A definição do que seja o *regime* de responsabilidade empresarial a vigor requer um exame articulado do ordenamento jurídico e dos fatos sociais. A exegese da legislação societária é importante, mas não basta. A definição do regime de responsabilidade empresarial há de ser encontrada não apenas no texto de lei, mas também nos fatos histórica e empiricamente apreensíveis.

Para organizar o raciocínio, convém começar pela seguinte dicotomia: (i) sob um regime de responsabilidade limitada, somente a

4. A noção de “modelo dogmático” utilizada aqui é inspirada na formulação clássica de Miguel Reale. Em *O Direito Como Experiência*, Reale estabelece uma divisão dos “modelos de direito” em duas subespécies, quais sejam: os “modelos jurídicos” e os “modelos dogmáticos”. Os modelos jurídicos, propõe Reale, se “estruturam graças à integração de *fatos* e *valores* segundo *normas* postas em virtude de um ato concomitante de escolha e de prescrição”. Já os modelos dogmáticos são “elaborados no âmbito da Ciência do Direito como estruturas teórico-compreensivas do significado dos modelos jurídicos e de suas condições de vigência e eficácia na sistemática do ordenamento jurídico” (*O Direito Como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1968, p. 163). Em outra obra, Reale elucida que a finalidade dos “modelos dogmáticos” seria determinar: a) como as fontes podem produzir modelos jurídicos válidos; b) que é que estes modelos significam; e c) como eles se correlacionam entre si para compor figuras, institutos e sistemas, ou seja, modelos de mais amplo repertório (*Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, Saraiva, 25ª ed., 2000, p. 176). Para uma empreitada parecida com a que conduzo aqui, se bem que com escopo reduzido ao direito societário, ver Eduardo Secchi Munhoz, *Empresa Contemporânea e Direito Societário – Poder de Controle e Grupos de Sociedades*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.

empresa responde por suas dívidas – salvo casos excepcionais em que a responsabilidade se estende a terceiros que tenham agido culposamente, especialmente seus sócios e administradores; e, por outro lado, (ii) sob um regime de responsabilidade ilimitada, alguns terceiros (como sócios, administradores, contratantes e às vezes até mesmo não contratantes da empresa) podem ser objetivamente responsáveis pelas dívidas da empresa – salvo casos excepcionais, em que a responsabilidade por dívidas se esgota na própria empresa e os terceiros somente são responsabilizados por ações culposas previstas em lei.

Essa dicotomia de regimes – de responsabilidade limitada de um lado e de responsabilidade ilimitada de outro – representa posições polares, isto é, extremos opostos de um longo espectro. Entre a limitação e a ilimitação há uma série de posições intermediárias. Cada campo do Direito possui regras próprias. Cada pessoa direta ou indiretamente ligada à empresa está sujeita a regras particulares. As regras processuais, especialmente de inversão de ônus probatório e facilitação da defesa de direitos, também variam bastante. E, finalmente, as regras e os princípios jurídicos horizontais (notadamente aqueles retirados do texto constitucional) têm também uma interpretação diferente em cada ramo do Direito. E isso não é tudo: até mesmo a fundamentação da responsabilização objetiva varia caso a caso. As justificativas mais comuns para a objetivação são punir um culpado, indenizar a vítima, distribuir ou realocar riscos, restabelecer a ordem social e prevenir ou incentivar certas condutas antissociais. Conforme varia a fundamentação, varia também a decisão judicial, e, logo, o regime jurídico a vigor em termos práticos. Por tudo isso, a dicotomia entre limitação e ilimitação deve ser tomada sempre com cuidado.

Mas o ponto é que nosso ordenamento jurídico contém regras e princípios regendo a chamada *sociedade limitada* (antigamente chamada de *sociedade por quotas de responsabilidade limitada*). Engana-se, contudo, quem supuser que atualmente o *regime* a vigor de fato nessas sociedades simplesmente seja o de responsabilidade limitada. Quando se observa a profusão de regras e princípios estabelecendo percursos jurídicos para a responsabilização de terceiros, e, ademais, e mais importante, quando se considera a interpretação dada a tais regras e princípios pelo Poder Judiciário e pela Administração, já não cabe mais falar propriamente na vigência de um *regime* de responsabilidade limitada no Brasil. Nesse espectro a que me referi, que parte da limitação e termina na ilimitação, creio que estejamos hoje mais próximos da ilimitação.

Ora, esse processo de flexibilização da responsabilidade societária de terceiros foi e continua sendo impactante, e em alguns casos

traumático. A empresa é claramente o eixo gravitacional da atividade econômica. Segue que mudanças na sua estrutura de responsabilização geram situações inesperadas e, como veremos, diversas consequências não pretendidas, incentivos perversos, insegurança jurídica, movimentação política e, em certos casos, quebras de expectativas legítimas. Daí a relevância prática do que será tratado na presente obra.

### 3. *A velha crise da responsabilidade limitada*

É antiga entre nós a percepção de que o regime de responsabilidades nas empresas esteja em crise. Já em 1969, Rubens Requião punha em questão o assim chamado “absolutismo” da personalidade jurídica nas sociedades de responsabilidade limitada, especialmente porque tais sociedades eram às vezes utilizadas para realizar fraudes.<sup>5</sup> Poucos anos adiante, em célebre obra, Fábio Konder Comparato tratou da responsabilização de acionistas controladores que confundiam seus próprios negócios com os da companhia controlada.<sup>6</sup> A análise mais sistemática dos problemas da limitação de responsabilidade, contudo, coube a J. Lamartine Corrêa de Oliveira, cuja obra, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, de 1979,<sup>7</sup> discorria detalhadamente sobre problemas estruturais e funcionais das sociedades no Brasil.

Para Lamartine, o desafio estrutural residiria no fato de que para um ente jurídico receber a chancela de *pessoa jurídica* – isto é, para ser titular de direitos e obrigações – bastava muito pouco. A sociedade não precisava existir fisicamente; havia relativa liberdade para definir as regras de funcionamento; o capital social geralmente podia ser insignificante; e, ademais, os sócios podiam contratualmente limitar sua

5. Atribui-se a Rubens Requião a primeira menção à doutrina da desconsideração da PJ no Brasil. Vide Rubens Requião, “Abuso de direito e fraude através de personalidade jurídica (*disregard doctrine*)”, *RT*, São Paulo, v. 410, n. 58, pp. 13-24, dez. 1969.

6. Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima* (1976), Rio de Janeiro, Forense, 4ª ed., 2005. Originalmente, o livro fora de autoria apenas de Comparato. A coautoria com Salomão Filho iniciou-se em 2005.

7. J. Lamartine Corrêa de Oliveira, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1979. Sobre a obra de Lamartine, ver a excelente resenha de Rodrigo Xavier Leonardo, “Pessoa Jurídica: Por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira hoje?”, in Rodrigo Pironte Aguirre de Castro (org.), *Concurso de monografias prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira*, Curitiba, Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005.

responsabilidade ao valor do capital social.<sup>8</sup> Esse “minimalismo” da legislação societária teria permitido, então, um exorbitante aumento no uso de entidades personalizadas. Daí vinha, então, o problema funcional, porque algumas dessas sociedades poderiam servir como anteparo para que sócios cometessem fraudes e outros ilícitos.<sup>9</sup> Na visão de Lamartine, essa seria a circunstância a desencadear, já nos anos 1970, a aplicação pelas cortes brasileiras da chamada doutrina da *desconsideração da personalidade jurídica*.

Nas décadas que se seguiram, as tendências identificadas por Lamartine não fizeram senão se aprofundar. Aliás, se considerarmos a recente criação das figuras do Microempreendedor Individual (MEI)<sup>10</sup> e da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), pode-se até dizer que o *minimalismo estrutural* foi em certa medida acentuado.<sup>11</sup> E registre-se: isso ocorreu para promover um fim político perfeitamente legítimo, a saber, o aumento da formalização da atividade empresarial.<sup>12</sup> Tornar fácil e simples a abertura de uma sociedade pode permitir a redução da burocracia e da sonegação fiscal, e em tese facilita o acesso a crédito pelo setor privado.

O problema é que quanto mais minimalista se torna a legislação – isto é, quanto mais modestos são os requisitos para a atribuição de per-

8. Cf. J. Lamartine Corrêa de Oliveira, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, cit., pp. 97 e ss.

9. Para Lamartine, a ideia de crise da função se cristalizava na utilização do instituto da pessoa jurídica, especialmente das sociedades anônimas e das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, em contradição com princípios básicos informadores do ordenamento jurídico. Cf. J. Lamartine Corrêa de Oliveira, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, cit., p. 262.

10. Cf. Lei Complementar 123/2006, alterada pelas Leis Complementares 128/2008 e 139/2011.

11. Se bem que para as EIRELI há uma exigência de capital social mínimo. Cf. Lei 12.441/2011, art. 980-A: “A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País”.

12. Não por outro motivo, são cada vez mais comuns os registros nas juntas comerciais dos chamados “microempreendedores individuais”, previstos na Lei Complementar 128/2008. Um levantamento empírico recente indica, surpreendentemente, que o número de empresários individuais registrados na Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP) já supera o número de sociedades limitadas (1.924.716 contra 1.567.794). Cf. Mariana Pargendler, “O direito societário em ação: análise empírica e proposições de reforma”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 59, 2013, pp. 215-258.

sonalidade jurídica – tanto menor poderá ser a correspondência entre a pessoa jurídica e a pessoa natural. E nisso há um risco de desvirtuamento do instituto da personalidade jurídica, porque se pode usar a pessoa jurídica não apenas para formalizar um negócio legítimo, mas também para esconder, fraudar ou realizar negócios duvidosos ou escancaradamente ilegítimos. Como se vê, os problemas funcionais que se ligam aos requisitos estruturais das pessoas jurídicas não são nem novos, nem triviais.

#### ***4. A nova face da crise***

A difusão no uso de sociedades limitadas teve repercussões admiráveis. À medida que a pessoa jurídica ia sendo usada para fins distintos daqueles para os quais havia sido inicialmente concebida, o Estado e o sistema jurídico reagiam: ora na forma de novas leis, ora na forma de novas interpretações judiciais; e, em ambos os casos, no sentido de abrir caminho e facilitar a responsabilização de terceiros ligados à pessoa jurídica.

Acirrava-se, assim, em vários campos jurídicos, uma dinâmica em que proibições e condicionamentos legais geravam inovações estruturais pelos agentes privados, que com frequência utilizavam pessoas jurídicas para evitar, alterar, reduzir ou mesmo burlar os efeitos originalmente pretendidos pela cada vez mais intrusiva regulação estatal. As inovações dos agentes privados, por sua vez, impulsionavam o Estado a impor novos condicionantes, impulsionando outras inovações pelos agentes privados, e assim sucessivamente, em um jogo infinito de provocação e resposta que está em curso até hoje. Estabelecia-se assim uma verdadeira “dialética” de provocação e resposta na esfera da atividade e responsabilidade empresarial.

Desse modo, surgiam novos e difíceis desafios para o intérprete e o aplicador do Direito. Por exemplo, no direito tributário, distinguir o planejamento tributário da dissimulação tributária; no direito trabalhista, distinguir a terceirização de mão de obra da “precarização” do trabalho em fraude à lei; no direito administrativo e civil, distinguir o negócio jurídico indireto do abuso de forma; no direito processual, distinguir o redirecionamento de execuções do verdadeiro horror jurídico que é o processo sem contraditório; e no direito penal, ponderar sobre a possibilidade jurídica e relevância prática da criminalização de condutas da própria pessoa jurídica. Esses são apenas alguns dos dilemas que passaram a fazer parte do cotidiano do litígio sobre a responsabilidade empresarial de terceiros. A lista é extensíssima.

Em meio à emergência de novas questões jurídicas, situações fáticas inusitadas e até de “especialidades” jurídicas bastante curiosas (como a do assim chamado “engenheiro jurídico”), consolidou-se uma cultura de desconfiança quanto aos esquemas de limitação de responsabilidades de terceiros, que vieram previsto no Decreto das Limitadas, de 1919. Pavimentou-se, assim, o caminho para uma radicalização do processo de relativização da autonomia patrimonial da empresa e de flexibilização da responsabilização societária.

No campo legislativo, o Estado lançou mão de leis cada vez mais intrusivas destinadas a permitir a responsabilização de terceiros por dívidas da empresa, principalmente sócios e administradores. No campo jurisprudencial, a flexibilização da responsabilidade societária também se expandiu rapidamente. Em particular, a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, que inicialmente visara responsabilizar sócios por dívida da empresa no caso de fraudes e abusos, passou a abranger outras circunstâncias não cogitadas por aqueles que originalmente a haviam “trazido” ao Brasil, inclusive o sempre lembrado Rubens Requião.<sup>13</sup>

Entenda-se: no início, o juiz que evocava a doutrina *desconsideração* reconhecia apenas que a estrita limitação da responsabilidade tal qual prevista na lei societária teria, em alguns casos concretos, o efeito prático de tutelar a fraude e o abuso. Nessa leitura, desconsiderar a personalidade jurídica era eliminar a barreira entre a culpabilidade e a responsabilização. Daí a metáfora até hoje muito comum no meio jurídico que equipara a doutrina da *desconsideração* a uma retirada do “véu protetor” da empresa: já sem essa cobertura, a responsabilização poderia finalmente tocar àqueles que de fato agiram ilicitamente.<sup>14</sup>

Mas com o tempo, como se tratará detalhadamente nesta obra, tornaram-se cada vez mais comuns os casos em que sócios, administradores, contratantes e até não contratantes ligados de alguma forma à empresa eram responsabilizados independentemente da comprovação – e às vezes até da alegação – de culpa. E o que é também problemático, em muitos casos isso passou a se dar independentemente da existência de base legal expressa. Embora o quadro não seja o mesmo em todos os

13. Cf. Rubens Requião, “Abuso de direito e fraude através de personalidade jurídica (*disregard doctrine*)”, cit., RT 410/15 (advertindo que o uso exagerado da *desconsideração da PJ* poderia inclusive “destruir o instituto da pessoa jurídica”).

14. Nesse sentido, Antônio Menezes Cordeiro prefere a expressão “levantamento da personalidade colectiva” a “desconsideração”. Cf. *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, Coimbra, Almedina, 2000.



campos do Direito, pode-se dizer que houve uma tendência de deslocamento do foco da responsabilização empresarial da culpa para a dívida: enquanto a primeira tinha que ser provada, a segunda devia apenas ser paga.

O saldo dessa mudança no sistema de responsabilidade empresarial não é ainda totalmente claro. Por certo, houve ganhos. De fato, em alguns casos acabou-se por criar mecanismos para coibir a fraude e para transferir riscos para partes que podiam controlá-los melhor. Como uma grande generalização, pode-se dizer que nesses casos a eficácia e a legitimidade do Estado de Direito foram reforçadas.

Mas em outros casos, houve perdas. Primeiro porque a mudança no sistema de responsabilidade empresarial frustrou legítimas expectativas de pessoas ligadas a empresas que se tornavam insolventes: como se sabe, não são incomuns histórias de pessoas surpreendidas com contas bancárias subitamente bloqueadas em virtude de ordem judicial. Além disso, e mais preocupante, criaram-se dinâmicas perversas – todas difíceis de quantificar, porém perceptíveis – cujos traços marcantes são: a aceleração no uso de estruturas de fachada (*laranjas, testas de ferro* e assim por diante), a informalização de certas relações comerciais e até a relativa dificuldade de empresas no recrutamento de integrantes para suas diretorias e conselhos de administração. Todo esse quadro sugere, ademais, que a alteração do regime de responsabilização empresarial possa também ter sido causadora de perdas econômicas e de redução da propensão ao investimento produtivo, e tudo isso é grave.

## 5. *A busca por soluções jurídicas*

O grande comparatista italiano Rodolfo Sacco escreveu há alguns anos que, “no nosso tempo, enunciar um problema e não saber resolvê-lo era uma vergonha. As novas gerações, refratárias às categorias do certo e do seguro, consideram uma glória indicar o problema, e não a solução”.<sup>15</sup> Não tenho a pretensão de colocar-me como detentor do *certo e do seguro*; porém acredito que seja missão do jurista não apenas encontrar os problemas, mas também tentar resolvê-los doutrinariamente.<sup>16</sup> Para formular tais soluções, tomo três posições como pontos de partida.

15. Rodolfo Sacco, “Metodo del diritto civile e scontri generazionali”, in *La Civilistica Italiana Dagli Anni '50 ad Oggi tra Crisi Dogmatica e Riforme Legislative*, Padova, CEDAM, 1991, p. 1.004.

16. Nesse sentido, José Reinaldo de Lima Lopes, “Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato”, in Christian Courtis (ed.), *Ensayos sobre*

Primeiro, a responsabilidade limitada tem na sua origem uma justificativa essencialmente econômica: encorajar o investimento e a atividade empresarial. Mas é preciso refinar o senso comum, e isso não é tarefa simples. Ao longo do século XX, a imagem que nos foi apresentada da responsabilidade limitada foi consecutivamente corrompida de forma a satisfazer nossos preconceitos. Já é hora de abandonarmos nossas ilusões e entendermos que o regime de responsabilidade limitada tem prós e contras. Para que se possa sopesá-los, refiná-los e calibrá-los, é preciso antes de tudo compreendê-los. Dissecar as vantagens e desvantagens econômicas da responsabilidade limitada é condição *sine qua non* para que se possa refinar o sistema jurídico e progredir com um debate organizado sobre o tema.

Segundo, é preciso inserir a discussão de vantagens e desvantagens econômicas no seu contexto jurídico e político. O exercício imaginativo de aperfeiçoamento doutrinário é interessante – diria mesmo fundamental, porque o progresso das instituições humanas é resultado não só de necessidades concretas, mas também da união de propósito e visão de alguns. Mas o jurista é um ser prático e (ao contrário do filósofo) não pode se dar ao luxo de propor um sistema mental somente belo ou interessante. O objeto da ponderação jurídica é a ação, muito antes da contemplação. Por isso, um modelo dogmático proposto por um jurista – isto é, uma articulação abrangente de um todo normativo que supere a interpretação pontual de cada regra ou princípio individualmente tomado – precisa ser contextualizado. Daí meu firme propósito de realizar uma reflexão verdadeiramente compreensiva, que perpassasse e dê importância à discussão dos textos de lei, mas que nem se limite à exegese, nem se perca em elucubrações metafísicas descoladas dos problemas práticos da empresa, das pessoas a ela ligadas e das políticas públicas que nela se escoram ou dela dependem.

Terceiro, por mais ambiciosa que seja a reflexão, nem tudo precisa ser reinventado, nem todas as questões podem ser respondidas de uma só vez. É certo que quem culposamente comete ato ilícito deve ser obrigado a reparar o dano, e isso vale para o sócio, o administra-

*Metodología de la Investigación Jurídica*, Madrid, Editorial Estrata, 2006, pp. 41-68, p. 53 (“Lo mejor para definir el objeto de un trabajo [*jurídico*] es percibir que su resultado debe ser una conclusión de carácter práctico-normativo, una guía para la acción del tipo ‘esto debe hacerse porque es lo debido’, o ‘esto no debe hacerse porque está prohibido’, o aun ‘esto puede hacerse ya que está autorizado’, o ‘esto debe cambiarse porque es injusto’ (antisonómico), etc.”).

dor ou qualquer outro agente ligado à empresa.<sup>17</sup> O ponto, contudo, é que a realocação de riscos e responsabilidades independentemente de conduta culposa está hoje consagrada. E o problema reside em que essa realocação é hoje muitas vezes feita de maneira pouco criteriosa, a ponto de se tornar frequentemente arbitrária, e, o que é pior, *frequentemente gerando verdadeiros “efeitos bumerangue”, isto é, resultados agregados muito distintos e às vezes frontalmente opostos àqueles originalmente pretendidos*. Há muitos incentivos perversos escondidos ou embutidos nas atuais posturas para responsabilização de terceiros ligados à empresa. Assim, meu objetivo aqui é introduzir critérios que possam pautar soluções racionais e justas principalmente para os casos em que a responsabilização de sócios fuja do padrão clássico de responsabilização pautada pela alegação e prova de um ato ilícito culposo ou doloso.

## 6. *Lacunas na literatura nacional*

A responsabilização de terceiros por dívidas de empresa é hoje um dos temas mais litigados no Brasil.<sup>18</sup> Sintomaticamente, a literatura jurídica sobre o tema é bastante extensa, rica e às vezes sofisticada. Tal literatura, no entanto, possui três lacunas que aqui procuro preencher.

A principal lacuna é a de tratar o tema da responsabilidade de terceiros tal qual teriam feito os proverbiais personagens da clássica parábola *do elefante e dos sábios cegos*. Conta-se que em uma cidade da Índia viviam sete sábios cegos. Certo dia, chegou um visitante montado em um elefante. Os sábios desconheciam aquele animal e logo se puseram a apalpá-lo. O primeiro cego tocou a barriga e concluiu que os elefantes seriam como paredes; o segundo apalpou as presas e pensou que os elefantes teriam a forma de armas de guerra; o terceiro mexeu nas orelhas e pensou serem os elefantes tais quais cortinas ambulantes; e assim, sucessivamente, cada um desses cegos cometeu o erro de pressupor que o todo poderia ser compreendido apenas examinando o particular.

17. Já Caio Mário da Silva Pereira, mesmo ao defender a ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva no Direito brasileiro, lembrava que “a ideia de culpa nunca poderá ser totalmente abolida da problemática da responsabilidade civil”. Cf. *Direito Civil: Alguns Aspectos da sua Evolução*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 124.

18. Isso se pode depreender claramente de Paulo Caliendo *et al.*, *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Série Pensando o Direito do Ministério da Justiça, vol. 29, 2010.

Parece-me que o estudo da responsabilidade empresarial no Brasil sofra de uma desventura parecida. O mais comum é a doutrina examinar os mecanismos de responsabilização de terceiros em cada ramo do Direito, sempre de maneira estanque. Assim, a responsabilização empresarial em matéria trabalhista é tratada como se estivesse dissociada da responsabilização em matéria societária, que por sua vez é tratada como se estivesse dissociada da responsabilização em matéria tributária, e assim sucessivamente no campo administrativo e penal.

Essa observação não deve ser exagerada, e não desejo aqui improvisar um libelo contra a doutrina brasileira. Por exemplo, nos bons livros de direito societário, não são nada incomuns as menções a leis, jurisprudência e doutrina tributária e trabalhista. Contudo, essas discussões geralmente têm um caráter periférico, e no mais das vezes estão tratadas nas notas de rodapé.<sup>19</sup> Por isso mesmo, nos livros de direito societário o que se costuma achar são sugestões, extensões ou “efeitos aplicativos” das conclusões obtidas.<sup>20</sup> Mas como isso é geralmente feito à revelia das discussões já existentes nos outros ramos do Direito, tais implicações e extensões acabam tendo pouco impacto na prática judicial.

Esse tratamento *recortado* traz um ganho em termos de tecnicidade, porque cada ramo do Direito tem princípios, pressupostos políticos, conceitos, jargões e cânones próprios. De fato, a história moderna sugere que se criam subsistemas jurídicos sempre que a sociedade se desenvolve e se diversifica. Dessa ótica, a criação de diversos sistemas pode ser pensada como resultado do próprio desenvolvimento social. E, igualmente, o surgimento de especialistas em cada subsistema pode ser pensado como sinal de evolução social. Acontece que o foco apenas em cada ramo do Direito pode obscurecer e mesmo comprometer a análise dos problemas que surgem da inevitável interação entre esses ramos. Ou seja, o que se ganha em tecnicidade ao enfocar-se apenas um ramo jurídico perde-se na compreensão orgânica do sistema jurídico como um todo. Não desejo aqui, evidentemente, realizar um ataque à autonomia

19. Cf., e.g., Calixto Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, São Paulo, Malheiros Editores, 4ª ed., 2011, nota de rodapé 69, p. 255.

20. A mais ampla realização desse exercício de extensão de conclusões para outros ramos do Direito que pude encontrar está em Eduardo Secchi Munhoz, *Empresa Contemporânea e Direito Societário – Poder de Controle e Grupos de Sociedades*, cit., pp. 312-327 (identificando efeitos aplicativos em relação ao direito concorrencial, direito tributário, direito do consumidor e direito do trabalho, porém fazendo-o em apenas quinze páginas). Ver também Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de Direito Comercial – Teoria Geral das Sociedades – As Sociedades em Espécie do Código Civil*, 2ª ed., vol. 2, São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pp. 95-116.

didática de cada ramo do Direito, o que seria verdadeira perda de tempo. Mas é sempre bom lembrar que o Direito, para ser operável, tem que ser um sistema – se quisermos um elefante, e não um conjunto desconexo de patas, rabo, tromba e barriga.

Um segundo problema é o de que os escritos que se preocupam com a responsabilidade empresarial de maneira mais abrangente não dão importância suficiente à contextualização histórica e política. Com frequência, formulam uma grande teorização partindo de alguma matriz ideológica e depois selecionam a dedo alguns precedentes judiciais que ilustram o viés escolhido.

Dada a complexidade e amplitude dos problemas ligados à responsabilidade empresarial de terceiros, essa estratégia é plenamente compreensível e até certo ponto inevitável. Ideologias são sistemas mentais que simplificam e dão sentido a um mundo hipercomplexo. É por isso que às vezes as ideologias podem ser descritas como verdadeiros mecanismos de *economia informacional*. Se fosse possível depreender e analisar toda a informação existente no mundo, as ideologias talvez fossem desnecessárias: quem sabe, poderíamos simplesmente substituir a reflexão e o juízo prático pelo processamento de dados. Mas como nossos recursos – nosso tempo, conhecimento, capacidade analítica, poder preditivo etc. – são bastante limitados, precisamos recorrer a sistemas simplificadores, tais como ideologias.

O problema então não é o recurso a um viés ideológico: o problema é dar-se pouca importância à contextualização da teorização jurídica. Trabalhos jurídicos costumam conter explicações de um determinado resultado jurídico (por exemplo, analisando a fundamentação de certas decisões) ou, ainda mais frequentemente, conter formulações sobre como atingir determinados resultados no futuro (daí a ideia de “doutrina” jurídica). Mas esses dois tipos de atividades, que se propõem *estritamente jurídicas*, precisam em algum momento ser reconciliadas com os fatos do mundo – e é aqui que surgem as dificuldades, porque o funcionamento do mundo real não pode ser apenas pressuposto, mas deve também ser analisado. Quando isso não é feito, a teoria jurídica se descola da prática e corre o risco de transformar-se em mero artifício retórico.

Esta obra certamente não está livre de ideologias; nenhuma análise jurídica está. Mas o que desejo pontuar, por ora, é que este livro contém um genuíno esforço de ampliação da quantidade de informações, decisões judiciais, legislações e perspectivas para o regramento da responsabilidade empresarial – tudo isso a fim de que se possa apreender o contexto tão bem quanto possível. No fundo, a tentativa aqui é a de

elaborar uma análise mais arejada de um tema que de tão pisado e repisado já se apresenta como verdadeiramente sufocante a quem se dispõe a estudá-lo seriamente.

Finalmente, a literatura brasileira sobre a responsabilização de terceiros por dívidas da empresa tem, a meu ver, uma terceira lacuna. Entendo que falte entre nós uma reflexão mais cuidadosa sobre os incentivos criados por novas legislações e construções jurídicas acerca da responsabilização de terceiros. Ou seja, faltam entre nós parâmetros para uma discussão *pragmática* sobre como redigir e interpretar o Direito. Disso muito me ocupo nesta obra.

## 7. *Princípios jurídicos e incentivos*

São hoje surpreendentemente numerosas as obras que defendem o rompimento com um modelo formalista de interpretação e aplicação do Direito. Não é exagero dizer que no Brasil o lugar comum dos teóricos do Direito seja a rejeição ao estudo e às aproximações exclusivamente exegéticas, filológicas e textuais. No Brasil, nove entre dez teóricos do Direito dirão: o divórcio entre teoria e prática é *insuportável, inaceitável, artificioso, esquizofrênico, nocivo* e assim por diante.

Mas qual tem sido o caminho, na retórica do debate judicial e da produção doutrinária, para a abertura do Direito a concepções sobre a *realidade*? A meu ver, tem sido o reconhecimento da força normativa dos princípios de direito. Só que esse caminho também possui armadilhas.<sup>21</sup> Para ser verdadeiramente profícua, a fundamentação jurídica de decisões judiciais em princípios com grande frequência requer a realização de juízos práticos sobre as repercussões concretas do Direito no mundo real. Aplicar princípios significa, necessariamente, realizar os chamados *testes de proporcionalidade* para solucionar os conflitos entre princípios. Trata-se, como se sabe, daquilo que Robert Alexy famosamente chamou de “mandamentos de otimização”,<sup>22</sup> ou seja, mecanismos para realização do Direito diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, tudo na maior medida possível.

21. De modo eloquente, ver Carlos Ari Sundfeld, *Direito Administrativo para Céticos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 84 (“citar múltiplos, belos e vagos princípios, transcrever páginas e páginas de elogios a eles, manifestar propósitos generosos, nada disso é motivar: é soltar fumaça”).

22. Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1985), trad. port. de Virgílio Afonso da Silva, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 91.

Acontece que a correta aplicação de princípios mediante o teste de proporcionalidade depende, em muitos casos, e talvez na maioria deles, de dados empíricos ou, na sua ausência, pelo menos de juízos probabilísticos, aproximativos ou conjecturais sobre os esperados efeitos concretos de diferentes interpretações. Por conta disso, para além do debate sobre a interpretação abstrata da norma torna-se necessário recorrer-se a juízos de causalidade sobre o efeito das normas no mundo dos fatos.

Digamo-lo, então, de forma clara o que no mais das vezes é apenas sugerido: esse tipo de raciocínio incorpora à técnica decisional jurídica elementos tradicionalmente vistos como “extrajurídicos” e ligados aos impactos no mundo real de diferentes regimes. Se isso é verdade, então realmente já não há mais como enxergar o Direito apenas como norma positiva (reflexo da decisão política) e como desdobramento da moral (reflexo da aspiração à justiça): é preciso pensar no Direito também como *incentivo*.

E o que quer dizer isso, concretamente? Quer dizer que, em vez de considerar apenas os efeitos da aplicação jurídica *para trás* (o que ocorrerá entre as partes desse litígio que já ocorreu?), é preciso considerar também a aplicação jurídica *para frente* (como as pessoas reagirão à nova formatação do Direito?). O sistema jurídico atinente à atividade empresarial tem claramente o objetivo de dirigir comportamentos. Isto é, *grosso modo*, o Direito está nessa seara buscando constantemente induzir as pessoas ligadas à empresa a agirem de maneira distinta daquela que agiriam caso não houvesse regramento jurídico. Ora, se essa modificação do comportamento das pessoas é de fato importante, então se torna igualmente importante discutir os prováveis efeitos concretos de cada postura ou construção jurídica.

E há mais: não se pode esperar que todo esse raciocínio seja feito apenas por magistrados (no Brasil, todos atolados de trabalho). Cabe à doutrina fazê-lo. Quando uma lei é editada ou uma nova jurisprudência se estabelece, o que se opera *prospectivamente* no mundo real? Esse tipo de discussão costuma ser tímida na nossa tradição jurídica, mas nesta obra terá papel central.

## **8. A análise econômica do Direito e o contexto brasileiro**

Para estudar as repercussões concretas de diferentes posições jurídicas atinentes à responsabilidade empresarial, esta obra se vale, em diversos momentos e em diversos aspectos, da análise econômica do Direito. A análise econômica de temas jurídicos é atividade ainda inco-

num no Brasil, de modo que é bom fazer alguns esclarecimentos antes de prosseguir.

Tanto o Direito quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. Mas a formação de linhas complementares de análise e pesquisa não é simples, porque as suas metodologias diferem de modo bastante agudo. Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico (isto é, interpretativo de textos legais), a Economia propõe-se como largamente empírica; enquanto o Direito é marcadamente formalista (porque enfoca definições), a Economia é marcadamente funcionalista (porque enfoca organizações e trocas); enquanto a grande aspiração do Direito é ser justo, a grande aspiração da Economia é ser científica; e, mais importante do que tudo, enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade.<sup>23</sup>

Esse quadro sempre tornou o diálogo entre economistas e juristas difícil, e às vezes destrutivo. Nas últimas décadas, no entanto, estabeleceu-se uma relação mais fértil entre essas duas disciplinas. A partir principalmente das obras de Ronald Coase, Guido Calabresi e Richard Posner, cada um a seu modo, tomou corpo uma disciplina acadêmica surgida da confluência das tradições jurídica e econômica. No Brasil essa disciplina tem sido chamada ora de “Direito e Economia”, ora de “Análise Econômica do Direito” ou simplesmente “AED”.<sup>24</sup> Este livro se aproveita dessa notável e profícua tradição de pensamento.

Basicamente, a AED aplica modelos mentais da microeconomia para discutir repercussões concretas do Direito no mundo. Os Capítulos 5 e 6 contêm esclarecimentos gerais sobre o método, e o leitor curioso poderá entender os detalhes das minhas posições sobre a AED em outras

23. Sobre esse último ponto, ver José Reinaldo de Lima Lopes, “Raciocínio jurídico e Economia”, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 142.

24. Cf. Bruno Meyerhof Salama, “O que é pesquisa em Direito e Economia?”, *Caderno Direito GV*, n. 22, mar. 2008. Algumas obras de referência sobre o tema no Brasil incluem: *Direito & Economia*, Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (org.), Elsevier, 2005; Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, *Direito, Economia e Mercados*, Elsevier, 2005; *Manual de Direito e Economia no Brasil*, Luciano B. Timm (org.), Atlas, 2012. O Brasil possui também uma revista jurídica dedicada exclusivamente à publicação de obras sobre o tema, a saber, a *Economic Analysis of Law Review*, editada pela Universidade Católica de Brasília. Há hoje também muitas obras que se valem da análise econômica em áreas específicas do Direito, mas não há como citá-las todas aqui.



obras que já publiquei sobre o tema.<sup>25</sup> Neste prefácio, no entanto, desejo ressaltar que a análise aqui desenvolvida não é *economicista*, porque não tem a ambição nem de traduzir, nem de resolver toda a problemática jurídica em terminologia ou método econômico.<sup>26</sup> Entre a legalidade e a consequência econômica pura e simples, fico com a primeira.

De um modo geral, partirei então da ideia de que a técnica econômica é em muitos casos útil para permitir uma melhor interpretação do Direito – especialmente para compreender o sentido e a finalidade de uma norma jurídica e para analisar a pertinência entre os meios jurídicos empregados e os fins e interesses juridicamente protegidos. Logo, não há aqui mera contraposição entre o raciocínio econômico e o raciocínio jurídico: a interpretação da lei deve ser jurídica, ou então não há mais Estado de Direito. A consequência interessa na medida em que seja necessária para a melhor interpretação e aplicação do Direito. Por isso, nesta obra o raciocínio econômico estará a serviço do Direito, e não o contrário.

Um ponto adicional, igualmente importante, é o de que não se busca aqui realizar mera aplicação de cânones da AED norte-americana ao caso brasileiro, e isso por dois bons motivos. Primeiro, aplicar câno-

25. Em particular, ver: Bruno Meyerhof Salama, “Introdução”, in *Direito e Economia, Textos Escolhidos* (Bruno Meyerhof Salama, org.), São Paulo, Saraiva, 2010; “De que forma a Economia auxilia o profissional e o estudioso do Direito?”, *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, 2010; “The art of law & macroeconomics”, *University of Pittsburgh Law Review* 74, 2013; e “A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner”, in Maria Lúcia L. M. Padua Lima, *Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia*, São Paulo, Saraiva, 2012.

26. Nesse particular, não divirjo de alguns dos críticos da AED. Cf., por exemplo, Alexandre Moraes da Rosa e José Manuel Aroso Linhares, *Diálogos com a Law & Economics*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, especialmente p. 118 (“As regras do jogo democrático, aquelas que irão fundamentar a legitimidade do provimento judicial, não podem ter como único critério a ‘maximização da riqueza’, como aponta a AED, sob pena de submeter o campo do direito a uma racionalidade que desconhece os ‘Direitos Fundamentais’”). No entanto, não vejo na AED, como apontam esses mesmos autores, apenas um “instrumento flexível e ideológico do modelo neoliberal” (p. 38). Ainda para cingir-me ao debate nacional, mais correta parece-me a posição moderada de José Reinaldo de Lima Lopes, como segue: “mesmo sem ter sido reconhecida pela prática jurídica, a economia tem um caráter prático e uma aplicabilidade de seus raciocínios em certas questões que já ofereceram, há muito tempo, regras que os juristas aplicam (...) Pode-se mostrar uma série não pequena de exemplos em que o ‘raciocínio’ prático econômico já vive no campo do direito”, cf. “Raciocínio jurídico e Economia”, cit., *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 138.

nes da AED norte-americana ao caso brasileiro não seria possível. Isso porque hoje não existe mais consenso entre os autores da AED sobre o modelo eficiente de responsabilização de terceiros. Nos anos 1960 e 1970, pela mão de Richard Posner, havia forte posicionamento a favor da limitação da responsabilidade do sócio.<sup>27</sup> Hoje, contudo, a AED apresenta muitas fraturas internas, fraturas essas, aliás, que não se limitam ao campo do direito societário.<sup>28</sup> Nas últimas décadas, uma série de argumentos consequencialistas de matiz econômico foi empregada para defender várias posições que flexibilizam ou até mesmo eliminam a limitação de responsabilidade.

A título ilustrativo, menciono algumas das propostas defendidas nos últimos anos por autores estrangeiros que se valeram de métodos econômicos para analisar a responsabilidade empresarial: a abolição de limitação de responsabilidade para empresas do mesmo grupo econômico;<sup>29</sup> a aplicação de um teste de *prudência razoável* (*reasonable prudence*) para a responsabilização de acionistas controladores;<sup>30</sup> a abolição da responsabilidade limitada nas pequenas empresas fechadas;<sup>31</sup> a responsabilização de administradores de empresas abertas perante credores involuntários;<sup>32</sup> a ilimitação de responsabilidade por conta de insolvência da empresa que resulte de *riscos previsíveis* (*knowable risks*);<sup>33</sup> a abolição da responsabilidade limitada no caso de multas e danos punitivos devidos por empresas insolventes;<sup>34</sup> a responsabilização proporcional de

27. Cf. Henry G. Manne, “Our two corporate systems: law and economics”, *Virginia Law Review*, v. 53, 1967, pp. 259-284.

28. A título de exemplo, cite-se o direito contratual. Cf. Eric Posner, “A análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?”, in *A Análise Econômica do Direito Contratual: Sucesso ou Fracasso?* (Bruno Meyerhof Salama, org.), São Paulo, Saraiva, 2010, p. 14 (“Estudiosos cuidadosos [da história da análise econômica do direito contratual] sabem que o sentimento de convergência encerrou-se anos atrás; nos últimos dez anos a teoria tornou-se divergente e impasses surgiram”).

29. Phillip I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups: Substantive Law*, 681-92, 1987.

30. George W. Dent Jr., “Limited liability in environmental law”, 26 *Wake Forest Law Rev.* 151, 1991, p. 178.

31. Paul Halpern, Michael Trebilcock e Stuart Turnbull, “An economic analysis of limited liability in corporation law”, 30 *U. Toronto L.J.* 117-150, 1980, pp. 148-149.

32. Paul Halpern, Michael Trebilcock e Stuart Turnbull, “An economic analysis of limited liability in corporation law”, cit., 30 *U. Toronto L.J.*, pp. 149-150.

33. Alan Schwartz, “Products liability, corporate structure, and bankruptcy: toxic substances and the remote risk relationship”, 14 *J. Legal Stud.* 689-736, 1985, p. 704.

34. Christopher D. Stone, “The Place of enterprise liability in the control of corporate conduct”, 90 *Yale Law Journal*, 1, 1980, p. 74.

acionistas em empresas abertas por conta de dívidas resultantes de atos ilícitos da empresa;<sup>35</sup> e assim por diante. Como se vê, entre a defesa da estrita limitação de responsabilidade e a sua eliminação completa há hoje uma miríade de posições intermediárias, mesmo no debate acadêmico da AED. O que procurei fazer, então, foi entender os argumentos e relacioná-los seletivamente ao caso brasileiro através de um juízo de prudência.

Em segundo lugar, mesmo que isso fosse possível, aplicar cânones da AED estrangeira ao caso brasileiro não seria desejável. Após quase uma década de estudo e docência da AED, no Brasil e no exterior, tornei-me irremediavelmente sensível a algumas críticas a esse método. Acho que isso vale para tudo: se não formos fanáticos, tolos nem intelectualmente desonestos, quanto mais profundamente conhecemos nossa arte, mais entendemos suas possibilidades e seus limites.<sup>36</sup> Em particular, sensibiliza-me a alegação de que frequentemente estudos de AED pequem pela falta de historicidade.<sup>37</sup> A preocupação com a historicidade do fenômeno jurídico aponta para a necessidade de compreender-se não apenas a chamada perspectiva *externa* do Direito – ou seja, a norma como incentivo –, mas também as categorias e estruturas de pensamento prevalentes entre os profissionais do Direito, aquilo a que às vezes dá-se o nome de perspectiva *interna*.

35. Henry Hansmann e Reinier Kraakman, “Toward unlimited shareholder liability for corporate torts”, 100 *Yale L.J.*, 1991, pp. 1.916-1.919.

36. Nesse sentido, uma leitura proveitosa da Análise Econômica do Direito pode ser encontrada em Flávio Galdino, *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, especialmente pp. 239-254.

37. Cf. Pérsio Arida, “A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma”, *Revista Direito GV*, n. 1, v. 1, 2005, p. 12 (“Argumentarei aqui que é no entendimento da historicidade da norma que está a lacuna maior do pensamento econômico sobre a norma. O pensamento econômico encontra dentro de seu próprio movimento os conceitos que lhe permitem captar o efeito da norma sobre a vida econômica; é também capaz de entender a evolução da norma como adaptação às vicissitudes da vida econômica ou como resultante da ação de grupos de interesse; não é, no entanto, capaz isoladamente de compreender a evolução da norma quando decorrente de dinâmicas normativas ou internas ao próprio sistema jurídico. Daí o argumento de que é a pesquisa em direito sobre a historicidade da norma que maior impacto pode ter no modo pelo qual os economistas pensam a norma e seus efeitos”). No mesmo sentido, José Reinaldo de Lima Lopes, “Raciocínio jurídico e Economia”, cit., *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 138 (“O direito não nasce em árvores, mas na imaginação coletiva e esta não pode ser tomada levianamente. Logo, o debate dá-se em um sistema jurídico existente, pelo qual e no qual as pessoas (juristas ou leigos) já orientam suas ações, exercem suas crenças e se comportam”).

Diante disso, minha ambição nesta obra não é aplicar o estado da arte da AED à responsabilização empresarial no Brasil, o que não seria nem possível, nem desejável. Aqui interessa apenas aproveitar seletivamente as contribuições da AED para gerar um trabalho contextualizado historicamente e que tenha utilidade prática. Não por outro motivo, a primeira parte desta obra é dedicada integralmente à reconstrução da evolução histórica da responsabilidade de terceiros no Brasil. E nas soluções jurídicas posteriormente apresentadas, a contextualização histórica está – pelo menos assim suponho – refletida em cada linha.

### 9. *Um trabalho pragmático*

Há uma longa tradição no Direito brasileiro, especialmente no direito societário, que eleva a responsabilidade limitada do sócio à condição de dogma, praticamente a sacralizando. Dessa ótica, a limitação de responsabilidade é verdadeira conquista civilizacional, uma engrenagem insubstituível do percurso histórico mitologicamente narrado como *avanço da humanidade*. E, na vertente oposta, há também entre nós quem considere o dogma da responsabilidade limitada instrumentalizador de dominação e opressão, algo intrinsecamente nefasto e senão mesmo diabólico. Posto nesses termos, o debate parece contrapor simplesmente visões do arcaico e do moderno, senão mesmo do bem e do mal.

Essas posições radicais criam uma tentação a quem se põe a refletir seriamente sobre o Direito: a de acreditar que é preciso defender uma posição radical, seja para acabar de vez com a responsabilidade limitada ou para restabelecê-la na sua plenitude original; seja para acabar com a economia de mercado ou para acabar com a intervenção estatal; ou, então, para reconstruir as bases da democracia, reescrever a Constituição, reformular o Estado e assim por diante.

Todos esses sonhos pautam uma série de posições jurídicas e políticas instigantes, influentes e até mesmo divertidas. O desejo de fazer um mundo melhor é parte daquilo que nos torna humanos, e por isso pensar é também sonhar, experimentar, flertar com o que não existe, e, para ficarmos com uma expressão conhecida, exercer a “imaginação institucional”.<sup>38</sup> Mas por outro lado, esses grandes sonhos frequentemente se embebem de uma espécie de *construtivismo racionalista*, isto é, da crença no redesenho organizado de um novo mundo ou até mesmo de uma nova humanidade. Não é nada disso que se propõe aqui.

38. Cf. Roberto M. Unger, *What Should Legal Analysis Become?* Verso, 1996.

Se tivesse que definir o enfoque aqui adotado em uma palavra, diria que é *pragmático*. Não utilizo o termo *pragmático* no seu sentido filosófico e metafísico (de acordo com o qual o sentido de uma ideia corresponde ao conjunto dos seus desdobramentos práticos), mas em um sentido bem mais singelo e próximo da atividade do profissional que labuta no dia a dia das controvérsias jurídicas: a do pragmatismo como um *practicalismo*, isto é, como uma postura eminentemente prática e voltada à ação, em que a discussão de valores e consequências do sistema jurídico.<sup>39</sup>

Dito isso, cabe perguntar: o que é ser pragmático *no Brasil*? Aqui, ser pragmático é também ser sincretista. Não somos um país de fundamentalismos, e está no DNA da nossa cultura aceitar seletivamente o que vem de fora, digerindo e adaptando. Se formos dar realmente certo enquanto país, será assim: hemos de preservar a tradição jurídica (da qual somos tributários) segundo a qual o Estado de Direito requer que todas as ações possam ser justificadas com base em um texto de lei; mas os mecanismos institucionais e os métodos interpretativos e retóricos que permitirão adaptar esse monumental legado histórico à busca pela justiça, pela efetividade concreta do Direito e pela eficiência econômica terão que ser gestados com o emblema da nossa identidade nacional.

Daí por que entender o que se produz de inovador no exterior – deixar-se, portanto, arejar a pesquisa e a prática jurídica brasileira – é tão importante quanto superar o vício da cópia irrefletida daquilo que vem de fora. A metodologia deste livro bebe do pragmatismo jusfilosófico norte-americano – é, portanto, um pragmatismo ético, antes de mero consequencialismo –, mas põe a cultura e a história jurídico-política do nosso país em primeiríssimo plano.

E também por tudo isso, não seria nada pragmático postular que toda a análise de um problema jurídico devesse ser simplesmente fun-

39. Nesse sentido, divirjo da posição de Lamartine Corrêa de Oliveira em *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, cit., p. 7 (para quem o Direito perderia seu sentido se viesse divorciado de uma visão filosófica global). Aproximo-me, ao contrário, em diversos aspectos da visão pragmática de Richard Posner, cf. *Problemas de Filosofia do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2007; e *Para Além do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2009. Os fundamentos da minha posição podem ser encontrados em Mariana S. Pargendler e Bruno M. Salama, “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”, *Revista de Direito Administrativo*, n. 257, Rio de Janeiro, Brasil, 2013; e “Para além do ‘empreendedorismo intelectual’: fatores de demanda na cientificização da produção jurídica”, in Antônio José M. Porto e Patrícia Regina P. Sampaio, *Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica*, Editora FGV, 2013.

cionalista, sociológica ou econômica. Dar importância aos incentivos, às consequências, aos impactos e à contextualização do Direito é muito diferente de entender que o texto de lei, as categorias jurídicas e o precedente judicial não importam ou que importam apenas como artifícios retóricos. Se pretendemos nos consolidar enquanto Estado de Direito, a forma do Direito há de ter importância, assim como há de ter importância também a continuidade, a coerência, a imparcialidade e a segurança jurídica, tudo a serviço dos valores humanos que pautam a vida em sociedade.

Concretamente, isso quer dizer que desejo levar a discussão da responsabilidade empresarial para longe de discussões semânticas e metafísicas – para longe, portanto, das discussões essencialistas sobre a natureza jurídica e o *pedigree intelectual* dos institutos jurídicos de hoje – e para perto de uma interpretação jurídica que possa ser informada por considerações factuais, empíricas, políticas e econômicas. Ser pragmático não é de maneira nenhuma substituir a abordagem da legalidade por outras abordagens: é utilizar outras abordagens para melhor aplicar o Direito.

### 10. A missão desta obra

Qual é, então, a missão deste livro? É uma só: fornecer elementos para aperfeiçoar o atual sistema de responsabilidade empresarial brasileiro de modo a *maximizar as vantagens e minimizar as desvantagens da responsabilidade limitada*. A teoria é, portanto, o meio, e não o fim deste trabalho. Entre uma solução elegante e outra prudente, opto deliberadamente pela segunda.

O pragmatismo se reflete também no estilo da obra. Na elaboração deste livro, orientei-me pela máxima de que *devemos simplificar as coisas, mas não devemos torná-las simples a qualquer custo*. Tanto quanto pude, procurei priorizar a clareza da exposição, para que os argumentos pudessem ser bem compreendidos; mas também tentei não fugir de temas áridos ou complicados, para que a obra não fosse banal. Além disso, exceto quanto a alguns poucos trechos em espanhol e pequenas alegorias inseridas no começo das Partes I e II, não há aqui nenhuma citação em língua estrangeira. Sempre que pude, busquei a tradução ao português, e quando esta não estava disponível traduzi os textos livremente – tudo para privilegiar a inteligibilidade dos argumentos. Pelos mesmos motivos, este livro contém pouquíssimas citações, embora contenha muitas referências.

Outra medida destinada a facilitar a compreensão pelo leitor está na própria estrutura do livro. Há, como vimos, um fio condutor, que é o fim da responsabilidade limitada. O tema é tratado sob três ângulos distintos, cada um deles refletido em uma parte do livro. Cada parte, por sua vez, possui três capítulos, todos organizados com seções e subseções, precedidos por uma introdução e seguidos por uma conclusão parcial. Além disso, procurei no início de cada parte resumir o que será dito, e fazer o mesmo no início de cada capítulo e seção. Meu primeiro chefe no escritório de advocacia, lá se vão quase duas décadas, dizia que a secretária deveria ser capaz de entender nossas peças jurídicas. Ainda tenho isso na cabeça quando me ponho a escrever sobre o Direito.

Assim, citei autores somente quando necessário, e isso também para não trocar nosso velho vício do *bartolismo* por um novo modismo que substitua uma acessível ponderação de argumentos. Procurei, no entanto, considerar seriamente as fontes jurisprudenciais, doutrinárias e históricas brasileiras, que incluí de maneira profusa especialmente nos vários trechos históricos de que é composta esta obra. Não tive, no entanto, a ambição de esgotar todas as fontes, o que, aliás, seria impossível dada a amplitude dos temas aqui examinados.

## 11. *Agradecimentos*

Já há alguns anos abandonei a prática da advocacia (que me orgulho de ter exercido, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos) para me dedicar ao estudo, à pesquisa e à docência do Direito. Como tudo na vida, este caminho que escolhi tem vantagens e desvantagens: o que com sorte se ganha na capacidade de refletir com certeza se perde no conhecimento factual da realidade das disputas judiciais.

Tentei evitar o mal do descolamento entre a análise acadêmica e a prática judicial recorrendo à minha experiência pregressa como advogado, lendo a jurisprudência, entrevistando colegas e passando o texto pela maior quantidade possível de revisões. Para tanto pude contar com a generosidade de alguns amigos que leram o manuscrito, ou partes dele, a quem agradeço nominalmente: Cássio Cavalli, Heloísa Estellita, Marcelo Guerra Martins, Marco Aurélio Greco, Mariana Pargendler, Thiago Jabor Pinheiro, Viviane Muller Prado e José Rodrigo Rodriguez.

Devo agradecer também aos meus excelentes assistentes de pesquisa: Nicole Fobe, que revolveu a biblioteca da Faculdade de Direito do Largo São Francisco para levantar jurisprudência trabalhista antiga; Pedro Mouallem, que me auxiliou na revisão final do texto; Alberto

Barbosa Junior, que me auxiliou principalmente com utilíssima pesquisa e ideias em temas de direito tributário; e, principalmente, Osny da Silva Filho, que me auxiliou brilhantemente em todas as etapas deste trabalho, revolvendo as bibliotecas do Largo São Francisco e da Fundação Getúlio Vargas em diversas áreas e para diversos fins. Embora todos os erros aqui contidos devam ser imputados exclusivamente a mim, é bem certo que o empenho e boa vontade desses jovens foi fundamental.

Também sou grato a Viviane Muller Prado pela oportunidade de coautorar no passado um artigo em que conjuntamente examinamos a história doutrinária e jurisprudencial da responsabilização de terceiros no Brasil.<sup>40</sup> Sua permissão para que tanto de sua pesquisa jurisprudencial e doutrinária em matéria societária pudesse constar e ser referido nesta obra é gesto de generosidade, próprio das pessoas boas.

Cabe ainda um especial agradecimento aos meus colegas José Rodrigo Rodriguez e Mariana Pargendler, sem cujos conselhos esta obra teria sido bastante diferente. Agradeço também a outros colegas com quem pude discutir temas pontuais aqui abordados, nomeadamente André Corrêa, Antonio M. Porto, Érica Gorga, Flavia Püschel, José Reinaldo de Lima Lopes e Mario Schapiro. Agradeço também aos participantes do *workshop* de pesquisa realizado em março de 2012 na Direito GV em São Paulo, em que pudemos debater uma versão preliminar do que hoje se tornou a segunda parte deste livro (Capítulos 4 a 6).

Devo agradecer também à *Harvard Law School Brazilian Studies Association* pelo convite para apresentar este trabalho em *workshop* realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard em janeiro de 2012.<sup>41</sup> Um especial agradecimento também a Mark Roe, Reinier Kraakman e Rui Falcão pelos utilíssimos comentários apresentados à ocasião. Um agradecimento especial a Mark Roe, professor da Faculdade de Direito de Harvard e hoje um dos mais influentes *scholars* em direito societário no mundo, pelo gentilíssimo e esclarecedor prefácio da presente obra. E por fim e certamente não menos importante cabe um agradecimento à Direito GV de São Paulo, onde tenho tido condições

40. Bruno Meyerhof Salama e Viviane Muller Prado, “A flexibilização da responsabilidade societária nos direitos privado, trabalhista e tributário: uma panorâmica histórica”, *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil*, v. 6, n. 2, jan./fev. 2013.

41. Cf. “The end of corporate limited liability in Brazil”. Disponível em: <[http://www.law.harvard.edu/news/2012/02/06\\_salama-end-of-limited-liability-in-brazil.html](http://www.law.harvard.edu/news/2012/02/06_salama-end-of-limited-liability-in-brazil.html)>. Ver também Mark Roe e João Paulo Vasconcellos, “O sucesso do Brasil”, *O Estado de São Paulo*, 1º.5.2012, p. A-11.



adequadas de apoio e trabalho, e nomeadamente a Ary Oswaldo Mattos Filho, Oscar Vilhena Vieira e Paulo Goldschmidt.

Os agradecimentos estão listados todos em ordem alfabética e não em ordem de importância. Apesar da generosidade de tantos, é provável que eu tenha cometido erros, tanto no tocante à coleta e descrição dos fatos quanto no tocante à sua interpretação. Escrever sobre um tema em constante ebulição é como *subir em um bonde andando*, para ficarmos com a expressão consagrada. Tanto assim que há hoje diversos projetos de lei relevantes para a disciplina da responsabilidade empresarial de terceiros em discussão no Congresso, sendo o mais relevante deles o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.<sup>42</sup> Por tudo isso, espero poder futuramente corrigir e adaptar o que for necessário contando com o benefício da crítica dos leitores.

## ***12. Sobre o impulso inicial para escrever este livro***

Há tempos pretendia escrever sobre o regime de responsabilidade da empresa. Mas o impulso decisivo para que eu pusesse em marcha a redação deste livro veio de uma conversa em janeiro de 2011 com Alexandre Bertoldi, sócio gestor do escritório Pinheiro Neto – Advogados. Por conta do relacionamento de vários anos com o escritório (em que tive a felicidade de estagiar e advogar no começo da minha carreira), foi-me à ocasião solicitada a elaboração de um pequeno estudo em que eu exporia reflexões gerais sobre a responsabilidade empresarial de terceiros no Brasil. Não havia quesitos a serem respondidos nem houve prévia discussão de conclusões. A empreitada seria exploratória e teria por objetivo examinar um tema de todo espinhoso e recorrente em disputas judiciais.

À medida que me debrucei sobre o tema, despertei definitivamente para a amplitude e complexidade dos problemas ligados à responsabilidade empresarial de terceiros. A tarefa a que me havia proposto tomou assim proporções completamente diferentes daquelas originalmente delineadas. A configuração final deste livro excede – em escopo, profundidade, ambição e tamanho – o estudo que a mim fora originalmente encomendado. Também por conta disso, as conclusões aqui expressam exclusivamente minhas convicções, mas não necessariamente aquelas de qualquer integrante do escritório Pinheiro Neto nem muito menos de

42. Cf. Anteprojeto do Código de Processo Civil, Brasília, Senado Federal, Presidência, 2010. Ver em particular arts. 62-65, 714 e 719.

seus clientes – com os quais, aliás, não tive contato para escrever este livro, e de cujos problemas específicos não tomei conhecimento para a redação deste livro.

Cabe assim um agradecimento especial ao escritório Pinheiro Neto – Advogados também por disponibilizar acesso à sua enorme biblioteca e fornecer apoio financeiro a esta empreitada, sem interferir no método, estrutura ou conclusões a que cheguei. Nomeadamente, agradeço a Alexandre Bertoldi, Antonio Mendes e Bruno Balduccini, incentivadores deste projeto. Também agradeço a diversos integrantes daquele escritório com quem pude discutir pontualmente certas ideias aqui contidas, particularmente a Anna Teresa Monteiro de Barros, Celso Mori, Henry Sztutman, Luis Celso C. Leite Ribeiro, Luiz Roberto Peroba Barbosa, Miguel Tornovsky e Rodrigo Persone P. Camargo.

### ***13. A quem este livro se destina***

Imagino que este livro possa despertar o interesse de três tipos de leitores: o profissional do Direito que lida cotidianamente com litígios envolvendo a responsabilidade empresarial, tanto na esfera do direito societário quanto do direito trabalhista, tributário, consumerista, administrativo e penal; o leitor interessado em questões teóricas que relacionem Direito, Economia e desenvolvimento; e o formulador do sistema de responsabilidade empresarial. E nessa última categoria é preciso incluir não apenas os integrantes da administração pública, mas também os magistrados, porque o período posterior à edição da Constituição de 1988 marcou – para o bem e para o mal – a aposentadoria do juiz apenas reativo, o proverbial *boca da lei*.

PARTE I:  
GENEALOGIA JURÍDICO-POLÍTICA

*Introdução*

CAPÍTULO 1 – *A Velha República  
e o esquema jurídico liberal (1989-1930)*

CAPÍTULO 2 – *O Estado Social e o esfacelamento  
da responsabilidade limitada (1930-1988)*

CAPÍTULO 3 – *O Estado Social Democrático  
e o fim da responsabilidade limitada (1988-Presente)*

“The corporation is an economic and legal institution and its determinants are usually seen as economic and legal as well, with its principal economic determinants arising from the needs of the engineers for large-scale production, of the financiers for diversification, and of the managers for discretion. These determinants are central, but so are the political predicates to large-scale production, which are rarely examined.”

Mark Roe

*(Political Determinants of Corporate Governance,  
Oxford University Press, 2003, p. 11)*



## INTRODUÇÃO

É difícil negar que o direito seja produto da história. Mas há muitos enfoques possíveis para se examinar a evolução histórica de um sistema jurídico. Em parte, isso se deve a uma discussão milenar sobre o grau de diferenciação do sistema jurídico ante os demais sistemas sociais. Seria o sistema jurídico um recanto autônomo, seara própria de juízes, advogados e doutrinadores, em que a ação e a teoria obedecem a uma dinâmica propriamente jurídica? Ou será que o sistema jurídico deve ser visto como uma parte de um todo mais amplo, uma faceta de uma realidade bem mais complexa a lhe influenciar constante e decisivamente?

A reconstrução histórica aqui empreendida pende fortemente para a segunda visão. Procurarei demonstrar que os mecanismos jurídicos de responsabilização empresarial estão intimamente relacionados com o modelo político do país. Isto é, embora cada ramo do direito siga um percurso argumentativo, doutrinário, legislativo e jurisprudencial até certo ponto independente – e mais, embora as construções e critérios “internos” ao direito importem –, há um sentido comum a todos esses ramos que está ligado diretamente ao modelo político nacional. Ao exercício de compreensão da evolução histórica da responsabilidade empresarial à luz da evolução do modelo político do Estado brasileiro dou o nome de *genealogia jurídico-política* do fim da responsabilidade limitada no Brasil.

O argumento básico aqui desenvolvido é o de que a evolução do regime de responsabilização societária pode ser traçada à evolução dos grandes modelos políticos que vigoraram no Brasil durante o século 20. Estes são, no recorte aqui estabelecido, a oligarquia liberal (1889-1930), o Estado social (1930-1988) e o Estado social democrático (1988-presente). O argumento será articulado em três campos do direito em que a flexibilização do regime de responsabilidade empresarial é hoje bastante visível: o Direito Societário (como parte do Direito Civil e Comercial),

o Direito Trabalhista e o Direito Tributário. Além disso, ao discutir o período posterior à edição da Constituição de 1988, mostrarei também como a flexibilização do regime de responsabilidade empresarial trouxe efeitos marcantes ainda no Direito Administrativo e Penal.

A realização de uma periodização histórica requer ora a imposição, ora a identificação de certos padrões em um conjunto de fatos. Mas tudo é inevitavelmente feito sob a nossa atual perspectiva. A história, na reveladora metáfora de David Colander, é como uma imagem de caleidoscópio: muda-se de perspectiva, e então muda também o que parece importante.<sup>1</sup> É por isso que uma narrativa histórica diz tanto sobre os fatos que transcorreram, quanto sobre a forma do autor de encarar o mundo. Acredito que minha discussão da evolução da responsabilização empresarial deixe clara minha visão do direito como fenômeno inevitavelmente imbricado com outros campos da ação e do saber humanos, especialmente a política e a economia.

Divido esta Parte I em três capítulos. O capítulo 1 enfoca o regime de responsabilidade empresarial vigente durante a República Velha. No debate jurídico, o grande tema é a natureza jurídica da sociedade comercial. O problema enfrentado é a necessidade de superação da ideia de que somente um ser humano pode ter um patrimônio. Embora tenham existido debates genuinamente nacionais, no mais das vezes as querelas são resolvidas com uma importação ao Brasil dos próprios debates jusfilosóficos em voga no *velho continente*. É este o contexto intelectual em que se consolida a aceitação da sociedade de responsabilidade limitada e do Direito Societário como ramo do direito a disciplinar a responsabilidade empresarial, inclusive os casos (excepcionais) de responsabilidade de terceiros por dívidas da empresa.

O capítulo 2 examina o período histórico seguinte. Este é inaugurado com a chegada de Vargas ao poder em 1930, e vai até a edição da Constituição de 1988. Nesse período o Estado brasileiro abandona um consenso alegadamente liberal e torna-se crescentemente interventor e regulador. Como reflexo dessa transição, o direito passa a incorporar não apenas novas técnicas e princípios, mas principalmente novos pressupostos políticos e ideológicos. Com isso, a disciplina jurídica da responsabilidade empresarial vai pouco a pouco se deslocando para além do Direito Societário.

1. David Colander, *Complexity and the History of Economic Thought*, London, Routledge, 2000, p.1.

O capítulo 3 examina o período posterior, que vai da edição da Constituição de 1988 até os nossos dias. Aqui a flexibilização da responsabilidade se radicaliza e o regime de responsabilização se afasta marcadamente dos seus moldes originais. Sob o horizonte normativo da efetividade do direito e do processo, e inspirada por ideologias jurídicas como o neoconstitucionalismo, surgem uma série de novas regras, ações de estado e construções jurisprudenciais voltadas à responsabilização de terceiros por obrigações da empresa. Esse é processo que deságua no *fim* da responsabilidade limitada.





## Capítulo 1

### **A VELHA REPÚBLICA**

### **E O ESQUEMA JURÍDICO LIBERAL (1989-1930)**

*1.1 A importação de modelos societários: 1.1.1 A marcha para a edição do decreto das limitadas – 1.1.2 A sociedade limitada como necessidade da prática comercial – 1.1.3 O debate europeu ultramar. 1.2 A economia política da limitação de responsabilidade: 1.2.1 A fiscalidade herdada do Império – 1.2.2 A relação de trabalho como contrato. 1.3 Conclusão parcial.*

Em *Os Donos do Poder*, Raymundo Faoro retratou o Segundo Reinado como o “paraíso dos comerciantes”.<sup>1</sup> Embora aí houvesse não só exagero, mas também ironia, é certo que certas condições favoráveis ao florescimento do comércio haviam sido dadas pela promulgação do Código Comercial de 1850. Mas se por um lado o Código Comercial facilitou a abertura de negócios e a liberdade contratual, por outro praticamente deixou de lado a questão da limitação da responsabilidade dos sócios.

Sob o Código Comercial, os comerciantes tinham a opção de organizarem-se sob certos tipos societários. De modo geral, os tipos societários previstos no Código Comercial não conferiam limitação de responsabilidade a todos os sócios. A exceção era a sociedade anônima por ações.<sup>2</sup> A sociedade anônima por ações, entretanto, configurava-se

1. Raymundo Faoro, *Os Donos do Poder*, v. 2, 5ª ed., Porto Alegre, Globo, 1979, p. 437 (“o Segundo Reinado será o paraíso dos comerciantes, entre os quais se incluem os intermediários honrados e os especuladores prontos para o bote à presa, em aliança com o Tesouro”).

2. Cf. o art. 298 do Código Comercial: “Os sócios das companhias ou sociedades anônimas não são responsáveis a mais do valor das ações, ou do interesse por que se houverem comprometido”.

como instrumento bastante custoso e burocrático para as pequenas e médias empresas. Por exemplo, até 1882, a constituição das sociedades anônimas necessitava dentre outras coisas de autorização prévia do governo.<sup>3</sup> A edição da Lei 3.150, de 1882, permitiu a livre constituição de sociedades anônimas – o que, aliás, levou à sua proliferação<sup>4</sup> – mas por outro lado exigiu a manutenção de um número mínimo de sete sócios, sob pena de responsabilidade solidária dos acionistas remanescentes e administradores.<sup>5</sup>

A criação de uma sociedade de responsabilidade limitada em bases contratuais só ganharia força após a transição republicana. Neste capítulo introdutório, examino a gênese do regime contratual de responsabilidade limitada. Na Seção I, enfoco o contexto intelectual em que tal esquema foi gestado. Na Seção II, explico sua pertinência com o modelo de Estado liberal oligárquico vigente no Brasil da República Velha. A Seção III conclui.

### 1.1 A importação de modelos societários

Na passagem do século 19 para o século 20, cristalizou-se no Brasil a transição do Direito Comercial de um *direito dos comerciantes individuais* para um *direito das sociedades comerciais*.<sup>6</sup> Ao mesmo tempo em

3. Cf. o art. 295 do Código Comercial: “As companhias ou sociedades anônimas, designadas pelo objeto ou empresa a que se destinam, sem firma social, e administradas por mandatários revogáveis, sócios ou não sócios, só podem estabelecer-se por tempo determinado, e com autorização do Governo, dependente da aprovação do Corpo Legislativo quando hajam de gozar de algum privilégio: e devem provar-se por escritura pública, ou pelos seus estatutos, e pelo ato do Poder que as houver autorizado”.

4. Cf. Ana Frazão, *Função Social da Empresa. Repercussões sobre a Responsabilidade Civil de Controladores e Administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 57. O art. 1º da Lei 3.150 estabelecia que “as companhias ou sociedades anônimas, quer o seu objecto seja commercial quer civil, se podem estabelecer sem autorização do Governo”.

5. Lei 3.150/1882, art. 17. “As sociedades ou companhias anônimas se dissolvem: (...) 5ª Pela redução do numero dos socios a numero inferior ao de sete. Neste caso a sociedade só se entenderá dissolvida, si durante o prazo de seis mezes não se preencher o numero legal; Pelos actos que a companhia praticar, depois que o numero de socios se reduzir a menos de sete, serão solidariamente responsaveis os administradores e accionistas, si dentro do dito prazo de seis mezes não fôr preenchido o numero legal”.

6. No período, ainda não se falava em “empresa”. O termo “empresa” só viria a se popularizar bem depois, especialmente após a edição do Código Civil italiano, em 1942, de acordo com o qual “o núcleo conceitual do direito comercial deixa de ser o

que as sociedades comerciais se consolidavam como os principais atores da prática econômica, estabelecia-se no Brasil a possibilidade de adoção, pela via contratual, de uma sociedade comercial de responsabilidade limitada. Esta seção ressalta fatos marcantes na marcha em direção à edição do Decreto das Limitadas de 1919 (subseção A), a centralidade da ideia de que a sociedade limitada seria uma *necessidade da prática comercial* moderna (subseção B) e a importação de debates teóricos ao Brasil que se seguiu à importação do modelo societário continental-europeu (subseção C).

### 1.1.1 A marcha para a edição do decreto das limitadas

Em 1919, com a edição do Decreto 3.708, o Brasil tornava-se o primeiro país da América Latina a legislar sobre as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.<sup>7</sup> A história do tema é, contudo, mais antiga. Já em 1865, o então Ministro da Justiça Nabuco de Araújo formulara um projeto de introdução de um novo tipo societário, diferente da sociedade anônima (“porque não depende da autoridade do governo”), da sociedade em nome coletivo (“porque nenhum dos sócios é solidariamente responsável”) e da sociedade em comandita (“porque nela não há gerente solidariamente responsável, e não é proibido a nenhum sócio intervir na gestão da sociedade”).<sup>8</sup>

Esse projeto foi divulgado em uma circular enviada a diversos tribunais e entidades de classe. Contrariando uma série de pareceres favoráveis, dentre os quais o parecer do Tribunal de Comércio e o do Instituto dos Advogados do Brasil, o Conselho de Estado se manifestaria contrariamente a proposta, levando o Imperador a confirmar a rejeição do projeto de Nabuco de Araújo em 1867. Joaquim Nabuco, filho ilustre de Nabuco de Araújo, relata que o único conselheiro favorável ao projeto teria sido Jequitinhonha, para quem os abusos de comerciantes que constituíam associações irregulares seriam tão frequentes que justificariam

‘ato de comércio’, e passa a ser ‘a empresa’” (Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, volume 1: *Direito de empresa*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 34).

7. O pioneirismo do país, aliás, pode ser notado em confronto com a legislação estrangeira. A Argentina só trataria do tema em 1932; a Itália, em 1942; a Espanha, em 1953. Cf. Fran Martins, *Sociedades por quotas do direito estrangeiro e brasileiro I*, 1960, pp. 20-21.

8. José Thomaz Nabuco de Araújo, “Circular do Ministério dos Negócios da Justiça”, Rio de Janeiro, 28 de outubro de 1865, *apud* José Waldecy Lucena, *Das Sociedades Limitadas*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 14-16, nota 28, *in fine*.

“qualquer medida a este respeito”.<sup>9</sup> Pode-se enxergar aí, portanto, os primeiros sinais da ideia de que a ausência de limitação de responsabilidade incentivava a informalidade.

Há uma polêmica interessante entre juristas antigos sobre o papel do projeto de Nabuco de Araújo na história do Direito Societário brasileiro. Para alguns – como Waldemar Ferreira,<sup>10</sup> Carvalho de Mendonça<sup>11</sup> e Pontes de Miranda<sup>12</sup> – o projeto seria um antecedente direto do Decreto das Limitadas de 1919. No projeto de Nabuco de Araújo estaria a primeira tentativa de disciplinar, no Brasil, as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Outros, diversamente – a partir da tese de Sylvio Marcondes,<sup>13</sup> Egberto Lacerda Teixeira<sup>14</sup> e José Waldecy Lucena<sup>15</sup> –, sustentaram que a o projeto de Nabuco de Araújo seria apenas uma sociedade anônima livre. Isto é, que sua principal inovação seria eliminar a necessidade de autorização imperial para a constituição de sociedade anônima (como ocorria à época), e assim facilitar a organização societária por pequenos e médios comerciantes. De fato, na introdução da circular em que divulgou seu projeto, Nabuco de Araújo se referia a uma lei francesa de 1863 que, segundo ele, regulamentaria o tipo societário que pretendia introduzir no

9. Joaquim Nabuco, *Um Estadista do Império*, vol. I (1897), 5ª ed., Rio de Janeiro, Topbooks, 1997 p. 647.

10. Waldemar Martins Ferreira, *Sociedades por quotas* (1919), 5ª ed., São Paulo, Companhia Graphica-Editora Monteiro Lobato, 1925, p. 1 (“O Código de Commercio não disciplinou as sociedades de responsabilidade limitada. (...) Houve, todavia, um projeto de as instituir. Foi em 1865. Formulou-o Nabuco de Araújo, ministro da justiça..”).

11. José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. III, 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1945, p. 58, nota 1.

12. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo XLIX, Rio de Janeiro, Borsoi, 1965, 2ª ed., p. 358.

13. Sylvio Marcondes Machado, *Ensaio sobre a sociedade de responsabilidade limitada*, São Paulo, 1940, p. 57.

14. Egberto Lacerda Teixeira, *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, São Paulo, Max Limonad, 1956, p. 7 (“As sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, introduzidas na legislação brasileira pelo Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919, não têm antecedentes históricos apreciáveis no direito pátrio. (...) Não se pode invocar, na linhagem remota do Decreto 3.708, a baldada tentativa de Nabuco de Araújo, pois que o projeto elaborado pelo eminente estadista, então Ministro da Justiça, visava apenas à criação de *sociedades anônimas livres* que funcionariam independentemente de autorização do governo”).

15. José Waldecy Lucena, *Das Sociedades Limitadas*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 21.

Brasil.<sup>16</sup> Esta lei francesa de 1863, tratava apenas de sociedades anônimas livres, e não propriamente das sociedades limitadas de tipo contratual.<sup>17</sup>

Contendas históricas à parte, é certo que a primeira tentativa de introdução no Brasil de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada de tipo contratual parece localizar-se no projeto de Código Comercial elaborado em 1912 por Inglez de Souza.<sup>18</sup> Este projeto foi um antecedente direto da legislação brasileira sobre sociedades de responsabilidade limitada.

Embora não distinguisse com clareza sua figura daquela proposta por Nabuco de Araújo, está bem claro que Inglez de Souza não se pautava mais pelo regulamento francês de 1863. As sociedades limitadas propostas por Inglez de Souza não compreendiam apenas modificações pontuais de um ou outro aspecto das sociedades anônimas. “A sua adoção pela Alemanha e os ótimos resultados obtidos em Portugal pela Lei de 11 de abril de 1901,” afirmava ele, “convenceram-me da vantagem de consagrar-lhes um capítulo”.<sup>19</sup>

Diante da morosidade com que tramitava o diploma esboçado por Inglez de Souza,<sup>20</sup> optou-se por destacar o capítulo sobre o novo tipo societário e transformá-lo em um projeto autônomo.<sup>21</sup> Assim, sob os

16. José Thomaz Nabuco de Araújo, “Circular do Ministério dos Negócios da Justiça”, Rio de Janeiro, 28 de outubro de 1865, *apud* José Waldecy Lucena, *Das Sociedades Limitadas*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 14-16, nota 28 (“Tendo o governo imperial a intenção de apresentar ao corpo legislativo na próxima futura sessão uma proposta criando no Brasil as sociedades de responsabilidade limitada – como existem na Inglaterra desde 1856, e na França desde 1863 (...)”)

17. Georges Ripert e René Roblot, *Traité de Droit Commercial*, tomo 1, vol. 2, 19ª ed., por Michel Germain, Paris, LGDJ, 2009, p. 191.

18. Cf. Inglez de Souza, *Direito Commercial – Preleções*, 4ª ed. Juiz de Fora, Estabelecimento Graphico Companhia Dias Cardoso, 1926, pp. 141-150 (notando que o regime das sociedades contratuais por quotas se caracterizaria pela: “a) limitação da responsabilidade dos sócios à importância total do capital social; b) adoção de firma ou denominação particular, seguida da palavra – limitada –, sob pena de responsabilidade solidaria e ilimitada dos sócios gerentes; c) exclusão de sócios de indústria; d) divisão do capital em quotas e cessibilidade destas”).

19. Herculano Marcos Inglez de Souza, *Projecto de Codigo Commercial. De accôrdo com o decreto 2.379, de 4 de janeiro de 1911*, vol. I, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1912, p. 24.

20. Paulatinamente alterado para atender a ambição do seu autor de elaborar um código de direito privado, o projeto seria abandonado em favor do diploma redigido por Clóvis Beviláqua.

21. José Waldecy Lucena, *Das Sociedades Limitadas*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 23.

cuidados de Joaquim Luis Osório, parte do projeto de Inglez de Souza finalmente se transformaria “com injustificável rapidez”,<sup>22</sup> no enxuto Decreto 3.708 de 1919. Desse modo, nascia a sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Além de envolverem menos burocracia, notadamente se comparadas às sociedades anônimas por ações, as sociedades por quotas de responsabilidade limitada possibilitavam a limitação da responsabilidade de todos os sócios ao montante capital social após a sua integralização.

O *Decreto das Limitadas*, como o diploma ficou conhecido, era bastante simplificado. Com apenas 19 artigos, conferia amplo campo ao exercício da autonomia privada para a configuração das estruturas internas das sociedades comerciais. Os sócios respondiam, como se disse, até o limite do capital subscrito, mesmo em caso de nulidade do contrato social.<sup>23</sup> Em caso de falência, estes mesmos sócios haveriam de responder solidariamente pelo montante que, estipulado, não houvesse sido subscrito.<sup>24</sup> A distribuição com prejuízo do capital realizado, por sua vez, obrigaria a reposição dos valores recebidos ou retirados.<sup>25</sup>

Outro ponto importante, o art. 10 do diploma, determinava a limitação da responsabilidade de sócios-gerentes ou de sócios que dessem nome à firma. Ressalvava-se, no entanto, que a responsabilidade seria ilimitada em caso de excesso de mandato ou de atos praticados em contrariedade ao contrato ou à lei.<sup>26</sup> O uso indevido e o abuso da firma social (atos *ultra vires*) seriam amparados com uma ação de perdas e

22. José Waldecy Lucena, *Das Sociedades Limitadas*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 27 (acrescentando, ainda, que o projeto não foi sequer debatido, e por conta de um “inexplicável requerimento de urgência”, em poucas semanas transformou-se em direito positivo).

23. Decreto 3.708/1919, art. 17: “A nullidade do contracto social não exonera os socios das prestações correspondentes ás suas quotas, na parte em que suas prestações forem necessarias para cumprimento das obrigações contrahidas”.

24. Decreto 3.708/1919, art. 9º, primeira parte: “Em caso de fallencia, todos os socios respondem solidariamente pela parte que faltar para preencher o pagamento das quotas não inteiramente liberadas”.

25. Decreto 3.708/1919, art. 9º, segunda parte: “Assim, tambem, serão obrigados os socios a repór os dividendos e valores recebidos, as quantias retiradas, a qualquer titulo, ainda que autorizadas pelo contracto, uma vez verificado que taes lucros, valores ou quantias foram distribuidos com prejuizos do capital realizado”.

26. Decreto 3.708/1919, art. 10: “Os socios gerentes ou que derem o nome á firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contrahidas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidaria e illimitadamente pelo excesso de mandato e pelos actos praticados com violação do contracto ou da lei”.

danos.<sup>27</sup> No mais, o art. 14 dispunha (de modo ambíguo, no entanto) sobre a responsabilidade das sociedades por compromissos assumidos em nome próprio por seus gerentes.<sup>28</sup>

A brevidade do Decreto 3.708/1919 demandaria uma longa e profunda elaboração jurisprudencial, interrompida – para muitos negativamente,<sup>29</sup> – apenas em 2002, com a promulgação do atual Código Civil.<sup>30</sup> Embora o art. 18 do Decreto das Limitadas determinasse, “na parte aplicável” e “no que não [fosse] regulado no estatuto social”, a observância da lei de sociedades anônimas,<sup>31</sup> muitas questões se tornaram bastante controversas. Os problemas variavam desde dúvidas singelas – como a possibilidade de adoção da denominação “companhia” pelas sociedades limitadas, discutida por Carvalho de Mendonça ainda na década de 1920<sup>32</sup> – até questões que permaneceriam controvertidas por muitos anos.<sup>33</sup>

27. Decreto 3.708/1919, art. 11: “cabe acção de perdas e danos, sem prejuizo da responsabilidade criminal, contra o socio que usar indevidamente da firma social ou que della abusar”.

28. Decreto 3.708/1919, art. 14: “As sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, responderão pelos compromissos assumidos pelos gerentes, ainda que sem o uso da firma social, si forem taes compromissos contrahidos em seu nome ou proveito, nos limites dos poderes da gerencia”.

29. Cf. Vinicius José Marques Gontijo, “A Regulamentação das Sociedades Limitadas”, in Frederico Viana Rodrigues, *Direito de Empresa no novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 199: “Definitivamente, o nosso legislador poderia ter sido muito mais feliz ao elaborar as normas que regem as sociedades limitadas. A técnica adotada está longe de ser desejável. (...) Não é crível, nem mesmo admissível, presumir-se que o legislador brasileiro do Código Civil, nos quase trinta anos de tramitação do projeto no Congresso Nacional, não tenha tomado conhecimento da polêmica havida na classificação da sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, quanto à sua estrutura econômica”.

30. Cf. Paula Andrea Forgioni, *A evolução do direito comercial brasileiro. Da mercancia ao mercado*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2012, pp. 146-147 (sustentando que omissões no regime das sociedades por ações não devem ser supridas pelo Código Civil, mas sim por *princípios de direito societário*).

31. Decreto 3.708/1919, art. 18: “Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas”.

32. Parecer publicado na *Revista Forense* 51, 1928, pp. 41-42.

33. Por exemplo, em 1930, a Corte de Apelação do Rio de Janeiro esclarecia o escopo do ambíguo art. 14 do Decreto 3.708/1919, determinando que a fiança prestada pelo gerente em nome da sociedade seria nula se não revertsse no proveito desta última (cf. *Revista Forense* 55, 1930, pp. 65-66). No ano seguinte, o Supremo Tribunal Federal decidia que o sócio-quotista poderia, mesmo em nome próprio, excepcionar o foro em execução movida contra a sociedade (cf. *Revista Forense*

### 1.1.2 *A sociedade limitada como necessidade da prática comercial*

No Brasil, a criação da sociedade de responsabilidade limitada foi fortemente influenciada pela ideia de que a limitação das responsabilidades do sócio era verdadeira *necessidade da prática comercial*.<sup>34</sup> A premissa do raciocínio era a de que as nações mais desenvolvidas da Europa teriam desenvolvido um sistema jurídico superior aos demais. Esse sistema, verdadeiro engenho da modernidade, deveria portanto ser transposto ao Brasil. A responsabilidade limitada era assim concebida quase que como uma *tecnologia institucional* essencial ao desenvolvimento da atividade empresarial privada.

De particular relevância no Brasil parece ter sido a narrativa das razões que teriam levado a Alemanha e a França a estabelecerem um regime jurídico específico de responsabilização limitada. A Alemanha fora berço da primeira legislação europeia a reconhecer a faculdade de limitação de responsabilidade do sócio mesmo em sociedades contratuais.<sup>35</sup> Em 1892 havia sido disciplinada, na Alemanha, a *Gesellschaft*

57, 1931, pp. 127-128). Em 1933, a Corte de Apelação de São Paulo assentava que, para fins manutenção de contrato de seguro, a transferência de quotas não alteraria a feição da sociedade (cf. *Revista Forense* 60, 1933, pp. 407-408). Em 1936, a Corte de Apelação de Minas Gerais decidia que os sócios deveriam consentir a respeito da cessão de quotas (cf. *Revista Forense* 68, 1936, pp. 592-594).

34. Sobre os primeiros debates em torno desta questão ainda no século 19, v. José Reinaldo de Lima Lopes, *O Oráculo de Delfos. O Conselho de Estado no Brasil-Império*, São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 297-298. A evocação da ideia da limitação de responsabilidade do sócio como uma necessidade da vida comercial é muito comum dentre os estudiosos da edição do decreto das limitadas de 1919. Vide por exemplo Cássio Cavalli, *Sociedades Limitadas: Regime de Circulação de Quotas*, São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 11-12. O tema é recorrentemente retomado em tempos recentes. Cf. e.g. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de direito comercial – Teoria geral das sociedades – As sociedades em espécie do Código Civil*, vol. 2, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, pp. 115-116 (“Da desconsideração generalizada da personalidade jurídica, tal como se tem verificado em diversas áreas do Direito, deve-se passar à sua ‘reconsideração’ com o fortalecimento da atividade empresarial”).

35. O Código Comercial francês de 1807 havia pioneiramente reconhecido a limitação de responsabilidade do sócio das sociedades anônimas (por ações). O estabelecimento de sociedades anônimas na França da época, no entanto, necessitaria de prévia autorização do governo. Cf. Ana Frazão, *Função Social da Empresa. Repercussões sobre a Responsabilidade Civil de Controladores e Administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 25. Ver também Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O poder de controle na sociedade anônima*, 4ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 434 (notando que “a legislação francesa, por exemplo,



*mit beschränkter Haftung* (GmbH). O diploma criador das GmbH costuma ser apontado como a primeira lei das sociedades limitadas de que se tem notícia.<sup>36</sup> Embora resultante de um esforço criativo do legislador,<sup>37</sup> a GmbH parece realmente ter refletido exigências práticas impostas pelo comércio na segunda metade do século XIX.<sup>38</sup>

A criação da GmbH também parece estar ligada à organização de uma classe de empresários capaz de atuar politicamente em favor de um Direito Comercial comum. Na Alemanha, este Direito Comercial comum compreendia, antes, um Regulamento Cambial (1848), um Código Comercial (1861) e um projeto de Código de Obrigações, o Projeto de Dresden (1865).<sup>39</sup> A adoção da GmbH parece ter sido um sucesso

ao exigir a prévia autorização administrativa para a constituição das companhias, incitou os capitalistas à criação de sociedades em comandita por ações, nas quais eles reservavam para si a quase totalidade do capital acionário e o controle de fato, nomeando comanditados seus dependentes ou prepostos, como autênticos ‘testas-de-ferro’”).

36. Fran Martins, *Sociedades por quotas no direito estrangeiro e brasileiro*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 18-19. O Código Comercial alemão de 1897 alteraria vários pontos da GmbH, cuja redação seria consolidada em 1898. Desde o início da década de 1970 uma série estudos legislativos foi empreendida com o propósito de levar a cabo uma reforma integral do GmbH. Algumas alterações – dentre as quais se destaca a introdução da sociedade unipessoal (*Einmann-GmbH*) – foram formalizadas em 1980, tendo em vista especialmente uma tutela mais robusta dos credores sociais (cf. Vera Helena de Mello Franco, “A reforma de sociedades por quotas de responsabilidade limitada no Direito Alemão”, in *Revista de Direito Mercantil* 71, 1988, p. 94).

37. Ponto destacado por Fran Martins, *Sociedades por quotas no direito estrangeiro e brasileiro*, 1960, vol. I, p. 18.

38. Cf. Vera Helena de Mello Franco, *Manual de Direito Comercial*, 2ª ed., vol. I, São Paulo, Ed. RT, 2004, p. 220 (“A euforia que se seguiu à unificação alemã, sob a tutela de Bismarck, traduziu-se no incremento do volume de negócios, a reclamar formas societárias mais práticas que as até então existentes (...). Os reclamos do comércio e indústria fizeram-se sentir e a solução foi a promulgação da lei alemã de 20 de abril de 1892”). *Mas ver* Antônio Menezes Cordeiro, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. II, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 231 (afirmando que as sociedades limitadas “traduzem uma pura criação do legislador alemão, aparentemente sem qualquer arrimo histórico. O seu êxito, sem precedentes, mostra que o Direito privado, mau grado o peso determinante da História e dos antecedentes científico-culturais, é permeável a criações humanas”).

39. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (1952), trad. port. (da 2ª ed., 1967) de Antônio Manuel Botelho Hespanha, *História do Direito Privado moderno* (1980), 3ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2004, p. 529 (notando que esta unificação também teria sido favorecida pelo caráter técnico das matérias que compreendeu).

imediatos: já em 1911 mais de 20.000 sociedades limitadas haviam se constituído no país; em 1923, seu número ultrapassava 70.000.<sup>40</sup>

Na França, circunstâncias bastante particulares determinariam o surgimento das sociedades limitadas. Derrotada na Guerra Franco-Prussiana, o país viu-se obrigado, em 1871, a ceder a disputada região da Alsácia-Lorena ao recém unificado Império Alemão.<sup>41</sup> O território só seria restituído à França quase quarenta anos depois, com o fim da Primeira Guerra mundial.

Nesse intervalo, na Alsácia-Lorena haviam sido criadas, sob a égide da GmbH alemã – promulgada, como se disse acima, em 1892 –, centenas de sociedades de responsabilidade limitada.<sup>42</sup> Pressionado pelos comerciantes, e após lenta tramitação (sobretudo por conta dos primeiros esboços, que emulavam a legislação alemã, em contradição com o *Code de Commerce* de 1807), o governo francês regulamentaria, apenas em 1925, a *société à responsabilité limitée*. Também ali a nova figura foi acolhida com sucesso. Em 1937, o número de sociedades limitadas na França superou a cifra de 50.000.<sup>43</sup>

No Brasil, a permissão à criação das sociedades por quotas de responsabilidade limitada acabou fazendo com que os tipos societários do Código Comercial de 1850 fossem rapidamente caindo em crescente desuso. Com isso, consolidava-se no Brasil um Direito Societário de inspiração continental-europeia fundamentado acima de tudo em dois princípios.

Primeiro, no princípio da *autonomia patrimonial*, de acordo com o qual os direitos e obrigações da sociedade seriam distintos e não se comunicariam imediata ou necessariamente com os direitos e obrigações pessoais de seus sócios, administradores ou contratantes. A titularidade,

40. Götz Hueck e Christine Windbichler, *Gesellschaftsrecht*, 20ª ed., München, C. H. Beck, 2003, p. 63, *apud* Antônio Menezes Cordeiro, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. II, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 232.

41. Originalmente pertencentes ao Sacro Império Romano-Germânico, Alsácia e parte de Lorena (território comumente designado “Alsácia-Lorena”) seriam incorporadas pela França após o Tratado de Westfália (1648), devolvidas à Alemanha com o Tratado de Frankfurt (1871), novamente anexados pela França conforme o Tratado de Versalhes (1919), outra vez tomados pela Alemanha (1940) e, finalmente, retomados pelos franceses com o fim da Segunda Guerra Mundial (1945).

42. José Waldecy Lucena, *Das Sociedades Limitadas*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 8-9.

43. Georges Ripert e René Roblot, *Traité de Droit Commercial*, tomo 1, vol. 2, 19ª ed. (por Michel Germain), Paris, L.D.G.J., 2009, p. 192.

neste caso, era vista como um atributo particular das *peçoas*. Tratava-se, então, de aceitar que uma sociedade possuía, como as pessoas naturais, personalidade jurídica própria.<sup>44</sup>

Segundo, na maioria dos casos, na possibilidade de dar-se aos sócios a faculdade de adotarem um tipo societário pautado em sua *responsabilidade limitada* ao valor do capital social subscrito.<sup>45</sup> Assim, na sociedade por quotas de responsabilidade limitada, os sócios responderiam apenas pela integralização do capital social da empresa.<sup>46</sup> Esses dois princípios – autonomia patrimonial e responsabilidade limitada – passariam, então, a compor o cerne da responsabilização empresarial no Brasil.

44. Antes do Código Civil de 1916, esse tema gerava controvérsia. A existência de personalidade jurídica da sociedade só se tornou incontestante com o disposto no artigo 20 do Código Civil então criado, e hoje revogado. Confira-se: “As pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros”. O ordenamento atual ampara claramente a ideia de que a sociedade possui uma personalidade jurídica própria. O mesmo se depreende do Código de Processo Civil, art. 596: “Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade”. Hoje, o ponto é tratado no art. 45 do Código Civil: “Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”. art. 46, V: “O registro declarará: (...) se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais”; art. 52: “Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”. Ver também José Augusto Quelhas Lima Engrácia Antunes, *Liability of corporate groups. Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law. An International Perspective*, Deventer, Kluwer, 1994, p. 33; em português, do mesmo autor, “Estrutura e Responsabilidade da Empresa: o Moderno Paradoxo Regulatório”, in Alexandre dos Santos Cunha, *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2006, pp. 18-64.

45. Há no Brasil sociedades com regime de responsabilização limitada (e.g., *sociedade limitada*, *sociedade por ações*), ilimitada (e.g., *sociedade em nome coletivo*), e mista (e.g., *sociedades em comandita*). Há, ainda, outras sociedades em que se pode escolher o regime de responsabilização (e.g., *sociedade cooperativa*). Para a atividade empresarial, o mais comum é adotar a forma legal da *sociedade limitada* ou da *sociedade por ações*.

46. Hoje, cf. o art. 1.052 do Código Civil: “Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”. Lei 6.404/76, art. 1º: “A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas”.

### 1.1.3 O debate europeu ultramar

A importação de modelos jurídicos teve no Brasil o efeito adicional de ocasionar a importação de debates jurídicos. A leitura das discussões sobre as fundações do Direito Societário na época parecem uma espécie de debate europeu ultramar, em que às vezes se tem a impressão de que a discussão teórica desempenha uma função antes retórica do que substantiva. O debate estrangeiro europeu importado ao Brasil tinha, então, ousado dizer, um papel também legitimador da nova realidade que se estabelecia.<sup>47</sup>

No período, os debates jurídicos europeus estavam centrados em torno da justificação da existência de um centro de imputação de direitos e deveres autônomos em relação às pessoas que tomam as decisões.<sup>48</sup> As grandes indagações giravam em torno da realidade social e do *status* jurídico das sociedades. Uma sociedade é uma entidade real, com sua própria vontade e objetivos, ou é mera associação de indivíduos reais que formam um contrato entre si? A sua personalidade jurídica é uma representação fiel da realidade social subjacente, ou se trata de um artifício da lei, de uma ficção jurídica?

No Brasil, as respostas acabaram sendo dadas, em boa medida, pela importação de discussões travadas no continente europeu.<sup>49</sup> Em um primeiro momento, a maioria dos juristas ocupou-se de uma

47. Isto não quer dizer que o debate no Brasil fosse mera reprodução do debate estrangeiro. As observações de Diego López Medina sobre a recepção das ideias e teorias jurídicas europeias na América hispânica parecem valer também para o Brasil. O ponto essencial do autor merece ser transcrito: “A teoria jurídica latino-americana não simplesmente copia ou imita. Em vez disso, altera e transforma (...) Essas ideias [*europeias*], apesar de transmutações e tergiversações, não podem ser desconsideradas, sem mais, por serem produtos miméticos ou translativos. Não se trata de ‘erros’ que requeiram correção através de ajustes à leitura corrente feita em outros lugares. As transmutações terminam sendo, para o bem ou para o mal, parte do inventário disponível de ideias jus-filosóficas disponíveis em um(a) jurisdição”. Trecho livremente traduzido. Cf. Diego López Medina, *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2004, p. 34.

48. Para um panorama das teorias sobre a natureza jurídica da pessoa jurídica ver: Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O poder de controle na sociedade anônima*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, pp. 319-341; e Antonio Menezes Cordeiro, *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*, Coimbra, Almedina, 2000.

49. Para uma clássica síntese das discussões europeias do século 19 sobre a natureza jurídica da sociedade, vide Arthur Machen, “Corporate Personality”, in *Harvard Law Review* 24, 1911. Em português, vide Calixto Salomão Filho, *A sociedade unipessoal*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, pp. 9-44.

questão preliminar: a existência da personalidade jurídica societária. Carvalho de Mendonça sustentava, não sem alguma ironia, que a sociedade não seria “um fantasma, que como estranho se interpõe entre os associados”.<sup>50</sup> A discussão foi aplacada pelo art. 20 do Código Civil de 1916, segundo o qual a pessoa jurídica teria uma “existência distinta da dos seus membros”, e essa orientação logo pacificou-se na legislação e na doutrina.

Seguiu-se uma discussão mais aprofundada – melhor talvez fosse dizer, *uma exposição mais detalhada* – daquilo que era debatido na Europa. Assim, a pauta do debate passou à contraposição entre teorias ficcionistas e realistas. Para os que enxergavam na sociedade mero contrato entre indivíduos, a personalidade não seria mais do que uma forma para se poder “juntar”, por assim dizer, as vontades dos contratantes. A âncora teórica estava na repetição das conclusões de Savigny, para quem a personalidade jurídica não teria uma vontade própria distinta daquela dos indivíduos que a compunham.<sup>51</sup> Ou seja: a sociedade não teria vontade, intenção, nem capacidade de agir própria, exceto na medida em que a lei lhe imputasse, de maneira ficcional, tal vontade. Já para os que defendiam a realidade das sociedades, a personalidade jurídica seria não apenas uma ficção, mas a própria expressão de sua real personalidade na sociedade.<sup>52</sup> No debate alemão, até hoje frequentemente referido no Brasil (quase sempre indiretamente), esta era a visão de Otto von Gierke.

50. José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito commercial brasileiro*, vol. III, Livro II, *Dos comerciantes e seus auxiliares*, Parte III, *Das sociedades commerciaes*, São Paulo, Duprat, 1914, p. 78. Teixeira de Freitas, Carlos de Carvalho e João Monteiro adotavam a mesma orientação (Alfredo Russell, *Curso de direito commercial brasileiro*, tomo I, Rio de Janeiro, Livraria Scientífica Brasileira, 1923, pp. 231-232).

51. Savigny baseou suas teorias nas análises medievais do direito romano sobre as associações. As associações no direito romano, tal qual interpretado por Savigny, obtêm seu status jurídico não por conta da sua forma social mas a partir de atos do Estado. Há hoje farta bibliografia sugerindo que Savigny tenha chegado às suas conclusões com base em pouca evidência e a partir de uma interpretação equivocada do *Digesto*. Cf. Herbert Felix Jolowicz, *Roman Foundations of Modern Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, pp. 133-134.

52. Assim, por exemplo, Inglez de Souza, *Direito comercial (Prelecções)*, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1919; mais tarde, Trajano de Miranda Valverde, *Sociedades por Ações*, Rio de Janeiro, Forense, 1953, pp. 232-234; e Theophilo de Azeredo Santos, *Manual de direito comercial* (1964), 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1970, p. 201. Nos livros de Direito Comercial e Societário é comum encontrar, além do debate entre *ficcionalistas* e *realistas*, referências aos *institucionalistas* (e à figura de Maurice Hauriou) e à *teoria do patrimônio de afetação*.

Evidentemente, cada teoria tinha seus problemas. Por um lado, boa parte do direito, e do Direito Privado em particular, articulava suas soluções com base em classificações do estado mental das partes, algo que no século 20 seria chamado de “voluntarismo jurídico”. Nesse contexto, noções como má-fé, dolo, etc. dificilmente poderiam ser conciliadas com a visão ficcional. Se a sociedade era mera ficção, de onde proviria *sua* má-fé? Como se poderia imputar à *sociedade*, e não aos seus sócios, um comportamento doloso?

Por outro lado, quando se aceitava a teoria realista da sociedade, criavam-se novos problemas. Em particular, como seria possível distinguir a vontade societária da vontade dos sócios? Para Gierke, a solução estaria na distinção entre a deliberação coletiva e a deliberação pessoal. Mas este critério é frágil, especialmente quando consideramos o caso da sociedade unipessoal.<sup>53</sup> Como se vê, a disputa estava envolta em uma circularidade: é preciso ser uma pessoa para ter direitos; mas a existência de direitos pressupõe que haja pessoas.

Aqui cabe um comentário interessante sobre o debate entre Savigny e Gierke. Na Alemanha do século 19, as contendas refletiam visões distintas da historicidade do fenômeno societário.<sup>54</sup> No seu ataque a Savigny, Gierke sustentou não apenas que suas teorias eram superiores em realismo científico e em validade filosófica, mas também que sua teoria era “mais germânica”.<sup>55</sup> O pano de fundo eram os debates sobre o grau

53. Calixto Salomão Filho, *A sociedade unipessoal*, 1995, pp. 22-24 (destacando que, na teoria de Gierke, o critério da pluralidade de componentes da sociedade como identificador da “vontade própria” no fenômeno associativo parece insuficiente e muito idealizado”. E que impediria, por exemplo, o reconhecimento das sociedades unipessoais, pois neste caso não haveria deliberação coletiva).

54. Essa era, inclusive, a investigação da chamada Escola Histórica do Direito cujo “principal rasgo característico (...) residia na noção de *espírito do tempo*, pelo qual se criava um fundamento de continuidade entre o *espírito* do direito de tempos passados, – que remontava à antiguidade para a vertente romanística e ao medievo para a vertente germanista, – até o direito vigente, que, portanto, estava pré-determinado pelas noções da *unidade da cultura jurídica européia* e da *tradição*, consubstanciadas na ‘obra cultural e literária do passado’” (Cássio Machado Cavalli, *Empresa, Direito e Economia – Elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico*, Tese de Doutorado em Direito, UFRGS, 2012, p. 49).

55. Mas é incorreto imaginar que a disputa entre Savigny e Gierke refletisse apenas uma corrida pela afirmação de valores nacionalistas. Cf. Lamartine Correa de Oliveira, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1979, p. 6 (citando Luca Buttaró, para quem (i) a teoria da ficção legal de Savigny emanava do temor de que através da criação de novos tipos de coletividades e patrimônios “personificados”

de individualismo (de inspiração romanística) ou de coletivismo (fundamentada na tradição germânica medieval) que se imprimiria ao código civil alemão, cuja redação se debatia ao fim do século 19.<sup>56</sup>

Se por um lado grau de *germanismo* das teorias presumivelmente só interessaria aos próprios alemães,<sup>57</sup> por outro lado as conclusões dos contendores rapidamente adquiriram uma dimensão transnacional. Ou seja, curiosamente, esse debate alemão rapidamente ganhou relevância no mundo todo, inclusive no mundo anglo-saxão. O historiador contemporâneo Ron Harris notou, por exemplo, que a importação deste debate entre Savigny e Gierke teve na Inglaterra e nos Estados Unidos um papel político diferente daquele que tivera na Alemanha.<sup>58</sup> Enquanto na Alemanha a discussão acabou por justificar e promover a liberdade de associação em sindicatos, nos Estados Unidos e na Inglaterra o debate foi apropriado para obrigar os sindicatos a se responsabilizarem civilmente em ações judiciais promovidas por empregadores contra empregados.

No Brasil, o debate sobre a natureza das sociedades parece ter tido um duplo papel político. Primeiro, havia o papel (largamente simbólico) de legitimar a decisão política de positivar a criação de sociedades, particularmente das sociedades limitadas após 1919. A adoção das sociedades limitadas não era evidentemente um fenômeno isolado, mas fazia

fosse possível a reconstituição – sob outra forma – de antigas estruturas corporativas que constituíam entrave à evolução da vida econômica; e (ii) a teoria realista de Gierke corresponderia a uma época posterior (segunda metade do século 19) em que o temor de involução que preocupava Savigny já estaria superado, e em que era necessário permitir a pesquisa e a livre adoção de novas e mais complexas formas de organização da vida social).

56. Mathias Reimann, “Nineteenth Century German Legal Science”, in *Boston College Law Review* 31, 1990, p. 837.

57. Cf. Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 409 (argumentando que “quase todas as fórmulas polêmicas e as proposições do séc. XIX podem ser referidas a este processo e incluir-se num processo global de desenvolvimento da consciência social dos juristas alemães. O espírito do povo de Savigny, o direito dos juristas de Puchta, o direito popular de Beseler, a finalidade no direito de Jhering, o direito social e comunitário de Gierke, todos eles são (tal como a alienação do homem na sociedade de mercadorias, segundo a concepção de Karl Marx) tentativas de re aquisição da identidade da consciência jurídica e jurídico-científica com o caráter histórico e, portanto, social – agora descoberto – da existência (nacional ou social)”).

58. Ron Harris, “The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: from German Codification to British Political Pluralism and American Big Business”, in *Washington & Lee Law Review* 63, 2006, p. 1421.

parte de um grande contexto de paulatina modernização, industrialização embrionária e em alguns momentos até mesmo uma vigorosa expansão dos mercados acionários no país.<sup>59</sup> As sociedades comerciais de responsabilidade limitada que pouco a pouco surgiam no cenário econômico traziam não apenas novos dilemas jurídicos, mas também novos dilemas políticos, econômicos e morais. Mostrar que a discussão mais avançada cingia-se à sua natureza jurídica – mas punha sua conveniência fora de questão – implicitamente legitimava a criação da sociedade de responsabilidade limitada.

Segundo, este debate europeu ultramar tinha o papel de afirmar o Direito Societário como seara para o disciplinamento jurídico da responsabilidade societária. Senão vejamos: talvez as sociedades fossem realidades sociais, e talvez fossem ficções jurídicas: mas existiam para o direito. Consequentemente – este é a meu ver o ponto enfatizado implicitamente – deveria existir também o ramo jurídico que as disciplinasse.

Assim, subreptícia e indiretamente, e para além de um aumento de tecnicidade no trato da matéria, a afirmação do Direito Societário como ramo autônomo reforçava não apenas o princípio da autonomia patrimonial, mas também o princípio da responsabilidade limitada.<sup>60</sup> Dessa maneira, reforçavam-se também os princípios liberais que historicamente haviam constituído os alicerces ideológicos do Direito Societário trazido ao Brasil. Desse modo ganhavam força princípios jurídicos caros à vida comercial do século 20, como a autonomia da vontade, a livre-iniciativa, a defesa da propriedade e a liberdade de associação.

A responsabilidade limitada podia, então, passar a ser representada como corolário da atividade comercial. Há aqui um percurso admirável: o que anteriormente podia compreensivelmente ser compreendido como verdadeiro paradoxo passava à posição de lugar comum, verdadeira ob-

59. Aldo Musacchio, *Experiments in Financial Democracy. Corporate Governance and Financial Development in Brazil, 1882-1950*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009. pp. 58-83.

60. Cf. Paula Andrea Forgioni, *A evolução do direito comercial brasileiro. Da mercancia ao mercado*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2012, pp. 39-47 (apresentando a doutrina clássica do direito comercial brasileiro e identificando nela uma passagem do direito da intermediação para o direito dos comerciantes e dos atos de comércio). Também sobre o tema, ver Waldemar Ferreira, “A elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito do direito comercial”, *Revista Forense* 158/42 (concluindo que a extensão do conceito de empresa alargaria o âmbito do direito comercial, mas ressaltando que isso poderia acontecer para além do conceito em si, que é variável e incerto, de modo a incluir, possivelmente, “a exploração de atividade econômica não comercial por sociedades”).



viedade. Para usar um termo hoje em voga, a responsabilidade limitada era assim *naturalizada*. De quebra, a afirmação do Direito Societário aprofundava o processo de secularização do direito e enraizava a ideia de especialização da atividade comercial ante as atividades civis de um modo geral.

## 1.2 *A economia política da limitação de responsabilidade*

O debate europeu ultramar não teria prosperado no Brasil se o modelo societário de responsabilidade limitada não tivesse sido consistente com o sistema político e econômico da República Velha.<sup>61</sup> De particular interesse para os presentes fins é notar que este modelo societário era condizente com os sistemas fiscal e trabalhista prevalentes durante e República Velha. Disso tratarei adiante.

Antes de prosseguir, cabe ressaltar que se trata aqui um tema amplíssimo. Para não perder de vista os fins eminentemente práticos a que se presta toda a contextualização histórica empreendida, a discussão estará cingida apenas aos temas pontuais necessários para que se possa, nos capítulos subsequentes, mostrar como mudanças na conformação fiscal e trabalhista a partir de Getúlio Vargas impactaram o regime de responsabilização de terceiros delineado no Decreto das Limitadas de 1919.

### 1.2.1 *A fiscalidade herdada do Império*

Em matéria fiscal – à época, não cabe sequer falar em *Direito Tributário*, que no Brasil só ganharia autonomia ante o *Direito Financeiro* nos anos 1960 – dois fatores parecem ter contribuído para durante a República Velha fortalecerem politicamente o esquema de responsabilização limitada previsto no Decreto das Limitadas de 1919.

O primeiro fator diz respeito aos contribuintes da época. Os impostos de maior relevância para as receitas tributárias do período eram arrecadados sobretudo de pessoas físicas, não de pessoas jurídicas. Na

61. Para uma discussão da economia política do Direito Societário brasileiro no Império, ver Mariana Pargendler, “Politics in the Origin: The Making of Corporate Law in Nineteenth-Century Brazil”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, n. 3, 2012. Versão em português inédita, no prelo (argumentando que “a elaboração das primeiras leis societárias no Brasil [do século XIX] é marcada por três características peculiares: (i) legislação politizada, (ii) origens diversas e (iii) transplantes seletivos”).

República Velha a tributação do comércio exterior foi a principal fonte de receita da União, especialmente o imposto de importação.<sup>62</sup> Desde o Segundo Império até o início da Primeira Guerra Mundial, o imposto de importação respondera por mais da metade das receitas tributárias da União, e o imposto sobre o consumo por aproximadamente 15%.<sup>63</sup> A tributação do patrimônio privado se dava principalmente através dos impostos territoriais (rural e urbano). Também ocorria através das transmissões *inter vivos* e *causa mortis*, além da tributação sobre o extrativismo e a produção agropastoril, que, sob a rubrica de produtos, incidia sobre o patrimônio.<sup>64</sup>

É bem verdade que houve variações no peso relativo de cada tributo. Com a eclosão da Guerra e a consequente redução dos fluxos comerciais internacionais, o imposto sobre o consumo foi paulatinamente adquirindo maior importância,<sup>65</sup> ao mesmo tempo em que o Brasil iniciava um incipiente movimento de industrialização.<sup>66</sup> Ao fim da Primeira Guerra, o quadro reverteu-se em parte, e a proporção de receitas tributárias derivadas do imposto sobre importação novamente cresceu. Durante a década de 1920, o imposto de importação correspondeu a cerca de 50% da receita fiscal, e o de consumo, a 25%.<sup>67</sup> De todo modo, houve uma queda global dos níveis de arrecadação e somente na década de 1930

62. Annibal Villanova Villela e Wilson Suzigan, *Política do governo e crescimento da economia brasileira 1889-1945*, (1973), 3ª ed., Brasília, Ipea, 2001, pp. 427-430.

63. Annibal Villanova Villela e Wilson Suzigan, *Política do governo e crescimento da economia brasileira 1889-1945*, pp. 427-430.

64. Benedito Ferreira, *A História da Tributação no Brasil: Causas e Efeitos*, Brasília, Senado Federal, 1986, p. 178 (notando ainda que o imposto aplicado sobre o produto tem o seu fato gerador, normalmente, após o término da produção e circulação ou ainda quando do consumo).

65. Annibal Villanova Villela e Wilson Suzigan, *Política do governo e crescimento da economia brasileira 1889-1945*, p. 138 (reportando que entre 1914 e 1917 não apenas as alíquotas foram elevadas, mas também o rol de produtos tributáveis foi alargado). Em 1953, o imposto de importação responderia por apenas 4,11% da receita tributária do país (Fundação Getúlio Vargas (Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda), *A reforma do Ministério da Fazenda e sua metodologia. Relatório Final*, vol. 35, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1967, p. 175).

66. Bernardo Ribeiro de Moraes, *Sistema Tributário da Constituição de 1969 (Curso de Direito Tributário*, vol. I), São Paulo, Ed. RT, 1973, pp. 62-63 (observando que entre 1914 e 1919 o número de empresas industriais no país praticamente duplicou).

67. Annibal Villanova Villela e Wilson Suzigan, *Política do governo e crescimento da economia brasileira 1889-1945*, p. 154.

foi possível ao Estado brasileiro alcançar novamente uma arrecadação proporcional à do período anterior à Primeira Guerra.<sup>68</sup> O imposto sobre o consumo era arrecadado de pessoas físicas, de modo que em relação a ele a responsabilização de terceiros por dívidas da empresa simplesmente não se põe. O imposto de importação, por seu turno, podia ser arrecadado também de empresas. Porém, a incipiência da industrialização e o predomínio de comerciantes individuais afastavam, igualmente, a responsabilização de terceiros.<sup>69</sup>

Há um segundo fator de natureza fiscal que parece explicar a sustentação política da limitação de responsabilidade no período. Este está relacionado à continuidade do regime fiscal do país na transição do Império à República. A República Velha manteve, em linhas gerais, a mesma organização tributária herdada do Império.<sup>70</sup> Por isso, a adoção de responsabilidade limitada parece não ter ensejado, naquele momento, as dificuldades e desafios que décadas depois viriam a atormentar a administração fazendária. As receitas tributárias do Estado como proporção do produto interno bruto eram, sintomaticamente, bastante baixas. Apesar da transição para o regime federalista, a estrutura econômica da República Velha se manteve, como no Império, marcadamente agrícola e aberta ao comércio exterior. O governo ocupava-se dos impostos sobre o comércio exterior como fonte de receita, e os utilizava muito raramente para fins protecionistas.<sup>71</sup> As pessoas físicas eram, então, responsáveis

68. Annibal Villanova Villela e Wilson Suzigan, *Política do governo e crescimento da economia brasileira 1889-1945*, pp. 209-210; Carlos Manuel Pelaez, “As consequências econômicas da ortodoxia monetária, cambial e fiscal no Brasil entre 1889 e 1945”, in *Revista Brasileira de Economia* 25, 3, 1971 p. 72 (observando que na década de 1930 as receitas do imposto de consumo voltariam a crescer, passando de 25,3 mil-contos de réis em 1931 para 677,5 mil-contos de réis em 1939).

69. Winston Frisch, “Apogeu e crise na primeira república: 1900-1930”, in Marcelo de Paiva Abreu, *A Ordem do Progresso. Cem Anos de Política Econômica Republicana. 1889-1989*, Campus-Elsevier, 1990, pp. 70-71.

70. Ricardo Varsano, *A Evolução do Sistema Tributário Brasileiro ao Longo do Século: Anotações e Reflexões para Futuras Reformas*, IPEA, Texto Para Discussão 405, 1996, p. 2; Boris Fausto (org.), *História geral da civilização brasileira*, tomo III, *O Brasil republicano*, vol. 8, *Estrutura de poder e economia (1889-1930)* (1997), São Paulo, Bertrand Brasil, 2006, p. 430 (destacando também que a própria economia da República Velha costuma ser vista como uma extensão da economia do Segundo Império).

71. Werner Baer, Isaac Kerstenetzky e Annibal Villanova Villela, “As Modificações do Papel do Estado na Economia Brasileira”, in *Pesquisa e Planejamento Econômico*, 3, 4, 1973, p. 884 (disponível em <<http://www.ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/213/147>>, acesso em 5.9.2011).

pela parcela mais significativa das importações. Embora o equilíbrio orçamentário tenha sido o principal objetivo da política fiscal na República Velha, ele raramente era atingido; apesar disso, excetuados os anos de 1908 e 1915, as taxas de crescimento da economia do país eram sempre positivas, notadamente impulsionadas pelos saldos da balança comercial.<sup>72</sup>

A mais importante novidade em matéria fiscal trazida pela Constituição Republicana de 1891 foi a adoção de um regime federativo que conferia aos Estados e Municípios receitas próprias e, portanto, relativa autonomia financeira. Para isso, a Constituição estabeleceu um sistema de discriminação entre receitas fiscais da União e dos Estados.<sup>73</sup> A autonomia financeira dos Municípios dependia, por sua vez, da fixação de impostos municipais por cada Município.<sup>74</sup> Há quem identifique nesse contexto “o clima para a autêntica e legítima discriminação de rendas”;<sup>75</sup> na prática, entretanto, a nova ordem constitucional não parece ter trazido um “federalismo sem peias”, como desejavam os positivistas do Rio Grande do Sul, representados por Júlio de Castilhos. A organização federal de 1891 resultou de um embate do qual o castilhismo, no fim das contas, saiu derrotado – ou, ao menos até a ascensão de Vargas, enfraquecido.<sup>76</sup> Prevaleceu naquele momento um federalismo essencialmente

72. Winston Frisch, “Apogeu e crise na primeira república: 1900-1930”, in Marcelo de Paiva Abreu, *A Ordem do Progresso. Cem Anos de Política Econômica Republicana. 1889-1989*, São Paulo, 1990, pp. 388-397.

73. Constituição de 24 de fevereiro de 1891, arts. 7º, 9º, 10, 11, 12 e 68.

74. A competência tributária dos Municípios somente foi estabelecida na Constituição de 1934 (art. 8, II, § 2º; e especialmente art. 13, § 2º, determinando a competência dos Municípios para “a decretação dos seus impostos e taxas, a arrecadação e aplicação das suas rendas”).

75. Essa a leitura de Amílcar de Araújo Falcão, *Sistema Tributário Brasileiro*, Rio de Janeiro, Edições Financeiras, 1965, p. 35.

76. Para, como se sabe, ganhar projeção nacional com a chegada de Vargas ao poder, em 1930. Essa conclusão, contudo, não é consensual. Há uma importante análise sobre a dinâmica política da época, denominada “coronelismo”, e possibilitada principalmente pela “superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada”. A moeda de troca que possibilitaria a relação promiscua entre o poder público (representados pelos chefes municipais) e os coronéis neste intrincado jogo político seria o chamado “voto de cabresto” – numa interpretação que confere preponderância ao poder privado e local em detrimento do poder público central (Victor Nunes Leal, *Coronelismo, Enxada e Voto* (1949), 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1997, pp. 40-42). Como se vê, refiro-me aqui à concentração de receitas tributárias nas mãos da União, sem

“unionista”, para usar a expressão de Rui Barbosa.<sup>77</sup> Mais da metade das receitas era destinada à União. Permanecia vigente, deste modo, uma discriminação fixa de rendas que, implantada na década de 1830, só seria reformada na Constituição de 1946.<sup>78</sup>

Isso se reflete na repartição de receitas fixada no texto constitucional. À União cabiam as receitas ligadas ao imposto de importação – como visto acima, de longe a mais relevante fonte de renda –, ao trânsito e permanência de navios, às taxas de selo e de correios e telégrafos federais.<sup>79</sup> Aos Estados foi concedida competência para tributar exportação, imóveis rurais e urbanos, transmissão de propriedade, indústrias e profissões, bem como para exigir taxas de selo e contribuições aplicáveis aos correios e telégrafos estaduais.<sup>80</sup> A Constituição de 1891 reservou também à União e aos Estados o poder de criar outras receitas tributárias.<sup>81</sup> Um imposto sobre o fumo foi criado em 1892<sup>82</sup> e logo a seguir foi estabelecido um rudimentar imposto sobre o consumo de alguns produtos.<sup>83</sup> As receitas dos Municípios eram constituídas basicamente pelo imposto sobre indústrias e profissões e pelo imposto predial. Não é preciso, no entanto, entrar em maiores detalhes. O que se disse já é suficiente para mostrar que o esquema de responsabilização previsto no Decreto das Limitadas era consistente com o regime tributário da República Velha, especialmente por estar a tributação dirigida em grande medida à pessoa física e por conta da continuidade do regime fiscal entre Império e República.

negar, todavia, o poder político das lideranças locais dentro do federalismo trazido pela Constituição de 1891.

77. Francisco Iglésias, *Trajetória política do Brasil. 1500-1964*, São Paulo, Companhia das Letras, 1993, pp. 199-200.

78. Fundação Getúlio Vargas (Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda), *A reforma do Ministério da Fazenda e sua metodologia. Relatório Final*, vol. 35, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1967, pp. 81-82.

79. Constituição de 1891, art. 7º, item 4º.

80. Constituição de 1891, art. 9º, § 1º, item 2º.

81. Dispunha o art. 12: “Além das fontes de receita discriminadas nos arts. 7º e 9º, é lícito à União como aos Estados, cumulativamente ou não, criar outras quaisquer, não contravindo, o disposto nos arts. 7º, 9º e 11, n. 1”.

82. Ricardo Varsano, *A Evolução do Sistema Tributário Brasileiro ao Longo do Século: Anotações e Reflexões para Futuras Reformas*, 1996, p. 2-3 (notando que o imposto sobre vendas mercantis, que depois passou a se chamar imposto de vendas e consignações, foi criado em 1922 e suas receitas foram transferidas aos Estados).

83. A Lei 641, de 1889, previa a tributação de 14 produtos apenas.

### 1.2.2 *A relação de trabalho como contrato*

A rigidez da responsabilidade societária nos moldes do Decreto das Limitadas coadunava-se igualmente com a forma como se concebiam as relações de trabalho e emprego. Na República Velha, a regra geral era tratar as relações de trabalho como relações civis regidas por contrato, sem o conteúdo obrigatório e interventivo que a Consolidação das Leis do Trabalho anos depois viria a instituir. Assim, conceber-se a relação de emprego em bases contratuais parecia tão natural quanto aceitar a limitação contratual da responsabilidade de sócio prevista nos contratos sociais das sociedades limitadas.

Isto não quer dizer que não sejam encontráveis, já na República Velha, os primeiros sinais de um arcabouço mais protetivo dos empregados. Maurício Godinho Delgado, por exemplo, enxerga na República Velha o primeiro período significativo do direito do trabalho no Brasil. Esta seria, nas suas palavras, a “fase de manifestações incipientes ou esparsas” do Direito Trabalhista.<sup>84</sup> Esses movimentos esparsos seriam em maior ou menor grau identificáveis nos três âmbitos em que havia relações de emprego: o setor cafeeiro, que na República Velha conheceria tanto seu apogeu quanto seu declínio; o setor industrial, que gradualmente nascia em São Paulo e no Rio de Janeiro; e um setor de serviços, inicialmente estruturado de modo predominantemente informal.

Do ponto de vista do governo, a criação de um Direito do Trabalho era vista com desconfiança, e isso por pelo menos duas razões. Primeiro, mesmo quando as reivindicações trabalhistas deixaram de ser um “caso de polícia” e se tornaram uma “questão social”,<sup>85</sup> sua discussão permanecia desvinculada da dinâmica de incentivo à produção e consumo nos mercados. Segundo, a alta descentralização política e o consequente poder das elites regionais – talvez o ponto mais destacado pelos intérpretes desse período<sup>86</sup> – impediam o surgimento de uma legislação trabalhista federal significativa.<sup>87</sup>

84. Maurício Godinho Delgado, *Curso de direito do trabalho*, 8ª ed., São Paulo, LTr, 2009, p. 100.

85. Sobre o ponto, v. Joaquim Pimenta, *Sociologia econômica e jurídica do trabalho*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957, pp. 139-160.

86 V., por exemplo, Francisco José de Oliveira Viana, *Instituições políticas brasileiras* (1949), vol. 1, São Paulo, EDUSP, 1987, 17-18 (identificando a prevalência de um “direito social operário” eminentemente tradicional ou costumeiro, desvinculado da atuação estatal).

87. Maurício Godinho Delgado, *Curso de direito do trabalho*, 2009, p. 101. Vale lembrar, ainda, que a federalização do direito do trabalho seria realizada apenas em 1926, como destacarei adiante.

Nas primeiras décadas do século 20, o sudeste do Brasil experimentou um acentuado processo de urbanização e de industrialização.<sup>88</sup> Para usar a consagrada metáfora de Gilberto Freyre, passou a ser comum a visão de que as estruturas de poder existentes entre a casa-grande e a senzala se transferiram para os sobrados e os mocambos.<sup>89</sup> Pela primeira vez, classes tradicionalmente separadas do ponto de vista social e econômico passaram a frequentar um mesmo espaço público. Se essa relação acarretava o surgimento de um pluralismo cultural potencialmente enriquecedor, ela também trazia a consciência de que certas diferenças seriam menos naturais do que se pensava. A separação de espaços representa, também, uma limitação de consciência. Quando os espaços se fundem, as distinções passam a ser realizadas a partir do modo pelo qual cada um pode se valer deste mesmo espaço público. Assim, além da inédita convivência, nascia também uma nova segregação.

Em várias cidades do país surgiam bairros operários, geralmente ocupados por imigrantes. Entre 1887 e 1930, seu contingente somou 3,8 milhões de pessoas.<sup>90</sup> Se por um lado esses imigrantes traziam novas visões de empreendedorismo fundamentais para o desenvolvimento da sociedade, por outro traziam também ideias socialistas e anarquistas forjadas no continente europeu.<sup>91</sup> Nesse contexto, em 1907, a cidade de São Paulo foi paralisada por uma greve movida por metalúrgicos, trabalhadores da construção civil e da indústria de alimentos, que reivindicavam jornada de trabalho de oito horas diárias, férias, aposentadoria e outros pleitos só posteriormente amparados pela legislação trabalhista.<sup>92</sup>

88. Não quero, todavia, exagerar nesse diagnóstico. Em 1920, apenas 16,6% da população brasileira vivia em cidades (cf. José Murilo de Carvalho, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2008, p. 57).

89. Cf. Gilberto Freyre, *Casa-grande e senzala. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*, 48ª ed., São Paulo, Global, 2003; e do mesmo autor, *Sobrados e mocambos. Decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano*, 15ª ed., São Paulo, Global, 2004.

90. Boris Fausto, *História do Brasil*, 12ª ed., São Paulo, EDUSP, 1994, p. 275.

91. Sobre o tema, v. Eric J. Hobsbawm, *Labouring men*, trad. port. de Marina Leão Teixeira Viriato de Medeiros, *Os Trabalhadores. Estudos sobre a História do Operariado*, São Paulo, Paz e Terra, 2000, pp. 367-398.

92. Maurício Godinho Delgado, *Curso de direito do trabalho*, 2009, p. 101 (lembrando que até 1890 a greve constituía um ilícito penal, e a derrogação deste tipo veio apenas com o Decreto 1.162, promulgado naquele ano); Maria José Villaça, *A força de trabalho no Brasil*, São Paulo, Pioneira, 1967, pp. 143-147 (observando que a desorganização dos trabalhadores do centro-oeste, do norte e do nordeste do Brasil explica a grande diferença, verificada ao menos até a década de 1960, entre seus salários e direitos trabalhistas e os salários e direitos dos trabalhadores do sul e do sudeste).

Movimentos similares ocorreriam a partir de 1917, incitados sobretudo por trabalhadores da indústria têxtil, os quais eram fortemente influenciados por ideais anarquistas divulgados por organizações como a Comissão Internacional Contra a Guerra, o Centro Socialista Internacional ou o grupo anarquista “Os Sem Pátria”.<sup>93</sup> Embora inicialmente alheio à organização das novas classes urbanas, o governo logo se precaveria contra os levantes populares. Ora o fazia por meio da repressão, ora por meio da cooptação e do atendimento (ao menos do ponto de vista legislativo) de certas reivindicações dos trabalhadores.

De uma parte, portanto, a ação estatal era repressora: mais do que uma “questão social”, as primeiras greves foram consideradas “caso de polícia”. Assim, em 1907 foi promulgada a lei Adolfo Gordo, cujo art. 1º determinava que o estrangeiro “que, por qualquer motivo, comprometer a segurança nacional ou a tranquilidade pública” poderia, por ordem do governo, “ser expulso de parte ou de todo o território nacional”.<sup>94</sup> Originalmente, a lei se aplicava apenas aos estrangeiros que residissem no Brasil há menos de dois anos ou que não fossem casados com brasileiros. No entanto, os dispositivos que conferiam essa limitação foram revogados em 1913, acirrando a repressão a estrangeiros.<sup>95</sup> O mesmo diploma exigia, ainda, que a diretoria dos sindicatos fosse ocupada por brasileiros natos ou naturalizados, de modo a dificultar a “contaminação ideológica” das organizações.<sup>96</sup>

De outra parte, o Estado buscava cooptar as organizações trabalhistas e atender algumas de suas reivindicações. Por exemplo, já em 1907, ano da primeira grande greve de São Paulo, um Decreto legislativo autorizou a criação de sindicatos profissionais e sociedades cooperativas

93. Joel Wolfe, “Anarchist Ideology, Worker Practice: The 1917 General Strike and the Formation of São Paulo’s Working Class”, in *The Hispanic American Historical Review* 71, 4, 1991, pp. 809-846.

94. Lei 1.641, de 5.1.1907.

95. Thiago Ramos Barbosa, *Os movimentos sociais de trabalhadores e seus reflexos históricos no direito do trabalho: o papel da classe operária na formação do direito do trabalho* (dissertação de mestrado), São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, pp. 135-136 (notando que “posteriormente, em 1913, a caçada aos estrangeiros se acirrou com a revogação dos dispositivos desta norma que vedavam a expulsão do estrangeiro que houvesse residido por dois anos no país ou fosse casado com brasileira, bem como daquele que assegurava o direito de recurso contra sentença que determina expulsão”).

96. Sobre a questão, v. Boris Fausto (org.), *História geral da civilização brasileira*, tomo III, *O Brasil Republicano*, vol. 9, *Sociedade e instituições (1889-1930)* (1997), 8ª ed., São Paulo, Bertrand Brasil, 2006, p. 170.



que até então atuavam apenas à margem da lei.<sup>97</sup> Em 1919, no curso da onda de greves iniciada em 1917, surgiu a primeira lei sobre acidentes de trabalho.<sup>98</sup> Na mesma toada, a seguir foram promulgados diplomas concedendo aposentadoria para os empregados do setor ferroviário,<sup>99</sup> determinando férias de 15 dias anuais aos empregados de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários,<sup>100</sup> e ainda proibindo o trabalho de menores de 12 anos.<sup>101</sup> Questionava-se, no entanto, a extensão da participação política da classe operária, havendo inclusive quem enxergasse no período uma restrição da cidadania em favor da “estadania”.<sup>102</sup>

Apesar desses movimentos, durante a República Velha houve condições políticas suficientes para sustentar a visão do contrato de trabalho sob uma perspectiva eminentemente civilista e privatista. Aliás, a promulgação do Código Civil de 1916 acentuou essa tendência. O art. 1.216 do diploma referia a locação de serviços e dispunha que “[t]oda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”. A concessão esparsa de direitos trabalhistas no âmbito federal, quase sempre em contraposição a visões mais duras obtidas a partir do Código Civil, explica-se, aqui, também por uma leitura tradicional da hierarquia das leis. Em 1926 a Constituição de 1891 foi emendada para consolidar essa orientação, restringindo a competência para legislar sobre o trabalho ao Congresso Nacional.

Assim como a legislação, a doutrina propriamente trabalhista de então era incipiente e fragmentária. A obra pioneira a respeito do tema, publicada em 1905, são os *Apontamentos de direito operário*, de Antônio Evaristo de Moraes – ainda rábula, aliás, quando da edição do livro.<sup>103</sup> Mais tarde, Sampaio Dória publicou *A questão social*, obra que alcançou razoável notoriedade, e à qual se seguiram a *Legislação do trabalho* de Carvalho Netto, publicada em 1926, e os *Estudos de legislação social* de Francisco Alexandre, publicados em 1930.<sup>104</sup> Mas esta literatura de

97. Decreto 1.637, de 5.1.1907. Mas v. Boris Fausto, *História do Brasil*, 1994, p. 302 (observando que a legalização dos sindicatos ficou apenas no papel).

98. Lei 3.724, de 15.1.1919.

99. Lei 4.682, de 24.1.1923, conhecida como Lei Elói Chaves.

100. Lei 4.982, de 24.12.1925.

101. Decreto 17.934-A, de 12.10.1927.

102. José Murilo de Carvalho, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, p. 61.

103. O autor viria a formar-se em direito aos 45 anos, em 1916 (Amauri Mascaro Nascimento, *Curso de direito do trabalho*, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 68).

104. Amauri Mascaro Nascimento, *Curso de direito do trabalho*, 2007, pp. 68-69.

um modo geral ligava a proteção aos trabalhadores ainda à tradição do Direito Civil. O Direito Trabalhista só se afirmaria como ramo autônomo mais tarde, durante a Era Vargas.<sup>105</sup>

### 1.3 Conclusão parcial

Enquanto o princípio da autonomia patrimonial é *essencial* para que a criação da pessoa jurídica tenha sentido prático, o princípio da responsabilidade limitada é *acidental*. Ou seja: o primeiro é absolutamente necessário, mas não o segundo. O reconhecimento da personalidade jurídica ao ente coletivo e, por consequência, da sua autonomia patrimonial, não confere aos seus membros necessariamente a limitação de responsabilidade.<sup>106</sup> Esta decorre do tipo associativo de que se reveste a pessoa jurídica.

Na República Velha surgiram as condições para que prosperasse um modelo jurídico de inspiração europeia que refletia o paradigma liberal-clássico da responsabilidade limitada. O seu aspecto propriamente *liberal* estava menos na possibilidade de que sócios pudessem

105. Essas primeiras obras se concebiam como denúncias da pobreza e miséria da classe trabalhadora no país (para Doria, essa seria a *questão social*); e frequentemente advogam que caberia ao Estado uma função de proteção dos trabalhadores (“logo, o Estado que se mantiver indiferente, num *laissez faire*, num salve-se que puder, diante da luta econômica entre o trabalho e o capital, não assegura a justiça” (Antônio Sampaio Doria, *A questão social*, São Paulo, Monteiro Lobato, 1922). Não se desenhava, no entanto, uma clara defesa de uma seara autônoma do direito consagrada ao trabalhismo. Evaristo de Moraes, por exemplo, em seu livro pioneiro, defendia a necessidade “de se cuidar, no terreno legislativo, em abrir caminho a alguns institutos jurídicos, especialmente destinados à proteção das classes trabalhadoras e à modificação de suas condições de existência” (p. 8); mas concebia essa proteção dentro da tradição civilista, uma vez que “nos chamados *Códigos Civis* muitos institutos novos podem ser admitidos, regulando o contrato de trabalho, com vantagem para o operário e sem prejuízo do capitalista. O Estado deve intervir no contrato geralmente chamado de *locação de serviços*, estabelecendo, como escreve um civilista português, o equilíbrio entre salário mínimo e as necessidade do operário morigerado” (Antônio Evaristo de Moraes, *Apontamentos de direito operário* (1905), 4ª ed., São Paulo, LTr, 1998, p. 18). Sobre a afirmação do direito trabalhista na Era Vargas, ver Cap. 2

106. Por tratar-se de conceito abstrato, que abarca uma imensa gama de possibilidades organizacionais (pessoa jurídica de direito público ou privado, sociedades empresariais, associações, fundações e partidos políticos), para este estudo importa olhar para este instituto quando eles revestem as sociedades empresariais de personalidade jurídica, pois estamos interessados na análise da limitação de responsabilidade e seus limites.

se eximir de dívidas da empresa, e mais no seu caráter de incentivo à iniciativa privada e ao empreendedorismo. Embora o termo “incentivo” não fizesse parte da terminologia da época, a ideia de que a limitação de responsabilidade do sócio fosse uma *necessidade da prática comercial* o refletia de modo bastante claro.

O debate jurídico, contudo, buscava legitimar o novo tipo societário menos pela discussão da sua funcionalidade, e mais pela discussão (ou importação de conclusões) de temas jusfilosóficos de altíssima indagação. Assim, por uma via em parte apenas simbólica, o debate jurídico da época se prestava também a consolidar o Direito Societário como locus jurídico básico da responsabilidade societária, e também a legitimar a nova forma de organização comercial que emergia em meio ao desenvolvimento econômico do país. Este regime de responsabilização centrado no Direito Societário parece ter sido consistente com as estruturas econômicas e os interesses políticos predominantes à época. Somente as mudanças na esfera política e econômica coincidentes com a subida de Vargas ao poder em 1930 criariam as condições para que este regime pudesse ser gradualmente alterado.

Seria o começo do fim da responsabilidade limitada.



## Capítulo 2

### **O ESTADO SOCIAL E O ESFACELAMENTO DA RESPONSABILIDADE LIMITADA (1930-1988)**

*2.1 A empresa na Era Vargas: 2.1.1 O modelo intervencionista: 2.1.1.1 A intervenção econômica – 2.1.1.2 Relações entre capital e trabalho – 2.1.1.3 Problemas de efetividade; 2.1.2 Do direito contratual ao direito trabalhista: 2.1.2.1 Impactos da CLT sobre a responsabilidade empresarial – 2.1.2.2 Direito trabalhista, corporativismo e autoritarismo – 2.1.2.3 O papel de Vargas na balança; 2.1.3 A nova fase do regime tributário: 2.1.3.1 O problema conjuntural – 2.1.3.2 O problema estrutural – 2.1.3.3 Efeitos das reformas. 2.2 A tributação da empresa sob desenvolvimentismo: o plano original: 2.2.1 A busca pela reforma tributária estrutural: 2.2.1.1 A ideia de racionalização tributária – 2.2.1.2 O compromisso possível – 2.2.1.3 O combate à evasão fiscal; 2.2.2 A criação do Código Tributário Nacional: 2.2.2.1 A marcha para a edição do CTN – 2.2.2.2 Renovação da doutrina jurídica tributária – 2.2.2.3 A legalidade tributária sob ditadura; 2.2.3 A responsabilidade tributária: 2.2.3.1 Relação com a evasão fiscal – 2.2.3.2 Tipologia – 2.2.3.3 Responsabilidade por transferência a terceiros; 2.2.4 A rigidez do CTN testada nos tribunais: 2.2.4.1 A polêmica sobre o conceito de “infração à lei” – 2.2.4.2 A interpretação originalista – 2.2.4.3 A continuidade com o regime das limitadas. 2.3 O preço do milagre econômico: 2.3.1 Fissuras no regime liberal tributário: 2.3.1.1 O acirramento da disputa federativa – 2.3.1.2 Agressividade fiscal – 2.3.1.3 O colapso tributário; 2.3.2 O formalismo como problema no direito societário: 2.3.2.1 A desconconsideração da personalidade jurídica na jurisprudência – 2.3.2.2 Reflexos na doutrina nacional – 2.3.2.3 A nova jurisprudência em matéria cível; 2.3.3 O direito trabalhista a reboque: 2.3.3.1 A limitação estrita – 2.3.3.2 A posição salomônica – 2.3.3.3 A ilimitação de responsabilidade. 2.4 Conclusão parcial.*

A crise econômica e as tensões acumuladas durante a República Velha acabaram por ocasionar uma guinada política. A Revolução de 1930 instalou Getúlio Vargas como chefe do Governo Provisório, e,

após 1934, como Presidente da República. A subida de Vargas ao Poder inaugurou a era do *Estado social* no Brasil.<sup>1</sup> Em parte, o Estado social estaria inspirado pela busca do que se percebia, no diagnóstico da época, como uma contradição fundamental herdada da República Velha entre igualdade política e desigualdade social.

Na leitura do grupo político de Vargas, a superação dessa contradição dependeria da intervenção estatal. No período Vargas, que vai até 1954, a intervenção estatal estaria ancorada ora em um governante autocrático em constante busca de legitimidade, ora em um regime democrático carente de sustentação política. O suicídio de Vargas em nada muda esse “bambolê político” que persistirá durante a vigência do Estado social no Brasil. A democracia é intermitente e frágil; os governos militares deixam no ar o cheiro de que algo é ilegítimo. A política só se estabilizaria a partir de 1988 – e ainda assim com solavancos, inclusive o *impeachment* de um presidente, mas pelo menos sem quebra institucional.

Dentro do esforço de reconstruir a *genealogia jurídico-política do fim da responsabilidade limitada no Brasil*, classificarei como um período único o grande interregno que vai de 1930 a 1988; e o farei mesmo compreendendo que sob certo ângulo a subida ao poder pelos militares em 1964 poderia caracterizar uma ruptura com o período anterior.<sup>2</sup> Prefiro, no entanto, enfocar a continuidade, em vez da ruptura, porque meu objetivo aqui não é a análise política em si, mas sim a análise do regime de responsabilidade empresarial em meio à transição política. Como demonstrarei, é em um cenário de nascimento e evolução do *Estado social* brasileiro que se dará a transição do regime jurídico de responsabilidade empresarial de terceiros. O período que se iniciou em 1930 sob o signo de uma responsabilidade limitada estrita – sócios e administradores respondem pessoalmente apenas em situações excepcionais, tudo em linha com o Decreto das Limitadas de 1919 – terminaria com a responsabilidade limitada esfacelada, tanto no plano legislativo quanto jurisprudencial.

Como explicado no item 2.1, esse esfacelamento deu seus primeiros passos na esfera trabalhista, ainda na Era Vargas. Os itens 2.2 e 2.3 descrevem a longa marcha da flexibilização da responsabilidade limi-

1. Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, São Paulo, Saraiva, 1961.

2. Há autores que seguem uma divisão semelhante – mas claro, também com ressalvas –, ver, por exemplo, Luiz Carlos Bresser-Pereira, “Do Estado patrimonial ao gerencial”, in Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.), *Brasil: um Século de Transformações*, São Paulo, Cia. das Letras, 2001, pp. 222-225.

tada no campo tributário. O item 2.3 também mostra os reflexos desse esfacelamento no campo societário e, já durante a década de 1980, sua radicalização no campo trabalhista. O item 2.4 conclui.

## 2.1 *A empresa na Era Vargas*

A ascensão de Vargas ao poder marca o início da marcha que culminaria, décadas depois, na derrocada do regime de responsabilidade empresarial previsto no Decreto das Limitadas. As bases de economia política dessa guinada são estabelecidas ao mesmo tempo em que o Estado rompia com o compromisso liberal da República Velha. As consequências do novo modelo interventor se fizeram sentir primeiro no âmbito das relações trabalhistas, e, só bem mais adiante, no âmbito das relações tributárias e societárias.

Com o advento do direito trabalhista, a visão da relação de trabalho como exclusivamente contratual foi profundamente relativizada.<sup>3</sup> Na esteira, a possibilidade de limitação contratual da responsabilidade de sócios perante credores trabalhistas foi imediatamente posta em xeque: explicitamente, por conta de regras e princípios previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); e implicitamente, por conta dos pressupostos políticos orientadores do direito trabalhista. Além disso, o novo modelo de Estado impunha mudanças na estrutura tributária que tornariam o esquema de responsabilidade empresarial cada vez mais relevante para a capacidade do Estado de coletar impostos.

Prossigo examinando, no item 2.1.1, aspectos centrais do modelo intervencionista inaugurado por Vargas. No item 2.1.2, discuto as repercussões desse novo modelo na esfera trabalhista, enfocando em particular as mudanças no regime jurídico de responsabilidades de terceiros na empresa após a edição da CLT. No item 2.1.3, trato brevemente das mudanças na estrutura tributária trazidas pelo novo modelo de Estado interventor. Com isso, pavimento o caminho para poder, mais adiante,

3. A dificuldade inicial da compatibilização do direito trabalhista com o direito comercial pode ser sentida nas observações de José Xavier Carvalho de Mendonça: “Falta a tradição histórica para constitui-la objeto de um direito autônomo. Ontem o capital dominava o trabalho; hoje, o operariado organizou-se, fortificou-se e enfrentou as exigências do capital, trazendo-lhe a insegurança. Como quer que seja, daí se originam embaraços à produção. Quando se conseguir a conciliação dessas duas forças, quem nos dirá que, ao invés de um direito industrial, surgirá um direito do trabalho?” (cf. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 6ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1957, p. 41).

discutir em maiores detalhes a ruptura do modelo de responsabilidade limitada também na esfera tributária.

### 2.1.1 O modelo intervencionista

O modelo intervencionista inaugurado por Vargas é não apenas multifacetado, como também controverso entre os historiadores, juristas e economistas. Por conta dos objetivos desta obra, não tenho a ambição de tratar do tema de modo abrangente. Limito-me a tratar da intervenção econômica à base de pinceladas, e analiso, em seguida, alguns aspectos importantes da intervenção estatal nas relações entre capital e trabalho, bem como certos problemas de efetividade da intervenção então enfrentados.

#### 2.1.1.1 A intervenção econômica

Com Vargas, ganhou força a ideia de intervenção e ordenação da sociedade pelo Estado. Exemplos marcantes incluíram as políticas de fixação de preços e o controle da produção de setores econômicos, como os programas de sustentação de preços do café ou o controle de tarifas;<sup>4</sup> a criação de autarquias voltadas a intervir em setores específicos, como o do açúcar, o do sal e o da pesca, dentre outros;<sup>5</sup> a criação de controles de câmbio destinados a racionar divisas e a evitar a especulação inter-

4. Por exemplo, o Código de Águas de 1934 (Decreto 24.643), art. 178, *b*, autorizava o governo a fixar as tarifas da eletricidade. Vide também Annibal Villanova Villela e Wilson Suzigan, *Política do Governo e Crescimento da Economia Brasileira 1889-1945* (1973), 3ª ed., Brasília, Ipea, 2001, pp. 191-200.

5. Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: o Direito Público Econômico no Brasil*, Rio de Janeiro, FGV, 1968, pp. 358-366. Vide também Instituto Brasileiro de Economia, *O Setor Público Federal Descentralizado*, FGV-IBRE, Centro de Estudos Fiscais, 1967. E ainda, Werner Baer, Isaac Kerstenetzky e Annibal Villanova Villela, “As modificações do papel do Estado na economia brasileira”, *Pesquisa e Planejamento Econômico*, 3, 4, 1973, p. 888 (notando que em “colaboração com os produtores, [as autarquias] regulavam a produção, os preços, financiavam a construção de armazéns gerais, etc. Com os anos, [as autarquias] muitas vezes se transformaram de instrumentos de controle do Governo em instrumentos de pressão para obter favores governamentais para setores específicos”). Destaca-se também a criação, em 1938, do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), com o objetivo de profissionalizar e racionalizar a burocracia do Estado brasileiro, e em 1944 da Fundação Getúlio Vargas (FGV), “instituição dedicada ao estudo e ao ensino dos problemas de administração”, fundamental à modernização e capacitação técnica dos quadros administrativos em formação nesse momento (cf. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil



nacional contra a moeda nacional;<sup>6</sup> e a adoção de medidas de repressão financeira, notadamente a edição da Lei da Usura.<sup>7</sup>

No mesmo sentido, são notórias outras iniciativas da época como a criação de órgãos voltados à realização de planejamento econômico setorial – o primeiro deles tendo sido o Conselho Federal do Comércio Exterior, em 1934, que se dedicou principalmente aos setores de papel e celulose;<sup>8</sup> a nacionalização (através das operações de *encampação*) de empresas privadas com o fim de fomentar determinados setores estratégicos como o transporte por vias aquáticas (e a partir da década de 1940, com o fim de promover a segurança nacional por conta da Segunda Guerra Mundial);<sup>9</sup> e, ainda, a partir da década de 1940, a criação de várias empresas estatais com o propósito inicial de contribuir para o esforço de guerra brasileiro.<sup>10</sup>

– CPDOC, disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas/1/anos37-45/PoliticaAdministracao/FGV>>).

6. Bruno Meyerhof Salama, “Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 50, 2010, pp. 157-184; vide também Annibal Villanova Villela e Wilson Suzigan, *Política do Governo e Crescimento da Economia Brasileira 1889-1945* (1973), cit., pp. 191-200.

7. Decreto 22.626, de 7.4.1933. Sobre a criação da Lei da Usura ver também Bruno Meyerhof Salama, “Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais”, cit., *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 50; e Gustavo Franco, *Uma Longa Adolescência: Fases da História Monetária Brasileira. Ideias e Consequências*, Porto Alegre, Sulina, 2007 (notando que a edição da Lei da Usura teve o efeito indireto de centralizar o crédito nos bancos públicos, especialmente no Banco do Brasil).

8. Sobre a história do planejamento estatal na Era Vargas vide Jorge Gustavo da Costa, *Planejamento Governamental: a Experiência Brasileira*, Rio de Janeiro, FGV, 1971; Betty Mindlin Lafer (ed.), *Planejamento no Brasil, Coleção Debates*, São Paulo, Perspectiva, 1970; Octávio Ianni, *Estado e Planejamento Econômico no Brasil (1930-1970)*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1971; Nelson Mello e Zouza, “O planejamento econômico no Brasil: considerações críticas”, *Revista de Administração Pública* 4, 1968, pp. 59-112.

9. Annibal V. Villela et al., *Aspectos do Crescimento da Economia Brasileira 1889-1969*, vol. I, Rio de Janeiro, FGV, 1971, p. 192; vide também Werner Baer, Isaac Kerstenetzky e Annibal V. Villela, “As modificações do papel do Estado na economia brasileira”, cit., *Pesquisa e Planejamento Econômico*, 3, 4, pp. 889-890.

10. Destacam-se a Companhia Vale do Rio Doce (criada em 1942 e privatizada em 1997) e a Fábrica Nacional de Motores (FNM). Essa última, criada em 1943, com o tempo passou a produzir diversos bens inclusive tratores, caminhões, automóveis e refrigeradores, tendo sido privatizada em 1968.

### 2.1.1.2 Relações entre capital e trabalho

A partir de Vargas, o Estado brasileiro passou também a intervir de forma mais decidida nas relações privadas entre capital e trabalho. Um aspecto dessas políticas foi a constitucionalização de uma ampla gama de direitos trabalhistas, e mais tarde previdenciários. A Constituição de 1934 foi a primeira a tratar da ordem econômica e social em um capítulo específico. Seu art. 120 autorizava o reconhecimento de sindicatos e associações profissionais, e o art. 121 determinava a edição de lei voltada para o amparo da produção e do trabalho, tendo em vista os interesses econômicos do País e a proteção social do trabalhador. Em seu § 1º, o mesmo art. 121 lançava as bases daqueles que seriam os fundamentos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), editada pouco menos de dez anos depois.

Lá estavam, então, a isonomia salarial, a previsão do salário-mínimo, a limitação da jornada de trabalho a oito horas diárias, a proibição do trabalho de menores de 14 anos, as férias anuais remuneradas, a indenização por dispensa sem justa causa, entre outros.<sup>11</sup> No mais, a Carta reconhecia a autonomia da Justiça do Trabalho – uma autonomia coerente com o particular arcabouço legislativo que se consolidava –, sem, todavia, lhe proporcionar condições para a efetivação dessa independência.<sup>12</sup>

### 2.1.1.3 Problemas de efetividade

Tanto a nova legislação quanto as regras levadas à Constituição enfrentavam enormes problemas de efetividade (e os acordos firmados no contexto internacional do entreguerras mostram que não se tratava de um problema exclusivamente brasileiro).<sup>13</sup> O Tratado de Versalhes, de 1919, por exemplo, recomendava o estabelecimento de aparelhos públicos capazes de efetivar os direitos trabalhistas ali previstos, e este se torna um

11. Alice Monteiro de Barros, *Curso de Direito do Trabalho* (2005), 5ª ed., São Paulo, LTr, 2009, pp. 70-72.

12. Art. 122, *caput*, da Constituição de 1934: “Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I”.

13. Alguns levaram essa impressão às últimas consequências: “Não seria possível conceber-se um Código Civil único para todos os povos; mas, não será de modo algum absurdo imaginar-se um só Código do Trabalho industrial, regulando direitos e deveres de todos os operários do mundo” (Francisco José de Oliveira Vianna, *Direito do Trabalho e Democracia Social*, Rio de Janeiro, José Olympio, 1951, p. 18).

dos grandes objetivos da Organização Internacional do Trabalho.<sup>14</sup> Ainda que com algumas particularidades, essa orientação foi acompanhada de perto por Vargas. Poucos dias depois da implantação do novo governo, em novembro de 1930 foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, liderado por Lindolfo Collor.<sup>15</sup>

No ano seguinte, foram instituídos, na organização do novo ministério, o Departamento Nacional do Trabalho e as Delegacias Regionais do Trabalho.<sup>16</sup> Em 1932 foram instituídas as Juntas de Conciliação e Julgamento,<sup>17</sup> órgãos precursores da Justiça do Trabalho, cujas decisões poderiam, no entanto, ser reformadas mediante advocatória do Ministro do Trabalho. O arranjo institucional do corporativismo varguista encontrava-se nesse ponto razoavelmente esboçado.

Quando da sua constitucionalização e autonomização, em 1934, à Justiça do Trabalho não foram concedidos nem o *status* republicano de órgão do Poder Judiciário – embora em tese essa fosse a única rubrica sob a qual ela pudesse ser colocada –, nem as garantias que já então eram concedidas aos magistrados da Justiça comum.<sup>18</sup> Fora isso, pouco se dizia da nova Justiça, senão que seria regida pela “legislação social” e composta por Tribunais do Trabalho e Comissões de Conciliação cujos membros sempre seriam eleitos “metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual”.<sup>19</sup> A esses órgãos caberia a resolução de conflitos trabalhistas individuais e coletivos.

A Constituição de 1937 manteve essa estrutura, acrescentando que a “greve e o *lock-out* são declarados recursos antissociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”.<sup>20</sup> Em alguma medida, e ao menos em um primeiro momento, a Justiça do Trabalho esteve na prática muito mais próxima do Executivo que do Judiciário, o que, aliás, era coerente com a orientação

14. Firmado em 28 de junho de 1919 na Conferência de Paz de Paris, o Tratado de Versalhes criou a Organização Internacional do Trabalho, agência multilateral hoje ligada à Organização das Nações Unidas, cuja tarefa primordial seria a de trabalhar pela realização das garantias ali estabelecidas.

15. Decreto 19.443, de 26.11.1930.

16. Decreto 19.667, de 4.2.1931.

17. Decreto 22.132, de 5.11.1932.

18. Vide art. 122, *caput*, da Constituição de 1934, citado na nota 12 acima.

19. Art. 122, parágrafo único, da Constituição de 1934.

20. Art. 139 da Constituição de 1937, segunda parte.

crecientemente autoritária do governo. Sem embargo dessa tendência, a montagem do corporativismo varguista parece ter sido acompanhada por uma mudança na percepção das elites sobre a questão social. Afinal esta, na década de 1930, deixava de ser um caso de polícia para tornar-se, na reflexão daqueles que pensavam o Brasil – inclusive os autoritários<sup>21</sup> –, um verdadeiro problema de Estado.<sup>22</sup>

### 2.1.2 Do direito contratual ao direito trabalhista

As crescentes intervenções do Estado nas relações privadas em matéria laboral culminaram inevitavelmente no surgimento de um ramo próprio do Direito para as relações de trabalho. Parte desse processo deu-se com o surgimento de uma nova dogmática jurídica em que a responsabilidade de terceiros foi paulatinamente se deslocando para além do direito societário. O quadro de responsabilidade limitada em base contratual começava, então, sua lenta e contínua mutação, e o fazia pela via do direito trabalhista.

#### 2.1.2.1 Impactos da CLT sobre a responsabilidade empresarial

A nova economia política estatal inaugurada a partir de Vargas impactaria decisivamente o esquema de responsabilidade empresarial de terceiros. Em particular, a criação da CLT e a inauguração do novo campo jurídico – o direito trabalhista – tocavam ao tema da responsabilidade societária de três formas.

Em primeiro lugar, através de regras específicas sobre responsabilidade de sócios. De particular interesse foi a regra constante do art. 2º, § 2º, da CLT, segundo a qual empresas do mesmo grupo econômico estariam obrigadas a responder solidariamente por dívidas surgidas em relações de emprego.<sup>23</sup> Assim, se uma empresa inadimplisse suas obri-

21. Assim em Francisco José de Oliveira Vianna, *Direito do Trabalho e Democracia Social*, cit., p. 11 (“Coube à Revolução de 30 o mérito insigne de elevar a questão social – até então relegada à jurisdição da polícia nas correrias da praça pública – à dignidade de um problema fundamental de Estado”).

22. José Rodrigo Rodriguez, *Dogmática da Liberdade Sindical, Direito, Política, Globalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 14.

23. CLT, art. 2º, § 2º: “Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”. A mesma regra da

gações de natureza trabalhista, as demais empresas integrantes do grupo econômico poderiam ser demandadas e responderiam solidariamente.

Trata-se, como se vê, de modalidade de responsabilização civil extracontratual objetiva: outras empresas do grupo arcam com dívidas trabalhistas de empresa inadimplente independentemente de terem realizado qualquer ação dolosa ou culposa. Consequentemente, na prática econômica, responder por dívidas trabalhistas de empresa do grupo passou a fazer parte do risco do negócio. Na doutrina jurídica, o tema foi entendido como uma incorporação, pelo direito trabalhista, de um “princípio da solidariedade” entre empresas relacionadas a um mesmo grupo econômico.<sup>24</sup>

Em segundo lugar, a CLT trouxe uma série de regras de caráter mais geral que acabaram por influenciar o regime societário indiretamente. Por exemplo, ela estabeleceu que contrato de trabalho poderia ser celebrado tacitamente, ou seja, bastaria que alguém, de fato, prestasse serviços.<sup>25</sup> A CLT também determinou que alterações na estrutura jurídica ou econômica das empresas não poderiam alterar os contratos de trabalho em vigor: mesmo que uma empresa seja vendida ou que seu tipo societário seja alterado, não seria possível realizar modificações unilaterais nas relações de emprego já estabelecidas.<sup>26</sup> O diploma trouxe, ainda, um regime jurídico específico para as cooperativas, descaracterizando possíveis vínculos empregatícios a elas relacionados.<sup>27</sup>

Há ainda uma terceira forma através da qual a CLT afetou a responsabilidade societária. A CLT não é só um conjunto de regras e princípios

responsabilidade solidária do grupo foi reproduzida com poucas alterações na Lei do Trabalho Rural, art. 3º, § 2º, da Lei 5.589/1973: “Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego”.

24. Orlando Gomes e Edson Gottschalk (atual. de José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Souza), *Curso de Direito do Trabalho*, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 111.

25. CLT, art. 442, *caput*: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expreso, correspondente à relação de emprego”.

26. CLT, art. 10: “Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados”; e art. 448: “A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”.

27. CLT, art. 442, parágrafo único: “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

jurídicos: ela é a cristalização em lei de certo pensar que enxerga na relação de emprego um inerente perigo de exploração, senão mesmo a própria encarnação da exploração do mais fraco pelo mais forte. Em outras palavras, há um pressuposto sociológico implícito na CLT, a saber, o de que os empregados não dispõem de meios adequados para manter sua sobrevivência e que têm um elevado grau de dependência ante o empregador.

O direito trabalhista teria, então, o papel de contrabalançar essa assimetria de poder, e refletiria, assim, um compromisso entre duas classes: a dos patrões (concebidos como os detentores de capital) e dos trabalhadores (vistos como despossuídos de capital). Como se vê, a CLT trouxe consigo pressupostos políticos marcadamente antiliberais. Os efeitos desse componente ideológico são talvez mais sutis, como veremos mais adiante, provavelmente mais impactantes e perenes do que as próprias regras e princípios jurídicos expressamente previstos em lei.

#### 2.1.2.2 Direito trabalhista, corporativismo e autoritarismo

O resultado desse trinômio trazido pela CLT – regras específicas, regras e princípios gerais e uma ideologia jurídica intervencionista – foi a construção de uma nova dogmática jurídica das relações de trabalho. Como vimos no capítulo anterior, o Código Civil de 1916 enquadrara o que hoje é visto como uma relação de trabalho apenas como *locação de serviços mediante retribuição pecuniária*. Tratar-se-ia de mera relação contratual. A CLT não pretendia alterar a natureza contratual das relações trabalhistas – embora tenha havido alguma controvérsia a respeito desse ponto –,<sup>28</sup> mas sim conferir ao contrato de trabalho um caráter particular: não mais uma modalidade de locação de serviços, mas uma figura específica, relacionada a princípios que lhe são peculiares e sujeita a um regime jurídico particular.

Assim, embora os contratantes continuassem sendo os mesmos, com a edição da CLT um deles foi juridicamente reconhecido como empregado. Por conseguinte, passou a ser beneficiário de tratamento especial. Esse modo de pensar, que põe em segundo plano, entre outras coisas, a forma societária das empresas, é importante para compreender

28. Octavio Bueno Magano, *Direito do Trabalho*, 2ª ed., vol. II, São Paulo, LTr, p. 31 (relatando que Arnaldo Lopes Süsskind, membro da comissão elaboradora da CLT, afirmara que o texto do diploma era uma solução de consenso entre a maioria, que não desejava alterar o caráter contratual da relação de trabalho).

o desenvolvimento futuro do tema da limitação da responsabilidade empresarial no campo trabalhista.

Isso não quer dizer que, na sua concepção original, a CLT tivesse inspiração marxista. Nem poderia ser diferente: a Revolução de 1930 fora abertamente anticomunista. Assim, a criação da CLT veio acompanhada de um regime sindical atrelado ao estado de repressão a movimentos comunistas e anarquistas que não seguissem a cartilha corporativa. De fato, o modelo corporativista brasileiro, conformado principalmente pela Constituição de 1937, consolidou uma política de cooptação que vinha se esboçando desde o início do século XX.<sup>29</sup>

Nesse sentido, o art. 138 da Constituição de 1937 determinava que, embora a associação profissional ou sindical fosse livre, apenas “o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado” teria o direito de “representação legal dos que participarem da categoria de produção”, bem como a possibilidade “de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público”. Pouco adiante, o art. 140 assentava que a “economia da população será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos destes e exercem funções delegadas de Poder Público”. O arcabouço jurídico implantado na década de 1940 conferiria efetividade a essas disposições,<sup>30</sup> cuja especificação definitiva ocorreria com a promulgação da CLT, no simbólico 1º de maio de 1943.

Essas políticas ecoavam as orientações do pensamento autoritário brasileiro, cujos maiores expoentes provavelmente eram os juristas Francisco Campos e Oliveira Vianna – esse último, aliás, consultor jurídico do Ministério do Trabalho entre 1932 e 1940. Oliveira Vianna diria, por exemplo, que não bastava modificar a mentalidade da classe patronal: seria preciso alterar também a mentalidade do operariado, por meio da

29. Vale observar aqui que, embora o sistema corporativista brasileiro seja frequentemente associado ao italiano, não se pode dizer que ele seja seu equivalente tropical *tout court*. No Brasil o sindicato não é um órgão do Estado, como veremos adiante. Haverá, de fato, um controle sobre as organizações sindicais, mas ele será indireto. A organização das classes, enquadradas em um extenso rol de categorias, será outorgada pelo Estado.

30. Citem-se, por exemplo, o Decreto 1.402, de 4.12.1940, que previu a possibilidade de intervenção do Ministério do Trabalho nos sindicatos, ou o conhecido Decreto 2.381, de 9.7.1940, que estabelece o quadro das atividades e profissões para o Registro das Associações Profissionais e o enquadramento sindical.

“constituição do que se poderia chamar o ambiente material e social, isto é, o clima físico e moral próprio a fazer ressurgir e desenvolver, na consciência do trabalhador, o sentimento da sua dignidade humana e da sua elevação social”.<sup>31</sup>

Para Vianna, esse ambiente não poderia ser criado de baixo para cima. Sua posição refletia assim uma estranha mistura de reconhecimento de um “direito real” emerso das práticas sociais a uma espécie de paternalismo dirigente voltado para a conformação desse direito às orientações do governo. Vianna empregava a noção de dignidade da pessoa humana para justificar a ação estatal, ainda que, como o tempo viria mostrar, as regras trabalhistas consolidadas na Era Vargas pudessem ser lidas sob o signo de ideologias de caráter marxista.

### 2.1.2.3 O papel de Vargas na balança

O papel exato de Getúlio Vargas e os contornos exatos de suas políticas são até hoje objeto de controvérsia histórica. Há quem sustente, por exemplo, que a maior parte dos direitos trabalhistas previstos na CLT – esta, uma das grandes bandeiras políticas de Vargas – na verdade já constava de legislação anterior promulgada desde os primeiros anos do século XX. Essa constatação, levantada por autores como Luís Werneck Vianna, contraria certo senso comum histórico segundo o qual o direito trabalhista poderia ser dividido em um período anterior e outro posterior aos feitos de Getúlio Vargas.<sup>32</sup>

De fato, a Constituição de 1934 consolidou boa parte dos direitos trabalhistas esparsamente promulgados ao longo da República Velha. Ainda assim, não parece correto reduzir o período compreendido entre a ascensão de Vargas, em 1930, e a primeira Constituição de seu governo, em 1934, à mera estabilização de direitos concedidos anteriormente. Ao contrário, promulgaram-se nesses anos, para citar apenas três grupos de exemplos, vários decretos específicos sobre a duração do trabalho,<sup>33</sup>

31. Oliveira Vianna, *Direito do Trabalho e Democracia Social*, cit., p. 37.

32. Luiz Jorge Werneck Vianna, “Sistema liberal de direito do trabalho”, *Estudos CEBRAP* 8, 1974, pp. 140-141; cf. a opinião de Francisco José de Oliveira Vianna, *Direito do Trabalho e Democracia Social*, cit., p. 65 (“O historiador futuro, ao estudar este período agitado da nossa história, não poderá negar ao Presidente Vargas esta glória, nem esta benemerência: a obra social da revolução, das mais belas que se tem realizado em nosso povo, é dele”).

33. Para o comércio, Decreto 21.186, de 22.3.1932; para a indústria, Decreto 21.364, de 4.5.1932; para as empresas de transportes terrestres, Decreto 32.766, de 18.1.1934.



uma extensa legislação voltada para a organização de institutos de aposentadoria<sup>34</sup> e alguns diplomas relacionados à formalização das relações trabalhistas.<sup>35</sup> Aí estavam as fundações de um modelo corporativista que (assentado sobre uma tentativa de harmonização anticomunista entre capital e trabalho) alcançaria sua formulação mais bem-acabada com o *Estado novo*<sup>36</sup> após 1937.

O pano de fundo dessa discussão sobre a ideologia e política varguistas parece ser um confronto historiográfico entre aqueles que veem nos movimentos de 1930 uma revolução genuína e aqueles para quem os acontecimentos de 1930 não representariam senão um golpe preventivo, talvez da “burguesia” contra o “operariado”. Para os primeiros, teria havido revolução seguida da instalação de um “Estado de compromisso” caracterizado pela abertura não subordinada às pressões políticas, pela maior centralização política e pela dependência das oligarquias locais em relação ao poder central.<sup>37</sup> Para os segundos, somente o operariado poderia ser responsável por um verdadeiro movimento revolucionário, tal como lançado em 1928 com a criação do Bloco Operário Camponês pelo Partido Comunista.<sup>38</sup>

Da mesma forma, o teor exato da ideologia varguista é também objeto de polêmica. Sabe-se que a crença no papel ativo (e não meramente reativo) do Estado fazia parte do movimento varguista, mas isso não quer dizer que os revolucionários de 1930 tivessem claramente a criação do Estado interventor como horizonte. Para alguns autores, já havia desde o início do movimento uma intenção de reordenar integralmente a sociedade, a começar pela economia.<sup>39</sup> Outros observadores, no entanto,

34. Decreto 20.465, de 1<sup>a</sup>.10.1931; Decreto 22.872, de 29.6.1933; Decreto 24.273, de 22.5.1934; Decreto 24.615, de 8.7.1934.

35. Por exemplo, a instituição da carteira de trabalho pelo Decreto 21.175, de 21.3.1932. Outros diplomas são listados por Roberto Barretto Prado, *Direito do Trabalho*, São Paulo, Ed. RT, 1963, pp. 56-58.

36. O “Estado Novo” foi o regime político fundado por Vargas em novembro de 1937, que durou até outubro de 1945. Características comumente atribuídas ao regime são o nacionalismo, a centralização de poder, o autoritarismo e o anticomunismo.

37. Por todos, Boris Fausto, *A Revolução de 1930. História e Historiografia*, São Paulo, Brasiliense, 1970, pp. 109-110.

38. De modo geral, Edgard S. De Decca, *1930: o Silêncio dos Vencidos*, São Paulo, Brasiliense, 1981; Ítalo Tronca, *A Revolução de Trinta: a Dominação Oculta*, São Paulo, Brasiliense, 1982.

39. Cf. Francisco Oliveira, “A economia brasileira: crítica à razão dualista”, *Estudos CEBRAP* 2, 1972, pp. 3-9 (questionando o “estilo cepalino de análise”

acreditam que a preponderância do Estado na economia que foi posta em marcha a partir de Vargas não resulta de um esquema preconcebido, mas sim de numerosas circunstâncias que acabaram por conduzir, de uma forma ou de outra, à intervenção econômica do Estado, tanto na Era Vargas quanto nos governos subsequentes, inclusive durante o governo militar após 1964.<sup>40</sup>

As contendas acadêmicas vão mais longe. Na verdade, até mesmo o modelo de relações trabalhistas que se forma ao longo da Era Vargas é controvertido. Alguns o veem como um movimento de paulatina outorga e consolidação de direitos por parte das forças revolucionárias, ao passo que outros identificam no período um compromisso político entre classes sociais em conflito.<sup>41</sup>

Polêmicas teóricas à parte, é certo que a crescente intervenção do Estado na economia brasileira foi, em boa parte, também produto de um agitado quadro político internacional. Os conflitos que se iniciaram com as guerras comerciais, cambiais e depois armadas das décadas de 1920, 1930 e 1940 causaram, em toda parte, a erupção não apenas de conflitos sociais agudos, mas também a derrocada de regimes políticos liberais. Até mesmo os Estados Unidos, bastião do liberalismo econômico, entraram nos anos 1930 sob a batuta do *new deal* de Roosevelt.

e propondo uma avaliação das “transformações estruturais, entendidas estas no sentido rigoroso da reposição e recriação das condições de expansão do sistema enquanto modo capitalista de produção”, o autor sustenta que “[a] Revolução de 1930 marca o fim de um ciclo e o início de outro na economia brasileira: o fim da hegemonia agrário-exportadora e o início da predominância da estrutura produtiva de base urbano-industrial”. Continua: “Ainda que essa predominância não se concretize em termos da participação da indústria na renda interna senão em 1956, quando pela primeira vez a renda do setor industrial superará a da agricultura, o processo mediante o qual a posição hegemônica se concretizaria é crucial: a nova correlação de forças sociais, a reformulação do aparelho e da ação estatal, a regulamentação dos fatores, entre os quais o trabalho ou o preço do trabalho, têm o significado, de um lado, de destruição das regras do jogo segundo as quais a economia se inclinava para as atividades agrário-exportadoras e, de outro, de criação das condições institucionais para a expansão das atividades ligadas ao mercado interno. Trata-se, em suma, de introduzir um novo modo de acumulação, qualitativa e quantitativamente distinto, que dependerá substantivamente de uma realização parcial interna crescente”).

40. Werner Baer, Isaac Kerstenetzky e Annibal V. Villela, “As modificações do papel do Estado na economia brasileira”, cit., *Pesquisa e Planejamento Econômico* 3, p. 884.

41. Para um relato desse debate, vide José Rodrigo Rodriguez, *Dogmática da Liberdade Sindical. Direito, Política, Globalização*, cit., pp. 12-15.

### 2.1.3 A nova fase do regime tributário

O sistema de intervenção estatal inaugurado a partir de Vargas representou uma série de novos custos para o Estado. Pressionado, o governo se viu diante da necessidade de aumentar a tributação. Sem que se conseguisse realizar uma reestruturação tributária global, foi necessário realizar alterações pontuais na estrutura tributária de modo a aumentar a arrecadação. Um dos efeitos foi trazer à baila o problema da responsabilidade de terceiros, especialmente sócios, na esfera tributária.

#### 2.1.3.1 O problema conjuntural

Apesar de suas grandes ambições, ao subir ao poder Vargas encontrou uma situação fiscal crítica. A depressão econômica mundial iniciada em 1929 fizera com que o Brasil se deparasse com uma forte redução dos fluxos comerciais internacionais. O impacto imediato na esfera tributária foi a redução das receitas de impostos de importação e exportação. Novamente, como já se fizera na época da Primeira Guerra Mundial, no início da Era Vargas a solução encontrada foi elevar o peso da tributação de bases domésticas. A diferença, contudo, é a de que o País nunca mais voltaria ao *status quo ante*: daquele ponto em diante, o peso da tributação do comércio exterior no quadro de receitas do Estado brasileiro seria cada vez menor.

#### 2.1.3.2 O problema estrutural

Ao problema conjuntural somava-se um problema estrutural mais profundo. O sistema tributário herdado da República Velha não estava pronto para dar o fôlego financeiro que o novo modelo de Estado social demandava. A bem da verdade, quando se considera o grande quadro da tributação na era do *Estado social* no Brasil, verificam-se dois temas que jamais saíram da pauta política: a busca de aumento da arrecadação tributária e a realização de uma reforma tributária estrutural.

Aliás, a história mostra que o déficit público foi um problema em todos os períodos da história brasileira, a começar pelo período colonial do Reino Unido, passando pelo Brasil imperial, até chegar à República.<sup>42</sup> E o Estado brasileiro viveu constantemente em apuros orçamentários, ziguezagueando em torno de soluções pontuais. As diversas tentativas

42. Benedito Ferreira, *A História da Tributação no Brasil: Causas e Efeitos*, Brasília, Senado Federal, 1986, p. 73.

de reforma tributária integral jamais saíram do papel. E isso se explica facilmente: em praticamente qualquer lugar do mundo, os diferentes entes federativos bloqueiam reformas radicais sempre que se deparam com o risco de perder receitas.<sup>43</sup> Nesse ponto, a história do Brasil não tem nada de original.

Isso não quer dizer que não se tenha conseguido fazer nenhuma reforma ainda na Era Vargas. A Constituição de 1934 e diversas outras leis da época promoveram algumas importantes mudanças, especialmente nas esferas estadual e municipal. Aos Estados, outorgou-se capacidade privativa para decretar o imposto de vendas e consignações, uma variação do imposto sobre o consumo, incidente, no entanto, em *cascata*.<sup>44</sup>

43. Ricardo Varsano, “A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas”, IPEA, *Texto para Discussão* 405, 1996, p. 14.

44. O art. 219 do antigo Código Comercial dispunha que nas vendas “em grosso ou por atacado entre comerciantes, o vendedor é obrigado a apresentar ao comprador por duplicado, no ato da entrega das mercadorias, a fatura ou conta dos gêneros vendidos, as quais serão por ambos, assinadas, uma para ficar na mão do vendedor e outra na do comprador”. Essa rudimentar duplicata, a partir de 1870 sujeita ao imposto do selo (Lei 4.505), seria, no entanto, paulatinamente abandonada. Por um lado, tornou-se comum o hábito de não devolver a conta assinada; por outro, sua qualidade de título de crédito foi posta em dúvida pela regulamentação cambiária de 1912 (Lei 2.044). O comércio passou, então, a pleitear um título que satisfizesse as características da figura. Durante o governo Campos Sales, com a Lei 4.625/1922 (conhecida pela instituição do imposto de renda), foi criado o “imposto sobre vendas mercantis”, cujo fato gerador ocupou o lugar das antigas duplicatas (Alcides Jorge Costa, “Imposto de vendas e consignações”, *Revista de Direito Administrativo* 59, 1960, pp. 53-55). Tratava-se de um tributo cumulativo ou em cascata, ou seja, incidente sobre cada etapa do processo de produção ou comercialização de determinado bem. Quantas forem as vendas ou consignações necessárias para que um rádio, por exemplo, deixe a fábrica e chegue ao consumidor, tantas serão as vezes em que será cobrado o imposto. A “incidência real” do imposto, assim, recairia ao cabo sobre o consumidor (Fundação Getúlio Vargas (Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda), *A Reforma do Ministério da Fazenda e sua Metodologia. Relatório Final*, vol. 35, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1967, p. 210). Também chamados de cumulativos, impostos do gênero não caracterizam, por si, o fenômeno da bitributação em seu sentido jurídico. O que há, nesse caso, é a cobrança de diferentes tributos a partir de um mesmo fato gerador. Embora não seja proibida expressamente, a bitributação jurídica é limitada pela repartição constitucional de competências tributárias. Por outro lado, a bitributação econômica ou *bis in idem*, em princípio perfeitamente regular, corresponde à incidência de mais de um tributo sobre um mesmo objeto, mas não necessariamente sobre um mesmo fato gerador; daí sua regularidade. Para retomar o exemplo do rádio, basta pensar que seu preço poderá ser conformado pelo IPI e também pelo ICMS; cada uma dessas exações, no entanto, será decorrente de um fato gerador distinto.

Os impostos sobre exportações interestaduais foram restringidos, e os municípios passaram a ter competência para estatuir alguns tributos, inclusive o imposto predial e territorial urbano (IPTU) e as taxas sobre serviços municipais.<sup>45</sup>

Outras reformas foram trazidas pela Constituição de 1946.<sup>46</sup> Por exemplo, mudou-se a discriminação de rendas entre as esferas de governo e institucionalizou-se um sistema de transferência de rendas tributárias entre os entes da federação.<sup>47</sup> Contudo, o rol dos tributos cobrados no País quase não foi alterado, e a reforma tributária não foi coordenada com outros esforços amplos de reorganização da estrutura financeira do governo.

Também não se estabeleceu a estrutura institucional que permitiria ao Estado financiar-se com a emissão de dívida mobiliária pública. Assim, os crônicos déficits públicos (gerados em boa parte por conta dos dispêndios do Tesouro relacionados aos esforços de industrialização do País, e em parte por conta de grandes projetos como a construção de Brasília no governo JK)<sup>48</sup> tiveram que ser financiados basicamente com

45. Os municípios também puderam estabelecer certas licenças, o imposto sobre diversões públicas e o imposto cedular sobre renda de imóveis rurais. Esse último imposto foi retirado da competência municipal logo em 1937.

46. Sobre o tema, ver Rubens Gomes de Souza, “Notas ao projeto de reforma do imposto de renda” (1947), in *Estudos de Direito Tributário*, São Paulo, Saraiva, 1950, pp. 73-83 (relatando, por exemplo, que em 1946 o Governo propôs a supressão do imposto adicional de rendas, acompanhada, no entanto, de uma elevação do imposto de renda das pessoas jurídicas de 8% para 23%, proporção que seria reduzida em 5% ao ano até retornar aos 8% originais, “desde que o orçamento se apresentasse em posição de equilíbrio” (Mensagem n. 36/1946, encaminhando a Exposição de Motivos n. 2.127/1946). Aliomar Baleeiro, então deputado, apresentou uma série de objeções ao projeto, tanto econômicas [*elevação desproporcional*] quanto jurídicas [*vedação constitucional da cobrança no mesmo exercício*]. Essa última determinou o abandono do primeiro projeto. Veio então uma nova proposta (Mensagem n. 111/1947, encaminhando a Exposição de Motivos n. 428/1946). Quatro substitutivos foram apresentados na Comissão de Finanças da Câmara. Sua adoção, ao cabo, foi considerada prematura).

47. Essa reforma foi complementada por duas emendas constitucionais do início da década de 1960. A Emenda Constitucional 5, de 1961, ampliou as receitas tributárias dos municípios, inclusive através da transferência para a esfera municipal dos impostos sobre a transmissão de propriedades *inter vivos* e sobre a propriedade territorial rural. A Emenda Constitucional 10, de 1964, no entanto, transferiu o IPTR para a União, mas com um compromisso de repasse de receitas tributárias aos municípios.

48. Ricardo Varsano, “A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas”, cit., *Texto para Discussão* 405, p. 7 (notando que a “despesa do Tesouro Nacional, ao redor de 8% do PIB no final

a emissão de dinheiro. O resultado foi o início do processo de inflação. Esta passou de 12% em 1950 para 74% ao ano às vésperas da tomada do poder pelos militares.<sup>49</sup>

### 2.1.3.3 Efeitos das reformas

De todo modo, a crescente industrialização do País foi aos poucos permitindo que a arrecadação tributária pudesse não apenas se centrar em bases domésticas, como também que migrasse gradativamente do patrimônio para a renda e a produção. Aliás, as políticas de fomento à industrialização do País podem ser também compreendidas como respostas à crise fiscal.<sup>50</sup> No período que vai do pós-Segunda Guerra ao início do governo militar, a principal receita tributária da União passou a ser o imposto sobre consumo. Tornam-se também importantes o imposto de renda e os impostos internos sobre produtos.

No nível estadual, a receita decorria majoritariamente do imposto de vendas e consignações. E no nível municipal a principal fonte de recursos era o imposto de indústrias e profissões, se bem que este na prática acabara por se tornar uma versão municipal do imposto de vendas e consignações.<sup>51</sup> Assim, os impostos sobre o comércio exterior, ao lado dos impostos sobre operações financeiras (IOF) criados mais tarde, tornaram-se principalmente componentes dos esquemas de política industrial e incentivo à produção, e perderam em relevância arrecadatória.<sup>52</sup>

da década de 40, elevou-se para 11% a partir de 1957 e, no início dos anos 60, atingiu a marca dos 13% do PIB”).

49. Ricardo Varsano, “A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas”, cit., *Texto para Discussão* 405, p. 7.

50. Werner Baer, Isaac Kerstenetzky e Annibal V. Villela, “As modificações do papel do Estado na economia brasileira”, cit., *Pesquisa e Planejamento Econômico* 3, pp. 888-889 (notando que as primeiras ações do governo Vargas sugerem que inicialmente se contemplava o crescimento da indústria como uma iniciativa do setor privado, cabendo ao Governo conceder-lhe a necessária proteção e financiamento. A mudança de filosofia e a posterior criação de estatais teriam surgido em função do insucesso da política de fomento do setor privado). Para um apanhado geral sobre o tema, vide John D. Wirth, *The Politics of Brazilian Development, 1930-1954*, Stanford, Stanford University Press, 1970, pp. 71-129.

51. Ricardo Varsano, “A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas”, cit., *Texto Para Discussão* 405, pp. 5-6.

52. Cf. Werner Baer, Isaac Kerstenetzky e Annibal V. Villela, “As modificações do papel do Estado na economia brasileira”, cit., *Pesquisa e Planejamento Econômico* 3.

Estabelecia-se desse modo um novo horizonte tributário em que a tributação por um lado se tornava mais alta, e, por outro, se deslocava da pessoa física para a pessoa jurídica. O regime de responsabilidade de terceiros da empresa passaria a ser então cada vez mais relevante para o sistema tributário: primeiro para ordenar a tributação da empresa, e segundo, e muito mais desafiador, para lidar com o problema da evasão fiscal.

## ***2.2 A tributação da empresa sob desenvolvimentismo: o plano original***

O período que vai do fim da Segunda Guerra Mundial até a derrocada do governo militar, já na década de 1980, foi marcado pelo aprofundamento de um modelo “desenvolvimentista” econômico cujas origens estavam presentes já nos anos 1930. Sob o desenvolvimentismo, o Estado se punha cada vez de forma mais decisiva na posição de vetor do desenvolvimento econômico, inclusive através das cada vez mais numerosas empresas estatais e bancos públicos. Sob os grandes planos nacionais de desenvolvimento então concebidos, os esforços de industrialização capitaneados pelo Estado se completariam com o florescimento da iniciativa privada, tanto de capital nacional quanto de capital estrangeiro.

Ao assumir o poder na década de 1960, o governo militar tomou para si a tarefa de realizar uma reforma estrutural do sistema tributário, inclusive a fim de reduzir a evasão fiscal. A edição do CTN foi assim o resultado de um esforço racionalizador ancorado em um esquema de “legalidade sob ditadura”. O esforço era racionalizador em dois sentidos: primeiro, tinha por objetivo organizar o brutal aumento da carga tributária, que passara (em média) de 15,9% do PIB entre 1947 e 1964 para 24,2% do PIB no período entre 1965 e 1980.<sup>53</sup>

Segundo, a racionalização visava dar coesão, organicidade e previsibilidade à tributação da iniciativa privada. Para esse fim, a criação do Código Tributário Nacional (CTN) foi de particular importância. Entre outras coisas, o CTN delimitou cuidadosamente a chamada responsabilidade por transferência a terceiros, inclusive sócios e administradores. Uma polêmica sobre o conceito de “infração à lei” contida no CTN foi, num primeiro momento, interpretada de maneira consistente com o Decreto das Limitadas. Isto é, o sócio somente seria responsabilizado

53. Renaldo Antonio Gonsalves, “Os limites das reformas tributárias no Brasil”, *Revista de Economia & Relações Internacionais* 4, 2004.

pessoalmente se tivesse comprovadamente praticado uma fraude. A flexibilização desse esquema de responsabilização de terceiros em matéria tributária só sofreria rupturas quando o regime militar começasse a ruir, alguns anos depois.

Para organizar a discussão, no item 2.2.1 contextualizo e explico os esforços para a realização de uma reforma tributária estrutural. No item 2.2.2 trato da criação do CTN e de seus impactos sobre a doutrina e a jurisprudência. No item 2.2.3, explico a noção e tipologia da responsabilidade tributária prevista no CTN. No item 2.2.4 descrevo a forma como o CTN foi recebido pelos tribunais, enfocando em particular, no tocante à responsabilidade tributária de terceiros, a continuidade com o regime de responsabilidade previsto no Decreto das Limitadas.

### *2.2.1 A busca pela reforma tributária estrutural*

No pós-guerra, a ideologia do “desenvolvimentismo” estabeleceu-se como o eixo gravitacional da política econômica brasileira. A diversificação e a ampliação das funções do governo na economia levaram também a uma constante busca do aumento da carga tributária pelo Estado. A solução dos impasses políticos gerados por uma esperada reforma estrutural, no entanto, só pôde vir pela mão de um governo militar. À medida que a tributação sobre as empresas crescia, crescia também a preocupação com o combate à evasão fiscal. É nesse contexto que ganhava corpo a discussão da responsabilidade de terceiros em matéria fiscal.

#### *2.2.1.1 A ideia de racionalização tributária*

A inflação e as crises política e econômica do início da década de 1960 criaram as condições para a tomada do poder pelos militares e, logo a seguir, para a realização de uma reforma tributária, esta já capitaneada pelo regime militar. A necessidade de uma reforma tributária e de criação de um código tributário já houvera sido diagnosticada antes. Desde os anos 1950 havia certo consenso acerca da necessidade de sistematização da matéria.<sup>54</sup> Já em 19 de agosto de 1953, o recém-empossado Ministro da Fazenda Horácio Lafer editava a Portaria 784, através da qual se criava uma Comissão Especial do Código Tributário Nacional.

54. Ricardo Varsano, “A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas”, cit., *Texto para Discussão* 405, p. 8.



Sob a liderança do jurista Rubens Gomes de Souza,<sup>55</sup> essa comissão elaborou um anteprojeto de código tributário que foi enviado ao Presidente da República em 21 de julho de 1954. Encaminhado para o Congresso Nacional, o projeto foi aprovado em três comissões. A seguir, no entanto, as disputas políticas comezinhas que, como já se disse, inevitavelmente cercam as reformas em matéria tributária impediram que o texto fosse levado adiante.

Esse período, como se sabe, foi especialmente conturbado. Vargas suicidou-se em 24 de agosto de 1954; Café Filho assumiu o governo, mas apenas até novembro de 1955, quando, por motivos de saúde, deixou o cargo; Carlos Luz ocupou a cadeira presidencial por obscuros oito dias, sendo afastado pelo “Movimento de 11 de Novembro”, liderado pelo general Henrique Lott; a presidência passou, então, a Nereu Ramos, que ali se manteve até o fim de janeiro de 1956, quando, após vencer as eleições realizadas no fim do ano anterior, assumiu Juscelino Kubitschek.

A reforma tributária, ausente do Plano de Metas do novo presidente, seria deixada de lado por quase uma década. A necessidade de apoio do Congresso para a efetivação de seu planejamento impediria que Juscelino tratasse de assuntos delicados como esse. Apenas o governo autoritário conseguiria finalmente reunir a força política necessária para criar um verdadeiro sistema tributário nacional, um sistema apto a organizar a caótica estrutura herdada da Constituição de 1946.<sup>56</sup>

A reforma tributária empreendida nos primeiros anos do governo militar não era apenas um desejo do *establishment* militar. Ao contrário, ela fazia parte de um projeto de reorganização da estrutura fazendária do País, reconhecido como necessário por vários segmentos políticos e capitaneado, em sua execução, pelos Ministros Otávio Bulhões e Roberto Campos.<sup>57</sup> Tanto que a reforma foi delineada, em boa medida, a partir

55. E composta também pelos juristas Affonso Almiro, Ribeiro da Costa, Pedro Pereira Soares Júnior, Gérson Augusto da Silva e Romeu Gibson (Bernardo Ribeiro de Moraes, *Sistema Tributário da Constituição de 1969 (Curso de Direito Tributário*, vol. I), São Paulo, Ed. RT, 1973, p. 81).

56. Bernardo Ribeiro de Moraes fala de um “passado do direito tributário”, que a partir de 1964 serviria apenas “para advertir que realmente estamos, nos dias de hoje, em outra época e que abandonamos a mentalidade do passado e tudo que foi construído nele, que só com ele tem sentido e fundamento. Não há justificação jurídica ou política, muito menos ética”, escreve um tributarista bastante próximo do novo regime, “para aplicarmos ao nosso Direito Tributário hodierno os critérios do passado” (*Sistema Tributário da Constituição de 1969*, cit., p. 83).

57. Fundação Getúlio Vargas (Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda), *A Reforma do Ministério da Fazenda e sua Metodologia. Relatório Final*, cit.,

de um estudo anteriormente encomendado à Fundação Getúlio Vargas (FGV) pelo Ministro da Fazenda Miguel Calmon du Pin e Almeida Sobrinho,<sup>58</sup> ainda sob o governo de Jango.

Em março de 1963, foi assinado um contrato de prestação de serviços técnicos, graças ao qual a FGV pôde iniciar um enorme trabalho de análise da estrutura do Ministério da Fazenda e do aparelho fiscal da União, a fim de mapear uma possível *remodelação* de ambos.<sup>59</sup> O trabalho foi executado majoritariamente durante a gestão do Ministro Octávio Gouvêa de Bulhões, já no governo militar.<sup>60</sup> Foram elaborados, ao todo, 35 volumes, desde um relatório preliminar editado em maio de 1964 até um relatório final de 1967, este já escrito sob a égide do Código Tributário Nacional (popularmente conhecido pela sigla CTN).

#### 2.2.1.2 O compromisso possível

Dessa feita, a reforma não se limitou à discussão da repartição das receitas tributárias entre os entes federativos e à ampliação das alíquotas e bases de incidência de tributos, como fora comum no passado. A ambição da reforma era estabelecer de fato um *sistema tributário* dotado de coesão orgânica, em lugar de um mero conjunto de fontes de arrecadação. Como em qualquer reforma, a dos militares viu-se diante da necessidade de fazer concessões distributivas para os grupos que

pp. XXII-XXIII. Cf. Ainda o “Depoimento do Ministro Antônio Delfim Netto”, in Maria Lúcia L. M. Padua Lima, *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 30 (“Há trinta anos nós fazíamos um esforço grande para alcançar e manter o crescimento econômico que era o objetivo fundamental da política econômica posta em prática em 1964. Esse crescimento só foi possível por causa dos efeitos importantes que teve a política entre 1964 a 1967, quando Bulhões [*Ministro da Fazenda entre 1964 e 1967*] e Campos [*Ministro do Planejamento entre 1964 e 1967*] produziram os ajustes fundamentais”).

58. Designado então “Subsecretário de Estado dos Negócios da Fazenda”.

59. O termo *remodelação*, empregado ao longo de todo o trabalho da FGV, abarca, explica-nos o relatório final, “a política tributária, a estrutura do Ministério, as leis, os regulamentos, os regimentos dos órgãos fiscais, os métodos de operação (fiscalização, lançamento, cobrança etc.), os formulários, as instalações físicas, o equipamento, a capacitação dos funcionários, o processamento dos dados fiscais, as relações com os contribuintes – em suma, todo o complexo fiscal da União” (Fundação Getúlio Vargas (Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda), *A Reforma do Ministério da Fazenda e sua Metodologia. Relatório Final*, cit., p. 175).

60. Fundação Getúlio Vargas (Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda), *A Reforma do Ministério da Fazenda e sua Metodologia. Relatório Final*, cit., p. XXI.

davam sustentação política ao regime. Mas a força política do novo regime permitiu que houvesse uma consistência programática mínima. Com isso, o sistema tributário brasileiro passou a ter um elevado grau de racionalidade e coesão interna.

Ainda assim, era preciso lidar com dificuldades conjunturais. Diante da necessidade de uma “reforma fiscal de emergência”, o governo militar pôs-se a elaborar um “Plano Trienal de Desenvolvimento”.<sup>61</sup> A política tributária, ali, era apresentada como um meio de “fortalecer a arrecadação e combater a inflação, corrigindo as distorções de incidência, estimulando a poupança, melhorando a orientação dos investimentos privados e atenuando as desigualdades econômicas regionais e setoriais”.<sup>62</sup>

Assim, em um momento pouco cômodo da nossa história política, a Economia paradoxalmente encontrava o Direito.<sup>63</sup> Por um lado, o discurso da preservação da ordem pública se sobrepunha ao da preservação da ordem política constitucionalmente reconhecida. Mas por outro, a racionalidade econômica encontrava a fiscalidade jurídica. E a encontrava para racionalizar o sistema tributário e possibilitar um melhor aproveitamento dos impostos.<sup>64</sup>

O primeiro passo do regime militar que chegou ao poder em março de 1964 foi adotar medidas emergenciais para recuperar as finanças públicas.<sup>65</sup> Desde logo, instituiu-se a correção monetária sobre dé-

61. Ministério Extraordinário para o Planejamento e Coordenação Econômica, *Bases do Programa de Estabilização do Governo*, Brasília, publicação do Conselho Consultivo do Planejamento (CONSPLAN), 1965, p. 5 (*apud* Bernardo Ribeiro de Moraes, *Sistema Tributário da Constituição de 1969*, cit., p. 89).

62. Ministério Extraordinário para o Planejamento e Coordenação Econômica, *Programa de Ação Econômica do Governo*, 1964-1966, Rio de Janeiro, 1964, p. 15 (*apud* Bernardo Ribeiro de Moraes, *Sistema Tributário da Constituição de 1969*, cit., p. 91).

63. “Era notório, no Brasil, o divórcio entre a economia e o direito. Embora os economistas tenham prescindido do conhecimento do direito e os juristas, por sua parte, da economia, já era tempo para a vinculação das duas disciplinas, a fim de se acabar com certos males que afligiam a sociedade brasileira”. “O Governo”, acentuava Bernardo Ribeiro de Moraes, “desejava fazer tal união. Necessitava executar um plano de ação econômica, não apenas com leis ou decretos isolados, mas criando um ambiente e uma estrutura jurídica adequados para que a nova ordem econômica pudesse consolidar-se” (*Sistema Tributário da Constituição de 1969*, cit., p. 92).

64. Bernardo Ribeiro de Moraes, *Sistema Tributário da Constituição de 1969*, cit., p. 93.

65. Bernardo Ribeiro de Moraes, *Sistema Tributário da Constituição de 1969*, cit., pp. 94-95.

bitos tributários.<sup>66</sup> Além disso, levou-se a cabo uma extensa revisão dos impostos federais.<sup>67</sup> A lista de diplomas importantes editados em 1964 é extensa: a Lei 4.380 alterou a legislação do imposto do selo e do imposto de consumo; a Lei 4.425 regulou o imposto único sobre os minerais; a Lei 4.452 modificou a legislação do imposto único sobre lubrificantes e combustíveis; a Emenda Constitucional 10 transferiu para a União a competência para legislar sobre a tributação da propriedade; a Lei 4.480 alterou os regimes especiais de tributação da renda instituídos pela Lei 3.470/1958;<sup>68</sup> a Lei 4.506 aumentou o ônus tributário das sociedades anônimas de capital aberto; e assim por diante.

Menos de quatro meses após a mudança de regime político, a Emenda Constitucional 9, de julho de 1964, extinguiu o privilégio da isenção do imposto de renda de que gozavam professores, jornalistas, autores e magistrados.<sup>69</sup> A seguir foi editada a Lei 4.357/1964, que autorizou a emissão de obrigações do Tesouro Nacional e alterou a legislação sobre imposto de renda, dando às pessoas físicas a possibilidade de abatimento de importâncias aplicadas em investimentos em valores mobiliários. O imposto sobre o consumo foi alterado e deu origem ao imposto sobre produtos industrializados (IPI);<sup>70</sup> nesse contexto, boa parte dos chamados “impostos cumulativos” foi substituída por impostos sobre o valor agregado.<sup>71</sup> Por exemplo, o imposto sobre vendas e consignações, que incidia em *cascata*, foi substituído pelo imposto sobre circulação

66. Lei 4.357, de 16.7.1964.

67. Bernardo Ribeiro de Moraes, *Sistema Tributário da Constituição de 1969*, cit., pp. 95-96.

68. Ao mesmo tempo, no entanto, o imposto de renda era empregado como veículo de incentivos fiscais, como aponta Ricardo Varsano, “Os incentivos fiscais do imposto de renda das empresas”, *Revista Brasileira de Economia* 36, 2, 1982, pp. 107-127 (considerando que os mais importantes incentivos relacionados ao imposto de renda das pessoas jurídicas, dirigidos ao desenvolvimento regional, eram essencialmente deficientes).

69. Sobre a evolução histórica do imposto de renda, vide texto intitulado “1964 a 1967 – A reforma tributária”, disponível no site da Receita Federal.

70. A mudança constou da Emenda Constitucional 18/1965.

71. Um imposto cumulativo, como se explicou acima, é aquele que incide em várias etapas do processo produtivo. O imposto de consumo pode ou não ser cumulativo. No modelo adotado a partir das reformas da década de 1960, o imposto pago por um produto empregado na fabricação de outro poderia ser abatido da tributação desse último (Carl S. Shoup, *O Sistema Tributário Brasileiro*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas e Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda, 1965, p. 59). É isso que se convencionou chamar de “imposto sobre o valor agregado” (IVA). Atualmente, todos os impostos sobre o consumo são IVA.

de mercadorias (ICM), este originalmente um imposto não cumulativo. O ICM foi atribuído aos Estados, mas a competência tributária estadual para legislar sobre o ICM foi reduzida a fim de evitar que tal imposto fosse usado como instrumento de política econômica local.

### 2.2.1.3 O combate à evasão fiscal

Para o sucesso das reformas legislativas, imaginava o legislador militar, seria preciso dissuadir os contribuintes de fraudar o fisco. Isso envolvia, de um lado, a utilização da repressão criminal como reforço da fiscalização tributária; e de outro, a melhoria da fiscalização, de modo a aumentar as chances de detecção e condenação de sonegadores. O direito penal passou a ser, então, uma ferramenta complementar à tentativa de ordenação ou engenharia social do governo militar fortemente interventor na esfera tributária.

Desde a Era Vargas, a utilização da norma penal com fins ordenadores e reforçadores da sanção administrativa já se tornara prática comum. A própria Lei da Usura, de 1933, previa pena de prisão para a cobrança de juros superiores ao teto fixado em lei.<sup>72</sup> O tema seria expandido alguns anos depois com a Lei dos Crimes contra a Economia Popular, de 1951. Esse dispositivo previa penas de prisão para um amplíssimo conjunto de delitos de natureza econômica praticados por agentes privados, delitos esses que iam do favorecimento de clientes<sup>73</sup> à formação de cartel;<sup>74</sup> da fraude na oferta de investimentos ao público<sup>75</sup> à gestão

72. Decreto 22.626, de 7.4.1933, art. 13: “É considerado delito de usura, toda a simulação ou prática tendente a ocultar a verdadeira taxa do juro ou a fraudar os dispositivos desta lei, para o fim de sujeitar o devedor a maiores prestações ou encargos, além dos estabelecidos no respectivo título ou instrumento. Penas – prisão por (6) seis meses a (1) um ano e multas de cinco contos a cinquenta contos de reis. No caso de reincidência, tais penas serão elevadas ao dobro. Parágrafo único. Serão responsáveis como coautores o agente e o intermediário, e, em se tratando de pessoa jurídica, os que tiverem qualidade para representá-la. Art. 14. A tentativa deste crime é punível nos termos da lei penal vigente”.

73. Lei 1.521, de 26.12.1951, art. 1º: “São crimes desta natureza: (...) II – favorecer ou preferir comprador ou freguês em detrimento de outro, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores”.

74. Lei 1.521/1951, art. 3º: “São também crimes desta natureza: (...) III – promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio”.

75. Lei 1.521/1951, art. 1º: “São crimes desta natureza: (...) IX – obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de

fraudulenta de instituição financeira;<sup>76</sup> da venda de moeda estrangeira no câmbio *paralelo*<sup>77</sup> à recusa do fornecimento de recibo de aluguel;<sup>78</sup> entre muitas outras hipóteses.

Mas a criminalização da sonegação fiscal fora deixada de lado por Vargas. Nem mesmo o *novo* Código Penal, de 1940, criminalizava a fraude tributária: as únicas exceções eram as penas ao crime de contrabando, constante do art. 334, e, indiretamente, do crime de falsificação de selo postal ou outros papéis ou títulos destinados à arrecadação de tributos, fixada no art. 293, I.<sup>79</sup>

Para o governo militar, contudo, a repressão à fraude tributária passaria pela criminalização da sonegação fiscal. Assim, a Lei 4.357 foi editada logo em 16 de julho de 1964, portanto menos de três meses após a queda de Jango. Em seu art. 11, essa lei determinava a inclusão da apropriação indébita de certos tributos entre as hipóteses de incidência para o crime de apropriação previsto no Código Penal de 1940.<sup>80</sup>

pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos ('bola de neve', 'cadeias', 'pichardismo' e quaisquer outros equivalentes)".

76. Lei 1.521/1951, art. 3º: "(...) IX – gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados".

77. Lei 1.521/1951, art. 4º: "Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito".

78. Lei 1.521/1951, art. 9º: "Constitui contravenção penal relativa à economia popular: (...). II – recusar fornecer recibo de aluguel".

79. Código Penal de 1940, art. 334, *caput*: "Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena – reclusão, de um a quatro anos".

80. Lei 4.357, de 16.7.1964, art. 11: "Inclui-se entre os fatos constitutivos do crime de apropriação indébita, definido no art. 168 do Código Penal, o não recolhimento, dentro de 90 (noventa) dias do término dos prazos legais: a) das importâncias do Imposto de Renda, seus adicionais e empréstimos compulsórios, descontados pelas fontes pagadoras de rendimentos; b) do valor do Imposto de Consumo indevidamente creditado nos livros de registro de matérias-primas (modelos 21 e 21-A

Aliás, tamanha era a volúpia do governo militar de criminalizar a fraude tributária (e tamanha era sua avidez por novas receitas tributárias), que a sonegação tributária foi criminalizada às pressas, logo em novembro de 1964, no meio de uma lei que dispunha sobre o imposto de consumo e reorganizava a Diretoria de Rendas Internas.<sup>81</sup> Logo a seguir, a sonegação fiscal foi disciplinada novamente, dessa feita em um diploma dedicado exclusivamente aos crimes tributários, a saber, a Lei 4.729, de 14.7.1965.<sup>82</sup> A mesma lei também acrescentou hipóteses adicionais que caracterizariam o crime de contrabando,<sup>83</sup> assim reforçando

do Regulamento do Imposto de Consumo) e deduzido de recolhimentos quinzenais, referente a notas fiscais que não correspondam a uma efetiva operação de compra e venda ou que tenham sido emitidas em nome de firma ou sociedade inexistente ou fictícia; c) do valor do Imposto do Selo recebido de terceiros pelos estabelecimentos sujeitos ao regime de verba especial” (§§ 1ª e 2ª revogados em 1991).

81. Lei 4.502, de 30.11.1964, art. 71: “Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária: I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais; II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente”. A mesma lei também definiu a fraude e o conluio tributário nos artigos seguintes. Art. 72: “Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento”. E art. 73: “Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72”.

82. Lei 4.729, de 14.7.1965, art. 1ª, *caput*: “Constitui crime de sonegação fiscal: I – prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei; II – inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública; III – alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública; IV – fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis; V – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal. Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo”.

83. Lei 4.729/1965, art. 5ª: “No art. 334, do Código Penal, substituam-se os §§ 1ª e 2ª pelos seguintes: § 1ª. Incorre na mesma pena quem: a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho; c) vende, expõe à venda, mantém em depósito

a tendência já bastante clara de estabelecer normas penais reforçadoras de sanção.

É claro que a dissuasão causada pela maior gravidade da sanção (no caso, a criminalização) dependia também da probabilidade de detecção e efetiva condenação. Por isso, ao lado de criminalizar a sonegação, o governo militar buscou reorganizar os mecanismos de cobrança pelo Estado. Essa reorganização justificava-se por diversos motivos: para combater a sonegação e permitir o desejado aumento da arrecadação tributária; para permitir a cobrança de impostos mais facilmente sonegáveis, como o imposto de renda;<sup>84</sup> para permitir a racionalização dos tributos, eliminando alguns e condensando outros; e para eliminar os entraves à capitalização das empresas e estimular os investimentos produtivos.<sup>85</sup> A estratégia utilizada para dotar a administração fazendária de maior eficiência nas suas ações de fiscalização e cobrança incluiu uma série de ações de modernização administrativa. A primeira delas – que a bem da verdade fora implementada ainda no período democrático, em 1962 – foi a criação de um regime de declaração de bens.<sup>86</sup>

ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou Industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. § 2º. Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. § 3º. A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo”.

84. Gilberto Ulhôa Canto, um dos juristas integrantes da comissão que redigiu o Código Tributário Nacional explicou à revista *Veja*, em 1971, que antes das reformas da década de 1960 o “imposto de renda era uma instituição nebulosa: declarava-se ou não se declarava renda, pagava-se ou não se pagava o imposto. O risco era apenas teórico”. (“Universo em expansão”, *Revista Veja* 132, 17 de março de 1971. A edição, intitulada “Retrato do contribuinte”, trazia na capa um homem coberto de papéis impressos, os famigerados “formulários do imposto de renda”).

85. Conforme mencionado em Gilberto Ulhôa Canto, *Reforma Tributária*, Anais do Congresso Brasileiro para as Reformas de Base, vol. VI, 1963, *apud* Ricardo Varsano, “A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas”, cit., *Texto para Discussão* 405, p. 8.

86. Conforme as Leis 4.069 (“Fixa novos valores para os vencimentos dos servidores da União, institui empréstimo compulsório e altera legislação do Imposto de Renda, autoriza emissão de títulos de recuperação financeira, modifica legislação sobre emissão de letras e obrigações do Tesouro Nacional e dá outras providências”) e 4.154 (“Dispõe sobre a legislação de rendas e proventos de qualquer natureza”).



Logo a seguir, os governos em geral e o governo federal em particular<sup>87</sup> investiram pesadamente na modernização da infraestrutura administrativa dos órgãos de fiscalização, e os departamentos de fiscalização do imposto de renda foram reorganizados.<sup>88</sup> Isso permitiu, entre outras coisas, que o imposto de renda da pessoa física fosse finalmente implantado de fato. Qualquer brasileiro sabe que temos no País, e não é de hoje, um largo espaço entre a lei *nos livros* e a lei *na prática*. Ora, o imposto de renda da pessoa física foi criado ainda na Primeira República (na primeira metade da década de 1920), mas foram necessários mais de 40 anos para que o Estado brasileiro reunisse força política e capacidade administrativa para torná-lo, de fato, obrigável.<sup>89</sup> Para tanto, em 1965 foi criado o registro das Pessoas Físicas no Imposto de Renda,<sup>90</sup> que em 1968 foi transformado no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF). Assim, a fiscalização e a cobrança de tributos se tornaram de fato mais efetivas.<sup>91</sup>

### 2.2.2 A criação do Código Tributário Nacional

Outro componente central para o funcionamento adequado do sistema tributário era a criação de um conjunto de regras gerais de direito

87. As ações tributárias do governo federal foram delineadas em detalhes no Plano Geral de Administração dos Tributos Federais – Plange, de 1969.

88. Em 1965 a Divisão de Imposto de Renda passou a chamar-se Departamento do Imposto de Renda. Esta contava com Delegacias e Inspetorias, regionais e seccionais e estava subordinada à Direção Geral da Fazenda Nacional. Vide art. 79 da Lei 4.506, de 30.11.1964. Vide também o texto intitulado “1964 a 1967 – A reforma tributária”, disponível no site da Receita Federal.

89. Bernardo Ribeiro de Moraes, “O objeto e o fato gerador do imposto de renda”, in Ives Gandra da Silva Martins, *Imposto de Renda*, São Paulo, Atlas, 1996, pp. 58-59 (destacando as idas e vindas da disciplina do imposto de renda, sempre prejudiciais à sua efetividade, bem como o caráter distorsivo e marcadamente sonegável do imposto); vide ainda Renaldo Antonio Gonsalves, “Os limites das reformas tributárias no Brasil”, cit., *Revista de Economia & Relações Internacionais*.

90. Lei 4.862, de 29.11.1965, art. 11: “As repartições lançadoras do imposto de renda poderão instituir serviço especial de Registro das Pessoas Físicas para contribuintes desse imposto, no qual serão inscritas as pessoas físicas obrigadas a apresentar declaração de rendimentos e de bens”.

91. Em 1965, 354 mil pessoas apresentaram sua declaração de bens; em 1970, esse número multiplicou-se por vinte. Conforme mencionado em “Universo em expansão”, revista *Veja* 132, 17 de março de 1971. Ver também Ricardo Varsano, “A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas”, cit., *Texto para Discussão* 405, p. 9 (notando que logo em 1965 a tributação atingiu 12% do PIB (ante 8,6% em 1962).

tributário aplicáveis a todos os entes políticos da federação (União, Estados, Distrito Federal e municípios).

### 2.2.2.1 A marcha para a edição do CTN

A criação do CTN deu-se em duas etapas. Na primeira, foram elaborados dois projetos de emendas constitucionais, um voltado para uma revisão de normas constitucionais sobre competências e o outro relacionado mais propriamente à substância do sistema tributário nacional. O conteúdo desse último projeto foi fartamente debatido,<sup>92</sup> e em novembro de 1965 já se encontrava em discussão no Congresso Nacional. No mesmo mês, o projeto foi aprovado como Emenda Constitucional 18.<sup>93</sup>

O CTN trouxe uma discriminação de impostos baseada em critérios econômicos, por meio da qual foram distintos impostos sobre o comércio exterior, impostos sobre patrimônio e renda, impostos sobre produção e circulação e os enigmáticos *impostos especiais*. Além disso, o CTN estabeleceu uma nova discriminação de rendas, concentrando impostos na competência da União. Embora promulgado em 1965, o novo sistema passou a vigorar apenas em 1967, sendo em seguida incorporado pela Constituição do mesmo ano.<sup>94</sup>

A segunda etapa foi a criação do Código Tributário Nacional. Com a Portaria GB-30, de 27.1.1965, editada pelo Ministro da Fazenda com copatrocínio do Ministro Extraordinário do Planejamento e Coordenação Econômica, uma Comissão Especial interdisciplinar – integrada por Luiz Simões Lopes (presidente), Rubens Gomes de Souza (relator), Gérson Augusto da Silva, Sebastião Santana e Silva, Gilberto de Ulhôa Canto e Mário Henrique Simonsen<sup>95</sup> – foi designada para elaborar um anteprojeto.<sup>96</sup> Em paralelo, a convite da FGV – no

92. V. Bernardo Ribeiro de Moraes, *Sistema Tributário da Constituição de 1969*, cit., p. 98, nota 123.

93. Enquanto isso, seguem as reformas pontuais. É caracterizado, pela Lei 4.729/1965, o crime de sonegação fiscal. O mercado de capitais é reformado pela Lei 4.728/1965. A Lei 4.862/1965 altera, uma vez mais, a disciplina do imposto de renda.

94. Bernardo Ribeiro de Moraes, *Sistema Tributário da Constituição de 1969*, cit., pp. 105-106.

95. Como se vê, a comissão mesclava juristas e economistas. Para referir novamente Bernardo Ribeiro de Moraes, a equipe mostrava que finalmente “Economia e o Direito estavam unidos”. Bernardo Ribeiro de Moraes, *Sistema Tributário da Constituição de 1969*, cit., p. 97.

96. Ministério Extraordinário para o Planejamento e Coordenação Econômica, *Programa de Ação Econômica do Governo 1964-1966*, Rio de Janeiro, 1964, p. 81

âmbito do já mencionado contrato de prestação de serviços técnicos anteriormente firmado com o governo<sup>97</sup> –, o professor Carl S. Shoup, da Universidade de Columbia, elabora em 1965 um relatório sobre o sistema tributário brasileiro, apresentando ali uma série de sugestões e recomendações.<sup>98</sup>

Muito rapidamente, já no dia 18 de junho de 1965, após revisão presidencial que o adequou à Emenda Constitucional 18, o anteprojeto do CTN foi concluído. Justificado por seu relator, foi submetido ao Ministro da Fazenda e publicado em 25 de outubro de 1966. A criação do CTN garantiu à atividade tributária do Estado não apenas o revestimento da legalidade jurídica – algo que já estivera previsto na Constituição de 1946 –,<sup>99</sup> mas também uma considerável sistematicidade. Buscava-se com esse conjunto de medidas a superação de certo obscurantismo fiscal que caracterizara a tributação até aquele ponto. Esse obscurantismo se traduzia em uma busca inconsequente por receitas tributárias, sem a devida atenção aos seus impactos econômicos indiretos.

#### 2.2.2.2 Renovação da doutrina jurídica tributária

A edição do CTN completou também um ciclo de renovação da doutrina jurídica em matéria tributária. Os juristas puderam buscar o que de mais recente existia na teoria jurídica internacional da época a fim de estabelecer as bases do que logo pôde se tornar um novo – novo porque autonomizado – ramo do Direito, a saber, o direito tributário. Afirmava-se então definitivamente a existência de um direito próprio do tributo, dotado de autonomia técnica ante o direito financeiro. Assim se consagrava a ideia de que a tributação não deveria ser encarada

(*apud* Bernardo Ribeiro de Moraes, *Sistema Tributário da Constituição de 1969*, cit., p. 97).

97. Trata-se, como se referiu acima, de um amplo projeto de revisão da estrutura fazendária e fiscal do Brasil elaborado em 15 volumes, publicados em 1964 e 1967.

98. Carl S. Shoup, *O Sistema Tributário Brasileiro*, cit. Os resultados do professor norte-americano coincidiram, em grande parte, com as conclusões dos estudiosos brasileiros (Fundação Getúlio Vargas (Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda), *A Reforma do Ministério da Fazenda e sua Metodologia. Relatório Final*, cit., p. 224).

99. Constituição Federal de 1946, art. 141, § 34: “Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra”.

apenas como fato econômico e fato político, mas também fenômeno jurídico.<sup>100</sup>

Na perspectiva da doutrina jurídica, a controvérsia em torno da noção de tributo que se desenvolveu entre as décadas de 1960 e 1970 ilustra com a mesma nitidez esse momento de autonomização do direito tributário. Em 1963, Alfredo Augusto Becker publicou sua *Teoria Geral do Direito Tributário*, sustentando a identificação das espécies tributárias a partir de seu aspecto patrimonial (base de cálculo e alíquota).<sup>101</sup> Anos depois, já na vigência do CTN, em 1973, retomando a clássica distinção entre tributos vinculados e não vinculados,<sup>102</sup> Geraldo Ataliba concluiu, em sua *Hipótese de Incidência Tributária*, que a identificação das espécies tributárias não seria dada pelo aspecto patrimonial da norma jurídica, mas sim por seus elementos materiais, espaciais e temporais.<sup>103</sup>

As duas soluções seriam conjugadas, em 1974, na *Teoria da Norma Tributária*, de Paulo de Barros Carvalho, para quem o tributo seria caracterizado tanto pelos elementos do antecedente da norma que o identifica, como entendia Ataliba, quanto por aspectos do consequente dessa mesma norma, como preferia Becker.<sup>104</sup> Importa, aqui, menos a discussão teórica desenvolvida por esses autores que o significado dessas obras no contexto em que foram editadas: tratou-se de uma efervescência teórica condizente com o esforço de sistematização legislativa empreendido naqueles anos.

### 2.2.2.3 A legalidade tributária sob ditadura

A legalidade tributária serviria tanto para orientar a atividade fazendária do Estado (fiscalização, cobrança e execução) quanto para orientar

100. Marco Aurélio Greco, “Três papéis da legalidade tributária”, in *Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário brasileiro*, coordenado por Ricardo Lodi e Sérgio André Rocha, São Paulo, Quartier Latin, 2008.

101. Alfredo Augusto Becker, *Teoria Geral do Direito Tributário*, São Paulo, Saraiva, 1963.

102. A distinção entre tributos vinculados e não vinculados, ainda hoje predominante na doutrina tributarista brasileira, é devida a Achille Donato Giannini, *I Concetti Fondamentali del Diritto Tributario*, Torino, UTET, 1956, pp. 54-56 (explanando, a partir de tal distinção, a tripartição dos tributos em impostos, contribuições e taxas).

103. Geraldo Ataliba, *Hipótese de Incidência Tributária* (1973), 6ª ed., 14ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

104. Paulo de Barros Carvalho, *Teoria da Norma Tributária*, São Paulo, Edições Lael, 1974, pp. 182-184.

o contribuinte no pagamento de seus tributos. Ela serviria, ainda, para pautar as disputas entre contribuintes e fisco, especialmente aquelas travadas perante o Poder Judiciário. Era, portanto, a cristalização daquilo que se convencionou chamar de *formalismo jurídico*: o legislador (do Executivo ou da Câmara) legisla; o administrador segue a lei; o Judiciário interpreta e aplica a lei nos casos em que o Executivo a viola.

Mas no direito tributário, como se sabe, um dos problemas da existência de regras formais é a conhecida possibilidade de que se vale o contribuinte de explorar as chamadas “brechas da lei”, de modo a evitar o pagamento de tributos. Soma-se a esse problema a sonegação pura e simples de que se aproveita o contribuinte por conta das dificuldades concretas de detecção, prova, condenação e cobrança pelo Estado. É certo, ademais, que o substancial aumento da carga tributária promovido pelo governo militar já criava, por si só, um incentivo implícito à sonegação. Isso quer dizer que a grande dificuldade com a qual se debateu o formulador do CTN era a de tornar a tributação efetiva (criando regras que desencorajassem a fraude tributária) sem cair na arbitrariedade. Esse desafio acompanharia legisladores, juristas e juízes por todas as décadas seguintes, até hoje.

Em meio a um regime ditatorial como o que tivemos a partir de 1964, é de se perguntar quais seriam os motivos que teriam levado o governo a preocupar-se em editar regras tendentes a atar a *mão* do agente público de modo a evitar a arbitrariedade na cobrança de tributos. Há pelo menos três.

Primeiro, a existência de um código tributário deveria servir como mecanismo de estímulo à atividade econômica privada. Aqui, o raciocínio segue uma conhecida observação (de inspiração na sociologia weberiana) segundo a qual, para que a atividade econômica privada possa florescer, é preciso aumentar a previsibilidade das ações da burocracia estatal.<sup>105</sup> Por aumento da previsibilidade, entenda-se a redução da incerteza sobre o futuro, de modo a torná-lo mais calculável. A lógica, portanto, é a de que, quando o Estado reduz os riscos da atividade empresarial, reduz também o custo de capital das empresas e com isso induz investimentos. E o aumento da previsibilidade, assim segue o cânone, é criado na medida em que haja uma burocracia profissional e bem-aparelhada, porém limitada por regras claras. Aqui está, como se vê, a principal justificativa econômica para o princípio de segurança jurídica.

105. Para uma discussão atual do tema, vide Curtis Milhaupt e Katharina Pistor, *Law & Capitalism. What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*, Chicago, University of Chicago Press, 2008.

Segundo, a existência de um código tributário contribuiria para a aparência de normalidade de um sistema político que, por ser ditatorial, vivia permanentemente em busca de reforçar sua legitimidade. Tanto é assim que a carta constitucional de 1967 positivou o princípio da legalidade – tanto da legalidade em geral quanto da legalidade tributária – e o fez reproduzindo o teor da carta de 1946 quase *ipsis litteris*.<sup>106</sup>

Terceiro, um dos componentes do caldo ideológico que lastreava o regime de 1964 eram o anticomunismo e a luta contra o *inimigo interno*<sup>107</sup> e, no mesmo sentido, a proteção da propriedade privada.<sup>108</sup> Nesse

106. Constituição Federal de 1967, art. 153: “§ 2º. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (...) “§ 29: “Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvados a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra”. Constituição Federal de 1946, art. 141: (...) “§ 2º. Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (...) “§ 34: Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra”.

107. Interessante notar que tanto a Revolução de 1964 quanto a de 1937 lastreavam-se no alegado perigo comunista. Confira-se o início textual da Constituição de 1937: “*O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; Atendendo ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; (...)*”. No início da década de 1970, Bernardo Ribeiro de Moraes atestava um 1964 marcado por “[a]gitações nos diversos cantos”, “[f]ocos subversivos” e “[d]esordens consagradas pelos comandos políticos”. Identificava ainda um “direito constitucional implícito” à revolução (*Sistema Tributário da Constituição de 1969*, cit., p. 82); por outro lado, atestando que as razões da “síndrome de 37” e do “golpe de 64” estavam relacionadas sobretudo à agressividade de grupos minoritários, e não propriamente a movimentações subversivas, Thomas Skidmore, *Brasil: de Getúlio a Castelo*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2003, pp. 368-370.

108. No tocante ao anticomunismo que caracterizou tanto os governos de Vargas quanto o governo militar do pós-1964, vale notar a boa observação de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, segundo a qual houve no Brasil “dois modelos de reação ao comunismo. A Suprema Corte da Era Vargas apegou-se ao formalismo e não se opôs à institucionalização do combate aos inimigos do regime. Já na Era Militar, ouviram-se vozes dissonantes” (*A História do Direito entre Foices, Martelos e Toga: Brasil 1963-1965*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 11).

contexto, um código tributário exercia também o papel de sinalizar o respeito à propriedade privada pelo Estado, o que, aliás, se coadunava com as visões e os interesses dos principais grupos políticos de sustentação do regime.

Feitas essas considerações, é preciso ressaltar que o respeito à legalidade no regime militar dependia, em última análise, da vontade do alto comando do exército. Apesar do emaranhado de leis que pouco a pouco iam sendo criadas, bem como da existência de uma Constituição formal, na prática quem dava a última palavra na interpretação desses diplomas era o Executivo, não o Judiciário.

De fato, a revolução em 1964 criara um arcabouço institucional de divisão e compartilhamento de poder que, com o tempo, mostrou-se inoperante. Um bom exemplo foi a criação do Conselho Monetário Nacional (CMN): concebido para servir como um foro de debate e articulação política da regulação financeira, o CMN acabou por se tornar um órgão de referendo das políticas do Ministério da Fazenda.<sup>109</sup> A sistemática decisionista foi cristalizada a partir da edição do Ato Institucional 5, de dezembro de 1968 (o conhecido *AI-5*), que confirmava a prevalência política da chamada *linha dura* no governo militar, outorgava poderes extraordinários ao Presidente da República e suspendia várias garantias constitucionais.<sup>110</sup>

109. Bruno Meyerhof Salama, “Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais”, cit., *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 50, pp. 175-176.

110. Repare que originalmente a reforma tributária alocara ao Legislativo (e não ao Executivo) o poder de modificar disposições legais que afetassem os Estados e Municípios, mas o AI-5 alterou essa dinâmica. Vide Ato Institucional 5, de 13.12.1968: “Art. 2º. O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República. § 1º. Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios. § 2º. Durante o período de recesso, os Senadores, os Deputados federais, estaduais e os Vereadores só perceberão a parte fixa de seus subsídios. § 3º. Em caso de recesso da Câmara Municipal, a fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios que não possuam Tribunal de Contas, será exercida pelo do respectivo Estado, estendendo sua ação às funções de auditoria, julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos. Art. 3º. O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição”.

Dito isso, no regime militar brasileiro o debate jurídico não era irrelevante. O Poder Judiciário era primariamente um instrumento de controle e aplicação da lei, e assim assegurava a manutenção da ordem política estabelecida, inclusive no que tocava ao disciplinamento dos Estados e Municípios nas suas tentativas de exercício autônomo de política financeira e tributária. Ao fazer cumprir o CTN, o Poder Judiciário acabava também por impor aos Municípios e Estados a sistemática do CTN – por exemplo, impedindo o excessivo alargamento da responsabilidade tributária.<sup>111</sup> Mas o equilíbrio político durante o regime militar era razoavelmente instável, e suas bases foram ao longo dos anos sendo constantemente revisitadas. Por isso, a lei e o Poder Judiciário eram também espaço de disputa política, mesmo que esta ocorresse geralmente de forma velada e sob o manto da argumentação subsuntiva e formalista.

### 2.2.3 A responsabilidade tributária

O quadro histórico acima descrito é importante para a compreensão do estado atual da responsabilidade empresarial em matéria tributária porque as bases legais do atual sistema ainda são aquelas estabelecidas nos anos 1960. É verdade que, como veremos adiante, com o tempo muitas dessas bases foram sendo oxigenadas e revisitadas – ora para fortalecer sua configuração original, ora para enfraquecê-la – mas até hoje nunca para eliminá-la por completo.

#### 2.2.3.1 Relação com a evasão fiscal

A responsabilidade tributária foi um dos mecanismos estatuídos pelo CTN para facilitar a cobrança de tributos e desencorajar a fraude. No direito tributário, o termo *responsabilidade* tem um sentido específico, distinto daquele atribuído na teoria geral das obrigações. A responsabilidade tributária é a submissão de pessoa outra que não o contribuinte ao direito do Estado de exigir a prestação da obrigação tributária.<sup>112</sup> Ou

111. Isso ocorreu, por exemplo, em hipóteses de legislação municipal questionadas no STF: vide RMS 18.576/PB, rel. Min. Amaral Santos, j. em 14.11.1968, e RE 77.462/MG, rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. em 27.2.1975.

112. É o que se deduz do art. 121 do CTN: “Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”.



seja, para o direito tributário a prestação da obrigação tributária pode ser exigida ora do contribuinte, ora do responsável. Por exemplo, o empregador é o responsável tributário por recolher o imposto de renda na fonte de seu empregado.<sup>113</sup> Ao imputar a responsabilidade (ou corresponsabilidade) pelo pagamento do tributo a pessoa outra que não o contribuinte, o CTN dificulta sobremaneira a realização de fraudes, como veremos adiante.

Evidentemente, o estabelecimento da responsabilidade tributária não era novo ao tempo da edição do CTN. A novidade do CTN foi estabelecer, por assim dizer, uma “metarregulação” da responsabilidade tributária. Isto é, servir como norma de superposição tributária destinada a estabelecer os limites dentro dos quais a responsabilização tributária seria tolerável. Antes da edição do CTN, a responsabilidade tributária era esparsamente disciplinada por meio do Decreto 3.708, de 1919, do Código Comercial de 1850, do Código Civil de 1916 e, especialmente, do Decreto-lei 960/1938, a antiga lei de execuções fiscais.<sup>114</sup>

O CTN unificaria essa disciplina, estendendo seus efeitos por toda a matéria tributária, inclusive aquela de natureza penal-tributária. Por exemplo, ao tratar dos crimes tributários, a Lei 4.729, de 1965, havia estabelecido uma regra de imputação geral de acordo com a qual, nas pessoas jurídicas, a responsabilidade penal seria de todos os que tivessem praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal.<sup>115</sup> Essa regra alegadamente se aplicaria para todos os que estivessem ligados à pessoa jurídica, ainda que indiretamente ou de modo eventual.

113. Lei 7.713/1988, art. 7º: “Ficam sujeito à incidência do imposto de renda na fonte, calculado de acordo com o disposto no art. 25 desta Lei: I – os rendimentos do trabalho assalariado, pagos ou creditados por pessoas físicas ou jurídicas; II – os demais rendimentos percebidos por pessoas físicas, que não estejam sujeitos à tributação exclusiva na fonte, pagos ou creditados por pessoas jurídicas. § 1º. O imposto a que se refere este artigo será retido por ocasião de cada pagamento ou crédito e, se houver mais de um pagamento ou crédito, pela mesma fonte pagadora, aplicar-se-á a alíquota correspondente à soma dos rendimentos pagos ou creditados à pessoa física no mês, a qualquer título” (§§ 2º e 3º atualmente excluídos).

114. Por exemplo, STF, RE 11.132, 2ª Turma, rel. Min. Hahnemann Guimarães, j. em 9.11.1948; RE 15.949, 1ª Turma, rel. Min. Macedo Ludolf, j. em 18.9.1950; RE 13.640, 2ª Turma, rel. Min. Hahnemann Guimarães, j. em 1º.8.1950; RE 41.040, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Gallotti, j. em 29.6.1959, entre outros.

115. Lei 4.729, de 14.7.1965, art. 6º: “Quando se trata de pessoa jurídica, a responsabilidade penal pelas infrações previstas nesta Lei será de todos os que, direta ou indiretamente ligados à mesma, de modo permanente ou eventual, tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal”.

O problema dessa imputação *maximalista* foi contornado logo no ano seguinte, quando o CTN trouxe dois importantes limites para a responsabilização por infrações à legislação tributária nas pessoas jurídicas. Em primeiro lugar, o art. 112 estabeleceu um princípio de interpretação favorável ao contribuinte ou responsável tributário, inclusive no caso de dúvida quanto à autoria, imputabilidade e punibilidade.<sup>116</sup> Em segundo lugar, o CTN estabeleceu que o agente da pessoa jurídica não deveria ser responsabilizado quando tivesse atuado no *exercício regular* de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito.<sup>117</sup>

É claro que nenhuma conduta criminosa é, estritamente falando, *regular*.<sup>118</sup> Ocorre que nas organizações de um modo geral, inclusive nas empresas, a estrutura burocrática é essencialmente hierárquica: quem tem poder manda, e quem não tem obedece.<sup>119</sup> Por isso, o sentido da expressão *exercício regular* era o do cumprimento de ordem superior dentro da organização. O que se buscava principalmente era eliminar a possibilidade de responsabilização de empregados do baixo escalão das empresas que não tivessem real poder de decisão ou discernimento no tocante ao cometimento de infrações tributárias.

O CTN impôs, adicionalmente, dois limites importantes para a responsabilidade tributária. O primeiro dizia respeito aos meios para a atribuição da responsabilidade tributária. Especificamente, o diploma reservou à lei expressa – portanto, aos poderes políticos constituídos e responsáveis pela elaboração do plano de desenvolvimento econômico, e não ao Judiciário nem à administração fazendária – a possibilidade de atribuição de responsabilidade a pessoa outra que não o contribuinte original de uma obrigação tributária.<sup>120</sup> Segundo, o CTN estabeleceu

116. CTN, art. 112: “A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: I – à capitulação legal do fato; II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; III – à autoria, imputabilidade, ou punibilidade; IV – à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação”.

117. CTN, art. 137: “A responsabilidade é pessoal ao agente: I – quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito”.

118. Esse ponto é bem observado por Hugo de Brito Machado, em *Comentários ao Código Tributário Nacional*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 638.

119. Que a última moda em matéria de consultoria de RH seja a criação de incentivos e outras táticas motivacionais em nada muda esse quadro.

120. CTN, art. 121: “Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito

um requisito material para a atribuição da responsabilidade tributária, a saber, a existência de uma vinculação do responsável ao fato gerador do tributo. Esse requisito, inexistente no projeto original de Rubens Gomes de Souza, foi sugerido por Gilberto Ulhôa Canto, para quem sua ausência “[p]ermitiria a transferência do ônus tributário a qualquer terceiro, sem nenhuma justificativa, e facultaria a discriminação”.<sup>121</sup>

### 2.2.3.2 Tipologia

Dois tipos de responsabilidade tributária foram estabelecidos no CTN: a responsabilidade por substituição e a responsabilidade por transferência. Rubens Gomes de Souza explicava que a responsabilização por substituição deveria ocorrer “quando em virtude de uma disposição expressa de lei a obrigação tributária surge desde logo contra uma pessoa diferente daquela que esteja em relação econômica com o ato, o fato ou negócio tributado. Nesse caso é a própria lei que substitui o sujeito passivo direto por outro indireto”. Já a responsabilização por transferência deveria ocorrer “quando a obrigação tributária depois de ter surgido contra uma pessoa determinada (que seria o sujeito passivo direto), entretanto, em virtude de um fato posterior, transfere-se para outra pessoa diferente”.<sup>122</sup>

O conceito de responsabilidade por substituição pode ser mais bem compreendido através da exposição das suas duas modalidades, a substituição *para trás* (ou regressiva) e a substituição *para frente* (ou progressiva). Ao tratar do ICM, a redação original do CTN contemplou ambas as hipóteses de responsabilidade por substituição.<sup>123</sup> A responsabi-

passivo da obrigação principal diz-se: I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”. Art. 128: “Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”.

121. Assim em sua sugestão de emenda ao art. 163 do Projeto (Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, *Codificação do Direito Tributário*, Rio de Janeiro, IBDF, 1955, p. 190).

122. Rubens Gomes de Souza, *Compêndio de Legislação Tributária*, Rio de Janeiro, Edições Financeiras, 1952, p. 71.

123. CTN, art. 58, redação original: “Contribuinte do imposto é o comerciante, industrial ou produtor que promova a saída da mercadoria. § 1º. Equipara-se a comerciante, industrial ou produtor qualquer pessoa, natural ou jurídica, que prati-

lidade regressiva ocorreria com o diferimento do pagamento do imposto para uma etapa posterior na cadeia econômica. Um exemplo atual dessa prática ocorre, no Estado de São Paulo, com o óleo de soja, cujo imposto sobre circulação de mercadorias (à época ICM, hoje ICMS) é diferido para o momento de saída do produto industrializado, sendo pago pela indústria e não pelo fornecedor de semente de soja.<sup>124</sup> Trata-se de uma opção política por meio da qual o setor agrícola é beneficiado em detrimento do setor industrial.

Bem mais controversa é a responsabilidade por substituição progressiva, porque nesta a substituição ocorre para pagamento de imposto cujo fato gerador ainda não ocorreu. Especificamente, essa substituição *para frente* ocorre quando um contribuinte original se responsabiliza pelos impostos dos contribuintes que se encontram na continuação da cadeia econômica. Por exemplo, a fábrica de liquidificadores adianta ao

que, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias. § 2º. A lei pode atribuir a condição de responsável: I – ao comerciante ou industrial, quanto ao imposto devido por produtor pela saída de mercadoria a eles destinada; II – ao industrial ou comerciante atacadista, quanto ao imposto devido por comerciante varejista, mediante acréscimo: *a*) da margem de lucro atribuída ao revendedor, no caso de mercadoria com preço máximo de venda no varejo marcado pelo fabricante ou fixado pela autoridade competente; *b*) de percentagem de 30% (trinta por cento) calculada sobre o preço total cobrado pelo vendedor, neste incluído, se incidente na operação, o imposto a que se refere o art. 46, nos demais casos. III – à cooperativa de produtores, quanto ao imposto relativo às mercadorias a ela entregues por seus associados. § 3º. A lei pode considerar como contribuinte autônomo cada estabelecimento, permanente ou temporário, do comerciante, industrial ou produtor, inclusive quaisquer veículos utilizados por aqueles no comércio ambulante. § 4º. Os órgãos da administração pública centralizada e as autarquias e empresas públicas, federais, estaduais ou municipais, que explorem ou mantenham serviços de compra e revenda de mercadorias, ou de venda ao público de mercadoria de sua produção, ainda que exclusivamente ao seu pessoal, ficam sujeitos ao recolhimento do imposto sobre circulação de mercadorias. § 5º. O encarregado de estabelecimento dos órgãos ou entidades previstos no parágrafo anterior que autorizar a saída ou alienação de mercadoria sem cumprimento das obrigações, principais ou acessórias, relativas ao imposto sobre circulação de mercadorias, nos termos da legislação estadual aplicável, ficará solidariamente responsável por essas obrigações. § 6º (revogado pelo Ato Complementar 36, de 13.3.1967; texto original: No caso do inciso II do art. 52, contribuinte é qualquer pessoa jurídica de direito privado, ou empresa individual a ela equiparada, excluídas as concessionárias de serviços públicos e as sociedades de economia mista que exerçam atividades em regime de monopólio instituído por lei). § 7º. (revogado pelo Ato Complementar 36, de 13.3.1967; texto original: Para os efeitos do parágrafo anterior, equipara-se a industrial as empresas de prestação de serviços)”.  
124. Cf. o Decreto 53.511/2008.

fisco o valor do ICMS que deverá ser futuramente recolhido pelo varejista. O fato gerador da operação subsequente – revenda do liquidificador pelo varejista – ainda não ocorreu, mas o crédito tributário por substituição “para frente” já é pago na operação anterior (pela fábrica de liquidificadores). A fábrica perde em capital de giro (pois descapitaliza-se para recolher o tributo do varejista), mas é futuramente ressarcida desse valor.

Nos anos seguintes à edição do CTN, a substituição tributária progressiva foi objeto de idas e vindas pelo legislador.<sup>125</sup> Em 1968, através do Decreto-lei 406, a substituição tributária progressiva foi eliminada da ordem jurídica brasileira, assim permanecendo até 1983, quando, já no governo Figueiredo, após a edição da Lei Complementar 44, passou a constar novamente do nosso arcabouço tributário. O diploma foi posteriormente recepcionado pelo art. 155, § 2º, XII, *b*, da Constituição de 1988. Com a Emenda Constitucional 3, de 1993, foi também incluído no art. 150 da Constituição um § 7º, conforme o qual a lei “poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”.

A responsabilidade por transferência, por sua vez, também teria duas espécies no CTN: a responsabilidade por transferência a sucessor e a responsabilidade por transferência a terceiros. Iniciando pela primeira, é possível notar que o CTN estabeleceu regras sobre a responsabilidade pelo pagamento de tributos no caso de sucessão, tanto no caso de sucessão *inter vivos*<sup>126</sup> quanto *causa mortis*, e, ainda, no caso da sucessão societária<sup>127</sup> e sucessão comercial.<sup>128</sup>

125. O art. 58 do CTN foi alterado pelo Ato Complementar 34, de 30.1.1967.

126. CTN, art. 130: “Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação”; e 131, I: “São pessoalmente responsáveis: I – o adquirente ou remetente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos; (...)”.

127. CTN, art. 132, *caput*: “A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas”.

128. CTN, art. 133: “A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra

O sentido geral das regras do CTN foi o de atribuir sempre ao sucessor a responsabilidade pelo pagamento dos tributos originalmente imputáveis ao contribuinte sucedido, com uma exceção importante. Havia uma previsão para que a existência de prova de quitação de certos tributos relacionados a bens imóveis isentasse o sucessor da responsabilidade pelo pagamento desses mesmos tributos caso um passivo tributário fosse posteriormente cobrado pelo fisco. O sentido da regra era o de agilizar os negócios com imóveis e, em particular, de evitar que potenciais compradores de imóveis se vissem diante da necessidade de realizar longas investigações sobre passivos tributários de imóveis adquiridos. A mesma exceção, evidentemente, não foi atribuída aos negócios com bens móveis. Afinal, de um modo geral, a prova do pagamento de tributos incidentes sobre bens móveis não se dá através de certidões que se pode obter facilmente.<sup>129</sup>

Fora isso, prevalecia a regra de responsabilizar o sucessor pelas dívidas do contribuinte sucedido. É, aliás, bastante lógico que tenha sido disposto dessa forma. Se a obrigação tributária fosse imputada ao sucedido, em alguns casos a cobrança do imposto seria simplesmente impossível (considere, por exemplo, a sucessão *causa mortis* ou a sucessão decorrente de fusão). Em outros casos, a atribuição da responsabilidade tributária ao sucedido facilitaria a realização de fraudes. Essas fraudes poderiam ser cometidas, por exemplo, através de uma simples alteração da roupagem societária de empresas (no caso da mudança do tipo societário) ou da transferência do fundo de comércio para uma empresa sucessora, deixando os passivos tributários na empresa sucedida.

Aqui, no entanto, é preciso fazer uma ressalva importante. As regras constantes da redação original do CTN que atribuíam responsabilidade tributária ao sucessor no caso de transferência de estabelecimento comercial ou fundo de comércio tiveram, durante um longo período, um efeito perverso.<sup>130</sup> Essas regras dificultaram sobremaneira

razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato: I – integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; II – subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão”.

129. Exceção feita a certos bens móveis sujeitos a registros públicos, como, por exemplo, os automóveis.

130. Cf. Aloísio Araújo e Eduardo Lundberg, “A nova legislação de falências – uma avaliação econômica”, in Luiz Fernando Valente Paiva (org.), *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Quartier

a alienação de ativos em meio aos processos falimentares. Isso ocorria porque potenciais compradores não se interessavam por adquirir ativos da massa falida por conta do risco de arcarem também com os passivos tributários ligados aos bens que adquiriam. Com isso, caíam brutalmente os valores obtidos pela massa quando da alienação dos ativos. Desse modo, os credores de empresas insolventes, inclusive trabalhadores e o fisco, tinham dificuldade para receber seus créditos já habilitados junto à massa.

Além disso, o próprio valor econômico de garantias dadas em quaisquer empréstimos, mesmo quando a empresa ainda estava perfeitamente saudável, diminuía. Isso encarecia o crédito de um modo geral e elevava o custo de capital das empresas. Assim, a propósito de se beneficiar o fisco, acabava-se por reduzir a eficácia dos processos falimentares como um todo, com diversas outras implicações negativas indiretas. A necessária reforma demorou um longo período, e só foi posta em prática em 2005, ano em que a alienação judicial de ativos em processo de falência ou recuperação judicial tornou-se uma situação que excluiria a responsabilidade do sucessor pelo pagamento de dívidas tributárias relacionadas ao estabelecimento comercial sucedido.<sup>131</sup>

Latin, 2005, p. 336 (atribuindo a alteração da legislação falimentar brasileira em 2005, entre outras coisas, à necessidade de alteração da regra de sucessão tributária na venda de ativos por parte de empresas falidas ou em dificuldades que aviltava o valor ou tornava impossível a sua alienação).

131. Dispõe o art. 133, *caput*, do CTN que “[a] pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato”. Até 2005, essa disposição não era legalmente excepcionada; com a Lei Complementar 118, foram adicionados três parágrafos ao art. 133 do CTN. O primeiro deles determina que “O disposto no *caput* deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial: I – em processo de falência; II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação”; o terceiro parágrafo estabelece que “Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário”. A nova disciplina foi elaborada com o intuito de incentivar a alienação judicial de unidades produtivas de empresas em processo de falência, algo bastante dificultado antes de 2005. Sobre o tema, cf. Aloísio Araújo e Eduardo Lundberg, “A nova legislação de falências – Uma avaliação econômica”, cit., in Luiz Fernando Valente Paiva (org.), *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*.

### 2.2.3.3 Responsabilidade por transferência a terceiros

Quanto à responsabilidade tributária por transferência a terceiros, pode-se dizer que ela teria por objetivo tornar uma pessoa garante da obrigação tributária do contribuinte perante o fisco. Esse terceiro a que se refere o CTN é uma pessoa que atua decisivamente para a criação do fato gerador da obrigação tributária (ou da evasão tributária). O risco de corresponsabilização após uma fiscalização tributária teria então o sentido de evitar a ocorrência de fraudes tributárias justamente por dissuadir o terceiro de envolver-se nela.

Constaram do CTN, na verdade, dois casos de responsabilização de terceiros, um previsto no art. 134<sup>132</sup> e outro no art. 135.<sup>133</sup> Os casos do art. 134 dizem respeito à responsabilidade de uma pessoa decorrente da sua *culpa in vigilando* com relação ao contribuinte. O CTN contém um elenco de situações específicas em que o pagamento do tributo pelo contribuinte depende diretamente da supervisão ou mesmo atuação direta do terceiro. Por exemplo, a responsabilidade dos pais pelos tributos devidos por filhos menores; do tutor pelos tributos devidos pelo tutelado; do inventariante pelos tributos devidos pelo espólio; e do sócio no caso de liquidação de sociedades de pessoas, entre outras situações similares.

Em todas essas hipóteses, o CTN determinou a solidariedade tributária entre o terceiro responsável e o contribuinte principal. Faz sentido estabelecer a solidariedade nesses casos exatamente por causa da grande influência do terceiro na configuração do fato gerador de tributação. Note, por outro lado, que um terceiro não relacionado à obrigação não

132. CTN, art. 134: “Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: I – os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores; II – os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados; III – os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes; IV – o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio; V – o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário; VI – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício; VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas. Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório”.

133. CTN, art. 135: “São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I – as pessoas referidas no artigo anterior; II – os mandatários, prepostos e empregados; III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”.



teria como influenciar decisivamente a ocorrência do fato gerador de tributo. Sua responsabilização seria quase aleatória e, portanto, não funcionaria como uma forma de evitar a fraude fiscal – embora pudesse funcionar como mera garantia contra a perda de receita pelo fisco.<sup>134</sup>

Há no CTN outro caso de responsabilização de terceiros diferente daqueles decorrentes de culpa *in vigilando* acima mencionados. Trata-se de certos atos culposos relacionados à falta de autorização legal ou convencional para a realização de certos atos com efeitos tributários. Rubens Gomes de Souza referia-se a essas hipóteses, mais tarde assentadas no art. 135 do CTN, como *sujeição passiva indireta por transferência e responsabilidade* (em oposição às situações do art. 134, por ele chamadas de *sujeição passiva indireta por transferência e solidariedade*, e aqui referida como responsabilização por transferência decorrente de culpa *in vigilando*).<sup>135</sup>

#### 2.2.4 A rigidez do CTN testada nos tribunais

O tema da flexibilização da responsabilidade societária em matéria tributária relaciona-se diretamente à interpretação do art. 135 do CTN.<sup>136</sup>

134. Talvez o raciocínio de que o terceiro não tem condições de avaliar perfeitamente os impactos tributários *mesmo quando tem relação direta com a obrigação tributária* tenha induzido o legislador a inserir uma disposição adicional bastante controversa sobre os limites da responsabilização solidária de terceiro. Há um parágrafo único ao art. 134 do CTN prevendo unicamente a transferência da multa moratória ao terceiro, indicando, portanto, que o terceiro não responde por uma multa punitiva ou por uma multa isolada.

135. Confira-se: “O tributo evidentemente tem de ser cobrado de alguém; qual o critério para definir esse alguém, ou seja, qual o critério que a lei deve adotar para escolher quem deve pagar o tributo? (...) o tributo deve ser cobrado da pessoa *que esteja em relação econômica* com o ato, fato ou negócio tributado. Quando o tributo seja cobrado nessas condições, dá-se a *sujeição passiva direta*, que é a hipótese mais comum na prática (...). Entretanto, pode acontecer que em certos casos o Estado tenha interesse ou necessidade de cobrar o tributo de pessoa diferente: dá-se então a *sujeição passiva indireta*. A sujeição passiva indireta se apresenta sob duas modalidades: *transferência e substituição*; por sua vez, a transferência comporta três hipóteses: *solidariedade, sucessão e responsabilidade* (...)”. O último caso – transferência por responsabilidade – representa “a hipótese em que a lei tributária *responsabiliza* outra pessoa pelo pagamento do tributo, quando não seja pago pelo sujeito passivo direto; p. ex., no imposto de sisa (transmissão de propriedade *inter-vivos*), o tabelião fica *responsável* pelo imposto se não providenciar a sua cobrança no ato de passar a escritura” (Rubens Gomes de Souza, *Compêndio de Legislação Tributária*, cit., pp. 65-67).

136. Nem toda pessoa jurídica é também uma empresa. A empresa é uma espécie do gênero pessoa jurídica que se dedica a uma atividade econômica. No Brasil,

É dessa disposição legal que, no mais das vezes, se obtém o fundamento legal para a responsabilização de administradores e sócios de empresas (muitas vezes ao lado de referências duvidosas à doutrina da desconideração da personalidade jurídica). Convém, por esse motivo, estudar cuidadosamente a evolução interpretativa desse texto. De particular interesse é o tema da responsabilidade de administradores e sócios ligados à empresa por obrigações tributárias resultantes de atos praticados com *excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos*.

#### 2.2.4.1 A polêmica sobre o conceito de “infração à lei”

Desde a edição do CTN, a principal controvérsia no tocante à responsabilização de terceiros por dívida da empresa girou em torno da expressão “infração de lei” constante do art. 135. A conjugação do art. 134 com o art. 135 do CTN implica que o tanto o administrador quanto o sócio respondem pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias da empresa resultantes de atos praticados com *infração à lei*.<sup>137</sup> O não recolhimento de um tributo devido constitui, evidentemente,

é identificada a partir da caracterização do empresário, aquele que organiza fatores de produção em busca de lucro (Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de Direito Comercial: Teoria Geral do Direito Comercial e das Atividades Empresariais Mercantis. Introdução à Teoria Geral da Concorrência e dos Bens Imateriais*, vol. I, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 127; no mesmo sentido, Sylvio Marcondes, *Questões de Direito Mercantil*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 11). Também nos tribunais: “O novo Código Civil Brasileiro, em que pese não ter definido expressamente a figura da empresa, conceituou no art. 966 o empresário como ‘quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços’ e, ao assim proceder, propiciou ao intérprete inferir o conceito jurídico de empresa como sendo ‘o exercício organizado ou profissional de atividade econômica para a produção ou a circulação de bens ou de serviços’ (...). Por exercício profissional da atividade econômica, elemento que integra o núcleo do conceito de empresa, há que se entender a exploração de atividade com finalidade lucrativa” (STJ, REsp 623.367/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 15.6.2004). Há quem diga que do ponto de vista jurídico um sócio não é um *empresário*. Cf. Fernando Schwarz Gaggini, *A Responsabilidade dos Sócios nas Sociedades Empresárias*, São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito, 2013, p. 66 (“o empresário assume os riscos da atividade, de forma direta e ilimitada, mas considerando-se que empresário, no caso, é o ente jurídico, a sociedade. Seus sócios, ao contrário, não podem ser considerados empresários sob o prisma da lei, visto que não exercem atividades em seu nome”).

137. Note que a responsabilização tributária de terceiros por infração à lei e por atos desautorizados não alcança apenas o administrador. Abrange também o mandatário, preposto, empregado, diretor, gerente e o representante. Essa responsabilidade alcança, ademais, todas aquelas pessoas que podem ser responsabilizadas por culpa

um ato ilícito da empresa. Isso era verdade em 1965 (à luz do Código Civil de 1916),<sup>138</sup> e continua a sê-lo hoje (à luz do Código Civil de 2002).<sup>139</sup> Isso quer dizer que o não recolhimento de um tributo representa, pelo menos em alguma medida, uma “infração à lei”.

A questão aqui é saber se na concepção original do art. 135 do CTN a infração à lei tributária pela empresa causaria, *ipso facto*, a responsabilização do seu administrador. A redação textual do CTN abria alguma margem para dúvida. Uma interpretação conservadora do CTN sugere que o não pagamento de um tributo é ato ilícito da empresa, não do administrador nem do sócio, e, portanto, esses últimos não podem ser responsabilizados por ato ilícito de outrem, salvo disposição legal expressa, que no caso é inexistente.

Uma interpretação mais agressiva, no entanto, seria a de que a mera ausência de recolhimento de um tributo pela empresa (logo, o ato ilícito da empresa) ensejaria a responsabilização pessoal do administrador. Essa última interpretação equivaleria, na prática, à elevação do administrador à posição de garante pessoal das obrigações tributárias da empresa, inclusive naqueles casos em que não tenha havido fraude pela empresa, ou seja, naqueles casos em que o não pagamento pela empresa tenha sido consequência apenas da falta de recursos por conta do mau andamento dos negócios.<sup>140</sup>

#### 2.2.4.2 A interpretação originalista

A leitura histórica mais plausível é a de que originalmente o CTN não tenha desejado tornar o administrador responsável perante o fisco, exceto nas circunstâncias em que o administrador tivesse agido com excesso de poderes ou que tivesse comprovada e ativamente praticado uma

*in vigilando* mencionadas acima, inclusive os sócios de sociedades de pessoas. Vide arts. 134 e 135 do CTN.

138. Código Civil de 1916, 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”.

139. Código Civil de 2002, art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

140. Antes, aliás, que o Código Civil de 2002 tratasse da desconsideração da personalidade jurídica, o art. 135 do CTN era empregado para justificar a ocorrência da figura no âmbito tributário (Alexandre Alberto Teodoro da Silva, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 97).

fraude. Tal é o que se depreende da exposição de um dos integrantes da comissão de redação do CTN, Gilberto Ulhôa Canto, referido anteriormente. Ao analisar o tema da responsabilidade pessoal de administrador – e ao fazê-lo, especificamente, em comentário ao anteprojeto de Rubens Gomes de Souza –, Ulhôa Canto utilizou um argumento pragmático para defender a não responsabilização de administrador pela mera ausência de pagamento de tributo pela empresa. Disse Ulhôa Canto que a ausência de limitação da responsabilidade de diretores, gerentes e administradores de pessoas jurídicas de direito privado os inibiria a tal ponto que ninguém aceitaria os encargos previstos.<sup>141</sup>

É bem verdade que nesse particular as sugestões de Ulhôa Canto não foram totalmente incorporadas à redação final do art. 135, o que é indício claro de que seus pontos de vista sobre essa disposição não eram inteiramente consensuais, nem podem ser tomados como necessariamente representativos da vontade do legislador. Mas há três outros bons motivos sugerindo que originalmente o CTN não tenha buscado tornar o administrador um fiador da empresa em matéria tributária.

Primeiro, o CTN complementava a dinâmica societária aplicável ao principal tipo societário da época, a saber, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, então regida pelo Decreto 3.708, de 1919. Essas sociedades eram administradas por um sócio-gerente, que não responderia pessoalmente por dívidas da empresa, exceto quando atuasse com “excesso de mandato e pelos actos praticados com *violação do contracto ou da lei*” (itálicos acrescentados).<sup>142</sup> Ora, nos anos 1960, parece claro que a “violação da lei” a que se referia o Decreto de 1919 era apenas a lei societária.<sup>143</sup>

Segundo, como já dissemos, a lógica inspiradora da criação do CTN era a de incentivar o investimento e a atividade econômica privada. E a responsabilidade limitada de sócios e sócios-gerentes é uma forma de

141. Ives Gandra da Silva Martins, *Comentários ao Código Tributário Nacional*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 277. Esse tema é retomado em detalhes na segunda parte do livro. Ver Capítulo 6.

142. Decreto 3.708, de 1919, art. 10: “Os sócios gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei”.

143. Cf. Fran Martins, *Sociedades por Quotas no Direito Estrangeiro e Brasileiro*, vol. 2, Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 717 (“O sócio-gerente que agir contra os dispositivos do contrato ou da lei, que é a norma pública que regula, não só a formação da sociedade, como o seu funcionamento, se torna passível de responder solidária e ilimitadamente pelos atos praticados”).

incentivo ao investimento porque reduz o risco de perda dessas pessoas que investem ou participam do negócio. É claro que seria possível supor que a expressão “infração de lei”, até certo ponto ambígua, tivesse sido incluída pelo legislador como uma espécie de armadilha, ou pelo menos de norma aberta, que poderia ser *ex post facto* reinterpretada (pelo fisco ou pela jurisprudência) a fim de permitir a responsabilização de administrador em circunstâncias mais amplas do que aquelas que, supomos aqui, tenham sido originalmente concebidas pelo legislador. Mas, ainda que se admita esse elevado grau de maquiavelismo do legislador à ocasião, tal suposição seria contrária ao espírito de segurança jurídica norteador da redação do CTN.

Terceiro, há um argumento técnico-jurídico muito importante, mas até hoje raramente notado. O art. 135 tratou da responsabilidade pessoal do administrador. A ausência de pagamento de um tributo, entretanto, é uma infração à lei cometida *pela empresa*, não pelo administrador.<sup>144</sup> Portanto, a ideia de que o mero não pagamento de imposto causaria a responsabilização de administrador não está de acordo com a sistemática do CTN, que é um diploma claro em sua organização.

#### 2.2.4.3 A continuidade com o regime das Limitadas

A interpretação inicial que o Supremo Tribunal Federal conferiu ao art. 135 do CTN parece corroborar a interpretação originalista acima descrita. Efetivamente, é possível verificar uma continuidade entre as decisões que afastam a aplicação do art. 10 do Decreto 3.708/1919 – bem como, em alguma medida, do art. 121, § 1º, II, da antiga Lei das Sociedades Anônimas (Decreto-lei 2.627/1940)<sup>145</sup> – e aquelas que deli-

144. Cf. Hugo de Brito Machado Segundo, “Responsabilidade de sócios e dirigentes de pessoas jurídicas e o redirecionamento da execução fiscal”, in Valdir de Oliveira Rocha (coord.), *Problemas de Processo Judicial Tributário*, vol. 4, São Paulo, Dialética, 2000, pp. 125-146, *apud* Hugo de Brito Machado, *Comentários ao Código Tributário Nacional*, cit., p. 589 (“se o ato foi praticado pela pessoa jurídica, através de órgão seu, a responsabilidade é da pessoa jurídica, e não da pessoa física que validamente exercita a função de órgão”).

145. Decreto-lei 2.627/1940, art. 121: “Os diretores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão. § 1º. Respondem, porém, civilmente, pelos prejuízos que causarem, quando procederem: I, dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II, com violação da lei ou dos estatutos. § 2º. Quando os estatutos criarem qualquer órgão com funções técnicas ou destinado a orientar ou aconselhar os diretores, a responsabilidade civil de seus membros apurar-se-á na conformidade das regras deste capítulo”. Ver também o art. 122: “Os diretores são solidariamente res-

mitam o alcance do art. 135 do CTN. Ao menos inicialmente, nenhuma dessas disposições era invocada para sancionar a falta de recolhimento de tributos. Assim, a “infração de lei” era detectada apenas em hipóteses de fraude societária,<sup>146</sup> tendo o Supremo decidido que “[o]s bens particulares dos sócios” – no caso, de sociedade por quotas de responsabilidade limitada – “não podem ser penhorados, em razão de dívida fiscal contraída pela sociedade, já dissolvida”.<sup>147</sup>

O entendimento do STF, porém, nem sempre era inequívoco. No RE 70.870/SP, relatado pelo Ministro Aliomar Baleeiro em 1973, ficou assentado que a execução fiscal da sociedade por quotas de responsabilidade limitada “só poderia atingir os bens dos sócios se verificadas as circunstâncias excepcionais dos arts. 134 e 135 do CTN”.<sup>148</sup> Note-se: afastava-se, de modo coerente com a jurisprudência predominante, a responsabilidade do sócio pelo passivo fiscal da empresa; ao mesmo tempo, no entanto, se indicava que o art. 135 traria “circunstâncias excepcionais” em que essa flexibilização poderia ocorrer.<sup>149</sup> Ora, uma dessas circunstâncias seria a “infração de lei”, precisamente o gênero do qual a falta de pagamento de tributos não era, até então, considerada

ponsáveis pelos prejuízos causados pelo não cumprimento das obrigações ou deveres impostos pela lei, afim de assegurar o funcionamento normal da sociedade, ainda que, pelos estatutos, tais deveres ou obrigações não caibam a todos os diretores. Parágrafo único. Os diretores que, convencidos do não cumprimento dessas obrigações ou deveres por parte de seus predecessores, deixarem de levar ao conhecimento da assembleia geral as irregularidades verificadas, tornar-se-ão por elas subsidiariamente responsáveis”.

146. Assim, por exemplo, no STF, RE 52.939/Guanabara, rel. Min. Victor Nunes Leal, j. em 28.5.1963; no STF, Ag. 32.913/SP, rel. Min. Pedro Chaves, j. em 6.9.1966; e no STF, RE 64.813/PR, rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. em 5.12.1968.

147. STF, RE 36.488/SP, rel. Min. Adalício Nogueira, j. em 21.8.1968; no mesmo sentido, RE 80.249/SP, rel. Min. Cordeiro Guerra, j. em 30.9.1975; STF, Ag. 29.958, rel. Min. Lafayette de Andrada, j. em 15.10.1965; e STF, RE 61.990/SP, rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. em 12.12.1966.

148. STF, RE 70.870/SP, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. em 8.6.1973.

149. Embora o argumento relatado no texto tenha sido empregado pelo STF, sobretudo na década de 1970, a doutrina ainda propõe soluções parecidas, nas quais a limitação da responsabilidade é afirmada e logo depois flexibilizada: “entendemos que a simples inadimplência da obrigação pela pessoa jurídica, *embora constitua infração à lei tributária*, não acarreta a responsabilidade dos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado. Será preciso demonstrar que tal inadimplemento decorreu da *prática de ilícito* pelos gestores da pessoa jurídica, que incorreram em excesso de poder ou em *infração de lei*, contrato social ou estatutos” (Regina Helena Costa, *Curso de Direito Tributário. Constituição e Código Tributário Nacional*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 206; destacamos).

espécie. Era o primeiro indício da dispersão jurisprudencial que marcaria os julgados do Supremo a partir da segunda metade da década de 1970.

Em suma, pode-se dizer que a estrutura tributária criada pela onda de reformas postas em prática pelo regime militar que subiu ao poder em 1964 previu em lei o que deveria ser um regime jurídico razoavelmente rígido no tocante à responsabilidade tributária da empresa. O horizonte normativo básico era o da autonomia patrimonial da empresa, autonomia essa que se traduzia na responsabilidade da empresa – não na de seus agentes – pelos seus tributos.

A responsabilidade de administradores ocorreria somente na medida da sua culpabilidade ou dolo, e nesse ponto o CTN não fazia senão reproduzir perante o fisco a mesma dinâmica de responsabilização que já valia desde 1919 para as dívidas da sociedade limitada perante seus credores privados.<sup>150</sup> O mesmo valia para os sócios, com a ressalva adicional de que não havia previsão de responsabilidade do sócio da empresa que fosse uma sociedade de capital, isto é, em princípio o sócio de uma sociedade anônima não poderia ser responsabilizado por dívidas tributárias da empresa. Dito de forma simples, o não pagamento da empresa não deflagraria a responsabilidade de administrador e sócio: esta só ocorreria depois de demonstrada sua culpabilidade.

### 2.3 O preço do milagre econômico

A crise do petróleo de 1973, entre outros fatores, pôs fim ao *milagre econômico*. Os choques de liquidez externa acabaram por secar as fontes de financiamento brasileiras e logo acentuaram a crise orçamentária, a inflação e a dificuldade para pagamento da dívida externa.<sup>151</sup> A dificuldade econômica rapidamente se transformou em um problema político. O regime se enfraqueceu, e o *establishment* militar foi obrigado a realizar compromissos e a ceder espaço.

150. A continuidade da jurisprudência durante as décadas de 1960 e 1970, referida acima, exemplifica esse ponto.

151. O aumento das taxas de juros nos Estados Unidos desencadeou uma fuga de capitais da América Latina. Seguiu-se a desvalorização das moedas desses países e, por fim, a impossibilidade de pagamento da dívida externa que estava referenciada em moeda estrangeira. A derrocada latino-americana foi desencadeada pela moratória do México e logo a seguir do Chile em 1982. O Brasil decretou sua moratória em 1987, quando já estava claro que o Plano Cruzado de 1986 havia redundado em um extraordinário fracasso. Para uma explicação didática e atual, vide, por exemplo, o primeiro capítulo de Nouriel Roubini e Stephen Mihm, *Crisis Economics. A Crash Course in the Future of Finance*, New York, Penguin, 2010.

O novo quadro trouxe desdobramentos importantes sobre a responsabilidade empresarial de terceiros. Como explicado no item 2.3.1, abaixo, os desdobramentos mais dramáticos ocorreram na esfera tributária. Embora seja difícil estabelecer exatamente as relações de causa e efeito, o quadro repercutiu também no direito societário (ver item 2.3.2) e trabalhista (ver item 2.3.3). Assim, na década de 1980, a transição para a democracia se operaria em um ambiente em que o regime de responsabilidade de terceiros previsto em 1919 já estava bastante comprometido.

### 2.3.1 *Fissuras no regime liberal tributário*

Apesar do altíssimo crescimento econômico da época do chamado *milagre econômico* (1969-1973),<sup>152</sup> a execução do plano de crescimento exigia um montante de receita tributária cada vez maior. Isso ocorria não apenas por causa da necessidade de recursos para financiar empresas e investimentos públicos, mas também por conta da enorme amplitude dos incentivos fiscais concedidos pelo Estado que corroíam as receitas tributárias e causavam diversas distorções.

Com a crise econômica instaurada a partir de 1973, o sistema tributário entrou em crise, e os pilares estabelecidos apenas uma década antes começaram a ruir. Acirrou-se a batalha entre poder central e local por receitas tributárias. O Executivo passou a editar leis que feriam ora a letra, ora o espírito do esquema originalmente concebido pelo CTN. A busca pelo fechamento de brechas usadas para a elisão e a evasão tributária generalizou-se. A própria administração passou a adotar interpretações mais agressivas, de modo a aumentar as receitas tributárias. Um aspecto desse processo foi a crescente responsabilização de sócios e administradores. A continuidade entre o esquema de responsabilização de terceiros do CTN e da Lei das Limitadas ia sendo, assim, rompida.

#### 2.3.1.1 O acirramento da disputa federativa

O reforço da autonomia patrimonial da empresa e o estabelecimento de regras gerais e claras (sob o CTN) para incentivar o investimento privado vieram acompanhados de um substancial aumento da carga tribu-

152. Sobre o *milagre econômico* brasileiro, vide Paul Singer, “O milagre brasileiro – Causas e consequências”, *Caderno CEBRAP* 6, 1972, e, em um contexto mais amplo, Thomas Skidmore, *Brasil: de Castelo a Tancredo*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2003.



tária. Ainda assim, o Estado brasileiro mantinha o problema histórico de déficits orçamentários crônicos. Em parte, o governo tentava lidar com o problema orçamentário alterando o perfil econômico da tributação. Antes mesmo da subida ao poder dos militares, a receita tributária advinda das pessoas jurídicas já havia superado, em muito, a receita advinda das pessoas físicas.<sup>153</sup> Além disso, paulatinamente os impostos sobre a renda se foram convertendo na principal fonte de receita. Mas o quadro orçamentário só era equacionado com o financiamento inflacionário do Estado via emissão de moeda.

A crise econômica a partir de 1973 agravou o problema orçamentário. Por conta da crise orçamentária, ao longo da década de 1970 o esqueleto tributário concebido “com régua e esquadro” no governo de Castelo Branco teve que ser revisitado. Em 1970, com a Lei Complementar 7, o governo criou a contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), fato que marcou a volta ao País da tributação cumulativa.<sup>154</sup> A partir de 1975 os incentivos fiscais praticamente não foram mais utilizados como instrumentos de políticas de desenvolvimento.<sup>155</sup> Entre diversos problemas, esses incentivos eram profundamente regressivos<sup>156</sup> e acentuavam problemas distributivos na sociedade, que começavam

153. Ricardo Varsano, “A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas”, cit., *Texto para Discussão* 405, p. 8.

154. O governo também determinou que parcela do valor dos incentivos concedidos fosse direcionada para o Programa de Integração Nacional (PIN) e o Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agropecuária do Norte e Nordeste (Proterra), reduzindo praticamente à metade o valor dos incentivos concedidos através do Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas. Conforme Ricardo Varsano, “A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas”, cit., *Texto para Discussão* 405, p. 10.

155. Uma mudança no CTN foi instrumental nesse sentido. A redação original do art. 178 estabelecia o seguinte: “A isenção, salvo se concedida por prazo certo ou em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do artigo 104”. A Lei Complementar 24, de 7.1.1975, trocou a conjunção “ou” pela conjunção “e”. A redação final do art. 178 ficou da seguinte forma: “A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104”.

156. Um tributo é considerado regressivo quando a alíquota diminui à proporção que os valores sobre os quais incide são maiores. Da mesma forma, um subsídio (ou “incentivo tributário”) é regressivo quando a alíquota aumenta à proporção que os valores sobre os quais incide são maiores. Como o benefício é maior conforme

a se tornar cada vez mais evidentes, e na década seguinte se tornariam explosivos.<sup>157</sup>

O ano de 1975 marcou também o momento em que o CTN começou a ser emendado:<sup>158</sup> começou naquele ano e nunca mais parou.<sup>159</sup> Até hoje foram numerosas leis complementares, bem como atos complementares e decretos (instrumentos empregados durante o governo militar), que lhe alteraram o texto e, em boa parte, o mutilaram. Seja como for, fato é que para assegurar o apoio dos núcleos locais e estaduais de poder, o governo militar se viu diante do desafio de realizar uma abertura política. Geisel subiu ao poder em 1974 e logo declarou que poria em prática um processo de abertura *lento, gradual e seguro*. Por trás dos discursos públicos de tom conciliador, acirrava-se cada vez mais uma intensa batalha em que Estados e Municípios pressionavam a União a fim de aumentar sua autonomia tributária.

Esses conflitos levaram, num primeiro momento, à edição da Emenda Constitucional 5, de 1975, que elevou as transferências da União aos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios. Uma ressalva histórica interessante é a de que, num primeiro momento, essa emenda constitucional teve mais o efeito de escrachar a batalha entre a União e os Estados e Municípios pela receita tributária do que propriamente redistribuir o *bolo* tributário. Isso porque, como notou um estudo do IPEA sobre o tema, durante os anos 1970, “a cada ação no sentido de descentralizar os recursos [*tributários*] corresponderam reações da

aumenta o valor-base sobre o qual incide a medida tributária, a regressividade é traço marcante da concentração de renda.

157. O Decreto-lei 1.351, de 1974, teve por finalidade mitigar a regressividade que o imposto de renda vinha apresentando até então. Para tanto, determinou a compensação do imposto retido na fonte com o imposto devido na declaração (art. 1º), estabeleceu uma hipótese de abatimento para maiores de 65 anos (art. 4º) e obrigou a declaração de títulos ou valores mobiliários (art. 6º). Vale observar que esse Decreto-lei isentou de tributação também a distribuição de lucros e dividendos de pessoas jurídicas (art. 7º).

158. Lei Complementar 24, de 7.1.1975, art. 13: “O art. 178 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966), passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 178 – A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104’”.

159. A mais recente alteração do CTN constou da Lei Complementar 143, de 17.7.2013.

União que as neutralizaram”.<sup>160</sup> A descentralização de recursos tributários só passou a ocorrer na prática a partir de 1983.<sup>161</sup>

### 2.3.1.2 Agressividade fiscal

A falta de recursos também levou o governo militar a adotar uma política de fiscalização, cobrança e execução fiscal crescentemente agressiva.<sup>162</sup> O fenômeno compreendeu também ações legislativas que buscavam fechar *brechas* na ordem jurídica; brechas que eram exploradas pelos agentes privados ora para a realização de planejamentos fiscais, ora para a realização de sonegações fiscais puras e simples. De particular importância foi o Decreto-lei 1.598, de 1977, que introduziu novos casos de responsabilização de sócios e administradores no caso de distribuição disfarçada de lucros.<sup>163</sup>

Além das ações legislativas, houve um afrouxamento na interpretação da sistemática do CTN por parte da própria administração fazendária. O sentido desse afrouxamento foi o de buscar, com maior frequência, a responsabilização de sócios e administradores por dívidas tributárias das empresas. Essas ações, com frequência, terminavam em batalhas entre o fisco e os contribuintes (ou seus responsáveis tributários) perante o Judiciário.<sup>164</sup>

160. Ricardo Varsano, “A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas”, cit., *Texto para Discussão* 405, p. 11.

161. A Emenda Constitucional 23/1983 aumentou os percentuais do FPE e do FPM e dificultou à União o uso de brechas que lhe permitiam reduzir as bases sobre as quais incidiam os percentuais destas e de outras participações dos Estados e Municípios na receita tributária.

162. O fenômeno foi ironicamente descrito por Alfredo Augusto Becker. Ver, por exemplo, esta passagem: “[n]os últimos anos, a quantidade e variedade de tributos mascarados de ‘empréstimos’ é tão grande que formam um bloco carnavalesco: ‘Unidos da Vila Federal’. O Presidente da República e o seu Ministro da Fazenda são os ‘abre-alas’. O ritmo é dado pelo fêmur dos contribuintes, que também forneceram ao público os confetes de nossos bolsos vários e as serpentinas de nossas tripas. No Sambódromo conquistaram, por unanimidade, o prêmio: ‘Fraude contra o Contribuinte’”. *Carnaval Tributário*, 2ª ed., São Paulo, Lejus, 2004, p. 14.

163. O tema é analisado por Marçal Justen Filho, *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1987, p. 112.

164. Por exemplo, a Portaria 99, de 5.2.1980, determinou que “são solidariamente responsáveis com o sujeito passivo os acionistas controladores, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, pelos débitos decorrentes do não recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e do Imposto de Renda (IR) descontado na fonte (Decreto-lei 1.736/79, art. 8º)”. Ver

É difícil dizer com precisão até que ponto o Judiciário protegia o espírito original do CTN quando este era afrontado. É certo que nem sempre o quadro foi apenas de um Judiciário subserviente ao Executivo em matéria fiscal.<sup>165</sup> Mas é igualmente certo que o Poder Executivo influenciava o Poder Judiciário para que este julgasse as disputas em seu favor. E, por sinal, as aposentadorias compulsórias de ex-Ministros do STF como Evandro Lins e Silva, Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Cândido Mota Filho representaram, claramente, um enorme gesto de força do Executivo perante o Judiciário.<sup>166</sup>

Embora seja possível identificar diversas decisões mantendo o *núcleo duro* de responsabilidade subjetiva para responsabilização de sócios em matéria tributária,<sup>167</sup> o alargamento da responsabilidade por transferência ganhava força no debate judicial. Assim, por exemplo, em 1976 o Tribunal de Justiça de Minas Gerais concluiu que, se os sócios “não exercitaram o direito que possuem de exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade, ficam seus próprios bens sujeitos à constrição”.<sup>168</sup>

também Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima* (1976), 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 474, nota de rodapé 83 (observando que “a jurisprudência [da época] incluiu, ao lado do IPI e do IR, as contribuições previdenciárias – v. STJ, j. 17.6.1992, in *RSTJ* 36/306, em que se responsabiliza o diretor presidente de uma sociedade anônima pelo referido débito”).

165. Cf. Marco Aurélio Greco, “Responsabilidade de terceiros e crédito tributário: três temas atuais”, *Revista Fórum de Direito Tributário* 28, 2007 (explicando que durante o período militar as discussões estritamente formais sobre o CTN frequentemente serviam também para que os contribuintes, cuidadosa e discretamente, desafiassem o regime militar).

166. Sobre o tema, vide Osvaldo Trigueiro do Vale, *O Supremo Tribunal Federal e a Instabilidade Político-Institucional*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1976, p. 16; e Luiz Alberto Moniz Bandeira, *O Governo João Goulart – As Lutas Sociais no Brasil. 1961-1964*, Brasília, Editora da UnB, 2001.

167. V., por exemplo, TJ-RJ, Ap. 98.809, rel. Des. Renato Maneschy, j. em 30.12.1977 (“A responsabilidade de sócio-gerente pelos débitos fiscais da sociedade se define no caso de vinculação entre o fato gerador e o ato de administração praticado com excesso de poder, ou infração da lei, contrato social ou estatutos. O que visou o Código Tributário Nacional foi a coibir a fraude, o dolo, a má-fé praticados em nome da sociedade pelo sócio-gerente (...). A mera inadimplência da obrigação tributária não caracteriza, por si mesma, a conduta ilícita exigida pelo Código Tributário Nacional”); TJ-MG, Ap. 9.263, rel. Des. Amado Henriques, j. em 29.4.1977 (“A penhora em executivo fiscal proposta contra sociedade por cotas de responsabilidade limitada cujo capital esteja totalmente integralizado não pode atingir bens particulares do sócio, dado que não respondem esses pelas dívidas sociais ainda que de natureza fiscal”).

168. TJ-MG, Ap. 8.863, rel. Des. Xavier Lopes, j. em 17.9.1976.

Outro exemplo de interpretação pró-fisco é o da “dissolução irregular”, expressão vaga que passava a ser empregada de modo cada vez mais frequente como gatilho para a responsabilização dos sócios. Por exemplo, em decisão de 1981 que ressoa até hoje, o extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR)<sup>169</sup> decidiu que “a dissolução da sociedade, se operada irregularmente, desconhecendo-se a destinação de seus bens, transfere aos sócios a responsabilidade pelos tributos devidos”.<sup>170</sup> Na prática, isso queria dizer que caso a empresa fechasse as portas os sócios teriam que arcar com os tributos atrasados. Já se estava, então, caminhando a passos largos para longe do espírito do Decreto das Limitadas de 1919.

De outra parte, uma escancarada orientação favorável à Fazenda veio à tona com a responsabilização direta do sócio pela falta de pagamento de tributos. Nos anos 1980, o assunto já não era novo, pois as primeiras discussões a esse respeito haviam surgido antes mesmo do CTN. A novidade, no entanto, foi o acolhimento pelos tribunais superiores de teses ou leis flexibilizadoras de esquemas mais rígidos de separação patrimonial entre sócios e empresa. O fisco foi desincumbido, então, do ônus de provar a responsabilidade do terceiro, bastando a demonstração do débito tributário. O TFR conclui assim que “o sócio-gerente de uma sociedade por quotas responde solidária e ilimitadamente pelos atos praticados com violação da lei, dentre eles a falta de pagamento, na época própria, de imposto”.<sup>171</sup> Revertia-se, com isso, a interpretação originalista do art. 135 do CTN.

169. Ao Tribunal Federal de Recursos (TFR), antecedente do atual STJ, competia o julgamento das “ações rescisórias de seus acórdãos” e dos “mandados de segurança, quando a autoridade coatora for Ministro de Estado, o próprio Tribunal ou o seu Presidente” (art. 104, I, sempre da Constituição de 1946), bem como, em grau de recurso, das “causas decididas em primeira instância, quando a União for interessada como autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência” e das “decisões de Juízes locais, denegatórias de *habeas corpus*, e as proferidas em mandados de segurança, se federal a autoridade apontada como coatora” (art. 104, II). Cabia ao TFR, ainda, a revisão *pro reo* “de suas decisões criminais em processos findos” (art. 104, III). Com a regulamentação da Justiça Federal, em 1966, o TFR passou a ser sua “terceira instância”. Várias reformas de sua composição foram levadas a cabo, até sua extinção em 1988.

170. TFR, Ap. 73.338/RS, rel. Min. José Dantas, j. em 15.10.1981; ainda no TFR, AI 70.643/MG, rel. Min. Carlos Mário Velloso, j. em 16.9.1982. No STF, RE 101.119/SP, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 13.3.1984; e STF, RE 101.038/SP, rel. Min. Djaci Falcão, j. em 2.12.1983 (raramente, no entanto, conhecendo dos recursos, cuja principal origem eram embargos movidos por sócios responsabilizados após a constituição dos débitos fiscais).

171. Ag. 45.544/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 11.9.1986; adiante, Ag. 4.923, rel. Min. José de Jesus, j. em 14.4.1988.

Repare que antes ainda, em *habeas corpus* julgado em 1977,<sup>172</sup> O STF manteve, por maioria, pena contra empresário acusado de apropriação indébita, em situação configurada por um decreto do governo militar que flexibilizava a responsabilidade pelo recolhimento de IPI.<sup>173</sup> Pouco antes, o mesmo STF determinara a “responsabilidade por substituição” do sócio-gerente de empresa que sonegara o antigo ICM, inserindo explicitamente o não pagamento de tributos no conceito de “infração de lei”.<sup>174</sup> No mesmo acórdão, algumas intenções restam inescandíveis. “Minha tendência”, chega a afirmar um ministro, “sempre foi para responsabilizar os sócios, mesmo de sociedades limitadas na forma do art. 134, VII, e 135 do CTN”.<sup>175</sup>

Também a interpretação da legislação processual civil foi responsável por indiretamente alterar a dinâmica do CTN. O art. 135 do CTN indicava a responsabilidade pessoal do terceiro a partir de critérios subjetivos (“excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”), o que não ocorria no caso do art. 134, para o qual bastava a insuficiência de recursos do contribuinte. Essa diferença deveria em princípio repercutir nos regimes de responsabilidade estabelecidos em

172. Trata-se do Decreto 226, de 1967, cujo art. 3º estabelecia que a “utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita definido no art. 168 do Código Penal, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou, quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa da primeira instância”. A redação é curiosa. Menciona-se a apropriação indébita (art. 168 do Código Penal), crime que se constitui pelo assenhoreamento de “coisa alheia móvel” de que se tem “a posse ou a detenção”. O “produto da cobrança”, entretanto, é fungível, de modo que na prática é impossível determinar se essa ou aquela quantia é alheia – no caso, da Fazenda. O Decreto nada mais fez que, por uma acrobacia penal, estabelecer uma hipótese de responsabilidade pessoal do empresário, sancionada com a pena do art. 168 do Código Penal.

173. STF, HC 55.191/AL, rel. Min. Moreira Alves, j. em 5.10.1977; no mesmo sentido, STF, RE 96.482/SP, rel. Min. Décio Miranda, j. em 17.3.1983. Essa orientação, porém, não era pacífica. Julgados que flexibilizavam a responsabilidade tributária eram corriqueiramente contrariados por acórdãos que mantinham intangível o patrimônio pessoal dos sócios. Quando observada de perto, a jurisprudência do período parece revelar antes uma dispersão das orientações que uma flexibilização dos critérios limitadores da responsabilidade: “Não evidenciados pela Fazenda exequente os requisitos da responsabilidade tributária dos sócios, não é possível fazer que (*sic*) a execução prossiga contra eles” (STF, RE 97.612/RJ, rel. Min. Soares Muñoz, j. em 21.9.1982).

174. STF, RE 85.764, rel. Min. Moreira Alves, j. em 19.8.1977.

175. Assim no voto do Ministro Cordeiro Guerra (STF, RE 85.764, rel. Min. Moreira Alves, j. em 19.8.1977).

cada uma das disposições. Enquanto sob o art. 135 a responsabilidade seria pessoal, sob o art. 134 seria solidária. Também por isso, o rol de responsáveis do art. 134 sempre foi mais amplo, e dizia respeito à “impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte”, ao passo que apenas três classes de pessoas estavam compreendidas no art. 135, cuja aplicação dependia ainda de “atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.

Acontece que a partir de 1973 o art. 568, V, do Código de Processo Civil (CPC)<sup>176</sup> – inserido no diploma de última hora, a partir de emenda proposta no Congresso<sup>177</sup> – passou a fazer tábula rasa das hipóteses expressamente previstas no CTN. “A meu ver,” justificou o Ministro Moreira Alves, “a inclusão do artigo 568, V no atual Código de Processo Civil – que não distingue entre devedor solidário (hipótese do artigo 134 do CTN) e responsável por substituição (espécie a que alude o artigo 135 do mesmo CTN) – se deu justamente para abarcar quaisquer responsáveis tributários que não ‘o devedor reconhecido como tal no título executivo’ (art. 568, I do CPC), e isso em face das dificuldades teóricas, no particular, decorrentes do novo sistema de execução introduzido pelo Código de Processo vigente”.<sup>178</sup>

O “responsável tributário” é, também ele, sujeito passivo na execução. À primeira vista, não parece haver qualquer inovação, mas a diferença é sutil. Sob a égide do Decreto-lei 960/1938, a cobrança judicial de dívida ativa da Fazenda Pública também poderia ser proposta contra um terceiro, mas seria preciso, antes, apurar sua responsabilidade.<sup>179</sup> Com o CPC, e a sua indistinção entre os casos dos arts. 134 e 135 do CTN, a responsabilidade passou a ser presumida. Criou-se assim a figura do redirecionamento da execução fiscal para alcançar sócios ou administradores cujos nomes não estivessem inscritos no título executivo extrajudicial.

176. Art. 568 do Código de Processo Civil: “São sujeitos passivos na execução: V – o responsável tributário, assim definido na legislação própria”.

177. Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., vol. VI, t. I, Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 171-172.

178. RE 93.491/MG, rel. Min. Moreira Alves, j. em 16.12.1980; no mesmo sentido, RE 96.414, rel. Min. Moreira Alves, j. em 30.3.1982.

179. O terceiro responsável é, também ele, sujeito passivo da obrigação tributária; quando, porém, o diploma processual o qualifica como sujeito passivo da execução, estabelece contra o terceiro – cuja responsabilidade ainda não fora provada – uma *presunção de responsabilidade*. Essa é a “virada” do Código de Processo Civil de 1973.

### 2.3.1.3 O colapso tributário

A década de 1980 testemunha o *débâcle* do regime militar e a transição ao governo civil, dois eventos positivos que se desenrolam em meio a uma série de outros profundamente lamentáveis: a recessão econômica da “década perdida”, a explosão dos níveis de inflação, o fracasso dos seguidos planos econômicos de estabilização (que rapidamente passavam a ocupar a proeminência antes ocupada pelos planos de desenvolvimento), a moratória da dívida externa e o aprofundamento da crise orçamentária – tudo se transformando, enfim, em estagnação econômica e na eclosão de toda sorte de problemas sociais.

A tributação sofreu com esse processo. Entre 1979 e 1983, apesar da crise econômica, o governo conseguiu sustentar a carga tributária entre 24,5 e 27% do PIB.<sup>180</sup> E para tanto, como vimos acima, fez inúmeras e frequentes alterações legislativas que iam espalhando a disciplina jurídica tributária brasileira em uma miríade de normas, ao mesmo tempo em que minavam a sistemática concebida em 1965. Nem todas essas alterações, naturalmente, contribuíam para a dispersão legislativa. Por exemplo, a cobrança de dívida ativa da Fazenda Pública, cuja disciplina gravitava entre o Decreto-lei 960/1938, o CTN e o CPC – esse último, responsável pela unificação dos processos de execução comum e execução fiscal –, passou a ser regulada pela Lei 6.830/1980, que especificou (não de modo totalmente claro) o regime unificado em 1973.

Mas de 1984 a 1988, a crise econômica fez com que a arrecadação caísse e passasse a oscilar entre 23,4 e 24,3% do PIB. Isso, a despeito da edição de uma enxurrada verdadeiramente impressionante de leis e regulamentos de natureza tributária, todos voltados a conter o problema orçamentário, mas muitos comprometendo a integridade do sistema.<sup>181</sup> Por exemplo, o Decreto-lei 2.065, de 1983, ampliou as hipóteses de responsabilização de sócios e administradores por conta de distribuição disfarçada de lucros.<sup>182</sup>

180. Ricardo Varsano, “A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas”, cit., *Texto para Discussão* 405, p. 11.

181. Ricardo Varsano, “A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas”, cit., *Texto para Discussão* 405, p. 11 (notando que há uma exceção em 1986, ano do Plano Cruzado, em que a tributação atingiu 26,5% do PIB).

182. O Decreto-lei 2.065, de 26.10.1983, passou a abranger tanto as operações entre companhia e acionista controlador (já previstas no Decreto-lei 1.598, de 1977) como também as operações envolvendo qualquer tipo de sociedade e seu sócio con-



As tentativas de elevação do nível de esforço fiscal da sociedade também compreenderam diversas medidas que comprometiam cada vez mais a qualidade da tributação. Um bom exemplo foi a criação de um novo tributo cumulativo, a Contribuição para o Fundo de Financiamento Social (FINSOCIAL).<sup>183</sup> Voltada inicialmente para custear gastos relacionados à saúde – esta, aliás, uma justificativa comum no Brasil para as elevações de carga tributária<sup>184</sup> –, a contribuição logo se tornou um grande problema fiscal, ocasionando uma avalanche de demandas judiciais e processos administrativos.<sup>185</sup>

Como se vê, a crise econômica trouxe não só o ocaso do regime militar, mas também desencadeou uma série de eventos que acabariam por comprometer a organicidade e coesão do sistema tributário concebido na década de 1960. No tocante à responsabilidade de terceiros, a continuidade do CTN com o Decreto das Limitadas havia sido basicamente rompida. A ditadura saíria do poder pela porta dos fundos em meio à crise política e econômica. Tivemos a industrialização do País, sem, no entanto, terem-se consolidado as bases para o florescimento de uma iniciativa privada pujante, inovadora e independente do beneplácito estatal.

trolador. Sobre o tema, vide Marçal Justen Filho, *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*, cit., p. 113.

183. O FINSOCIAL foi estruturado pelo Decreto-lei 1.940/1982. Prestava-se a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor (art. 1º). A Lei 7.611/1987 alterou a destinação dos recursos do FINSOCIAL, relacionando-o também ao custeio da Justiça. Ainda em 1987, o Decreto-lei 2.397 ampliou sua alíquota em 0,1%, e em 1989 o Decreto-lei 2.413 destinou esse valor ao financiamento da reforma agrária. O Decreto-lei 2.463/1989 mais uma vez alterou a destinação dos recursos do FINSOCIAL, agora o relacionando à saúde, assistência e previdência social. No mesmo ano, 15.12.89, foram publicadas as Leis 7.689 e 7.690, em um momento em que a confusão a respeito da contribuição e de suas destinações estava plenamente instalada.

184. Esse foi o caso, por exemplo, da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF). Cf. art. 18 da Lei 9.311/1996: “O produto da arrecadação da contribuição de que trata esta Lei será destinado integralmente ao Fundo Nacional de Saúde, para financiamento das ações e serviços de saúde, sendo que sua entrega obedecerá aos prazos e condições estabelecidos para as transferências de que trata o art. 159 da Constituição Federal”.

185. Emblemático da desorganização econômica e fiscal pela qual passava o País, em 1991 o FINSOCIAL deixou de ser regulamentado a tempo, fazendo com que uma massa de mais de três trilhões de cruzeiros fosse depositada em juízo – afinal, diante da explosão inflacionária, as empresas viam esse expediente como um investimento: se o STF julgasse o tributo inconstitucional, elas recuperariam, corrigidos, todos os valores depositados.

### 2.3.2 *O formalismo como problema no direito societário*

Ao mesmo tempo em que a jurisprudência flexibilizava os mecanismos jurídicos de responsabilidade societária de terceiros na esfera tributária, também no campo do direito societário se sentiam os primeiros movimentos de flexibilização. Em particular, a percepção de que a personalidade jurídica era com frequência escudo para a fraude chamava a atenção dos tribunais para problemas práticos.

O regime de responsabilidade societária ia, assim, completando um círculo. No início, com o Código Comercial de 1850, havíamos tido um regime de responsabilidade ilimitada (exceto para as sociedades por ações).<sup>186</sup> Algumas décadas depois, o Decreto das Limitadas deslocara a organização societária para o extremo oposto: era o tempo da limitação estrita. Finalmente, durante o ocaso do regime militar, o regime de responsabilidade ia pouco a pouco trilhando – lentamente – um caminho de volta em direção à ilimitação.

#### 2.3.2.1 A desconsideração da personalidade jurídica na jurisprudência<sup>187</sup>

Até a década de 1970 a tendência da jurisprudência cível era decidir consistentemente pela não responsabilização dos sócios pelas dívidas sociais. Isto é, isentar o sócio da responsabilidade por dívidas da empresa, exceto nos casos expressamente previstos na legislação societária, tais como o administrador que comete atos ilícitos<sup>188</sup> ou que atua com excesso de mandato.<sup>189</sup> Em 1954, por exemplo, em ação em que se questiona-

186. Se bem que as sociedades por comandita simples permitiam uma limitação na responsabilidade do sócio chamado de “comanditário”. Cf. art. 311 do Código Comercial de 1850: “Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se associam para fim comercial, obrigando-se uns como sócios solidariamente responsáveis, e sendo outros simples prestadores de capitais, com a condição de não serem obrigados além dos fundos que forem declarados no contrato, esta associação tem a natureza de sociedade em comandita”.

187. A maior parte da jurisprudência em matéria societária obtida e mencionada neste item foi obtida por Viviane Muller Prado, e consta de Bruno Meyerhof Salama e Viviane Muller Prado, “A flexibilização da responsabilidade societária nos direitos privado, trabalhista e tributário: uma panorâmica histórica”, *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil*, vol. 6, n. 2, jan./fev. 2013.

188. TJ-SP, Ap. 202.127, rel. Des. Jonas Vilhena, 1971, *RT* 437, 1972, pp. 106-107; TJ-SP, Ap. 184.080, rel. Des. Newton Hermano, 1970, *RT* 428, 1971, pp. 173-175.

189. TJ-SP, Ap. 177.641, rel. Des. Lair Loureiro, *RT* 417, 1970, pp. 134-135; TJ-SC, Ap. 6.973, rel. Des. Osmundo Nóbrega, 1969, *RT* 402, 1969, p. 350.

va a responsabilidade de sócio-gerente de sociedade limitada dissolvida sem que houvesse o registro de cancelamento no registro de comércio, o STF não permitiu que o sócio-gerente fosse responsabilizado com fundamento no art. 20 do Código Civil então vigente.<sup>190</sup> Em 1963, também com fundamento no art. 20 do Código Civil, o Tribunal de Justiça de São Paulo rejeitou a tentativa de penhora de bens da sociedade para satisfazer dívida de ex-acionista e antigo diretor, “dado que não havia confundir a pessoa do sócio com a da sociedade”.<sup>191</sup> Era o auge do que se costumava referir como “absolutismo” da pessoa jurídica.

Em 1966, em outra decisão emblemática, o Tribunal de Alçada de São Paulo decidiu que “[s]e todo o capital estiver integralizado, nenhum sócio pode ser compelido a fazer qualquer prestação. Nada deve ele à sociedade e tampouco aos credores, cuja garantia repousa exclusivamente no patrimônio”.<sup>192</sup> E ainda, em 1970, o mesmo Tribunal não admitiu a responsabilidade do sócio-gerente na execução de título de crédito emitido pela sociedade sob o argumento de que “o limite da responsabilidade dos sócios nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada é o valor do capital social. Se todas as cotas estiverem integralmente liberadas, nenhum cotista, ensina Pedro Barbosa Pereira, como tal, poderá ser compelido a fazer qualquer prestação”.<sup>193</sup>

190. STF, 2ª Turma, RE 23.387/RS, rel. Min. Rocha Lagoa, j. em 6.10.1954. Em 1978, o Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro não permitiu que o sócio interpusse agravo de instrumento em nome de sociedade cujo contrato social ainda não fora arquivado: “mesmo que estivesse tranquila a condição de sócios dos agravantes, não são eles parte do feito, desde que não se confunde a pessoa física dos sócios com a pessoa jurídica da sociedade de que fazem parte, consoante a regra do art. 20 do CC, aplicável à espécie” (TAC-RJ, AI 18.605, rel. Des. Emerson Santos Parente, *RT* 526, 1979, p. 216).

191. TJ-SP, Embargos 105.835, rel. Des. O. Gonzaga Júnior, *RT* 354 (1965).

192. TAC-SP, 3º Grupo de Câmaras Cíveis, Embargos Infringentes 78.006, rel. Des. A Médici Filho, *RT* 378 (1968), p. 321. O mesmo argumento em outra decisão, do ano de 1966, em acórdão do TJ-SP, Ap. 132.893, rel. Des. Gonçalves Santana, *RT* 372, 1966 (“(...) a sociedade já tinha o seu capital integralizado, nada mais podendo exigir dos sócios”).

193. TAC-SP, Ap. 138.829, rel. Des. Martiniano de Azevedo, *RT* 418, 1970, p. 207. Nesse mesmo sentido e com o mesmo argumento de inadmissibilidade de incidência de constrição judicial sobre bens particulares de cotistas quando o capital estiver inteiramente integralizado, vide 2º TAC-SP, Ap. 65.548, rel. Des. Joaquim Francisco, 1977, *RT* 510, 1978, pp. 180-181; 2º TAC-SP, Ap. 45.542, rel. Des. Álvares Cruz, 1976, *RT* 492, 1976, pp. 163-164; TAC-SP, Ap. 207.259, rel. Des. Tito Hersketh, 1974, *RT* 472, 1975, pp. 137-138; TAC-SP, Ap. 158.669, rel. Des. Sabino Neto, 1971, *RT* 429, 1971, pp. 168-169. No mesmo sentido, sobre a impenhorabilidade dos bens dos sócios, TAC-RJ, Ap. 70.496, rel. Des. Emerson Santos Parente,

Com o tempo, entretanto, começaram a aparecer casos isolados que apontavam a responsabilidade dos sócios em situações específicas. Em 1960, por exemplo, um Juiz da 11ª Vara Cível do Distrito Federal entendeu que teria havido abuso de direito em sociedade anônima em que o diretor e acionista se utilizara da sociedade para violar obrigações contratuais e prejudicar terceiros. Após descrição minuciosa de fatos que caracterizavam a fraude, o juiz responsabilizou o acionista “soberano”, titular de 98% das ações. A decisão, assim, desconsiderava a pessoa jurídica, atentando para o fato de que os atos foram praticados diretamente pelo acionista. Nos seus próprios termos, a decisão buscava, assim, superar “a forma externa da pessoa jurídica para alcançar as pessoas e bens que sob seu manto se escondem”.<sup>194</sup>

Apesar de essa decisão mencionar especificamente a desconsideração da pessoa jurídica, tal não era a regra da motivação dos poucos julgados que estabeleciam a responsabilização de sócios ou administradores. Quando isso ocorria, seu fundamento costumava ser alguma irregularidade nos fatos que apontassem para a responsabilidade, tais como dificuldade de visualizar a pessoa jurídica com atuação isolada dos sócios,<sup>195</sup> a sociedade entre marido e mulher<sup>196</sup> ou a falta de arquivamento de alteração contratual, tornando a sociedade irregular.<sup>197</sup>

1977, RT 516, 1978, p. 216; TJ-SP, Ap. 250.864, rel. Des. Sydney Sanches, 1976, RT 503, 1977, p. 123; TJ-SC, AI 1.155, rel. Des. Geraldo Salles, RT 514, 1987, pp. 199-200. Nesse mesmo sentido, TJ-SC, Ap. 11.343, rel. Des. Nelson Konrad, 1978, RT 528, 1979, p. 231; TAC-PR, AI 168/77, rel. Des. Schiavon Puppi, 1978, RT 522, 1979, p. 236; TJ-SC, Ap. 12.300, rel. Des. Nelson Konrad, 1977, RT 520, 1979, p. 272.

194. *Revista Forense* 188, 1960, pp. 269-282. Essa decisão é analisada por J. Lamartine Corrêa de Oliveira, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1979, pp. 521-524.

195. Em 1967, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu sobre causa relacionada à sociedade, na qual havia apenas dois únicos sócios, aos quais cabia a administração, afirmando: “embora cuide de sociedade devidamente registrada, gozando de personalidade jurídica própria, distinta de seus sócios, a verdade é que representa sociedade de pessoas de responsabilidade limitada” (TJ-SP, Ap. 164.678, rel. Des. Pacheco Mattos, RT 387, 1968, pp. 138-139).

196. “A sociedade exista apenas para dar ‘status’ maior ao comerciante individual. Tanto assim é que o executado afirmou, no ato da penhora, serem de sua propriedade os bens. (...) na espécie na justifica quebra do princípio, quando se vê que a atuação do executado é para furtar-se à execução dos bens que são na verdade do casal e não fictícia sociedade” (1ª TAC-SP, Ap. 195.339, rel. Des. Toledo Piza, 1973, RT 464, 1974, p. 137).

197. 2ª TAC-SP, Ap. 43.996, rel. Des. Bueno Magano, 1978, RT 513, 1978, pp. 183-186; TJ-SC, Ap. 10.470, rel. Des. Reynaldo Alves, RT 500, 1977, pp. 194-195.

Para exemplificar, em 1975 o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu pela admissibilidade da penhora dos bens do sócio em situação na qual a sociedade com um “único proprietário” paralisou as suas atividades sem realizar sua dissolução e liquidação. Na fundamentação, afirmava-se que, “como ficção da lei, a personalidade coletiva não pode isolar-se da personalidade dos que a compõem, sob pena de fugir-se à realidade, mormente na época em que atravessamos, em que raras são as empresas comerciais ou industriais em nome individual. A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entrar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz, procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito”.<sup>198</sup>

### 2.3.2.2 Reflexos na doutrina nacional

As primeiras decisões de desconconsideração da personalidade jurídica ainda faziam referências extensas à doutrina e jurisprudência estrangeiras. Não demorou, no entanto, até que a doutrina brasileira passasse a discutir a desconconsideração. No período, três autores brasileiros foram particularmente relevantes, a saber, Rubens Requião, Fábio Konder Comparato e J. Lamartine Corrêa de Oliveira.

É muito comum a menção de que a primeira notícia da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no Brasil tenha sido feita por Rubens Requião em conferência realizada na Universidade Federal do Paraná em 1969. Tomando por referência o direito comparado, a exposição de Requião abertamente questionava o chamado “absolutismo” da personalidade jurídica nas situações em que a pessoa jurídica estivesse sendo utilizada abusivamente ou com o propósito de realizar fraude. Requião defendia que a doutrina da desconconsideração deveria ser utilizada pelo Judiciário para evitar fraude e abuso de direito.<sup>199</sup> Requião não se punha contrariamente à responsabilidade limitada do sócio, mas apenas

198. TJ-SC, Ap. 10.470, rel. Des. Reynaldo Alves, 1975, RT 500, 1977, pp. 194-195.

199. “Diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos (Rubens Requião, “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*)”, in RT 410/13 e *Aspectos Modernos de Direito Comercial*, vol. 1, São Paulo, Saraiva, p. 70).

ao seu mau uso. Por isso, defendia que a doutrina da desconsideração deveria ser usada com parcimônia e apenas em casos excepcionais. O texto de Requião logo se tornou bastante influente, sendo reiteradas vezes referido pela jurisprudência.<sup>200</sup>

A obra de Fábio Konder Comparato, de 1976, discutiu o poder de controle na sociedade anônima.<sup>201</sup> A preocupação com a posição do controlador e o uso do seu poder na empresa levou Comparato e preocupar-se em particular com a confusão patrimonial. A desconsideração da personalidade jurídica seria, assim, especialmente útil para dar conta daquelas situações em que não existissem balizas claras entre os negócios, créditos e dívidas da empresa e de seus sócios, e dos seus controladores em particular.

J. Lamartine Corrêa de Oliveira publicaria sua obra magistral, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, em 1979.<sup>202</sup> Como aludimos na Introdução, Lamartine apontou a existência de uma crise estrutural e de outra funcional na pessoa jurídica. Sua análise partia de pesquisa sobre a doutrina e jurisprudência alemãs. No Direito brasileiro, dizia Lamartine, as decisões em matéria de desconsideração da personalidade jurídica poderiam ser divididas em cinco espécies: decisões que visaram impedir *fraude a dever contratual*; decisões que buscam coibir a *fraude à lei*; decisões que desconsideram a separação apenas para limitados efeitos de natureza processual; decisões que, de modo genérico, estendem a responsabilidade aos sócios em caso de insolvência da sociedade; e decisões que trataram de sociedades entre marido e mulher.

### 2.3.2.3 A nova jurisprudência em matéria cível

As obras de Requião, Comparato e Lamartine deram combustível adicional para que os tribunais pudessem aplicar a desconsideração da personalidade jurídica de forma mais decidida e frequente. Diante da verificação de abuso ou fraude, tornavam-se assim cada vez mais comuns decisões judiciais que repeliam o *absolutismo* da separação patrimonial decorrente da personificação.<sup>203</sup>

200. TJ-MT, Ap. 9.342, rel. Des. Milton Armando Pompeu de Barros, 1977, RT 511, 1978. Nesta decisão há abundante transcrição do texto de Rubens Requião.

201. Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima* (1976), cit.

202. J. Lamartine Corrêa de Oliveira, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, cit.

203. 1º TAC-SP, Ap. 287.896, rel. Des. Renan Lotufo, RT 568, 1983, p. 108.

Um exemplo ilustrativo pode ser encontrado em decisão de 1976 do 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, em caso de sociedade entre marido e mulher dissolvida irregularmente:

Esse direito do sócio em ver intangíveis os seus bens em face das obrigações da sociedade não é absoluto, todavia. Há casos em que fraudes e abusos de direito são cometidos precisamente através da personalidade jurídica que a sociedade apresenta, ficando imunes de sanções os seus componentes. Por isso, é que a doutrina vem pacientemente formulando princípios, que de tempos para cá se cristalizaram na teoria do “superamento da personalidade jurídica”, segundo a qual é desconsiderada essa personalidade, em termos de serem então responsabilizados os seus integrantes que praticaram aqueles abusos.

Também em 1976 o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro fundamentou a sua decisão de responsabilizar os sócios de sociedade limitada nos seguintes termos:

Poder-se-ia invocar, também, aqui e com toda a propriedade, a teoria da *disregard of legal entity*, também conhecida pelo nome de *lifting the corporative veil*, ou seja, a possibilidade jurídica de declarar-se a ineficácia especial da personalidade jurídica, para determinados efeitos, prosseguindo-se, todavia, a mesma personalidade vida distinta dos sócios, para os efeitos legítimos. É meio que encontrou o Direito e sancionaram os tribunais, para evitar seja a fraude, seja a simulação não inocente, seja o abuso de direito. Nestes casos, como anuncia por seus nomes a conhecida e validade (*sic*) teoria, desconsidera-se a pessoa jurídica, ou levanta-se o véu societário, para, em realidade, enxergar e tratar o real, o efetivo sujeito do direito.<sup>204</sup>

Em casos nos quais se discutia penhorabilidade de bens dos sócios, as decisões eram pautadas pelo tipo societário em questão.<sup>205</sup> Na década de 1980, tornam-se cada vez mais recorrentes as decisões no sentido de responsabilidade de sócios e administradores por obrigações da sociedade. Pesquisa jurisprudencial mostrou que os casos encontrados envolviam basicamente a seguinte temática: dissolução irregular de

204. TJ-RJ, Emb. Inf. na Ap. 90.170, rel. Des. Hamilton Moraes e Barros, RT 492, 1976, pp. 216-219.

205. TAC-RJ, Ap. 81.873, rel. Des. Francisco Faria, RT 578, 1983, p. 230; 1ª TAC-SP, Ap. 294.120, rel. Des. Ferreira da Cruz, RT 567, 1983, pp. 98-100; TJ-SP, Ap. 20.474-2, rel. Des. Álvares Cruz, RT 559, 1982, p. 113; TAC-PR, Ap. 440/79, rel. Des. Sydney Sappa, RT 551, 1981, p. 229; TAC-MG, Ap. 14.792, RT 543, 1981, pp. 228-231; TJ-PR, Ap. 69/78, rel. Des. Renato Pedrosa, RT 537, 1980, pp. 143-144.

sociedade,<sup>206</sup> empresas do mesmo grupo econômico,<sup>207</sup> infração à lei ou ao contrato social,<sup>208</sup> sociedade entre marido e mulher<sup>209</sup> e sócio titular de quase a totalidade das participações societárias.<sup>210</sup>

Assim, o direito societário, que no começo do século tivera seu pico de influência, parecia ir perdendo centralidade no disciplinamento da responsabilidade empresarial. Se inicialmente todos os campos jurídicos tiveram sua sistemática subjugada àquela do direito societário, com o tempo outros campos estabeleciam suas próprias dinâmicas, notadamente o direito trabalhista e a seguir o direito tributário, mas já na década de 1980 via-se que as dinâmicas dos outros campos iam pouco a pouco se estendendo de volta ao próprio direito societário, remodelando-o.

206. 2ª TAC-SP, Ap. 142.257, rel. Des. Silva Ferreira, *RT* 580, 1984, p. 191; TJ-SP, Ap. 42.413-2, rel. Des. Kazuo Watanabe, *RT* 590, 1984, p. 121; TJ-SP, AI 107.241, rel. Des. Leite Cintra, 1988, *RT* 639, 1989, p. 78; TAC-SP, Ap. 391.183-1, rel. Des. Régis de Oliveira, 1988, *RT* 635, 1988, pp. 225-226; TAC-SP, AI 203.870-1, rel. Des. Debatin Cardoso, 1987, *RT* 620, 1987, pp. 135-137; TAC-MG, Ap. 28.374, rel. Des. Joaquim Alves, 1985, *RT* 610, 1986, p. 223; 1ª TAC-SP, Ap. 323.871, rel. Alexandre Germano, 1984, *RT* 595, 1985, p. 158.

207. TAC-SP, Ap. 381.690, rel. Des. Castilho Barbosa, 1988, *RT* 634, 1988, pp. 100-101 (o voto vencedor entendeu que era possível manter a empresa do mesmo grupo econômico no polo passivo, pois não havia convenção de grupo, conforme o disposto no art. 272, parágrafo único, da Lei das S.A. O voto vencido, por outro lado, a partir da doutrina de Carvalhosa e de Comparato, assentou que essa empresa deveria ser excluída, pois a mera participação no mesmo grupo não seria suficiente para caracterizar qualquer contrariedade ao direito); TJ-PR, Ap. 1.766/87, rel. Negi Calixto, 1988, *RT* 632, 1988, pp. 180-182 (aceitou-se aqui a inclusão no polo passivo de empresa do mesmo grupo, pois ela apresentava a mesma denominação da executada e os mesmos sócios quotistas); TJ-RS, Ap. 5880125719, rel. Des. Vanir Perin, *RT* 631, 1988, pp. 197-199 (“Princípio da desconsideração da pessoa jurídica. Empresa controlada por outra, ambas integrantes de grupo econômico de renome, que recebia desta ostensivo apoio extracontratual perante o público interessado no empreendimento, o que viabilizou a realização de negócios. Falência superveniente da primeira (...). Aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica em relação à controladora, a quem se submetia a outra. Suposto proveito indevidamente auferido por aquela. Coobrigação reconhecida pelas consequências do inadimplemento contratual”).

208. TJ-SP, Ap. 103.552-1, rel. Des. Freitas Camargo, 1988, *RT* 637, 1988, p. 76.

209. TJ-BA, Ap. 73/84, rel. Des. Jatahy Fonseca, 1984, *RT* 597, 1985, pp. 182-184.

210. Em caso de sociedade na qual um sócio é detentor de 99% do capital social, aceitou-se o reforço da penhora com bens desse sócio. O voto vencido seguiu esse argumento, destacando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sendo ressalvada, no entanto, a necessidade de ação própria contra os sócios (TAC-SP, AI 342.521, 1985, rel. Des. Marco César, *RT* 599, 1985, pp. 133-134).



### 2.3.3 O direito trabalhista a reboque

O rompimento com o regime de responsabilidades previsto no Decreto das Limitadas completava-se com novos posicionamentos da jurisprudência em matéria trabalhista. Como nos campos societário e tributário, também no campo trabalhista a flexibilização se apresentava de modo fragmentário e inicialmente pouco definido. Confundiam-se hipóteses de culpa *in eligendo* e *in vigilando* com os primeiros sinais de uma responsabilidade plenamente objetiva.

De todo modo, parece possível identificar basicamente três grandes orientações da jurisprudência trabalhista. Pela primeira orientação esposada pela jurisprudência trabalhista, os sócios não responderiam com seus bens pelas dívidas relacionadas aos encargos com os empregados da empresa. De acordo com a segunda, a responsabilidade só ocorreria quando houvesse dilapidação dos bens ou outra irregularidade que obstasse a satisfação dos créditos trabalhistas. Por fim, conforme uma terceira orientação, sempre que os recursos da sociedade não se mostrassem insuficientes para saldar os débitos trabalhistas, os sócios deveriam responder imediata e ilimitadamente. Vejamos cada uma delas.

#### 2.3.3.1 A limitação estrita

A primeira orientação era eminentemente formalista, embora não menos balizada que as demais. Seu maior defensor e divulgador talvez tenha sido Wilson de Souza Campos Batalha, prolífico autor e juiz atuante, servindo então no Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 2ª Região.<sup>211</sup> Algumas de suas ementas eram taxativas. “Não é possível”, assim em um antigo julgado de Batalha de 1971, “em execução contra a sociedade, penhorar bens pertencentes a sócios”.<sup>212</sup> Em relação às sociedades limitadas, o mote era a restrição da responsabilidade ao valor do capital integralizado: “os bens particulares dos sócios da companhia limitada cujo capital está totalmente integralizado não respondem pelas dívidas da firma mesmo para pagamento de obrigação trabalhista”.<sup>213</sup>

211. Cf. bibliografia referida em seu *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*, 3ª ed., vol. I, São Paulo, LTr, 1995, pp. 5-6.

212. TRT da 2ª Região, 3ª Turma, Ag. 2.144/1971, rel. Juiz Wilson de Souza Campos Batalha, j. em 19.7.1971; no mesmo sentido, TRT da 1ª Região, 2ª Turma, Ag. 811/74, rel. Juiz Moacyr Ferreira da Silva, j. em 29.4.1975.

213. TRT da 4ª Região, 2ª Turma, Ag. 3.350/71, rel. Juiz Justo Guaranha, j. em 9.3.1972.

Um acórdão do Supremo Tribunal Federal de 1964 ilustra bem essa posição. Discutia-se ali a possibilidade de penhorar bens do sócio de uma sociedade limitada que não arcara com seus débitos trabalhistas. Vencido o sócio na primeira instância, o TRT da 1ª Região reformou a decisão, determinando que apenas os bens da sociedade poderiam ser executados. Sem conhecer do recurso, o então Ministro Luis Gallotti considerou a decisão “irreparável”.<sup>214</sup>

No caso da sociedade anônima, a restrição da responsabilidade era fundamentada no art. 596 do Código de Processo Civil:<sup>215</sup> “O simples fato de alguém ser diretor de sociedade anônima, com titularidade de algumas ações, não enseja a responsabilidade pessoal por dívida da sociedade, não se justificando a penhora de bens de acionista por condenação contra a sociedade anônima”.<sup>216</sup> O mesmo posicionamento foi adotado por Batalha a respeito de herdeiros cujo patrimônio era executado por conta de dívidas sociais.<sup>217</sup> No caso dos administradores, a responsabilização era expandida apenas em caso de fraude. Assim, por exemplo, em outubro de 1969 o TRT da 2ª Região afirmava que “os bens dos sócios não se confundem com os da sociedade anônima”, de modo que “a responsabilidade só vai até o limite das ações subscritas”, reconhecendo, porém, a extensão da responsabilidade dos diretores “quando comprovada a fraude”.<sup>218</sup>

### 2.3.3.2 A posição salomônica

A segunda orientação era, por assim dizer, *salomônica*. Não propunha a responsabilidade ilimitada dos sócios, mas também não restringia sua responsabilidade ao valor investido na sociedade. Essa forma de solução intermediária foi ganhando força a partir da segunda metade da década de 1970 e principalmente da década de 1980. Em alguns casos,

214. STF, RE 55.052/Guanabara, rel. Juiz Min. Luis Gallotti, j. em 19.3.1964.

215. Art. 596 do Código de Processo Civil: “Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade”.

216. TRT da 2ª Região, 3ª Turma, Ag. 10.079/76, rel. Juiz Wilson de Souza Campos Batalha, j. em 14.2.1977.

217. TRT da 2ª Região, 3ª Turma, 10.311/79, rel. Juiz Wilson de Souza Campos Batalha, j. em 4.2.1980.

218. TRT da 2ª Região, 2ª Tuma, RO 3.802/69, rel. Juiz Gabriel Moura Magalhães Gomes, j. em 13.10.1969.

essa orientação era amparada por uma interpretação extensiva do art. 889 da CLT. De acordo com essa disposição, a disciplina da execução trabalhista deve orientar-se, naquilo que não se opuser ao diploma trabalhista, pelos “preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal”.

Os tribunais rapidamente incorporaram a esses preceitos as regras do CTN relacionadas à responsabilidade de terceiros, interpretando-as de modo similar àquele que vinha sendo empregado na esfera tributária. “Aplica-se à execução trabalhista”, assim em uma ementa de 1975, “o art. 135 do Código Tributário Nacional, por remissão do art. 889 da Consolidação das Leis do Trabalho”. Continua: “Os diretores, gerentes e representantes que infringem a lei, respondem com seus bens particulares pelos débitos trabalhistas da sociedade vigente ou extinta, *qualquer que seja a forma de constituição desta última*”.<sup>219</sup>

No mesmo sentido, em 1977, o TRT da 2ª Região decidiu que, “havendo notório conhecimento da dilapidação dos bens societários,” os sócios da sociedade limitada “respondem desde logo pela execução de dívidas da mesma”.<sup>220</sup> Também vinham a propósito dessa orientação jurisprudencial o art. 10 do antigo Decreto 3.078/1919, sobre o “excesso de mandato” ou a “violação do contrato ou da lei”,<sup>221</sup> e o art. 339 do antigo Código Comercial, sobre a retirada do sócio antes da dissolução da sociedade.<sup>222</sup>

219. TRT da 8ª Região, Ag. 132/75, rel. Juiz Roberto Araújo de Oliveira Santos, j. em 23.6.1975; igualmente, TRT da 2ª Região, 8ª Tuma, RO 19.194/85, rel. Juiz Valentin Carrion, in João de Lima Teixeira Filho, *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, vol. 6, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1989, p. 639.

220. TRT da 2ª Região, 2ª Turma, RO 2.256/77, rel. Juiz José André Beretta, j. em 5.9.1977; no mesmo sentido, TRT da 9ª Região, Ag. 31/78, rel. Juiz Alberto Manenti, j. em 14.12.1978; TRT da 4ª Região, Ag. 2.232/81, rel. Juiz Pajehú Macedo Silva, j. em 8.10.1981.

221. Art. 10 do Decreto 3.708/1919: “Os sócios gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei”. Assim no TRT da 6ª Região, RO 1.107/77, rel. Juiz José Ajuricaba da Costa e Silva, j. em 20.10.1977.

222. Art. 339 do Código Comercial de 1850: “O sócio que se despedir antes de dissolvida a sociedade ficará responsável pelas obrigações contraídas e perdas havidas até o momento da despedida. No caso de haver lucros a esse tempo existentes, a sociedade tem direito de reter os fundos e interesses do sócio que se despedir, ou for despedido com causa justificada, até se liquidarem todas as negociações pendentes que houverem sido intentadas antes da despedida”. Assim no TRT da 6ª Região, RO 1.459/79, rel. Juiz José Ajuricaba da Costa e Silva, j. em 29.1.1980.

### 2.3.3.3 A ilimitação de responsabilidade

A terceira orientação era a mais radical. Em 1970, o TRT da 1ª Região assentava que não tendo a empresa “bens para garantir o pagamento de direitos reconhecidos em sentença, a execução é de ser feita em bens do sócio da sociedade”.<sup>223</sup> Algumas formulações eram mais sutis: “Só se faz penhora em bens de sócio de sociedade por quotas de responsabilidade limitada quando a sociedade for insolvente ou não possuir outros bens”.<sup>224</sup> Outras formulações, mais explícitas: “Deixando a empresa executada de apresentar bens que garantam a execução, é perfeitamente legal a penhora de bens dos sócios”.<sup>225</sup> O critério da irregularidade ou da fraude, quando não era simplesmente abandonado, dava assim lugar a uma enigmática “culpa de qualquer natureza”.<sup>226</sup>

Estabelecia-se desse modo uma hipótese de responsabilidade subsidiária incondicionada. Como ocorreu no campo tributário, o inadimplemento era assimilado à ideia de violação de lei. “Sócio-gerente que descumpre obrigações trabalhistas”, decidiu-se em 1986, “viola a lei, e deve responder solidária e ilimitadamente pela execução”.<sup>227</sup> Curiosamente, o art. 596 do CPC, antes empregado para limitar a responsabilidade de diretores e administradores, passava então a ser referido para justificar a penhora de seus bens.<sup>228</sup>

Vistas à distância, as décadas de 1970 e 1980 parecem revelar, também no campo trabalhista, uma tendência ao agravamento da posição jurídica de terceiros relacionados à empresa. Embora as orientações mencionadas acima não possam ser cronologicamente distintas de modo rigoroso, a terceira e mais gravosa delas parece ser bastante recorrente durante os anos 1980, em detrimento das outras duas, muito mais re-

223. TRT da 1ª Região, 1ª Turma, Ag. 52/70, rel. Juiz José André Beretta, j. em 11.5.1970.

224. TRT da 5ª Região, Ag. 120-75, rel. Juiz Menandro Falcão, j. em 18.12.1975.

225. TRT da 2ª Região, 2ª Turma, Ag. 6.307/78, rel. Juiz Floriano Corrêa Vaz da Silva, j. em 16.10.1978.

226. Assim no TRT da 4ª Região, 1ª Turma, Ag. 2.135/75, rel. Juiz Ermes Pedro Pedrassani, j. em 30.3.1976.

227. TRT da 6ª Região, 2ª Turma, Ag. 262/86, rel. Juíza Thereza Figueredo, j. em 8.10.1986; no mesmo sentido, TRT da 9ª Região, 1ª Turma, Ag. 299/87, rel. Juiz Indalécio Gomes, in João de Lima Teixeira Filho, *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, cit., p. 640.

228. Exemplarmente no TRT da 4ª Região, 1ª Turma, Ag. 4.867/86, rel. Juiz Ermes Pedrassani, j. em 14.5.1987.

correntes na década anterior. Isso talvez explique por que o Tribunal Federal de Recursos tenha sumulado, em 1985, um entendimento que, já então dominante, passaria a orientar a generalidade das decisões de primeiro e segundo graus: “Em execução movida contra sociedade por quotas, o sócio, citado em nome próprio, não tem legitimidade para opor embargos de terceiro, visando livrar da constrição judicial seus bens particulares”.<sup>229</sup>

A doutrina também se manifestava em favor de uma responsabilidade “ilimitada” de terceiros por dívidas trabalhistas da empresa. Em artigo publicado em setembro de 1981, Arion Sayão Romita sustentava, em relação à sociedade limitada, que “a responsabilidade trabalhista dos sócios há de ser ilimitada, embora subsidiária; verificada a insuficiência do patrimônio societário, os bens dos sócios, individualmente considerados, porém solidariamente, ficarão sujeitos à execução, ilimitadamente, até o pagamento integral dos créditos dos empregados”.<sup>230</sup> Embora reconhecendo que em relação às sociedades por ações a questão fosse mais delicada, o autor entendia que, “se insuficiente o patrimônio da sociedade anônima, os diretores responderão solidariamente, com seus bens particulares, pela satisfação dos direitos trabalhistas dos empregados da sociedade”.<sup>231</sup>

Assim se perfazia, no campo trabalhista, todo o vigor da desconstrução dos critérios limitadores da responsabilidade erigidos e consolidados na ordem jurídica brasileira durante a República Velha. Talvez não haja, sobre esse ponto, síntese mais precisa que a de Caio Mário da Silva Pereira, um civilista que, tendo vivido entre 1913 e 2004, acompanhou de perto esse movimento – e não apenas como espectador. “A responsabilidade indireta do empregador,” escrevia ele em 1989, “percorre uma curva de cento e oitenta graus, partindo da concorrência da culpa, caracterizada pela culpa *in eligendo* ou *in vigilando*; passando pela presunção da culpa do preponente, e marchando para a responsabilidade objetiva, que, *de iure condenado*, será a meta próxima com a aplicação da teoria do risco”.<sup>232</sup>

229. TRF, Súmula 184 de 1<sup>a</sup>.10.1985; cf. Valentin Carrion, *Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 212.

230. Arion Sayão Romita, “Aspectos do processo de execução trabalhista à luz da Lei n. 6.830”, *Revista LTr* 45, 1981, p. 1.041.

231. Arion Sayão Romita, “Aspectos do processo de execução trabalhista à luz da Lei n. 6.830”, cit., pp. 1.041-1.042.

232. Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil* (1989), 8<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 96.

## 2.4 Conclusão parcial

O advento do *Estado social* trouxe uma combinação cada vez mais intrusiva de práticas intervencionistas, políticas compensatórias, tributação e financiamento público. Às portas do restabelecimento da democracia a partir de 1985, muito pouco ou quase nada restaria de três elementos que compuseram, na República Velha, a cabeça, o tronco e os membros de um verdadeiro *espantalho liberal*: a responsabilidade rigorosamente limitada ao montante investido para a integralização do capital social, sem concessões que não fossem fundadas na prática de alguns poucos atos ilícitos bem-definidos; a participação exclusivamente convencional dos sócios nas perdas e nos lucros, com pouca ingerência estatal capaz de desequilibrar a alocação de recursos na sociedade; e, finalmente, a soberania deliberativa dos quadros societários, sem mitigações para o atendimento de interesses políticos pretensamente mais elevados.<sup>233</sup>

233. Sobre o tema, vide Márcio Tadeu Guimarães Nunes, *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, pp. 41-42 (para quem esses elementos seriam os “princípios básicos que permeiam a constituição do capitalismo moderno”).

### Capítulo 3

## **O ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO E O FIM DA RESPONSABILIDADE LIMITADA (1988-PRESENTE)**

*3.1 O descuido orçamentário como pecado original: 3.1.1 A curiosa experiência do desenho tributário democrático: 3.1.1.1 Comparação com iniciativas anteriores – 3.1.1.2 Uma Constituição sem planos – 3.1.1.3 O descompasso entre receita e gasto – 3.1.1.4 Reformar a tributação, de novo; 3.1.2 A judicialização da disputa tributária: 3.1.2.1 Ainda o problema da sonegação – 3.1.2.2 A polêmica sobre a solidariedade do sócio em matéria previdenciária – 3.1.2.3 A polêmica sobre a responsabilidade objetiva do sócio-gerente; 3.1.3 A enganosa rigidez jurisprudencial em matéria tributária: 3.1.3.1 A posição do STJ e seus desdobramentos práticos – 3.1.3.2 Uma chantagem judicial? – 3.1.3.3 Ressalvas. 3.2 A nova face da responsabilização empresarial de terceiros: 3.2.1 A responsabilidade objetiva de terceiros no direito trabalhista: 3.2.1.1 O novo modelo econômico e a herança do trabalhismo varguista – 3.2.1.2 Crise, pressão competitiva e terceirização – 3.2.1.3 A consagração do princípio da alteridade na jurisprudência; 3.2.2 A desconsideração da PJ positivada no direito civil: 3.2.2.1 Duas técnicas distintas – 3.2.2.2 A introdução turbulenta pelo CDC – 3.2.2.3 A domesticação pelo Código Civil; 3.2.3 A regulação no direito administrativo e penal: 3.2.3.1 A responsabilização de terceiros como técnica regulatória – 3.2.3.2 Da culpa ao risco – 3.2.3.3 A imputação objetiva na jurisprudência. 3.3 Do plano de desenvolvimento à norma-objetivo: 3.3.1 Causas: 3.3.1.1 Desprestígio da ideia de plano desenvolvimentista – 3.3.1.2 Novas concepções de desenvolvimento – 3.3.1.3 Mudança no arranjo político brasileiro; 3.3.2 Efeitos sistêmicos; 3.3.3 Impacto sobre a segurança jurídica. 3.4 Conclusão parcial.*

A redemocratização trouxe as bases institucionais para a criação de um *Estado Social Democrático*.<sup>1</sup> Do ponto de vista propositivo, esse

1. Cf. Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 11ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013, pp. 183-184 (distinguindo o *Estado social* do *Estado socialista*).

Estado estaria voltado prioritariamente à inclusão social. Ao mesmo tempo, optava-se pela via evolucionária, já que a mudança social almejada deveria ocorrer em um contexto de *Estado de Direito*, de *rule of law*. O regime jurídico da empresa privada surgia assim como um ponto de choque entre duas facetas do Estado brasileiro: a que se pretendia transformadora e a que se pretendia evolucionária. Como veremos, um dos resultados desse processo foi o fenômeno aqui designado como *fim da responsabilidade limitada*.

Embora não se tenha pura e simplesmente abolido a responsabilidade limitada de sócios no Brasil em todos os casos, na prática caminhou-se para um regime próximo disso. O caso mais emblemático surgiu na esfera trabalhista, em que sócios e administradores foram definitivamente alçados pela jurisprudência à condição de *de facto* garantidores – logo, responsáveis subsidiários – por dívidas da empresa. Nesses casos, não me parece exagero dizer que os sócios passaram a ser considerados pela jurisprudência devedores do que Fábio K. Comparato chamou de *obrigações de garantia*, que se caracterizam pela “eliminação de um risco que pesa sobre o credor”.<sup>2</sup> E isso não é tudo, porque na esfera trabalhista, como se demonstrará mais adiante, administradores, contratantes e até mesmo não contratantes da empresa acabaram por se ver praticamente como verdadeiros garantidores da empresa.

Nas esferas fiscal e previdenciária, após um flerte do legislador e da jurisprudência com a plena ilimitação de responsabilidade do sócio-gerente, ganhou força uma noção um pouco mais branda, a saber, a de que os sócios-gerentes respondem pelo passivo em aberto no caso de “dissolução irregular”, mas não respondem perante o fisco no caso de “sociedade existente e inadimplente”. Ocorre que no Brasil fechar uma empresa é na prática muito difícil, e como quase toda empresa quebrada tem pendências tributárias, o efeito concreto dessa regra foi o de responsabilizar sócios-gerentes por dívidas tributárias não pagas.

É bem verdade que, diante de uma crise econômico-financeira da empresa, resta ao sócio-gerente a possibilidade de pedir falência.<sup>3</sup> De

2. Cf. Fábio K. Comparato, *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Capítulo 2, “Obrigações de Meios, de Resultado e de Garantia”, Rio de Janeiro, Forense, 1978 p. 537 (traçando analogia com o contrato de seguro e com a doutrina do *dever de prestar segurança* do direito alemão, e explicando que “eliminar um risco significa *a fortiori* reparar as consequências de sua realização”).

3. Desde que não seja possível uma recuperação judicial. Cf. Lei 11.101/2005, art. 105: “O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência,



fato, a decisão judicial que acolhe o pedido de falência pode ser concebida como dando início a uma dissolução “regular”.<sup>4</sup> Mas pedir falência geralmente não é uma alternativa prática, porque a decretação da falência traz uma série de ônus à empresa, que vão do vencimento antecipado de todas as dívidas aos custos (inclusive com advogados) do próprio procedimento falimentar. De modo que, na prática, muitas empresas enfrentando crises econômico-financeiras, especialmente as pequenas, acabam por deixar-se dissolver “irregularmente”. E é dessa maneira que na esfera tributária sócios-gerentes de empresas insolventes acabaram em muitos casos tendo que *pagar o pato*.

A esses casos mais claros de flexibilização da responsabilidade limitada somam-se outros que, como veremos, parecem ser menos impactantes do ponto de vista prático. Na esfera cível, tanto o Código Civil quanto o Código do Consumidor facilitaram a responsabilização de sócios e administradores. Na esfera administrativa, passou a ser cada vez mais comum a edição de leis capazes de permitir a responsabilização objetiva (isto é, independentemente de prova de culpa) de sócios e administradores. E, finalmente, houve desdobramentos até na esfera penal.

expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos (...)”.

4. Cf. Diva Carvalho de Aquino, “Dos efeitos da decretação da falência em relação aos bens e pessoas do devedor e administradores”, in Luiz Fernando Valente Paiva (org.), *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 403: “No caso de falência, a jurisprudência do STJ já se consolidou no sentido de que a quebra da sociedade limitada não importa em responsabilização automática dos sócios, só estando autorizado o redirecionamento da execução fiscal caso fique demonstrada a prática pelo sócio de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração de lei, contrato social ou estatutos, sendo que o simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração legal capaz de ensejar a responsabilização prevista no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional”. Nesse sentido, *e.g.*, STJ, REsp 1.342.537/PR, rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. em 23.10.2012 (“Com efeito, a decretação de falência não autoriza o redirecionamento da execução fiscal, salvo se demonstrada a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração à lei, contrato social ou estatutos (...))”; STJ, AgRg REsp 1.273.450/SP, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. em 2.2.2012 (“(...) Na esteira do posicionamento desta Corte, a simples quebra da empresa executada não autoriza a inclusão automática dos sócios, devendo estar comprovada a prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei (...))”; e TRF-3, AC 508.936/SP 0508936-84.1998.4.03.6182, rel. Des. Fed. Alda Basto, 4ª Turma, j. em 28.6.2013 (“O entendimento do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que encerrada a falência e inexistindo bens suficientes para garantir a execução, deve ser extinto o executivo fiscal sem resolução do mérito”).

Evidentemente, nada disso teria grandes consequências práticas se ainda vivêssemos sob a rigidez do processo de execução que vigeu no passado. Acontece que diversas reformas processuais implantadas a partir da década de 1990, inclusive por conta de informatização do Poder Judiciário, acabaram por tornar a responsabilização mais efetiva. A efetividade do processo e da execução é muito importante, e parece-me que de um modo geral o saldo dessas reformas processuais implantadas no Brasil nas últimas décadas seja positivo. Não basta que uma parte tenha seu mérito reconhecido em juízo: *ganhar e não levar* não é um estado de coisas desejável.

Contudo, um processo de execução mais rápido e efetivo tem também o condão de tornar mais relevantes (do ponto de vista prático) as decisões judiciais. Em outras palavras, a onda de reformas processuais das últimas décadas potencializou os efeitos das decisões tanto dos juízes quanto dos legisladores – para o bem e para o mal. Soma-se a isso o aparelhamento e a informatização de diversos órgãos públicos, especialmente do fisco. Tudo isso justifica a necessidade de uma reflexão cuidadosa e sistemática sobre a responsabilidade empresarial no Brasil.

### 3.1 O descuido orçamentário como pecado original

O constituinte de 1988 oscilou entre a vontade de escrever uma “Constituição cidadã” – a expressão é de Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Constituinte – e as pressões políticas que o impeliam, muitas vezes de forma irresistível, a escrever uma Constituição “chapa branca” – a expressão é de Carlos Ari Sundfeld.<sup>5</sup> De fato, por trás da retórica morna da proteção à dignidade humana havia uma batalha ardente em que corporações e organismos estatais e paraestatais buscavam assegurar interesses e posições de poder sob o texto constitucional.

A tributação enfrentaria de forma cada vez mais frontal o problema da governabilidade, mas o conflito político não seria mais *somente político*: seria também jurídico. Progressivamente, tudo estava constitucionalizado, mesmo o que não devia nem sequer ser resguardado

5. Carlos Ari Sundfeld, *Direito Administrativo para Céticos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2012, pp. 55-57. No mesmo sentido, Oscar Vilhena Vieira enxergou no texto de 1988 o grande “compromisso maximizador” em que os setores organizados da população, e apenas eles, dotavam de proteção constitucional seus interesses e demandas substantivas. Cf. *Direitos Fundamentais: uma Leitura da Jurisprudência do STF*, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 41.

de modo algum, muito menos na Constituição.<sup>6</sup> A política teria cada vez mais o aroma da discussão constitucional, e quase tudo estava irremediavelmente fadado a ser debatido também sob a retórica (e com os profissionais) do Direito. A empresa privada, *galinha dos ovos de ouro* a sustentar a tentativa de criar no Brasil o que Mangabeira Unger ironicamente chamou de “Suécia Tropical”, tornar-se-ia então cada vez mais campo de batalha da guerra distributiva.<sup>7</sup> O regime de responsabilidade de terceiros, um dos principais pontos focais.

Prossigo da seguinte forma. No item 3.1.1 trato de descrever o contexto político em que se deu a concepção tributária da Constituição de 1988. No item 3.1.2 retrato a judicialização da disputa tributária. No item 3.1.3 mostro como a alegada rigidez que posteriormente se construiu na jurisprudência do STJ é em certos aspectos enganosa.

### 3.1.1 *A curiosa experiência do desenho tributário democrático*

#### 3.1.1.1 Comparação com iniciativas anteriores

Em comparação às iniciativas constitucionais do passado, a Assembleia instalada em 1987 teve um caráter mais democrático. O contraste com as reformas tributárias postas em prática pelo regime militar ilustra bem o ponto. Nos anos 1960, a criação do sistema tributário nacional tivera um caráter acentuadamente tecnocrático. Da concepção do CTN à redação dos dispositivos tributários constantes da Constituição de 1967, tudo foi elaborado por uma equipe marcadamente técnica, escorada por um profundo debate que então contava ao menos dez anos, bem como por uma série de estudos encomendados pelo governo. Havia, ademais, um sentido amplo para as reformas, que era dado por um grande plano de desenvolvimento racionalmente concebido.

Nada disso existiu na Constituição de 1988. Esta resultou de um processo participativo bastante amplo em que os principais atores eram

6. Considere por exemplo a ingênua limitação de 12% ao ano da taxa de juros reais, conforme previsto na redação original e hoje revogada do art. 192 da Constituição. Sobre o tema, ver Bruno Meyerhof Salama, “Vetores da jurisprudência na interpretação dos contratos bancários no Brasil”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 57, jul./set. 2012, p. 159.

7. Roberto Mangabeira Unger, “Suécia tropical”, *Folha de S.Paulo*, 30.8.2005 (“A ilusão que domina o discurso político brasileiro é supor que o objetivo de nossos esforços deva ser fundar no Brasil uma Suécia tropical. Nada tem a ver com a Suécia real ou com o Brasil real; só com uma ideia falsa de ambos. Enquanto continuarmos a perseguir essa miragem, não construiremos o país”).

políticos, e não técnicos. As reformas não partiam de projetos organizados por *experts* nem, muito menos, por comissões de juristas ou economistas *notáveis*.

Em tese, o processo constitucional buscava abrir espaço para a imaginação institucional, a busca do novo e a liberdade de concepção – o que se deu, inclusive, através de emendas populares que instrumentalizam a participação direta da população. Na prática, essas aspirações eram frequentemente mitigadas: ora por uma desejável prudência e instinto conservador que arrefecia (as numerosas) propostas esdrúxulas, ora por pressões políticas nem sempre dotadas de espírito republicano, ora pelo fato de que nossos constituintes haviam sido formados sob um ambiente de intervenção estatal e paternalismo que lhes dificultava enxergar o processo àquela altura já em curso de globalização econômica.

### 3.1.1.2 Uma Constituição sem planos

O fato de a Constituição de 1988 ter sido apelidada por Ulysses Guimarães de “cidadã” não significa que ela tenha refletido plenamente o que seria o *bem comum* da nação. Sob o manto da preservação ou ampliação de *direitos*, os mais variados *lobbies*, públicos e privados, conseguiram obter do texto final diversos privilégios pelos quais se paga, até hoje, um alto custo. E a ação desses interesses foi facilitada pela ausência de um grande plano que pudesse dar ao texto uma coesão programática concreta que fosse além das inspirações constitucionais refletidas genericamente como valores fundamentais.

Com isso, não se quer aqui pregar a absoluta necessidade de grandes planos desenvolvimentistas. O ponto é simplesmente o de que a Constituição de 1988 foi uma colcha composta por retalhos de diversos tipos, de saudáveis e desejáveis aspirações democráticas a temas de caráter ostensivamente infraconstitucional; de grandes princípios republicanos a exíguos e até ilegítimos interesses de todo tipo.<sup>8</sup>

O problema é que a estrutura tributária da constituição é instrumental por natureza. É claro que ela serve para estabelecer relações de poder, mas é igualmente claro que ela cria custos e aloca riscos na sociedade. A estrutura tributária tem o condão de incentivar ou desincentivar a atividade econômica, bem como de influenciar diretamente a saúde fi-

8. A Constituição trouxe também temas de todo prosaicos tais como a indicação do art. 242, § 2º, de que “o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

nanceira do Estado. Sob essa ótica, o texto que emergiu da Assembleia Constituinte de 1987-88 não deve ser sacralizado (no sentido de ser tratado apenas como reflexo de uma implausível *virada Kantiana* ou outras ingenuidades desse tipo). É claro que o caráter participativo da Constituição lhe agregou grande e desejável legitimidade popular; mas é igualmente claro que a Constituição de 1988 agravou, ao invés de arrefecer, o histórico desequilíbrio orçamentário brasileiro.

Explico. A Carta estabeleceu as bases para a criação de um amplo sistema estatal de bem-estar social que – pelo menos do ponto de vista discursivo – estaria voltado prioritariamente ao *pagamento* daquilo que, durante os debates assembleares, era frequentemente chamado de *dívida social*. Não resta dúvida de que até então o funcionamento do Estado brasileiro e seu financiamento inflacionário do Estado em particular haviam acentuado as desigualdades e aprofundado problemas sociais.

Mas por outro lado, a acirrada disputa política parece ter (convenientemente) impedido o legislador constituinte de 1988 de visualizar claramente um ponto bastante óbvio: não é possível ter um Estado lotado de incumbências (como o Estado de bem-estar social então idealizado) somente contando com alguns poucos tribunais, legisladores e administradores: é preciso um Estado grande. E um Estado grande é também um Estado caro. Só que o sistema de financiamento implicitamente previsto na Constituição de 1988 não lidava adequadamente com as novas necessidades orçamentárias do Estado.

### 3.1.1.3 O descompasso entre receita e gasto

Ao contrário do que ocorrera nos anos 1960 pela mão dos militares, a reforma de 1988 não tratou claramente da busca de recuperação da receita tributária pelo Estado. O principal foco do legislador constituinte estava em desconcentrar o poder político na Federação e fortalecer a autonomia financeira dos Estados e Municípios. Assim, a competência normativa tributária dos Estados foi ampliada,<sup>9</sup> os poderes da União de interferir na gestão tributária estadual e municipal foram reduzidos e diversas receitas tributárias foram realocadas da União para os Estados.<sup>10</sup>

9. Em particular, os Estados passaram a poder fixar autonomamente as alíquotas do ICMS.

10. Um dado interessante levantado à época pelo IPEA é o de que nos Estados e Municípios o aumento de receita foi imediato e desproporcionalmente transformado em aumentos de salário do funcionalismo. Cf. Fabrício Augusto de Oliveira, “A desordem fiscal e os caminhos para uma nova reforma tributária”, *Texto para*

A descentralização de poder posta em prática em 1988 tinha dois objetivos elementares. O principal deles era o de criar condições de sustentabilidade política para que o militarismo não retornasse. Nesse particular, aliás, pode-se dizer que Constituição de 1988 teve grande sucesso. Havia, além disso, um segundo objetivo, a saber, o fomento à realização de projetos de desenvolvimento econômico autônomos dos Estados e Municípios. Nesse ponto, a fronteira entre o que havia de republicano e o que havia de paroquial entre os legisladores constituintes era mais turva.

É que as bem-intencionadas aspirações dos constituintes interessados na promoção do desenvolvimento dos locais de onde provinha seu apoio político se confundiam, rapidamente, com iniciativas menos republicanas de procura de rendas pelas órbitas do poder local. Por conta disso, hoje se pode ver com clareza que a Assembleia Constituinte girou muito mais em torno da batalha distributiva do que da concepção racional de um desenho institucional eficiente e sustentável.

Esse quadro fez com que o sistema tributário nacional desenhado com regra e compasso nos anos 1960, mas já combalido desde que o regime militar entrara em crise em meados dos anos 1970, perdesse ainda mais em sistematicidade. Nem poderia ser de outra forma. A redação da Constituição de 1988 se baseou em textos elaborados em oito comissões independentes, cada uma delas com três subcomissões, que produziam documentos que eram então enviados para uma comissão de sistematização, encarregada de compor os trabalhos organicamente.<sup>11</sup> Desnecessário dizer que tal sistematização era extremamente difícil. Além disso, o agravamento da insustentabilidade financeira produzido pela constituição também contribuía indiretamente para a redução da sistematicidade tributária no Brasil.

O Poder Executivo reagiu à edição da Constituição de 1988 com uma série de medidas atabalhoadas e até mesmo desesperadas voltadas à ampliação de receitas. O resultado foi uma enxurrada de questionamentos judiciais. Em particular, recursos especiais relacionados aos arts. 134 e 135 do CTN passam a inundar os gabinetes do recém-criado Superior Tribunal de Justiça (STJ). Além do drama da lentidão judicial,

*Discussão* 1, IPEA, 1993, pp. 1-22. No mesmo sentido, Raul Velloso, “O risco do tiro no pé”, *O Estado de São Paulo*, 11.7.2013 (“no embalo da Constituição Cidadã, se decidiu concentrar os recursos públicos em pagamentos a pessoas, chegando-se, hoje, a uma gigantesca folha de pagamento de benefícios previdenciários e assistenciais, além de salários, que consome 75% do orçamento executado”).

11. Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História Constitucional do Brasil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1991, p. 457.

que inevitavelmente se agravava, essas medidas também pioraram sensivelmente a qualidade da tributação. Por exemplo, logo em 1989 se criou a contribuição social sobre o lucro das empresas, elevou-se a alíquota de um tributo cumulativo (aumentou-se a COFINS de 0.5% para 2%) e estabeleceu-se um novo tributo cumulativo, o Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF).

A despeito dessas medidas, o quadro orçamentário permanecia crítico, e é correto dizer que na esfera tributária a Constituição de 1988 já nasceu precisando de reformas. Nesse ponto, inclusive, velhos vícios da nossa história política se repetiam: em 1947, logo após a edição da Constituição de 1946, o então presidente Dutra já entendia ser “inadiável” uma reforma tributária.<sup>12</sup> Talvez esse seja um traço das constituições democráticas, ou pelo menos das constituições democráticas no Brasil: a Assembleia Constituinte cria os ônus para o Estado; cabe aos políticos se entenderem depois para organizarem o que for preciso para que a conta seja paga de alguma forma.

#### 3.1.1.4 Reformar a tributação, de novo

Não surpreende, portanto, que desde 1988 a reforma tributária talvez tenha sido o único tema que jamais tenha saído da lista de prioridades dos governos. Verdade que essa lista é sempre muito longa, e que no Brasil já nos acostumamos com a distinção – sutil, porém fundamental – entre o que é de *urgência* e o que é de *urgência urgentíssima*.<sup>13</sup> A permanente busca da reforma tributária é motivada pelo reconhecimento de que o sistema tributário atual cria incentivos perversos – premia os desonestos e pune os bons pagadores<sup>14</sup> – e tem problemas sistêmicos

12. Citado em Ricardo Varsano, “A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas”, *Texto para Discussão* 405, IPEA, 1996, p. 8.

13. O site da Câmara dos Deputados Federais explica que a *urgência urgentíssima* é o “regime de tramitação que permite a inclusão automática na Ordem do Dia de proposição para discussão e votação imediata, ainda que iniciada a sessão em que foi apresentada, a requerimento da maioria absoluta da composição da Câmara ou de Líderes que representem esse número, aprovado pela maioria absoluta dos deputados. Esse regime dispensa parecer aprovado em comissão – o parecer pode ser dado oralmente pelo relator no plenário” (disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/70025.html>>, acesso em: 15.12.2011).

14. Cf. Marcos Cintra, “Globalização, modernização e inovação fiscal”, in Roberto F. de Vasconcellos (org.), *Política Fiscal*, São Paulo, Saraiva, Série *GVLaw*, 2008, pp. 58-59 (“Para manter sua competitividade, as empresas passaram a ver na sonegação e na evasão de impostos uma forma de sobrevivência. Sonegar é hoje a

com os quais só se pode lidar através de um desenho institucional mais adequado.

Contudo, reformar o sistema tributário – no Brasil como no resto do mundo – é uma tarefa muito difícil. O principal motivo é o de que as reformas tributárias estruturais (em oposição às conjunturais) trazem sempre um risco de queda da arrecadação. E correr esse risco é geralmente um luxo a que os governos não se podem dar. Assim como o pressuposto de qualquer reforma é o de que não haverá queda de arrecadação, então só pode haver aumento. E daí se abre uma discussão interminável sobre as consequências e limites do aumento do esforço tributário.

Outros fatores dificultam reformas tributárias mais profundas no Brasil. Nosso sistema político de *presidencialismo de coalizão* dá ao presidente o poder de agenda, mas também permite a diversos atores políticos exercerem poder de veto.<sup>15</sup> A moeda republicana de troca são as emendas aos orçamentos, as destinações de projetos de investimento e as negociações para a aprovação de leis. Isso tudo é normal e faz parte do jogo democrático.<sup>16</sup> Mas há também moedas de troca bem menos republicanas, como evidenciado por casos como o *mensalão*. De todo modo,

característica predominante do sistema tributário brasileiro. A evasão gerou um padrão de incidência tributária sobre a produção tão caótico, imprevisível e devastador a ponto de poder quebrar uma empresa eficiente, que paga seus impostos corretamente, e de fazer sobreviver uma ineficiente, que sonega e saqueia seus concorrentes. A sonegação se tornou um polpudo prêmio à ineficiência e à desonestidade”).

15. Sérgio H. Abranches, “O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, *Dados* 31, 1, 1988, p. 73 (“Creio que nosso dilema institucional resolve-se com instrumentos que permitam regular adversidade, conviver com ela, pois nosso quadro sociocultural e econômico faz da diferença uma destinação – nossa *Fortuna*, na acepção de Maquiavel –, mas é da nossa *Virtù*, de nossa capacidade de criar as instituições necessárias, que poderão advir a normalidade democrática e a possibilidade de justiça social. Se sermos diversos e contrários é inevitável, a desordem e o autoritarismo não devem constituir nosso fado e nossa tragédia”); v. ainda Fernando de Magalhães Papaterra Limongi, “A democracia no Brasil. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório”, *Novos Estudos CEBRAP* 76, 1996, pp. 33-34 (“Podemos especificar melhor os conflitos potenciais entre Executivo e Legislativo, distinguindo algumas situações paradigmáticas. Conflito pode significar interesses opostos, um jogo de soma zero. Mas há situações em que ambas as partes preferem um conjunto de alternativas ao *status quo*, mas disputam ou divergem quanto à alternativa específica a ser implementada. Há, nesse caso, espaço para negociações e barganhas em torno da divisão dos benefícios da cooperação”).

16. Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando de Magalhães Papaterra Limongi, *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*, Rio de Janeiro, FGV, 1999; cf. ainda David Samuels, *Ambition, Federalism, and Legislative Politics in Brazil*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.



seja lá com que moeda forem feitas, as negociações sobre grandes temas são sempre muito intrincadas.

Por tudo isso, as *macrorreformas* tributárias nunca saíram do papel; somente as *minirreformas* tributárias prosperaram. Os vetores políticos dessas minirreformas foram principalmente, de um lado, as pressões de grupos econômicos interessados em incentivos tributários e, de outro, as ações do governo voltadas a aumentar a receita tributária, fechar brechas usadas por sonegadores e restringir as alternativas de planejamento tributário. Assim, e a despeito de pontuais desonerações tributárias, a carga tributária brasileira cresceu consistente e ininterruptamente ao longo desse período democrático: hoje ela se situa em torno de 36% do PIB, o que representa um crescimento de aproximadamente 50% desde a transição democrática.<sup>17</sup>

As ações de desenho institucional e planejamento da estrutura tributária até existiram, mas tiveram um papel relativamente discreto. Voltaram-se principalmente a tentar resguardar a solvência dos regimes de previdência, controlar o déficit público e, em alguns casos, criar incentivos à exportação ou lidar com crises econômicas agudas, se bem que nestas o horizonte era quase sempre de curtíssimo prazo.

Curiosamente, esse quadro fez com que as atividades de planejamento econômico fossem com o tempo deslocadas para outra esfera, a dos bancos públicos, e em particular para o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) – atualmente um dos maiores bancos de fomento do mundo, com uma carteira de desembolsos três vezes superior à do Banco Mundial.<sup>18</sup> Evidentemente, o nível de transparência de um processo de planejamento econômico centralizado em um banco de fomento é baixo, e tanto o seu grau de republicanismo quanto sua eficiência permanecem sendo temas altamente controversos.<sup>19</sup>

17. Conforme, “Index of economic freedom, heritage foundation, macro-economic data, all countries”, disponível em: <<http://www.heritage.org/index/explore?view=by-variables>>; vide ainda Marcio Pochmann, “Desigualdade e justiça tributária”, IPEA, 2008.

18. Luciano G. Coutinho, “BNDES: pronto para alavancar investimentos em inovação no país”, *Inovação Uniemp* 3, 6, 2007. Sobre o tema, v. Mário G. Schapiro, *Novos Parâmetros para a Intervenção do Estado na Economia*, São Paulo, Saraiva, 2010.

19. Sobre o tema, ver Mário G. Schapiro, “Making the developmental state work: how does a mandate matter for the Brazilian development bank?” (January 17, 2012), *Working Paper*, disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1986850>>; e do mesmo autor, “Ativismo estatal e industrialismo defensivo: instrumentos e capacidades na política industrial brasileira”, *Working Paper* aceito para publicação como

De qualquer forma, não desejo aqui cair na tentação do discurso alarmista. O argumento de que o sistema tributário nacional *desenhado* nos anos 1960 esteja hoje combatido é verdadeiro, mas isso certamente não quer dizer que tenhamos simplesmente regredido à desordem completa. Primeiro porque o CTN foi recepcionado como lei complementar pela Constituição Federal de 1988.<sup>20</sup> Se por um lado nenhuma reforma tributária global foi feita desde 1988, por outro a lei geral de direito tributário não foi removida. E a manutenção do CTN não é um fato sem importância, porque significa que ainda existem parâmetros legais mínimos para pautar os debates judiciais em matéria tributária. E acrescente-se: é importante preservá-los.

Além disso, o *pecado original* da Constituição de 1988 – isto é, a criação de ônus ao Estado sem a contrapartida de receitas – não veio acompanhado de outro pecado que poderia ter sido ainda muito mais grave, a saber, a destruição de pilares fundamentais da ordem tributária do País. De fato, a Constituição de 1988 manteve diversas conquistas importantes e centrais para o Estado de Direito, inclusive em matéria tributária.<sup>21</sup> De particular interesse para os presentes fins são o princípio da legalidade, pilar maior do Estado de Direito, e a amplitude dos direitos de defesa de que se podem valer o contribuinte e o responsável tributário.<sup>22</sup> A tudo isso se soma o fato de que a independência e a autonomia do Poder Judiciário foram reforçadas. Isso, em que pese a falta de orga-

Texto para Discussão do IPEA, 2013. Para uma posição crítica à atuação do BNDES, ver, e.g., Sérgio G. Lazzarini *et al.*, *What do development banks do? Evidence from Brazil, 2002-2009*.

20. O CTN fora originalmente editado como lei ordinária porque a figura da lei complementar só foi trazida ao ordenamento brasileiro em 1969. Vide RE 90.471, rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, j. em 27.4.1979 (“O CTN e o Decreto-lei 37/1966, que lhe é posterior, entraram em vigor anteriormente a constituição de 1967, sendo, portanto, leis ordinárias que, no tocante às normas gerais de direito tributário (o que sucede com as que definem fato gerador), passaram a considerar-se como leis complementares a partir da vigência daquela Constituição”); RE 556.664, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 12.6.2008 (“O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias”).

21. Cf. Marcelo Guerra Martins, *Tributação, Propriedade e Igualdade Fiscal*, Rio de Janeiro, Campus Elsevier, 2011, pp. 145 e ss. (identificando três fundamentos da democracia fiscal na Constituição de 1988, a saber, a liberdade material, a igualdade de sacrifícios perante o Fisco e a menor inibição possível da atividade econômica legal).

22. Se bem que esses princípios já estavam previstos constitucionalmente desde a Constituição de 1946: cf. arts. 141, § 2º; 73, § 2º; 202, entre outros.

nicidade do Poder Judiciário, que elevou substancialmente os problemas da lentidão e da falta de segurança jurídica no Brasil.<sup>23</sup>

Também por isso não se deve minimizar a extensão dos impactos produzidos na prática judicial e fazendária pelo quadro democrático pós-1988. De se notar, esses impactos passaram, inclusive, por mudanças trazidas ao próprio CTN. A comparação entre a situação atual e a situação original do CTN nos anos 1960 dá bem a dimensão de quão radicais foram essas mudanças. Os artigos do CTN que originalmente tratavam do ICM<sup>24</sup> e do ISS<sup>25</sup> estão hoje revogados. Além disso, foram acrescentadas novas disposições sobre temas importantes, inclusive suspensão,<sup>26</sup> compensação,<sup>27</sup> prescrição<sup>28</sup> e parcelamento<sup>29</sup> do crédito tributário.

23. José Eduardo C. de O. Faria, *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, pp. 85-87 (identificando, nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, tentativas de substituir a noção liberal de segurança jurídica pela ideia de segurança nacional, uma noção herdada das décadas de governo militar que antecederam o diploma); para os inusitados aspectos positivos desse dado, v. José Rodrigo Rodriguez, “Segurança jurídica e estratégias legislativas: restauração x reforma”, *Working Paper Direito GV* 64, 2011, disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7855/Working%20paper%2064.pdf?sequence=1>>, acesso em: 15.2.2012 (propondo, no entanto, uma reformulação do conceito de segurança jurídica, desprendendo-o do rigor legalista e aproximando-o da justificação argumentativa, a fim de que ele dê conta da “realidade do ordenamento jurídico contemporâneo”). Uma versão revisada desse texto foi incorporada a Flavia Portella Püschel *et al.*, *A Quantificação do Dano Moral no Brasil: Justiça, Segurança e Eficiência*, Fundação Getúlio Vargas, Série Pensando o Direito do Ministério da Justiça, vol. 37, 2011.

24. CTN, arts. 52 a 62.

25. CTN, arts. 71 a 73.

26. A Lei Complementar 104, de 10.1.2001, incluiu no art. 151 do CTN duas hipóteses adicionais para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a saber, a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada em outras espécies de ação judicial (inciso V) e o parcelamento do tributo (inciso VI).

27. CTN, art. 170-A: “É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”. Incluído pela Lei Complementar 104, de 10.1.2001.

28. Lei Complementar 118, de 2005, alterou o inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN para estabelecer que a prescrição se interrompe pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal, ao invés da citação pessoal do devedor.

29. CTN, art. 155-A: “O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. § 1º. Salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multas. § 2º. Aplicam-se, subsidiariamente, ao parcelamento as disposições desta Lei, relativas

O traço marcante dessas mudanças pode invariavelmente ser encontrado no binômio composto pela (i) busca de aumento da arrecadação e (ii) tentativa de fechamento de brechas por meio das quais contribuintes evitavam ou reduziam suas prestações tributárias (tanto pela via da elisão quanto da evasão). Esse mesmo binômio também é plenamente aplicável como explicação para outras alterações do CTN tais como aquela que permitiu a tributação da renda em bases universais,<sup>30</sup> a positividade da dissimulação como um novo instituto jurídico<sup>31</sup> e as novas regras sobre fraude à execução tributária<sup>32</sup> e sobre o sigilo tributário dos

à moratória. § 3º. Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial. § 4º. A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica”. O *caput* e parágrafos 1º e 2º foram introduzidos pela Lei Complementar 104, de 10.1.2001. Os parágrafos 3º e 4º foram introduzidos pela Lei Complementar 118, de 2005.

30. A Lei Complementar 104, de 10.1.2001, acrescentou dois parágrafos ao art. 43 do CTN, cuja redação final ficou da seguinte forma: “O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. § 1º. A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. § 2º. Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo”.

31. A Lei Complementar 104, de 10.1.2001, acrescentou um parágrafo único ao art. 116 do CTN, nos seguintes termos: “Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

32. A Lei Complementar 118, de 9.2.2005, reformulou o art. 185 do CTN para estender a presunção de alienação fraudulenta a sujeito passivo em débito com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. A redação original do CTN exigia também que o crédito já estivesse em fase de execução, e estabelecia, ademais, que a presunção de fraude não ocorreria na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução. Confira-se a redação atual do art. 185 do CTN: “Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa”.

contribuintes.<sup>33</sup> Talvez as únicas mudanças do CTN que não tenham tido um sentido prioritariamente arrecadatório tenham sido aquelas relacionadas aos novos procedimentos falimentares<sup>34</sup> e à inclusão de proibição à tributação de sindicatos de trabalhadores e a fundações detidas por partidos políticos.<sup>35</sup>

33. A Lei Complementar 104, de 10.1.2001, deu nova reação ao art. 198 e introduziu um parágrafo único no art. 199 do CTN, de modo a criar as bases para a ampliação da troca de informações e cooperação fiscalizatória entre diversos entes e órgãos federativos. Sua redação atual é a seguinte: “Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. § 1º. Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. § 2º. O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. § 3º. Não é vedada a divulgação de informações relativas a: I – representações fiscais para fins penais; II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; III – parcelamento ou moratória. Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio. Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos”.

34. Em 9 de fevereiro de 2005 (com *vacatio legis* de 120 dias) foi estabelecido um novo sistema jurídico aplicável à insolvência. Esse sistema estava ancorado principalmente em dois dispositivos legais editados no mesmo dia, a saber, a nova Lei de Falências (Lei 11.101/2005) e a Lei Complementar 118/2005. Essa última alterou diversos dispositivos do CTN concernentes à falência ou à recuperação judicial, a saber: (i) no art. 133, reduziu-se a amplitude da sucessão tributária em meio a processo de recuperação judicial ou falência; (ii) no art. 155-A foram estabelecidos limites para o parcelamento de crédito tributário de devedor em recuperação judicial; (iii) nos arts. 186 a 188 foram estabelecidas regras sobre as preferências dos créditos tributários nos processos de insolvência; (iv) no art. 191 foram estabelecidos requisitos de natureza tributária para a extinção de obrigações do falido e para a concessão de recuperação judicial.

35. Originalmente, o art. 9º, IV, c, do CTN vedara à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar imposto sobre o patrimônio, a renda ou serviços de partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social. A Lei Complementar 104, de 10.1.2001, estendeu a vedação à cobrança de impostos de fundações de partidos e entidades sindicais de trabalhadores.

### 3.1.2 *A judicialização da disputa tributária*

Esse quadro ampliou certos desafios historicamente enfrentados pelo Judiciário desde o período pré-democrático e também criou novos desafios. A perda de sistematicidade do regime tributário, o dilúvio de leis de legalidade questionável, os procedimentos administrativos de constrição patrimonial cada vez mais intrusivos – tudo isso evidentemente servia para abastecer os caixas dos governos. Se por um lado assim se viabilizavam iniciativas governamentais de cunho assistencial (cuja legitimidade constitucional e política não se punha em questão), por outro se tornava cada vez mais difícil o velho dilema de preservar certas garantias constitucionais que notoriamente protegem tanto o contribuinte pontual quanto o sonegador.

#### 3.1.2.1 Ainda o problema da sonegação

Na seara tributária, cada vez mais ficavam claras as distorções geradas pela sonegação, que cria um sério problema de coordenação para a sociedade. Na presença de competição nos mercados, a sonegação é um elemento de vantagem competitiva – uma vantagem ilegítima, todavia. Aliás, como é óbvio, há bons motivos pragmáticos para o Estado coibir a sonegação, e o Judiciário certamente sempre foi conhecedor deles. Mas a essência democrática da nossa *Constituição cidadã* impelia à necessidade de uma defesa da formalidade da lei e de princípios básicos do direito tributário como o contraditório, a ampla defesa, a tipicidade cerrada e assim por diante. Assim, cada vez mais em matéria tributária o juiz foi posto na posição de ter que se esgueirar entre as beiradas pontiagudas dos conflitos inevitáveis entre a proteção das liberdades negativas, o cumprimento da lei, a pressão política sobre os tribunais superiores para o fortalecimento financeiro do Estado e o pano de fundo da tentativa de equalização das condições de competição, coordenação e produção na sociedade. Uma equação complexíssima.

#### 3.1.2.2 A polêmica sobre a solidariedade do sócio em matéria previdenciária

O ponto é bem-ilustrado por uma controvérsia, que se tornou bastante notória, sobre a responsabilização de sócio e administrador por dívidas tributárias da empresa. Em 1993, a Lei 8.620 determinou que os sócios de empresas por quotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, por débitos das empresas

com dívidas perante a Seguridade Social.<sup>36</sup> Ora, na prática, essas disposições eliminavam por completo a responsabilidade limitada do sócio em matéria previdenciária.

Por conta disso, questão surgiu nos tribunais sobre se uma lei ordinária poderia alterar a dinâmica de responsabilização de sócios prevista no CTN. No STJ, já no começo da década de 2000, entendeu-se que o inadimplemento do tributo não constitui infração à lei capaz de ensejar a responsabilidade solidária dos sócios.<sup>37</sup> Surgiram também precedentes do STJ entendendo serem “inteiramente desprovidas de validade (...) as disposições da Lei 8.620/1993, ou de qualquer outra lei ordinária, que indevidamente pretenderam alargar a responsabilidade dos sócios e dirigentes das pessoas jurídicas (...) o art. 1.016 do Código Civil é extensivo às sociedades limitadas por força do prescrito no art. 1.053, expressando hipótese em que os administradores respondem solidariamente por culpa quando no desempenho de suas funções, o que reforça o consignado no art. 135, III, do CTN”.<sup>38</sup>

Em 2006, em resposta, o Executivo decidiu promover a regulamentação do dispositivo constitucional que disciplinava o tratamento tributário diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte.<sup>39</sup> Isso foi feito através de uma lei complementar, a

36. O mesmo dispositivo legal passou a determinar, ainda, que os acionistas controladores, administradores, gerentes e diretores responderiam solidária e subsidiariamente, com seus bens pessoais, por dívidas da empresa com a Seguridade Social, desde que tivessem agido com culpa ou dolo. Confira-se: Lei 8.620/1993, art. 13: “O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social. Parágrafo único. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa”.

37. No STJ, AGA 463.511/PR, 1ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 3.2.2003; AGREsp 346.109/SC, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 4.8.2003; AGREsp 389.110/RS, 2ª Turma, rel. Min. Franciulli Netto, j. em 2.6.2003.

38. STJ, REsp 717.717/SP, rel. Min. José Delgado, j. em 28.9.2005. O fundamento encontrado foi o art. 146, III, *b*, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “Art. 146. Cabe à lei complementar: (...). III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) *b*) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”. O precedente também indicou que a Lei 8.620/1993 não pode se aplicar a atos ocorridos antes da sua vigência.

39. Constituição Federal, art. 146, III, *d*: “Cabe à lei complementar: (...) III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) *d*) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no

saber, a Lei Complementar 123/2006.<sup>40</sup> O uso de uma lei complementar serviria para contornar a alegação de vício formal de que tratara o STJ ao examinar a Lei 8.620/1993. A edição de uma lei complementar se justificava, em particular, porque o art. 78 do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte então editado previa a responsabilidade solidária de sócios e administradores por impostos e contribuições devidos por micro e pequenas empresas que se encontravam sem movimento há mais de três anos.<sup>41</sup>

Nesse particular, portanto, a Lei Complementar 123/2006 se chocava com a interpretação do CTN até então dada pelo STJ, de acordo

caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239”. Essa alínea *d* foi inserida no texto constitucional através da Emenda Constitucional 42, de 19.12.2003.

40. Um tratamento diferenciado para as microempresas já fora previsto ao final do período militar através da Lei 7.256/84. O art. 170, IX, da Constituição Federal determinou que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...). IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. Essa redação foi dada pela Emenda Constitucional 6, de 1995. Também o art. 179 da Constituição de 1988 determinou que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”. O tema foi tratado inicialmente em leis ordinárias – primeiro a Lei 9.317, de 5.12.1996 (a chamada “lei do SIMPLES”), e a seguir a Lei 9.841, de 5.10.1999. Ambas foram revogadas pela Lei Complementar 123, de 14.12.2006.

41. Lei Complementar 123/2006, art. 78: “As microempresas e as empresas de pequeno porte que se encontrem sem movimento há mais de 3 (três) anos poderão dar baixa nos registros dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais, independente do pagamento de débitos tributários, taxas ou multas devidas pelo atraso na entrega das respectivas declarações nesses períodos. (...). § 3º. A baixa, na hipótese prevista neste artigo ou nos demais casos em que venha a ser efetivada, inclusive naquele a que se refere o art. 9º desta Lei Complementar, não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados impostos, contribuições e respectivas penalidades, decorrentes da simples falta de recolhimento ou da prática, comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial, de outras irregularidades praticadas pelos empresários, pelas microempresas, pelas empresas de pequeno porte ou por seus sócios ou administradores, reputando-se como solidariamente responsáveis, em qualquer das hipóteses referidas neste artigo, os titulares, os sócios e os administradores do período de ocorrência dos respectivos fatos geradores ou em períodos posteriores. § 4º. Os titulares ou sócios também são solidariamente responsáveis pelos tributos ou contribuições que não tenham sido pagos ou recolhidos, inclusive multa de mora ou de ofício, conforme o caso, e juros de mora”.



com a qual a responsabilização de sócios e administradores dar-se-ia em caráter subjetivo (isto é, tendo como requisito a verificação de dolo ou culpa). Além disso, ao determinar a responsabilidade solidária de administradores e sócios de microempresas e empresas de pequeno porte, a Lei Complementar 123/2006 na prática criava para essas sociedades um regime de responsabilidade tributária mais gravoso do que aquele aplicável aos demais tipos de sociedades. Havia, portanto, um seriíssimo problema de isonomia.<sup>42</sup>

O tema só se resolveu definitivamente em 2008 quando uma nova lei complementar revogou o art. 78 da Lei Complementar 123/2006.<sup>43</sup> Quase ao mesmo tempo, o Executivo editou uma medida provisória que revogava os dispositivos da Lei 8.620/1993, em que se estabelecia a responsabilidade pessoal de sócios de empresas limitadas por dívidas perante o INSS.<sup>44</sup>

Logo a seguir, esse mesmo dispositivo da Lei 8.620/1993 foi apreciado pelo STF, que o considerou inconstitucional. Em seu voto, a relatora, Min. Ellen Gracie, reconheceu não apenas o problema formal de hierarquia legal já apontado pelo STJ, mas também um vício material, “porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor descondição *ex lege* e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição”.<sup>45</sup>

### 3.1.2.3 A polêmica sobre a responsabilidade objetiva do sócio-gerente

Em paralelo às discussões sobre tributos devidos à previdência social, os tribunais superiores depararam-se com inúmeros outros problemas relacionados à interpretação dos dispositivos legais atinentes à responsabilidade de sócios e administradores de empresas em dívida com o fisco. Durante os anos 1990, houve momentos em que se aceitou a tese de que o não pagamento de tributo constituiria *per se* um ato ilícito

42. Houve inclusive decisões judiciais entendendo que se há responsabilidade solidária dos sócios de uma micro ou pequena empresa, com muito mais razão deveria haver responsabilidade solidária para os sócios de outras sociedades.

43. Lei Complementar 128/2008, art. 13, I, *b*.

44. Medida Provisória 449/2008, posteriormente convertida na Lei 11.941/2009, art. 79, VII.

45. STF, RE 562.276/PR, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 3.11.2010.

capaz de ensinar a responsabilidade do sócio-gerente, tendo havido, inclusive, acórdãos que qualificavam a responsabilidade do sócio-gerente como “objetiva”.<sup>46</sup>

Ao longo da última década, contudo, essa tendência se reverteu, e atualmente a jurisprudência do STJ de um modo geral acolhe a tese de que o sócio-gerente não é garante da dívida da empresa. No mesmo sentido, acolhe também a tese de que os sócios sem poderes de gestão não respondem por dívida tributária da empresa.<sup>47</sup>

Assim, foi-se afirmando, especialmente no STJ, a distinção entre sociedade *irregularmente extinta* e sociedade *existente e inadimplente*: a primeira ocasionando a responsabilização do sócio-gerente, mas não a segunda.<sup>48</sup> A dissolução irregular da sociedade gera, na visão de diversos julgados do STJ,<sup>49</sup> responsabilidade tributária do sócio-gerente porque é considerada uma *infração à lei* para os fins do art. 135 do CTN. A definição do que seja a dissolução irregular é, inclusive, matéria sumulada: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.<sup>50</sup>

46. STJ, REsp 33.731/MG, 1ª Turma, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 6.2.1995 (“O sócio responsável pela administração e gerência da sociedade limitada, por substituição, é objetivamente responsável pela dívida fiscal, contemporânea ao seu gerenciamento ou administração, constituindo violação à lei o não recolhimento da dívida fiscal regularmente constituída e inscrita. Não exclui a sua responsabilidade o fato de seu nome não constar na certidão de dívida ativa”). Ressalte-se que o tema não era unânime. Vide STJ, REsp 141.516/SC, 1ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 30.11.1998; EREsp 100.739/SP, Primeira Seção, rel. Min. José Delgado, j. em 6.12.1999 (sócio-gerente tem que ser citado, e sua responsabilidade pela dívida há que ser demonstrada pelo fisco).

47. STJ, REsp 238.668/MG, 2ª Turma, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 12.3.2002, EREsp 591.954/SP, Primeira Seção, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 8.6.2005. O STJ tem também entendido que o sócio sem poder de gestão não responde tributariamente mesmo na hipótese de dissolução irregular da sociedade. Vide REsp 40.435/SP, 2ª Turma, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 7.11.1996; REsp 109.163/PR, 2ª Turma, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 6.5.1999.

48. Conforme STJ, AgRg no REsp 420.663/SC, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 13.8.2002; REsp 260.524, 1ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 14.8.2001.

49. STJ, REsp 8.838/SP, 2ª Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 6.5.2001; REsp 7.745, 2ª Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 10.4.1991; REsp 121.021/PR, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrichi, j. em 15.8.2000.

50. Súmula STJ 435/2011.

Como se vê, nesse particular a atual jurisprudência do STJ se afastou da concepção original do CTN (pois, como víamos acima, para o legislador de 1965 a *infração à lei* que ensejaria a responsabilidade do sócio seria aquela de caráter societário, em linha com a inspiração dada pelo decreto que regia as sociedades limitadas à época). Ainda assim, é preciso notar que há decisões do STJ no sentido de que o sócio-gerente pode se livrar da responsabilização caso prove que não agiu com dolo, fraude ou excesso de poder.<sup>51</sup>

### 3.1.3 *A enganosa rigidez jurisprudencial em matéria tributária*

A afirmação do princípio da responsabilidade tributária subjetiva repercutiu da seguinte forma jurisprudência do STJ. Primeiro, pelo que pude verificar na jurisprudência, entende-se que na execução fiscal ajuizada contra sociedade limitada o sócio que detinha o gerenciamento no período pertinente aos débitos responde pelas dívidas fiscais da empresa *se esta tiver sido dissolvida irregularmente*.<sup>52</sup> Segundo, o ex-sócio não será responsável tributário pelas dívidas da sociedade que transferiu regularmente a terceiros, continuando com estes a empresa;<sup>53</sup> exceção feita ao caso em que o ex-sócio tenha comprovada sua responsabilidade à época do fato gerador do débito exequendo decorrente de excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto.<sup>54</sup>

51. Conforme STJ, AgRg no REsp 420.663/SC, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 13.8.2002. Também REsp 947.063/RS, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. em 11.9.2007 (“A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos ‘com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos’”).

52. Nesse sentido, STJ, REsp 78.581/MG, DJ 19.5.1997, rel. Min. Demócrito Reinaldo.

53. STJ, REsp 260.524, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 1º.10.2001). No mesmo acórdão: “(…). V – Executar, com fundamento em não demonstrada responsabilidade solidária as filhas do suposto devedor, já falecido é abuso processual, que tangencia os limites do disparate”.

54. STJ, EREsp 100.739/SP, rel. Min. José Delgado, Primeira Seção, DJ 28.2.2000 (“A presunção de dissolução irregular da sociedade empresária, conquanto fato autorizador do redirecionamento da execução fiscal à luz do preceitua a Súmula 435 do STJ, não serve para alcançar ex-sócios, que não mais compunham o quadro social à época da dissolução irregular e que não constam como corresponsáveis da certidão de dívida ativa, salvo se comprovada sua responsabilidade, à época do fato gerador do débito exequendo, decorrente de excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, conforme dispõe o art. 135 do CTN”); EAg 1.105.993/RJ, rel. Min.

A descrição acima da jurisprudência do STJ pode sugerir um quadro de relativa rigidez no tocante à possibilidade de responsabilização de sócios e administradores em matéria tributária.<sup>55</sup> Mas na prática isso não se confirma.

### 3.1.3.1 A posição do STJ e seus desdobramentos práticos

Em primeiro lugar, nossos tribunais superiores vêm reconhecendo amplamente a legalidade do chamado *redirecionamento fiscal*<sup>56</sup> (embora uma orientação mais conservadora do STF tenha sido recentemente manifestada).<sup>57</sup> Em meio a uma execução fiscal contra a empresa, o redirecionamento ocorre quando há efetivação de citação e penhora de bens de sócios-gerentes ou administradores que não constavam originalmente na Certidão de Dívida Ativa (CDA).<sup>58</sup>

O redirecionamento tem o efeito prático de tornar a responsabilização de sócios e administradores de empresas mais flexível principalmente porque vem frequentemente acompanhada de uma inversão

Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, *DJe* 1º.2.2011; REsp 1.217.467/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 3.2.2011; REsp 824.503/RS, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, *DJe* 13.8.2008; REsp 728.461/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, *DJ* 19.12.2005.

55. De particular importância tem sido o sempre citado EREsp 100.739, Primeira Seção, rel. Min. José Delgado, j. em 6.12.1999.

56. Os contribuintes têm questionado (geralmente sem sucesso) o redirecionamento sob diversos argumentos, principalmente os seguintes: (i) o art. 2º, § 5º, I, da Lei 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais) estabelece que o Termo de Inscrição de Dívida Ativa deva conter o nome dos corresponsáveis, e o art. 202, I, do CTN determina a nulidade da inscrição em que faltam requisitos do Termo; e (ii) o redirecionamento cerceia o exercício do direito constitucional de ampla defesa.

57. Em outubro de 2011, o STF decidiu que o sócio que não tenha participado do processo administrativo não pode ser diretamente executado: RE 608.426 (AgR, no corpo do qual está a ementa do RE), rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 4.10.2011 (embora nesse caso o contraditório tenha sido verificado). A decisão foi comentada no jornal *Valor Econômico* de 14.12.2011, Caderno Legislação e Tributos, E1.

58. A Lei Execuções Fiscais, em seu art. 2º, § 3º, determina que cabe ao órgão competente apurar a liquidez e certeza dos créditos, qualificando a inscrição como ato de controle administrativo da legalidade. No caso da União, o art. 131, § 3º, da Constituição Federal atribui a representação da Dívida Ativa de natureza tributária da União à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). O art. 12 da Lei Complementar 73, de 10.2.1993, atribui à PGFN competência para apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária e inscrevê-la para fins de cobrança amigável ou judicial, além da representação privativa na execução da dívida ativa de caráter tributário da União.

do ônus da prova da culpabilidade do sócio ou administrador. Isto é, a ele incumbe o ônus de provar que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, que não houve a prática de atos “com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.<sup>59</sup>

Essa inversão de ônus probatório é relevante não só porque provar um fato negativo é sabidamente difícil,<sup>60</sup> mas também porque as medidas práticas de constrição patrimonial postas em prática pelo fisco e por outros órgãos estatais tipicamente se iniciam antes do trânsito em julgado das arrastadas e longas execuções fiscais. Isso na prática tem muitas vezes permitido à Fazenda Pública incluir todos os sócios e administradores indistintamente no polo passivo das execuções mesmo que se trate apenas de ausência de pagamento por falta de recursos da empresa.

Em segundo lugar, o governo adotou uma série de outras mudanças de caráter processual ou administrativo de constrição de sócios e administradores de empresas devedoras. Dentre elas, merecem destaque as seguintes: a criação da medida cautelar fiscal,<sup>61</sup> o chamado “arrolamento fiscal”,<sup>62</sup> o novo desenho da fraude à execução,<sup>63</sup> o estabeleci-

59. Nesse sentido, STJ, REsp 1.104.900/ES, 1ª Turma, rel. Min. Denise Arruda, j. em 19.5.2009; vide também: STJ, REsp 947.063/RS, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. em 11.9.2007 (“A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos ‘com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos’”). Mas veja REsp 1.101.728/SP, Primeira Seção, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 22.3.2009; AgRg no Ag 1.265.124/SP, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. em 24.5.2010 (“É pacífico no âmbito da Primeira Seção do STJ o entendimento de que o redirecionamento de execução fiscal a sócios que não constam da certidão de dívida ativa como corresponsáveis tributários está vinculada à comprovação, por parte da exequente, dos requisitos do art. 135 do CTN [*excesso de poderes ou infração à lei*]”).

60. *Negativa non sunt probanda*, os fatos negativos não precisam ser provados como segue o famoso brocardo.

61. A medida cautelar fiscal está, hoje, regulamentada pela Lei 8.397/1992. É utilizada pelo Fisco, após a constituição do crédito tributário, para preparar ou garantir a execução.

62. O arrolamento fiscal encontra-se disciplinado pela Lei 9.532/2001. Pode ocorrer quando for constituído um crédito tributário que, sendo superior a quinhentos mil reais, corresponda a mais que 30% do patrimônio declarado na última declaração de rendimentos do contribuinte.

63. A Lei Complementar 118/2005 – que, entre outras medidas, autorizou a penhora *on-line* –, voltada para a adequação do CTN à nova Lei de Falências (Lei 11.101/2005), dificultou sensivelmente a fraude à execução fiscal.

mento da penhora *on-line*,<sup>64</sup> a criação do CADIN,<sup>65</sup> o estabelecimento de novos meios informáticos de constrição patrimonial (como o bloqueio de CPFs, por exemplo),<sup>66</sup> a criação de novas certidões para fazer levantamentos,<sup>67</sup> o protesto de Certidão de Dívida Ativa (CDA),<sup>68</sup> a divulgação de listas públicas de devedores e a possibilidade de inscrição de contribuintes devedores no SERASA.<sup>69</sup> Tomadas em conjunto, essas ações acabaram por aumentar o poder de as autoridades fazendárias pressionarem sócios e administradores independentemente do posicionamento do Judiciário.

64. A penhora *on-line* é um mecanismo de apreensão de bens a partir de dados dos sistemas BacenJud ou RenavamJud. Chama-se *on-line* porque é feita diretamente pela internet, dispensando a atuação de oficiais de justiça, por exemplo. Na penhora tributária, é geralmente exigido um juízo de certeza mais sólido do que na penhora *on-line* do processo civil.

65. O CADIN – Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal – é um banco de dados onde se encontram registrados os nomes dos contribuintes com débito para com órgãos e entidades federais. O Tesouro Nacional disponibiliza informações gerais sobre o CADIN. Vide: <<https://www.tesouro.fazenda.gov.br/cadin>>. Uma empresa inscrita no CADIN não consegue obter certidão negativa de débitos (CND). Isso impossibilita diversos dos seus negócios, já que o documento é hoje necessário para diversas atividades, inclusive a participação em licitação ou concessão de empréstimos em bancos. O CADIN foi criado pela Lei 10.522/2002, e seu uso está hoje regulamentado pela Portaria PGFN 810, de 13.5.2009, e pela Portaria 685, de 14.9.2006.

66. Por conta de fraude ou simulação, é possível solicitar o bloqueio do CPF do devedor. Isso impede que o sujeito abra empresas, faça alterações em contrato social, figure como sócio, empresário, administrador etc. Na prática, o procedimento é lento e pouco utilizado.

67. Para comprovar regularidade fiscal, a empresa precisa de certidões que deem notícia de sua relação com o Fisco. São três as espécies de certidão: a negativa de débito; a positiva com efeito de negativa (exigibilidade suspensa); e a certidão positiva de débito (emitida apenas em alguns Estados).

68. A CDA passou a ser um título executivo com a reforma do Código de Processo Civil de 2006. Vide Lei 11.382, de 2006, que deu nova redação ao art. 585, VII, do Código de Processo Civil.

69. O cadastro de contribuintes inadimplentes junto ao SERASA foi, em um primeiro momento, instituído em alguns Estados da Federação, sempre de modo controverso e claudicante. No final de 2009, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editou a Portaria 642, criando uma lista de consulta pública de seus devedores. A medida teve um indisfarçável caráter coativo, pois a Fazenda tem, ordinariamente, preferência na cobrança de seus créditos (arts. 5º, § 7º, e 76, da Lei 11.101/2005, muito embora os créditos ainda não executados só possam ser cobrados após os créditos trabalhistas e os créditos com garantia real – uma medida adotada pela lei de 2005 para estimular o acompanhamento da falência pelos devedores, antes irremediavelmente preteridos ao fisco).

Em terceiro lugar, a noção de conduta culposa do administrador tem sido paulatinamente alargada. Em particular, há hoje muitos autos de infração considerando a realização de planejamento tributário conduta culposa de administradores e sócios-gerentes – logo, passível de responsabilização – ou então determinando que reestruturações societárias voltadas exclusivamente para o planejamento tributário caracterizam simulação. Na prática, a identificação da culpa ou da simulação tende a escapar para questões de fato em que a prova é difícil e a discricionariedade do magistrado é frequentemente grande. O que se entende, no mais das vezes, é que usar formas lícitas apenas com o objetivo de pagar menos tributos é negócio simulado, logo ilícito. Por outro lado, é lícito pagar menos tributo quando não houver, por assim dizer, uma intenção preponderante de realizar certo negócio apenas para pagar menos tributo.<sup>70</sup> Não é preciso grande sofisticação intelectual para notar que discussões desse tipo facilmente escapam para ponderações circulares.

Uma saída entre doutrinadores e profissionais da área tributária tem sido importar ao Brasil algumas soluções gestadas na doutrina estrangeira, como aquela que se pauta pelo critério do “propósito negocial”.<sup>71</sup> Ineficazes, portanto, seriam os negócios jurídicos cuja razão econômica

70. Sobre o tema, confira-se a observação irônica de Eurico Marcos Diniz de Santi: “Logo, verifica-se que a licitude ou ilicitude está na intenção de pagar menos tributo: se reduz o tributo com a intenção de reduzir tributo, o ato é ilícito; se reduz o tributo sem a intenção de reduzir tributo, o ato é lícito. Cria-se, assim, em nome da verdadeira substância ou intenção do negócio jurídico, o imposto sobre planejamento tributário cujo fato gerador, que decorre da imprecisão da legislação, é pagar menos tributo com a intenção de pagar menos tributo em conformidade com a lei e cuja base de cálculo é a perspectiva dimensível da intenção do contribuinte que permite a aplicação de multas de até 150%”. “O novo imposto sobre planejamento tributário”, *Valor Econômico* (4.9.2009), E2.

71. A doutrina do “propósito negocial” é encontrada em decisões de tribunais brasileiros sob diferentes nomenclaturas, como “substância econômica” ou “essência econômica” das operações analisadas. Cf. Daniel Zugman e Renato Caumo, “Propósito negocial é teoria importada pela metade”, *Working Paper*, Núcleo de Estudos Fiscais da Escola de Direito de São Paulo (NEF), 2013 (notando também que no Brasil a insegurança jurídica em matéria fiscal é potencializada porque “não há possibilidade de encerrar um litígio por meio de acordo, não faltam exemplos de violação de competência por normas infralegais, a regulamentação fiscal não vem com exemplos práticos, a interpretação das normas está em constante disputa, pois não há compromisso claro das autoridades fiscais em manter interpretação uniformizada e estável, as respostas às consultas tributárias são demoradas e não incentivam o diálogo construtivo entre fisco e contribuinte, e as atuações frustradas são reeditadas sob novos fundamentos interpretativos que muitas vezes sequer eram aplicados à época em que os negócios jurídicos questionados ocorreram”).

é apenas a economia de tributos. Outro caminho é levar a discussão para conceitos e palavras-chave bastante carregadas de carga moral – por exemplo, boa-fé ou má-fé –, mas cuja operabilidade prática nos debates judiciais tende a ser bastante truncada. É bem verdade que há alguns pronunciamentos recentes de autoridades regulatórias e judiciais que de uma forma ou de outra indicam critérios que podem diminuir a incerteza que circunda o tema.<sup>72</sup> Ainda assim, a situação é de um modo geral confusa, e a sinalização parece ser a de que o conceito de culpabilidade do administrador alarga-se dia a dia.

Em quarto lugar, há que se notar que na esfera tributária há sinais de expansão da responsabilização também para outros profissionais contratados da empresa. Em particular, de conselheiros, consultores, assessores, contadores, procuradores e até mesmo advogados externos. Num certo sentido, esse é apenas um desdobramento de certa “dialética” de vedação legal seguida de inovação dos agentes privados, que leva a novas vedações, tudo em uma espiral sem fim.

O problema é que há um preço a ser pago pela ampliação muitas vezes carente de critérios do escopo da responsabilização tributária. Esse preço não é apenas o da injustiça com certos agentes ligados à empresa que possuem legítimas expectativas de não se tornarem responsáveis, mas também o da criação de incentivos perversos. Quando contratar com uma empresa passa a ser arriscado, os agentes buscam criar mecanismos que lhes minimizem os riscos. Daí a interposição de empresas, a criação de estruturas internacionais e uma série de outras ações que encarecem a atividade empresarial, reduzem a transparência dos negócios e indireta e paradoxalmente incentivam novas fraudes.

Finalmente, em quinto lugar, os precedentes das cortes superiores nem sempre se transformam desde logo na orientação seguida em toda parte. Hoje há um perceptível fracionamento da jurisprudência que se constrói nos diferentes níveis hierárquicos do Judiciário. Embora eu não possa quantificar essa observação, pareceu-me que nas cortes inferiores a limitação de responsabilidade seja mais frequentemente rejeitada, e com muito mais vigor do que nas cortes superiores. Obtive muitos relatos de advogados militantes na área tributária indicando que, com frequência, as cortes inferiores responsabilizam sócios, administradores e outros agentes ligados à empresa, e essas questões somente são revertidas quando chegam às cortes superiores.

72. Vide a FIN-48, emitida pelo FASB e o OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP 01/2007. Igualmente relevante é o voto proferido pelo Min. Eros Grau nos autos do RE 353.657, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 25.6.2007.



### 3.1.3.2 Uma chantagem judicial?

Admito que haja aqui certa dose de elucubração, porque é difícil demonstrar o argumento; mas se for verdade que as cortes inferiores tenham de fato um perfil mais *fiscalista* do que as cortes superiores, talvez se possa enxergar uma curiosa lógica “orgânica” entre os diferentes níveis hierárquicos no Judiciário. Ao se constranger os devedores tributários nas instâncias inferiores, cria-se – e aqui vai uma expressão talvez algo exagerada – uma espécie de *chantagem judicial*. Isto é: permite-se à administração fazendária extrapolar os limites legais e constranger os contribuintes, mas garante-se ao devedor o direito ter certos direitos preservados – mas só após longos anos de intermináveis disputas judiciais, após as ações serem apreciadas nas cortes superiores.

O que teria permitido o surgimento desse mecanismo de *chantagem*, por assim dizer, não seriam tanto as novas doutrinas jurídicas, mas sim os novos meios operacionais de constrição patrimonial disponíveis às autoridades fazendárias. A questão é muito importante, mas facilmente esquecida: até certo ponto, o aparelhamento tecnológico da Fazenda aumenta sua autonomia diante das decisões do Judiciário. Por exemplo, muitas inscrições de sócios e administradores na dívida ativa são feitas de última hora e sem nenhuma preocupação de confirmação sobre se a pessoa incluída estava ainda ligada à empresa na data do fato gerador do crédito tributário. Como hoje em dia (ao contrário de antigamente) os efeitos dessa inclusão já se operam desde logo – ou seja, o crédito passa a ser presumidamente certo e líquido, podendo ser imediatamente cobrado –, as futuras decisões judiciais têm um impacto menor sobre as decisões da Fazenda Pública.

### 3.1.3.3 Ressalvas

Por tudo isso, no campo tributário só é possível falar de uma *rigidez* da orientação jurisprudencial a respeito da responsabilização de terceiros se ao menos duas ressalvas forem feitas. Primeiro, a de que, ainda que a atividade do fisco esteja muito mais previsível e legitimada pela ordem constitucional, tanto seus instrumentos quanto o juízo que deles vêm fazendo os tribunais superiores parecem distantes de uma orientação “garantista” para o contribuinte. Isso se revela de modo particularmente claro, como se viu, no crescente provimento de medidas administrativas de coerção e na legitimação judiciária do redirecionamento fiscal.

A segunda ressalva é especulativa e aqui não tenho como afirmá-la com segurança. Talvez a estrutura política do País permita que orienta-

ções consolidadas pelo STJ e pelo STF sejam sistematicamente ignoradas ora pelas cortes inferiores, ora (e com ainda mais vigor) pelo fisco e pela Fazenda. Se não bastasse, os tribunais superiores têm modificado, em curtos espaços de tempo, entendimentos que repercutem sobre milhares de processos em curso. De fato, decisão do STF sobre a necessidade de participação do sócio executado no processo administrativo, contrariando a jurisprudência do STJ, ilustra esse ponto com bastante nitidez.<sup>73</sup> E essa instabilidade sobre a interpretação do CTN tem ainda o condão de ela própria incentivar novos litígios.<sup>74</sup>

Ademais, o novo quadro evidencia um paradoxo. Embora menos sistemáticas e bem mais participativas do ponto de vista da sua arquitetura política, as ações dos governos democráticos na esfera tributária a partir dos anos 1990 se assemelham funcionalmente às ações do governo militar em um aspecto importante, a saber, na busca incessante do aparelhamento da máquina de fiscalização e arrecadação.<sup>75</sup> E o paradoxo é ainda maior se considerarmos que o grau de intrusão acabou sendo maior nesse período democrático do que no anterior período militar. A carência de recursos do Estado, nesse caso, atropela o rigor técnico dos instrumentos tributários.<sup>76</sup> O risco político é o de que a proteção formal do

73. Cf. nota 50 acima. Por último, Guilherme Cezaroti, “Cobrança de débito tributário de sócio”, *Valor Econômico* (12.3.2012), E2.

74. Vale lembrar que o sentido conferido pelo STF a disposições da Constituição pode ser empregado como razão de admissibilidade de recursos extraordinários (CF, art. 102, III, *a*). Por outro lado, os recursos especiais podem ser justificados por divergências entre tribunais (CF, art. 105, III, *d*), algo que é de certa forma estimulador por alterações na jurisprudência dos tribunais superiores.

75. O problema é bem capturado em comentário de Marco Aurélio Greco, que observa, na adoção de todos esses mecanismos, uma mudança de ênfase no direito tributário da dívida para o crédito. Confira-se: “Os debates clássicos do Direito Tributário tiveram por objeto a dívida e muito se escreveu sobre como ela nasce, quais seus requisitos e, obviamente, o patrimônio de alguém só poderia ser atingido se ela não apresentasse nenhum vício. Esta era uma postura de proteção contra o que se considerava uma agressão do Estado; o Fisco só poderia atingir o patrimônio de alguém se o procedimento estivesse correto, se a CDA estivesse perfeita, se as intimações fossem bem-feitas, se atendessem a todas as exigências legais etc.; aí o patrimônio poderia ser atingido. A preocupação principal nesse momento era com o devedor (contribuinte/responsável). Então a estruturação da legislação em geral e da interpretação do próprio Código Tributário Nacional era no sentido de proteger o devedor. O que está acontecendo agora é o crescimento da preocupação com o credor e seu crédito” (“Responsabilidade de terceiros e crédito tributário: três temas atuais”, *Revista Fórum de Direito Tributário* 28, 2007, pp. 241-242).

76. Veja-se, por exemplo, acórdãos que empregaram o art. 135 do CTN para justificar a execução de sócios e administradores. Cf. José Augusto Delgado, “A

contribuinte se veja definitivamente convertida em mero encarecimento da arrecadação.

### **3.2 A nova face da responsabilização empresarial de terceiros**

O Decreto das Limitadas de 1919 vigeu até 2002, ano em que o novo Código Civil o revogou. Embora o Código Civil tenha tratado específica e expressamente das sociedades de responsabilidade limitada, a “pureza” do regime de responsabilidade limitada esboçada em 1919 jamais seria recuperada. Ao contrário, neste século XXI já estamos de forma cada vez mais decidida caminhando para regimes que, embora por mecanismos jurídicos distintos, se aproximam da ilimitação da responsabilidade de sócios e da corresponsabilização de administradores e às vezes de outros terceiros por dívidas da empresa.

Esse fenômeno é encontrável de modo mais aguçado na esfera trabalhista, mas também é perceptível nas esferas cível e (embora em menor grau) administrativa e (em certa medida) penal. Examinemos essa nova face da responsabilização empresarial de terceiros na esfera trabalhista no item 3.2.1; na esfera cível no item 3.2.2; e na esfera administrativa/penal no item 3.2.3.

#### **3.2.1 A responsabilidade objetiva de terceiros no direito trabalhista**

Nenhum outro ramo do Direito levou a flexibilização da responsabilidade limitada a um grau tão radical quanto o direito trabalhista. Sob a cantilena do *princípio da alteridade*, consolidou-se nesse campo jurídico, de fato, a responsabilidade objetiva de terceiros por dívida da empresa. E anote-se: a atribuição de responsabilidade por dívidas trabalhistas abarcou não apenas os sócios, mas também os ex-sócios, administradores e ex-administradores, contratantes e até de outros terceiros com laços não contratuais com a empresa – tudo sob critérios de imputação duvidosos e sujeitos a salvaguardas exíguas e aplicadas de maneira inconstante.

##### **3.2.1.1 O novo modelo econômico e a herança do trabalhismo varguista**

A jurisprudência trabalhista pode ser em parte compreendida como produto do choque entre o novo modelo econômico que se deslindava

desconsideração da pessoa jurídica e os seus reflexos na ordem tributária”, in Heleno Taveira Tôres e Mary Elbe Queiroz, *Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 205-229.

após a redemocratização e o antigo direito trabalhista herdado do pré-guerra. Embalado pelas privatizações e pela globalização da economia brasileira nos anos 1990, o primeiro trazia a mensagem da mudança. Embalado pela retórica varguista, o segundo encontrava na Justiça do Trabalho um bastião de resistência.

A mudança do modelo econômico brasileiro não foi concomitante, mas sim posterior à edição da Constituição de 1988. O movimento constituinte dos anos 1980 tinha como horizonte claro uma mudança política em direção à democracia, mas não visualizava nem pretendia criar condições para mudanças econômicas significativas.

Décadas de rápido crescimento econômico sob o nacional-desenvolvimentismo haviam acostumado a classe dirigente brasileira a supor que empresas estatais, geralmente operando em regime de monopólio, deveriam capitanear os processos econômicos. Em comentário ácido, porém persuasivo, o ex-Ministro da Fazenda Mailson da Nóbrega notou que na Assembleia Constituinte a ideia de que o Estado pudesse gerar diretamente o desenvolvimento econômico era importante para as elites do País, porque “o desenvolvimentismo tinha dado certo para elas”, e “o que dá certo é difícil de esquecer”.<sup>77</sup>

O nacional-desenvolvimentismo agradava igualmente à esquerda. Isso não apenas porque nacional-desenvolvimentismo podia ser retratado como um mal menor na comparação com o aprofundamento dos mecanismos de mercado, mas também porque os sindicatos e seus líderes se beneficiavam diretamente desse sistema. Assim, à ocasião da edição da Constituição de 1988 ainda não havia consenso político no sentido de que sob o nacional-desenvolvimentismo não se conseguiria livrar o País da inflação endêmica e da estagnação econômica. Apesar do insucesso do *plano cruzado* de 1986, o País ainda flertava com a possibilidade de resolver seus problemas econômicos por meio de medidas macroeconômicas mirabolantes. Não é à toa que já sob o regime democrático diversas delas tenham sido tentadas, notadamente o Plano Collor e seu congelamento da poupança, de triste memória.

Fato é que mesmo antes de ter equacionado o problema estrutural de financiamento inflacionário do setor público, já no início da década de 1990 o País aderiu à globalização econômica. Medidas de abertura do mercado brasileiro – especialmente a redução das barreiras comerciais, a queda dos tetos de importação e o gradual (porém ainda em curso e

77. Mailson da Nóbrega, *O Futuro Chegou: Instituições e Desenvolvimento no Brasil*, São Paulo, Globo, 2005, p. 327.

cheio de solavancos<sup>78</sup>) processo de liberalização do câmbio – passaram a ser adotadas com o intuito declarado de integrar o País à produção internacional. Logo seguiram as privatizações. Empresas que integravam o patrimônio do Estado, muitas das quais criadas há várias décadas e voltadas para setores originalmente vistos como *estratégicos*, foram privatizadas ou parcialmente oferecidas à participação privada. Desse processo emergiu um modelo econômico em que, embora o Estado ainda tivesse um papel muito importante<sup>79</sup> – e proeminente em diversos setores como petróleo e financeiro –, a gestão do dia a dia da atividade produtiva migrava para a iniciativa privada.<sup>80</sup>

O novo modelo econômico gestado ao longo dos anos 1990 adaptava-se com dificuldade às regras, aos princípios e pressupostos políticos do direito trabalhista. A Constituição de 1988 erigiu os valores sociais do trabalho a fundamentos da República e da ordem econômica,<sup>81</sup> explicitando, a partir disso, o mais extenso tratamento constitucional jamais conferido ao tema.<sup>82</sup> Qualificado como um direito social,<sup>83</sup> ao trabalho foi atribuído um extenso rol de garantias,<sup>84</sup> para cuja efetivação a Carta estabeleceu uma minuciosa discriminação de competências.<sup>85</sup>

78. Cf. Bruno Meyerhof Salama, “Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais”, *Revista de Direito Bancário* 50, 2010.

79. Cf. Sérgio Lazzarini, *Capitalismo de Laços*, Rio de Janeiro, Campus Elsevier, 2010 (notando que a onda de privatizações e a crescente inserção global do Brasil a partir da década de 1990 paradoxalmente mantiveram a influência do governo e de grandes grupos domésticos na economia).

80. Cf. Francisco Anuatti Neto, “Os efeitos da privatização sobre o desempenho econômico e financeiro das empresas privatizadas”, *Revista Brasileira de Economia* 59, 2, 2005, pp. 151-175; genericamente, Luciano Benetti Timm, *O Novo Direito Civil. Ensaio sobre o Mercado, a Reprivatização do Direito Civil e a Privatização do Direito Público*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, pp. 13-16 (argumentando que esse fenômeno deveria implicar uma revisão das práticas solidaristas e distributivas levadas pelo novo Código Civil ao direito privado).

81. Constituição, arts. 1º, IV, e 170, *caput*: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”.

82. A palavra “trabalho” é referida mais de 100 vezes na Carta de 1988. Apenas a título de comparação, a Constituição de 1967 mencionava a palavra 42 vezes.

83. Constituição, art. 6º, *caput*: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

84. Arroladas no art. 7º da Constituição.

85. Constituição, arts. 92, IV, e 111 a 116.

Os desdobramentos práticos desse processo são objeto de controvérsia. Desde a Era Vargas, o direito trabalhista fora pensado para privilegiar os direitos trabalhistas individuais em detrimento da negociação coletiva, e o vácuo da ausência de diálogo entre empregados e empresas passou a ser cada vez mais preenchido pela judicialização em massa dos conflitos – ao menos no campo trabalhista, todavia, quase sempre individualizados.<sup>86</sup>

Por outro lado, e de modo aparentemente paradoxal, o alargamento da discricionariedade interpretativa da Justiça do Trabalho – algo que teoricamente deveria reduzir os conflitos – tendia a inibir a negociação e estimular o litígio. Afinal, ninguém negocia quando já sabe de antemão que o posicionamento dos tribunais desconsiderará o acordo.<sup>87</sup> Na prática, os empregadores correriam o risco da revisão judicial mesmo diante de negociações coletivas legitimamente realizadas. Diante disso, o melhor sempre foi nem sequer negociar, mesmo nos casos em que a negociação pudesse ser boa tanto para patrões quanto para empregados.<sup>88</sup>

Um olhar retrospectivo revela algumas extravagâncias herdadas do paternalismo varguista. Até 1995, por exemplo, o Poder Executivo era responsável pela fixação de reajustes salariais de diversas categorias,<sup>89</sup> tolhendo severamente a possibilidade de negociação entre as diferentes empresas de um determinado setor e seus empregados. Apenas em 1998 uma lei federal autorizou a celebração de contrato de trabalho por prazo

86. Edward J. Amadeo, “Notas sobre o mercado de trabalho”, in *A Reforma Trabalhista Brasileira* 8, 1998, p. 3. Sobre a emergência dos conflitos coletivos, v. José Reinaldo de Lima Lopes, “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”, in José Eduardo Campos de Oliveira Faria, *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, pp.113-143 (enfocando a análise nos direitos sociais e nas demandas coletivas sobre relações de consumo).

87. Edward J. Amadeo, “Notas sobre o mercado de trabalho”, cit., in *A Reforma Trabalhista Brasileira* 8, p. 4.

88. Sobre o tema, ver, por exemplo, João Orestes Dalazen, “Tudo mudou, exceto a legislação trabalhista”, *O Globo*, 15.7.2012 (“Empresas e sindicatos não podem negociar o fracionamento das férias em três pagamentos; não podem negociar a redução do intervalo do descanso do almoço para 45 minutos e, em contrapartida, encerrar o expediente 15 minutos antes. As empresas ficam sujeitas a multa e pagamento de hora extra caso o empregado reclame na Justiça. Esses acordos não têm validade porque a CLT teima em afirmar que só por autorização do ministro do Trabalho se pode reduzir o intervalo entre as jornadas”).

89. Edward J. Amadeo, Indermit S. Gill e Marcelo C. Neri, “Brazil: the pressure points in labor legislation”, *Ensaaios Econômicos EPGE* 395, 2000, p. 6; cf. Lei 4.589, de 11.12.1964.

determinado, e esse mesmo diploma introduziu, na ordem jurídica brasileira, o chamado “banco de horas”.<sup>90</sup> O regime de trabalho em tempo parcial, por sua vez, só foi autorizado em 2001.<sup>91</sup> Tratava-se, em última instância, de medidas cujo caráter protetivo havia sido completamente esvaziado pela abertura da economia brasileira. Outras regras duvidosas incluem o emprego de múltiplos do salário-mínimo para determinar, em negociações individuais e nas raras negociações coletivas, pisos e tetos das categorias salariais.<sup>92</sup>

A Constituição de 1988, todavia, em nada alterara os pilares básicos herdados da Era Vargas. Ao contrário, ela os reiterava e aprofundava. Vimos que muitas das garantias trabalhistas hoje incorporadas à tradição jurídica brasileira foram estabelecidas na década de 1930 ou mesmo antes. As grandes realizações da Era Vargas no campo trabalhista, no entanto – elementos que, ao fim, a caracterizam como o momento fundacional do direito trabalhista no Brasil –, foram a constitucionalização dessas garantias e a organização de uma Justiça do Trabalho especializada.

### 3.2.1.2 Crise, pressão competitiva e terceirização

As crises econômicas intermitentes e o aumento de pressões competitivas ligadas à globalização realçaram problemas ligados aos custos e à rigidez da legislação trabalhista. Em resposta, a partir dos anos 1990 tornou-se cada vez mais comum a adoção pelas empresas de mecanismos de duvidosa legalidade para reduzir seus custos trabalhistas, tributários e de produção.<sup>93</sup> O principal deles foi a terceirização,<sup>94</sup> mas uma forma muito mais ampla do que aquela regulada pelo Direito brasileiro (que contempla timidamente a figura, em relação à empreitada e à subempreitada, nos arts. 455 e 652, *a*, III, da CLT).<sup>95</sup>

90. Lei 9.601, de 21.1.1998.

91. Medida Provisória 2.164-41, de 24.8.2001.

92. Edward J. Amadeo, Indermit S. Gill e Marcelo C. Neri, “Brazil: the pressure points in labor legislation”, cit., *Ensaio Econômico EPGE* 395, p. 3 (figurada em um período de escalada inflacionária, essa prática redundava, hoje, em uma pressão desnecessária sobre o poder de compra daqueles que recebem apenas um salário-mínimo).

93. César Augusto Di Natale Nobre, *A Terceirização Como Planejamento Tributário*, São Paulo, Verbatim, 2011, pp. 21-32.

94. Edward J. Amadeo, João Carlos Scanduzzi e Valéria Pero, “Ajuste empresarial, empregos e terceirização”, *Texto para Discussão do Departamento de Economia da PUC-Rio*, 1994, p. 322.

95. CLT, art. 455: “Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo,

Em alguns casos, essas terceirizações aconteciam de fato, isto é, a empresa reduzia seus quadros, demitia seus funcionários e passava a contratar os bens ou serviços de outra empresa não relacionada. Em outros casos, ocorria a demissão e em seguida a recontração, sob o mesmo mando, por outra empresa com a qual a empresa original contrataba. Ainda em outros casos, os empregados eram demitidos e passavam a prestar serviço através de empresas por eles próprios constituídas que existiam apenas formalmente, mas sem que houvesse nenhuma mudança física.

Na leitura do direito trabalhista, esses mecanismos redundavam quase indistintamente em “precarização” do trabalho.<sup>96</sup> A Justiça Trabalhista de um modo geral rejeitou esses arranjos por neles encontrar o elemento da fraude. Assim, logo no início dos anos 1990 já eram muito frequentes as posições do Judiciário rejeitando as terceirizações. Essas decisões motivaram a edição do Enunciado 331 do TST<sup>97</sup> em 1993 e a publicação de inúmeras obras jurídicas sobre o tema.<sup>98</sup>

todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empregador principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro”. CLT, art. 652, *a*, III: “Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento: *a*) conciliar e julgar: (...) III – os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empregador seja operário ou artífice (...)”.

96. Marcio Pochmann, *O Emprego na Globalização, a Nova Divisão Internacional do Trabalho e os Caminhos que o Brasil Escolheu*, São Paulo, Boitempo, 2007, pp. 51-61 e 100-120.

97. Enunciado 331 do TST: Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade. I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6.019, de 3.1.1974). II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Enunciado 256 – TST). III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.6.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei 8.666, de 21.6.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000). Em 24.5.2012 o TST reviu o inciso IV e acrescentou dois novos incisos ao Enunciado 331, como segue: “IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judi-



Em meio à crise econômica, tornavam-se no Brasil cada vez mais frequentes as quebras de empresas cuidadosamente preparadas de modo a insular sócios e administradores de responsabilização pessoal e a deixar créditos trabalhistas não satisfeitos. As transferências de quotas ou ações a *laranjas*, as transferências de patrimônio a familiares, a interposição de empresas *holdings* e muitos outros artifícios pouco a pouco criavam perante a Justiça Trabalhista a imagem da personalidade jurídica como um entrave ao ressarcimento de crédito a trabalhadores que com cada vez mais frequência *ganhavam, mas não levavam*.<sup>99</sup>

Esses fatos, somados à crescente preocupação com a efetividade do direito, deram causa a algumas importantes mudanças processuais (de que tratarei logo abaixo) e também a uma mudança de percepção da jurisprudência trabalhista. Se antes ela via a responsabilização de terceiros como exceção ao princípio geral da responsabilidade limitada (uma exceção que já era cada vez mais comum, é bem verdade), durante os anos 1990 ela passou a enxergar a responsabilidade empresarial como parte de um mecanismo de socialização do risco empresarial.

### 3.2.1.3 A consagração do princípio da alteridade na jurisprudência

Assim ganhava força o chamado “princípio da alteridade”, que passava a ser visto como inerente ao contrato de trabalho. De acordo com tal princípio, não se pode transferir ao trabalhador os riscos do negócio.<sup>100</sup> Seu efeito prático é o de tornar sócios objetivamente responsáveis pelas dívidas trabalhistas da empresa. A cristalização dessa doutrina é emblemática na influente obra de Maurício Godinho Delgado. Confira-se suas ponderações sobre a responsabilidade de ex-sócio após alienação da em-

cial. V – Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação”.

98. Ver por exemplo Heloísa de Souza Martins e José Ricardo Ramalho, *Terceirização. Diversidade e Negociação no Mundo do Trabalho*, São Paulo, Hucitec, 1994.

99. Retomo o tema detalhadamente no Capítulo 6.

100. Maurício Godinho Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, 9ª ed., São Paulo, LTr, 2010, p. 383.

presa: “Na 1ª edição da nossa obra (...) em 1995 ainda considerávamos que a prova da fraude era exigência para a responsabilização subsidiária do antigo empregador. Contudo, o avanço jurisprudencial percebido nesses últimos anos fez-nos rever nosso anterior entendimento restritivo. Tal revisão já passou a constar da 2ª edição da mencionada obra, de 1999”.<sup>101</sup>

Assim, rapidamente as cortes trabalhistas passaram a adotar interpretações cada vez mais agressivas e que colocavam em segundo plano considerações sobre as características daquele que se aproveita do trabalho alheio. A responsabilização passava assim a estar ligada ao fato de ter-se obtido ganho econômico em decorrência do trabalho alheio. A propósito, nada poderia estar mais distante dos princípios inspiradores do Decreto das Limitadas de 1919.

Assim, em contratos de empreitada, por exemplo, empresas construtoras ou incorporadoras que contratavam na posição de donas da obra, sem se imiscuir nos negócios da empreiteira, passaram a ser responsabilizadas por danos cuja responsabilidade caberia, *a priori*, apenas a essa última.<sup>102</sup> Igualmente, hipóteses autorizadas de terceirização, como aquela de serviços de telefonia, deixaram de isentar a tomadora de serviços, descaracterizando a própria função econômica da atividade terceirizada.<sup>103</sup>

Da mesma forma, sócios retirantes passaram a ser claramente responsabilizáveis por dívidas trabalhistas da empresa.<sup>104</sup> A única limitação a esse expediente, ao menos do ponto de vista jurisprudencial,<sup>105</sup> parece ser o prazo de decadência da responsabilidade do ex-sócio e de seus herdeiros estabelecido pelo Código Civil.<sup>106</sup> De se notar, no entanto, que

101. Maurício Godinho Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 407.

102. TST, RR 645.256-35, rel. Min. Rider de Brito, j. em 10.10.2001; RR 189.040-05, rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, j. em 4.6.2008.

103. TRT da 2ª Região, rel. Ricardo Artur Costa e Trigueiros, j. em 24.6.2005.

104. TRT da 15ª Região, Agr. de Pet. 000447.2005.077.15.00-5, rel. Des. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, j. em 18.10.2005; cf. Márcio Tadeu Guimarães Nunes, *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, pp. 68-69.

105. TRT da 2ª Região, 3ª Turma, Ac. 20080640740, rel. Des. Ana Maria Contrucci Brito Silva, j. em 11.8.2008; TRT da 12ª Região, 3ª Turma, rel. Des. Nelson Hamilton Leiria, j. em 19.5.2008.

106. Código Civil, art. 1.003: “A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade. Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como

esse prazo nem sempre é observado, o que, aliás, ocorre não apenas na esfera trabalhista, como também em outros campos.<sup>107</sup>

Sob os auspícios do princípio da alteridade, tornaram-se recorrentes casos em que, sem serem previamente citados, sócios e ex-sócios se viam, da noite para o dia, sem acesso às suas contas bancárias, bloqueadas ou mesmo penhoradas.<sup>108</sup> A justificativa para essa prática estaria na

sócio”; art. 1.032: “A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação”. Ver TJ-SP, AI 0031697-59.2011.8.26.0000, 17ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Souza Lopes, j. em 19.10.2011: “Responsabilidade do sócio falecido ou seus herdeiros por até dois anos, após a averbação na Junta Comercial. Responsabilidade que persiste. Inteligência do parágrafo único do artigo 1.003 e do artigo 1.032, ambos do Código Civil”.

107. Julgando a possibilidade de promover a desconsideração da personalidade jurídica de empresa em processo de falência, o STJ apresentou um argumento bastante sofisticado em favor da inexistência de prazos para pleitear a desconsideração da personalidade jurídica (STJ, REsp 1.180.714/RJ, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 5.4.2011). Afirmou-se, em primeiro lugar, que a demanda pela desconsideração da personalidade jurídica decorre de um direito potestativo; que direitos potestativos se extinguem unicamente pela decadência; que no contexto do novo Código Civil, prazos decadenciais não podem ser presumidos; que, finalmente, na ausência de um prazo decadencial explicitamente previsto, não é possível determinar um limite temporal para a demanda pela desconsideração da personalidade jurídica. Nesse ponto, importa menos a correção técnica do argumento que suas consequências práticas: a desconsideração da personalidade jurídica pode alcançar ex-sócios a qualquer momento, a despeito do prazo estabelecido nos arts. 1.003, parágrafo único, e 1.032 do Código Civil. No fim das contas, persiste a ideia de que a empresa seja mero artifício para camuflar os interesses (quase sempre escusos) de seus sócios: “cuida-se de superação de uma ficção jurídica, que é a empresa”, afirmou o Ministro Luis Felipe Salomão, relator do acórdão, “sob cujo véu se esconde a pessoa natural do sócio”.

108. TST, AIRR 76841-66.2002.5.04.0022, rel. Min. Vieira de Mello Filho, j. em 8.6.2011; TRT da 2ª Região, Ag. de Pet. 01315.2009.445.02.00-3, rel. Des. Maria Isabel Cueva Moraes, j. em 20.9.2010; Ag. de Pet. 0257. O TST já afirmou, todavia, que a diferença entre parte e terceiro para fins trabalhistas deve ser verificada a partir da participação no processo, e não apenas da legitimidade: “(...) Impende realçar manifestação de Teori Albino Zavascki quanto à distinção entre parte processual e parte legítima quando se trata de legitimidade passiva no processo de execução, *verbis*: (...) para se estabelecer a distinção entre parte e terceiro, o conceito a ser considerado é o de parte processual e não o de parte passiva legítima. Ou seja: é a parte na execução e como tal deve a ele opor-se pela via de embargos de devedor, aquela que, indicada pelo exequente, é citada e figura como executada na relação processual. Pouco importa, para essa finalidade, indagar-se da legitimidade. Quem figurar, mesmo ilegitimamente, como executado é parte processual devendo alegar sua ilegitimidade em embargos do devedor, e não embargos de terceiro” (TST, 1ª

suposição de que a responsabilidade do sócio “decorre de lei”, premissa que, argumenta-se, dispensaria sua participação na fase de conhecimento do processo.<sup>109</sup>

Ao lado de procedimentos como o rito sumaríssimo,<sup>110</sup> a execução de contribuições previdenciárias<sup>111</sup> e a criação de títulos executivos em comissões de conciliação prévia,<sup>112</sup> o sistema BacenJud foi concebido como um instrumento voltado não apenas para a celeridade do processo, mas para sua efetividade. Estabelecido a partir de um convênio de cooperação técnico-institucional firmado entre o TST e o Banco Central,<sup>113</sup> o sistema de bloqueio de contas-correntes por meio do BacenJud logo se tornou um dos elementos mais controvertidos do processo trabalhista brasileiro.<sup>114</sup> O mesmo ocorreu com os bloqueios de automóveis, tornando possíveis após convênios firmados com o Detran.<sup>115</sup>

Turma, AIRR 1457/2003-028-01-40.7, rel. Min. Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro, j. em 31.10.2006). A partir disso, caberia ao ex-sócio a interposição de embargos à execução. Nesse caso, argumenta-se ainda que o art. 884, § 1º, da CLT não ofereceria um rol taxativo de hipóteses de cabimento dos embargos – “alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida”. Nesse sentido, TRT da 2ª Região, 3ª Turma, Acórdão 20080658304, rel. Des. Mercia Tomazinho, j. em 18.8.2008; TRT da 2ª Região, 12ª Turma, Acórdão 20070716670, rel. Des. Adalberto Martins, j. em 20.9.2007; TRT 2ª Região, 1ª Turma, Acórdão 20050230560, rel. Des. Lizete Belido Barreto Rocha, j. em 17.4.2005; TRT 4ª Região, 4ª Turma, Acórdão 00811200500904009, rel. Des. Milton Varela Dutra, j. em 13.3.2007; TRT 5ª Região, 1ª Turma, Acórdão 10345/07, Rel. Des. Elisa Maria Amado de Moraes, j. em 22.4.2007.

109. TRT da 2ª Região, 18ª Turma, Ag. de Pet. 02557.2000.013.02.00-9, rel. Des. Regina Maria de Vasconcelos Dubugras, j. em 2.2.2011.

110. Lei 9.957, de 12.1.2000.

111. Lei 10.035, de 25.10.2000.

112. Lei 9.958, de 12.1.2000.

113. Cf. Carlos Henrique Bezerra Leite, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 9ª ed., São Paulo, LTr, 2011, pp. 1.049-1.052; Fátima Nancy Andrichi, “A gênese do sistema ‘penhora on-line’”, in Ernane Fidélis dos Santos, *Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*, São Paulo, Ed. RT, 2007, pp. 386-388; Mariângela Guerreiro Milhoranza, “Algumas considerações sobre a penhora on-line no direito processual do trabalho”, *Justiça do Trabalho* 314, 2010, pp. 26-34.

114. Até por isso há decisões que exigem a citação válida para sua efetivação. Assim, por exemplo, TST, 7ª Turma, RR 154940-24.2006.5.02.0262, j. em 20.5.2010: “*Agravo de Instrumento. Execução. Embargos de terceiro. Penhora. BACEN-JUD. Ex-sócio. Necessidade de citação válida como pressuposto essencial. Artigo 5º, LV, da Constituição Federal. Ausência de citação do ex-sócio. Provimento.* 1. É assente na jurisprudência tanto do STJ quanto dos Tribunais Regionais Federais que, para a utilização da penhora eletrônica autorizada pelo artigo 655-A do CPC, é

Ainda em 2003, antes de sua difusão – que só ocorreria a partir das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, que autorizaram definitivamente a penhora *on-line* –, uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.091/DF) foi proposta a fim de impugnar atos da Corregedoria-Geral de Justiça do Trabalho (Provimentos 1 e 3, de 2003) que viabilizaram a aplicação do novo sistema no campo trabalhista. A ação não prosperou, mas seus questionamentos persistiram, notadamente no campo tributário.

Em 2010, por exemplo, a Procuradoria-Geral do Banco Central, como *amicus curiae* no REsp 1.184.765/PA, elaborou uma cuidadosa petição cuja finalidade foi “explicitar o que é o Sistema de Solicitações do Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil (BacenJud) e expor as razões que evidenciam a legalidade de o Juiz determinar, *ex officio*, em sede de execução fiscal, por meio daquele sistema eletrônico, a indisponibilidade de ativos financeiros, sem a necessidade de esgotar, previamente, diligências para encontrar outros bens penhoráveis”.<sup>116</sup>

Diga-se novamente: os propósitos da penhora *on-line*, efetivada por meio do sistema BacenJud, são inegavelmente louváveis. Precisamos de celeridade e efetividade aos processos judiciais. O problema, para ficar-

necessária a citação válida do ex-sócio, sobretudo quando a reclamação foi ajuizada somente contra a pessoa jurídica e apenas, em sede de execução, foi requerido o redirecionamento da execução aos sócios. 2. Diante da aparente ofensa ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal dou provimento ao agravo de instrumento, para determinar o processamento da Revista”. O problema, entretanto, não se restringe às questões trabalhistas, mas se espalha por todo o sistema de execução. Cf. Fabiano Jantalia, “Uma pedra ao espelho d’água: o BacenJud no contexto da reforma processual e sua contribuição para a efetividade da prestação jurisdicional”, *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central* 1, 1, 2007, p. 79: “Buscando a cura desse mal, foram editadas a Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, e a Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que introduziram profundas mudanças no processo de execução. A última delas desperta um interesse especial, por ter trazido ao *codex* processual disposições bastante ousadas, como a que permite expressamente a penhora, por meio eletrônico, de ativos financeiros. Na prática, a lei veio a legitimar o uso do chamado Sistema BacenJud, desenvolvido pelo Banco Central do Brasil em 2001, com o objetivo de automatizar o envio e o tratamento das solicitações e ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional”.

115. Há, ainda, projetos similares em relação a cartórios de imóveis.

116. Publicada na *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central* 4, 2, 2010, pp. 239 e ss. A petição conclui (p. 275) que, “embora o *caput* do art. 655-A estabeleça regra geral, segundo a qual o juiz só pode bloquear ativos financeiros, por meio do BacenJud, quando instado pela parte, a interpretação sistemática daquele dispositivo com outros do Código, mormente com o art. 797, que outorga aos magistrados poder geral de cautela, permite concluir pela possibilidade de se decretar *ex officio* a indisponibilidade, diante de casos excepcionais”.

mos com uma alegoria conhecida, surge quando a dose do antídoto mata o paciente. A fronteira entre a efetividade e a falta de contraditório é por vezes tênue, e preservá-la é uma das difíceis tarefas de que se deve empenhar a doutrina. E evidentemente fazê-lo em um ambiente de alta litigância e recursos públicos escassos e mal geridos não é tarefa simples.

Não é meu propósito, aqui, discutir a fundo a legalidade ou a constitucionalidade da penhora *on-line*. Nesta reconstrução histórica que ora conduzo, importa mais notar que hoje ela se encontra plenamente difundida e pacificada na prática jurídica trabalhista. Mais ainda: a literatura sobre o tema não parece dar a devida atenção aos riscos de sua aplicação sem critérios, e a responsabilização indevida de terceiros talvez seja o mais grave deles, embora não o único.

Nesse contexto, a jurisprudência trabalhista vem aplicando interpretações duvidosas, geralmente baseadas na ideia de solidariedade social, em que terceiros são postos simplesmente na posição de garantes da empresa. O problema é particularmente grave no caso dos chamados sócios de papel, que figuram no quadro societário apenas por conta de possuírem uma cota na empresa – afinal, até muito recentemente a sociedade unipessoal esteve proibida no Brasil.<sup>117</sup>

Assim, passou a ser comum ver nos processos trabalhistas o arrolamento, como executados, de pessoas que não recebem qualquer retorno da empresa, não participem da sua administração e mesmo sem que tenham ciência do andamento dos seus negócios.<sup>118</sup> Os fundamentos da celeridade e da efetividade, nesses casos, soterram os questionamentos sobre a responsabilização de terceiros.

Com o tempo, a situação alargou-se ainda mais. A desconsideração da personalidade jurídica tornou-se um recurso argumentativo para uma espécie de “legitimação passiva universal” nas execuções trabalhistas. “No Brasil,” justifica a doutrina, “o instituto é de utilidade ímpar, haja vista a nossa execrável cultura de sonegação, torpeza e banalização do ilícito trabalhista”.<sup>119</sup> A fraude à execução passa a ser caracterizada até

117. Lei 11.441, de 11.7.2011. Cf. o primeiro capítulo de Calixto Salomão Filho, *A Sociedade Unipessoal*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

118. Cf. Bruno Meyerhof Salama, “Menos do que o dono, mais do que o parceiro de truco: contra a desconsideração da PJ para responsabilização de procurador de sócio”, *Revista Direito GV*, 2012.

119. José Affonso Dallegrave Neto, “A execução dos bens dos sócios em face da *disregard doctrine*”, in José Affonso Dallegrave Neto e Ney José de Freitas, *Execução Trabalhista: Estudos em Homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen*, São Paulo, LTr, 2002, p. 173.

mesmo por alienações anteriores à citação do executado.<sup>120</sup> A justificativa, outra vez, é a vantagem econômica obtida através do trabalho alheio.<sup>121</sup> O princípio da alteridade é empregado para justificar até mesmo o bloqueio de bens de sócios alheios às operações da empresa.<sup>122</sup> Por outro lado, a execução passou a correr não só contra ex-sócios e ex-administradores, mas também contra procuradores, advogados e até mesmo advogados de sócios detentores das chamadas *procurações societárias*.<sup>123</sup>

Com isso, o foco do direito do trabalho migrou da relação de emprego para a dívida. Historicamente, as discussões do direito do trabalho tiveram por objeto a caracterização da relação de emprego, e muito se escreveu sobre quais suas características básicas e as condições bastante estritas dentro das quais o patrimônio dos sócios poderia ser atingido. Nesse contexto, a responsabilização de sócio fora sempre vista como medida excepcional destinada a coibir fraudes, que por sinal não podiam ser pressupostas, mas ao contrário necessitavam ser provadas, mediante procedimento em contraditório.

As últimas duas décadas, no entanto, reverteram essa tendência, e de modo bastante radical. Enquanto a relação de emprego precisa ser demonstrada, a dívida deve ser paga. Daí vem a noção, hoje predominante na jurisprudência, de que em matéria trabalhista a mera insuficiência patrimonial da empresa é fundamento válido para a responsabilização de terceiros.

Volto a insistir no ponto. Não resta dúvida de que a busca pela efetividade do processo é altamente positiva. Acostumamo-nos no Brasil, durante muitos anos, com a ideia de que judicializar uma dívida era praticamente o mesmo que não a pagar. De que adianta ter um Poder Judiciário se suas condenações estão sujeitas a infinitos recursos e ma-

120. TRT da 2ª Região, Ag. de Pet. 02538.2003.049.02.00-5, rel. Des. Ricardo Artur Costa e Trigueiros, j. 6.4.2010; em sentido contrário, no entanto, Ag. de Pet. 00909.2009.004.02.00-4, rel. Des. Mercia Tomazinho (a alienação de imóvel de sócio efetuada antes da desconsideração da personalidade jurídica não caracteriza fraude à execução).

121. TRT da 2ª Região, Ag. de Pet. 01962.2004.444.02.00-4, rel. Des. Bianca Bastos, j. em 18.11.2010; Ag. de Pet. 00547.2002.016.02.00-0, rel. Des. Sérgio Winnik, j. em 9.11.2010.

122. TRT da 2ª Região, Ag. de Pet. 00825.1992.481.02.00-8, rel. Des. Regina Maria Vasconcelos Dubugras, j. em 16.9.2010.

123. Cf. Bruno Meyerhof Salama, “Menos do que o dono, mais do que o parceiro de truço: contra a desconsideração da PJ para responsabilização de procurador de sócio”, cit., *Revista Direito GV*, 2012.

nobras que permitem ao devedor evadir-se das dívidas? Não há como, republicanamente, ter antipatia por reformas tendentes a dotar o Poder Judiciário de agilidade e efetividade. Mas esse discurso esconde armadilhas. Uma delas é a da imputação: quem deve ser responsabilizado? Evidentemente, tornar as decisões judiciais efetivas é muito diferente de tornar as decisões efetivas a qualquer preço ou contra qualquer um. Esse é o grande dilema da justiça trabalhista nestes tempos de *fim da responsabilidade limitada*.

### 3.2.2 A desconsideração da PJ positivada no direito civil

A evolução da responsabilidade societária na esfera civil no período posterior à Constituição de 1988 é marcada pela edição de dois importantes diplomas legais: o Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 1990<sup>124</sup> e o Novo Código Civil em 2002.<sup>125</sup> Embora o escopo do Código Civil seja em tese mais amplo, porque voltado a qualquer relação cível e não apenas às relações de consumo, no que toca à desconsideração da personalidade jurídica foi o CDC o diploma mais decisivo na conformação da jurisprudência.

#### 3.2.2.1 Duas técnicas distintas

O CDC teve por objetivo disciplinar as relações e responsabilidades entre fornecedores de bens e serviços a consumidores. Em seu art. 28,<sup>126</sup> o CDC estabeleceu amplíssimas bases para a desconsideração da personalidade jurídica em processos judiciais.<sup>127</sup> O rol de elementos que permitiriam a desconsideração incluía os seguintes: abuso de direito,

124. Lei 8.078, de 11.9.1990.

125. Lei 10.406, de 10.1.2002.

126. CDC, 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”.

127. A literatura crítica sobre o art. 28 do CDC é vasta. Cf. Ana Caroline Santos Ceolin, *Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002; Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, *Desconsideração da Personalidade Jurídica. Análise à Luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2004; Walfrido Jorge Warde Jr., *Responsabilidade dos Sócios: a Crise da Limitação e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.



excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica em razão de má administração.

O CDC estabeleceu, ademais, regras de responsabilidade subsidiária ou solidária para os grupos econômicos,<sup>128</sup> regras essas sujeitas a uma espécie de gradação: sociedades consorciadas seriam solidariamente responsáveis pelas obrigações da empresa fornecedora (art. 28, § 3º); sociedades integrantes de grupo societário, inclusive as controladas, seriam subsidiariamente responsáveis (§ 2º); e sociedades coligadas responderiam apenas na hipótese de culpa (§ 4º).

Mas a modulação criteriosa de hipóteses para responsabilização de terceiros que tal gradação poderia sugerir logo se mostraria enganosa. O § 5º determina – estrondosamente – que “[t]ambém poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.<sup>129</sup> Ou seja, o texto da lei atribuía ao Poder Judiciário amplíssima discricionariedade para formular os critérios e considerar as circunstâncias que justificariam a responsabilização de terceiros.

O outro diploma legal a ser mencionado é o novo Código Civil, promulgado em 2002. A positivação da desconsideração da personalidade jurídica foi uma das diversas e importantes inovações trazidas pelo diploma.<sup>130</sup> Seu art. 50 determina a possibilidade de responsabilização

128. Essas regras correspondem a parágrafos do art. 28, que está, por sua vez, inserido em uma seção intitulada “Da Desconsideração da Personalidade Jurídica”. Diante dessa figura, no entanto, não faz sentido falar de responsabilidade subsidiária. Como notou a Ministra Nancy Andrigli no julgamento do conhecido caso do “Shopping Osasco”, “A despeito de ser a responsabilidade subsidiária regra geral de direito societário (CC/02, art. 1024), deve-se observar que 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 consequência, 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” (REsp 279.273/SP, 3ª Turma, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 4.12.2003).

129. Para ver discussão na jurisprudência sobre a amplitude na aplicação desse artigo ver: STJ, REsp 279.273, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 4.12.2003. E ainda: REsp 63.981, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. em 11.4.2000.

130. Sobre algumas inovações do Código Civil de 2002, vide Miguel Reale, *História do Novo Código Civil*, São Paulo, Ed. RT, 2005.

de sócios ou administradores quando houver abuso de personalidade jurídica.<sup>131</sup>

No Código Civil, o abuso de personalidade jurídica comporta em princípio dois fundamentos: o *desvio de finalidade* e a *confusão patrimonial*. De um modo geral, entende-se que o desvio de finalidade ocorre quando sócios ou administradores praticam atos em nome da empresa com fins distintos daqueles estabelecidos no seu objeto social. Estamos aqui em um âmbito coincidente com aquele dos chamados atos *ultra vires*.<sup>132</sup> Já a confusão patrimonial se daria quando se confundissem os negócios pessoais dos sócios e administradores com os negócios da própria empresa. Juntas, as vedações ao desvio de finalidade e à confusão patrimonial tinham o duplo objetivo de proteger tanto a sociedade quanto os seus credores.<sup>133</sup>

Há uma diferença fundamental entre a responsabilização de terceiros prevista no CDC e aquela prevista no Código Civil. O abuso de personalidade jurídica de que trata o art. 50 do Código Civil contempla um mecanismo de responsabilização por ato ilícito, e tanto o desvio de finalidade quanto a confusão patrimonial são atos ilícitos praticados em nome da sociedade. Mas o mesmo não pode ser dito do CDC. Nesse último, há previsão da responsabilização de terceiros não apenas por ato ilícito, mas também para realocação de riscos na sociedade. Afinal, como vimos, o CDC contempla hipóteses de coobrigação e, ademais, faculta aos magistrados responsabilizarem terceiros com base em con-

131. Código Civil, art. 50: “Em caso de *abuso da personalidade jurídica*, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica” (grifo nosso).

132. Mário Diney Corrêa Bittencourt, “As sociedades comerciais e os atos *ultra vires*”, RT 656, 1990, pp. 48-52 (observando que a expressão era praticamente ignorada no *civil law*, embora na prática os atos *ultra vires* recebessem as mais diversas qualificações); mas v. Teresa Cristina G. Pantoja, “Anotações sobre as pessoas jurídicas”, in Gustavo Tepedino, *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 122 (sustentando que a responsabilidade dos administradores por atos *ultra vires* deve ser fundamentada em disposições da legislação especial, como o art. 158, II, da Lei das Sociedades por Ações, e não no art. 50 do Código Civil, sob o argumento de que “*lex specialis derogat legi generali*”).

133. Roberta Nioac Prado e Angela Rita Franco Donaggio, “Responsabilidade pessoal dos administradores e sócios por atos praticados em nome da sociedade e desconsideração da personalidade jurídica”, *Revista Direito GV* 5, 2007, pp. 75-100.

siderações de prudência ou conveniência. Embora a hipótese do CDC seja mais ampla que a do Código Civil, seu espectro de aplicação é mais restrito, contemplando apenas as relações de consumo.<sup>134</sup>

Em parte, essas diferenças entre o CDC e o Código Civil podem ser explicadas pela posição relativa das partes que se busca proteger. O pressuposto político do CDC sempre foi o de que em uma sociedade “massas” consumidoras estão em uma posição desfavorável, e, portanto, necessitam de uma legislação que lhes proteja contra ações oportunistas de fornecedores. Isso quer dizer que características particulares de um dos contratantes – no caso, os consumidores – não poderiam ser ignoradas.<sup>135</sup> Dados externos ao contrato – no caso, seu papel e sua repercussão no mercado de consumo – deveriam igualmente ser levados em conta.<sup>136</sup> Nesse sentido, e sabedores de que a pessoa jurídica podia servir, também no âmbito das relações de consumo, como escudo para evitar a responsabilização, os autores do CDC incluíram um dispositivo legal que abria larguíssima possibilidade para a responsabilização de terceiros em ações movidas por consumidores.

Já o pressuposto político do Código Civil é, de um modo geral, a igualdade formal entre as partes. É bem verdade que esse Código de

134. Deborah Pierri, “Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil e o papel do Ministério Público”, in Selma Negrão Pereira dos Reis, *Questões de Direito Civil e o Novo Código*, São Paulo, Imprensa Oficial, 2004, p. 166 (“A grande contribuição do art. 50, cuja previsão encontra-se na Parte Geral do novo Código Civil, é a de permitir sua aplicação aos mais variados campos do direito”).

135. A própria definição de consumidor, presente no art. 2º do CDC (“Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”), estabelece a individualização de um específico contratante. Não há nada parecido no direito civil. Nos últimos anos, a dogmática do direito do consumidor tem ido ainda mais longe, ao considerá-lo e tutelá-lo antes mesmo da contratação – é o que se pretende, por exemplo, com as propostas de disciplina do superendividamento. Cf. os artigos reunidos por Claudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi, *Direitos do Consumidor Endividado. Superendividamento e Crédito*, São Paulo, Ed. RT, 2006.

136. A Política Nacional das Relações de Consumo, por exemplo, não contempla apenas a disciplina interna dos contratos referidos no CDC, mas sua posição no mercado; cf. CDC, art. 4º, VI: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) VI – coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores (...)”.

Miguel Reale ampliou os espaços para que os juízes, em casos concretos, relativizassem essa igualdade formal por conta de desigualdades concretamente observáveis. De fato, ao menos três inovações revelam essa ampliação.<sup>137</sup> A primeira é a explicitação da boa-fé objetiva como critério de interpretação,<sup>138</sup> como limite para o exercício de direitos<sup>139</sup> e como elemento de integração do negócio jurídico.<sup>140</sup> A segunda é a disciplina da onerosidade excessiva superveniente, uma espécie de lesão diferida.<sup>141</sup> A terceira é a introdução da ideia de função social, tradicionalmente associada à empresa e à propriedade, no âmbito do direito dos contratos.<sup>142</sup>

Embora seja inegável que essas inovações ampliem os espaços de atuação do magistrado, seu caráter é bastante controverso. Para alguns, elas representariam uma inexorável *constitucionalização* do direito privado, em cuja disciplina teriam sido incorporados elementos marcadamente distributivos, antes restritos a áreas de caráter inegavelmente público, como o novo direito financeiro (ou o velho direito tributário) e o direito ambiental.<sup>143</sup>

Para outros, o direito privado segue sendo essencialmente uma ordem de facilitação de trocas equilibradas. A função social dos contratos, por exemplo, não seria determinada por características particulares dos contratantes ou por dados externos ao contrato, mas por fatores que

137. Cf. os artigos reunidos por Judith Martins-Costa, *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, Ed. RT, 2002.

138. Código Civil, art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

139. Código Civil, art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

140. Código Civil, art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

141. Código Civil, art. 478: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

142. Código Civil, art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

143. Exemplarmente, Gustavo Tepedino, “Notas sobre a função social do contrato”, in Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, *O Direito e o Tempo. Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 404; Luiz Edson Fachin, *Teoria Crítica do Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 222-231.

diminuíssem os custos de transação.<sup>144</sup> Nesse caso, haveria então uma distinção rígida entre relações cíveis de um modo geral e relações de consumo, até porque no CDC a orientação distributiva é pacífica (embora nem sempre esclarecida).<sup>145</sup>

Fato é que essa polarização, bastante nítida em relação às inovações trazidas pelo Código Civil, está presente de modo mais ou menos claro em todos os campos do direito privado. Importam aqui menos suas manifestações que sua formação, estreitamente relacionada à assimilação de doutrinas solidaristas, distributivas ou “publicizantes”, primeiro pela jurisprudência, depois pelo CDC e finalmente pelo Código Civil. Como veremos adiante, essa assimilação, intensificada nos últimos vinte ou trinta anos, passou por ao menos duas grandes fases, marcadas por processos de recepção e reformulação que se refletem, hoje, naquele que talvez seja o problema mais delicado (e malversado) no campo da responsabilização de terceiros por dívidas da empresa.

### 3.2.2.2 A introdução turbulenta pelo CDC

À época da edição do CDC, em 1990, vigia ainda o Código Civil de 1916. No diagnóstico da época, o Código Civil de 1916 era marcado pela importação de estruturas então referidas rotineiramente como “liberais”, quase exclusivamente comutativas, e alegadamente não adaptáveis às relações contratuais de uma sociedade de produção e consumo em massa. Em um primeiro momento, a grande controvérsia suscitada pela edição do CDC foi a definição do termo “consumidor”, presente no art. 2º do diploma. Confrontaram-se duas posições, a “maximalista” e a “finalista”. A posição *maximalista* considerava consumidor o *destinatário final*, isto é, aquele que faticamente retira o produto do mercado.<sup>146</sup> Já a

144. Assim, por todos, Luciano Benetti Timm, *O Novo Direito Civil. Ensaios sobre o Mercado, a Reprivatização do Direito Civil e a Privatização do Direito Público*, cit., p. 13.

145. A primeira e mais aguda percepção do caráter distributivo do direito do consumidor é devida a José Reinaldo de Lima Lopes, *Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor*, São Paulo, Ed. RT, 1992, pp. 97-98 e 145-147.

146. Cf. STJ, REsp 208.793/MT, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 18.11.1999 (argumentando que a “expressão ‘destinatário final’, constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento”). Ver Claudia Lima Marques *et al.*, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2006, pp. 83-84 (explicando que para essa concepção não importa se o destinatário final

posição *finalista* pautava-se por critérios de vulnerabilidade e destinação imediata para o consumo, restringindo a figura do consumidor ao não profissional que adquire um produto para uso próprio e de sua família, sendo por isso mesmo mais vulnerável.<sup>147</sup>

O CDC foi editado em um momento histórico em que a desconsideração da personalidade jurídica ainda era encarada com bastante desconfiança pelas nossas cortes cíveis. Embora a doutrina da *desconsideração da PJ* viesse ganhando corpo na Justiça Cível desde os anos 1970 – ainda que em recorrente confusão com técnicas ou institutos similares, notadamente a responsabilidade pessoal de sócios –,<sup>148</sup> o tema ainda parecia excêntrico àqueles mais próximos da antiga tradição liberal.

Argumentava-se, por exemplo, que não seria possível aplicar a doutrina da *desconsideração da PJ* enquanto o direito positivo não a acolhesse inequívoca e explicitamente. Por outro lado, em matéria cível, mesmo autores que admitiam a utilidade prática do instituto não descuidavam dos riscos que sua aplicação irrestrita poderia trazer<sup>149</sup> – notadamente o risco de um suposto “controle da produção, da distribuição dos bens e das estruturas do mercado pelas entidades de consumidores”.<sup>150</sup>

Essas condicionantes históricas explicam por que o CDC e o Código Civil tiveram efeitos bastante diferentes na jurisprudência. O CDC teve um efeito marcante e até certo ponto revolucionário.<sup>151</sup> Logo em 1990, ele deu o tom de uma nova era da responsabilização societária.

é uma pessoa física ou jurídica, nem se o serviço ou produto é utilizado para fim particular ou profissional).

147. Claudia Lima Marques *et al.*, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., pp. 84-85.

148. Sobre o tema, Ana Caroline Santos Ceolin, *Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*, cit., pp. 10-12.

149. Por todos, João Baptista Villela, “Um projeto e muitos equívocos”, *Estado de Minas*, 13.12.1997, p. 4.

150. Orlando Gomes, “A política legislativa de proteção do consumidor”, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 52, 1990, p. 121.

151. Isso não quer dizer que o CDC tenha simplesmente introduzido o tema da proteção ao consumidor no Brasil. É comum atribuir a um estudo de 1974 de Fábio Konder Comparato a inauguração dos estudos consumeristas no Brasil. Vide “A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico”, *Revista de Direito Mercantil* 16, 1974, pp. 89-105. Mas não se pode negar o grande impacto desse diploma, ao qual se atribui inclusive “a cisão da liberdade contratual no direito brasileiro” (cf. Cristiano de Souza Zanetti, *Direito Contratual Contemporâneo – A Liberdade Contratual e sua Fragmentação*, São Paulo, Método, 2008, p. 225).

E esse *tom*, por assim dizer, como tenho reiterado aqui, é o do fim da responsabilidade limitada também no direito privado.

Para entender por que, repare que os efeitos do CDC foram marcantes na jurisprudência consumerista – nela, realmente, a responsabilização de sócios e administradores passou a fazer parte do dia a dia dos tribunais. Só aqui, já há uma novidade, porque até então cada desconconsideração era um fato excepcional, extraordinário. Mas o ponto mais importante é que, após a edição do CDC, responsabilizar terceiros em matéria civil deixou de ser percebido como algo extravagante e passou a ser visto como algo natural. Isso quer dizer que o CDC cristalizou uma mudança que é antes de tudo cultural.<sup>152</sup> E para além das discussões doutrinárias específicas sobre relações de consumo, esse é até hoje o principal legado do CDC.

É comum a percepção de que a edição do CDC tenha representado um sinal de que no quadro político posterior à Constituição de 1988 considerações distributivas estariam fora do campo do direito civil.<sup>153</sup> Afinal, no momento em que a distribuição alcançava uma parcela significativa das práticas reguladas pelo velho Código de 1916, um novo diploma vinha à tona para restringi-la, tal qual ocorrera com a edição da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943. Tal leitura me parece apressada, porque os impactos do CDC não se limitaram às relações de consumo, mas se estenderam para todos os campos do Direito, inclusive o direito civil. Daí por que, para insistir no ponto, parece-me que a edição do CDC seja antes de tudo um marco do ponto de vista da cultura jurídica, um marco que, aliás, teve fortíssimas implicações para o tema da presente obra, porque a ideia de flexibilizar a responsabilidade limitada tem certamente um componente cultural, para além dos ditames da economia política.

Evidentemente que aqui a raiz não estava apenas no CDC. Todo o movimento constitucional de 1988 punha o Judiciário e as normas-objetivo no centro do arranjo político, tema de que tratarei especificamente mais adiante. Nem poderia ser diferente, porque não poderia ser apenas um único ato, isto é, a edição de um código, a criar a nova cultura jurídica. Uma cultura jurídica se forma com o tempo, uma constatação que me parece estar inequivocamente bem-ilustrada pela reconstrução histórica

152. Márcio André Medeiros Moraes, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, LTr, 2002, pp. 82-94.

153. Cf. Osny da Silva Filho e Luiz Felipe Rosa Ramos, *Orlando Gomes*, São Paulo, Elsevier, 2014 (no prelo).

aqui empreendida. Mas o fato é que diplomas como CDC serviram para reforçar uma nova postura por nossas cortes.

Ora, enquanto as normas jurídicas se irradiam verticalmente (porque vigem, em princípio pelo menos, apenas sobre o conjunto de fatos sobre os quais incidem), a cultura jurídica se irradia em todas as direções. E a irradiação cultural das normas pode levar, num momento posterior, à sua aplicação por analogia em outros campos em que sua incidência passa a ser, num certo sentido, indireta. O melhor exemplo pode ser encontrado no direito trabalhista. Desde 1990 até hoje, a aplicação analógica do art. 28 do CDC serviu como fundamentação para as mais variadas – e cada vez mais agressivas – formas de responsabilização de terceiros por dívidas trabalhistas da empresa.

A aplicação analógica do CDC especificamente no direito trabalhista não é, aliás, mera coincidência. Havia paralelos claros entre a dinâmica trazida pelo CDC e aquela que já vigia há décadas no direito trabalhista, nomeadamente quanto ao fundamento distributivo de ambos os diplomas. Daí a similaridade de algumas de suas disposições. Como vimos, o CDC foi o primeiro diploma, depois da CLT, a determinar a corresponsabilização de grupo econômico. É bem verdade que a redação da CLT<sup>154</sup> era mais estreita do que a do CDC,<sup>155</sup> mas o seu sentido era perfeitamente análogo.

Além disso, da mesma forma que a CLT pressupunha a hipossuficiência do empregado, também o CDC – ao menos em uma leitura *finalista*, hoje prevalente, embora atenuada – exigia essa característica de seus destinatários.<sup>156</sup> Por conta disso, a jurisprudência trabalhista ra-

154. CLT, art. 2º: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. (...) § 2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

155. CDC, art. 28, § 2º: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (...) § 2º. As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código”.

156. Embora o art. 2º do CDC não refira expressamente a hipossuficiência, os finalistas defendem sua verificação a partir do art. 6º, VIII, do diploma: “São direitos



pidamente pôde identificar no CDC dispositivos em que poderia escorar diversas posições, inclusive a responsabilização de terceiros como sócios e administradores por dívidas trabalhistas.

Hoje, olhando para trás, esses efeitos indiretos do CDC podem parecer naturais ou inevitáveis. Mas na ocasião da edição do CDC o contexto ainda era distinto.<sup>157</sup> As irradiações culturais do CDC, além de não serem óbvias, talvez nem sequer eram pretendidas pelos seus autores. O CDC, ao menos na opinião de seus redatores, voltava-se para os destinatários finais de bens e serviços, e não para a “sociedade de consumo” – um grupo propositadamente indefinido e, por conseguinte, imune a restrições subjetivas –, como sustentaram, talvez majoritariamente até a edição do novo Código Civil, seus intérpretes maximalistas.<sup>158</sup>

básicos do consumidor: (...) VIII – a 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 (...)”.

157. Cf. Rachel Sztajn, “Desconsideração da personalidade jurídica”, *Revista de Direito do Consumidor* 2, 1992, p. 67 (salientando, pouco depois da promulgação do CDC, os riscos de um excessivo alargamento da ideia de desconsideração da personalidade jurídica).

158. Vários, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense, 2007, pp. 34-35. Sobre as limitações subjetivas do CDC, v. Claudia Lima Marques, “A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor. Antinomia entre norma do CDC e de leis especiais”, *Direito do Consumidor* 3, 1992, pp. 155-197. A orientação jurisprudencial contemporânea tende a adotar os critérios finalistas propostos pelos redatores do CDC, alargando-os, no entanto, diante de algumas hipóteses. Cf. STJ, REsp 1.010.834, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 3.8.2010: “(...) deve-se abrandar a teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica”. Antes, de modo mais detalhado, STJ, RMS 27.512, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20.8.2009: “A jurisprudência consolidada pela 2ª Seção deste STJ entende que, a rigor, a efetiva incidência do CDC a uma relação de consumo está pautada na existência de destinação final fática e econômica do produto ou serviço, isto é, exige-se total desvinculação entre o destino do produto ou serviço consumido e qualquer atividade produtiva desempenhada pelo utente ou adquirente. Entretanto, o próprio STJ tem admitido o temperamento desta regra, com fulcro no art. 4º, I, do CDC, fazendo a lei consumerista incidir sobre situações em que, apesar do produto ou serviço ser adquirido no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente à outra. – Uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência, circunstância

### 3.2.2.3 A domesticação pelo Código Civil

Se os efeitos da entrada em vigor do CDC foram radicais,<sup>159</sup> o mesmo não pode ser dito em relação ao novo Código Civil. No que toca à responsabilização de terceiros por dívida da empresa, por curioso que seja, parece-me que a inclusão da desconsideração da personalidade jurídica no anteprojeto do Código Civil, nos anos 1970, tenha sido um fato mais marcante na formatação da nova cultura jurídica e institucional brasileira do que a própria entrada em vigor do Código, em 2002.<sup>160</sup>

De fato, nas primeiras manifestações dos tribunais favoráveis à responsabilização de terceiros por dívidas da empresa, ainda nos anos 1970, as normas do anteprojeto em discussão no Congresso já se faziam ouvir. A referência ao anteprojeto era, à ocasião, um fato notório, extraordinário. Mas quando o Código Civil finalmente entrou em vigor em 2002, em praticamente todos os ramos jurídicos a responsabilização de sócios e administradores já era vista como algo plenamente razoável. O pêndulo já tinha virado.

A positivação da desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil teve, portanto, um papel muito mais organizador e sedi-

que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF. Em suma, prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de consumidor exige destinação final fática e econômica do bem ou serviço, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor dá margem à incidência excepcional do CDC às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada, pelo fornecedor, a não vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica. – Ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o equilíbrio da relação de consumo. A ‘paridade de armas’ entre a empresa-fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra de extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não”.

159. Cf., por exemplo, a quantidade de artigos publicados na *RT* 666 (1991) logo após a promulgação do CDC: Arnoldo Wald, “O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras”; Artur Marques da Silva Filho, “Responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço”; Adalberto Pasqualotto, “Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor”; Mônica Herman Salem Caggiano, “Código do Consumidor. Aspectos constitucionais”.

160. Tanto assim, que os projetos de Caio Mário da Silva Pereira e Orlando Gomes, ambos divulgados em 1965, não previam o instituto.

mentador da jurisprudência do que propriamente revolucionário. Nunca é demais lembrar que o Código Civil posicionou a desconsideração da personalidade jurídica como modalidade de abuso de forma, abuso esse que se traduziria ora como desvio de finalidade, ora como confusão patrimonial. Nas questões cíveis, esses critérios acabaram então servindo como balizadores da jurisprudência.

Outro ponto interessante é o de que, quando consideramos as possibilidades que se abriram a partir de 1988 para o ativismo judicial, provavelmente não é exagero dizer que a responsabilização de terceiros *em matéria civil* (ao contrário de outras matérias, notadamente a trabalhista) acabou até sendo bastante comedida. Nossos tribunais poderiam ter optado por fazer as mais variadas analogias com o CDC, mas em vez disso acabaram se pautando, de um modo geral, pelos critérios expressamente trazidos pelo Código Civil. Aqui estava um sopro de vida da tradição liberal de comedimento por parte do Judiciário, de apego à regra expressa e principalmente apego à responsabilização em caráter subjetivo.

Isso quer dizer que, na Justiça Cível, ao contrário da Justiça Trabalhista, a visão que prevaleceu foi a da responsabilização de terceiros em caráter subjetivo e excepcional. É verdade que no caso de relações de consumo a responsabilização de sócios e administradores era facilitada pelo reconhecimento (nem sempre esclarecido) dos conflitos distributivos que estavam em jogo.<sup>161</sup> Mas parece-me que nos casos em que não há relação de consumo, a responsabilização de terceiros tem dependido da prova de abuso ou fraude.<sup>162</sup>

161. Cf. José Reinaldo de Lima Lopes, “Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário”, in José Eduardo Campos de Oliveira Faria, *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, pp. 68-93. Cf. ainda a nota 136 acima e a respectiva referência no texto.

162. STJ, REsp 1.259.018, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 9.8.2011 (na hipótese de fraude para desvio de patrimônio de sociedade falida, em prejuízo da massa de credores, perpetrada mediante a utilização de complexas formas societárias, é possível utilizar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica com nova roupagem, de modo a atingir o patrimônio de todos os envolvidos); STJ, REsp 693.235/MT, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 30.11.2009 (não encontra suporte jurídico no direito brasileiro a chamada “teoria menor” da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual bastaria a insuficiência de bens da sociedade para que os sócios fossem chamados a responder pessoalmente pelo passivo da pessoa jurídica. Na verdade, embora a jurisprudência pátria dispense ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, somente em casos de abuso de direito – cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/2002 –, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência); TJ-RS, AI 70044517563, rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, j. em 17.8.2011 (a pretensão de desconside-

Em levantamento jurisprudencial com julgados de Tribunais de Justiça estaduais e do STJ da década de 1990, foi possível identificar que as decisões procuravam discutir diretamente a possibilidade de descon sideração da pessoa jurídica a partir da análise dos fatos, sempre tentando depurar a existência ou não de fraude e abusos<sup>163</sup> ou então analisando a situação nos grupos econômicos.<sup>164</sup>

ração da personalidade jurídica, medida excepcional ao princípio da personificação societária, deve ser aplicada quando concretamente demonstrados os pressupostos autorizadores, quais sejam, desvio de finalidade, dissolução irregular da sociedade ou confusão patrimonial. Hipótese dos autos em que restaram preenchidos referidos pressupostos vindo a pretensão provida de suporte probatório acerca da existência de fraude cuja circunstância, aliada a inexistência de bens, autoriza a concessão da medida extrema); TJ-RJ, 17ª Câmara Cível, AI 0010410-45.2005.8.19.0000 (2005.002.20744), rel. Des. Edson Vasconcelos, j. em 28.9.2005 (por possuir personalidade jurídica distinta da dos seus sócios, e consequentemente inexistir confusão patrimonial entre eles, por diversas vezes, a pessoa jurídica é utilizada como escudo para a prática de atos tendentes a prejudicar direitos de terceiros. O ato fraudulento ensejador da aplicação da teoria da descon sideração fica demonstrado quando a agravada ciente da execução encerra suas atividades menos de um mês após ser citada, havendo, portanto, indícios de fraude).

163. STJ, REsp 86.502/SP, rel. Min. Ruy Rosado, j. em 16.4.1996 (tratando do problema em termos de abuso e fraude e citando os textos de Rubens Requião, J. Lamartine Corrêa de Oliveira e Fábio Konder Comparato, entre outros). TJ-RJ, AI 0021611-78.1998.8.19.0000 (1998.002.07472), rel. Des. Denise Levy Tredler, j. em 7.12.1998 (entende-se que o magistrado deve aplicar a teoria da descon sideração da personalidade jurídica quando a pessoa jurídica estiver sendo usada abusivamente pela pessoa dos sócios. A empresa é ré de inúmeras ações e sempre se omite pela inexistência de fundos); TJ-RJ, Apelação Civil, Processo 0008652-22.1991.8.19.0000 (1991.001.03911), 2ª Câmara Civil, rel. Murilo Fabregas, j. em 17.12.1991 (na prática não se percebiam personalidades jurídicas distintas pela confusão de controladores e estabelecimentos. Aplicou-se, então, a descon sideração da personalidade jurídica); TJ-RS, 20ª Câmara Cível, AI 598126522, rel. Ilton Carlos Dellandrea, j. em 13.10.1998 (havendo indícios sérios de atos suspeitos praticados por ex-sócio de sociedade irregularmente dissolvida visando fugir a responsabilidade de pagar dívida de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, é conveniente determinar a constrição sobre seus bens em processo de execução, dando oportunidade à elucidação satisfatória da matéria); TJ-SP, Ap. 221.514-2/5, rel. Des. Nigro Conceição, j. em 2.9.1997 (a prática de atos sobre os mesmos bens, ora aparecendo as pessoas físicas, ora as pessoas jurídicas, como titulares do domínio, autoriza a descon sideração da pessoa jurídica e permite sejam responsabilizados pelos prejuízos acarretados a terceiros de boa-fé).

164. STJ, REsp 67.237-6/MS, rel. Min. Fontes de Alencar, j. em 10.3.1997 (caso no qual se decidiu pela manutenção de empresa do mesmo grupo financeiro no polo passivo, invocando a teoria da aparência e descon sideração da pessoa jurídica); TAC-RS, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível 196083018, rel. Márcio Oliveira Puggina, j. em 27.6.1996 (caso de venda ficta entre pessoas jurídicas em que a adquirente

A pesquisa nesses mesmos tribunais em julgados da última década apontou no mesmo sentido. De particular interesse, aparentemente o STJ tem consistentemente tomado posição no sentido de que, em matéria civil, adota-se aquilo que se convencionou chamar de teoria *maior* da desconsideração da personalidade jurídica. Segundo esta, não se pode responsabilizar terceiro pela mera constatação da inexistência de patrimônio social para fazer frente a obrigações da empresa. Ao contrário, é preciso necessariamente verificar a existência de abuso, a fraude ou a confusão patrimonial.<sup>165</sup>

### 3.2.3 *A regulação no direito administrativo e penal*

Já mencionamos que desde a década de 1930 o Estado brasileiro se embrenhou em uma tarefa ordenadora (em parte) reformadora da sociedade – características essas, aliás, definidoras da noção aqui empregada de *Estado social*. Apesar dos movimentos no direito tributário, trabalhista e cível discutidos no Capítulo 2, fato é que até os anos 1990 as empresas estatais eram as ferramentas básicas da intervenção do Estado. Contudo, a onda de privatizações e quebras de monopólio que se seguiu ao esgotamento do nacional-desenvolvimentismo mudou a forma de atuação do

não assumiu o passivo e a alienante); TJ-SP, 10ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 070.727-4/0-00, rel. Ruy Camilo, j. em 23.12.1997 (aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para se atingir bens de sociedade que compunham determinado grupo, sobre o qual foi decretada falência). As empresas executadas entenderam não poderem ser executadas por não fazerem parte do processo de falência. Contudo, para que se evitasse falta de pagamento a terceiros, foi considerada adequada a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

165. STJ, REsp 1.200.850, rel. Min. Massami Uyeda, j. em 4.11.2010 (a responsabilização dos administradores e sócios pelas obrigações imputáveis à pessoa jurídica, em regra, não encontra amparo tão somente na mera demonstração de insolvência para o cumprimento de suas obrigações (Teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica). Faz-se necessário para tanto, ainda, ou a demonstração do desvio de finalidade (este compreendido como o ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica), ou a demonstração da confusão patrimonial (esta subentendida como a inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial do patrimônio da pessoa jurídica ou de seus sócios, ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas)); no mesmo sentido: REsp 1.267.232/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 1ª.9.2011; REsp 279.273, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 4.12.2003 (afirmando a acolhida da teoria menor da desconsideração em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no direito do consumidor e no direito ambiental. A desconsideração, então, incidiria 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).

governo. Em meio à propalada reengenharia do Estado,<sup>166</sup> à criação das agências reguladoras<sup>167</sup> e ao redesenho de antigas organizações estatais, a noção de *regulação* entrou no discurso jurídico brasileiro.<sup>168</sup>

### 3.2.3.1 A responsabilização de terceiros como técnica regulatória

A mudança pode ser em parte capturada na terminologia do direito administrativo. Até os anos 1990, não se falava em *regulação*, mas sim em *regulamentação*. Enquanto o primeiro termo descreve uma forma de ação do Estado próxima da ideia de *intervenção*, o segundo descreve um tipo específico de normativo, os regulamentos.<sup>169</sup> Polêmicas terminológicas à parte,<sup>170</sup> fato é que a redução do papel empreendedor do Estado foi contrabalançada pelo aumento da “juridificação” das atividades das empresas privadas. Muitas dessas iniciativas regulatórias foram redisciplinadoras da responsabilização empresarial.

Assim, a Lei 8.884/1994, que reorganizou o sistema da concorrência no Brasil – hoje disciplinado pela Lei 12.529/2011 –, seguindo uma

166. Cf. Luiz Carlos Bresser-Pereira e Peter Spink (orgs.), *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, Editora Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1998.

167. Tais como Anatel, Aneel, Ancine, Anac, Antaq, ANTT, ANP, Anvisa, ANS e ANA.

168. Para uma reconstrução histórica sobre a formação do Estado regulador no Brasil, ver Paulo T. L. Mattos, *O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade*, São Paulo, Singular, 2006.

169. Sobre o tema, ver Paulo T. L. Mattos, *O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade*, cit., p. 35 (definindo que o “ato de regular pode ser entendido como exercício de função normativa. Nessa perspectiva, podemos ter o exercício de função normativa pelo Poder Legislativo (...), bem como por órgãos do Poder Executivo que estabelecem normas”). O próprio conceito de regulamento passou por questionamento doutrinário no Brasil pós-1988. A doutrina tradicional concebia os regulamentos como mera fonte secundária do direito, que não poderia criar restrições à liberdade e à propriedade que já não estivessem previamente delimitadas em lei (ou seja, não poderiam inovar a ordem jurídica); mas já ao final do século XX, ganhou força uma construção teórica preocupada em reinterpretar juridicamente a noção de regulamento, uma vez que as atribuições conferidas à burocracia demandavam um poder normativo que a doutrina tradicional se negava a reconhecer (cf. Jean Paul Cabral V. da Rocha, *Capacidade Normativa de Conjuntura no Direito Econômico: o Déficit Democrático da Regulação Financeira*, tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2004, pp. 11-24).

170. Para um exame dessa polêmica, ver Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras: e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, pp. 25-26.

orientação inaugurada pelo CDC, passou a expressamente permitir ao juiz desconsiderar a personalidade jurídica quando houvesse abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou do contrato social, falência, insolvência, encerramento de atividades ou inatividade provocada por má administração.<sup>171</sup>

Na mesma linha, e, aliás, de modo mais enérgico, a Lei 9.447, de 1997, estabeleceu que a decretação dos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial e regime de administração especial temporária em instituições financeiras teria o efeito secundário de tornar os acionistas controladores responsáveis pelas dívidas da instituição financeira.<sup>172</sup> Também o Decreto 2.953, de 1999, permitiu à Agência Nacional do Petróleo (ANP) desconsiderar a personalidade jurídica sempre que esta criasse um obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à indústria do petróleo, ao abastecimento nacional de combustíveis, ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis ou ao Plano Anual de Estoques

171. Lei 12.529/2011, art. 34: “A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”. Sustentando que a fraude em sentido amplo não seja a única razão para a desconsideração da personalidade jurídica no campo regulatório, Roberto Domingos Taufick, “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o controle das condutas e estruturas no direito regulatório”, *Revista Jurídica* 9, 2007, pp. 14-15: “Uma vez averiguada a convivência das regras institucionais com princípios de política econômica no Direito Regulatório, a desconsideração pode decorrer do contraste com uma expressa diretiva ou política governista. Igualmente, em se tratando de atentado à ordem econômica ou exigência de superior interesse público, principalmente se direcionado o foco do Direito Econômico para seu destinatário, que é o consumidor final, teremos justificativa bastante para o superamento da personalidade jurídica. Em se tratando de desconcentração punitiva, nos casos em que a desconsideração da personalidade jurídica seja necessária para impedir o abuso da posição majoritária; na desconcentração estrutural, para punir a formação de estruturas expressamente defesas por lei, embora dissociadas de qualquer ilícito concorrencial (ainda que meramente potencial)”. Vide ainda, no contexto da Lei 12.529/2011, Leonor Cordovil, Vinícius Marques de Carvalho, Vicente Bagnoli e Eduardo Caminati Anders, *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*, São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 97: “Embora a desconsideração da personalidade em virtude de infração da ordem econômica tenha sido pouco utilizada, é interessante notar que suas hipóteses são bastante amplas, abrindo espaço para a discricionariedade do julgador”.

172. Lei 9.447/1997 e Decreto-lei 2.321/1987.

de Combustíveis.<sup>173</sup> E no mesmo sentido dispôs a Lei 9.847, também de 1999.<sup>174</sup>

Para entendermos essa evolução da responsabilização de terceiros no âmbito administrativo, devemos atentar para dois aspectos, um teórico e o outro prático. O aspecto teórico diz respeito à legitimidade política da ação regulatória do Estado, que se arrima tanto em procedimentos, regras e princípios quanto nas consequências de sua aplicação.<sup>175</sup> Por um lado, a intervenção do Estado deve se prender à lei, sem o que não há legalidade nem Estado de Direito. Mas por outro lado, o Estado regulador só se legitima na medida em que suas ações forem eficazes, isto é, que atinjam os objetivos desejados. Sem o ditame do procedimento, a ação estatal – esteja ela refletida em uma medida de caráter administrativo ou em uma decisão judicial – é mera arbitrariedade. Mas se não atingir seus objetivos, o Estado regulatório perde sua razão de ser.

O aspecto prático decorre, então, do fato de que a responsabilização de terceiros na esfera administrativa tem um caráter eminentemente dissuasório: ela busca aumentar o “preço”, por assim dizer, de condutas distintas daquelas almejadas pelo Estado – e isso se dá, em alguns casos, por meio da atribuição de responsabilidade a agentes formalmente alheios à atividade regulada.<sup>176</sup>

173. Decreto 2.953/1999, art. 23: “Na aplicação das penalidades previstas neste Decreto, a ANP, ou o órgão público conveniado para a fiscalização, poderá considerar a personalidade jurídica da sociedade, sempre que esta constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à indústria do petróleo, ao abastecimento nacional de combustíveis, ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis ou ao Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis”.

174. Lei 9.847/1999, art. 18: “Os fornecedores e transportadores de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade, inclusive aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem ou rotulagem, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor (...). § 3º. Poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade sempre que esta constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao abastecimento nacional de combustíveis ou ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis”.

175. Daí falar em uma legitimação da regulação ora pelo procedimento e ora pelo resultado. Cf. Bruno Meyerhof Salama, “The art of law & macroeconomics”, 74 *University of Pittsburgh Law Review*, 2, 2012.

176. Em decisão recente (Recurso 11.726), o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) confirmou sanções aplicadas pelo Banco Central a uma auditoria independente e ao seu auditor pela incapacidade de detectar fraude na custódia de ações de um de seus clientes. Em seu voto, o Conselheiro Nelson Aguiar Jr. sustentou que “as auditorias independentes são coadjuvantes, alertando Banco Central e CVM de possíveis irregularidades. O auditor é um auxiliar do Sistema



Na mesma toada, a responsabilização penal pode ser, então, entendida como uma busca de inclusão de um “preço” suplementar que torne ainda mais penoso o descumprimento do mandamento ordenador estatal. Evidentemente, procedimentos e consequências convivem de maneira tormentosa e às vezes conflituosa. Quanto mais se busca impor preços suplementares, mais se esbarra na legalidade e nos princípios jurídicos historicamente erigidos para proteger o cidadão ante o abuso do Estado.

É por isso que em alguns campos a intrusão regulatória, por assim dizer, foi também criadora de novos tipos penais.<sup>177</sup> Um exemplo marcante pode ser encontrado na Lei dos Crimes Ambientais. Editada em 1998, essa lei autorizou a desconsideração da personalidade jurídica sempre que esta criasse em um obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.<sup>178</sup> Da mesma forma, tal lei criou um questionável regime de responsabilidade omissiva imprópria o qual “quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos [na *Lei dos Crimes Ambientais*], incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, *sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la*”.<sup>179</sup>

Financeiro Nacional. O que acredito que deva ser questionado é se a auditoria tinha condições de verificar as fraudes, por meio de rotinas necessárias. Tinha? Adotou ou não as medidas cabíveis? Verifico que não. Não houve diligência!”.

177. Trata-se, em última análise, de uma resposta à ineficácia das sanções administrativas. Cf. Carlos Higino Ribeiro de Alencar e Ivo Gico Jr., “When crime pays: measuring judicial efficacy against corruption in Brazil”, *Law and Business Review of the Americas*, vol. 17, 2011. Sobre o direito penal como instrumento de regulação, v. Maíra Rocha Machado, “Administrativização do direito penal revisitada: o exemplo dos crimes financeiros no Brasil”, *Revista Ultima Ratio* 3, 2009, pp. 89-100; cf. ainda Marta Rodriguez de Assis Machado, *Sociedade do Risco e Direito Penal. Uma Avaliação de Novas Tendências Político-Criminais*, São Paulo, IBCCRIM, 2005; da mesma autora, “Dogmática penal e risco: apontamentos sobre transformações e impasses no direito penal contemporâneo”, in Emerson Ribeiro Fabiani, *Impasses e Aporias do Direito Contemporâneo*, São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 251-270.

178. Lei 9.605/1998, art. 4º. A Lei de Crimes Ambientais é considerada o primeiro diploma brasileiro a atribuir responsabilidade penal à PJ por crimes praticados em seu benefício e por sua ordem. Rigorosamente, no entanto, como indicou Heloísa Estellita (comentários ao texto, com o autor), essa atribuição pode ser questionada, pois a Lei 9.605/1998 ainda faz depender a responsabilização da pessoa jurídica de uma conduta *humana* típica, ilícita e culpável.

179. Lei 9.605/1998, art. 2º. Destacamos no texto a parte da disposição que criou a hipótese de responsabilidade omissiva imprópria referida. No caso, mesmo

Também a Lei de Propriedade Industrial fornece exemplos desse gênero. Ao enunciar condutas que constituem crimes de concorrência desleal, o diploma explicita que em algumas das hipóteses também “o empregador, sócio ou administrador da empresa” podem ser igualmente responsabilizados.<sup>180</sup> Em síntese, tem-se aí toda uma nova problemática no direito penal.

### 3.2.3.2 Da culpa ao risco

Essas inovações legislativas estão, em última análise, relacionadas a novos modos de compreender a ideia de responsabilidade.<sup>181</sup> Não é por acaso que a doutrina da imputação objetiva, divulgada, a partir da Alemanha, especialmente por Claus Roxin<sup>182</sup> e Günther Jakobs,<sup>183</sup> deslocou a análise da responsabilidade penal da culpa para o risco – deslocamento que está, aliás, no título de um estudo pioneiro realizado no Brasil em 1936.<sup>184</sup>

aqueles que não assumam a posição de garante passam a responder criminalmente. Embora denúncias envolvendo essa segunda parte do art. 2º. venham se tornando cada vez mais recorrentes, suas descrições não têm apresentado o rigor técnico que se poderia esperar. Não obstante, as condenações vêm crescendo. Até pouco tempo atrás, estava consolidada no STF uma orientação segundo a qual seria necessária, nos crimes societários, a individualização das acusações contra cada sócio. Recentemente, no entanto, essa linha foi desviada: “(...) Tratando-se de crimes societários, não é inepta a denúncia em razão da mera ausência de indicação individualizada da conduta de cada indiciado. 2. Configura condição de admissibilidade da denúncia em crimes societários a indicação de que os acusados sejam de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos (...)” (HC 101.286, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 24.8.2011).

180. Lei 9.279/1996, art. 195, § 1º: “Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos”.

181. Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1999; Anderson Schreiber, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2009.

182. Claus Roxin, *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, trad. port. de Luís Greco, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

183. Günther Jakobs, *A Imputação Objetiva no Direito Penal*, trad. de André Luís Callegari, São Paulo, Ed. RT, 2000.

184. Alvinio Lima, *Culpa e Risco*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1999, redigiu essa tese como requisito para a obtenção da cátedra de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Quando da sua apresentação, em 1938, ela se chamava *Da Culpa ao Risco*. O autor nos conta que inicialmente o trabalho não despertou grande interesse – o que é compreensível, quando pensamos no Brasil pré-

E essa forma de enxergar a responsabilidade não está restrita aos âmbitos do direito penal e do direito civil. Quando o art. 136 do CTN, por exemplo, estipulou que “a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”, revelou não apenas um alargamento da ideia de responsabilidade tributária, mas a insuficiência da culpa como critério único e absoluto de imputação. Note-se: não se trata de excluí-la da apreciação judicial ou administrativa, mas de ampliar a ideia de responsabilidade para os casos em que a culpa não se revela um parâmetro seguro ou viável.

A justificativa pragmática para a imputação objetiva de responsabilização (que, a bem da verdade, jamais chegou a ser plenamente reconhecida no direito penal) prende-se a duas considerações. Em primeiro lugar, à alegada necessidade de se responsabilizar alguém. As estruturas produtivas prevaletentes no atual estágio do capitalismo industrial ou pós-industrial, caracterizadas pela separação entre propriedade e administração da riqueza,<sup>185</sup> pulverizaram de tal forma a tomada de decisões que a responsabilização por culpa se tornou, em alguns casos, um expediente despropositado, senão inútil. Pelos critérios tradicionais, em muitos casos a determinação da autoria se tornou completamente inviável. Daí muitas vezes se concluiu que ou se culpam todos, ou não se culpa ninguém.<sup>186</sup>

A imputação com base em assunção do risco também seria oportuna, em segundo lugar, por conta da necessidade de evitar danos que não mais dizem respeito a uma ou a algumas pessoas, mas à coletividade, bem como aos bens que lhe dizem respeito, tais quais o meio ambiente, a segurança ou a saúde.<sup>187</sup> A criminalização de condutas nesses casos

-industrializado daquele tempo –, mas nos anos seguintes suas solicitações tornaram-se recorrentes (p. 11). O meu falecido professor de Direito Civil na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Antônio Junqueira de Azevedo, ele próprio antigo aluno de Alvino Lima, costumava dizer que a modificação do título do trabalho – de *Da Culpa ao Risco* para *Culpa e Risco* – era devida, precisamente, à aparente impertinência, na primeira metade do século XX, de uma tese que apresentasse a culpa como um critério em vias de superação. Hoje o pioneirismo de Alvino Lima está demonstrado. Pela confirmação dessa informação, agradeço a Osny da Silva Filho.

185. Tullio Ascarelli, “Proprietà e controllo della ricchezza”, in *Studi di Diritto Comparato in Tema di Interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 293-300.

186. Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo Saggese, *Derecho Penal económico*, 2ª ed., Madrid, Ramón Areces, 2010, pp. 147-203.

187. Cf. Marta Rodriguez de Assis Machado, *Sociedade do Risco e Direito Penal. Uma Avaliação de Novas Tendências Político-Criminais*, cit.

tem assim uma finalidade basicamente dissuasória. Isto é, a sanção penal serve como norma *reforçadora* das vedações administrativas, e reflete a busca por parte do Estado de atuar antecipadamente à ocorrência de danos, com fins preventivos.<sup>188</sup>

Teses como a da imputação objetiva revelam, no fim das contas, a consciência teórica de que a culpa nem sempre é capaz de desempenhar, especialmente hoje,<sup>189</sup> um papel estruturante na disciplina da responsabilidade. Esse fato foi explorado, na Filosofia e na Sociologia, por estudiosos como Hans Jonas e Ulrich Beck.<sup>190</sup>

No Direito, Michel Villey talvez tenha sido um dos primeiros a defender que tanto a noção de culpa (como pressuposto para a constituição de obrigações) quanto a ideia genérica de responsabilidade (como nexos entre uma série de condutas e uma série de consequências jurídicas) são, antes de tudo, conceitos forjados sob um modo de produção bastante diferente do atual. Para ele, a associação entre esses conceitos não decorreria de sua estrutura, mas da função a eles atribuída, especialmente ao longo dos séculos XVI e XVII, pela moral cristã e pelo direito canônico.<sup>191</sup> Isso explicaria, por exemplo, certas formulações exóticas como

188. Sobre o tema, vide Marta Rodriguez de Assis Machado, “Dogmática penal e risco: apontamentos sobre transformações e impasses no direito penal contemporâneo”, cit., in Emerson Ribeiro Fabiani, *Impasses e Aporias do Direito Contemporâneo*, p. 261 (notando que “a mudança na estrutura de imputação não implica, em si, expansão do direito penal, ao contrário do que muitas vezes se aponta. O espaço que o direito penal vai ocupar na resolução dos problemas na sociedade ainda está em disputa, e essa disputa está agora na definição do conteúdo dos deveres que se dirigem aos cidadãos sob ameaça de sanção penal. Ela mudou de lugar: seu centro não está mais na definição do catálogo de bens que o direito penal pode ou não proteger. Não se trata mais de debater sobre a legitimidade ou não em razão do conteúdo de cada bem que se adiciona ou não à lista dos merecedores de proteção penal”). V. também Laura Zuñiga Rodríguez, “Viejas y nuevas tendencias políticocriminales en las legislaciones penales”, in Ignacio Berdugo Gómez de la Torre e Nieves Sanz Mulas, *Derecho Penal de la Democracia vs. Seguridad Pública*, Granada, Comares, 2005, p. 89.

189. Para uma crítica, v. Sérgio Salomão Shecaira, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, 2ª ed., São Paulo, Método, 2003, pp. 79-97; Marcelo Dias Varella (coord.), *Responsabilidade e Socialização do Risco*, Brasília, UniCEUB, 2006, pp. 13-29.

190. Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung – Versuch Einer Ethik für die technologische Zivilisation* (2006), trad. port. de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez, *O Princípio da Responsabilidade. Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica*, Rio de Janeiro, Contraponto, 2006; Ulrich Beck, *World Risk Society*, Malden, Polity, 1999.

191. Michel Villey, “Esquisse historique sur le mot responsable” (1977), trad. port. de André Rodrigues Corrêa, “Esboço histórico sobre o termo responsável”, *Revista Direito GV* 1, 2005, pp. 135-148.

a da *culpa in vigilando* ou a da *culpa in eligendo*, nas quais muito pouco há daquilo que convencionalmente entendemos por culpa.

### 3.2.3.3 A imputação objetiva na jurisprudência

A aceitação de que a responsabilização fundada em alocação de risco seja em certos casos adequada não significa, no entanto, que o seja em todos os casos ou mesmo na maioria deles. A alocação de risco é uma ferramenta útil para a tarefa de regulação e ordenação do mundo de que estão imbuídos os Estados sociais mundo afora, inclusive no Brasil; e, como veremos, o modelo dogmático que apresentarei na terceira parte desta obra em muito se vale de discussões acerca da melhor alocação de risco possível. Contudo, essa forma de pensar deve ser usada com cuidado, sob pena de escancarar as portas de entrada para o Estado tirânico.<sup>192</sup>

Por ora convém apenas ressaltar que os tribunais brasileiros permanecem em boa medida céticos quanto à adoção da objetivação da responsabilização em matéria penal, como bem ilustra um conhecido acórdão do Supremo Tribunal Federal prolatado em 2005.<sup>193</sup> Tratava-se do julgamento de um *habeas corpus* impetrado pelo então presidente da Petrobras, indiciado por crime ambiental em razão do vazamento de aproximadamente quatro milhões de litros de óleo cru ocorrido nos rios Birigui e Iguaçu, no Paraná.

O impetrante havia sido denunciado, ao lado da Petrobras e de outros dirigentes da empresa, não apenas pelo gerenciamento inadequado de uma atividade perigosa, mas por uma série de omissões verificadas após o acidente. Qualquer que fosse o resultado do julgamento, ali estariam presentes quase todas as características de um ilícito tipicamente pós-industrial: a descentralização das deliberações, seu caráter altamente técnico, a ausência de condutas diretamente relacionadas ao dano e as dimensões catastróficas e incomensuráveis do prejuízo.

O relator do acórdão desenvolveu, no entanto, uma análise bastante tradicional da conduta descrita na denúncia, fundada em descrições típicas do ato ou omissão, no questionamento sobre o nexo de causalidade entre conduta e dano e na aferição da culpa do agente. Ora, por mais precisa e detalhada que tenha sido essa avaliação – e ela efetivamente o foi,

192. Em parte, esse conjunto de ideias é captado por Hayek no seu libelo clássico contra o Estado social. Ver Friedrich A. Hayek, *O Caminho da Servidão*, São Paulo, Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

193. STF, HC 83.554-6/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 16.8.2005.

como revelam suas referências e ilações bem-construídas –, ela jamais poderia oferecer um resultado satisfatório.<sup>194</sup>

A responsabilidade de dirigentes de companhias por crimes fiscais, ambientais ou concorrenciais é um assunto delicado e bastante polêmico; e talvez no caso apresentado acima ela dificilmente poderia ser caracterizada. Aqui se demonstra que a verificação da culpa sempre pode esbarrar naquilo que Beck chamou de *irresponsabilidade organizada*.<sup>195</sup> Quanto maior o risco, menor a responsabilidade.

E esse não é um dilema restrito à iniciativa privada. Os desafios da imputação diante das novas estruturas deliberativas também se revelam na democracia contemporânea. Até que ponto um presidente, por exemplo, pode ser responsabilizado por casos de corrupção sob seu governo? O *inchaço* do Estado social não se manifesta apenas na sua trama regulatória, mas também na dilatação da sua própria burocracia. E esse último fenômeno tem implicações no campo da responsabilidade administrativa de seus dirigentes.

João Baptista Villela ilustra esse fenômeno a partir de uma ambiguidade cada vez mais recorrente na democracia brasileira. Quando se pretendeu, entre 2005 e 2006, responsabilizar o ex-presidente Lula pelo esquema de compra de votos de parlamentares que ficou conhecido como *mensalão*, muitos o defenderam afirmando que ele simplesmente desconhecia tais práticas. Para os acusadores do ex-presidente, esse não seria um argumento válido, pois o ex-presidente *devia saber* daqueles fatos. Tal resposta engloba, no entanto, ao menos dois sentidos. O primeiro, de que a insciência do ex-presidente era inadmissível: ele certamente conhecia o *mensalão*, e negá-lo seria desmerecer o crédito da população. O segundo, de que, mesmo sem conhecer o esquema de compra de votos, o ex-presidente não poderia ignorá-lo, ou teria faltado com o dever de cuidado e diligência imposto por seu cargo.<sup>196</sup>

194. Veja-se, por exemplo, o seguinte questionamento, constante do voto do relator: “No caso concreto, considerando a palavra ‘causa’ em sua perspectiva penalmente relevante, indago: O paciente praticou fato que constituiu causa para a ocorrência do vazamento? Com o devido respeito, sequer uma relação causal naturalista está bem descrita na denúncia” (HC 83.554-6/PR, p. 16). A resposta a esse tipo de questionamento não é particular. Ela sempre será a mesma em crimes do gênero.

195. Cf. Marta Rodriguez de Assis Machado, *Sociedade do Risco e Direito Penal. Uma Avaliação de Novas Tendências Político-Criminais*, cit., pp. 69-74.

196. João Baptista Villela, “Apontamentos sobre a cláusula ‘...ou devia saber’”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 97, 2008, pp. 180-182.

O primeiro sentido – “é claro que o presidente sabia” – é epistêmico. Ele é característico dos cânones tradicionais da responsabilidade, fundados na materialidade precisa, na autoria bem-definida, no nexo de causalidade irrefutável. Se ficar provado que o ex-presidente sabia, ele é responsável; se isso não acontecer, ele não poderá ser responsabilizado. O segundo – “o presidente tinha o dever de sabê-lo” – é deontico. Ele é típico de situações nas quais a responsabilidade não pode, pelos critérios tradicionais, ser determinada cabalmente. O ponto, aqui, não é verificar se o ex-presidente tinha ou não conhecimento dos fatos – o que, no caso, dependeria de uma *probatio diabolica* –, mas sim determinar se lhe cabia ou não o dever de conhecê-los. Se sim, soubesse efetivamente ou não dos fatos, ele seria por eles responsável.

O que se vê a partir daí é que a flexibilização da responsabilidade empresarial, especialmente nos âmbitos administrativo e penal, parece refletir uma gradual passagem de um domínio quase absoluto do primeiro sentido (“epistêmico”) para uma convivência entre ele e o segundo sentido (“deontico”), mais próximo das demandas contemporâneas. Essa passagem é tormentosa, e frequentemente revela graves contrastes entre resultados corretos e justificativas equivocadas. Vista de fora, ela mostra que doutrina e jurisprudência frequentemente falam, no Brasil, línguas bastante diferentes.

### 3.3 *Do plano de desenvolvimento à norma-objetivo*

A compreensão do que estou chamando de *fim* da responsabilidade limitada no Brasil resulta também de uma mudança no tocante à fundamentação da atuação do Estado. O ponto é pouco percebido, porém bastante importante. Após a democratização, houve um deslocamento da fundamentação da atuação do Estado do plano de desenvolvimento para a norma-objetivo, especialmente a norma-objetivo constitucional. Nas palavras de Eros Grau, “o contínuo crescimento do Estado-ordenamento e do Estado-aparato induz o surgimento de normas que não definem nem conduta nem organização, mas resultados concretos que devem ser lançados pelos seus destinatários”.<sup>197</sup> Assim, sob as bandeiras do solidarismo, constitucionalismo, efetividade e democracia, entre outras, a norma-objetivo da constituição se protraiu por todo o ordenamento

197. Cf. Eros Grau, “Notas sobre a noção de norma-objetivo”, *Revista de Direito Público*, v. 17, 71, p. 137, jul./set. 1984 (notando também que a “norma-objetivo, assim, não define nem conduta nem organização. Determina fins a serem alcançados. Fixa objetivos”).

brasileiro. E, como aqui argumentado, por diversas circunstâncias esse processo teve o efeito indireto de flexibilizar a responsabilidade societária em todos os ramos do Direito.

### 3.3.1 Causas

Especulo aqui que seja possível atribuir a proeminência adquirida pela norma-objetivo a três fatores: (i) o desprestígio da ideia de plano desenvolvimentista, (ii) a emergência de novas concepções de desenvolvimento e (iii) certas mudanças no arranjo político brasileiro. Vejamos cada um deles separadamente.

#### 3.3.1.1 Desprestígio da ideia de plano desenvolvimentista

O primeiro fator a ser mencionado é a perda de prestígio dos grandes planos de desenvolvimento entre os estudiosos dos processos de desenvolvimento econômico a partir dos anos 1980. Desde a inauguração do Estado Social por Vargas, predominara a noção de que o Estado deveria ter um papel ativo, interventivo e dirigista na conformação da estrutura socioeconômica nacional. Isso se daria antes de tudo por meio de ações positivas do Estado na economia: o estímulo a setores *estratégicos* com subsídios e barreiras protecionistas, a provisão direta de bens e serviços por empresas estatais, a manipulação técnica dos agregados macroeconômicos e a ampla regulação do setor privado, inclusive no tocante às políticas de investimento, preços e transferência de tecnologia.

Por trás dessas políticas dirigistas havia, de um lado, a crença na incapacidade da economia de mercado de se autorregular – o que, na visão de muitos, teria levado o mundo não só à crise econômica de 1929, mas também à Segunda Guerra Mundial e ao atraso relativo do que era então o *terceiro mundo*. De outro lado, estava a noção de que sem a participação do Estado *vantagens comparativas* fundadas em termos de troca historicamente deteriorados jamais seriam superadas.<sup>198</sup> Por isso, ao governo caberia formular grandes planos e estratégias que permitissem o crescimento econômico acelerado.

198. Foi essa a conclusão do sempre citado relatório elaborado por Raul Prebisch, coordenador da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe entre 1950 e 1963, para o Banco Interamericano de Desenvolvimento: *Transformación y desarrollo: la Gran Tarea de América Latina: Informe Presentado al Banco Interamericano de Desarrollo*, Ciudad del México, Fondo de Cultura Económica, 1970. V. ainda Celso Furtado, *Formação Econômica da América Latina*, Rio de Janeiro, Lia, 1969, pp. 221-271.



Para tanto, no julgamento dos economistas *desenvolvimentistas* e *estruturalistas* do pós-guerra, seria necessário implantar amplas políticas redistributivas que alterassem os retornos do capital e trabalho nas diferentes indústrias, inclusive através do controle de preços e salários. Na visão de alguns, como Celso Furtado, o Estado deveria inclusive promover a “homogeneização social” de modo a evitar a “penetração de padrões de consumo dos países centrais” no Brasil.<sup>199</sup> Isto é, a produção nacional deveria ser direcionada pelo Estado para satisfazer um determinado plano de desenvolvimento que englobaria, inclusive, escolhas burocráticas a respeito da legitimação de alguns padrões de consumo e deslegitimação de outros.

Tanto no regime militar que vigeu de 1964 a 1985 quanto nos regimes que o precederam, a ideia de plano de desenvolvimento fora vital. A primeira tentativa de empreender um plano de desenvolvimento ocorreu no início de 1947, quando Dutra apresentou ao Congresso uma proposta de reorganização dos setores de saúde, alimentação, transporte e energia.<sup>200</sup> Conhecido pelas iniciais dos setores para os quais se voltava, o Plano SALTE foi abandonado em 1951 sem que seus objetivos tivessem sido alcançados.<sup>201</sup> Melhor sorte teve a próxima tentativa, o Plano de Metas, levado a cabo por Juscelino Kubitschek entre 1956 e 1961.

Dessa vez, o plano se voltava para o desenvolvimento dos setores de energia, transporte, alimentação, indústria de base e educação. Mesmo eclipsado pela construção de Brasília, o Plano de Metas foi em boa parte cumprido, sobretudo em relação aos setores de energia e de transportes. Ao planejamento, entretanto, seria imposto um novo fracasso no governo seguinte. Sob Goulart, o Plano Trienal, elaborado às pressas para retomar o crescimento econômico e combater a inflação, redundou em um completo fracasso. Esses mesmos objetivos seriam retomados pelo Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG), lançado logo após o golpe militar. Conjugando políticas conjunturais de combate à

199. Celso Furtado, *Introdução ao Desenvolvimento. Enfoque Histórico-Estrutural*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2000, pp. 76-84.

200. Werner Baer, *The Brazilian Economy – Growth and Development* (1995), trad. port. de Edite Sciulli, *A Economia Brasileira*, 3ª ed., São Paulo, Nobel, 2009, p. 80 (menos que um verdadeiro plano econômico, o SALTE teria sido um programa de gastos públicos nos setores representados pelo acrônimo).

201. Algumas realizações decorrentes do SALTE, no entanto, são hoje bastante conhecidas: a rodovia Presidente Dutra, a hidrelétrica de Paulo Afonso e o Hospital dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro, então o maior da América Latina.

inflação e reformas estruturais, o PAEG lançou as bases de um período que entrou para a história como o “milagre econômico brasileiro”.<sup>202</sup>

Quando os militares finalmente pareciam ter encontrado o caminho do desenvolvimento econômico, a crise internacional do petróleo exigiu uma mudança de rumos.<sup>203</sup> Em novembro de 1973, quando os preços do produto foram quadruplicados, o Brasil importava 80% do petróleo que consumia. O governo se viu assim forçado a realizar mudanças estruturais na economia.<sup>204</sup>

O sinal mais expressivo dessas mudanças foi o Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND). Lançado no final de 1974, buscava reduzir a dependência das importações de petróleo sem reduzir as altas taxas de crescimento obtidas até então, proeza que só poderia ser alcançada mediante o esvaziamento das reservas cambiais e o endividamento externo. Embora tenha obtido algum êxito, notadamente na redução da dependência de bens de capital e de petróleo importados, com a conjuntura externa desfavorável o plano acabou por acarretar uma explosão da dívida externa e um descontrole inflacionário que acompanharia o País pelos próximos vinte anos. Diante de uma recessão aparentemente incontornável, uma moratória parcial chegaria a ser declarada dois anos depois de sua extinção.<sup>205</sup>

Na década de 1980, os grandes planos de desenvolvimento foram substituídos por medidas emergenciais de socorro, já então consideradas *heterodoxas*. Seria preciso, naquele momento, reduzir a hiperinflação que corroía a moeda e aniquilava o poder de compra dos brasileiros.

202. V. Maria Lúcia Teixeira Werneck Vianna, *A Administração do “Milagre”*. *O Conselho Monetário Nacional. 1964-1974*, Petrópolis, Vozes, 1987, p. 15 (reconhecendo que o planejamento era, então, uma “questão de sobrevivência”).

203. Cf. “Depoimento do Ministro Antônio Delfim Netto”, in Maria Lúcia L. M. Padua Lima, *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 27 (“Com a primeira crise do petróleo (1973) houve uma desestabilização completa, porque o petróleo que representava entre 8% a 9% do valor das importações passou a significar quase 30% em curto espaço de tempo. Não havia como aumentar as exportações na mesma proporção, por essa razão produziu-se um déficit em contas correntes financiado pelos petrodólares [financiamento obtido junto aos Mercados Financeiros Internacionais Provados, que se incumbiram de fazer a reciclagem dos balanços de pagamentos entre importadores e exportadores de petróleo] até 1979, quando houve o segundo choque do petróleo;”).

204. Werner Baer, *The Brazilian Economy – Growth and Development*, cit., pp. 109-110.

205. Sobre a questão, v. Luiz Carlos Bresser-Pereira, “Moratória parcial no final de 1982”, *Folha de S.Paulo*, 4.1.1983.

Esse foi o objetivo dos planos Cruzado, Bresser, Verão e Collor (em suas duas etapas).<sup>206</sup> Nos três primeiros casos, um momentâneo sucesso logo foi substituído por novas altas da inflação e um descontrole ainda maior da economia, seja pela instabilidade da conjuntura internacional, seja por fragilidades internas das políticas de estabilização.<sup>207</sup>

O Plano Collor, diversamente, foi um fracasso imediato (e o mesmo se pode dizer de sua segunda e claudicante fase). No dia seguinte à posse do novo presidente, os valores depositados nas cadernetas de poupança da população foram bloqueados, e os saques limitados a 50 mil cruzeiros.<sup>208</sup> “Nunca se viu”, anunciava a imprensa, “um pacote tão ambicioso em suas finalidades, tão drástico em suas medidas e tão doloroso, de imediato, no bolso de quem possui algum dinheiro guardado no banco”.<sup>209</sup> Por outro lado, ao deixar brechas para o fluxo de capitais privados e não levar em conta as crescentes despesas públicas, a proposta de uma “remonetização” lenta e segura foi completamente esvaziada.<sup>210</sup>

206. Para uma revisão do papel do Supremo Tribunal Federal no controle constitucional desses planos, v. Camila Duran-Ferreira, *Direito e Regulação Econômica. O Controle dos Planos de Estabilização Monetária pelo Supremo Tribunal Federal: um Estudo Empírico* (dissertação de Mestrado), São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, pp. 34-74.

207. “Depoimento do Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira”, in Maria Lúcia L. M. Padua Lima, *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*, cit., pp. 112-113 (“O Brasil que saiu da transição democrática foi um Brasil fortemente populista no plano da política econômica. A burguesia não compreendia que o Estado brasileiro estava ameaçado de crise fiscal e que precisava pôr ordem na casa. O Plano Cruzado reflete esse fato e o colapso do Plano Cruzado, no final de 1986 e começo de 1987, não é apenas uma crise econômica e financeira”).

208. Sobre os antecedentes políticos do bloqueio de liquidez realizado no primeiro dia do Plano Collor, v. Carlos Eduardo Carvalho, “As origens e a gênese do Plano Collor”, *Nova Economia* 16, 2006. Carvalho, que foi coordenador do programa de governo da candidatura do PT às eleições presidenciais de 1989, argumenta que o confisco foi uma solução de consenso proposta ainda durante o período eleitoral e discutida entre as equipes de Collor, Lula e Ulysses Guimarães.

209. “O presidente dispara sua bomba”, revista *Veja* 1.122, 21.3.1990; v. ainda, Tarcísio Costa, “Os anos noventa: o ocaso do político e a sacralização do mercado”, in Carlos Guilherme Mota, *Viagem Incompleta. A Experiência Brasileira*, São Paulo, Editora Senac, 2000, p. 270 (originalmente vice de Collor, Itamar Franco qualificaria a política do ex-presidente como “uma modernidade que se paga com a miséria do povo”).

210. Annibal Villela e Wilson Suzigan, “The Collor Plan and the industrial and foreign trade policy”, in *Industrial Policy in Brazil*, Campinas, Editora Unicamp, 1997, pp. 325-346; cf. ainda o “Depoimento do Ministro Nelson Jobim”, in Maria Lúcia L. M. Padua Lima, *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*, cit., p. 161 (“No Governo Collor, essa confusão toda (uma silenciosa aliança entre ‘entre quem queria

A inflação só seria efetivamente controlada com o Plano Real, entre 1993 e 1994.<sup>211</sup>

A principal função desses planos, sobretudo daqueles voltados para o desenvolvimento setorial, era dar coesão às ações de governo.<sup>212</sup> Nesse ponto, aliás, o Brasil estava perfeitamente em linha com as visões de desenvolvimento no que era então o *terceiro mundo*. Jeswald Salacuse, por exemplo, nos conta que em alguns países, como a Argélia, os planos de desenvolvimento tinham inclusive força de lei.<sup>213</sup> Em outros, como no Brasil e no México, os planos serviam mais como guias para as tomadas de decisão. De todo modo, esses planos eram diretivos, e não é exagero dizer que em boa medida funcionavam como verdadeiras normas programáticas da ação estatal.

Isso não quer dizer, evidentemente, que as constituições do período anterior a 1988 não contivessem normas-objetivo. Já na Constituição de 1934, por exemplo, era garantida, dentro dos limites da “Justiça” e das “necessidades da vida nacional”, a liberdade econômica.<sup>214</sup> Pouco depois, na Constituição de 1937, a intervenção era legitimada “para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores

receber e quem não queria pagar’) era possível, era viável, porque existia um *fog*, e ninguém via nada, porque não dava para enxergar. Lembro-me das conversas que tínhamos, de que o governo resolvia esse problema ‘na boca do caixa’: atrasava o cumprimento da obrigação, a obrigação não era indexada, mas a receita era”).

211. A concepção intelectual do Plano é narrada no “Depoimento do Prof. Dr. Pêrsio Arida”, in Maria Lúcia L. M. Padua Lima, *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*, cit., pp. 186-196; para uma síntese, v. Arnoldo Wald, “Do cruzeiro ao real (sem ferir a Constituição)”, in *O Novo Direito Monetário. Os Planos Econômicos, os Contratos, o FGTS e a Justiça* (1996), 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002, pp. 51-53 (destacando a transparência do Plano Real, em contraste com a “clandestinidade” que marcou os planos de estabilização anteriores); o papel do Supremo Tribunal Federal na legitimação do plano é discutido em Camila Duran-Ferreira, *Direito e Regulação Econômica. O Controle dos Planos de Estabilização Monetária pelo Supremo Tribunal Federal: um Estudo Empírico*, cit., pp. 75-91.

212. Cf. Por exemplo, o “Depoimento do Ministro Antônio Delfim Netto”, in Maria Lúcia L. M. Padua Lima, *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*, cit., pp. 28-29 (mencionando que o II PND foi um ajuste que, “imposto pela realidade”, teria articulado as ações do governo).

213. Jeswald W. Salacuse, “From developing countries to emerging markets: a changing role for law in the third world”, *The International Lawyer* 33, 1999, pp. 875-890.

214. Constituição de 1934, art. 115: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”.

da produção”.<sup>215</sup> A partir da Carta de 1946 a ordem econômica seria relacionada à conciliação entre “liberdade de iniciativa” e “valorização do trabalho humano”,<sup>216</sup> expressão mantida até hoje.<sup>217</sup> De todo modo, a ideologia jurídica dominante conferia a essas normas constitucionais pouca ou nenhuma eficácia prática.<sup>218</sup>

Apesar de seu sucesso inicial, a magnitude da intervenção estatal calcada em grandes planos desenvolvimentistas criara uma miríade de

215. Constituição de 1937, art. 135: “Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta”.

216. Constituição de 1946, art. 145: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

217. Atualmente, no entanto, ela vem acompanhada de uma série de princípios, conciliados com os “fundamentos da República” (art. 1<sup>a</sup> da Constituição de 1988) e seus “objetivos fundamentais” (art. 3<sup>o</sup>), como se discutirá adiante.

218. Cf. Francisco C. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. IV, Rio de Janeiro, Henrique Cahem Editor, 1947, p. 9 (ao comentar o art. 145 – que estabelecia os princípios que conformariam a ordem econômica – concluía que “o texto é mera recomendação. Não há sanção para infração dele. Os legisladores que a ele não obedecem, escapam a qualquer restrição legal”). Ainda Fábio Lucas, *Conteúdo Social das Constituições Brasileiras*, Belo Horizonte, Ed. da Faculdade de Ciências Econômicas da UMG, 1959, p. 77, *apud* José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 8<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros Editores, p. 142 (comparando as constituições de 1934 e 1946, afirma que “o espírito é o mesmo e a inocuidade das medidas sociais prometidas é idêntica. Prometem-se mundos e fundos, mas tão só naqueles artigos sem força mandamental, que funcionam apenas como vaga aspiração e que, na verdade, não passam de meros aforismos, meras frases de bom senso, mas inteiramente desprotegidas de providências legais que lhes deem execução”). Em sentido próximo, já se manifestava Gilberto Freyre, quando deputado da Constituinte de 1946, reforçando a crítica sobre as expressões genéricas que permeavam a Constituição e que guardavam pouca relação com a realidade. Em suas palavras: “Crítica ao que parece a numerosos Constituintes uma impropriedade tão flagrante de terminologia e, ao mesmo tempo, de caracterização sociológica do que seja ordem econômica e social que, mantido na Carta Constitucional, destoaria da dignidade do texto pelo que há no mesmo artigo 145 do Título V de lamentavelmente subjornalístico, na forma, e de contrário ao que se conhece de mais sólido em sociologia de economia, na substância” (Octaciano Nogueira (org.), *Doutrina Constitucional Brasileira (Constituição de 1946)*, t. II, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2006, p. 38).

grupos de interesse mais preocupados em manter rendas monopolísticas do que em produzir de modo mais eficiente.<sup>219</sup> A competição *rentista* teria incentivado os agentes privados a usarem seus recursos e energias para competirem por privilégios do Estado, em detrimento da produção. O resultado teria sido a asfixia da inovação, o acirramento do combate burocrático, o aumento da corrupção e a perda de oportunidades de geração de riqueza.

Além disso, conforme o diagnóstico de Albert Fishlow, em muitos países em desenvolvimento a ampliação do gasto público gerara grandes déficits fiscais que frequentemente não puderam ser compensados com aumentos de receitas tributárias futuras, ocasionando processos inflacionários e aumento do endividamento externo.<sup>220</sup>

A Constituição de 1988 pegou o País em uma espécie de *contrapê econômico*. O texto constitucional originalmente reservara um enorme espaço para a iniciativa empresarial pelo Estado. A Constituição fora escrita ainda em um contexto de relativo isolamento do Brasil, antes que estivessem claros os desastres políticos, humanitários e econômicos das experiências do *socialismo real*.<sup>221</sup> A crise econômica e a aceleração da globalização na outonada da queda do *Muro de Berlim*, no entanto, fizeram com que o Brasil tivesse que passar toda a década de 1990 reformando as bases econômicas da Constituição de 1988. No novo modelo econômico que se gestava ao longo dos anos 1990, a empresa pública perdia espaço para a empresa privada.<sup>222</sup>

219. O termo “rentismo” (no inglês, *rent-seeking*) designa a busca pelo ganho econômico por meio de *lobby* e manipulação da política pública, em vez da geração de riqueza. Gordon Tullock definiu o rentismo como “o uso de recursos com o propósito de gerar renda econômica para as pessoas, sendo que essas próprias rendas provêm de alguma atividade que tem um valor social negativo” (cf. Gordon Tullock, “The welfare costs of tariffs, monopolies, and theft”, *Western Economic Journal* 5, 3, 1967, pp. 224-232).

220. Albert Fishlow, “The Latin American State”, *The Journal of Economic Perspectives* 4, 1990, pp. 61-74.

221. O ex-senador Roberto Campos, por exemplo, notou que em 1988 “ainda não havia clara percepção das dramáticas transformações mundiais, caracterizadas pelo colapso do dirigismo socialista” (...) “se a gravidez constitucional tivesse sido prolongada por um período adicional de nove meses, os constituintes teriam percebido a enorme mudança na ecologia econômica mundial”. *Apud* Mailson da Nóbrega, *O Futuro Chegou: Instituições e Desenvolvimento no Brasil*, cit., p. 311.

222. Cite-se como exemplo a Emenda Constitucional 9/1995, que deu nova redação ao art. 177, § 1º, da Constituição: “A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei”.

O Poder Legislativo e o Executivo pagaram um preço político pela forma trivial com a qual a Constituição era reformada. A percepção nos meios jurídicos passou a ser a de que a consolidação do Estado de Direito no Brasil passaria cada vez mais pelo respeito às cláusulas fundamentais e princípios constitucionais e menos pela observância das regras específicas, viessem elas do Parlamento ou do Executivo. Que diversas das reformas constitucionais das últimas duas décadas tivessem sido absolutamente imprescindíveis em nada alterava esse quadro. Ao contrário, nos meios jurídicos, ganhava força a noção de que seria não somente possível, como também desejável buscar a eficácia máxima das normas constitucionais.<sup>223</sup>

Consagrava-se assim uma visão de constitucionalismo não apenas como organização de poderes na sociedade, mas também como autoaplicação de princípios a problemas concretos. Com o isso, as regras e os princípios constitucionais passaram a ser vistos como direcionadores das margens de decisão dos aplicadores e formuladores do Direito. Em suma, no Brasil, o plano desenvolvimentista acabou dando lugar não à organização econômica através de regras constitucionais concretas, como se imaginara em 1988, mas à norma-objetivo como aglutinadora de ideologias que conviviam em permanente conflito dentro de um texto constitucional em constante mutação. E anote-se: não apenas em questões em que o Estado estava diretamente envolvido, mas também em questões que surgiam apenas entre entes privados.<sup>224</sup>

Em suma, no Brasil pós-1988 a fundamentação da intervenção estatal deixou de estar no *plano desenvolvimentista*. Seu lugar foi ocupado não por regras constitucionais concretas, mas por normas-objetivo. A estas passou a caber o papel de aglutinar ideologias que conviviam em constante conflito dentro de um texto constitucional. Enquanto o plano estabelece metas concretas, as normas-objetivo não têm sentido unívoco. Ao contrário, apenas delimitam um marco institucional dentro do qual se deslindam várias possibilidades de interpretação e ação.

223. Veja nesse sentido, por exemplo, Carlos Ayres Britto, *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 198.

224. Vide, e.g., Gustavo Tepedino (coord.), *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, 2002; Luiz Edson Fachin, *Repensando os Fundamentos do Direito Civil*, 1998; Judith Martins-Costa (org.), *A Reconstrução do Direito Privado*, cit., 2002; Renan Lotufo (coord.), *Direito Civil Constitucional*, Caderno 3, São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

### 3.3.1.2 Novas concepções de desenvolvimento

O segundo fator a explicar a proeminência adquirida pela norma-objetivo foi a emergência de novas e mais amplas concepções de desenvolvimento. Os primeiros desenvolvimentistas dos anos 1950 e 1960 equiparavam o desenvolvimento econômico ao crescimento do *Produto Interno Bruto* (PIB). Assim, assumiam que a estabilidade e a adequação dos esquemas políticos e sociais alegadamente existentes nos países desenvolvidos defluiriam naturalmente, nos países subdesenvolvidos, do seu enriquecimento. Com o tempo, no entanto, o conceito foi sendo alargado, e ganharam força as visões segundo as quais o desenvolvimento deveria ser compreendido como tendo outras causas, objetivos e dimensões políticas, sociais e jurídicas.

Em meio a esse percurso intelectual de todo tortuoso, perdiam força os modelos *historicistas* do desenvolvimento, isto é, os modelos que pressupunham que o desenvolvimento pudesse resultar de um conjunto de leis necessárias, forças ou tendências naturais sobre as quais as pessoas não têm controle. Na esteira, ganhavam força visões que ligavam o desenvolvimento à proteção de valores tipicamente jurídicos como os direitos humanos, o constitucionalismo, a proteção do *rule of law* (isto é, *grosso modo*, do Estado de Direito) e assim por diante.

No Brasil, como em boa parte do mundo em desenvolvimento, esse conjunto de ideias ganhava força ao mesmo tempo em que ruía o bloco soviético. Sem o receio de uma guinada ao *socialismo real*, as novas visões de desenvolvimento acabaram por reforçar a efetividade concreta de constituições ricas em aspirações democráticas. Assim, muito se sustentou que o sentido da ação estatal deveria ser buscado não em um plano concreto, mas em um conjunto rico – se bem que inevitavelmente conflitante – de normas-objetivo previstas na Constituição.

Entre nós, o art. 3º da Constituição de 1988 passou a indicar os objetivos básicos da República, a saber: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a redução de desigualdades; e a promoção do bem de todos, sem distinção.<sup>225</sup> A mesma Constituição ainda continha aspirações sobre

225. Constituição de 1988, art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.



temas variados como a proteção ao consumidor, à livre-iniciativa, ao meio ambiente,<sup>226</sup> às minorias<sup>227</sup> e a diversas liberdades positivas e negativas.<sup>228</sup> De tudo isso, resultou que o fundamento teleológico da intervenção estatal mudou: passou dos planos de ação concretos a aspirações constitucionais abstratas.<sup>229</sup>

### 3.3.1.3 Mudança no arranjo político brasileiro<sup>230</sup>

O terceiro fator a explicar a proeminência adquirida pela norma-objetivo constitucional é a mudança do arranjo político brasileiro. O

226. Constituição, art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional 42, de 19.12.2003) VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional 6, de 1995) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

227. Constituição, art. 3º, IV: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

228. A mais conhecida exposição sobre o tema está em Isaiah Berlin, “Two concepts of liberty”, in *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969, pp. 118-173. No contexto da Constituição de 1988, cf. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 296-361.

229. Ilustro o ponto com dois trechos de colunas de jornal recentemente escritas por Delfim Netto. Confira-se como pensa, hoje, o arquiteto do II Plano Nacional de Desenvolvimento dos anos 1970. *Valor Econômico*, “Políticas públicas”, 12.6.2011: “Qual deve ser, então, o papel do poder incumbente? Primeiro, organizar políticas públicas que não se desviem da ‘preferência revelada’ pela Constituição de 1988”. E ainda, *Valor Econômico*, “O fundamento fiscal”, 22.2.2011: “A política econômica pode ser restritivamente definida como ações de um governo (limitado por uma constituição, que expressa as preferências reveladas livremente pela sociedade e garante a alternância do poder pelo sufrágio universal desembaraçado), que afetam a alocação e a distribuição dos recursos de que dispõe a sociedade e dos seus resultados”.

230. Examinei esse tema em diversos escritos anteriores, e especialmente em: Bruno Meyerhof Salama, “Vetores da jurisprudência na interpretação dos contratos

fim da ditadura marcou uma aposta no Direito e nas profissões jurídicas como um mecanismo decisivo para uma transformação social para a democracia pela via evolutiva, em vez da via revolucionária. Os tribunais (e o STF em particular) foram assim alçados à condição de verdadeiro *poder moderador*, como observou Oscar Vilhena.<sup>231</sup>

Dessa maneira, a posição de árbitro dos grandes conflitos institucionais e políticos, que historicamente coubera ao exército, passou a ser ocupada pelo STF. Nesse contexto, o Poder Judiciário acabou cada vez mais desempenhando um papel relevante no delineamento das políticas públicas no Brasil – ora negativamente contrabalançando o excesso, ora positivamente contrabalançando a inação; e nos dois casos contribuindo decisivamente para a criação de incentivos para a atividade econômica, alguns positivos e outros nem tanto.<sup>232</sup> É como se o Judiciário tivesse sido *empurrado* – no mais das vezes a contragosto, ocasionalmente com certa exultação – para a posição de ator relevante, e diversas vezes decisivo, no grande quadro institucional de formulação da política pública.

Esse ponto vem recebendo atenção cada vez maior de estudiosos de várias áreas. Hoje se multiplicam os estudos sobre o STF, tanto nas faculdades de Direito quanto nos programas de Sociologia, História e Ciência Política. Há também um aspecto concreto que toca à vida de todos, às vezes de forma teatral. Tão logo proferidas, algumas decisões do Supremo migram para os editoriais jornalísticos, para as pesquisas de opinião, para as redes sociais e para as conversas do dia a dia. Embora a relevância do STF não seja propriamente nova, sua atual proeminência é incomparável.

bancários no Brasil”, cit., *Revista de Direito Bancário*; e Mariana S. Pargendler e Bruno M. Salama, “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”, *Revista de Direito Administrativo* 257, Rio de Janeiro, Brasil, 2013.

231. Oscar Vilhena Vieira, “Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador”, in Carlos Guilherme Mota e Natasha S. C. Salinas, *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2010.

232. Há hoje farta bibliografia sobre a atuação política do Poder Judiciário. Um estudo empírico interessante, com boa revisão bibliográfica, pode ser encontrado em Ricardo Silveira Ribeiro, “Política e economia na jurisdição constitucional abstrata” (1999-2004), *Revista Direito GV* 8, n. 1, 2012 (realizando também levantamento estatístico e concluindo que “o STF é sensível a determinados atores em detrimento de outros, declara a inconstitucionalidade quando a norma traz impacto negativo nas finanças do Estado e julga de acordo com a agenda do presidente”).

Daí por que, nas palavras de Oscar Vilhena Vieira, viveríamos hoje em uma *supremocracia*.<sup>233</sup> É interessante, aliás, o contraste dessa situação com a visão de autores-chave na formação dos bacharéis em Direito. Por exemplo, quando Hans Kelsen pôs-se a justificar a necessidade de cortes constitucionais no continente europeu, recorreu a uma retórica marcadamente negativa. Caberia a tais cortes resguardar a autoridade da Constituição diante de leis e atos que desafiassem seu conteúdo.<sup>234</sup> A situação brasileira sugere, no entanto, outra coisa. O controle de políticas públicas e a edição de súmulas vinculantes, por exemplo, revelam um redimensionamento da repartição de competências estatais preconizadas pelos clássicos da teoria do Estado.<sup>235</sup> E no que realmente nos interessa na presente obra, esse quadro jurídico e político impactou decisivamente a responsabilização empresarial no Brasil.

### 3.3.2 *Efeitos subsistêmicos*

Evidentemente, a extensão e o impacto da flexibilização não foram idênticos em todos os ramos do Direito. Cada um deles esteve sujeito a condicionantes subsistêmicas que acabaram por estabelecer particularidades e limites. Na esfera tributária, a crise e posterior flexibilização da responsabilização empresarial refletiu-se no regime orçamentário estabelecido em 1988. Dito de forma simples, o constituinte lotou o Estado de incumbências, mas descuidou-se de estruturar seu financiamento. Isso acirrou tanto a combatividade do fisco quanto, em resposta, o esforço elisivo e evasivo dos contribuintes.

Assim, acelerou-se a dinâmica *dialética* entre fisco e contribuinte, em que bloqueios do primeiro tinham o efeito indireto de produzir inovações pelo segundo, gerando novos bloqueios do primeiro e novas inovações do segundo e assim sucessivamente – tudo em um *jogo de gato e rato* limitado apenas pela criatividade humana, pela estrutura tecnológica e por certos ditames básicos da cultura jurídica, mas sempre testando os limites da lei e as fronteiras do Estado de Direito, ora para

233. Cf. Oscar Vilhena Vieira, “Supremocracia”, *Revista Direito GV* 8, 2008, pp. 441-463.

234. V. Hans Kelsen, *Verfassungs-und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates*, trad. port. de Alexandre Krug, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, pp. 123-186.

235. Bruce A. Ackerman, “The new separation of powers”, *Harvard Law Review* 113, 2000, pp. 633-729.

encolhê-los, ora para alargá-los.<sup>236</sup> E tudo transitando por um Poder Judiciário atônito, em alguma medida despreparado institucionalmente e comprimido entre a ideologia formalista protetiva do contribuinte herdada de antanho e as visões às vezes agressivas de governos que *choravam suas pitangas* perante o Judiciário em meio a intermináveis apuros orçamentários.

Na esfera trabalhista, a flexibilização dos sistemas de responsabilização empresarial esteve relacionada a dois processos históricos que ocorriam concomitantemente à edição da nova Constituição: internamente, o colapso do nacional-desenvolvimentismo que empurrava a atividade empresarial para a iniciativa privada; e, externamente, a globalização que pressionava a indústria brasileira a fechar as portas ou tornar-se mais eficiente. Esses dois fenômenos, que no Brasil ocorriam em meio a uma crise econômica, criavam um empecilho prático significativo para a realização da aspiração política, e constitucionalmente enunciada, de aumento nos níveis de proteção do trabalhador.

A cara estrutura trabalhista e previdenciária herdada do modelo varguista encarecia a contratação (e a substituição) de mão de obra pelas empresas – que, por seu turno, procurariam saídas para a manutenção de sua competitividade em uma economia aberta. Os efeitos desse choque não poderiam ser mais deletérios. As empresas reagiam de diversas formas, primeiro através da terceirização, e logo por meio de fraudes. Provocada, a Justiça Trabalhista pouco a pouco passou a acatar uma doutrina jurídica bastante radical que responsabiliza em bases objetivas não apenas sócios, mas também diversas outras partes que se beneficiavam direta ou indiretamente de uma relação de emprego com a empresa.

Se nas esferas tributária e trabalhista os esquemas de responsabilidade escorregavam, assim, perigosamente em direção à objetivação da responsabilidade de terceiros – objetivação no sentido técnico jurídico, isto é, responsabilização independentemente de culpa.<sup>237</sup> Por outro lado, como vimos, na esfera civil o caminho trilhado acabou sendo mais parcimonioso.<sup>238</sup> Embora o CDC de 1990 tenha expressamente admitido a

236. Discuto o tema em detalhes no Capítulo 6.

237. Cf. Marcelo Junqueira Calixto, *A Culpa na Responsabilidade Civil. Estrutura e Função*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 150-177.

238. A parcimônia do Código Civil não se manifesta apenas no campo da responsabilidade societária. Se retomarmos o conhecido *Caso Disco* (STF, 2ª Turma, RE 88.716/RJ, rel. Min. Moreira Alves, j. em 11.9.1979), que por muitos anos orientou a disciplina do contrato preliminar no Brasil – determinando a verificação

responsabilização de terceiros sempre que a pessoa jurídica constituir um obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores – assim na responsabilidade pelo fato do produto<sup>239</sup> e do serviço<sup>240</sup> –, a jurisprudência acabou por aplicar esse dispositivo de forma razoavelmente comedida.

O mesmo comportamento da jurisprudência pode ser encontrado no tocante à interpretação do Novo Código Civil de 2002, cujo art. 50 expressamente permitiu a desconsideração da personalidade jurídica em alguns casos. Disposições que na década de 1970 trariam para a ordem jurídica brasileira soluções quase inéditas tornaram-se, no início do século XXI, freios dessas mesmas soluções, pouco a pouco introduzidas pelos tribunais. Como se vê, não deixa de ser curioso o fato de que o tratamento mais ponderado da responsabilização de terceiros tenha se verificado justamente na única seara em que a desconsideração da personalidade jurídica estava expressamente prevista em lei.<sup>241</sup>

Por fim, nos setores regulados o Estado caminhou, igualmente, no sentido de responsabilizar terceiros. A redução do papel empreendedor do Estado posta em marcha pelas privatizações e quebras de monopólio foi contrabalançada, no Brasil, pelo aumento da regulação. Muitas dessas iniciativas regulatórias foram “redisciplinadoras”, por assim dizer, da responsabilização empresarial. Em 1997, por exemplo, foi editada uma

de elementos essenciais e *acidentais* do contrato definitivo para a caracterização do contrato preliminar –, veremos que o legislador de 2002 conferiu um regime mais abalizado à matéria, deixando de lado, no art. 462, os elementos acidentais: “O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”.

239. CDC, art. 12: “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

240. CDC, art. 14: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

241. Nesse sentido, Marlon Tomazette, “A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil”, *RT* 794, 2001, pp. 76-94 (notando que o tratamento dispensado à desconsideração da personalidade jurídica pelo Código Civil, então em *vacatio legis*, seria menos amplo que aquele conferido pela jurisprudência a partir do CTN e da CLT).

lei que expressamente estabelecia a ilimitação da responsabilidade dos sócios controladores de instituições financeiras.<sup>242</sup>

Em paralelo, para dar efetividade às iniciativas regulatórias, as sanções administrativas foram crescentemente reforçadas por normas penais. Sucessivos governos trabalharam no sentido de estabelecer *crimes de mera conduta* (em que a ocorrência de um dano é imaterial) e de alargar a culpabilidade para também na esfera penal abarcar a chamada *culpa in vigilando*.<sup>243</sup> Nos debates judiciais, essas iniciativas entraram em choque com certas garantias constitucionais de inspiração liberal (como o devido processo, a presunção de inocência, a legalidade e assim por diante). Tudo isso se traduziu em alta litigiosidade e insegurança jurídica.

### 3.3.3 Impacto sobre a segurança jurídica

O aumento do apego às normas-objetivo exige um tipo diferente de interpretação. Como bem notou Marco Aurélio Greco, o critério de controle e o critério de adequação de uma conduta a uma norma-objetivo requerem um “pensar para”, isto é, uma verificação sobre a existência de “sintonia da conduta em relação a certos valores”, com o que caberá ao intérprete “se perguntar: isto está de acordo com aquele objetivo, ou não?”<sup>244</sup> A ideia é boa – no nosso contexto atual, diria mesmo, *inescapável* –, mas traz consigo um grande desafio para a manutenção da segurança jurídica do sistema.

Logo se vê, então, o principal dilema da substituição no plano desenvolvimentista pela norma-objetivo: o horizonte da norma-objetivo é o Estado de Direito; mas não há Estado de Direito sem previsibilidade jurídica. O aumento da discricionariedade judicial permitido pelo quadro político e ideológico pós-1988 abriu as portas tanto para a evolução jurisprudencial e institucional – ambas plenamente desejáveis – quanto para a barbárie do arbítrio – esta, de todo indesejável.

E esse dilema, aqui é bom dizer, hoje se manifesta também naquelas áreas que tradicionalmente haviam composto o esqueleto do *direito privado*. A introdução de modelos às vezes percebidos como distributivos no direito privado (talvez o exemplo mais claro, aqui, seja o das funções

242. Lei 9.447, de 14.3.1997.

243. Cf. Capítulo 6.

244. Marco Aurélio Greco, *Planejamento Tributário*, 2ª ed., São Paulo, Dialética, 2008, p. 41.

sociais da propriedade e do contrato)<sup>245</sup> traz aos juízes um espaço de discricionariedade até então inédito – e, para alguns, pernicioso.<sup>246</sup> De fato, é difícil traçar a fronteira entre a reinterpretação baseada na norma-objetivo e no princípio e o decisionismo puro e simples.

Esse problema não precisa ser nem sub, nem superdimensionado. Por um lado, a insegurança jurídica é hoje um problema real: para a atividade econômica florescer é necessário um tanto de previsibilidade e de estabilidade jurídica. Mas por outro lado é ilusório atribuir a insegurança jurídica atual apenas ao novo esquema constitucional, porque como vimos o regime jurídico liberal já apresentava fissuras importantes desde a década de 1970. Assim, talvez a maior lição que possamos tirar da reconstrução histórica do *fim* da responsabilidade limitada aqui empreendida é a de que o quadro atual deriva de um conjunto de forças políticas, econômicas e culturais altamente complexo, não replicável, e que só pode ser decifrado de maneira aproximada e tentativa.

### 3.4 Conclusão parcial

Hoje é comum atribuir o problema da insegurança jurídica à edição da Constituição de 1988. Essa percepção é apenas parcialmente verdadeira. Em particular, no temário que aqui nos interessa, a responsabilidade empresarial, boa parte dos fundamentos de direito positivo empregados para ampliar o rol de responsáveis por dívidas da empresa é bem anterior a 1988. A regra trabalhista sobre responsabilização de empresas do mesmo grupo econômico, por exemplo, é de 1943. A fórmula empregada no art. 135 do CTN – “atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos” –, diploma que não é propriamente novo, remonta ao Decreto das Limitadas de 1919. O mesmo pode ser dito em relação à Lei das Sociedades por Ações de 1976 ou mesmo ao Código Civil de 2002.

A mais relevante mudança trazida pela atual Constituição é, como se vê, ideológica. A Constituição de 1988 tem por base a premissa ex-

245. Código Civil de 2002, arts. 421 (“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”) e 2.035, parágrafo único (“Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”).

246. Assim, por exemplo, Luciano Benetti Timm, *O Novo Direito Civil. Ensaio sobre o Mercado, a Reprivatização do Direito Civil e a Privatização do Direito Público*, cit., pp. 13-14.

pública (ao invés de velada ou implícita) de que certas regras jurídicas concretizam opções distributivas. Em um Estado de exceção, algo que o Brasil experimentou sob orientações razoavelmente diversas, essas opções cabem, *grosso modo*, ao Executivo. Em um Estado democrático, elas caberão também ao Legislativo e ao Judiciário. Isso ajuda a explicar a atualidade de regras editadas ou formuladas há várias décadas. Ainda que os textos não mudem, mudam as leituras, e mudam, sobretudo, os leitores. Em outras palavras: se as disposições são as mesmas, as normas e seus destinatários estão em constante mutação.

A atribuição (deliberada) de escolhas distributivas aos juízes é algo novo no Brasil. É claro que o Judiciário sempre exerceu um papel distributivo na organização social brasileira, especialmente quando reduzimos a ideia de distribuição à alocação de recursos controvertidos. A novidade, nesse ponto, é a consciência de que tal papel não reproduz a “vontade do legislador” ou “as necessidades do regime”: o juiz (ou árbitro) é, por assim dizer – e dentro, é claro, de alguns limites –, o senhor de suas escolhas. Uma redefinição contemporânea da responsabilidade empresarial no Brasil passa, necessariamente, por essa constatação.



## PARTE II: UM JUÍZO AVALIATIVO

### *Introdução*

CAPÍTULO 4 – *Publicização, funcionalização e imitação*

CAPÍTULO 5 – *A limitação da responsabilidade na balança*

CAPÍTULO 6 – *A dialética da responsabilidade empresarial*

“Que fait-on après avoir identifié un jugement d’évaluateur? On doit se demander s’il est acceptable. Nous nous trouvons ici sur un terrain encore plus glissant que ne l’est celui du fondement des jugements d’observateur. Parce que les jugements d’évaluateur ont une composante personnelle, subjective, ils sont souvent à la source des désaccords entre individus”.

Pierre Blackburn

(*Logique de l’Argumentation*,  
2<sup>a</sup> ed., Saint-Laurent, ERPI, 1994, p. 97)



## INTRODUÇÃO

O *fim* do regime de responsabilidade limitada no Brasil não foi orquestrado nem expressamente decretado. Ao contrário, surgiu de forma não planejada a partir de movimentos diversos e parcialmente independentes na sociedade e no Direito. O que tal fenômeno representa para a técnica e a prática jurídica? Do ponto de vista econômico, seria o fenômeno desejável? E da ótica da evolução do sistema de responsabilidade empresarial no Brasil, como é possível compreendê-lo? Esta segunda parte do livro se presta a fornecer respostas a essas perguntas, cada uma delas em um capítulo separado.

O Capítulo 4 argumenta que o *fim* da responsabilidade limitada no Brasil é um aspecto de um processo mais amplo, aqui referido como *publicização* do direito societário. Pelo que pude verificar, o termo *publicização* foi cunhado nos Estados Unidos no contexto de discussão sobre privatizações. Embora no Brasil tenha também sido usado nesse contexto, especialmente por quem tenha entendido que as privatizações da década de 1980 seriam uma *republicização* do Estado, na presente obra falarei de *publicização* para designar fenômeno mais amplo. Aqui a noção de *publicização* está ligada à centralidade dos princípios e das normas-objetivo constitucionais (que submetem o direito comercial e o direito societário a juízos de consistência jurídico-política com a Constituição) e, ainda, à parcial perda de certos traços que historicamente haviam permitido um confortável enquadramento do direito societário no campo conceitual chamado de direito privado. Esse quadro foi reforçado pela positivação – e logo, popularização – da ideia de *função social* nas disputas jurídicas. O resultado foi o surgimento de uma nova era em matéria de responsabilização empresarial em que as discussões sobre a relação entre os meios jurídicos e os fins normativos migraram da periferia para o centro. Nesse novo quadro, técnicas e conceitos antes vistos como estranhos ao Direito passaram a fazer parte do percurso argumentativo de construção de juízos consequencialistas para controle de legitimidade.

O Capítulo 5 utiliza a teoria econômica e financeira para compreender os efeitos e os incentivos econômicos gerados por um sistema de limitação da responsabilidade de sócios. Por limitar a exposição a perdas, um regime de responsabilidade limitada potencialmente apresenta as seguintes vantagens econômicas: (i) cria incentivos à diversificação de investimentos, (ii) induz investimentos por investidores avessos a risco, (iii) reduz os custos de monitoramento nas empresas e (iv) facilita transferências de controle societário. Por tudo isso, a responsabilidade limitada pode incentivar o investimento, o empreendedorismo, a livre-iniciativa e, indiretamente, a inovação. Por outro lado, há também potenciais desvantagens que se pode associar a um regime de responsabilidade limitada: (i) o incentivo a investimentos ineficientes, (ii) o incentivo ao baixo investimento em precaução e, acima de tudo, (iii) o incentivo ao uso de empresas como veículos para a realização de fraudes e outros ilícitos. O sopesamento dessas variáveis conduz a uma defesa da limitação de responsabilidade dentro de certos parâmetros.

O Capítulo 5 contém também dois Apêndices destinados ao leitor que deseje se aprofundar no tema da análise econômica da disciplina jurídica da empresa. O Apêndice 1 traz esclarecimentos sobre a chamada Teoria dos Custos de Transação. O Apêndice 2 traz um breve relato sobre alguns estudos empíricos estrangeiros acerca da limitação de responsabilidade societária.

O Capítulo 6, finalmente, passa a contextualizar a discussão sobre o regime de responsabilidade. Aproveito-me da narrativa contida na Parte I sobre a mudança de regime de responsabilização empresarial no Brasil e busco generalizá-la através do conceito de *dialética da responsabilização empresarial*. Esse é um processo contínuo de provocação e resposta entre criador e destinatário de regras jurídicas cujo efeito tem sido o de expandir as hipóteses de responsabilização de terceiros por dívida da empresa. No estágio atual desse processo, contudo, corre-se o risco de chegar-se a um colapso do sistema de responsabilização empresarial como um todo. Isso quer dizer que a relativização da responsabilidade limitada é sistemicamente perigosa, mesmo que possa ser pontualmente compreensível e até desejável.

## Capítulo 4

### **PUBLICIZAÇÃO, FUNCIONALIZAÇÃO E IMITAÇÃO**

*4.1 A publicização do direito societário como síntese histórica. 4.2 Função social como verificação consequencialista de controle de legitimidade. 4.3 A imitação eficiente rejeitada.*

A primeira parte deste livro mostrou que, tradicionalmente, a disciplina jurídica da responsabilização de terceiros nas empresas fora dada primordialmente pelo direito comercial e, em particular, pelo direito societário. Em seguida, ao longo do século XX, o regime jurídico de responsabilização empresarial passou a ser, gradual e crescentemente, disciplinado também por diversos outros ramos do Direito: primeiro trabalhista; a seguir tributário; e posteriormente consumerista, administrativo e, finalmente, em certa medida, até mesmo penal. De 1988 em diante, em todos esses ramos do Direito a interpretação jurídica acabou cada vez mais se sujeitando a juízos de consistência com a Constituição Federal – o que não significou, por outro lado, que se possa hoje identificar grande consistência entre as diversas doutrinas que se sedimentavam nas diferentes esferas do Poder Judiciário nem muito menos que se tenha conseguido aumentar o nível de segurança jurídica do ordenamento jurídico como um todo.

O que este quadro histórico nos diz sobre o Direito no Brasil? No item 4.1, sugiro que o direito societário se adaptou aos novos tempos deixando de lado alguns dos traços que historicamente lhe haviam conferido a designação de ramo do direito privado. Isto é, *o direito societário se publicizou*. Evidentemente, com isso não quero dizer que a tradição do direito societário e comercial tenha sido esquecida ou abandonada. Contudo, essa tradição foi cada vez mais *temperada*, por assim dizer,

por considerações que se ligavam às normas-objetivo constitucionais e a novos modos de pensar trazidos por outros ramos do Direito, especialmente trabalhista, tributário e consumerista. Com isso, o sentido da interpretação das normas aplicáveis à responsabilidade empresarial passou a ser crescentemente dado por considerações estranhas à tradição do direito societário.

No item 4.2, explico que a *publicização* (no sentido aqui adotado) pode ser pensada como uma aproximação do direito societário ao direito econômico (ou àquilo que alguns chamam de *direito regulatório*). O principal impacto dessa aproximação do direito societário ao direito econômico é uma alteração no método interpretativo. Sob o novo contexto jurídico, impõe-se hoje ao intérprete um ônus de *verificação consequencialista de controle de legitimidade* das soluções jurídicas encontradas. Com isso, passa a ser necessário ponderar sobre se as consequências concretas presumivelmente geradas por uma dada interpretação são consistentes com a finalidade que concretamente se buscava alcançar com a norma. E anote-se: não para promover a economia – porque a todo tempo nesta obra rejeito o economicismo –, mas para resguardar a legitimidade do próprio Direito.

Finalmente, no item 4.3, explico que esse tipo de juízo prático precisa necessariamente escapar à cópia irrefletida, à imitação e ao argumento de autoridade. Tampouco é possível pensar-se produtivamente sobre o tema apenas *deduzindo* arranjos institucionais ou jurídicos de valores supostamente refletidos em normas constitucionais. Por um lado, tudo isso nos leva a rejeitar o que chamarei de *argumento da imitação eficiente*, isto é, a crença cega na limitação de responsabilidade como uma tecnologia institucional superior. Mas, por outro lado, não permite simplesmente substituir a tradição por visões heroicas e arroubos reformistas que ponham em xeque essa verdadeira conquista civilizacional que é a produção pela empresa privada.

#### **4.1 A publicização do direito societário como síntese histórica**

Na teoria jurídica herdada do século XIX, os sistemas jurídicos conteriam dois grandes conjuntos de disposições, dos quais decorreriam dois ramos distintos daquilo que se entendia por “ciência do Direito”.<sup>1</sup>

1. Natalino Irti, *Introduzione allo Studio del Diritto Privato* (1973), 4ª ed., Padova, CEDAM, 1990, pp. 1-2. Sobre o conceito de ciência do Direito, ver José Reinaldo de Lima Lopes, “Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato”, in Christian Courtis (ed.), *Ensayos sobre Metodología de la Investigación*

O direito público estaria voltado basicamente a normatizar as relações dentro do Estado ou entre o Estado e o particular; e o direito privado estaria voltado às relações entre sujeitos privados, inclusive comerciantes.<sup>2</sup> O primeiro reger-se-ia basicamente pelos princípios da supremacia do interesse público e da estrita legalidade; o segundo, pelos princípios da autonomia da vontade e da licitude ampla.

Nenhum ramo do Direito jamais preencheu totalmente cada uma das características que as diversas classificações atribuíram ao direito público e ao direito privado. Direito público e direito privado sempre foram, então, pontos de orientação – lugares-comuns do jurista – e não definições logicamente rigorosas.<sup>3</sup> Até mesmo Pontes de Miranda, autor do célebre tratado de sessenta volumes sobre o direito privado, afirmava que a distinção entre direito público e privado seria histórica, e não lógica.<sup>4</sup> De qualquer forma, o direito societário foi tradicionalmente en-

*Jurídica*, Madrid, Editorial Estrata, 2006, pp. 41-68, p. 50 (“el derecho – más allá de ser un ‘saber’ reglado, que se puede aprender y transmitir – no es una ‘ciencia’ con las pretensiones (sentidos) que el término ciencia tiene en los últimos trescientos años en Occidente. El derecho no usa el método hipotético-deductivo y, por ello, sus técnicas de investigación no se confunden ni con los trabajos de matemática, ni con los de las ciencias naturales, ni con los de las ciencias históricas y humanas. Por eso, al derecho no se lo denomina, en los términos modernos, ciencia. Cuando hablamos de un trabajo jurídico científico queremos decir algo más modesto: se trata de un trabajo elaborado de acuerdo con las reglas académicas del derecho, producido en universidades. (...) Tanto el derecho como la filosofía son saberes, y son campos de saber con principios, puntos de partida y reglas, es decir, con una cierta gramática que controla su producción”).

2. José Reinaldo de Lima Lopes, *As Palavras e a Lei. Direito, Ordem e Justiça na História do Pensamento Jurídico Moderno*, São Paulo, Editora 34, 2004 (a distinção, muito pouco definida até o século XVI, seria desenvolvida ao longo dos séculos XVII e XVIII e consolidada no século XIX); Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter Besonderer Berücksichtigung der Deutschen Entwicklung* (1952), trad. port. (da 2ª ed., 1967) de António Manuel Botelho Hespanha, *História do Direito Privado Moderno* (1980), 3ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2004, pp. 630-633 (narrando a origem da distinção a partir de seu desmoronamento).

3. Cf. Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1995, p. 133; cf. ainda Gunther Teubner, “After privatization? The many autonomies of private law”, *Current Legal Problems* 51, 1998, pp. 393-424 (o desafio final à distinção logicamente rigorosa entre direito público e direito privado teria sido posto pelas privatizações, cuja consequência foi a incorporação, pelo direito que até então vinha sendo chamado de privado, de hipóteses modernamente associadas ao direito público).

4. Francisco C. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, vol. I, p. 71. As posições sobre o tema são muito variadas e não há como dar conta delas aqui exaustivamente. Mas convém citar a posição de Miguel

tendido como um ramo do direito comercial e, portanto, como integrante do grande quadro formado pelas disposições de direito privado e por sua “ciência”.<sup>5</sup>

Mas durante o século XX, à medida que se consolidava o ideário do Estado regulador e ordenador, o direito societário cada vez mais passou a ser encarado como *ferramenta* de intervenção social do Estado.<sup>6</sup> Era este o grande compromisso prometido pelo Estado social: a rejeição da coletivização dos meios de produção pretendida pelos socialistas não viria acompanhada por liberalismo econômico. Ao contrário, buscar-se-ia o meio-termo: a empresa privada seria tolerada, mas estaria a serviço dos compromissos políticos de ocasião, ditados por um sistema representativo e democrático. O livre-mercado pôr-se-ia, então, a serviço dos pactos políticos.

Reale, não só por se tratar do principal autor do nosso Código Civil, mas também porque Reale fala de uma relação “dialética” entre o direito público e o privado, em um sentido muito próximo daquele que atribuo ao termo “dialético” no Capítulo 6 adiante. Confira-se: “A nosso ver, a distinção [*entre direito público e direito privado*] ainda se impõe, embora com uma alteração fundamental na teoria romana, que levava em conta apenas o elemento do interesse da coletividade ou dos particulares. Não é uma compreensão errada, mas incompleta. É necessário, com efeito, determinar melhor os elementos distintivos e salientar a correlação dinâmica ou dialética que existe entre os dois sistemas de Direito, cuja síntese expressa a unidade da experiência jurídica. Há duas maneiras complementares de fazer-se a distinção entre Direito público e privado, uma atendendo ao conteúdo; a outra com base no elemento formal, mas sem cortes rígidos”. Cf. Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, José Bushatsky Editor e Editora da Universidade de São Paulo, 1973, p. 384.

5. Vide José Reinaldo de Lima Lopes, “A formação do direito comercial brasileiro: a criação dos Tribunais de Comércio do Império – uma história da protoregulação econômica brasileira”, *Caderno Direito GV*, 6, 2007, p. 7 (notando que “o século XIX foi o da afirmação do Direito Mercantil como campo do direito privado”).

6. Nas palavras de um dos autores da Lei das S.A. de 1976: “Ao longo desse trabalho pensamos ter evidenciado que uma nova lei das S.A. envolve, necessariamente, uma opção política. A anônima, como organização jurídica de macroempresa, ao mesmo tempo em que se constitui instrumento de eficácia insubstituível na mobilização de poupanças requeridas para os grandes empreendimentos, provocou insuspeitadas consequências econômicas, sociais e políticas, a que o Estado não pode ficar indiferente. (...). Está por isso diretamente vinculada ao interesse público na construção e sobrevivência de uma sociedade aberta e desenvolvida, que não pode prescindir da iniciativa privada. A reforma que propugnamos busca a atender esses reclamos. (...). O trabalho técnico legislativo, a consubstanciar-se na elaboração de um ou de vários anteprojatos que regulem o assunto, está, pois necessariamente, na dependência da diretriz política a ser adotada” (Alfredo Lamby Filho, “A reforma da Lei das Sociedades Anônimas”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 139, p. 158).



A tradução jurídica desse fenômeno foi incorporar ao direito societário traços típicos do direito público.<sup>7</sup> Dando-se conta da centralidade das sociedades comerciais para o desenvolvimento de um país, os governos passaram, de modo cada vez mais recorrente, a utilizar as regras de direito societário como mecanismo para atingir uma série de objetivos concretos: primeiro o desenvolvimento dos mercados de capitais, logo a organização da contabilidade e a promoção da transparência e finalmente a redução da chamada *economia informal* (e logo, o aumento da tributação). Na terminologia de hoje, a busca por tais objetivos pode, aliás, ser confortavelmente chamada de *política pública*.<sup>8</sup>

Evidentemente, o argumento de que no século XX o direito societário se tenha transformado não deve ser exagerado. Afinal, já no século XIX o direito societário era também espaço de disputa política entre os grupos diretamente impactados pela legislação societária que se buscava alterar. No Brasil, por exemplo, entre 1850 e 1900 houve nada menos de que cinco reformas de direito societário, e a boa literatura sobre o tema mostra que os debates legislativos sobre a matéria eram estrita e profundamente politizados.<sup>9</sup> O mesmo certamente pode ser dito a respeito de outras reformas de direito societário que ocorreram a partir de 1900.<sup>10</sup>

7. Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, cit., pp. 628-633 (a incorporação de aspectos do direito público seria uma das razões daquilo que Wieacker chama de “destruição interna do direito privado”).

8. Ver Eduardo Secchi Munhoz, *Empresa Contemporânea e Direito Societário – Poder de Controle e Grupos de Sociedades*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, pp. 12, 24, 27 e 51. Ver também Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 28: políticas públicas são “todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do Poder Público na vida social”; Fábio Konder Comparato, *Para Viver a Democracia*, São Paulo, Brasiliense, 1989, p. 102; e Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima* (1976), 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, pp. 282 e ss.

9. Mariana Pargendler, “Politics in the origins: the making of corporate law in nineteenth-century Brazil”, *American Journal of Comparative Law*, 2012 (em fase de tradução para publicação no Brasil). Essas reformas teriam sido concretizadas pela Lei 556, de 1850 (Código Comercial), pela Lei 1.083, de 1860 (“Lei dos Entraves”), pelo Decreto 2.711, de 1860, pela Lei 3.150, de 1882, e pelo Decreto 434, de 1891 (conforme arquivos fornecidos pela autora). O regime das sociedades por ações foi pontualmente modificado, ainda, pelos Decretos 164, de 1890, 850, de 1890, 997, de 1890, e 1.362, de 1891 (novamente, de acordo com arquivos fornecidos pela autora).

10. Para mencionar apenas alguns diplomas recentes e marcantes, v. Lei 6.385/1976 (mercado de capitais); Lei 6.404/1976 (sociedades por ações); Lei 9.457/1997 (primeira grande reforma da legislação de sociedades por ações

O direito societário, portanto, jamais foi simplesmente a expressão de um direito dos povos supostamente apolítico, muito menos de um direito natural pressuposto ou dedutível abstratamente.

O caráter privatístico do direito societário no início do século XX se traduzia, então, não pela sua *naturalidade*, mas por sua *operabilidade*. Apesar do vaivém das reformas legislativas, muito do direito societário era preenchido por disposições de caráter supletivo que deixavam grande espaço para a ordenação privada das relações societárias, constrita basicamente por grandes princípios gerais de direito e pela elaboração da doutrina privatista e comercialista. As regras cogentes eram predominantemente flexíveis e pouco numerosas. Essa situação é bem ilustrada pelo Decreto 3.708/1919, que, com apenas dezenove artigos, regeu as sociedades limitadas no Brasil até 2002.

Mas de 1919 para cá a tendência foi no sentido de uma normatização estatal em matéria societária cada vez mais intrusiva.<sup>11</sup> Por um lado, as regras de direito societário foram sendo desenhadas de modo a completarem ações de Estado ligadas ao funcionamento, financiamento e tributação das empresas. Em alguns casos, como na reforma da Lei das Sociedades por Ações de 1976, as novas regras faziam parte de grandes

e mercado de capitais); Lei 10.303, de 31.10.2001 (segunda grande reforma da legislação de sociedades por ações e mercado de capitais); ou a Lei 11.638, de 20.12.2007 (reforma do regime contábil das sociedades por ações). Não é demais lembrar que o Código Civil de 2002 também promoveu importantes alterações no regime jurídico das sociedades, o mesmo podendo ser dito da nova Lei de Falências promulgada em 2005. Para um panorama da primeira metade do século XX, considerando também a regulação geral do direito comercial, v. Oscar Barreto Filho, “Síntese da evolução histórica do direito comercial brasileiro”, *RDM* 24 (1976), pp. 23-27 (tratando da disciplina das debêntures, dos armazéns gerais, da letra de câmbio e da nota promissória, do cheque e do conhecimento e transporte de mercadorias). Uma narrativa mais detalhada pode ser encontrada em Paula Andrea Forgioni, *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da Mercancia ao Mercado*, São Paulo, Ed. RT, 2009. Para um exame das disputas sobre a lei das sociedades anônimas nas últimas décadas, v. Érica Gorga, “Culture and corporate law reform: a case study of Brazil”, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 27, 2006; e Bruno Meyerhof Salama e Viviane Muller Prado, “Proteção ao acionista minoritário no Brasil: breve histórico, estrutura legal e evidências empíricas”, in *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

11. Uma exceção talvez possa ser encontrada em algumas regras criadas no contexto do Novo Mercado da BOVESPA. Sobre o tema, Ronald J. Gilson, Henry Hansmann e Mariana Pargendler, “Regulatory dualism as a development strategy: corporate reform in Brazil, the U.S. and the EU”, *Stanford Law Review*, v. 63, 2011, pp. 475 e ss.

planos articulados de desenvolvimento do mercado de capitais.<sup>12</sup> Em outros, a mudança da lei societária buscava apenas resolver problemas conjunturais. Por exemplo, a reforma de 1997 teve por objetivo principal o de facilitar o programa de privatizações estatais da época – e a bem da verdade, a eliminação de diversos direitos de minoritários na ocasião teve o efeito de deprimir (em vez de incentivar) o mercado acionário brasileiro.<sup>13</sup> Por outro lado, normas de natureza trabalhista e tributária, e a seguir ambiental e consumerista, entre outras, “juridificaram” profundamente a existência das empresas: ora forçando-as a incorporar às suas práticas negociais temas alegadamente vinculados à proteção do bem comum (daí a renovada discussão sobre a função social da empresa); ora apenas transformando a vida do empresário naquilo que já foi chamado de uma grande *gincana de regras*.<sup>14</sup>

Esse processo em que a legislação se foi gradualmente fundindo com a política pública de governo sintetiza bem a noção de *publicização*

12. A Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976) foi concebida no contexto do Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND), que definia as estratégias de desenvolvimento econômico brasileiro na segunda metade da década de 1970. Cf. Capítulo IV do PND II (Estratégias Econômicas: Opções Básicas. Fortalecimento da Empresa Nacional e Capital Estrangeiro), bem como Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A.: Pressupostos, Elaboração e Modificações*, 3ª ed., vol. 1, Rio de Janeiro, Renovar, 1997; Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, São Paulo, José Bushatsky, 1979, pp. 3-12; e Orlando Gomes. “Fontes e significado das inovações da L. n. 6.404”, *Revista Forense* 275, 1981.

13. Bruno Meyerhof Salama e Viviane Muller Prado, “Proteção ao acionista minoritário no Brasil: breve histórico, estrutura legal e evidências empíricas”, cit., in *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches* (notando que “a mudança mais relevante e mais polêmica foi a eliminação do direito ao *tag along* (venda conjunta) para os acionistas minoritários com direito a voto na hipótese de transferência do controle acionário da companhia. A eliminação do direito de *tag along* significava que novos proprietários poderiam comprar o bloco de controle sem precisar fazer oferta pública de aquisição das ações dos minoritários com direito a voto. Como resultado disso, o governo pôde embolsar todo o prêmio de controle pago nas privatizações das estatais. A reforma de 1997 também aboliu outros mecanismos de proteção ao minoritário, em especial o direito de retirada em diversas situações inclusive nas fusões e cisões”).

14. José Rodrigo Rodriguez, “Segurança jurídica e estratégias legislativas: restauração x reforma”, 2011, disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7855/Working%20paper%2064.pdf?sequence=1>>, acesso em: 28.2.2012. Uma versão revisada desse texto foi incorporada a um texto do qual fui coautor. Vide Flavia Portella Püschel et al., *A Quantificação do Dano Moral no Brasil: Justiça, Segurança e Eficiência*. Fundação Getúlio Vargas. Série Pensando o Direito do Ministério da Justiça, vol. 37, 2011.

do direito societário. E aqui, antes de prosseguir, cabe um esclarecimento terminológico. Até onde pude verificar, o termo *publicização* foi cunhado no início dos anos 2000 nos Estados Unidos no contexto de discussão sobre privatizações. Naquele país, Jody Freeman definiu a *publicização* como *o processo através do qual atores privados crescentemente se comprometem a incorporar objetivos públicos como um preço a ser pago pelo acesso a oportunidades lucrativas na oferta de bens e serviços que alternativamente poderiam ser ofertados diretamente pelo Estado*.<sup>15</sup> Esses objetivos públicos seriam, então, refletidos não apenas na regulação (normas tipicamente de direito administrativo), mas também na interpretação contratual.

No Brasil, o termo *publicização* foi igualmente introduzido em tempos recentes e em período posterior à onda de privatizações. Para alguns autores, a transferência de certas atividades estatais para a iniciativa privada seria verdadeira *republicização* do Estado, e isso justamente porque o público não seria, necessariamente, também estatal.<sup>16</sup> Houve, no entanto, também quem tenha empregado o termo *publicização* justamente para tratar do problema da fronteira entre direito público e privado, que aqui nos interessa de forma mais premente.

Em particular, em sua crítica ao atual momento vivido pelo direito civil,<sup>17</sup> Luciano Timm se referiu à *publicização* para poder, então, de-

15. Jody Freeman, “Extending public law norms through privatization”, *Harvard Law Review*, v. 116, p. 1.285, 2003 (“privatization can be a means of ‘publicization,’ through which private actors increasingly commit themselves to traditionally public goals as the price of access to lucrative opportunities to deliver goods and services that might otherwise be provided directly by the state. So, rather than compromising democratic norms of accountability, due process, equality, and rationality – as some critics of privatization fear it will – privatization might extend these norms to private actors through vehicles such as budgeting, regulation, and contract”).

16. Cf. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, pp. 174-194. Para uma visão crítica, ver, e.g., Gilberto Bercovici, “O planejamento e a Constituição de 1988”, in Fernando Scaff (ed.), *Constitucionalizando Direitos – 15 Anos da Constituição Brasileira de 1988*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 326-327.

17. Cf. Luciano Benetti Timm, *O Novo Direito Civil. Ensaios sobre o Mercado, a Reprivatização do Direito Civil e a Privatização do Direito Público*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 39 (afirmando que o Código Civil deve “fornecer os guias para a manutenção da Unidade própria do Direito Privado (...). Nesse sentido, propriedade, contratos e responsabilidade civil, na era das sociedades em rede e da globalização, deverão ser reconstruídas dogmaticamente a partir do sólido pilar da legislação civil e não apenas em cima de vagos princípios constitucionais que foram concebidos em um momento muito particular da história brasileira”).

fender a *reprivatização* do direito civil.<sup>18</sup> Indiretamente, Timm parece ter também contestado a influente doutrina de Calixto Salomão Filho, que escrevendo ainda no final do século passado argumentara que hoje vivemos no Brasil a era do *direito empresarial público*.<sup>19</sup> E, aliás, a proposta e celeuma em torno da criação de um novo Código Comercial – conforme defendido notoriamente por Fábio Ulhoa Coelho<sup>20</sup> – não é senão resultado do que parece ser um embate entre céticos e entusiastas da perceptível *publicização* do direito privado como um todo, inclusive do direito societário.

De qualquer forma, a observação de que o direito privado esteja cada vez mais incorporando argumentos típicos de discussões de política pública não é nova. Fábio Comparato, por exemplo, já em 1989 explicava a introdução no Brasil do “*government by policies*”, em

18. Cf. Luciano Benetti Timm, *O Novo Direito Civil. Ensaios sobre o Mercado, a Reprivatização do Direito Civil e a Privatização do Direito Público*, cit., pp. 57-66 e 67-81. Para uma discussão desse fenômeno no direito bancário, vide Bruno Meyerhof Salama, “Rumo a uma teorização jurídica da inovação financeira: os negócios bancários indiretos”, *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, 2010.

19. Calixto Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, São Paulo, Malheiros Editores, 4ª ed., 2011, Capítulo I (primeira edição, 1998).

20. Cf. Fábio Ulhoa Coelho, *Princípios do Direito Comercial*, Saraiva, 2012; e do mesmo autor, *O Futuro do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2011. Ver também Arnoldo Wald, “Um novo Código Comercial”, in Luiz Fernando Martins Kuyven (org.), *Temas Essenciais de Direito Empresarial – Estudos em Homenagem a Modesto Carvalhosa*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 452 (defendendo a necessidade de “explicitar alguns princípios específicos do direito mercantil a fim de restaurar ‘a dignidade do direito comercial’”). O *site* jurídico Migalhas promoveu um interessante debate em que alguns dos mais importantes comercialistas e civilistas brasileiros têm podido manifestar-se sobre a oportunidade, tecnicidade, funcionalidade e legitimidade política da criação do novo Código Comercial idealizado por Fábio Ulhoa Coelho. Ver Migalhas, disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI153262,51045-Debate+acerca+do+Codigo+Comercial+enriquece+a+secao+Migalhas+de+peso>>, acesso em: 26.7.2013. Favoravelmente ao projeto, além do próprio Fábio Ulhoa Coelho, manifestaram-se naquele *website* Jorge Lobo, Armando Luiz Rovai e Helga A. Ferraz de Alvarenga. Contrariamente ao projeto, manifestaram-se Nelson Eizirik, Rachel Sztajn, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Alfredo Sérgio Lazzareschi Neto. O *site* Migalhas também publicou um manifesto contra o projeto de Código Comercial assinado por 61 juristas e advogados de destaque (ver “Manifesto: pela rejeição do Projeto de Código Comercial – PL 1.572/11”, 15.5.2013, disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI178410,11049-Especialistas+manifestamse+contra+Codigo+Comercial>>, acesso em 27.7.2013>).

substituição ao ‘*government by law*’”.<sup>21</sup> A menção a essa observação de Comparato é útil porque, como explicarei adiante, não me parece que no atual contexto político seja possível refinar, aprimorar ou atualizar o direito societário tentando reprivatizá-lo. A *publicização* é hoje um dado de realidade do nosso tempo.

Se bem que as tentativas de recuperação do caráter privado do direito comercial e societário são plenamente compreensíveis. O processo que aqui estamos chamando de *publicização* (que é até mais amplo do que a sempre lembrada *constitucionalização do direito civil*<sup>22</sup>) tem tido enorme relevância prática, tanto no campo da formulação quanto da interpretação do texto de lei – esse último geralmente priorizado por quem estuda o tema.<sup>23</sup> Mas do ponto de vista do profissional do Direito, parece

21. Fábio Konder Comparato, *Para Viver a Democracia*, cit., p. 102 (“[a introdução do] ‘*government by policies*’, em substituição ao ‘*government by law*’, supõe o exercício combinado de várias tarefas, que o Estado liberal desconhecia por completo. Supõe o levantamento de informações precisas sobre a realidade nacional e mundial, não só em termos quantitativos (para o qual foi criada a técnica da contabilidade nacional), mas também sobre fatos não redutíveis a algarismos, como em matéria de educação, capacidade inventiva e qualidade de vida. Supõe o desenvolvimento da técnica previdencial, a capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjugação de forças ou a mobilização de recursos – materiais e humanos – para a sua consecução. Em uma palavra, o planejamento”). Sobre o tema, ver também Fábio Nusdeo, “O direito econômico centenário: um *vol d’oiseau* sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro”, *Revista de Direito Público da Economia*, 36, pp. 101-130, 2011, p. 104 (lembrando o princípio de que “a propriedade obriga”, ou seja, impõe a realização de fins ou objetivos sociais, embrião da função social da propriedade consagrado já na Constituição de Weimar).

22. Sobre a constitucionalização do direito privado, ver Gustavo Tepedino, “Notas sobre a função social do contrato”, in Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, *O Direito e o Tempo. Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 404; e também Luiz Edson Fachin, *Teoria Crítica do Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 222-231.

23. O caso italiano é exemplar. Com a Constituição de 1946, o paradigma eminentemente privatístico conferido à ordem jurídica italiana pelo Código Civil de 1942 foi completamente alterado, e a jurisprudência conheceu verdadeiras reviravoltas no curso de poucos anos (cf. Natalino Irti, *L’Età della Decodificazione*, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 1999, pp. 21-49). Tratava-se, no entanto, de um choque entre dois diplomas completamente diferentes: um código corporativista e uma Constituição democrática. Não se pode dizer o mesmo no Brasil. Aqui, o Código Civil de 2002 incorporou, a despeito de algumas incongruências, boa parte dos valores consignados na Constituição de 1988, especialmente aqueles relativos à ordem econômica (contra esse reconhecimento, cf. Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001; Luiz Edson Fachin, *Teoria Crítica do Direito Civil*,

haver uma diferença importante, mas pouco notada entre os debates de direito privado e de direito público. No direito privado, os argumentos tradicionalmente estruturaram-se a partir da discussão conceitual e histórica de institutos jurídicos específicos; já no direito público, os raciocínios se constroem principalmente a partir de modelos (ou teorias) de Estado.<sup>24</sup>

Assim, em questões de direito privado, o ponto central geralmente está na determinação do conceito de um instituto jurídico: “será que esses fatos se encaixam melhor no conceito de contrato ou de doação?”; “essa norma é procedimental ou material?” etc. Questões típicas de direito privado são semelhantes a esta: *um jogo de xadrez sem a dama ainda é um jogo de xadrez?* Nesses casos, a construção dogmática se dá, em boa medida, em referência à própria história jurídica do instituto. Não é por acaso que os tratados de direito privado começam geralmente (e a despeito das críticas metodológicas que possam ser feitas a esse expediente) com o exame do Direito romano; e que os tratados de direito comercial invariavelmente nos remetam a feiras de comerciantes em *Champagne* ou às práticas dos comerciantes na Veneza da Baixa Idade Média.

Mas no direito público as questões de fundo nas querelas jurídicas geralmente giram em torno de uma teoria de Estado e de uma filosofia política. E, no caso brasileiro de hoje, adicione-se, em torno da teoria de um Estado republicano, democrático e fortemente imbuído de um ideal ordenador. Assim, por exemplo, questões relevantes podem ser as seguintes: “esse dispositivo de lei é democrático?”; “atenta contra a distribuição de poderes constitucionais?”; “atende aos fins constitucionalmente protegidos?” etc. E de modo mais incisivo, “tal ação (ou interpretação) é consistente com a função social do instituto?”<sup>25</sup> e assim por diante.

cit.). Além disso, na Itália a Constituição sobrevivera ao Código Civil, ao contrário do que ocorreu no Brasil.

24. Expus esse ponto originalmente no contexto de uma discussão sobre direito bancário. Cf. Bruno Meyerhof Salama, “Como interpretar as normas emitidas pelo BACEN e CMN? Uma resposta a partir da evolução do modelo de Estado brasileiro”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 46, 2009.

25. A esse respeito, mas a partir de uma orientação metodológica distinta, Gunther Teubner, “Industrial democracy through law? Social functions of law in institutional innovations”, in Terence Daintih e Gunther Teubner, *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*, Berlin, Gruyter, 1986, p. 211.

A ideia de “função social”, para retomar o tema, oferece, aliás, uma interessante ilustração daquilo que aqui se trata por *publicização*. O sentido e a dimensão do tema da *função social* ainda não são pacíficos na doutrina brasileira. Não há consenso, por exemplo, sobre se há um caráter unitário das funções sociais da propriedade, da empresa ou do contrato. Ou seja, não há consenso sobre se o sentido da *função social* há de ser o mesmo em questões envolvendo propriedade, contrato, empresa etc. ou se em cada uma dessas searas será preciso considerar um sentido próprio para a *função social*.

É certo, no entanto, que a discussão da *função social* mesmo em querelas prosaicas em matéria de responsabilização empresarial *empurra* a argumentação jurídica para um nível superior de abstração, põe as consequências das decisões judiciais no centro do fenômeno jurídico e remete inevitavelmente a temas ligados à principiologia, estrutura e política constitucional. Esse é o ponto que aqui mais nos interessa.

Podemos, então, aproveitar a metáfora do jogo de xadrez utilizada acima para concluir que uma pergunta típica de direito público (ou daquilo que costuma ser chamado de direito público) seria similar a: *será que a torre pode mover-se diagonalmente?* Da mesma forma, e ainda para aproveitar o paralelo com o direito privado, pode-se dizer que não é por acaso que os tratados de direito público não costumam começar com o exame do Direito romano. A Revolução Francesa, a Proclamação da República, a edição da Constituição varguista, a restauração da democracia em 1988 – todos esses fatos são bem mais relevantes do que a organização do Estado em Roma, na Grécia ou na Itália do renascimento comercial.

É claro que essa distinção entre direito público e privado é um tanto quanto estilizada, fato a que, aliás, já aludimos. As fronteiras entre o direito público e o privado são invariavelmente fluidas, e há inclusive autores que rejeitam a distinção por completo<sup>26</sup> – até porque, por trás de qualquer norma, entendida como disposição legislativa interpretada e justificada, há alguma concepção geral de mundo e uma cultura jurídica que tende a ser comum tanto para questões típicas de direito público quanto para aquelas de direito privado.

De todo modo, a discussão sobre as fronteiras conceituais exatas entre o direito público e o privado – se é que ainda podemos falar de

26. Por exemplo, Silvio de Salvo Venosa, *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, Atlas, 2004, p. 42 (observando que a distinção entre direito público e direito privado tem sentido meramente ideológico).



*fronteiras* entre esses campos – é, para os presentes fins, de importância secundária. O interesse primordial está em mostrar que com a consolidação de Estado Regulatório o direito societário foi adquirindo um componente organizacional e ordenador dos mercados e da sociedade. O resultado foi o de que a formulação, interpretação e aplicação do direito societário, e especialmente a argumentação a ele relacionada, passaram a estar cada vez mais ligadas à discussão da sua funcionalidade;<sup>27</sup> e, no fundo, essa é apenas uma outra maneira de caracterizarmos o que venho chamando de *publicização*.

Ora, à medida que o direito societário se *publiciza*, a antiga noção de que ele seria um reflexo das práticas consagradas entre comerciantes (ou empresários, para valerem-nos da terminologia contemporânea) vai perdendo força.<sup>28</sup> Características tradicionais do direito societário passam a ser objeto de questionamento, e, desse modo, a discussão funcional vai pouco a pouco se tornando inescapável.

Senão, vejamos. Nos debates judiciais do nosso Estado liberal na República Velha (1889-1930), o direito societário podia ser simplesmente tomado como dado. Por exemplo, nas sociedades limitadas a responsabilidade do sócio é limitada ao valor do capital porque está na lei. Hoje, em juízo, no entanto, pergunta-se: a limitação da responsabilidade do sócio (mesmo quando disposta inequivocamente em lei) frustra a função social da empresa limitada? Instrumentaliza a fraude? É eficiente? Como se vê, a publicização traz um novo conjunto de problemas e questões ao profissional do Direito.<sup>29</sup>

27. Argumentando em sentido parecido, ver Otavio Yazbek, “O regime das participações societárias recíprocas e as sociedades por quotas de responsabilidade limitada”, *Revista de Direito Mercantil*, 109/54, pp. 54-55; e Cássio Cavalli, *Sociedades Limitadas: Regime de Circulação de Quotas*, São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 45.

28. Isso não quer dizer que no Brasil a criação do direito comercial tenha de fato simplesmente decorrido da positivação das normas observadas por comerciantes. Aqui o direito comercial esteve desde o princípio intimamente ligado à política. Vide José Reinaldo de Lima Lopes, “A formação do direito comercial brasileiro: a criação dos Tribunais de Comércio do Império – Uma história da protorregulação econômica brasileira”, cit., *Caderno Direito GV* 6, p. 37.

29. Algo do modelo argumentativo predominante na República Velha, no entanto, permanece. Para usar um exemplo discutido no Capítulo 3, quando se afirma que a responsabilidade de ex-sócios “decorre de lei”, toma-se um elemento extremamente controvertido do direito positivo como um dado, adaptando-o à solução desejada.

#### 4.2 *Função social como verificação consequencialista de controle de legitimidade*

Nos debates jurídicos, a *publicização* se confunde, então, com uma visão funcional do Direito, visão essa que pode assumir três feições. Primeiro, a *funcionalização* pode querer dizer apenas que as pessoas utilizam os meios jurídicos, particularmente o direito de ação, como um meio para obtenção de um fim. Ou seja, a lei e os institutos jurídicos têm a função de servirem de base para a ação de indivíduos, sejam eles contratantes lesados, proprietários esbulhados, casais que se divorciam ou mesmo o Estado quando cobra impostos em atraso, aplica multas, e assim sucessivamente. Essa é uma visão “fraca” da funcionalidade jurídica porque no fundo se limita a atrelar a função da lei ao seu *uso intencional*, por assim dizer, por alguém na sociedade.

Segundo, a noção de funcionalismo pode designar a ideia de que a lei tem consequências para a sociedade. Ou seja, a lei tem uma função porque molda ou estrutura a interação social. Mas enquanto não se refinar a discussão sobre as consequências, isto é, enquanto não se distinguirem as *consequências pretendidas* das *consequências não pretendidas*, ainda se estará diante de outra visão fraca de funcionalismo – fraca, em particular, no sentido de trazer impactos práticos ainda modestos para a interpretação e aplicação do Direito.<sup>30</sup>

Finalmente, há uma terceira visão do que seja a funcionalização – essa sim de grande impacto prático, porquanto se trata de uma visão “forte”. Trata-se da ideia de que o Direito em geral, inclusive o direito privado e o direito societário, tenha *funções sociais concretas*. Aqui está, portanto, a visão de que o Direito pode promover finalidades sociais tomadas como necessárias, consensuais ou desejáveis. Cito três exemplos comumente associados ao direito societário: a visão de que o direito societário tenha a função social de permitir uma melhor alocação de capital na sociedade de modo a promover o crescimento econômico; a

30. É possível encontrar alguns esforços para se mesurar, por meio de métodos estatísticos e probabilísticos, os efeitos concretos do Direito e suas instituições. No Brasil, além de muitas interessantes e meritórias iniciativas que aqui não é possível listar, destacam-se os trabalhos empíricos pioneiros desenvolvidos pelo Conselho Nacional de Justiça e pela Associação Brasileira de Jurimetria, além de diversos textos produzidos no âmbito do projeto Pensando o Direito patrocinado pelo Ministério da Justiça. Sobre o tema, ver Mariana S. Pargendler e Bruno M. Salama, “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”, *Revista de Direito Administrativo* n. 257, Rio de Janeiro, Brasil, 2013.

função social de democratizar a gestão das empresas; ou a função social de coordenar equitativamente capital e trabalho.

Note que essas funções sociais podem estar ou não expressamente previstas em lei. E, mais importante, essas funções sociais podem conflitar entre si. Em outras palavras, ao perseguir um dado objetivo, outro pode ser prejudicado, tanto no curto quanto no longo prazo. Essas situações de conflito entre diferentes ângulos da função social são particularmente comuns quando não há poder político absoluto, consenso ideológico sobre quais devam ser as funções a serem exercidas pelo Direito,<sup>31</sup> ou *plano desenvolvimentista* que dê um sentido de coesão ou coordenação às políticas públicas e à ação do Estado.

Essa é, então, a grande dificuldade da *publicização* do direito societário no Brasil. Incorporamos com enorme frequência uma visão forte de funcionalismo jurídico – cada vez mais pela retórica da autoaplicação dos princípios jurídicos – sem termos consenso sobre o seu conteúdo político.

Diante disso, convém perguntar: seria a funcionalização “forte” do direito societário algo desejável? Há motivos para vê-la com reservas. Na sua visão forte, a funcionalização jurídica costuma pressupor que o ser humano seja capaz de deliberadamente desenhar as instituições jurídicas. Em outras palavras, a funcionalização forte pressupõe que as instituições possam ser criadas por alguma ou algumas mentes, em vez de simplesmente surgirem por conta de um processo histórico complexo, ergódico e parcialmente indecifrável. Dito de forma mais simples: a funcionalização forte pressupõe que as instituições jurídicas possam decorrer não apenas da ação humana, mas também de sua intenção. Isso é bastante questionável.

Além disso, sob certo ângulo pode-se dizer que a funcionalização forte pressupõe que o ser humano seja capaz não só de desenhar as instituições, mas também de fazê-lo bem. Ou seja, a funcionalização sugere que as instituições jurídicas desenvolvidas em um processo consciente e finalístico de *imaginação institucional* tendam a (ou pelo menos possam) ser boas. E isso não é tudo: aqui pode estar também sugestão de que esse exercício de imaginação institucional caiba também aos magistrados.

31. Sob outra perspectiva metodológica, cf. Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1997, pp. 1-3 (quando a ideologia da adjudicação não coincide com a ideologia da legislação, as consequências da aplicação do Direito podem revelar-se completamente diferentes daquilo que legisladores e juízes imaginam).

Ora, esses pressupostos da funcionalização forte são bastante questionáveis. Primeiro, porque existem limites cognitivos inerentes ao homem: é impossível à razão humana apreender toda a complexidade dos fatos da realidade social. Por isso, as instituições jurídicas estáveis podem decorrer de práticas sociais consagradas pelo tempo e pela história, em vez de resultarem de ações humanas instrumentais e deliberadamente voltadas para a sua criação. Segundo, mesmo que se aceite que seja possível ao homem planejar, ordenar e regular (ainda que com limitações), daí não decorre que tal atividade deva caber, nem mesmo em parte, ao Poder Judiciário. Isso, tanto por conta do pacto político (já que a clássica tripartição reserva, em tese pelo menos, um papel político mais acanhado ao Judiciário)<sup>32</sup> quanto por causa de limitações à formação, atuação e tradição dos membros do Poder Judiciário.

Menciono essas dificuldades menos para formular um ataque contra a *funcionalização forte* do direito societário, e mais para que o leitor possa entender a enorme dimensão dos seus desafios práticos. Até porque, no momento histórico atual, escrever um grande libelo contra a funcionalização forte do direito societário talvez fosse perda de tempo. Hoje parece existir certo consenso de que cabe ao Poder Judiciário em muitos casos agir positiva e ativamente em matéria de atribuição de responsabilidade empresarial, e o debate judicial acerca da *função social* passou a ser um verdadeiro lugar-comum do jurista, do advogado e do magistrado para embasar as mais variadas posições.<sup>33</sup> Esse é um dado de realidade do nosso tempo, para o bem e para o mal.

Além disso, no Brasil parece haver uma leitura culturalmente assente de que exista na nossa Constituição de 1988 um mandamento de funcionalização jurídica. Esse mandamento se obtém de normas-objetivo, como as previstas no art. 3º da Constituição,<sup>34</sup> mas também em diversas

32. Trata-se, aqui, de uma diferença bastante acentuada entre a tradição europeia, fortemente identificada com a obra de Montesquieu, e a tradição norte-americana, erigida sobre os postulados federalistas. Para um quadro geral, cf. Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 214-221.

33. Em matéria de direito bancário, visito esse ponto em Bruno Meyerhof Salama, “Recuperação judicial e trava bancária”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* n. 59, jan./mar. 2013.

34. Constituição, art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

outras passagens espalhadas pelo texto constitucional: a indicação da função social da propriedade,<sup>35</sup> as inúmeras menções ao planejamento e incentivo estatal<sup>36</sup> e, de certa forma, até mesmo a indicação de um extensíssimo rol de direitos do indivíduo, inclusive de direitos sociais e transindividuais.<sup>37</sup> É bem verdade que um texto constitucional é invariavelmente espaço não só de aplicação de um direito dado, mas ainda muito mais de disputa sobre a interpretação e construção dos arranjos constitucionalmente permitidos. Mas de qualquer forma parece-me que a Constituição Federal de 1988 e a cultura jurídica que dela emergiu tenderam a conduzir o debate cada vez mais no sentido do aumento da funcionalização. De modo que a discussão do direito societário no Brasil de hoje não pode escapar de tomar a funcionalização do direito societário como um dado de realidade.

É claro que essa funcionalização não é (nem deveria ser) absoluta nem no direito societário, nem em nenhum outro ramo jurídico. Primeiro, porque o sistema jurídico brasileiro se propõe principiológico em um duplo sentido. De um lado, como identifiquei acima, há realmente um metaprincípio funcionalista, regulador, instrumentalista e planejador da sociedade, encapsulado na ideia de norma-objetivo. Mas de outro lado, há também princípios que se sustentam pelo seu valor intrínseco (e que, por isso, sob determinada perspectiva teórica, seriam considerados regras).<sup>38</sup> Aqui temos, por exemplo, o princípio da presunção de inocên-

35. Constituição, art. 5º, XXIII: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII – a propriedade atenderá a sua função social”.

36. Constituição, art. 43, *caput*: “Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais”; art. 151, I, *in fine*: “É vedado à União: I – instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País”; ou mesmo art. 7º, XX: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”.

37. Cf. os incisos dos arts. 5º e 7º da Constituição.

38. Assim em Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1985), trad. port. de Virgílio Afonso da Silva, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 91. Em sentido similar, exceto pela caracterização dos princípios

cia, da liberdade de consciência e de crença, da reserva legal e assim por diante. Isso quer dizer que um julgador ou legislador no Brasil não se pergunta apenas *a que fim se presta o instituto*, mas também *que valor protege o instituto*. E é bom que seja assim.

Segundo, a intenção das partes, a boa-fé objetiva, a importância dos usos e costumes, todos princípios típicos de direito comercial e de direito privado, continuam vivíssimos no Direito brasileiro. A alegada publicização do direito privado é, portanto, uma questão de grau, e não uma questão binária do tipo “tudo ou nada”. Quando digo que o direito societário se publicizou, não estou aqui a defender ideias absurdas (e mesmo perigosas) como a de que o princípio da autonomia da vontade se tenha tornado irrelevante ou de que as empresas devam ser vistas como meros braços do Estado operados por particulares. Afinal, a articulação institucional de um direito privado é também uma forma de limite ao poder;<sup>39</sup> e é sempre oportuno lembrar o velho adágio de que *o poder corrompe, e o poder absoluto corrompe absolutamente...*

De fato, parece-me perfeitamente possível, senão mesmo desejável, defender um aumento do espaço dado aos princípios típicos do direito comercial; e para tanto, não é necessário rejeitar por completo a funcionalização do direito privado: basta ser capaz de analisá-la criticamente, empregando, em particular, um juízo consequencialista para controle de legitimidade. Explico.

A explicitação da ideia de *função social* (na Constituição, no Código Civil e em leis específicas) coincide com um crescente interesse das profissões jurídicas pelos efeitos concretos das normas jurídicas. Alguns juristas, notadamente Luciano Timm, identificam aqui, como vimos, uma indevida incorporação de elementos de direito público ao direito privado.<sup>40</sup> Embora eu concorde com o diagnóstico de que tenha havido *publicização* do direito comercial e societário, e que tal processo tenha causado dificuldades diversas, não me parece que – para propósitos específicos da presente obra, que versa sobre a responsabilidade empresarial – a solução dos problemas enfrentados passe pela reprivatização. Isso é particularmente verdadeiro se entendermos por *reprivatização* a

como mandamentos de otimização, cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2ª ed. (1978), trad. port. de Nelson Boeira, *Levando os Direitos a Sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 35-46.

39. Sobre o tema, ver Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do Direito Privado*, Ed. RT, 1998, Capítulo III, pp. 117 e ss.

40. Cf. Luciano Benetti Timm, *O Novo Direito Civil. Ensaios sobre o Mercado, a Reprivatização do Direito Civil e a Privatização do Direito Público*, cit.

recuperação do regime de responsabilidade empresarial que vigia quando da edição do Decreto 3.708, de 1919. Tal recuperação, para o bem e para o mal, tornou-se hoje, a meu ver, impossível. Recuperar plenamente aquele regime somente seria possível se abandonássemos o modelo político de Estado gestado pela Constituição de 1988, o que (para além de profundos debates ideológicos sobre o papel do Estado) está fora da ordem do dia.

Assim, entendo que, no âmbito da responsabilidade empresarial de terceiros por dívidas da empresa, a discussão da *função social* deva ser antes metodológica do que substantiva. Concretamente, isso quer dizer que disposição em lei de uma *função social* (da propriedade, do contrato etc.) deva ser tomada como impondo ao intérprete o ônus de realizar uma *verificação consequencialista de controle de legitimidade*. Dito de forma simples: é preciso avaliar se as consequências concretas geradas por uma dada interpretação são consistentes com a finalidade que concretamente se buscava alcançar com a norma.

Na prática, isso quer dizer que o intérprete deve se perguntar: os propósitos desta norma – regra ou princípio – serão plausivelmente atingidos com tal formulação? Essa interpretação presumivelmente promoverá na realidade os fins normativamente estipulados? Nesses casos, trata-se de enxergar a funcionalidade como a promoção concreta de finalidades sociais protegidas pelo Direito. Mas para realmente proteger tais finalidades, não basta elogiar admiráveis princípios e proclamar propósitos magnânimos: é preciso examinar a pertinência entre os meios jurídicos indicados e os fins normativos que se visa proteger. É nessa medida que se integram ao debate jurídico não apenas visões jusfilosóficas sobre o *bem*, o *justo* e o *desejável*, mas também considerações sobre os *custos e benefícios* e principalmente os *incentivos* criados por diferentes interpretações e posturas legislativas e judiciais.

### 4.3 A imitação eficiente rejeitada

No âmbito da discussão da responsabilidade empresarial, o reconhecimento da função social como um ônus do intérprete – *ônus de verificação consequencialista de controle de legitimidade* – traz uma implicação profunda, a saber, a rejeição daquilo que chamarei de *imitação eficiente*. A limitação de responsabilidade é comumente tratada nos debates judiciais como corolário do princípio constitucional da proteção à livre-iniciativa<sup>41</sup> ou como um ditame basilar de um sistema civilizado

41. Cf., e.g., STF, RE 562.276/PR, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 3.11.2010.

de direito comercial.<sup>42</sup> Essas construções em geral pressupõem que a limitação de responsabilidade seja uma espécie de “engrenagem” jurídica necessária para que a iniciativa privada floresça. No Capítulo 5 tratarei de dissecar a relação entre essa suposta engrenagem jurídica e a livre-iniciativa, mas aqui desejo apenas rejeitar a ideia de que tal relação seja algo natural, elementar ou óbvio.

A ideia de que a limitação da responsabilidade seja decorrência do princípio da livre-iniciativa se subsume, com grande frequência, ao que pode ser chamado de *argumento da imitação eficiente*.<sup>43</sup> A intuição fundamental do argumento da imitação eficiente é a seguinte: se a responsabilidade limitada é o regime básico a vigor em praticamente todos os países desenvolvidos, então este há de ser o melhor regime; logo, é eficiente incorporá-lo ao nosso sistema. A ausência de responsabilização limitada, segue o raciocínio, pode deprimir o investimento e desorganizar a atividade empresarial, encetando assim as mais variadas consequências indesejadas, inclusive a redução do crescimento econômico, da inovação e da geração de renda e emprego. Vejamos por quê.

A atividade empresarial ocorre essencialmente em um ambiente competitivo. Sob competição, é razoável postular que exista uma dinâmica *darwinista* que afete também a legislação societária dos países do seguinte modo: nos países em que as leis societárias sejam mais eficientes, as empresas atrairiam mais investimentos e sobreviveriam; nos demais, pereceriam – indo à falência, sendo adquiridas por suas concorrentes ou então se transformando de modo a emularem (isto é, copiarem) as concorrentes mais *aptas*.

42. Cf., e.g., STJ, REsp 757.065, rel. Min. José Delgado, j. em 1º.2.2006 (argumentando que a interpretação da legislação deve ser tal que não “desnature as sociedades limitadas e, mais ainda, que a bem do consumidor e da própria iniciativa privada (princípio constitucional) preserve os fundamentos e a natureza desse tipo societário. De fato, o respeito à separação da pessoa jurídica da pessoa dos sócios que a compõem é preceito basililar que não pode e nem deve ser indevidamente violado, sob pena de se desconhecer as prescrições normativas que regulam, em particular, o direito empresarial”).

43. Para uma articulação bem-construída do *argumento da imitação eficiente*, ver Marcia Carla Pereira Ribeiro e Eduardo Bastos de Barros, “A limitação de responsabilidade como instrumento de desenvolvimento econômico e social”, in VV.AA., *Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, pp. 1.062-1.084. Vide também Danilo B. dos S. Gomes de Araújo, “Limitação do risco empresarial”, in Maria Lúcia L. M. Padua Lima (coord.), *Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia*, São Paulo, Saraiva, 2012, t. 3, pp. 231-232; e também Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*, 10ª ed., rev. e atual, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 403.



A lição seria, então, a de que a competição incentiva as jurisdições de maior sucesso a inovar, e as demais a imitar: num sistema competitivo, a inovação diferencia e a imitação harmoniza. Dessa ótica, a preservação no exterior do modelo societário calcado na responsabilidade limitada seria nada mais, nada menos, que um sinal da sua superioridade funcional. Ou seja, o regime de responsabilidade limitada seria uma espécie de tecnologia institucional superior ao regime de responsabilidade ilimitada. Logo, sua manutenção no Brasil seria justificável e desejável.

Não desejo descartar completamente o argumento da *imitação eficiente*, mas é preciso fazer-lhe três ressalvas. A primeira diz respeito ao modelo sociológico de competição institucional que lhe está pressuposto. A ideia de que haja uma competição unidimensional entre instituições – a dinâmica de inovação que diferencia e que enseja posterior imitação – pressupõe que existam instituições superiores, do tipo *best practice* (melhores práticas), que sejam sempre melhores em qualquer contexto. Isso nem sempre corresponde à realidade.<sup>44</sup>

Por diversas razões as mesmas regras formais frequentemente têm um funcionamento distinto em cada lugar e em cada momento histórico.<sup>45</sup> Considere, por exemplo, o fato de que no Japão é comum a situação em que o empregado de uma empresa não exige do empregador todos os dias de férias que legalmente lhe são facultados simplesmente porque essa não é a praxe cultural e socialmente assente. Ora, daí já se vê que os efeitos de uma reforma na lei trabalhista naquele país serão muito diferentes do que ocorreria em países ocidentais, inclusive aqui no “extremo-ocidente”, no Brasil. Da mesma forma ocorre com o funcionamento das regras de outros ramos do Direito, inclusive do direito societário.<sup>46</sup>

44. Vide, por exemplo, Curtis J. Milhaupt e Katharina Pistor, *Law and Capitalism – What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*, Chicago, Chicago Press, 2008; Mark Granovetter, “Economic action and social structure: the problem of embeddedness”, *The American Journal of Sociology*, v. 91, n. 3, 1985; Dani Rodrik, *One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth*. Princeton University Press, 2008; Ha-Joon Chang e Peter Evans, *The Role of Institutions in Economic Change*, trabalho apresentado na Conferência “The Other Canon and Economic Development”, Oslo, 2000; e como análise pioneira sobre o caráter histórico das instituições modernas, ver Karl Polanyi, *The Great Transformation: the Political and Economic Origins of Our Time*, Boston, Beacon Press, 1944.

45. Sobre o tema, ver Alan Watson, *The Evolution of Western Private Law*, Baltimore, Johns Hopkins University, 2001; e, do mesmo autor, *The Evolution of Law*, Baltimore, Johns Hopkins University, 1985.

46. Ainda para uma discussão do caso japonês, ver, por exemplo, Hideki Kanda e Curtis Milhaupt, “Re-examining legal transplants: the director’s fiduciary

A implicação prática é a de que uma regra ou instituição jurídica pode ser adequada em um local sem sê-lo em outro. Concretamente, isso quer dizer que é pelo menos possível que o regime da responsabilidade limitada seja o mais eficiente em alguns lugares sem sê-lo em todos os outros.

O segundo problema do argumento da *imitação eficiente* diz respeito a sua interação com a cultura jurídica que veio se consolidando no Brasil desde a transição à democracia em 1988. Neste estágio político atual, o tipo de arranjo institucional que antigamente era tomado com necessário, ou mesmo natural, passou a ser objeto de constante questionamento. Isso tem sido verdade até mesmo para os arranjos institucionais mais fundamentais, como o casamento. A relativização da ideia de sujeição do juiz à vontade do legislador é um exemplo ilustrativo.

O Direito brasileiro vive hoje uma época de busca do novo e de *desnaturalização* das instituições jurídicas herdadas do passado. Esse é o nosso *esprit du temps* – quer se goste ou não, e já adianta: há razões para vê-lo, em certos casos, com suspeitas. É bem verdade que as doutrinas que historicamente se construíram como típicas do direito comercial – por exemplo, a necessidade de se ter dois sócios para a formação de uma sociedade – não são tão facilmente *naturalizáveis* quanto as doutrinas típicas do direito civil – por exemplo, a necessidade de se ter um homem e uma mulher para que haja um casamento.<sup>47</sup> Logo, segue o raciocínio, se as doutrinas do direito comercial não são facilmente *naturalizáveis*, não há sentido sequer cogitar-se sobre sua *desnaturalização*. Mas na prática não seria exagero dizer que certo pensar herdado desde o tempo da edição do Decreto das Limitadas de 1919 atribuía à limitação de res-

duty in Japanese corporate law”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 51, p. 887, 2003.

47. Cf. José Reinaldo de Lima Lopes, “A formação do direito comercial brasileiro: a criação dos Tribunais de Comércio do Império – uma história da protorregulação econômica brasileira”, cit., *Caderno Direito GV* 6, p. 9 (notando que “é relativamente fácil para os juristas *naturalizarem* as instituições do direito civil. Casamento, sucessões, contratos e promessas, obrigações por atos ilícitos, estado das pessoas, tudo isso parece compatível com uma *filosofia natural*; são categorias que parecem refletir verdades *a priori*, categorias do espírito jurídico. Dessa forma, mudanças nos institutos jurídicos civis são dificultadas por essa naturalização pela qual passaram a partir dos séculos XVI e XVII. O mesmo não se dá com as categorias do direito comercial. Títulos de crédito, obrigações cartulárias, abstratas e literais não são facilmente confundidas com aquelas coisas ‘que a natureza ensina aos homens e aos animais’; sociedades com responsabilidade limitada, ou ilimitada, cuja participação pode ser representada por cotas ou ações, em forma de comanditas ou simples, tampouco se prestam a um entendimento muito natural. São mais claramente matérias de *razão artificial*”).

ponsabilidade do sócio tamanha importância, a ponto de alçá-la quase à posição de um *direito natural*. Hoje visões como essas estão em crise.

De concreto, é bom apontar que a matéria societária claramente não está livre de certa *crítica imanente* que caracteriza boa parte da teoria e da prática jurídica nos nossos dias.<sup>48</sup> Do mais simples manual à mais complexa reflexão doutrinária, passando pela infundável coleção de artigos publicados na internet e também por decisões judiciais Brasil afora, o verdadeiro lugar-comum do profissional do Direito hoje em dia é falar dos processos de “revisão de conceitos”, da “falência de antigos preceitos” e da “evolução das relações sociais e jurídicas”.

Essa aproximação menos rígida quanto às fontes de direito combina bem com a fundamentação das mais variadas posições em princípios constitucionais abertos, cujo espectro de interpretações possíveis é amplíssimo. Não por acaso tem ganhado força nos debates judiciais e doutrinários brasileiros a visão segundo a qual a Constituição Federal deve ser entendida como autoaplicável, como capaz de servir de esteio valorativo, justificativa retórica e fundamento jurídico para a reinterpretação pelos tribunais de um legado jurídico construído em um passado não democrático, e que agora se quer reinterpretar à luz de nova principiologia. Essa dinâmica claramente se faz sentir também em matéria societária.

O terceiro problema do argumento da *imitação eficiente* é o de que ele pressupõe que a responsabilidade limitada seja de fato um esquema básico a vigor de forma homogênea em todos os países desenvolvidos. Ocorre que os esquemas *clássicos* de responsabilidade limitada têm sido revisitados e vêm sofrendo modificações não apenas no nosso Direito, mas também no direito estrangeiro. É bem verdade que no direito comparado há profusão de tipos societários prevendo a limitação de responsabilidade – o que no fundo atesta a importância da limitação de risco do sócio.<sup>49</sup> Mas por outro lado a desconsideração da personalidade jurídica

48. Uma boa articulação dessa crítica pode ser encontrada em Martha T. McCluskey, “The substantive politics of formal corporate power”, 53 *Buffalo Law Review* 1.453, 2006. Nos Estados Unidos existe, inclusive, um movimento popular (de pequena expressão, mas que se faz ouvir) que pleiteia a edição de uma emenda constitucional que reconheça direitos constitucionais apenas a indivíduos, não a pessoas jurídicas. Ver <<http://www.movetoamend.org>>. Sobre o tema, ver Susanna Kim Ripken, “Corporate first amendment rights after citizens united: an analysis of the popular movement to end the constitutional personhood of corporations”, 14 *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 209, 2011.

49. Cf. Fernando Schwarz Gaggini, *A Responsabilidade dos Sócios nas Sociedades Empresárias*, São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito, 2013, p. 135.

e outras técnicas de responsabilização de sócios e outros terceiros ligados à empresa são um dado da prática jurídica não apenas no Brasil.

No movimento de reconceitualização do legado jurídico privatístico liberal, o Brasil não está sozinho. Ao contrário, este é um movimento amplo e internacional, claramente identificável em todo o mundo ocidental, cada vez mais fascinado pela ideia de regulação. Os motivos são diversos, e vão da relativização ou rejeição de antigas ideologias jurídicas a mudanças políticas, passando também por mudanças na filosofia e nas artes, e, talvez, acima de tudo, compreendendo mudanças na tecnologia. Note bem: a nova tecnologia cria novas possibilidades regulatórias principalmente porque a informática e a eletrônica diminuem os custos de monitoramento, abertura de novas empresas e movimentação de dinheiro; e ao mesmo tempo, essa nova tecnologia cria ela própria novas questões a serem reguladas.<sup>50</sup>

Tudo isso nos leva a pôr em questão a defesa da limitação de responsabilidade de sócio baseada nos argumentos de autoridade, na evocação da tradição ou na tentativa à imitação. Não é que essas perspectivas tenham se tornado irrelevantes – afirmo categoricamente que elas não se tornaram, porque as acomodações institucionais existentes muitas vezes refletem apenas uma indecifrável sabedoria coletiva –, mas apenas que elas são insuficientes.

O debate jurídico em direito societário com o qual nos acostumamos no Brasil – falo com grande generalidade, porque atualmente há de tudo – costuma percorrer uma discussão que gira em torno da natureza e do conceito de pessoa; passa então à analogia entre pessoa natural e pessoa coletiva; e daí vai a uma construção conceitual a fim de traçar distinções entre realidades fictas (aceitas pelo Direito) e situações fictícias (repelidas pelo Direito).<sup>51</sup> Esse tipo de discussão me parece resultar de um avanço cultural verdadeiramente admirável. Esse fabuloso legado *privatista* não deve ser eliminado nem substituído, mas precisa ser *arejado*.

50. Se o leitor motorista já tomou uma multa por excesso de velocidade fiscalizada por radar ou se já realizou uma inspeção veicular certamente saberá do que estou falando.

51. Um estudo recente que percorre esse caminho de forma rigorosa e resumida pode ser encontrado em Celso Cintra Mori, “Pessoa Jurídica: ficção e realidade”, in Luiz Fernando Martins Kuyven (org.), *Temas Essenciais de Direito Empresarial. Estudos em Homenagem a Modesto Carvalhosa* São Paulo, Saraiva, 2012, p. 89. Há evidentemente diversos outros estudos que percorrem caminho metodologicamente semelhante, muitos dos quais estão, aliás, esparsamente referidos ao longo deste livro.

Hoje estão na ordem do dia tanto a discussão da forma quanto da funcionalidade da empresa e de seus esquemas de responsabilidade. Com a Constituição de 1988 e a democratização, a justificação de quase todos os institutos jurídicos – da propriedade ao contrato, do casamento ao contraditório no processo – passou a estar em questão. Tornou-se assim inescapável a tarefa de reconstruir o discurso de justificação da responsabilidade empresarial de terceiros, seja para restaurar sua feição original, aceitar sua versão atual ou para encontrar pontos intermediários.



## Capítulo 5

### **A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE NA BALANÇA**

*5.1 Vantagens econômicas: 5.1.1 Diversificação de investimentos: 5.1.1.1 A ilimitação de responsabilidade como barreira – 5.1.1.2 Empreendedorismo e inovação – 5.1.1.3 Desenvolvimento institucional e econômico – 5.1.1.4 Dívida ou capital; 5.1.2 Compensação pela aversão ao risco: 5.1.2.1 Investimentos com valor monetário esperado positivo – 5.1.2.2 Noção de aversão ao risco de perda – 5.1.2.3 Incentivos gerados pelo regime de responsabilidade – 5.1.2.4 A limitação de responsabilidade como subsídio implícito; 5.1.3 Redução dos custos de monitoramento: 5.1.3.1 O problema da identidade dos sócios – 5.1.3.2 Pequena relevância nas sociedades de pessoas – 5.1.3.3 Grande relevância nas sociedades de capital: 5.1.3.3.1 Perda de fungibilidade – 5.1.3.3.2 Distorção dos efeitos da informação pública – 5.1.3.3.3 Disciplina do mercado sobre administradores; 5.1.4 Facilitação das transferências eficientes de controle. 5.2 Desvantagens econômicas: 5.2.1 Viabilização de investimentos socialmente ineficientes: 5.2.1.1 O conceito econômico de “eficiência” – 5.2.1.2 Ilustração de investimento ineficiente – 5.2.1.3 Ponderação sobre a gravidade do problema; 5.2.2 Baixo investimento em precaução: 5.2.2.1 Investimentos eficientes em precaução – 5.2.2.2 Custo total e custo privado – 5.2.2.3 Ressalvas: 5.2.2.3.1 Precificação contratual de riscos – 5.2.2.3.2 Análise Econômica do Direito sem fanatismos. 5.2.2.3.3 Risco e incerteza; 5.2.3 Escudo para fraudes: 5.2.3.1 A fraude lucrativa – 5.2.3.2 Da incerteza na responsabilização da empresa – 5.2.3.3 Efeito do regime de responsabilidade limitada. 5.3 Resumo. 5.4 Conclusão parcial. Apêndice 1 – A empresa sob a ótica da teoria dos custos de transação. Apêndice 2 – Nota sobre estudos empíricos acerca da responsabilidade limitada.*

Há uma intuição bem-assentada entre os juristas brasileiros de que a responsabilidade limitada favoreça o investimento, mas também que seja fonte de problemas de vários tipos. Essa intuição está de um modo geral correta, mas não houve até hoje no Brasil quem tenha explicado detalhadamente os mecanismos econômicos através dos quais essas vantagens

e desvantagens se manifestam.<sup>1</sup> Essa é uma lacuna grave. Sem entender esses mecanismos detalhadamente, não há como conceber racionalmente um refinamento das doutrinas e interpretações sobre a responsabilidade de terceiros. O que se propõe neste capítulo é depurar essas intuições, discutindo detalhadamente as vantagens e desvantagens econômicas da responsabilidade limitada de modo compreensivo.

Trata-se, evidentemente, de uma empreitada que não pode ser conduzida do ponto de vista interpretativo: podemos interpretar e reinterpretar o Direito tantas vezes quanto quisermos, e após esse exercício continuaremos sem saber quase nada sobre as repercussões do Direito sobre o mundo real. Para pensar sobre as consequências do Direito, faz-se necessário utilizar uma referência metodológica externa. O ferramental econômico próprio para esse tipo de análise é a chamada *Teoria dos Custos de Transação*.

Aqui poupo o leitor de explicações catedráticas sobre tal teorização, e parto diretamente para empregá-la no que possui de mais aplicado ao tema da responsabilização empresarial. Contudo, para saciar a curiosidade do leitor mais disciplinado, incluí um texto explicativo esclarecendo os conceitos básicos da Teoria dos Custos como Apêndice 1 deste capítulo. Incluí, também, como Apêndice 2, algumas notas sobre certos estudos empíricos estrangeiros a respeito da limitação de responsabilidade societária.

Em comparação com os demais capítulos deste livro, o atual talvez constitua uma leitura um pouco mais árida. Isso é especialmente verdadeiro para o leitor pouco familiarizado com conceitos de microeconomia. Por conta disso, tentarei explicar, da forma mais simples e didática possível, cada conceito econômico utilizado. Além disso, procurarei ilustrar o raciocínio com exemplos numéricos simples. Ainda assim, o leitor menos interessado em discussões econômicas poderá depreender (em linhas gerais pelo menos) o que há de essencial neste capítulo lendo apenas o resumo (item 5.3) e a conclusão parcial (item 5.4).<sup>2</sup>

1. Contudo, em argumento bem-construído, Fernando Schwarz Gaggini, *A Responsabilidade dos Sócios nas Sociedades Empresárias*, São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito, 2013, pp. 114-122, sintetiza sete vantagens e quatro desvantagens que se pode atribuir à responsabilidade limitada. Além disso, Eduardo Secchi Munhoz, *Empresa Contemporânea e Direito Societário – Poder de Controle e Grupos de Sociedades*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, pp. 19-21, discorre sobre as vantagens econômicas da responsabilidade limitada ao resumir as conclusões de Frank Easterbrook e Daniel Fischel em estudo clássico sobre as sociedades por ações.

2. Para uma revisão da literatura jurídico-econômica comparada acerca da limitação de responsabilidade, ver William J. Carney, “Limited liability”, item n.



## 5.1 *Vantagens econômicas*

Suponha que um indivíduo tenha um patrimônio de \$10.000 e deseje realizar um investimento de \$5.000 em uma empresa. Agora compare estas duas situações. Na primeira, sua responsabilidade está limitada ao valor investido. Logo, o teto de suas perdas são os \$5.000. Afinal, se a empresa naufragar, esse investidor nunca receberá dividendos e ainda perderá o valor do investimento. Contudo, ainda lhe restará a outra metade do seu patrimônio, \$5.000. Na segunda situação, a responsabilidade do sócio é ilimitada. Assim, se a empresa quebrar e houver um passivo descoberto, os credores da empresa buscarão satisfazer seus créditos processando o investidor. Dependendo do valor desses créditos, o investidor poderá perder a totalidade do seu patrimônio de \$10.000, mesmo tendo investido apenas \$5.000 na empresa.

Não é difícil perceber que, do ponto de vista da propensão do investidor a empregar seus recursos no negócio, a primeira situação lhe é mais favorável. A redução no risco de responsabilização pessoal de um investidor faz com que haja uma queda indireta no custo desse investimento em participação societária. Isso torna esse tipo de investimento mais atraente. A articulação detalhada dessas ideias, contudo, não é óbvia. Ela passa por quatro vantagens econômicas que podem ser associadas à limitação de responsabilidade do sócio, vantagens essas ligadas à possibilidade de *diversificação de investimentos* (item 5.1.1), ao induzimento de investimentos com *valor monetário esperado positivo* por investidores *avessos ao risco* (item 5.1.2), à redução dos *custos de monitoramento* dos investimentos (item 5.1.3) e à facilitação das *transferências eficientes de controle* de empresas (item 5.1.4). Adiante explico cada um desses aspectos separadamente.

### 5.1.1 *Diversificação de investimentos*

#### 5.1.1.1 A ilimitação de responsabilidade como barreira

A limitação de responsabilidade do sócio facilita a diversificação do investimento. Para entender por que, suponha novamente que um investidor possua patrimônio de \$10.000. A seguir, suponha que ele possa (i) investir \$1.000 em dez negócios diferentes ou (ii) investir \$10.000 em um único negócio. A palavra “investidor” muitas vezes tem a conotação

5.620 da *Online Encyclopedia of Law & Economics*, disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/5620book.pdf>>.

de “grande investidor” – digamos, um grande fundo de investimentos ou um rico indivíduo que aplica suas vastas economias –, mas do ponto de vista econômico investidor é qualquer um que opte por postergar o consumo deixando seus recursos empregados de alguma forma a fim de obter um retorno. Qualquer pessoa que possua recursos financeiros enfrenta o dilema de ter que decidir entre consumir e investir. Investidor, portanto, pode ser também o pequeno empresário que investe em um pequeno negócio, o trabalhador que guarda dinheiro para a velhice, o pai de família que aplica suas economias para futuramente ter dinheiro para custear a faculdade dos filhos ou simplesmente a família que adia sua decisão de comprar um carro e prefere deixar recursos na caderneta de poupança.

A diversificação é uma importante estratégia de investimentos porque ela reduz os riscos de perdas. Voltando ao exemplo acima, se o investidor alocar \$1.000 em dez diferentes investimentos, ele estará bastante diversificado e seus riscos de perdas serão minimizados. Afinal, quando um dos investimentos de \$1.000 não estiver indo bem, os outros poderão compensar essas perdas, de modo que na média o investidor pelo menos não tenha perdas expressivas. Compare a situação desse investidor diversificado com a de outro que não está diversificado. Esse último aloca todo o seu patrimônio em um único investimento (por exemplo, aloca \$10.000 em um único negócio). Se esse único investimento for bem, seus lucros serão grandes. Mas, se o investimento atingir resultados ruins, essa perda lhe causará uma dificuldade muito séria, porque ele poderá perder todo o seu patrimônio. Até mesmo quem nunca estudou finanças conhece intuitivamente a velha sabedoria de que “não se deve colocar todos os ovos em um mesmo cesto”.

A falta de limitação da responsabilidade do sócio – isto é, a responsabilidade ilimitada do sócio por dívida da empresa – dificulta estratégias de diversificação. Suponha que o investidor acima tenha investido \$1.000 como capital social de dez empresas diferentes. Imagine, a seguir, que o ordenamento jurídico não lhe garanta limitação da responsabilidade como sócio. Ora, como cada uma dessas dez empresas pode ir à bancarrota, o investidor sabe desde logo que todo o seu patrimônio poderá ter que ser usado para cobrir as perdas de cada uma dessas dez empresas.

Em uma economia dinâmica e minimamente competitiva, a quebra é sempre uma possibilidade, e isso traz uma consequência bastante grave: sob um regime jurídico de responsabilidade ilimitada, quanto mais diversificado o investidor estiver, tanto maior será o risco de perder

grande parte do seu patrimônio. Isso quer dizer que *sob responsabilidade ilimitada a diversificação pode maximizar os riscos de perda, em vez de mitigá-los*. Sob responsabilidade ilimitada, portanto, a estratégia mais eficiente será concentrar investimentos em vez de diversificá-los. Um resultado verdadeiramente surpreendente.

#### 5.1.1.2 Empreendedorismo e inovação

As barreiras à diversificação trazem, então, consequências indesejadas para os investidores. É fácil visualizar no exemplo acima que o fundo de investimentos, o pequeno empresário, o aposentado ou o pai de família – todos eles estarão incentivados a empregar seus recursos de maneira outra que não no financiamento de empresas através da compra de participação societária (ações ou quotas). Investidores terão então maior dificuldade de encontrar a combinação mais conveniente para seu apetite a risco e retorno. Mas esse não é o principal problema. O grande nó surge porque a ilimitação da responsabilidade de sócios cria, assim, um obstáculo ao financiamento e à criação de negócios produtivos.

Para entender o argumento, considere inicialmente o financiamento de novos negócios, isto é, o financiamento da atividade empreendedora. Um empreendedor é uma pessoa que detecta uma oportunidade de realizar um negócio e assume riscos (aproximadamente) calculados. O empreendedor é peça fundamental para geração de riqueza, e acrescente-se: não trato aqui apenas da geração de riqueza para si, mas para toda a sociedade, porque o empreendedor gera empregos, paga impostos e cria (e vende) coisas úteis para outras pessoas.<sup>3</sup>

Para pôr em prática seu plano de negócios, o empreendedor precisa de dinheiro. Com grande frequência, pelo menos parte desse dinheiro precisa ser obtida de terceiros, isto é, de financiadores. No Brasil como no resto do mundo, geralmente os novos negócios são no início financiados através de uma dinâmica que pode ser chamada de *relacional*. O financiamento é relacional especialmente porque, no começo, o que une o financiador ao empreendedor é principalmente a confiança do primeiro no segundo.

Assim, um novo negócio é tipicamente financiado com aquilo que a sabedoria popular norte-americana chama de *the three Fs* ou *os três efes*:

3. Para ilustrar, o impacto da Microsoft e do Google é grande para seus acionistas, mas ainda maior para os milhões de pessoas que podem utilizar essas tecnologias.

*family, friends, and fools* (familiares, amigos e otários).<sup>4</sup> Essas pessoas investem porque têm confiança no empreendedor, não no negócio em si. Para ilustrar, um pai geralmente financia um negócio por acreditar no filho, não por conhecer detalhadamente o funcionamento do negócio que o filho decidiu montar. O mesmo pode ser dito dos outros financiadores típicos de novos negócios: os amigos financiam alguém por terem confiança na pessoa que irá gerir os recursos aportados; os otários financiam por acreditarem que têm mais sorte do que os outros ou por terem os amigos errados.

Os financiamentos de negócios em bases relacionais tendem a ser impactados pelo regime de responsabilidade. Familiares, amigos e outros investidores que se envolvem em um negócio na base da confiança quase sempre desejam se tornar sócios para participarem do sucesso; de vez em quando o fazem para ajudar um empreendedor por quem têm apreço, amizade ou laços de família; mas quase nunca estão dispostos a simplesmente arriscar todo o seu patrimônio pessoal em um único investimento. É nesse ponto que o tipo de regime jurídico de responsabilidade de sócio passa a ser importante, porque sob responsabilidade ilimitada o investidor poderá perder todo o seu patrimônio se a empresa vier a naufragar.

Repare que esse problema é particularmente verdadeiro no caso de novos negócios, porque estes têm, sabidamente, maiores chances de quebrar do que negócios já estabelecidos há muito tempo. É nesse sentido que afirmo que a ilimitação de responsabilidade de sócio pode ser considerada um entrave adicional ao empreendedorismo, isto é, à abertura de novos negócios. E ainda assim, isso não é tudo.

A ilimitação de responsabilidade do sócio dificulta não só o financiamento de novos negócios, mas também o financiamento daqueles já em curso. Isso se vê de maneira particularmente clara no que toca à atividade das chamadas *sociedades de capital de risco*. A expressão *sociedade de capital de risco* é a tradução ao português do original em inglês, *private equity*.<sup>5</sup> As sociedades de capital e risco se dedicam a

4. Sobre o tema, vide Robert Cooter e Hans-Berndt Schaefer, *Solomo's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations*, Princeton, Princeton University Press, 2011, pp. 27 e ss.

5. Aqui é bom notar que a função da *sociedade de capital de risco* não precisa necessariamente ser feita por firmas internacionais especializadas no *métier*. Por exemplo, nos Estados Unidos, durante a primeira metade do século XX, a atividade foi desenvolvida por famílias ou indivíduos muito ricos. É o caso dos Rockefellers, Warburgs, Vanderbilts e Whitneys, entre outros. Só com o tempo essa atividade foi

investir profissionalmente em diversos negócios por um determinado período, geralmente algo em torno de três a seis anos. Tipicamente, uma sociedade de capital de risco compra participação acionária, na maioria das vezes minoritária, com o objetivo de dar “fôlego” financeiro para uma empresa em que se identifica grande oportunidade de retorno econômico. Esse grande retorno pode advir, por exemplo, da abertura de uma nova linha de negócios, de uma reestruturação societária ou financeira ou de uma mudança de gestão.

A sociedade de capital e risco que investe espera obter valorização da sua participação societária para posterior venda. Idealmente, essa posterior venda ocorre em bolsa de valores através de uma oferta pública de ações – algo que no Brasil, por sinal, só se tornou possível recentemente com o florescimento do nosso mercado bursátil na última década.<sup>6</sup> As sociedades de capital de risco têm sido, no mundo inteiro, um importante veículo de desenvolvimento dos parques produtivos. Contudo, é pacífico entre os profissionais do setor que o aumento do risco de responsabilização da sociedade de capital e risco por dívidas da empresa em que se faz o investimento pode inviabilizar o modelo de negócios.

No Brasil, o aumento do risco do fundo por dívidas da empresa tem gerado uma saída curiosa e talvez indesejável. Os fundos de *private equity* no Brasil têm se estruturado através de empresas *offshore*. A prospecção de investidores é feita no Brasil, mas os recursos ingressam nas empresas receptoras do investimento através de veículos societários constituídos no exterior. Em alguns casos, os investidores brasileiros já dispõem de recursos no exterior. Em outros, precisam enviar os recursos para fora, para somente depois serem internalizados. O principal motivo

adquirindo o caráter de profissionalidade que possui hoje. No Brasil, diversas empresas não especializadas realizam também essa atividade de realizar investimentos de *private equity*.

6. Sobre o tema, cf. Bruno Meyerhof Salama e Viviane Muller Prado, “Proteção ao acionista minoritário no Brasil: breve histórico, estrutura legal e evidências empíricas”, in *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2011; Érica Gorga, “Culture and corporate law reform: a case study of Brazil”, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 27, 2006; Mariana Pargendler, “Politics in the origins: the making of corporate law in nineteenth-century Brazil”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, n. 3, 2012. Ver também Ary Oswaldo Mattos Filho e Viviane Muller Prado, “Tentativas de desenvolvimento do mercado acionário brasileiro desde 1964”, in Maria Lúcia L. M. Padua Lima, *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*, t. 2, 2012, pp. 191-235; e Roberta Nioac Prado, *Oferta Pública de Ações Obrigatória nas S/A – Tag Along*, São Paulo, Quartier Latin, 2005.

para a escolha dessas estruturas é fiscal, mas o risco de responsabilização patrimonial também é um fator relevante.

Evidentemente, esses mecanismos indiretos não são os ideais. Primeiro, porque encarecem o investimento de *private equity*: manter uma estrutura com empresas no exterior é razoavelmente caro. Aliás, como esses custos são fixos, seu peso relativo é bem maior no caso de investimentos menores. Ou seja, as estruturas com empresas *offshore* atrapalham todas as empresas brasileiras que potencialmente poderiam ser alvo de investimentos de *private equity*, mas as pequenas sofrem mais. Segundo, o uso de estruturas no exterior reduz a transparência do investimento. Por isso, tornam a fiscalização mais complicada e mais difícil, e, por causa disso, podem facilitar a realização de outros tipos de fraude.

As dificuldades operacionais criadas aos fundos de *private equity* podem ser um dos motivos que explicam por que, no Brasil, há ainda relativamente pouca atividade daquilo que se convencionou chamar de *venture capital*.<sup>7</sup> De um modo geral, o *venture capital* funciona como o *private equity* – isto é, um investidor (possivelmente uma *sociedade de capital de risco*) adquire uma participação acionária para dar o fôlego financeiro para que uma empresa possa desenvolver ou expandir novos projetos, na expectativa de posteriormente vender sua participação com lucro. O *venture capital* se distingue do *private equity*, no entanto, em função do tipo de empresa receptora do investimento.

Uma operação de *venture capital* se destina a empresas ainda em estágio inicial, as chamadas *start-ups*. O grande atrativo dessas empresas está em possuírem um projeto de inovação ou tecnologia que apresente enorme potencial de lucro – mas também de fracasso, como sói ser no mundo dos negócios com tudo aquilo que é novo. O *venture capital* desempenhou e desempenha um papel central no financiamento a inovação em diversos países. O exemplo mais comumente citado na literatura sobre o tema é o do Vale do Silício nos Estados Unidos, mas há outros.<sup>8</sup> No Brasil mesmo, há vários planos governamentais destinados a incentivar o desenvolvimento da atividade de *venture capital*.<sup>9</sup> Evidentemente, a

7. Cf. os dados apresentados em Mário Gomes Schapiro, “Development bank, law and innovation financing in a new Brazilian economy”, *Law and Development Review* 3, 2010, pp. 91-93.

8. Cf. Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial, “A indústria de *private equity* e *venture capital*”, 2011. Disponível em: <[http://www.abdi.com.br/Estudo/Private\\_Equity\\_e\\_Venture\\_Censo.pdf](http://www.abdi.com.br/Estudo/Private_Equity_e_Venture_Censo.pdf)>.

9. É o caso, por exemplo, do fundo Criatec, do BNDES. Cf. Mário Gomes Schapiro, *Novos Parâmetros para a Intervenção do Estado na Economia*, São Paulo,

ilimitação de responsabilidade de sócio atua no sentido inverso das políticas governamentais de promoção do capital de risco.

A ilimitação da responsabilidade do sócio pode, assim, também desincentivar os investimentos em inovação. Por *inovação* entenda-se não apenas o emprego produtivo de uma descoberta científica, mas, de modo mais abrangente, o processo de aplicação de novas ideias com o intuito de obtenção de lucro, inclusive a introdução de um novo bem de consumo, o emprego de um novo método de produção, a abertura de um novo mercado ou a mudança no tipo de organização da produção e até mesmo a descoberta de uma nova fonte de matéria-prima.<sup>10</sup>

As inovações, por representarem uma mudança – uma *destruição criadora*, na alegoria clássica de Joseph Schumpeter –,<sup>11</sup> são sempre mais arriscadas que as atividades não inovadoras. Uma inovação é, por definição, algo que ainda não foi tentado. Portanto, ainda não venceu o teste da passagem do tempo, o mais severo *juiz* no mundo dos negócios. Quem investe em algo inovador sabe que, se o projeto der certo, os lucros serão potencialmente maiores. Mas, por outro lado, as chances de quebra ou de insucesso são também maiores. Ora, a ilimitação de responsabilidade desincentiva a tomada de risco porque, como vimos acima, potenciais investidores se veem diante de um desincentivo a diversificar. Segue que a ilimitação de responsabilidade do sócio acaba desincentivando, também, o investimento em inovação. Isso não é desejável.

#### 5.1.1.3 Desenvolvimento institucional e econômico

O leitor deve neste ponto ter um cuidado. Não se está aqui querendo dizer que a mera existência da limitação de responsabilidade dará à

Saraiva, 2010, p. 239: “Um dos desdobramentos desta intensificação dos desembolsos voltados às empresas inovadoras foi a constituição, em 2007, de um novo fundo de investimento, o Criatec, dedicado às empresas semente, isto é, empresas em uma fase ainda antecedente ao estágio empresarial das firmas emergentes – um setor com um patamar de risco ainda mais acentuado e que não tem despertado interesse dos agentes privados”.

10. A inovação foi assim originalmente caracterizada, em 1911, por Joseph A. Schumpeter, *Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma Investigação sobre Lucros, Capital, Crédito, Juro e o Ciclo Econômico*, São Paulo, Abril Cultural, 1982 (definindo inovação como “fazer as coisas diferentemente no reino da vida econômica”). Para uma releitura moderna da inovação em Schumpeter, com ênfase no papel da estrutura jurídica, vide Robert Cooter e Hans-Berndt Schaefer, *Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations*, cit.

11. Joseph A. Schumpeter, trad. de Ruy Jungmann, *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1961, Capítulo 7.

economia brasileira o dinamismo de outras economias mais inovadoras. Se isso fosse verdade, os esquemas mais rígidos de responsabilização societária que vigoraram até a década de 1980 nos teriam transformado em uma superpotência tecnológica.

De fato, a relação entre desenvolvimento institucional e crescimento econômico é complexa, e as relações de causalidade são confusas e em parte indecifráveis. Por um lado, há uma tradição nas ciências que acredita que o crescimento econômico traga o desenvolvimento institucional a reboque.<sup>12</sup> Essa tese é parcialmente identificável, inclusive, nas teorias desenvolvimentistas que inspiraram o regime militar brasileiro,<sup>13</sup> e que em certa medida voltaram a inspirar o governo brasileiro ao longo da última década.<sup>14</sup> A metáfora celebrizada pelo ex-Ministro Delfim Netto – “fazer o bolo crescer, para depois dividi-lo” – possui uma longa história no Brasil.<sup>15</sup> Ela também está implícita nas principais teorias da

12. Essa tradição pode ser relacionada ao chamado modelo rostowiano de desenvolvimento. Vide Walt W. Rostow, *Etapas do Desenvolvimento Econômico*, Rio de Janeiro, Zahar, 1961. Para uma análise contemporânea, ver Edward L. Glaeser, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes e Andrei Shleifer, “Do Institutions Cause Growth?”, *NBER Working Paper* n. 10.568, 2004 (concluindo que a acumulação de capital humano é uma fonte de crescimento mais importante do que as instituições, que os países pobres se livram da pobreza através de boas políticas públicas, frequentemente implementadas por ditadores, e que a melhora das instituições políticas vem geralmente apenas em um momento subsequente).

13. O modelo *rostowiano* foi bastante influente no Brasil especialmente nas décadas de 1960 e 1970. Confirma-se a observação do ex-Ministro Roberto Campos: “a teoria da arrancada (*take-off*), imaginosa e formulada por Walt Rostow, vem como uma resposta à fraseologia obsoleta do manifesto comunista. Ao invés da evolução do feudalismo para a burguesia mercantil, o capitalismo industrial e o socialismo, teríamos, com aplicação muito mais genérica, independente de sistemas ideológicos, a transmutação da sociedade tradicional para a sociedade transacional, na qual se processaria a ‘arrancada’ para o desenvolvimento passando-se em seguida à sociedade industrial madura e à civilização de alto consumo” (“Arrancada e colapso: a peripécia dos países em desenvolvimento”, in Mário Henrique Simonsen e Roberto de Oliveira Campos, *A Nova Economia Brasileira*, Rio de Janeiro, José Olympio, 1975, p. 23).

14. Cf. Aloizio Mercadante Oliva, *As Bases do Novo Desenvolvimentismo: Análise do Governo Lula (2003-2010)*, tese de Doutorado, UNICAMP, 2010.

15. Roberto Campos assim esboçava as bases de sua versão da teoria do crescimento do bolo: “(...) ao contrário do que pensam os socialistas românticos, hoje em franca superprodução no nosso clero, o problema brasileiro não é meramente, nem sequer principalmente, de distribuição injusta da renda nacional. Mesmo que ela fosse irremediavelmente distribuída, objetivo impraticável em virtude da básica desigualdade dos dotes de inteligência e operacionalidade com que fomos brindados pelo Criador – ainda que fosse possível, repito, uma distribuição equitativa da renda, estaríamos



economia do desenvolvimento formuladas nas décadas que sucederam à Segunda Guerra Mundial.<sup>16</sup>

Por outro lado, nas últimas décadas ganhou força a posição de que as instituições políticas e econômicas, inclusive aquelas típicas do direito societário, seriam causa – em vez de consequência – do crescimento econômico.<sup>17</sup> Essa posição, que em tempos mais recentes pode ser traçada à obra dos chamados “neoinstitucionalistas”,<sup>18</sup> sugere que o arcabouço institucional seja fundamental para que o país possa tanto crescer quanto distribuir razoavelmente os frutos desse crescimento entre sua gente.<sup>19</sup>

North e Weingast, por exemplo, defenderam que “uma condição necessária para a criação de economias modernas dependentes da especialização e da divisão do trabalho (e, portanto, do intercâmbio impessoal) é a capacidade de que as pessoas possam contratar com segurança

apenas distribuindo a miséria. A rigor, estaríamos talvez agravando-a, pela diminuição dos estímulos para investimento. (...). Mas por maior o êxito que se obtenha na tarefa da justiça distributiva, o nosso problema básico e grave é a insuficiência de produção”, citado em Adilson Marques Gennari, “Para não dizer que não falei de opções, desenvolvimento econômico, inflação e institucionalização política no pensamento de Roberto de Oliveira Campos”, Anais do VIII Congresso Brasileiro de Economia Política, 2003. Ressalte-se que essa visão não representa posições apenas daqueles geralmente chamados no Brasil de conservadores. Por exemplo, o Ministro Guido Mantega, que, enquanto escrevo estas linhas, ocupa a pasta da Fazenda, teria recentemente declarado que o Brasil deve “Primeiro crescer, segundo distribuir a riqueza”. Cf. *Folha Online*, “Mantega repete Delfim e diz que é preciso crescer para depois distribuir”, por Caio Maia, 26.1.2004.

16. Resenhei parte dessa literatura em outra obra. Vide Bruno Meyerhof Salama e Daniel Benoliel, “Pharmaceutical patent bargains: the Brazilian experience”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law (JICL)*, vol. 18, n. 3, 2010, pp. 634-686.

17. Uma referência fundamental é a do economista Douglass North. Sua mais influente obra é *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990. Discuti detalhadamente a obra de North em Bruno Meyerhof Salama, “Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North”, in Oscar Vilhena Vieira e Dimitri Dimoulis, *Desenvolvimento e Estado de Direito*, São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 21-58.

18. Um resumo didático do neoinstitucionalismo econômico pode ser encontrado em Mailson da Nóbrega, *O Futuro Chegou: Instituições e Desenvolvimento no Brasil*, São Paulo, Globo, 2005, pp. 67-71.

19. Um estudo recente e influente que articula novamente a centralidade das instituições econômicas e políticas na promoção do desenvolvimento pode ser encontrado em Daron Acemoglu e James A. Robinson, *Why Nations Fail: Origins of Power, Poverty and Prosperity*, New York, Crown Publishers, 2012.

no tempo e espaço”.<sup>20</sup> Essa literatura, como se vê, tende a enfatizar a importância da previsibilidade da ação do Estado e dos direitos de propriedade privados. Seu “calcanhar de Aquiles”, por assim dizer, está na discussão sobre quais instituições seriam determinantes, e aqui há muitas possibilidades.<sup>21</sup> Como se vê, estamos diante de questões muito difíceis e que ainda não foram satisfatoriamente respondidas.

Felizmente, nesta obra não é necessário elaborar uma resposta abrangente sobre as causas últimas do desenvolvimento econômico. Desejo apenas trazer um argumento mais modesto – mas também mais prático –, que é o seguinte: *o crescimento econômico deve, no mínimo, vir acompanhado do desenvolvimento institucional, e a eficiência das relações no âmbito da empresa é parte desse desenvolvimento institucional.*

Assim, não estou aqui sustentando que a limitação da responsabilidade de sócio ou mesmo o aperfeiçoamento do direito societário como um todo possam trazer desde logo a plenitude do desenvolvimento econômico ao País. Sustentar isso seria uma alienação mental completa. O meu ponto é que a limitação de responsabilidade de sócio pode funcionar como um catalisador para certas formas de financiamento que, no mundo moderno, acompanharam processos de desenvolvimento socioeconômico. Essa é uma vantagem da limitação da responsabilidade de sócio que não se pode ignorar.

#### 5.1.1.4 Dívida ou capital

Um ponto adicional é que o investimento na forma de capital social (isto é, a subscrição ou compra de ações ou quotas) não é a única maneira de financiamento de um negócio. A alternativa básica ao financiamento através de capital é o financiamento através de dívida (isto é, de operações de crédito). Até algum tempo atrás, a concessão de um empréstimo afastava o risco de responsabilização do financiador no caso de quebra da empresa financiada. Isto é, quem emprestava sabia que o máximo que poderia perder seria o valor do aporte. Recentemente,

20. Douglass North e Barry Weingast, “Constitutions and commitments: the evolution of institutions governing public choice in seventeenth-century England”, 49 *Journal of Economic History*, 803, 1989, p. 831 (no original, “one necessary condition for the creation of modern economies dependent on specialization and division of labor (and hence impersonal exchange) is the ability to engage in secure contracting across time and space”).

21. Ver Michael Trebilcock e Kevin Davis, “The relationship between law and development”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, 2008, p. 895.

surgiram no Brasil as primeiras ações tendentes a responsabilizar financiadores de empresas.

No Brasil, a questão é particularmente candente na seara ambiental, em que se busca, em alguns casos, responsabilizar os bancos pelo dano ambiental causado por empresas receptoras de empréstimos. Nos Capítulos 6 e 8 voltarei ao problema da corresponsabilização de contratantes da empresa. Por ora desejo apenas esclarecer três pontos. Primeiro que o financiamento de negócios através de empréstimos em muitos casos não é factível. Segundo, que isso é verdade mesmo que o financiador não corra nenhum risco de responsabilização por dívidas da empresa financiada. E terceiro, que o investimento na forma de capital continua sendo um mecanismo imprescindível para as empresas. Vejamos cada um desses pontos.

O financiamento de negócios através de dívida (em vez de contribuição de capital) é aquilo que os financistas chamam de *alavancagem*. O financiamento por empréstimo realmente pode funcionar como uma “alavanca” para os negócios da empresa. É que a obtenção de empréstimos permite à empresa rapidamente dispor de recursos para expandir suas atividades. Por isso, a alavancagem pode aumentar brutalmente os retornos dos donos do negócio (isto é, os sócios da empresa).

Para entender como funciona a *alavancagem*, compare a situação da empresa que se financia apenas com empréstimos com a situação da empresa que se financia apenas com contribuição de capital dos próprios sócios. Uma empresa que se financia através de empréstimos estará devendo juros periódicos aos seus credores, e terá também que amortizar o principal no prazo contratado. Assim, se o retorno do negócio exceder o valor devido ao financiador, a diferença ficará inteiramente com os sócios na forma de lucro.<sup>22</sup>

Para ilustrar, suponha que o financiador – um banco, por exemplo – empreste à empresa \$1.000 a uma taxa de juros de 20% ao ano e prazo de amortização de 10 anos. Se após um ano os retornos da empresa sobre o capital investido chegarem a 50%, a empresa pagará \$200 para o banco a título de juros, \$100 como amortização de principal, e a diferença (\$200) se reverterá em benefício do sócio na forma de lucro. O problema é que se a empresa tiver um retorno inferior a 30% sobre o capital investido ela não conseguirá pagar o valor devido ao banco. Nesse caso, se a empresa não receber um novo aporte de recursos (um novo empréstimo

22. Exceto evidentemente o pagamento de tributos e outras questões que aqui são deixadas de lado apenas para manter a simplicidade do exemplo ilustrativo.

ou uma contribuição de capital pelos sócios) ou se a empresa não se desfizer de ativos (por exemplo, vendendo uma máquina ou uma divisão de negócios), ela se tornará insolvente.

O mesmo não ocorre, contudo, com a empresa que se financia através de contribuição de capital. Imagine que ela receba um aporte de \$1.000 a título de capital social, em vez de empréstimo. Todo o mais mantido constante, se a empresa tiver retorno inferior a \$200 (inclusive se ela não tiver retorno nenhum) ela continuará perfeitamente solvente. Isso significa que o financiamento na forma de capital reduz os riscos dos empreendimentos. Afinal, quanto mais endividada a empresa estiver, tanto maior será sua chance de tornar-se insolvente.

Note que num país como o Brasil o financiamento de negócios através de empréstimos tem alguns inconvenientes adicionais. O principal deles é o de que o empréstimo geralmente terá juros altos (assim tem sido nas últimas duas décadas). Por que alguém emprestaria para uma empresa a um juro menor do que emprestaria ao governo? Ora, se o governo remunera bem seus credores, então as empresas terão que fazê-lo em patamares ainda maiores, e isso não é nada fácil. De fato, a maioria das empresas brasileiras se financia largamente através da retenção de lucros, o crédito doméstico é caro e em sua maior parte disponível para financiamento de capital de giro.<sup>23</sup>

Embora existam sinais recentes de redução dos patamares dos juros no Brasil,<sup>24</sup> empréstimos a juros baixos e de longo prazo ainda são de um modo geral viáveis apenas quando concedidos por bancos estatais, e em particular pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).<sup>25</sup> Os dados mais recentes, contudo, mostram que a

23. Cf. examinado em Deborah Kirschbaum, “Recuperação judicial e governança corporativa: a relação entre a disciplina jurídica da insolvência e a governança das empresas de grande e médio portes no Brasil”, in Maria Lúcia L. M. Padua Lima, *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*, t. 3, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 307-309. Ver também Waldery Rodrigues Júnior e Giovanni Monteiro Melo, “Padrão de financiamento das empresas privadas no Brasil”, IPEA, *Texto para Discussão* 653, 1999; e Anjali Kumar e Manuela Francisco, “Enterprise size, financing patterns and credit constraints in Brazil: analysis of data from the investment climate assessment survey”, *World Bank Working Paper* n. 49, 2005.

24. Cf. Banco Central do Brasil, Diretoria de Política Econômica, Departamento de Relacionamento com Investidores e Estudos Especiais, *Juros e Spread Bancário*, Janeiro de 2012.

25. Anjali Kumar e Manuela Francisco, “Enterprise size, financing patterns and credit constraints in Brazil: analysis of data from the investment climate assessment survey”, cit., *World Bank Working Paper* n. 49.

imensa maioria dos desembolsos feitos pelo BNDES tem como destinatárias grandes empresas,<sup>26</sup> e isso quer dizer que no Brasil há não apenas a dificuldade de financiamento a juros baixos de um modo geral, mas também uma atuação do governo que alarga as diferenças no custo de captação de recursos entre as grandes empresas e as pequenas.

O resultado, em termos concretos, é o de que no Brasil a alavancagem é uma estratégia particularmente perigosa – e no caso de pequenas empresas, é de um modo geral uma estratégia suicida. Afinal, estas, por representarem um risco de crédito mais elevado – isto é, por serem de um modo geral mais arriscadas –, pagam juros ainda mais elevados, e têm menos acesso ao crédito subsidiado pelo governo. Na prática, o que ocorre é uma *seleção adversa* das empresas: apenas aquelas voltadas para atividades mais arriscadas (e, por conseguinte, potencialmente mais rentáveis) acessam o mercado de crédito bancário. Empresas cujos retornos são menos arriscados (e, por isso, menores) ficam de fora do mercado de crédito.<sup>27</sup>

Uma outra particularidade dos financiamentos no Brasil diz respeito ao fato de que aqui convivemos com a conhecida morosidade e relativa incerteza nos processos de cobrança de créditos e execução de garantias.<sup>28</sup> Esse é um fator adicional de encarecimento do crédito.<sup>29</sup> A existência de

26. Sérgio Lazzarini, Aldo Musacchio, Rodrigo Bandeira de Mello e Rosilene Marcon, “What do the development banks do? Evidence from Brazil, 2002-2009”, 2011, pp. 11-18, disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1969843](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1969843)>.

27. Ana Lúcia Pinto da Silva, Luciana Luk-Tai Yeung e Carlos Eduardo Carvalho, “A insegurança jurídica é também do devedor: seleção adversa e custo do crédito no Brasil”, in Maria Lúcia L. M. Padua Lima, *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*, t. 2, 2012, p. 24 (“muitos projetos com boas perspectivas de sucesso não são encaminhados, pela relutância em tomar crédito, e os bancos são induzidos a emprestar para projetos de maior risco”). No mesmo sentido, Antonio J. M. Porto e Fabiana Luci Oliveira, “O consumidor brasileiro e o crédito: os prós e contras do cadastro positivo”, in Ricardo Morishita Wada e Fabiana Luci de Oliveira (orgs.), *O Brasil e o Código de Defesa do Consumidor: 21 Anos de Vigência*, Rio de Janeiro, Campus Elsevier, 2012; e Antonio J. M. Porto, “O direito e a economia do cadastro positivo”, *Revista de Direito Empresarial*, Curitiba, Juruá, n. 14, jul./dez. 2010.

28. Para uma revisão ponderada dessa literatura, ver Ana Lúcia Pinto da Silva, Luciana Luk-Tai Yeung e Carlos Eduardo Carvalho, “A insegurança jurídica é também do devedor: seleção adversa e custo do crédito no Brasil”, cit., in Maria Lúcia L. M. Padua Lima, *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*. Ver também Bruno Meyerhof Salama e Thiago Jabor Pinheiro, “Citizens vs. banks: institutional drivers of financial market litigiousness in Brazil”, Fundação Getúlio Vargas *Working Papers*, 2013.

29. Cf. Jairo Saddi, *Crédito e Judiciário no Brasil, uma Análise de Direito & Economia*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 465.

mecanismos seguros de cobrança seria, pelo menos, um efeito minimizador dos riscos de financiadores (e, logo, de redução do custo do dinheiro emprestado). Não no Brasil, infelizmente. De modo que, diante dessas circunstâncias, o financiamento de novos negócios com empréstimos privados é uma alternativa em geral difícil no nosso país.

### 5.1.2 *Compensação pela aversão ao risco*

#### 5.1.2.1 Investimentos com valor monetário esperado positivo

A segunda vantagem que se associa à limitação de responsabilidade de sócio é o incentivo à realização de investimentos *com valor monetário esperado positivo por investidores avessos ao risco*. Soa complicado. Vou detalhar o ponto de forma mais técnica adiante, mas podemos desde já adiantar a intuição básica: sob responsabilidade limitada, as pessoas podem deixar de realizar investimentos socialmente desejáveis simplesmente por terem medo de perder o seu patrimônio.<sup>30</sup>

Vamos ilustrar com um exemplo numérico. Suponha que eu tenha um patrimônio de \$1.000. Nesse caso, a minha satisfação se eu ganhar \$900 adicionais tende a ser bem menor do que a minha insatisfação se eu perder \$900. Embora do ponto de vista da matemática financeira perder e deixar de ganhar sejam equivalentes, do ponto de vista psicológico geralmente não são: perder é comparativamente pior do que deixar de ganhar. Esse fenômeno é chamado de “aversão ao risco”. A limitação de responsabilidade do sócio estabelece um teto para as possíveis perdas do investidor e por isso pode fazer com que pessoas avessas ao risco realizem investimentos socialmente desejáveis que não fariam sob responsabilidade ilimitada.

Com essa primeira aproximação, já é possível entender o sentido elementar dessa que é a segunda *vantagem* da responsabilidade limitada. Alguns leitores talvez aqui já desejem pular para o tópico seguinte, e não há mal nisso. Mas é possível esmiuçar um pouco mais o raciocínio. O tema é um pouco técnico, e vou tentar examiná-lo da forma mais simples possível. Para tanto, vou iniciar discutindo um exemplo hipoté-

30. Sobre o tema, ver também Otavio Yazbek, *Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 35 (explicando que com “a proteção assim outorgada [pelo instituto da limitação de responsabilidade] aos patrimônios individuais dos sócios estimula-se a assunção de atividades empresariais mesmo por quem tenha maior grau de aversão ao risco, permitindo-se também a diversificação de atividades”).

tico em que eu disponha de \$1.000 e esteja contemplando duas opções de investimento. A primeira é adquirir participação societária em uma empresa contribuindo esses \$1.000 ao seu capital social. A segunda é utilizar os \$1.000 para comprar títulos de emissão do governo federal.

Consideremos, primeiro, o investimento de \$1.000 em capital da empresa. Por hipótese, se o plano de negócios da empresa der certo, eu estimo que daqui a um ano ainda terei minha participação societária que continuará valendo \$1.000 e, adicionalmente, receberei dividendos no valor \$1.000. Mas, se o plano de investimentos der errado, a empresa quebrará. Nesse caso, eu não receberei nenhum dividendo e ainda por cima perderei os \$1.000 originalmente investidos. Além disso – este é um dado importante –, supondo responsabilidade ilimitada do sócio, eu estimo que terei que contribuir \$200 adicionais para saldar dívidas em aberto da empresa com seus credores na hipótese de quebra.

Alternativamente a realizar esse investimento em capital da empresa, eu posso, como mencionei acima, comprar títulos do Tesouro Nacional. Esse investimento em títulos públicos é menos rentável, mas mais seguro. Ele me pagará uma remuneração de 5% ao ano, e podemos assumir, para facilitar o raciocínio, que não há nenhum risco de perda do investimento (isto é, que não há nenhum risco de calote por parte do governo). Assim, após um ano meu investimento de \$1.000 em títulos do governo me dará um retorno de \$50 sem qualquer risco de perda.<sup>31</sup>

Por qual alternativa devo optar? Será mais conveniente investir em um negócio ou emprestar dinheiro ao governo? Uma boa solução é começar comparando os *valores monetários esperados* em cada caso. O valor monetário esperado é a soma das probabilidades de cada resultado possível multiplicada pelo valor de cada um desses resultados. No exemplo acima eu preciso, portanto, atribuir uma probabilidade de sucesso e insucesso ao plano de negócios da empresa para poder determinar o valor monetário esperado do investimento. Suponha que eu estime em  $\frac{3}{4}$  a probabilidade de sucesso do plano de investimento, e em  $\frac{1}{4}$  a probabilidade de fracasso. Nesse caso, mantendo a hipótese de responsabilidade ilimitada do sócio, posso estabelecer o valor monetário esperado (VE) do investimento na empresa do seguinte modo:  $VE = (\frac{3}{4})(\$1.000 + \$1.000) + (\frac{1}{4})(-\$1.200) = \$1.500 - \$300 = \$1.200$ . Logo, o valor monetário esperado do investimento na empresa é \$1.200. Ora, esse

31. Aqui estamos pressupondo para fins de simplificação que os títulos do Tesouro Nacional são “risco zero”. Sabemos que na realidade do mercado esses títulos são de um modo geral precificados como trazendo um pequeno risco.

valor monetário é superior ao valor monetário esperado do investimento nos títulos do governo, que, no nosso exemplo, é de apenas \$1.050 (pois  $\$1.000 + \$50 = \$1.050$ ).

### 5.1.2.2 Noção de aversão ao risco de perda

Tendo calculado o valor monetário esperado de cada opção de investimento, cabe perguntar: será que posso concluir, desde logo, que vale a pena investir na empresa em vez de comprar os títulos do governo? Isso dependerá da minha aversão ao risco.

Suponha que meu patrimônio total seja atualmente de \$2.000. Será que eu ainda assim devo investir \$1.000 na empresa? Provavelmente não. Afinal, se o plano de negócios der certo meu patrimônio total aumentará para \$3.000. Um ótimo aumento – aliás, um extraordinário retorno de 100% sobre o investimento original –, mas considere, por outro lado, o que ocorrerá se o plano de negócios da empresa der errado. No nosso exemplo, a chance de dar errado é de  $\frac{1}{4}$ , portanto uma chance relativamente pequena, porém nada desprezível. No caso de quebra da empresa, o meu patrimônio passará a ser de apenas \$800, um substancial decréscimo. Como eu tenho receio de sofrer esse substancial decréscimo patrimonial, eu provavelmente comprarei os títulos do Tesouro, com o que meu patrimônio, após um ano, passará a \$1.050.

Esse exemplo simplificado ilustra um ponto importante. Um indivíduo avesso ao risco de perda pode deixar de realizar investimentos com retorno positivo simplesmente por conta do seu receio de perder. Isso ocorre por causa da sua *aversão ao risco* de perda. A aversão ao risco de perda é um conceito da Psicologia com aplicação direta na economia e nas finanças. Ponha-se diante da seguinte situação: alguém lhe oferece uma aposta: escolher um valor certo ou apostá-lo em um jogo de cara ou coroa. Você pode escolher entre receber \$1.000 com certeza ou jogar uma moedinha para cima e receber \$2.000 se der cara, e nada se der coroa. Note que o valor monetário esperado das duas opções é rigorosamente o mesmo (isto é, \$1.000). O que você prefere? Se você for neutro com relação ao risco, estará indiferente entre as duas opções. Se você for avesso ao risco, preferirá receber \$1.000 com certeza a correr um risco de 50% de receber \$2.000 e 50% de não receber nada.<sup>32</sup>

A maioria das pessoas é avessa ao risco de perda, ou seja, é cautelosa e tem mais receio de perder dinheiro do que ambição de ganhá-

32. E se você tiver preferência pelo risco, preferirá apostar e ficar com o dobro ou nada.



-lo.<sup>33</sup> Por isso, na maioria dos casos, pessoas e empresas preferem uma perspectiva certa de retorno pecuniário a uma perspectiva incerta de um retorno pecuniário com valor monetário esperado idêntico.

O que explica a aversão ao risco? Uma boa explicação pode ser encontrada no chamado princípio da *utilidade marginal decrescente*. Esse princípio estabelece que cada unidade sucessiva de um determinado bem adiciona menor satisfação (ou “utilidade”) do que aquela proporcionada pela unidade anterior. Por exemplo, se eu possuir um patrimônio de \$2.000, uma renda adicional de \$50 me trará maior satisfação do que a satisfação que esses mesmos \$50 me trariam se meu patrimônio fosse de \$200.000. Da mesma forma, uma perda de \$50 gera muito mais insatisfação (ou “desutilidade”) para o primeiro indivíduo do que para o segundo. Como se vê, o princípio da *utilidade marginal decrescente* é plenamente intuitivo.

Voltemos agora ao nosso exemplo inicial. Falávamos de uma pessoa que contemplava duas alternativas de investimento. O investimento em capital da empresa tinha valor monetário esperado de \$1.200, e o investimento em títulos do governo tinha valor monetário esperado de \$1.050. Abandonemos por instante a análise do que é melhor para esse único indivíduo e pensemos no que é melhor para a sociedade como um todo.

Qual é, do ponto de vista social, a opção preferível – o investimento na empresa ou nos títulos do governo? Certamente o investimento na empresa é socialmente preferível. Afinal, os \$1.000 desse investidor estão empregados de uma maneira mais eficiente na empresa do que nos títulos do Tesouro: na empresa, reiterando, os \$1.000 investidos geram um valor monetário esperado de \$1.200 em vez de apenas \$1.050. O problema é que, como vimos, a aversão ao risco do investidor pode fazer com que ele prefira seguir a opção menos eficiente, isto é, o investimento em títulos do governo.

33. Para uma exposição acessível desse e de outros vieses, cf. Daniel Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011; sustentando a aplicação de um *paternalismo libertário* a partir do controle de vieses, Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008; antes, Christine Jolls, Cass R. Sunstein e Richard Thaler, “A behavioral approach to law & economics”, *Stanford Law Review* 50, 1998. Note-se que nem todas as pessoas são avessas a todos os riscos de perda. Por exemplo, um indivíduo muito cauteloso e conservador com seus investimentos financeiros pode ser também um alpinista ou um piloto de carros de corrida – portanto alguém que obtém satisfação justamente por enfrentar o risco de perder a sua própria vida.

### 5.1.2.3 Incentivos gerados pelo regime de responsabilidade

Como incentivar o investidor a empregar seus \$1.000 da maneira socialmente preferível? A mudança do regime de responsabilidade societária pode ser uma solução. Considere o que ocorre no nosso exemplo estilizado quando se altera o regime de responsabilização de sócio, de responsabilidade ilimitada para limitada. Sob responsabilidade limitada, o valor monetário esperado (VE) do investimento na empresa passa a estar expresso da seguinte forma.  $VE = (\frac{3}{4})(\$2.000) + (\frac{1}{4})(-\$1.000) = \$1.500 - \$250 = \$1.250$ . Como se vê, sob responsabilidade limitada o valor monetário esperado do investimento na empresa aumenta: sobe de \$1.200 para \$1.250.

Será que esse incremento de \$50 será suficiente para incentivar o investidor a optar pela alternativa socialmente desejável? Talvez sim, talvez não. Tudo depende de qual seja, nas circunstâncias concretas, o chamado “prêmio de risco” exigido pelo investidor para aportar recursos no investimento mais incerto. O prêmio de risco é o retorno financeiro excedente que corresponde à diferença entre a rentabilidade esperada do investimento mais arriscado e a rentabilidade esperada do investimento sem risco. Talvez o investidor necessite de um investimento com valor monetário esperado de pelo menos \$1.250 para aventurar-se a correr os riscos substanciais de perda do seu investimento. Ou, então, talvez o valor de \$1.200 lhe seja suficiente.

O valor do prêmio do risco no caso concreto é uma questão aplicada de difícil mensuração. Para os presentes fins, no entanto, basta sublinhar o ponto conceitual que aqui nos interessa, isto é, o de que a aversão ao risco de perda pode obstar a realização de investimentos socialmente desejáveis, e que a responsabilidade limitada pode funcionar como uma forma de *subsídio implícito* que reduz o custo de capital do investimento compensando os investidores pelo seu prêmio de risco.

### 5.1.2.4 A limitação de responsabilidade como subsídio implícito

Antes de passar ao próximo ponto, é útil depurar um pouco mais essa noção de “subsídio implícito”. Sabemos que um subsídio é, do ponto de vista econômico, alguma forma de apoio econômico que uma pessoa, organização ou classe concede a outra pessoa, organização ou classe, geralmente com o objetivo de fomentar o desenvolvimento ou expansão de uma determinada atividade.

Frequentemente, os subsídios são concedidos pelo governo para empresas ou organizações envolvidas em um setor ou atividade con-

siderada estratégica. Na seara tributária, por exemplo, os subsídios incluem isenções fiscais para exportação, deduções de pagamentos para importação de bens de capital, entre outros. Empréstimos concedidos com juros inferiores àqueles praticados no mercado, programas de transferência de renda para pessoas pobres ou desempregadas, programas estatais que estabelecem que o governo preferirá comprar bens produzidos nacionalmente e até mesmo a construção de infraestrutura que complemente projetos privados – tudo isso pode, do ponto de vista econômico, ser considerado um subsídio.<sup>34</sup>

Note que do ponto de vista jurídico o termo “subsídio” costuma ter uma definição bem mais estreita do que a definição econômica que vimos acima.<sup>35</sup> Mas neste momento, e para os presentes fins, interessa-nos mais a noção econômica de subsídio. É que a limitação de responsabilidade do sócio pode ser compreendida como um subsídio em sentido econômico, mas certamente não o é sob o ponto de vista jurídico. Alguns subsídios econômicos são diretos, isto é, a facilidade econômica é concedida diretamente ao grupo que se quer estimular; outros subsídios são indiretos, no sentido de que não há uma transferência direta nem de recursos, nem de outros benefícios. O que chamamos aqui de *subsídio implícito* é uma variação da ideia de subsídio indireto. Um subsídio implícito envolve

34. Examine a noção econômica de subsídio em Bruno Meyerhof Salama, “Contingent EDIs: a new contractual framework for minimizing the risk of incentive failures”, Working Paper Direito GV 13, 2009, disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2845>>.

35. De particular importância é a definição contida no artigo 1 do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da Organização Mundial do Comércio (OMC): “Para os fins deste Acordo, considerar-se-á a ocorrência de subsídio quando: (a) (1) haja contribuição financeira por um governo ou órgão público no interior do território de um Membro (denominado a partir daqui ‘governo’), i.e.: (i) quando a prática do governo implique transferência direta de fundos (por exemplo, doações, empréstimos e aportes de capital), potenciais transferências diretas de fundos ou obrigações (por exemplo garantias de empréstimos); (ii) quando receitas públicas devidas são perdoadas ou deixam de ser recolhidas (por exemplo, incentivos fiscais tais como bonificações fiscais); (iii) quando o governo forneça bens ou serviços além daqueles destinados a infraestrutura geral ou quando adquira bens; (iv) quando o Governo faça pagamentos a um sistema de fundos ou confie ou instrua órgão privado a realizar uma ou mais das funções descritas nos incisos (i) a (iii) acima, as quais seriam normalmente incumbência do Governo e cuja prática não difira de nenhum modo significativo da prática habitualmente seguida pelos governos; ou (a)(2) haja qualquer forma de receita ou sustentação de preços no sentido do Artigo XVI do GATT 1994; e (b) com isso se confira uma vantagem”. Tradução ao português obtida no site do Ministério da Indústria e Comércio, em <[www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl\\_1196686041.doc](http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1196686041.doc)>, acesso em 27.4.2012. Ver também Seção A do art. XVI do GATT-47.

uma transferência de riqueza entre grupos, mas essa transferência é engendrada estruturalmente pelo sistema jurídico.

Quando o governo estabelece uma isenção fiscal, os contribuintes estão subsidiando um determinado setor ou grupo. Mas dissemos que o regime de responsabilização limitada é uma forma de subsídio implícito, e, por isso, esta pergunta se torna inevitável: quem está implicitamente subsidiando os investidores que se beneficiam da responsabilidade limitada? A responsabilidade limitada reduz o custo de capital de investidores, mas quem está, por assim dizer, pagando a conta?

A responsabilidade limitada não elimina o risco de perda pela empresa, mas transfere perdas econômicas aos credores. Mas essa transferência, em princípio, pode fazer com que os credores exijam retornos mais altos para contratar com a empresa.<sup>36</sup> Por exemplo, os bancos poderão demandar da empresa com responsabilidade limitada juros mais altos do que demandariam de uma empresa com responsabilidade ilimitada.<sup>37</sup> Nesse caso, note bem, os retornos adicionais exigidos pelos credores seriam deduzidos dos retornos da empresa, e, por via de consequência, impactariam o lucro da empresa e os retornos dos seus sócios. Simplificando, pode-se dizer apenas que os retornos adicionais exigidos pelos credores reduzem os retornos dos acionistas.

Veja então que situação curiosa. Se os credores da empresa puderem precificar e negociar perfeitamente seus riscos, exigirão de uma empresa com responsabilidade limitada um retorno maior do que aquele que exigiriam de uma empresa com responsabilidade ilimitada. Esse retorno maior compensaria os credores pelo aumento do risco de crédito causado pela limitação da responsabilidade do sócio. Isso reduziria os retornos dos sócios. Assim, a limitação de responsabilidade deixaria de ter o efeito de compensar os sócios pela sua aversão ao risco de perda do investimento. Dito de forma simples, quando os credores conseguem precificar e negociar perfeitamente os seus riscos, a responsabilidade limitada não aumenta o valor monetário esperado dos investimentos.

Há aqui uma conclusão teórica muito interessante: se houvesse um mercado de capitais perfeito em que todos pudessem precificar com

36. Ou então os credores exigirão contratualmente em operações específicas a garantia expressa dos sócios ou de parte deles. Essas garantias, mesmo quando não representam um custo contábil direto dos sócios da empresa (no sentido de que não há um imediato consumo de ativos), representam um custo econômico (no sentido de que surge um potencial risco de haver futuramente uma perda).

37. Alternativamente, os bancos podem exigir uma garantia dos sócios, como, aliás, é muito comum.

exatidão os seus riscos, o valor da empresa não seria alterado pela regra de responsabilização escolhida. Sob responsabilidade *limitada*, os sócios teriam menor risco, mas a empresa também teria menor retorno, e esses valores se cancelariam. Já sob responsabilidade *ilimitada* diminuiriam os riscos dos credores e isso faria com que os retornos da empresa aumentassem. Esse aumento compensaria o aumento do risco de perda dos sócios por conta da ilimitação da responsabilidade. Matematicamente, é possível demonstrar que, se os credores forem perfeitamente compensados, e se o valor dessa compensação for inteiramente retirado da compensação dos sócios, a situação final ficará *elas por elas*: não há nenhuma redução do custo de capital, porque aquilo que os investidores ganham com a limitação de responsabilidade perdem com o aumento dos retornos exigidos pelos credores.

Voltemos então ao ponto original: por que a limitação da responsabilidade pode funcionar como um subsídio implícito ao investimento em negócios? Onde está a *mágica*? Não há mágica, mas custos de transação, isto é, fricções na economia. Os credores nem sempre conseguirão obter os retornos maiores que correspondem ao aumento do seu risco de crédito (gerado pela ilimitação da responsabilidade do sócio).

No Capítulo 7 retomarei o tema em detalhes, mas já adianto o principal ponto. Os credores de empresa podem de um modo geral ser agrupados em dois grupos, os voluntários e os involuntários. Os credores voluntários – fornecedores que vendem a prazo, por exemplo – podem não ter condições técnicas de precificar os riscos ou então podem não ter poder de negociação para exigir aumento de retorno por conta do aumento do seu risco. E os credores involuntários – consumidores que confiam na existência de uma garantia de manutenção dada pela empresa, por exemplo – celebram contratos de adesão e por isso não negociam com a empresa.

Este é então o ponto fundamental: quando não há compensação dos credores, estes arcam com um custo adicional pelo qual não são compensados. Nesse caso, os credores subsidiam implicitamente os investidores. Isso quer dizer, então, que a limitação da responsabilidade de sócio só compensa investidores avessos ao risco quando certos credores os subsidiam implicitamente.

Mas será que esse subsídio é eficiente? Isto é, será que esse subsídio implícito serve ao fim de maximizar a riqueza de toda a sociedade (e não apenas de alguns sócios)? Do ponto de vista econômico a resposta é: *às vezes sim*. A responsabilidade limitada faz com que haja uma parcial transferência do *suporte* do risco de quebra da empresa dos sócios para

os credores. Isto é, se a empresa quebrar, uma proporção significativa das perdas será suportada pelos credores da empresa. Em alguns casos, pode ocorrer que os credores estejam em melhor posição do que os sócios para suportar esse risco de perda.

Três fatores podem justificar a possibilidade de que haja uma vantagem comparativa dos credores no suporte do risco. Em primeiro lugar, os credores podem ter menor aversão ao risco de perda do que os sócios.<sup>38</sup> Isso ocorreria porque os credores têm suas perdas limitadas ao valor do crédito, enquanto os sócios, sob responsabilidade ilimitada, poriam em risco todo seu patrimônio.

Em segundo lugar, a vantagem comparativa no suporte do risco por parte dos credores pode decorrer da sua melhor capacidade de se protegerem da quebra da empresa. O governo, por exemplo, ao assumir a posição de credor de tributos, pode ter uma vantagem na comparação com os sócios. É que os sócios geralmente não estão diversificados –

38. Nesse sentido, ver Richard Posner, “The rights of creditors of affiliated corporations”, *University of Chicago Law Review*, v. 43, 1976, pp. 501-502 (notando que “(...) a taxa de juro em um empréstimo é o pagamento não apenas pelo aluguel do capital, mas também pelo risco de que o devedor não retorne o dinheiro emprestado. Pode-se cogitar sobre por que o devedor poderia querer transferir uma parte desse risco de fracasso do negócio para o credor, dado que o devedor precisa compensar o credor por suportar o risco de fracasso do negócio em um grau maior. Há dois motivos pelos quais o credor [*em comparação ao devedor*] pode ter uma vantagem relativa no suporte de risco. Primeiro, o credor pode estar em uma posição melhor do que o devedor para avaliar o risco. Pode ser mais fácil e, portanto, mais barato para a o banco para avaliar o risco de inadimplência e o valor do crédito do que seria para um acionista, que pode saber muito pouco sobre o negócio em que está investindo. Segundo, o devedor pode ser mais avesso ao risco de perda do que o credor”). Trecho livremente traduzido. Como se vê, essa vantagem do credor na estimação do risco é mais plausível em empresas abertas (listadas em bolsa) do que em empresas fechadas. Em sentido oposto, ainda no contexto da discussão sobre o regime de responsabilidade em empresas abertas, ver Frank Easterbrook e Daniel Fischel, “Limited liability and the Corporation”, *University of Chicago Law Review*, vol. 52, 1985, p. 91 (“Richard Posner sustenta que os credores tenham uma vantagem comparativa no suporte de crédito porque eles são menos avessos ao risco ou têm melhor acesso a informações [*sobre a empresa*]. Nós achamos que essa posição é implausível. Os credores são geralmente mais avessos ao risco do que os acionistas; se não fosse assim, por que os credores teriam tanto interesse em que os acionistas suportem maior quantidade de risco do negócio? Os credores aceitam uma taxa de retorno inferior em seus investimentos [*isto é, em seus empréstimos às empresas abertas*] precisamente porque os acionistas perdem primeiro do que os demais interessados; os acionistas tomam mais risco mas têm maiores ganhos se os negócios da empresa vão bem”). Trecho livremente traduzido.

isto é, o investimento na empresa representa uma enorme parte do seu patrimônio. Já o governo é credor tributário de milhares de empresas. Por isso, está mais bem-diversificado e pode suportar melhor inadimplementos pontuais.

Em terceiro lugar, os credores podem ter, em alguns casos, capacidade superior para monitorar o negócio. Esse seria o caso em particular de grandes credores. Bancos, por exemplo, têm longo relacionamento com as empresas, relativo conhecimento de variáveis macroeconômicas que determinam a “ciclicidade” da economia e até algum conhecimento de muitos dos mercados em que atuam seus clientes tomadores de crédito. Por isso, em alguns casos, podem estar em condições de precificar o risco de quebra de seus tomadores de crédito de maneira mais realista e precisa do que os próprios sócios dessas empresas.

Isso é particularmente provável no caso das empresas abertas, porque nestas muitas vezes há separação entre a administração e o controle acionário (isto é, quem controla não administra, e quem administra não controla). Da mesma forma, empregados de alto escalão de empresas, isto é, os administradores e às vezes até os gerentes, podem estar em condição de monitorar o risco da empresa melhor do que os sócios. Até mesmo fornecedores podem, em alguns casos, estar em boas condições para monitorar o risco de solvência de seus clientes.

Tendo visto as razões pelas quais o subsídio implícito da responsabilidade limitada pode ser economicamente eficiente, é preciso fazer uma ressalva importante. Os credores de uma empresa são muito diferentes entre si. Por isso, a limitação de responsabilidade terá não apenas consequências sobre a eficiência do sistema, mas também consequências distributivas importantes.

Isso quer dizer que a limitação de responsabilidade dos sócios é relevante para balizar suas perdas e assim reduzir sua aversão ao risco; disso não há dúvida. Mas a limitação de responsabilidade do sócio afetará diferentemente as diferentes classes de credores. Alguns credores, como os empregados (exceto os empregados graduados), provavelmente serão mais avessos ao risco de perda e bem menos informados do que os sócios, e sobre estes recairão desproporcionalmente os custos do subsídio implícito representado pela limitação de responsabilidade do sócio. Daí a sugestão de que as regras de responsabilização de sócios sejam cuidadosamente determinadas para estabelecer graus diferentes de proteção a diferentes credores, tema a que retornaremos no Capítulo 7 adiante.

### 5.1.3 *Redução dos custos de monitoramento*

#### 5.1.3.1 O problema da identidade dos sócios

A limitação da responsabilidade de sócio pode ser vantajosa também por reduzir os custos de monitoramento de investimentos. A ideia básica é a seguinte: quando a responsabilidade de cada sócio está limitada ao valor do capital social, a identidade dos outros sócios é num certo sentido irrelevante. Quer eu me associe com alguém muito rico ou com alguém muito pobre, minha responsabilidade estará inapelavelmente limitada ao valor do capital social que eu subscrevo. O mesmo não ocorre sob responsabilidade ilimitada, porque, nesse caso, eu sei que se o meu sócio é rico ele provavelmente poderá arcar com as perdas geradas pela insolvência da empresa. Mas se o meu sócio é pobre ele não poderá, e, assim, se a empresa quebrar quem arcará com os custos serei apenas eu.

Sob um regime jurídico de responsabilidade ilimitada, portanto, o negócio passa a ser desejável em função não apenas dos seus projetos e perspectivas de rentabilidade, mas também em função da riqueza dos seus sócios. O resultado é que cada sócio terá interesse em monitorar a riqueza dos demais sócios. Quando os sócios empobrecem, o investimento como um todo se torna mais arriscado (já que o sócio rico atua como um fiador implícito dos outros sócios). Daí por que se diz que sob responsabilidade ilimitada as pessoas terão incentivos para despender recursos com o monitoramento de seus sócios.

Vale dizer o seguinte: quanto menor a chance de serem os sócios responsabilizados por dívidas da empresa, tanto menor serão o tempo e o esforço que cada sócio despenderá em monitoramento dos demais sócios. Esses custos de monitoramento são indesejáveis não só por representarem um desperdício, mas principalmente porque sinalizam um aumento da incerteza quanto à possibilidade de perda nos investimentos. Como a riqueza dos sócios é relativamente opaca, investidores avessos ao risco poderão (como medida de cautela) pressupor que a riqueza dos demais sócios seja menor do que ela de fato é. Assim, poderemos concluir que a opacidade da riqueza dos sócios provavelmente levará a uma diminuição generalizada da propensão a investir.

Há ainda outros problemas. Pode ocorrer que um único sócio faça o monitoramento da riqueza dos demais, e cada um deles tente simplesmente se aproveitar – tomar uma “carona” – nos esforços do primeiro. Isso pode levar a um investimento muito baixo no monitoramento, porque cada um dos sócios simplesmente espera que os demais façam o monitoramento e lhes informe ou sinalize de alguma forma a riqueza dos



sócios. Mas pode também ocorrer o fenômeno exatamente oposto, isto é: em vez de um investimento muito baixo em monitoramento, pode haver um esforço muito alto em monitoramento. Isso acontecerá se cada um dos sócios decidir individualmente monitorar os demais sem dividir as informações. Nesse caso, haverá um esforço e gasto com monitoramento que é duplicado ou triplicado e assim por diante.

#### 5.1.3.2 Pequena relevância nas sociedades de pessoas<sup>39</sup>

O argumento de que a ilimitação de responsabilidade aumenta os custos de monitoramento de investimentos precisa ser qualificado. Há uma diferença importante (e notória) entre as pequenas sociedades de pessoas e as grandes sociedades de capital. Nas primeiras, há uma dimensão relacional importante que serve como uma espécie de “cimento” para empreender, produzir e coordenar esforços. Por conta dessa dimensão relacional, nas pequenas sociedades de pessoas os custos de monitoramento podem ser pouquíssimo importantes. É que essas sociedades são geralmente criadas por pessoas ligadas por laços de família, ou pelo menos de confiança pessoal, senão mesmo de amizade. Isso quer dizer que a identidade e riqueza dos sócios do negócio é um pressuposto para a própria realização do negócio, e o monitoramento da riqueza de cada sócio pelos demais é algo usual. O Direito, aliás, capta essa dimensão relacional dos pequenos negócios com uma expressão bastante elucidativa, a *affectio societatis*.

#### 5.1.3.3 Grande relevância nas sociedades de capital

Mas se os custos de monitoramento são pouco importantes nas sociedades de pessoas, o mesmo não pode ser dito das sociedades de capital. Nos dias de hoje, talvez a sociedade de capital com ações negociadas em bolsa de valores nem sequer pudesse existir sem a responsabilidade limitada de sócio. Nas bolsas de valores, a ausência de limitação de responsabilidade de sócio poderia elevar os custos de monitoramento a tal ponto que o funcionamento de todo o mercado acionário seria inviabilizado. Isso se dá por três motivos, como segue.

**5.1.3.3.1 Perda de fungibilidade** – Em primeiro lugar, a limitação da responsabilidade permite a negociação impessoal das ações em bolsa.

39. Retomo a discussão sobre a distinção entre sociedades de pessoas e de capital no Capítulo 8.

Repare: sob responsabilidade limitada do sócio, as ações da empresa são fungíveis. Seu valor depende apenas das avaliações de potenciais compradores sobre o atual valor de negociação. Se um investidor acredita que a ação se valorizará ou, pelo menos, que pagará bons dividendos, ele a comprará; no caso contrário, ele a venderá. Assim, a ação vale aquilo que é “precificado” em mercado.

Vendedores tentam vender pelo maior preço possível, e compradores tentam comprar pelo menor preço possível, como em qualquer outro mercado. A cotação da ação (isto é, o preço da última negociação) reflete assim o ponto de equilíbrio entre as forças de oferta e procura em um dado momento. Sob responsabilidade limitada, esse ponto de equilíbrio, isto é, a cotação das ações, leva em conta basicamente as expectativas de rentabilidade futura da empresa. Mas sob um regime jurídico de responsabilidade ilimitada a dinâmica de funcionamento pode ser diferente, porque a cotação das ações passa a depender diretamente da identidade dos demais acionistas.

Para entender por que, suponha que uma companhia tenha três acionistas: A, B e C. Se A for rico, mas B e C forem pobres, eu preferirei comprar as ações de B ou C, mas não de A. Afinal, meu interesse é manter-me como sócio de A. Isso porque A (ao contrário de B e C) está em condições de absorver as dívidas da empresa caso esta se torne insolvente. Ora, se eu prefiro comprar as ações de B e C às ações de A, então as ações de B e C passarão a valer mais do que as ações de A. O resultado será surpreendente: as ações da mesma companhia terão cotações diferentes a depender do seu titular!

Em outras palavras, sob responsabilidade ilimitada as ações tornam-se infungíveis nos mercados de bolsa. A infungibilidade das ações provavelmente traria uma série de problemas para o funcionamento do mercado de capitais: presumivelmente, ao contrário do que ocorre hoje, os compradores teriam que negociar com cada vendedor separadamente; as ações dadas em garantia em outras operações financeiras oscilariam sua cotação em função de outras negociações; e cada acionista teria interesse em investir no monitoramento da situação patrimonial dos outros sócios.

*5.1.3.3.2 Distorção dos efeitos da informação pública* – Em segundo lugar, a ilimitação de responsabilidade do sócio pode tornar impossível que se visualize os efeitos das informações públicas sobre o preço em bolsa das ações da empresa. Sob responsabilidade limitada, as cotações em bolsa de valores das ações podem flutuar em função principalmente das informações e expectativas acerca da rentabilidade

futura da empresa. Mas considere o que aconteceria se a cotação oscilasse em função das informações e expectativas acerca da riqueza dos acionistas. Se um acionista muito rico se tornasse insolvente, as ações dos demais acionistas tenderiam a imediatamente passar a valer menos – e isso independentemente da saúde financeira da empresa. Afinal, com a insolvência do acionista rico, os demais acionistas estariam, desde logo, correndo o risco de terem que arcar com dívidas da quebra da empresa caso esta um dia viesse a ocorrer. Logo, suas ações presumivelmente se desvalorizariam.

Um “efeito colateral” de um estado de coisas como esse provavelmente seria o de que a atividade de regulação de mercados de capitais se veria largamente frustrada. Os reguladores dos mercados de bolsa – e isso também é verdade para a nossa Comissão de Valores Mobiliários (CVM) – esforçam-se para estabelecer regras que permitam que a cotação das ações reflita a informação pública disponível. Daí por que, por exemplo, no Brasil as empresas que emitem ações precisam criar prospectos bastante completos sobre seus negócios, e por que o *insider trading* esteja proibido.<sup>40</sup> Ocorre que a infungibilidade das ações gerada pela ilimitação da responsabilidade criaria um obstáculo para a transparência do mercado acionário.

Note bem: uma coisa é acreditar doutrinária ou dogmaticamente na chamada *Hipótese de Eficiência de Mercado*, isto é, na hipótese (bastante controversa) de que os preços das ações possam realisticamente refletir as informações relevantes disponíveis sobre um determinado ativo em um mercado eficiente.<sup>41</sup> Outra coisa, muito diferente, é aberta

40. Lei 6.404/1976, art. 82: “A constituição de companhia por subscrição pública depende do prévio registro da emissão na Comissão de Valores Mobiliários, e a subscrição somente poderá ser efetuada com a intermediação de instituição financeira. § 1º. O pedido de registro de emissão obedecerá às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários e será instruído com: a) o estudo de viabilidade econômica e financeira do empreendimento; b) o projeto do estatuto social; c) o prospecto, organizado e assinado pelos fundadores e pela instituição financeira intermediária. § 2º. A Comissão de Valores Mobiliários poderá condicionar o registro a modificações no estatuto ou no prospecto e denegá-lo por inviabilidade ou temeridade do empreendimento, ou inidoneidade dos fundadores”. E, ainda, art. 157, § 4º: “Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembleia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia”.

41. A principal implicação da Hipótese de Eficiência de Mercado é a de que, em mercados eficientes, será impossível distinguir os investimentos lucrativos dos

e deliberadamente adotar um regime jurídico que aumente a opacidade no funcionamento do sistema de cotação de ações em bolsa de valores.

*5.1.3.3 Disciplina do mercado sobre administradores* – Em terceiro lugar, a infungibilidade das ações causada pela ilimitação da responsabilidade de acionistas dificulta o funcionamento do que pode ser referido como a *disciplina do mercado sobre os administradores das sociedades abertas*. Nas empresas abertas, a cotação das ações em mercado serve como um referencial importante para o desempenho dos administradores. Quando estes fazem uma boa gestão, as perspectivas de lucro da empresa tendem a melhorar, e a cotação das ações tende a subir; mas quando a gestão é ruim, as perspectivas de lucro tendem a piorar, e a cotação das ações tende a cair.

Quando cai a cotação das ações, os acionistas experimentam uma redução no valor de seu patrimônio. Nesse caso, é comum que os acionistas controladores optem por destituir os atuais administradores e por nomear novos que tenham planos de trabalho considerados mais arrojados para enfrentar a concorrência, mais apropriados para lidar com um novo cenário econômico ou simplesmente diferentes dos planos dos administradores anteriores. Isso quer dizer que a cotação das ações em bolsa de valores funciona como um barômetro para orientar os acionistas no seu julgamento dos administradores das empresas. O problema é que, no momento em que as ações se tornam infungíveis, esse *barômetro* já não mais estará disponível.<sup>42</sup>

#### *5.1.4 Facilitação das transferências eficientes de controle*

Tendo analisado as vantagens da limitação de responsabilidade de sócio decorrentes (i) da possibilidade de diversificação de investimentos, (ii) da viabilização de investimentos por investidores avessos ao risco de perda e (iii) da redução dos custos de monitoramento dos investimentos, passo à quarta e última vantagem, a saber, (iv) a facilitação das transferências eficientes de controle de empresas.

A incerteza gerada pela ilimitação da responsabilidade do sócio pode obstar transferências eficientes de controle. Para entender o argu-

não lucrativos. Os investimentos são “lucrativos”, dessa ótica, no sentido de gerarem retornos maiores do que normalmente se esperaria, dado o risco.

42. Aqui temos, na verdade, outro desdobramento de um problema que já apon-tamos, a saber, o de que sob responsabilidade ilimitada as cotações não refletem os efeitos das informações públicas sobre as cotações das ações.

mento e por que ele importa, é preciso primeiro definir o que seja uma transferência eficiente de controle. *Grosso modo*, uma transferência de controle societário será eficiente quando o novo controlador puder tornar a empresa mais produtiva. O novo controlador pode fazê-lo, por exemplo, transferindo à empresa tecnologia, capitalizando-a, melhorando suas práticas de gestão, inserindo-a em uma cadeia de produção com outras empresas ou internacionalizando-a.

Um adquirente compra o controle de uma empresa a partir de uma avaliação do seu valor: compra-se aquilo que *vale a pena*, que vale o preço. Para realizar tal avaliação, o investidor pode valer-se de uma série de técnicas, a mais comum delas sendo a avaliação de *fluxo de caixa descontado*. Independentemente da técnica de avaliação utilizada, é certo que a avaliação faz inferências a respeito dos possíveis resultados dos investimentos. Trata-se, portanto, de estimar eventos futuros.

Para realizar tais estimativas, é preciso avaliar e atribuir uma probabilidade de ocorrência às futuras contingências dessa empresa, ao provável desenvolvimento do mercado, à evolução da macroeconomia do país e assim por diante. Como se vê, todo esse processo de estimação de eventos futuros é evidentemente tentativo. Também por isso, no caso de venda de controle societário, o adquirente geralmente realiza também uma auditoria legal e contábil na empresa-alvo. Ademais, é comum que os contratos de transferência de controle de empresas prevejam obrigações dos vendedores de indenizar os compradores caso, por exemplo, as demonstrações financeiras não reflitam adequadamente o balanço contábil da empresa ou caso surjam novas contingências que se tenham originado em fatos ocorridos antes da transferência do controle.

O ponto que aqui nos interessa é que a limitação da responsabilidade do sócio ao valor do capital social funciona como uma baliza para os prejuízos do adquirente. Os negócios da empresa adquirida podem soçobrar, o balanço elaborado pelo vendedor pode ter sido fajuto e a indenização ou multa posteriormente devida pelo vendedor pode não ser paga. Ou seja, na compra da empresa, tudo pode dar errado. Mas sob um regime de responsabilidade limitada o adquirente conhece, pelo menos, o “teto” (isto é, o valor máximo) das suas perdas. E esse teto, como se vê, é o valor do seu investimento original. Nada mais será perdido além do valor aportado para a compra da empresa.

Sob um regime de responsabilidade ilimitada, por outro lado, esse limite das perdas é incerto. Isso causará um aumento do *prêmio de risco* exigido pelo comprador, e, por consequência, o preço que o comprador

estará disposto a pagar será menor.<sup>43</sup> Essa redução no preço ofertado para a compra (gerada pela insegurança dos potenciais adquirentes) pode fazer com que muitas transferências de controle eficientes deixem de ocorrer. Isso quer dizer que a responsabilidade limitada facilita, e pode mesmo ser necessária, para permitir a livre transferência de controle societário.

A questão não é nada trivial. Imagine, por exemplo, o caso de uma empresa economicamente viável, mas atravessando problemas de falta de liquidez e com sócios sem condições ou interesse de capitalizá-la. Essa empresa poderia ter o seu controle vendido para um comprador com interesse em saneá-la financeiramente. Mas o adquirente, como é comum, não está bem certo da extensão exata das dívidas da empresa-alvo. Por isso, pode optar por não adquirir o controle da empresa caso se veja diante do risco de ter que arcar com passivos futuros desconhecidos. A ilimitação de responsabilidade de sócio, nesse caso, terá potencializado os problemas de assimetria de informações entre compradores e vendedores. O resultado concreto pode ser a não realização da transferência do controle e a quebra da empresa.

A não realização de uma transferência eficiente de controle causa aquilo que em finanças se chama de *destruição de valor* – ou de perda de uma *oportunidade de criação de valor*, o que dá na mesma. Não há como desenvolver o tema aqui, mas adianto que o “jogo” econômico de compra e venda de ações e quotas de empresas não é (de um modo geral) um jogo de soma zero: a mobilização da propriedade de empresas pode impulsionar o crescimento econômico e o desenvolvimento social.<sup>44</sup> Muito resumidamente, e correndo o risco de tratar de modo trivial um tema de todo complexo, pode-se dizer que sem criação de valor não há crescimento econômico, e é bem certo que sem crescimento econômico não há desenvolvimento social, geração de renda e de empregos.<sup>45</sup>

43. Para uma discussão do conceito de “prêmio de risco”, ver item 5.1.2.3.

44. Na teoria econômica, um jogo de soma zero é aquele em que o ganho de um agente equivale à perda dos demais agentes. Isto é, somente há uma batalha distributiva, mas as interações não geram excedentes. Por exemplo, o xadrez é um jogo de soma zero: a perda de um equivale ao ganho do outro (a não ser que você considere também o ganho em treinamento de cada um, porque nesse caso cada jogo poderá ser visto como um jogo de soma positiva – após o jogo, os dois jogadores saem melhor do que entraram). O comércio internacional é um exemplo clássico de jogo de soma positiva, porque com a especialização cada país pode produzir os bens em que possui vantagens relativas.

45. A recíproca, por outro lado, pode não ser verdadeira: nem sempre que houver crescimento econômico haverá desenvolvimento. Cf. analisei em Bruno

## 5.2 *Desvantagens econômicas*

Tendo considerado as vantagens da limitação de responsabilidade de sócio, convém também examinar suas desvantagens. O grande desafio para o defensor de um regime de limitação da responsabilidade do sócio é justificar por que perdas da empresa devem ser suportadas por credores e não pelos sócios.

Para tratar do tema de modo organizado, pode-se começar apontando que o risco é um elemento-chave em qualquer empreendimento econômico. O risco é, aliás, um subproduto de basicamente qualquer atividade socialmente benéfica, inclusive dirigir, conduzir procedimentos médicos, abrir uma empresa ou aceitar uma oferta de trabalho. A questão básica na definição de um regime de responsabilidade é de alocação do risco de perda nos negócios da empresa. Quem deve suportá-lo? Os credores ou os sócios?

As desvantagens de um regime de limitação da responsabilidade do sócio estão ligadas, então, às desvantagens de alocar os riscos de perda da empresa aos credores em vez dos sócios. Essas desvantagens podem ser resumidas a basicamente três circunstâncias: a viabilização de investimentos socialmente ineficientes (item 5.2.1), o incentivo ao baixo investimento em precaução (item 5.2.2) e a possibilidade de utilização da pessoa jurídica de responsabilidade limitada como escudo para a realização de fraudes (item 5.2.3). Vejamos cada uma delas separadamente.

### 5.2.1 *Viabilização de investimentos socialmente ineficientes*

Um regime de responsabilidade limitada é, como vimos, indutor de investimentos em empresas. Mas daí não decorre que todo investimento viabilizado pela limitação da responsabilidade do sócio seja eficiente. Ao contrário, alguns investimentos geram mais custos do que benefícios, e, no entanto, podem ser possibilitados justamente por conta do incentivo ao investimento representado pela limitação de responsabilidade do sócio. Em sua formulação mais provocativa, essa primeira desvantagem da responsabilidade limitada se articula assim: a limitação da responsabilidade induz a realização de investimentos que não deveriam ocorrer.

Meyerhof Salama, “Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North”, cit., in *Desenvolvimento e Estado de Direito*, pp. 21-58. Republicado em *Economic Analysis of Law Review*, vol. 3, n. 1, 2011. Retomo o tema da relação entre crescimento econômico e desenvolvimento no Capítulo 9.

Examino esse argumento, inicialmente, esclarecendo o conceito econômico de eficiência. A seguir, explico como a responsabilidade limitada pode induzir investimentos ineficientes. Por fim, concluo com uma ponderação sobre a real gravidade do problema.

### 5.2.1.1 O conceito econômico de “eficiência”

O termo “eficiência” vem aos poucos caindo no jargão do profissional do Direito sem que, no entanto, se considere com algum cuidado seu sentido. O que é “eficiência”? Na economia, o termo possui diversas acepções, duas das quais são particularmente relevantes: a eficiência Paretiana e a eficiência de Kaldor-Hicks.<sup>46</sup>

A noção de eficiência Paretiana constrói-se comparativamente, sempre a partir do conceito de “melhora”,<sup>47</sup> da seguinte forma: dada uma gama de possíveis alocações de benefícios (ou renda, ou recursos), uma alteração que possa melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro indivíduo, é chamada de “melhora de Pareto”. Uma alocação será eficiente no sentido de Pareto quando não for possível realizar novas melhoras de Pareto no sistema.<sup>48</sup>

46. Discuti o conceito de eficiência em duas outras obras, a saber, Bruno Meyerhof Salama, “Introdução”, in *Direito e Economia. Textos Escolhidos*, São Paulo, Saraiva, 2010, e “A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner”, in Maria Lúcia L. M. Padua Lima, *Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia*, São Paulo, Saraiva, 2012. Uma referência clássica sobre o assunto é Richard A. Posner, “The ethical and political basis of the efficiency norm in common law adjudication”, *Hofstra Law Review* 8, 1980, pp. 487-508; no mesmo volume, cf. Ronald Dworkin, *Why Efficiency? A Response to Professors Calabresi and Posner*, pp. 563-580 (esse último, um dos textos que motivará, notadamente a partir de 1990, a “conversão” de Posner ao pragmatismo jurídico). Uma boa introdução sobre o tema voltada especificamente a profissionais do Direito pode ser encontrada em Ivo T. Gico Jr., “Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito”, *Economic Analysis of Law Review*, vol. 1, n. 1, 2010, pp. 7-32.

47. O italiano Vilfredo Pareto concebera o conceito de “melhora” como uma forma de resolver o principal problema prático do utilitarismo – a impossibilidade de mensuração de felicidade. Geralmente, a única forma de constatar a existência de uma “melhora” de Pareto é demonstrando que todos os envolvidos consentiram com a mudança.

48. É também comum traçar uma distinção entre a otimalidade de Pareto “forte” e a otimalidade de Pareto “fraca”. A otimalidade forte define um critério rígido segundo o qual qualquer realocação ou mudança deve ser rigorosamente preferida por todos os indivíduos (significando que todos devem ganhar com tal realocação ou mudança). Já a otimalidade fraca define um critério mais flexível, segundo o qual



Da perspectiva paretiana, portanto, uma situação será eficiente se, e somente se, nenhum indivíduo puder melhorar sua situação sem fazer com que pelo menos outro indivíduo piore a sua.<sup>49</sup> A chamada “ética de Pareto” está, então, fundada na ideia de que somente mudanças sociais (inclusive jurídicas) que não causem perdas a ninguém serão aceitáveis. Já que não há “perdedores”, é sempre muito difícil argumentar contrariamente a uma melhora paretiana. Por isso, num certo sentido, o critério de eficiência paretiano é muito conveniente ao profissional do Direito: afinal, o contrato e o consenso talvez ainda correspondam às nossas mais arraigadas intuições de moral e justiça. Se todos estão de acordo – ou, pelo menos, se ninguém está sendo prejudicado –, então é justo.

Em dois outros sentidos, no entanto, o critério de eficiência paretiano não é nada conveniente. Em primeiro lugar, a sua aplicação não trará consequências necessariamente desejáveis. A noção de que uma situação seja eficiente *se nenhum indivíduo puder melhorar sua situação sem fazer com que pelo menos um outro indivíduo piore a sua* não tem necessariamente um aspecto socialmente aceitável. Por exemplo, teoricamente a concentração de todos os recursos da sociedade em um único agente seria eficiente no sentido de Pareto, porque qualquer realocação deixaria esse único detentor de bens em uma situação pior.

Em segundo lugar, o critério paretiano não é prático. Quase nenhuma mudança (por exemplo, uma mudança legislativa) será possível quando se exige unanimidade. E isso é uma limitação prática muito séria à utilização da eficiência paretiana como guia tanto de políticas públicas quanto da construção jurídica.

Por isso, na teoria econômica a eficiência de Pareto se completa com outra noção, o chamado critério (ou compensação) de Kaldor-Hicks. Tal critério busca superar a restrição imposta pela eficiência de Pareto. Por esse critério, o importante é que os “ganhadores” possam potencialmente compensar os “perdedores”, mesmo que efetivamente não o façam. Desse modo, ele permite que mudanças sejam feitas ainda que haja perdedores: basta que os ganhos dos vencedores superem as perdas dos perdedores. Como se vê, na prática o critério de Kaldor-Hicks

a realocação ou mudança será ótima se for fortemente preferida por pelo menos um indivíduo (que ganha com a nova configuração) e fracamente preferida por todos os demais (que não ganham nem perdem, estando portanto indiferentes).

49. Aqui, a noção de melhora é subjetiva e diz respeito às preferências de cada indivíduo; ou seja, um indivíduo melhora quando ele prefere uma nova configuração, qualquer que seja ela.

traduz-se na ideia de aumentar o tamanho do “bolo”, independentemente da distribuição dos seus “pedaços”.<sup>50</sup>

Ora, pelo critério de Pareto esses “perdedores” teriam que ser de fato compensados, de modo que *deixassem de perder*. Mas pelo critério de Kaldor-Hicks basta que essa compensação seja possível, mesmo que de fato não ocorra. Na prática, portanto, o critério de eficiência de Kaldor-Hicks se aproxima de uma ideia bastante intuitiva de eficiência, de maximização da riqueza e bem-estar e de minimização de custos sociais. Sob essa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos.

É com esse critério de eficiência – o de minimização de custo social – que pretendo retomar a análise que vinha conduzindo da responsabilidade limitada. O que torna, então, um investimento feito por uma empresa “eficiente”?

Da perspectiva que aqui adoto, um investimento eficiente é aquele que gera a maior quantidade agregada de riqueza, ao menor custo social possível. O investimento de uma empresa é eficiente quando os recursos da empresa forem destinados ao seu melhor uso. E anote: o investimento eficiente não é simplesmente aquele que gera maior produção ou lucro para a empresa. Ao contrário, investimento eficiente é aquele que gera maior riqueza para toda a sociedade. Por exemplo: um investimento que gere \$1.000 de lucro para a empresa, mas \$2.000 em danos ambientais, não será eficiente. Tampouco será eficiente um investimento que gere \$1.000 de lucro para a empresa, mas \$2.000 de perdas para seus empregados ou demais credores. E assim por diante.

#### 5.2.1.2 Ilustração de investimento ineficiente

Uma das desvantagens da responsabilidade limitada é que ela pode induzir investimentos ineficientes. Para entender por que, retomo um

50. Pode-se ilustrar o sentido do critério de Kaldor-Hicks com um exemplo de uma circunstância recente ocorrida na cidade de São Paulo. A prefeitura proibiu a colocação de grandes cartazes de propaganda expostos ao público. Houve perdedores – isto é, pessoas para quem a mudança legislativa representou uma piora, não uma “melhora” – e disso não resta dúvida, porque várias pessoas perderam seus empregos e outras tantas perderam seus negócios. Por outro lado, o sólido apoio da população à nova legislação e a reeleição do prefeito responsável por tal mudança sugerem que os ganhos do restante da população (os ganhadores) provavelmente tenham excedido em muito as perdas do grupo de perdedores. Discuto esse exemplo em Bruno Meyerhof Salama, “A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner”, cit., in Maria Lúcia L. M. Padua Lima, *Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia*.

exemplo ilustrativo que apresentei no item anterior. Pusemo-nos diante de um caso de uma pessoa que pondera investir \$1.000 em uma empresa ou em títulos do Tesouro. Naquele exemplo, havia uma chance de  $\frac{3}{4}$  de sucesso do investimento na empresa. Para simplificar, supusemos que o sucesso da empresa, se ocorresse, geraria ao investidor um retorno adicional de \$1.000. Supusemos também que havia uma chance de  $\frac{1}{4}$  de fracasso do investimento. Nessa hipótese, haveria perda total do investimento. Além disso, a empresa teria um passivo descoberto. Por isso, sob responsabilidade ilimitada, o investidor teria ainda que aportar \$200 adicionais para saldar dívidas em aberto da empresa.

No exemplo em tela, o valor monetário esperado do investimento na empresa se media, então, da seguinte forma:  $VE = (\frac{3}{4})(\$1.000 + \$1.000) + (\frac{1}{4})(-\$1.000 - \$200) = \$1.500 - \$300 = \$1.200$ . Por outro lado, dissemos que o investimento em títulos do governo renderia 5%, com chance de 100%. Logo, o valor monetário esperado desse investimento em títulos do governo era de \$1.050. Chegava-se, assim, ao seguinte: o valor monetário esperado do investimento na empresa era de \$1.200; o valor monetário esperado do investimento em títulos do tesouro era de \$1.050. Com isso, sabíamos que a opção eficiente era o investimento na empresa. Em outras palavras, nesse exemplo, era na empresa (e não nos títulos do governo) que os \$1.000 disponíveis para investimento seriam empregados da forma mais eficiente.

Por outro lado, notamos também que o investidor poderia acabar optando pelo investimento em títulos, que era a opção menos eficiente. Isso, por conta da sua aversão ao risco de perda. Afinal, os títulos do governo eram mais seguros, apesar de menos rentáveis. Uma possível solução que aventamos seria mudar o regime de responsabilidade societária. Sob responsabilidade limitada, como vimos, o sócio não correria o risco de ter que contribuir valores adicionais para saldar dívidas da empresa após a quebra. Logo, o valor monetário esperado do investimento na empresa subia de \$1.200 para \$1.250. A limitação de responsabilidade poderia então funcionar como uma forma de subsídio implícito que reduziria o custo de capital do investimento compensando os investidores pelo seu “prêmio de risco”.

Tudo isso é verdade; porém, há também o “reverso da medalha”. O *subsídio implícito* representado pela limitação da responsabilidade do sócio pode funcionar também para que sejam realizados projetos com valor monetário esperado negativo.

Com números o raciocínio fica mais claro. Mudemos um pouco os parâmetros do nosso exemplo numérico. Suponha que a chance de

o plano de negócios da empresa dar certo seja de 70%, em vez de  $\frac{3}{4}$ . Pergunta-se: qual é o investimento eficiente? O investimento em capital na empresa ou a compra dos títulos do governo? Para responder, novamente é necessário comparar os valores monetários esperados em cada caso. No caso do investimento na empresa,  $VE = (70\%)(\$2.000) + (30\%)(-\$1.200) = \$1.400 - \$360 = \$1.040$ . No caso do investimento nos títulos do governo,  $VE = \$1.050$ . Isso quer dizer que o investimento na empresa, sob os novos parâmetros, é ineficiente. Isto é, do ponto de vista econômico, a sociedade está melhor caso o investimento seja feito em títulos do governo.

Como procederá, no entanto, o investidor? Sob responsabilidade ilimitada, ele arcará com todos os custos do investimento (inclusive as perdas da empresa após sua insolvência, caso esta ocorra). Como o valor monetário do investimento na empresa (\$1.040) é inferior ao valor monetário do investimento em títulos do governo (\$1.050), ele optará por investir em títulos do governo (evidentemente, aqui estou pressupondo uma capacidade de cálculo bastante irreal; explicarei por que e quando usar esse raciocínio numérico é razoável mais adiante e também no Capítulo 7). De todo modo, o ponto é que, sob os parâmetros agora utilizados, é eficiente que o investimento ocorra em títulos do governo. Isso quer dizer que um regime de responsabilidade ilimitada estará dando incentivos corretos para o investidor.

Mas note o que ocorre com os números quando se altera o regime de responsabilidade do sócio. Sob responsabilidade limitada, o valor monetário esperado do investimento na empresa passa a medir-se do seguinte modo.  $VE = (70\%)(\$2.000) + (30\%)(-\$1.000) = \$1.400 - \$300 = \$1.100$ . Esse valor é novamente superior ao valor monetário esperado do investimento em títulos do governo. (Repare que o que está ocorrendo é simplesmente que os credores da empresa arcarão com o passivo em aberto da empresa, isto é, não poderão processar os sócios.) Isso quer dizer que, sob responsabilidade limitada, um investimento socialmente ineficiente provavelmente será feito. E quem “pagará a conta”, por assim dizer, são os credores da empresa.

### 5.2.1.3 Ponderação sobre a gravidade do problema

O que dissemos acima se resume ao seguinte. Um investidor avesso ao risco (a maioria dos investidores o são) exigirá sempre algum *prêmio de risco* para investir em um negócio. A limitação de responsabilidade pode ser necessária justamente porque oferece ao investidor tal prêmio

de risco. Mas, por outro lado, em alguns casos a responsabilidade limitada poderá também viabilizar investimentos socialmente ineficientes. Isto é, investimentos que deixam a sociedade mais pobre, em vez de mais rica. Tudo isso quer dizer que a responsabilidade limitada pode ensejar investimentos eficientes ao compensar investidores por sua aversão ao risco de perda, mas também pode, dependendo das circunstâncias, viabilizar investimentos ineficientes quando permite que sejam realizados investimentos cujo custo social esperado é muito elevado em comparação ao benefício social esperado.

Cabe, no entanto, ponderar. O que é mais provável: que a responsabilidade limitada sirva para viabilizar investimentos eficientes ou que sirva para viabilizar investimentos ineficientes? Como uma observação geral, parece-me bem mais provável que a responsabilidade limitada sirva com maior frequência para viabilizar investimentos eficientes.

Há ampla evidência de que a aversão ao risco seja um fenômeno real. Uma das mais robustas observações da chamada “economia comportamental” é a de que as pessoas têm um “viés de aversão à perda” (fenômeno referido na literatura especializada como *loss aversion*).<sup>51</sup> Alguns estudos sugerem que as perdas são até duas vezes mais intensas do ponto de vista psicológico do que os ganhos. Daí o chamado “efeito dotação” (ou *endowment effect*), isto é, a observação de que as pessoas geralmente exigem muito mais para desfazer-se de algo que já possuem do que estariam dispostas a pagar para adquirir o mesmo bem quando

51. A *economia comportamental* integra fatores sociais, cognitivos e emocionais para entender as escolhas e decisões econômicas das pessoas. Embora ainda haja um longo caminho a ser percorrido, nas últimas três décadas a pesquisa sobre como as pessoas tomam decisões econômicas evoluiu. A economia comportamental sustenta, por um lado, que erros cognitivos e distorções motivacionais podem levar as pessoas a se comportarem de forma distinta daquela prevista por modelos rígidos de escolha racional maximizadora de preferências. Mas, por outro lado, sustenta que esse comportamento divergente não é nem totalmente imprevisível, nem totalmente irracional. Ao contrário, em muitos casos pode ser compreendido e em parte até modelado. Sobre o tema, vide Richard Thaler, *Quasi-Rational Economics*, London, Sage, 1994; John Conlisk, “Why bounded rationality?”, *Journal of Economic Literature* 34, 1996; Christine Jolls, Cass R. Sunstein e Richard Thaler, “A behavioral approach to law & economics”, cit., *Stanford Law Review* 50; Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, cit.; e, por último, Daniel Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, cit. Uma coleção útil dessa literatura pode ser obtida em Max H. Bazerman et al., *Environment, Ethics, and Behavior: the Psychology of Environmental Valuation and Degradation*, New York, Jason Aronson, 1998.

não o possuem.<sup>52</sup> Isso sugere que a aversão ao risco seja um fator realmente sério; sério a ponto de se tornar empecilho concreto aos investimentos em empresas.

Um ponto adicional é o de que a aversão ao risco de perda seria tanto maior quanto menor fosse o valor do investimento em comparação ao patrimônio do investidor. Isso significa que indivíduos mais ricos interessados em diversificar investimentos ou em arriscar uma parcela de seu patrimônio no financiamento de atividades arriscadas ou inovadoras tenderiam a ser desproporcionalmente afetados pela ilimitação da responsabilidade.

O problema não é tanto a proteção dos investidores ricos, senão o incentivo ao emprego de suas riquezas de forma produtiva, e no nosso país (em vez de no exterior, onde a limitação de responsabilidade pode em alguns casos tornar o investimento mais seguro). Daí por que, reiterando, o fenômeno da aversão à perda sugere fortemente que a responsabilidade limitada possa realmente ser importante para viabilizar investimentos eficientes.

### 5.2.2 *Baixo investimento em precaução*

Em alguns casos, a limitação de responsabilidade pode incentivar o baixo investimento em precaução de acidentes. Para ilustrar o ponto, aqui utilizo um exemplo numérico que gira em torno dos incentivos para investimento em precaução de acidentes em um parque de diversões.

#### 5.2.2.1 Investimentos eficientes em precaução

Periodicamente ocorrem acidentes em parques de diversão, e esses acidentes causam danos. Para ilustrar os argumentos que pretendo trazer a esse respeito, suponha que cada acidente cause danos totais no valor de \$100.000. Suponha, também, que o parque tenha que optar entre a compra de dois sistemas de manutenção dos seus equipamentos. O primeiro sistema é mais simples e custa \$1.000. O segundo sistema é mais sofisticado e efetivo, porém custa o dobro, isto é, custa \$2.000. Suponha,

52. Por exemplo, em um experimento as pessoas exigiram um preço muito mais alto para se desfazerem de uma xícara de café que lhes fora anteriormente dada, mas se dispuseram a pagar bem menos por uma xícara que não possuíam. Essa observação importa porque é inconsistente com a teoria econômica neoclássica que sugere que a disposição de uma pessoa para pagar por um bem é igual à compensação que exige para se desfazer de um bem idêntico.

además, que com o sistema mais simples a probabilidade de ocorrerem acidentes seja de 3%, mas com o sistema mais caro a probabilidade caia para 1%.

Tem-se então o seguinte: o valor monetário esperado dos acidentes com o sistema mais simples é \$3.000. Afinal,  $VE = (3\%)(-\$100.000) = -\$3.000$ . (Reiterando, isso quer dizer que cada acidente causará \$100.000 em danos; mas como a probabilidade de ocorrência do acidente é de 3%, o valor monetário esperado dos acidentes é de apenas \$3.000.) Já o valor monetário esperado dos acidentes com o sistema mais sofisticado corresponde a uma perda de \$1.000. Afinal,  $VE = (1\%)(-\$100.000) = -\$1.000$ . (Da mesma forma, o valor monetário esperado do dano corresponde ao valor do dano multiplicado pela sua probabilidade de ocorrência.)

Pergunta-se: nessas circunstâncias, qual dos sistemas de manutenção é socialmente eficiente? Para responder, é preciso comparar o custo social dos acidentes em cada um dos casos.<sup>53</sup> No nosso exemplo numérico, o custo social corresponde à soma do custo de prevenção ao valor monetário esperado dos acidentes. Assim, se o parque utilizar o sistema de prevenção mais simples e barato, o custo social será de  $\$1.000 + \$3.000 = \$4.000$ . Já se o parque utilizar o sistema de prevenção mais caro e efetivo, o custo social será de  $\$2.000 + \$1.000 = \$3.000$ . Conclusão: sob os parâmetros em questão, é socialmente eficiente que o parque invista no equipamento mais sofisticado.<sup>54</sup>

Uma outra forma de enxergarmos o problema (e chegarmos à mesma conclusão) é a seguinte. No exemplo em tela, com um investimento adicional em precaução de \$1.000 reduz-se em \$2.000 o valor monetário esperado dos acidentes. Logo, esse investimento adicional em precaução é eficiente, porque gera mais benefícios do que custos. De qualquer forma, nesse exemplo pode-se afirmar com certeza que a opção socialmente eficiente é aquela em que o parque investe no sistema mais caro de manutenção, porque é com esse sistema que o custo social é minimizado.

53. Em economia, a discussão clássica da noção de *custo social* está em Ronald Coase, “O problema do custo social”, in Bruno M. Salama (org.), *Direito e Economia: Textos Escolhidos*, São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 59-112.

54. Isso não quer dizer que o sistema mais sofisticado seja sempre o mais eficiente. Por exemplo, se o sistema mais sofisticado diminuísse a probabilidade de acidentes de 3% para apenas 2.5%, o custo social com o equipamento mais sofisticado seria de  $\$2.000 + \$2.500 = \$4.500$ . Logo, seria mais eficiente investir no equipamento mais barato.

### 5.2.2.2 Custo total e custo privado

Eis, então, o problema: os sócios do parque não pautam seus investimentos em manutenção pelo custo social total, mas sim pelo seu custo privado. Por isso, pode acontecer que optem pela opção socialmente ineficiente, ou seja, o sistema de manutenção mais simples e barato. Um dos fatores que pode levá-los a proceder dessa forma é o regime de responsabilização empresarial.

Para entender por que, vamos prosseguir na discussão do exemplo ilustrativo. Suponha que ocorra um acidente no parque de diversões, que as vítimas sofram perdas de \$100.000 e que pleiteiem judicialmente indenização por tal valor. Pode acontecer que o parque não disponha de \$100.000 e vá, portanto, à falência.<sup>55</sup> Sabedores disso, no momento da sua decisão de compra do sistema de manutenção os sócios ver-se-ão diante de duas alternativas.

A primeira é adquirir o sistema de manutenção mais caro de modo a minimizar as chances de falência do parque e a maximizar as chances de sobrevivência econômica do parque no longo prazo. A segunda alternativa é investir no sistema de manutenção mais barato, aumentar seus lucros de curto prazo e, por assim dizer, “jogar com a sorte”:<sup>56</sup> torcer para que acidentes não ocorram.<sup>57</sup> Repare que, se os acidentes não ocorrerem, os lucros dos sócios permanecem sendo altos e o parque continua funcionando. Mas se os acidentes ocorrerem, os lucros já lhes terão sido

55. Na prática, podem acontecer duas coisas: (i) o risco de falência pode fazer com que os credores negociem seus créditos por valores inferiores aos de suas perdas e, (ii) dada a morosidade e insegurança do sistema judicial brasileiro, os sócios do parque podem simplesmente fazer a chamada “gestão judicial” da dívida.

56. A *economia comportamental*, ramo do pensar humano ao qual já nos referimos acima, sugere que essa hipótese de *jogar com a sorte* não seja nada incomum. Há ampla evidência empírica documentando excesso de otimismo em variadas atividades humanas. Isso quer dizer que o comportamento humano excessivamente arriscado pode não apenas decorrer do cálculo racional de custos e benefícios esperados, mas também pode ser potencializado por certas propensões psicológicas das pessoas.

57. Por exemplo, a maioria das pessoas acredita que suas próprias chances de sofrer um acidente automobilístico sejam significativamente menores do que as chances do motorista médio sofrer um acidente. Evidentemente essas crenças não podem estar corretas, porque, se as chances de todos fossem inferiores às da média em um dado momento, então a média teria que ser inferior. Vide David M. DeJoy, “The optimism bias and traffic accident risk perception”, *Accident Analysis & Prevention* 21, 1989. Vide também Colin F. Camerer and Howard Kunreuther, “Decision processes for low probability events: policy implications”, *Journal of Policy Analysis & Management* 8, 1989.



anteriormente transferidos (na forma de dividendos), e, então, os sócios poderão optar entre recapitalizar o parque para que este possa arcar com os custos do acidente ou simplesmente deixar o parque quebrar.

Esta é, então, uma implicação muito importante: a opção de *deixar o parque quebrar* só se torna realmente interessante sob um regime de responsabilidade limitada. Afinal, esse é o regime que permite que o patrimônio do sócio fique a salvo dos reclamos das vítimas dos acidentes. Assim, os sócios podem optar por não indenizar as vítimas e simplesmente reinvestir seu patrimônio pessoal de outra forma. No limite, os sócios podem simplesmente optar por abrir um novo parque de diversões e simplesmente replicar o modelo de negócios.

Esse exemplo ilustra bem um fenômeno que pode ser descrito como *externalização de risco*. Quem “controla” o risco – isto é, a pessoa cujas ações determinam a probabilidade de ocorrência e extensão dos danos – arca com os ganhos caso este não se materialize, mas não arca com as perdas caso o risco se materialize. No caso em tela, então, é como se os credores involuntários (nesse caso, os frequentadores do parque) estivessem, sem saber, implicitamente financiando a atividade dos sócios. Esse subsídio implícito, contudo, não ocorreria sob um regime de responsabilidade ilimitada.

Generalizando, tem-se o seguinte: empresas bem-estabelecidas, com acesso a capital e expectativa de duração no longo prazo têm incentivos para investir eficientemente em precaução de acidentes. Mas muitas delas, talvez a maioria, operam em um ambiente de profunda escassez de risco de quebra.<sup>58</sup> Para os sócios dessas últimas, forçar a empresa a investir eficientemente em precaução pode não ser a melhor estratégia de negócios. Isso é particularmente verdadeiro no caso de empresas que operam sob responsabilidade limitada. Vale dizer, então, que sob responsabilidade limitada a solução individualmente mais atrativa pode não o ser para toda a sociedade. Daí se conclui que a responsabilidade limitada pode *desalinhar* o interesse social e o interesse individual.

### 5.2.2.3 Ressalvas

*5.2.2.3.1 Precificação contratual de riscos* – Cabe apresentar três ressalvas à construção refletida neste exemplo do parque de diversões.<sup>59</sup>

58. Sobre o tema, ver Andrei Shleifer, *The Failure of Judges and the Rise of Regulators*, Cambridge, The MIT Press, 2012, p. 8.

59. Essas ressalvas serão generalizadas no Capítulo 7, item 7.2.

A primeira é a de que o *subsídio implícito* que o frequentador do parque dá ao sócio da empresa pressupõe que ele tem a expectativa de que o parque invista otimamente em segurança, e, ainda, que caso ocorra um acidente o parque o indenize.

Essa expectativa é um dado empírico: existe ou não existe. Se o frequentador do parque possui essa expectativa, mas ela é frustrada, então, do ponto de vista econômico, é preciso concluir que o frequentador levou *gato por lebre*: pagou pelo bilhete de entrada no parque de diversões mais do que levou. Do ponto de vista econômico, o bilhete de ingresso no parque reflete um conjunto de expectativas. Nesse sentido, representa uma contratação. A disposição de pagar ou não pelo bilhete se forma justamente em função dessas expectativas.

Dito isso, pode perfeitamente ocorrer que o frequentador tenha aceitado pagar um valor mais baixo pelo ingresso em determinado parque mesmo sabendo que o parque não dispunha de avançada infraestrutura de segurança. O frequentador, nesse caso, assumiu ele próprio, voluntariamente, o risco de sofrer um acidente. Não há subsídio implícito nem externalidade alguma.

Isso não é totalmente implausível, inclusive porque parques de diversão com equipamentos semelhantes por vezes cobram de seus frequentadores bilhetes de entrada com valores bastante diferentes. A diferença no preço do bilhete de entrada pode ser reflexo das diferenças de poder aquisitivo dos frequentadores em diferentes regiões ou então do tipo de equipamento disponível em cada lugar (uma montanha-russa mais alta e mais “emocionante”, equipamentos com menos fila, sistemas de transporte mais bonitos e assim por diante).

Ou então a diferença no preço do ingresso entre os diferentes parques pode refletir uma diferença do tipo de garantia que o parque dá a respeito da qualidade e segurança dos seus equipamentos. Se essa diferença é percebida e precificada pelos frequentadores, não há subsídio implícito algum: cada frequentador paga pelo que leva. Generalizando, pode-se dizer que quando há compensação contratual pelos riscos voluntariamente assumidos não há externalidade.

*5.2.2.3.2 Análise Econômica do Direito sem fanatismos* – A segunda ressalva é a de que análises de temas como *externalidades* precisam ser contextualizadas. A noção do que seja uma “externalidade”, como explicamos, depende das expectativas dos frequentadores do parque. Mas essas expectativas das pessoas não se formam no vácuo: ao contrário, se estabelecem em um contexto jurídico, histórico e cultural bem

mais amplo. Por isso, não basta apenas postular que a externalidade deva ser *compensada* ou *corrigida*. É preciso entender, em cada caso, se há ou não externalidade em função das expectativas das pessoas.

Isso quer dizer que não se está aqui apenas diante de um problema de otimização microeconômica (no sentido de minimização dos custos sociais, isto é, do atingimento da situação socialmente eficiente), mas também diante da proteção das legítimas expectativas das pessoas. Estas legítimas expectativas, reitere-se, fazem parte de um contexto social mais amplo que se cristaliza também na cultura jurídica e na legislação de cada lugar e de cada país.

Uma dificuldade inevitável, e um limite em parte insuperável para a Análise Econômica do Direito, inclusive no que toca a questões de direito societário e responsabilidades na empresa, é o de que esse contexto histórico é mutante e assim também o são as expectativas das pessoas. Isso é particularmente dificultoso em uma sociedade como a brasileira, em que as aspirações jurídicas que em tese refletiriam apenas as legítimas expectativas das pessoas assumem um preponderante papel de alteração e reforma das estruturas da sociedade.<sup>60</sup> O Direito num país como o Brasil está, por isso, sempre a meio caminho entre a proteção de expectativas já existentes e a indução de novos comportamentos. É um direito que ampara o que há, e que ao mesmo tempo quer mudar o que há. Tudo isso complica enormemente o estabelecimento de uma regra que vise minimizar custos sociais. Por tudo isso, no Brasil pelo menos, a Análise Econômica do Direito não se presta a fundamentalismos. Deve ser utilizada, como diz a famosa expressão latina, *cum grano salis*.<sup>61</sup>

**5.2.2.3.3 Risco e incerteza** – Em terceiro lugar, a discussão sobre a probabilidade de ocorrência de certos eventos futuros – acidentes em parques de diversão, por exemplo – é em muitos casos arbitrária e ilusória. Vivemos em um mundo não apenas de risco, mas também, e principalmente, de profunda incerteza. Enquanto o termo “risco” sugere o cálculo probabilístico e preditivo de eventos futuros, o termo “incerteza” denuncia a imprevisibilidade intrínseca dos eventos do mundo.<sup>62</sup>

60. Sobre o tema, ver Capítulo 3.

61. Ou seja, com uma pitada de sal, com ponderação, com parcimônia.

62. Para uma revisão do tema contextualizada para o profissional do Direito, ver Danilo Araújo, “Limitação do risco empresarial”, in Maria Lúcia L. M. Padua Lima (coord.), *Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia*, t. 3, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 212-244.

Embora *risco* e *incerteza* sejam em linguagem corrente frequentemente tratados como sinônimos, é possível traçar uma linha conceitual entre eles que designe ideias radicalmente diferentes: a distinção entre o que é estritamente calculável e o que não é. Sabemos que um dado lançado tem apenas 1/6 de probabilidade de cair no número 3, e que uma moeda tem 50% de probabilidade de dar *cara*, e outros 50% de dar *coroa*. Mas esses são experimentos controlados e ilustram eventos do mundo dos negócios de maneira bastante imperfeita.

Muitas vezes, e talvez na maioria das vezes, não temos como calcular as chances de um negócio dar errado, de um acidente ocorrer, de um contrato ser quebrado e assim por diante. Imagine um indivíduo que abre uma pequena empresa – por exemplo, uma empresa do ramo químico que se põe a pesquisar um novo componente – ou então, simplesmente, uma empresa que decide mudar a estratégia de negócios. Qual é a *probabilidade* de dar certo? A rigor, não há como calcular precisamente; qualquer tentativa de quantificação envolve boa dose de arbitrariedade, intuição, especulação e *chute*.

Generalizando, pode-se, portanto, dizer que as ações e os investimentos dos empreendedores estão intimamente associados muito mais à *incerteza* do que ao *risco*. Isso vale tanto quando se trata de trazer algo novo ao mundo – criar, portanto, um novo mercado para uma inovação – quanto quando se trata da entrada de um novo concorrente em um mercado que já existe.

É bem verdade que em certas circunstâncias é possível agregar eventos similares e independentes e prever com bastante acuidade quais serão, na média, os resultados encontrados. Isso é o que fazem as empresas seguradoras e, em certa medida, os bancos. Por conta de um conceito estatístico chamado “lei dos grandes números”, as seguradoras conseguem precificar com notável precisão as despesas médicas de uma determinada população, o número de furtos de veículos e até a data provável da morte de um certo conjunto de pessoas (evidentemente, as seguradoras não conseguem prever cada evento individualmente, mas sim a média de um conjunto de eventos similares agregados).

Os bancos, da mesma forma, conseguem utilizar o histórico de crédito da população e de certos indivíduos e assim mensurar o risco de inadimplemento, o que lhes permite precificar a taxa de juros a ser cobrada.<sup>63</sup> Mas os casos das seguradoras e dos bancos são bastante particu-

63. A lei dos grandes números pode ser enunciada da seguinte forma: se um evento de probabilidade  $p$  é observado repetidamente em ocasiões independentes,

lares. Na maioria das atividades econômicas, a estimação e precificação de risco se dá não a partir do cálculo estatístico, mas em função de regras heurísticas e normas culturais que servem como mecanismos práticos que distinguem o desejável do indesejável.

Tudo isso quer dizer que falar em *risco* do negócio é em parte uma ideia enganosa. Há na realidade uma profunda *incerteza* sobre o negócio e sobre o funcionamento do mundo. Embora sutil, a diferença é relevante porque torna difícil usar os conceitos de “risco” e “probabilidade” como ferramentas para distinguir a existência ou inexistência de externalidade – e, na esteira (e sujeita a qualificações que farei no Capítulo 9 desta obra, quando examinarei a ligação entre eficiência e justiça), para distinguir as condutas legítimas das ilegítimas.

A dificuldade do cálculo, no entanto, não afasta o problema real. A limitação de responsabilidade pode induzir sócios a tomarem risco excessivo e a externalizá-lo para credores, especialmente para credores involuntários como vítimas de acidentes. A extensão desse problema, no entanto, não deve ser exagerada, e, de mais a mais, nada impede que empresas desempenhando atividades mais perigosas estejam sujeitas a regimes de fiscalização e/ou de responsabilização especiais.<sup>64</sup>

### 5.2.3 *Escudo para fraudes*

Há finalmente uma terceira desvantagem que se pode associar à responsabilidade limitada do sócio; esta, creio eu, é mais séria do que as duas desvantagens anteriormente examinadas. Sócios podem valer-se da limitação de responsabilidade por dívidas da empresa para realizar fraudes e outros atos ilícitos. Vejamos como isso se dá.

#### 5.2.3.1 A fraude lucrativa

O mundo empresarial é hoje altamente *juridificado*. Uma enorme gama de atividades da empresa está sujeita à normatização jurídica

a proporção da frequência observada desse evento em relação ao total número de repetições converge em direção a  $p$  à medida que o número de repetições se torna arbitrariamente grande.

64. Apenas para ilustrar com um exemplo: a Convenção de Varsóvia de 1929, que traz regras sobre o transporte aéreo internacional, e que foi recepcionada no Brasil através do Decreto 20.704, de 1931, contém limitações acerca da responsabilidade dos transportadores. Tudo isso é feito a fim de limitar riscos e estimular as atividades de transporte (cf. Fernando Schwarz Gaggini, *A Responsabilidade dos Sócios nas Sociedades Empresárias*, cit., p. 115).

detalhada. Essa normatização envolve regras tributárias, trabalhistas, previdenciárias, consumeristas, imobiliárias e, ademais, a depender do ramo de atividade, farmacêuticas, sanitárias, ambientais, aeronáuticas, marítimas e rodoviárias, entre muitas outras. O cumprimento dessas regras, de um modo geral, é custoso para a empresa: pagar um tributo, testar produtos, registrar um empregado etc. – tudo isso reduz o lucro da empresa e o dividendo que se pode pagar ao sócio. Por conta disso, no dia a dia as empresas enfrentam continuamente o dilema de cumprir ou descumprir as normas jurídicas que lhes são aplicáveis.

Na prática, há uma série de zonas cinzentas entre o cumprimento e o descumprimento de uma regra jurídica. Por isso, talvez mais próprio fosse falar no dilema entre cumprir, cumprir parcialmente, descumprir ou fraudar as normas jurídicas. Ainda assim, pode-se dizer de um modo geral o seguinte: fraudar a lei geralmente é lucrativo num primeiro momento<sup>65</sup> (porque evita incorrer um custo certo e geralmente imediato), mas traz o risco de posterior responsabilização e de pagamento de multas e de outras penalidades. De outro lado, cumprir a lei evita o risco de pagamento de penalidades no futuro, mas também reduz os ganhos no presente.

### 5.2.3.2 Da incerteza na responsabilização da empresa

A responsabilização pelo descumprimento de uma norma ou pela realização de uma fraude que visa esconder o descumprimento é sempre incerta. Empresas que praticam fraudes ou que deixam de observar a legislação que lhes é aplicável podem ser sancionadas pelo Estado; mas como é óbvio, isso nem sempre ocorre. A efetiva responsabilização da empresa pelo descumprimento da lei ou pela prática de uma fraude depende da detecção, prova e condenação. Isso pode ocorrer, ou não. Somente após vencidas essas três etapas (detecção, prova e condenação), a empresa que agiu ilicitamente terá que utilizar seu patrimônio para fazer face à condenação.

Sob um regime jurídico de responsabilidade limitada do sócio, a responsabilização da empresa pelo descumprimento de uma norma estatal (tributária, trabalhista, administrativa etc.) afeta o sócio apenas

65. Cf. Pedro Rubim Borges Fortes, “The phenomenon of lucrative illegality”, 2012, disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/news/spotlight/ils/events/fortes-final.pdf>>.

indiretamente. A condenação da empresa reduz o valor da participação do sócio caso deseje vendê-la, e reduz também o valor dos dividendos que a empresa lhe pode pagar. Mas, se os ativos da empresa forem insuficientes para fazer frente à responsabilização, o patrimônio pessoal do sócio será preservado.

Daí vem o problema básico, que é bastante sério: sob responsabilidade limitada, o sócio se beneficia da totalidade dos lucros gerados por fraudes praticadas pela empresa; contudo, no caso de responsabilização da empresa, suas perdas estão limitadas ao valor do capital subscrito. Não é difícil perceber, então, por que dissemos que a limitação da responsabilidade do sócio pode servir, indiretamente, como um incentivo para que as empresas cometam fraudes.

Um exemplo numérico ilustra o ponto.<sup>66</sup> Suponha que uma fraude possa gerar um ganho imediato de \$100.000 para a empresa. Se a fraude for detectada, provada e houver condenação, haverá a imposição de uma multa de \$200.000 à empresa. Um administrador possivelmente irá se perguntar: vale a pena cometer a fraude? De maneira simplificada, pode-se dizer que tudo dependerá da probabilidade de condenação da empresa. Suponha que essa probabilidade seja de  $\frac{3}{4}$ . Nesse caso, o valor esperado da fraude mede-se assim:  $VE = \$100.000 + (\frac{3}{4})(-\$200.000) = \$100.000 - \$150.000 = -\$50.000$ . Nesse exemplo, como se vê, o valor monetário esperado da fraude é negativo. Logo, economicamente a fraude não vale a pena. Um administrador amoral provavelmente preferirá cumprir a lei – não por deferência ou respeito a ela, mas sim a fim de maximizar os retornos econômicos da empresa.

Contudo, pensemos em um quadro (provavelmente mais realista) em que a probabilidade de condenação da empresa seja mais baixa. Digamos que a probabilidade de condenação seja de  $\frac{1}{4}$ . Nesse caso, o valor esperado da fraude se mede da seguinte forma:  $VE = \$100.000 + (\frac{1}{4})(-\$200.000) = \$100.000 - \$50.000 = \$50.000$ . Ora, nesse caso, o valor monetário esperado da fraude é positivo. Isso quer dizer que, examinando-se o tema sob o ângulo do cálculo de custo e benefício, no exemplo simplificado aqui apresentado cometer a fraude valerá a pena. E há mais: nesse exemplo, cometer a fraude vale a pena sempre que a probabilidade de condenação for inferior a 50%.

66. Para uma descrição de alguns exemplos concretos na seara financeira, ver Lucas Alves Freire, “A desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa e seu reflexo na atividade persecutória desenvolvida pelo Banco Central do Brasil”, *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, vol. 5, n. 1, jun. 2011.

### 5.2.3.3 Efeito do regime de responsabilidade limitada

O que dissemos acima é bastante intuitivo. Mas o problema mais interessante, e aqui mais importante, diz respeito aos incentivos criados por diferentes regimes de responsabilização de sócios para a realização de fraudes nas empresas por eles controladas. O ponto é basicamente o seguinte: sob responsabilidade limitada, fazer com que a empresa cometa uma fraude poderá ser vantajoso para o sócio *mesmo diante de uma alta probabilidade de detecção e condenação da fraude*. Ou, em outras palavras, e talvez de modo ainda mais claro: o regime de responsabilidade limitada pode tornar lucrativa para o sócio uma fraude que, para a empresa, tem valor monetário esperado negativo.

Para entender por que, sigamos com o mesmo exemplo numérico exposto acima. Voltemos à situação em que a chance de detecção e condenação da empresa por uma fraude seja de  $\frac{3}{4}$ . Já sabemos, como examinado acima, que nesse caso o valor monetário esperado da fraude para a empresa é negativo e corresponde a  $-\$50.000$  (como vimos,  $VE = \$100.000 + (\frac{3}{4})(-\$200.000) = \$100.000 - \$150.000 = -\$50.000$ ). Em princípio, portanto, pode-se considerar que nesse caso a fraude também não interessa ao sócio. Afinal, de um modo geral não é do interesse do sócio que a empresa realize atividades que tenham valor monetário esperado negativo.

A situação pode mudar, no entanto, se acrescentarmos um pequeno detalhe ao exemplo. Suponha, como infelizmente é comum, que se crie uma empresa de responsabilidade limitada, com capital social irrisório, apenas para realizar uma determinada fraude. Nesse caso, será que o esquema fraudulento vale a pena para o sócio da empresa?

Sigamos com o mesmo exemplo. Já sabemos que o valor monetário esperado para a empresa é negativo (no valor de  $-\$50.000$ ). Surpreendentemente, contudo, para o sócio o valor monetário esperado da fraude é positivo. Afinal, nesse cenário simplificado, sob responsabilidade limitada o valor monetário do esquema fraudulento para o sócio se mede assim:  $VE = (\frac{1}{4})(\$100.000) + (\frac{3}{4})(\text{zero}) = \$25.000$ . O que esse exemplo nos está dizendo é que o lucro da fraude será apropriado pelo sócio, e o prejuízo jamais será pago por ninguém. Se a fraude não for detectada ou se for detectada mas não puder ser provada em juízo, o sócio se apropriará integralmente do retorno de  $\$100.000$ ; e a chance de que isso ocorra, por hipótese, é de  $\frac{1}{4}$ . Por outro lado, se a fraude for detectada e provada, o que no exemplo ilustrativo em tela tem uma probabilidade de  $\frac{3}{4}$  de ocorrer, então a condenação não será paga por ninguém, porque a empre-



sa possui capital irrisório e a responsabilidade do sócio é limitada. Isso quer dizer que, *ceteris paribus*, a limitação de responsabilidade terá tornado a realização da fraude economicamente desejável para seus sócios.

O quadro acima explica, aliás, por que a legislação societária de um modo geral estabelece que a realização de um ato ilícito pela empresa acarreta não apenas a responsabilização da própria empresa, mas também a responsabilização do administrador (ou do sócio-gerente) que a tenha praticado.<sup>67</sup> No exemplo anterior, apenas para prosseguirmos no mesmo raciocínio, o risco de responsabilização pessoal do sócio-gerente pode tornar o valor monetário esperado da fraude negativo. O ponto, contudo, é que a responsabilização pessoal do sócio-gerente (ou do administrador) é uma questão de probabilidade, e há diversas evidências no Brasil indicando que as probabilidades de detecção e condenação pelos mais variados ilícitos podem ser bastante baixas.

Tudo isso explica por que a responsabilidade limitada da empresa pode ser um fator potencializador de fraudes. É bom notar, no entanto, que a análise econômica acima desenvolvida realça a função incentivadora das normas jurídicas, em detrimento da discussão da norma como mera fonte de obrigações. Por conta disso, a análise econômica às vezes falha no diagnóstico de condutas não incentivadas, em especial quando não são incentivadas pela presença de sanções legais.<sup>68</sup> De fato, há uma longa literatura de natureza sociológica sugerindo que na maioria dos casos tanto as empresas quanto os indivíduos têm uma preferência por cumprir a lei – ou seja, as pessoas não são amorais. Isso presumivelmente ocorre tanto por questões instrumentais – para não arranharem sua imagem e reputação e para não serem estigmatizadas – quanto por expressarem algum senso de civismo e fraternidade.

Ora bem: então entendamos que a responsabilidade limitada é um pedaço de uma engrenagem social muito mais complicada. Ela é parte de uma engrenagem institucional complexíssima em que a legislação e

67. Lei 6.404/1976, art. 158: “O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II – com violação da lei ou do estatuto. (...) § 5º. Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto”. E, ainda, Código Civil, art. 1.016: “Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções”.

68. Sobre o tema, ver Fernando Araújo, *Teoria Econômica do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2007, especialmente p. 444.

sua efetiva interpretação e aplicação interagem de modo muito intrincado com a ordem política, econômica e cultural. Não há como nem por que tratar de toda essa temática em profundidade. Para os presentes fins, basta-me a observação de que, ao insular os sócios de responsabilização pessoal, a responsabilidade limitada da empresa pode contribuir para que o nível geral de observância de diversas regras jurídicas caia. Embora possa não ser decisiva, essa é uma desvantagem importante da limitação de responsabilidade.

### **5.3 *Resumo***

Ao balizar as perdas do sócio no valor do capital social subscrito, a responsabilidade limitada (i) cria incentivos à diversificação de investimentos, (ii) cria incentivos à realização de investimentos por investidores avessos a risco, (iii) permite reduzir custos de monitoramento nas empresas e (iv) facilita transferências eficientes de controle societário. A responsabilidade limitada pode funcionar, assim, como um mecanismo de incentivo ao investimento, ao empreendedorismo, à livre-iniciativa e, em certa medida, à inovação. Essas são as principais vantagens econômicas que se pode atribuir à responsabilidade limitada do sócio.

Por outro lado, a limitação de responsabilidade do sócio lhe pode permitir externalizar riscos do negócio. Isto é, receber os lucros do negócio caso este prospere, sem, no entanto, arcar com as consequências negativas caso o negócio naufrague. Por conta disso, a limitação da responsabilidade do sócio ao capital subscrito pode acabar incentivando três comportamentos socialmente indesejáveis, a saber, (i) a realização de investimentos ineficientes, (ii) o baixo investimento em precaução e, ademais, e mais grave, (iii) pode fazer com que a pessoa jurídica sirva como um conveniente veículo para a realização de fraudes e outros ilícitos. Cá estão suas desvantagens.

### **5.4 *Conclusão parcial***

Identificar potenciais vantagens e desvantagens é um exercício mais fácil do que sopesá-las. Para pensar sobre o desenho institucional e a política pública, o ideal seria sempre realizar um exercício duplo – parte empírico e parte teórico. Primeiro, formular hipóteses e testá-las empiricamente para entender, aproximadamente pelo menos, como o mundo real funciona. Segundo, pensar sobre as implicações normativas dos resultados obtidos, inclusive levando em consideração o arranjo político

vigente, os modelos ideológicos prevalentes, os valores em jogo e as soluções juridicamente viáveis dentro de um dado ordenamento jurídico.

Infelizmente, no Brasil não dispomos de estudos empíricos discutindo especificamente os impactos econômicos da limitação de responsabilidade.<sup>69</sup> E isso não é tudo: também em outras partes, onde estudos desse tipo foram realizados, os resultados são inconclusivos. De modo que também o direito comparado não fornece a base empírica aproximativa que idealmente desejaríamos ter. Segue que, como não há uma empiria sólida na qual se possa confiar, esse caminho “ideal” está, desde logo, impossibilitado.

Na falta de uma empiria mais sólida, é tentador aos juristas supor que a crítica da responsabilidade empresarial possa ser conduzida exclusivamente a partir de princípios jurídicos e de considerações de justiça e equidade. Os valores são muito importantes no debate jurídico – isso é óbvio, mas não custa ressaltar –, e aqui me refiro tanto a valores concebidos como propriamente jurídicos (como segurança jurídica, contraditório, devido processo etc.) quanto aos demais valores morais que constituem o cerne da civilização Ocidental, estejam eles elencados ou não na nossa Constituição Federal.

Dito isso, não me parece razoável hoje, dado o nosso contexto e os problemas concretamente enfrentados, discutir a responsabilidade empresarial apenas através de um raciocínio apriorístico, dedutivo e abstrato. Raciocínios desse tipo geralmente se baseiam em intuições sobre como as relações econômicas no mundo e na empresa funcionam. As ciências sociais e a economia em particular evoluíram bastante, e já podem, pelo menos, servir como ferramenta de apoio à decisão, inclusive à decisão judicial e às decisões do legislador.

É nesse sentido que a discussão de vantagens e desvantagens aqui apresentada deve ser encarada como parte de um raciocínio pragmático, e não de um raciocínio economicista.<sup>70</sup> Uma avaliação pragmática dará

69. Há, contudo, estudos econômicos discutindo os vetores políticos da adoção da limitação de responsabilidade no começo do século XX. Cf. Aldo Musacchio, *Experiments in Financial Democracy. Corporate Governance and Financial Development in Brazil, 1882-1950*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; e Mariana Pargendler, “Politics in the origins: the making of corporate law in nineteenth-century Brazil”, cit., *American Journal of Comparative Law*. Há também um estudo encomendado pelo Ministério da Justiça que analisou 830 acórdãos publicados por diversos tribunais do País. Cf. Paulo Caliendo *et al.*, *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Série Pensando o Direito do Ministério da Justiça, vol. 29, 2010.

70. Retomo o ponto no Capítulo 9.

atenção a argumentos sobre os prováveis custos e benefícios das diferentes decisões, interpretações e legislações. Isso não quer dizer que essas consequências presumidas sejam inevitáveis, forçosas ou necessárias. Na seara jurídica, argumentos consequencialistas baseados em incentivos econômicos raramente são propriamente “provados”, no sentido de serem científica e inequivocamente demonstrados empiricamente. A disputa jurídica permanece estando no âmbito da argumentação, da retórica e do debate sobre o *melhor* argumento, o mais plausível, o mais razoável e o mais convincente.

Então cabe perguntar: o que se pode levar, pragmaticamente, do exame das vantagens e desvantagens da limitação de responsabilidade? Acredito que podemos levar duas coisas. Primeiro, que as vantagens da limitação da responsabilidade são suficientemente plausíveis para que se evite abandoná-la completamente. Ou, dito de forma mais direta, convém preservar pelo menos algum nível de responsabilidade limitada.

Senão vejamos: (i) desincentivar a diversificação de investimentos significa tolher a movimentação produtiva da poupança, o que tende a ter reflexos negativos sobre a taxa de investimentos em geral; (ii) compensar as pessoas pela sua aversão ao risco é uma ideia no mínimo atraente, inclusive porque se trata de um subsídio horizontal (isto é, um incentivo ao investimento que beneficia qualquer empreendedor, por menor que seja, ao contrário do que ocorre com outros subsídios como desonerações fiscais setoriais e outras políticas *verticais* tão comuns no Brasil, que tipicamente beneficiam apenas os “amigos – e financiadores – do rei”); (iii) reduzir os custos de monitoramento é fundamental, especialmente no caso das empresas com ações listadas em bolsa de valores; e, finalmente, (iv) facilitar as transferências de controle eficientes é uma forma de disciplinar a boa alocação de recursos escassos na economia.

Evidentemente, como já deve estar claro ao leitor, há problemas. A limitação de responsabilidade pode permitir aos sócios externalizarem os riscos do negócio, situação em que eles recebem todos os lucros caso o negócio prospere, mas não arcam com as dívidas que restam caso o negócio naufrague. Isso pode fomentar circunstâncias indesejáveis, especialmente a viabilização de investimentos socialmente ineficientes, o incentivo ao baixo investimento em precaução e uso da personalidade jurídica como escudo para fraudes.

Dessas três potenciais desvantagens da limitação de responsabilidade, a terceira é a mais séria. Essa não é uma constatação surpreendente a ninguém que esteja minimamente envolvido com a prática societária no Brasil: empresas de responsabilidade limitada são rotineiramente criadas

para o cometimento de fraudes (o que não quer dizer, por outro lado, que todas as empresas criadas para atividades específicas o sejam, tema que discutirei adiante no Capítulo 6).

As outras duas desvantagens da responsabilidade limitada não são tão problemáticas. Como explicado, a mensuração *ex ante facto* do que seja um investimento socialmente eficiente é potencialmente enganosa, porque a definição do que seja socialmente eficiente (ou ineficiente) depende de critérios razoavelmente arbitrários. Além disso, essa definição esbarra em insuperáveis limitações da capacidade humana de calcular e prever consequências das coisas.

Que consequências contam para o cálculo da eficiência? Como mensurá-las? Os problemas da estimação do que seja eficiente são em parte os mesmos que os filósofos utilitaristas de antigamente enfrentavam para estimar as atividades que causariam *a maior felicidade do maior número*. Esse é um dos motivos pelos quais a eficiência não pode ser o único guia nem para as políticas, nem para a interpretação do Direito, tema que retomarei diversas vezes nos próximos capítulos, particularmente no Capítulo 9.

De qualquer maneira, ainda a respeito das potenciais desvantagens da limitação de responsabilidade, entendo que as instituições jurídicas e econômicas devam incentivar o empreendedorismo, o investimento produtivo e a formalização. O estabelecimento de limites e condições para tais atividades deve ficar para a fiscalização e regulação pelo Estado. Caberá, portanto, à regulação e fiscalização dos diversos órgãos estatais condicionar as possibilidades de investimentos produtivos para que aqueles investimentos ineficientes – por exemplo, aqueles que geram excessiva poluição – não sejam realizados.

O mesmo raciocínio serve para outra alegada desvantagem da responsabilidade limitada, a saber, o risco de que esta fomente o baixo investimento em precaução de acidentes e danos. O Estado deve estabelecer condições, fiscalizar e punir. E, ademais, nada impede que se estabeleçam regras especiais para a responsabilização societária em atividades particularmente perigosas.

Do presente Capítulo, então, fica principalmente a mensagem de que a limitação de responsabilidade de sócio permanece sendo uma ferramenta importante de fomento do investimento e do progresso econômico, e que é de um modo geral desejável preservá-la. Ao mesmo tempo, é preciso lembrar que a limitação da responsabilidade pode servir como escudo à fraude. No próximo capítulo mostrarei que o problema

do escudo para a fraude é profundo, e faz parte de um quadro bem mais amplo que chamarei de “fuga da responsabilidade”. Somente após completarmos esse percurso poderemos, já na terceira parte desta obra, enunciar doutrina jurídica propriamente dita.

\* \* \*

## APÊNDICE 1

### A EMPRESA SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Estamos tão acostumados com uma certa forma de organização da produção, que a própria existência das empresas já nos parece trivial, óbvia e talvez até *natural*. Embora a internet tenha hoje permitido um aumento da capacidade de indivíduos se coordenarem fora de empresas – pense, por exemplo, nas edições do sistema operacional Linux desenvolvidas por vários programadores ao redor do mundo,<sup>71</sup> na pioneira experiência de autoria coletiva proposta por Lawrence Lessig,<sup>72</sup> ou mesmo no processo de elaboração da conhecidíssima e utilíssima *Wikipédia* –, ninguém em sã consciência questionaria o argumento de que, de um modo geral, uma empresa consiga produzir mais e melhor do que um punhado de trabalhadores individuais atuando de forma desconjuntada (isto é, sem um coordenador ou chefe com poder hierárquico para organizar a produção). Carros, computadores, remédios, parafusos – nada disso poderia ser produzido de maneira eficiente se não existissem as empresas.<sup>73</sup>

Mas quando nos pomos a pensar sobre o processo produtivo de qualquer coisa, logo percebemos que certas etapas desse processo ocor-

71. A expressão “*software livre*”, ou “*software de código aberto*”, está geralmente associada a programas de computador cujo código-fonte é disponibilizado para permitir o uso, a cópia, o estudo e a redistribuição. Mais ainda, alguns softwares livres foram construídos a partir da cooperação voluntária via internet de programadores.

72. Cf. Lawrence Lessig, *Code: and Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, New York, Basic Books, 2006.

73. A Teoria dos Custos de Transação utiliza o termo *firma* em vez de *empresa*. O tema tem sutilezas que aqui, no entanto, são irrelevantes. Para manter a consistência ao longo deste livro, utilizarei o termo *empresa*.

rem através de intercâmbios realizados em mercados, enquanto outras ocorrem dentro da própria empresa.<sup>74</sup> A questão é: o que explica a escolha de um processo em vez do outro? Ou, de forma mais geral: por que as pessoas criam empresas que alocam recursos da produção através de decisões hierárquicas, em vez de contratarem em mercado cada tarefa da produção?

Há uma antiga intuição econômica de que contratar em mercado será sempre a opção mais eficiente. Afinal, nos mercados há especialização, ou seja, as pessoas se concentram nas atividades que podem desempenhar melhor e da forma menos custosa. Ou, de forma mais técnica, nos mercados cada agente tende a se concentrar (e se especializar) naquelas atividades em que possui uma *vantagem relativa*. Por outro lado, é notório que em toda parte o desenvolvimento econômico veio acompanhado da proliferação de empresas, a tal ponto que hoje é inconcebível imaginar que um país possa prosperar se suas empresas não puderem, igualmente, prosperar. Posta nesses termos, a existência de empresas pode ser considerada uma espécie de enigma.

Em 1937, o inglês Ronald Coase propôs o que constitui, até hoje, a mais persuasiva tentativa de solução desse enigma.<sup>75</sup> Coase partiu de uma observação trivial, a saber, a de que as compras e vendas e demais intercâmbios acontecem em mercados reais; não em abstrações conceituais que representam as trocas de mercado como relações ideais em que se vende para quem pode pagar mais, e se compra de quem oferece por menos. E nos mercados reais (ao contrário dos mercados ideais frequentemente pressupostos pelos modelos microeconômicos) as interações são imperfeitas e estão sujeitas a uma série de custos. Esses custos incluem principalmente o custo de pesquisa e informação sobre os preços aceitáveis, os custos de negociação, de monitoramento, de cobrança e execução e de manutenção de segredos comerciais.

Assim, concluiu Coase, pode fazer sentido organizar parte da produção internamente dentro de empresas justamente para evitar esses *custos de ir ao mercado*. Em uma empresa, não é preciso selecionar mão de obra continuamente; basta contratar um empregado e pagar-lhe um salário. Não é preciso adaptar-se aos insumos disponíveis no mercado; é possível simplesmente produzi-los internamente com as especificações

74. Deixemos de lado, por ora, a zona cinzenta entre esses dois espaços. Sobre o tema, ver Yochai Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, New Haven, Yale University Press, 2007.

75. Ronald H. Coase, "The nature of the firm", *Economics*, v. 4, 1937, pp. 386-405.

desejadas. Não é preciso testar a qualidade de certos insumos comprados de terceiros; basta monitorar a qualidade da produção interna. Não é preciso negociar um contrato a cada contratação de mão de obra; basta estabelecer uma relação duradoura de emprego. E assim sucessivamente. Segue que, segundo Coase, a existência de empresas se explica por conta dos custos associados ao uso dos mecanismos de mercado baseados em preços de troca. Os *custos de ir ao mercado* identificados por Coase posteriormente receberam o nome de *custos de transação*.<sup>76</sup>

Essa é, no entanto, apenas a primeira “perna” da teoria coaseana. A outra é a que mais nos interessa para uma discussão sobre a responsabilidade empresarial. Vejamos.

A existência de custos de transação explica por que as empresas existem, mas não explica por que a empresa não tentará internalizar o máximo possível de etapas da produção. Mesmo quando uma empresa verticaliza sua produção, isto é, decide realizar novas etapas da produção internamente, ainda assim restarão diversas outras etapas da produção que serão conduzidas através da contratação em mercado. Por exemplo, uma empresa de computadores pode decidir produzir (em vez de comprar) alguns dos componentes – processadores, por exemplo –, mas os parafusos provavelmente ainda serão comprados de terceiros no mercado. Reitero, então, o problema: se há custos para ir ao mercado, o que explica o fato de que as empresas preferirão terceirizar algumas (na verdade, a maioria) das etapas de produção?

A resposta de Coase é que os *custos de transação* não existem apenas nos mercados, mas também nas próprias relações hierárquicas que ocorrem nas empresas. A coordenação humana é sempre custosa, ocorra

76. É comum atribuir a John R. Commons a ideia de utilizar *custos de transação* como base de um pensar *institucionalista* sobre a economia. Ver John R. Commons, “Institutional economics”, *American Economic Review*, vol. 21, pp. 648-657, 1931. A primeira conceituação de *custos de transação* tal qual nós os entendemos hoje foi introduzida por Ronald Coase em 1937 no célebre “The nature of the firm”. Coase se referiu aos custos de transação como os “custos para a utilização dos mecanismos de preço”. Essa conceituação reflete o fato de que qualquer interação econômica requer o uso (em maior ou menor grau) de recursos pelas partes. Há até hoje alguma controvérsia sobre quem cunhou a expressão “custos de transação”. Kenneth Arrow posteriormente definiu os custos de transação como “os custos para conduzir o sistema econômico” (*the Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-Market Allocation. The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: the PBB-System, Joint Economic Committee, 91st Congress, 1st session*, vol. 1, Government Printing Office, Washington, D.C., 1969). Discuti o tema em Antonio Celso Pugliese e Bruno Meyerhof Salama, “A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor”, *Revista Direito GV* 7, 2008.



ela em mercados ou dentro das organizações hierárquicas. Nas empresas, é preciso coordenar e alinhar os interesses de diversas partes envolvidas, principalmente sócios, administradores, empregados e credores. Todos têm em princípio interesse em tornar a empresa lucrativa, mas ao lado desse esforço para maximizar o tamanho do *bolo* geralmente há também um esforço ainda mais intenso para maximizar a sua própria *fatia do bolo*. Nas empresas, portanto, muitas vezes as pessoas preferirão o *meu* ao *nosso*. Por isso, há nas empresas, assim como nos mercados, comportamento oportunista. A conclusão de Coase foi de que surgirão empresas quando os custos de ir ao mercado forem altos comparativamente aos custos de organizar a produção internamente.<sup>77</sup>

A Teoria dos Custos de Transação, desenvolvida ao longo das últimas cinco décadas, não fez senão refinar o “insight” coaseano.<sup>78</sup> Um dos aspectos mais importantes da Teoria dos Custos de Transação diz respeito aos conflitos que podem surgir dentro das empresas. O tema pode ser bem ilustrado com um exemplo estilizado que retrata relações entre diversos agentes ligados a uma empresa.

Considere um problema trivial, isto é, a decisão sobre conceder, ou não, um grande desconto na venda de um produto ofertado em mercado pela empresa. O vendedor provavelmente desejará conceder o desconto necessário para poder realizar a venda e receber sua comissão. Grandes descontos, no entanto, não interessam ao administrador. Descontos aumentam o faturamento – logo, aumentam as comissões do vendedor –, mas diminuem o lucro da empresa, e podem até causar prejuízo. O administrador, por sua vez, pode estar interessado em desenvolver um novo e agressivo plano de negócios que permita que a empresa tenha grande lucro no curto prazo. Com lucros no curto prazo, o administrador poderá “alavancar” sua carreira, pleitear um aumento de salário e

77. E, vice-versa, os intercâmbios ocorrerão em mercado quando os custos de organizar-se a produção internamente em empresas forem comparativamente altos.

78. Além das obras de Oliver Williamson adiante referidas, algumas contribuições mais relevantes à Teoria dos Custos de Transação são as seguintes: Steven N. S. Cheung, “Transaction costs, risk aversion, and the choice of contractual arrangements”, *The Journal of Law & Economics* 12, 1969; Armen Alchian e Harold Demsetz, “Production, information costs, and economic organization”, *American Economic Review* 62, 1972; William H. Meckling e Michael C. Jensen, “Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure”, *Journal of financial economics* 3, 1976, entre outras. Discuti alguns dos desdobramentos dessas teorias em Bruno Meyerhof Salama, “The insurance function of contracts revisited”, Fundação Getúlio Vargas, *Working Papers* 2007, disponível em: <[http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/6/](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/6/)>.

talvez até exigir um bônus baseado na lucratividade da empresa. Mas ao sócio, de um modo geral, o que interessa não são tanto os lucros no curto prazo, mas o fluxo de caixa descontado de todos os lucros futuros (daí a preocupação do sócio com a perenidade do negócio e os lucros no médio prazo).

Esse quadro conflitivo parece sugerir simplesmente que os sócios representem o interesse da empresa no longo prazo, mas aqui também há armadilhas. Pode haver conflitos também entre os sócios. Considere o caso de um escritório de advocacia. Ao sócio jovem pode interessar a realização de reformas e investimentos que melhorem a lucratividade no longo prazo, mas desses lucros no longo prazo não se beneficiarão os sócios mais antigos que estão prestes a se aposentar. O mesmo, evidentemente, pode acontecer em uma empresa comercial.

Ou então considere este caso: um sócio rico pode desejar realizar um investimento vultoso na empresa para que esta possa desenvolver uma nova linha de produtos, mas o sócio pobre pode preferir não comprometer todo o seu patrimônio com a empresa. A não ser, é claro, que a empresa esteja sujeita a um regime de responsabilidade ilimitada. Quem quereria pôr todo seu patrimônio pessoal em risco por conta de um único investimento?

Há ainda outros problemas – custos de transação – nas empresas. Por exemplo, o interesse econômico básico dos credores de uma empresa é que esta atue conservadoramente. Aos credores interessa que a empresa tenha lucratividade suficiente para pagar suas dívidas; mas lucros extraordinários da empresa em nada mudam a situação dos credores. Considere por exemplo os efeitos de um novo plano de negócios potencialmente muito lucrativo, mas também bastante arriscado. Se o plano der certo, o benefício reverter-se-á aos sócios. Mas, se der errado, perderão tanto os sócios quanto os credores. Isso pode ser, aliás, um problema mais amplo, porque a economia de um país progride à medida que as empresas e as pessoas tomam risco – mesmo que algumas delas se tornem insolventes pelo caminho.

Ainda voltando ao nosso exemplo estilizado do funcionamento de uma empresa, considere a relação entre a empresa e o empregado encarregado da produção. Aos empregados, interessa basicamente que a empresa se mantenha solvente, a fim de que possa preservar os postos de trabalho. Se a empresa obtiver grandes sucessos, os lucros extraordinários se reverterão basicamente em benefícios para os sócios (na forma de

valorização da participação societária ou de pagamento de dividendos). Por causa disso, motivar seus empregados pode ser uma tarefa difícil.

Em particular, em uma atividade de produção em grupo sempre existe o risco de que um dos agentes – o empregado, por exemplo – faça “corpo mole”. Isso tende a ocorrer com maior frequência quando não for possível mensurar claramente o esforço e os resultados de cada um dos indivíduos que compõem o grupo. As estruturas burocráticas das empresas servem, em boa medida, para criar *gerentes*, isto é, indivíduos responsáveis por monitorar o desempenho de subordinados.

O problema é que esse monitoramento é não apenas custoso – pense em como são caros os *softwares* de gestão de pessoal –, como também bastante imperfeito. Não só porque a capacidade de detecção e monitoramento é limitada, mas também porque gerentes e subordinados podem eles próprios “conspirar”, por assim dizer, e realizar atividades em seu benefício próprio, em detrimento dos interesses da empresa, de seus sócios, credores e até dos outros empregados. Generalizando, pode-se dizer que à medida que cresce o número de pessoas envolvidas e a complexidade das tarefas da empresa, mais custosa vai se tornando a tentativa de fazer com que todos remem o *barco* (isto é, a empresa) na mesma direção. Ou, em outras palavras, crescem os custos de transação.

Todos esses exemplos ilustram a ideia de que o autointeresse dos agentes envolvidos com a empresa – empregados, diretores, sócios, credores etc. – nem sempre coincidirá com o interesse coletivo. Esta é, aliás, a grande lição da Teoria dos Jogos:<sup>79</sup> a racionalidade não basta para que se atinjam os melhores resultados agregados. Se todos pensarem só em si e não houver mecanismos para coordenação de esforços, os empreendimentos coletivos irão naufragar. E essa lição não se aplica apenas às empresas, mas também às fundações, escolas, clubes, governos e países. Insisto no ponto: a Teoria dos Custos de Transação reforça a necessidade de pensar em mecanismos de coordenação para que esforços individuais se revertam em benefícios coletivos. E aqui vai um ponto central para toda a empreitada conduzida nesta obra: o direito pode aumentar ou diminuir os custos de transação no processo de produção de bens, cultura e informação.

Oliver Williamson, o economista que mais se notabilizou por refinar a teoria coaseana e estabelecer as fundações da moderna *Teoria dos*

79. A Teoria dos Jogos é o ramo da matemática aplicada que estuda situações estratégicas em que agentes escolhem diferentes ações na tentativa de melhorar seu retorno. A Teoria dos Jogos tem servido para ilustrar diversos argumentos apresentados a partir da Teoria dos Custos de Transação.

*Custos de Transação*, estruturou a discussão das fricções entre interesse individual e coletivo em torno do conceito de “oportunismo”. Para Williamson, o oportunismo não decorre apenas do caráter das pessoas, mas principalmente dos incentivos que os diferentes sistemas e circunstâncias oferecem.<sup>80</sup> A partir da contribuição de Williamson, podem-se distinguir dois tipos de comportamentos oportunistas, o oportunismo *ex ante facto* e o oportunismo *ex post facto*.<sup>81</sup>

O oportunismo *ex ante facto* – também conhecido como *seleção adversa*<sup>82</sup> – ocorre quando uma parte em uma ação conjunta já sabe, de antemão, que não atende às expectativas da outra parte. Por exemplo, isso é o que acontece quando uma empresa contrata um empregado que já sabe, de antemão, não ter condições de desempenhar a função para a qual foi contratado. Para ilustrar, digamos, o candidato à vaga mentiu na entrevista. Ou então, no sentido oposto, esse tipo de oportunismo pode ocorrer quando a empresa mente para o candidato e lhe informa que as suas condições de trabalho serão muito melhores do que aquelas que de fato são oferecidas. No primeiro caso, a empresa pagará ao empregado mais do que vale seu trabalho. No segundo caso, o empregado poderá aceitar um salário mais baixo do que estaria disposto a aceitar se soubesse das reais condições de trabalho.

Já o oportunismo *ex post facto* – também conhecido como *risco moral*<sup>83</sup> – ocorre quando as ações de uma das partes não são facilmente monitoráveis pela outra. Para ficarmos ainda com exemplos de relações de trabalho, temos aqui, de um lado, o “corpo mole” do empregado que trabalha pouco ou comete fraudes quando sabe que não está sendo monitorado; e, de outro, a empresa que piora as condições de trabalho durante

80. De modo mais técnico, o oportunismo de que tratou Williamson é a transmissão de informação seletiva ou distorcida e a realização de promessas que o próprio agente sabe que não irá cumprir.

81. Há uma longa literatura sobre oportunismo *ex ante facto* (ou seleção adversa) e oportunismo *ex post facto* (ou risco moral). Para um resumo didático, vide Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, *Direito, Economia e Mercados*, São Paulo, Campus, 2005, pp. 65-66.

82. A *seleção adversa* foi originalmente teorizada por George Akerlof. Um resumo didático sobre o tema pode ser obtido em Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, *Direito, Economia e Mercados*, cit., pp. 65-66.

83. Para um exame didático do tema do *risco moral*, inclusive com uma discussão das contribuições originais de Kenneth Arrow e Mark Pauly, ver Bruno Salama, “The insurance function of contracts revisited”, cit., Fundação Getúlio Vargas *Working Papers*, pp. 36-39. O tema também é sucinta e didaticamente explicado em Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, *Direito, Economia e Mercados*, cit., pp. 65-66.

a vigência do contrato de trabalho por saber que o empregado não terá condições práticas de mudar de emprego.

O oportunismo é potencializado por três fatores. O primeiro é a racionalidade limitada dos seres humanos.<sup>84</sup> Isso quer dizer basicamente que as pessoas não são capazes de processar perfeitamente toda a informação disponível. Ou seja, as pessoas são intencionalmente racionais, no sentido de que usam suas faculdades intelectuais para atingir seus objetivos, sejam eles quais forem; mas esse esforço de racionalidade está limitado pelas mais variadas restrições cognitivas. Como a racionalidade humana é limitada, as pessoas têm, assim, comportamentos aparentemente irracionais; confundem-se; calculam mal; são enganadas; e tomam decisões erradas ou impulsivas.<sup>85</sup>

O segundo fator potencializador do comportamento oportunista é a profunda incerteza que caracteriza os fatos do mundo. A racionalidade limitada seria pouco importante se vivêssemos em um mundo simples e previsível. Feliz ou infelizmente, contudo, o mundo é hipercomplexo, e, por isso mesmo, as probabilidades dos diferentes estados da natureza no futuro não são perfeitamente calculáveis. Por exemplo, qual é a probabilidade de ocorrer uma guerra? Um terremoto? Uma quebra de contrato?

Quanto mais incertas forem as respostas, tanto mais difícil será estabelecer as bases da cooperação humana: a incerteza cria lacunas que um contrato nem sempre pode especificamente cobrir, dificulta a precificação das prestações e contraprestações e abre espaço para o comportamento oportunista. O Direito, ao agregar estabilidade e relativa previsibilidade, é um fator de redução da incerteza e, portanto, um facilitador da cooperação humana tanto nas empresas quanto nos mercados. Isso não significa, contudo, que seja possível eliminar completamente a incerteza.

O terceiro fator potencializador do oportunismo é o fenômeno descrito por Oliver Williamson como *especificidade de ativos*. Ativos específicos são aqueles que têm um grande valor em uma aplicação específica, mas não em outras. Por exemplo, um trabalhador que foi trei-

84. Williamson na realidade utilizou o conceito de racionalidade limitada desenvolvido pelo psicólogo e sociólogo Herbert A. Simon. Cf. Oliver E. Williamson, "The economics of organization: the transaction cost approach", *American Journal of Sociology* 87 (3), 1981, pp. 548-577, esp. p. 553.

85. Isso quer dizer, ademais, que mesmo que as pessoas fossem perfeitamente puras e honestas – isto é, que jamais tivessem a intenção de agir *oportunistamente* – ainda assim frequentemente haveria resultados ineficientes, tanto nas organizações (inclusive nas empresas) quanto nos mercados.

nado durante muitos anos como torneiro mecânico é, do ponto de vista econômico, um ativo bastante específico. Suas habilidades lhe permitem ser bastante produtivo numa indústria metalúrgica, mas não no setor de serviços. Aprender a falar um idioma, por outro lado, é um ativo em princípio bem menos específico, pois pode ser utilizado de várias formas (para dar aulas de idiomas, secretariado internacional, traduções etc.).

Note que a especificidade não é um atributo do ativo em si próprio. Se houver muitas metalúrgicas na região, o trabalhador pode mudar de emprego a baixo custo. Um idioma, por outro lado, só será transferível a baixo custo se houver outras pessoas interessadas em pagar pelos serviços que requerem aquele idioma.<sup>86</sup> Isso quer dizer, então, que a especificidade se define fundamentalmente pelos custos de realocação. Um ativo será tão mais específico quanto maiores forem os custos de realocação.<sup>87</sup>

Quanto mais *específico* for o ativo detido por alguém, tanto mais essa pessoa estará sujeita ao comportamento oportunista da outra parte com quem se relaciona. Por exemplo, imagine que haja um fornecedor de peças necessárias para a fabricação de um carro e uma montadora de automóveis que deseje comprar as peças. A seguir, imagine que esse seja o único fornecedor dessa peça e que a montadora e o fornecedor assinem um contrato de fornecimento em que o preço de cada peça seja de \$1.000.

Ora, com o tempo, o fornecedor perceberá que se deixar de fornecer essas peças toda a linha de montagem será paralisada – afinal, sem uma única peça o carro não poderá ser comercializado. Por isso, no meio do processo produtivo, o fornecedor poderá agir oportunisticamente e exigir uma elevação do preço, digamos, para \$1.200. Da mesma forma, pode ocorrer o processo inverso. A montadora sabe que o fornecedor já investiu na produção de grandes fôrmas que servem apenas para produ-

86. Para ilustrar, no Brasil o idioma tagalog, falado nas Filipinas, é provavelmente muito mais *específico* (no sentido williamsoniano) do que o inglês, verdadeira *língua franca* do mundo moderno.

87. Williamson lista quatro dimensões da especificidade de ativos: (i) especificidade de local (e.g., um recurso natural só tem utilidade econômica em uma certa localidade), (ii) especificidade física (e.g., uma máquina ou instrumento foi desenhado para uma única finalidade), (iii) especificidade humana (especialização do trabalho), (iv) ativos dedicados (investimento feito especificamente para apenas um fim). Outros autores indicaram, ainda, um outro tipo de especificidade, a saber, (v) especificidade de tempo (surge quando um ativo só é útil se puder ser empregado em um curto espaço de tempo). Vide Oliver Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York, Free Press, 1975.

zir as peças daquele carro específico. Se a montadora puder comprar as peças de outro fornecedor, ela poderá agir oportunisticamente e declarar que pagará no máximo, digamos, \$800 por cada peça para o fornecedor original.

Há, na realidade, muitas maneiras de minimizar o comportamento oportunista nesses casos. O Direito provê um mecanismo básico para lidar com esses problemas, isto é, o princípio do *pacta sunt servanda*, segundo o qual as partes devem cumprir suas obrigações contratuais. Há também cláusulas gerais (como a *boa-fé*, o *equilíbrio econômico-financeiro* e a *função social*) e conceitos legais indeterminados (como o *estado de necessidade* e *atividade de risco*).<sup>88</sup> Além disso, nos mercados as partes encontram outros mecanismos. Por exemplo, relações contínuas minimizam o risco de comportamento oportunista, porque a parte que agir de modo oportunista em um negócio poderá sofrer retaliação no próximo (e.g., quando da fabricação do próximo modelo, a montadora pode decidir trocar de fornecedor).

As partes podem também se precaver do comportamento oportunista diversificando seus clientes. E, no limite, pode acontecer que uma das partes deseje adquirir a outra, a fim de controlar o fluxo de produtos e os preços e custos. Nesse caso, pode-se dizer que os custos de transação da relação em mercado terão justificado a opção pela internalização da organização econômica para dentro de uma hierarquia.

O conceito de *ativo específico* ajuda a explicar uma série de comportamentos oportunistas que podem ocorrer nas empresas. Por exemplo, exceto por conta da legislação trabalhista, um trabalhador pode se ver obrigado a ter que aceitar uma piora nas suas condições de trabalho ou de remuneração quando suas habilidades se tornam menos desejáveis no mercado. Isso pode ocorrer tanto por conta do tipo de produção desenvolvido na empresa – digamos, o trabalhador foi treinado para uma função e só há uma empresa na cidade que requer aqueles serviços – quanto por conta de fatores externos à empresa – digamos, a retração econômica que aumenta o desemprego.

Como se vê, a Teoria dos Custos de Transação refinou a assim chamada *microeconomia neoclássica*. Esta originalmente desconsiderava os custos e as dificuldades de elaborar, implementar, monitorar, executar, verificar e cobrar as promessas que instrumentalizam a cooperação.

88. Em outro contexto, comento o tema em Bruno Meyerhof Salama e Osny da Silva Filho, “Elasticity, incompleteness, and constitutive rules”, *Columbia Law School Blog Blue Sky*, 30.7.2013, disponível em: <<http://clsbluesky.law.columbia.edu/2013/07/30/elasticity-incompleteness-and-constitutive-rules>>.

A Teoria dos Custos de Transação aceita a ideia de que as pessoas calculam e tentam racionalmente maximizar seus retornos em um mundo de escassez. Contudo, complementa o quadro alertando para a limitação da racionalidade humana, a prevalência da incerteza e a amplitude do oportunismo nas interações sociais. Com isso, constrói-se um sentido interessante para uma análise funcional do Direito: o Direito pode ser encarado não apenas na sua dimensão distributiva – *suum cuique tribuere*, para ficarmos com a expressão clássica recolhida no Digesto –,<sup>89</sup> mas ao alocar custos, riscos e ônus, pode também ser visto como ferramenta para a facilitação da coordenação humana, do desenvolvimento econômico e, em uma expressão, de redução de custos de transação.

\* \* \*

## APÊNDICE 2

### NOTA SOBRE ESTUDOS EMPÍRICOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE LIMITADA

A Teoria dos Custos de Transação auxilia a formular hipóteses, mas o raciocínio completa-se com estudos empíricos que possam confirmar (ou desconfirmar) tais hipóteses. Nos Estados Unidos, existem alguns estudos interessantes mostrando que a economia de muitos Estados norte-americanos pôde florescer sob um regime de responsabilidade ilimitada de sócios (naquele país, a legislação societária é estadual, logo cada Estado tem regras próprias).

Na Califórnia, por exemplo, até 1931 vigeu um regime de responsabilidade ilimitada com responsabilização do sócio proporcional à sua participação societária. Dois estudos econômicos recentes argumentaram que entre 1849 e 1931 esse regime de ilimitação de responsabilidade não teve impacto econômico negativo na economia da Califórnia.<sup>90</sup> Ao

89. Ulp. *l reg.*, D. 1,1,10,1: “Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere”. Em uma tradução livre, “São estes os preceitos do Direito: viver honestamente, não lesar o próximo, dar a cada um o que é seu”.

90. Mark I. Weinstein, “Share price changes and the arrival of limited liability in California”, *Journal of Legal Studies* 32, 2003, pp. 19-20; e “Limited liability in California 1928-31: it’s the lawyers”, *American Law & Economics Review* 7, 2005, pp. 455-60.



contrário, no período a Califórnia detinha a sexta maior população e a oitava maior economia entre os 48 Estados norte-americanos. Um desses estudos constatou que a substituição do regime de ilimitação pelo regime de limitação de responsabilidade do sócio não causou alteração significativa no valor de negociação das ações de empresas sediadas na Califórnia na Bolsa de Valores de Nova Iorque.<sup>91</sup>

Da mesma forma, um estudo sobre a cotação das ações da American Express entre 1951 e 1959 buscou demonstrar que um mercado acionário pode funcionar sob um regime de responsabilização ilimitada e proporcional de acionistas por dívidas da empresa.<sup>92</sup> De acordo com esse estudo, a American Express Company teria operado sob responsabilidade ilimitada (e proporcional à participação pró rata) de sócios durante 115 anos, entre 1850 e 1965, sem que isso afetasse o valor de negociação das ações. Ao contrário, as ações da American Express teriam sido ativamente negociadas apesar da existência de alternativas de investimento em ações de empresas com responsabilidade limitada.

Na mesma linha, há também um estudo comparando o desempenho econômico de Estados da Federação norte-americana que ao longo do século XIX adotaram diferentes regimes de responsabilização societária. Massachusetts teve responsabilidade ilimitada até 1830 e Rhode Island até 1847, porém seu desempenho econômico teria sido comparável ao de Estados em que a responsabilidade era limitada, como New Hampshire, Connecticut e Maine.<sup>93</sup> Daí a conclusão de que a ilimitação de responsabilidade não deveria ser vista como impeditiva do crescimento econômico. Esse mesmo estudo, no entanto, reconheceu que a limitação de responsabilidade dos sócios teve um efeito importante sobre o desenvolvimento de negócios de grande escala em Massachusetts a partir de 1830.

Embora todos esses estudos ponham em questão a conveniência da limitação da responsabilidade de sócio para o desenvolvimento econômico, eles não são conclusivos – nem mesmo para o cenário

91. Mark I. Weinstein, “Share price changes and the arrival of limited liability in California”, cit., *Journal of Legal Studies* 32 (2003), pp. 7-19.

92. Peter Z. Grossman, “The market for shares of companies with unlimited liability: the case of American Express”, *Journal of Legal Studies* 24, 1995.

93. Edwin M. Dodd, “The evolution of limited liability in American Industry: Massachusetts”, *Harvard Law Review* 61, 1948, pp. 1.375-1.376.

norte-americano. Para cada estudo de caso de Estados como Massachusetts e Califórnia, que experimentaram desenvolvimento econômico sob responsabilidade ilimitada, é possível encontrar outros Estados, notadamente Nova Iorque, em que a limitação de responsabilidade aparentemente exerceu um papel importante no processo de industrialização e desenvolvimento econômico.<sup>94</sup> Mesmo autores que estudaram o desenvolvimento econômico sob regimes de ilimitação de responsabilidade tendem a reconhecer que o desenvolvimento desses Estados poderia ter sido seriamente retardado se os governos não tivessem posteriormente permitido a limitação de responsabilidade de sócios.<sup>95</sup> Como se vê, a pesquisa empírica comparada é inconclusiva sobre a necessidade de limitar a responsabilidade de sócios ao valor do capital social.

94. Cf. Stephen B. Presser, *Piercing the Corporate Veil*. § 1:3, 2010.

95. Edwin M. Dodd, "The evolution of limited liability in American Industry: Massachusetts", cit., *Harvard Law Review* 61, p. 1.378.

## Capítulo 6

### **A DIALÉTICA**

### **DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL**

*6.1 A fuga da responsabilidade empresarial no Brasil: 6.1.1 Conceituação: 6.1.1.1 Aproximação com o judgment proof anglo-saxão – 6.1.1.2 Distinção ante o judgment proof anglo-saxão – 6.1.1.3 Esclarecimento sobre o sentido do termo fuga. 6.1.2 Velhos problemas: 6.1.2.1 Fraude contra credores – 6.1.2.2 Mau funcionamento do sistema judicial – 6.1.2.3 Utilização fraudulenta de instrumentos de garantia – 6.1.2.4 Restituições e exceções à falência; 6.1.3 Novos mecanismos: 6.1.3.1 Criação de empresas subsidiárias e coligadas – 6.1.3.2 Securitização – 6.1.3.3 Segregação de ativos no exterior – 6.1.3.4 Popularização das empresas holding – 6.1.3.5 Utilização da PJ para ocultação de crimes. 6.2 A resposta do sistema jurídico: 6.2.1 Tendências na responsabilidade empresarial: 6.2.1.1 Relativização da responsabilidade societária limitada – 6.2.1.2 Objetivação – 6.2.1.3 Ampliação dos centros de imputação (responsabilização de gatekeepers); 6.2.2 Novas exigências regulatórias: 6.2.2.1 Regulação para prevenção de danos – 6.2.2.2 Exigência de seguro obrigatório – 6.2.2.3 Capital mínimo; 6.2.3 Aumento da intervenção penal: 6.2.3.1 Novos tipos penais – 6.2.3.2 Responsabilização penal da pessoa jurídica – 6.2.3.3 Mudança de critérios de imputação; 6.2.4 Alterações processuais: 6.2.4.1 Inversões de ônus probatório – 6.2.4.2 Novas regras para penhora – 6.2.4.3 Medidas voltadas à redução da duração dos processos; 6.2.5 Renovação da cultura jurídica: 6.2.5.1 Relativização de formas jurídicas – 6.2.5.2 Neoconstitucionalismo – 6.2.5.3 Renovação do direito civil – 6.2.5.4 Funcionalização. 6.3 Paradoxos: 6.3.1 Incentivos e consequências não pretendidas; 6.3.2 Algumas dinâmicas perversas: 6.3.2.1 Dificuldades no recrutamento de diretores e conselheiros – 6.3.2.2 Aumento do uso de estruturas de fachada – 6.3.2.3 Redução da propensão para investir; 6.3.3 Implicações: 6.3.3.1 Custos econômicos – 6.3.3.2 Danos à operabilidade do Direito – 6.3.3.3 Danos à legitimidade do Estado de Direito. 6.4 Resumo. 6.5 Conclusão parcial.*

Se a limitação de responsabilidade tem vantagens e desvantagens, então pode ser missão do jurista tentar formular soluções que possam –

tanto quanto possível e dentro do que permite o quadro legal – realçar as primeiras e mitigar as segundas. Esse é exatamente o exercício que pretendo desenvolver. Mas o leitor terá que aguardar até a próxima parte desta obra para a apresentação de soluções doutrinárias. Ainda não dispomos de todos os elementos necessários. Falta entendermos melhor o contexto em que se põem tais soluções. É disso que trata este capítulo.

Mais especificamente, este capítulo demonstrará que as alternativas de reforma, evolução e aprimoramento institucional não podem ser construídas num plano abstrato, mas sim em uma realidade histórica concreta. Custos e benefícios podem e devem ser sopesados, mas isso não pode ser feito proveitosamente à luz de um cenário meramente pressuposto, tampouco em desatenção à legitimidade do próprio sopesamento.<sup>1</sup> Embora toda a Parte I tenha sido dedicada a reconstruir historicamente o que chamei de *fim da responsabilidade limitada no Brasil*, ainda não foi dito o suficiente sobre o contexto jurídico-político da responsabilidade empresarial no Brasil. Falta explicar o que aqui denominarei *dialética da responsabilidade empresarial*.

É comum pensar em uma alteração de regra jurídica apenas como expressão de uma ação do Estado voltada a disciplinar o comportamento de certos destinatários das regras. Assim, por exemplo, se dá quando o Estado cria um novo tributo – digamos, uma contribuição sobre movimentação financeira: após a sua entrada em vigor, os indivíduos a realizarem movimentações financeiras terão que arcar com a nova tributação. Essa é uma análise *estática*: o Estado publica a lei e os destinatários dessa lei devem cumpri-la.

Essa análise *estática* se complementa com uma análise *dinâmica* que versa sobre efeitos e incentivos criados pela inovação normativa do Estado. O que tenho em mente é o fato de que os destinatários das novas normas nem sempre as irão simplesmente obedecer, e muitas vezes irão reagir estrategicamente à nova normatização estatal.<sup>2</sup> Por exemplo, a fim de evitar a incidência de uma hipotética contribuição sobre movimentação financeira, algumas relações econômicas poderão deixar de ser realizadas em mercado, passando a ocorrer dentro da própria empresa. Essas reações estratégicas, por sua vez, dão causa a novas mudanças no

1. Gunther Teubner, “Piercing the contractual veil? The social responsibility of contractual networks”, in Thomas Wilhelmsson, *Perspectives of Critical Contract Law*, Dartmouth, Ashgate, 1993, pp. 221-223.

2. Sobre o tema, ver Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, Ed. RT, 1978.

sistema jurídico, gerando novas reações estratégicas dos destinatários das regras jurídicas, e assim sucessivamente.

Meu foco adiante está justamente nessa perspectiva dinâmica. Meu argumento é o de que ao longo das últimas décadas é possível encontrar, na dinâmica da normatização jurídica da responsabilidade empresarial, um padrão *dialético*. O traço básico desse padrão dialético é o de que, no que toca à responsabilidade empresarial, cada inovação na ordem legal promovida pelo Estado tem causado, da parte dos destinatários das regras, reações de *contorno* das regras estatais. E essas reações de *contorno*, por sua vez, requerem novas ações dos criadores de regras jurídicas, em um processo incerto e sem fim.

A *dialética da responsabilidade empresarial* é, assim, um processo dinâmico e contínuo de provocação e resposta entre criador e destinatário de regras jurídicas acerca da responsabilidade empresarial, cujo efeito tem sido o de expandir as hipóteses e os riscos de responsabilização de terceiros por dívida da empresa. Evidentemente, isso deve estar claro ao leitor, não estou a tratar da dialética hegeliano-marxista de uma sucessão de sínteses que se imbricam em teses e antíteses. Ao contrário, refiro-me a um processo aberto e incerto de evolução histórica cujo estágio atual pode ser aproximadamente descrito como o *fim* da responsabilidade limitada.<sup>3</sup>

O restante deste capítulo ilustra a *dialética da responsabilidade empresarial* iniciando pela descrição do que chamarei de *fuga* da responsabilidade empresarial no Brasil (item 6.1). A seguir, mostrarei a reação do sistema jurídico à fuga da responsabilidade (item 6.2). Finalmente, mostrarei como esse processo de ação e reação gerou uma série de paradoxos e consequências não pretendidas na seara da responsabilidade empresarial (item 6.3). Segue-se um breve resumo (item 6.4) e uma conclusão parcial (item 6.5).

### 6.1 A fuga da responsabilidade empresarial no Brasil

Muito se discute a atuação do Estado no que hoje se convencionou chamar de *sociedade do risco*.<sup>4</sup> Menos atenção tem sido dada a sistema-

3. Nesse sentido, emprego a palavra “dialética” em uma acepção muito mais próxima daquele adotado por Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 91, para quem uma dialética de implicação-complementaridade “compreende o processo histórico, não como uma sucessão de sínteses que se imbricam através de novas teses e antíteses, mas sim como um processo sempre aberto, no qual os fatores opostos se implicam e se complementam, sem jamais se reduzirem um ao outro, ao contrário do que ocorre na dialética hegeliano-marxista”.

4. Ulrich Beck, *World Risk Society*, Malden, Polity, 1999.

tizar os mecanismos de que se valem as empresas e os agentes privados a elas ligados para estrategicamente evitar, ou fugir, da responsabilização no caso de materialização de certos riscos. O tema é complexo, e aqui o discuto na medida em que seja especificamente relevante para o problema da responsabilização de terceiros por dívida de empresa.

Início com a formulação de um conceito-chave para o raciocínio aqui desenvolvido, a saber, o que chamo de *fuga da responsabilidade* (item 6.1.1). A seguir, mostro que as tentativas de *fuga* da responsabilidade precedem a mais recente onda de relativização da responsabilidade limitada posta em marcha no Brasil durante o século XX (item 6.1.2). Finalmente, indico novos mecanismos típicos das últimas décadas que aceleraram e potencializaram a *fuga da responsabilidade* (item 6.1.3). Ao cabo desse exercício, teremos dado um grande passo para compreender a resposta do sistema jurídico à *fuga* da responsabilidade empresarial e os paradoxos então criados.

### 6.1.1 Conceituação

Por *fuga da responsabilidade* entendo a ação ou conjunto de ações estratégicas da empresa que tendem a frustrar a satisfação de um crédito caso haja uma condenação judicial para pagamento. Esse conceito tem um paralelo importante com aquele que os anglo-saxões chamam de *judgment proof*. Assim, para conceituar a *fuga da responsabilidade*, vou iniciar explicando o conceito de *judgment proof* e a seguir traçar as distinções.

#### 6.1.1.1 Aproximação com o *judgment proof* anglo-saxão

No mundo anglo-saxão, diz-se que uma pessoa (física ou jurídica) está em uma situação *judgment proof* quando é incapaz de saldar uma condenação judicial de pagamento.<sup>5</sup> Essa incapacidade pode surgir basicamente em três circunstâncias: (i) quando o devedor não tem ativos, (ii) quando seus ativos estão em uma jurisdição diferente do juízo em que há a condenação (por exemplo, todos os ativos da pessoa contra quem há a condenação estão em uma conta numerada num paraíso fiscal) ou (iii) quando os bens dessa pessoa são imunes à execução (no Brasil, para traçarmos uma analogia, esse seria o caso do “bem de família”<sup>6</sup>).

5. É por isso que o *judgment proof* é também conhecido nos Estados Unidos como *execution proof* (literalmente, “à prova de execução”).

6. Cf. Lei 8.009/1990 (que torna impenhorável o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar).

Um ponto importante é o de que a condenação judicial pode ser existente ou simplesmente potencial. Por exemplo, um devedor falido e sem ativos está *judgment proof*, o mesmo podendo ser dito do devedor solvente que não tenha nenhum ativo ou renda. Um devedor sem ativos, como se vê, está *judgment proof* – isto é, está “à prova de uma condenação” –, porque uma condenação judicial para pagamento, se ocorrer, será insuficiente para permitir aos credores obterem ativos.

Como se vê, uma condenação judicial contra um devedor *judgment proof* cria a proverbial situação em que o credor “ganha, mas não leva”. Mas atenção: o conceito de *judgment proof* distingue-se do conceito de insolvência. Insolvente é a pessoa que é incapaz de saldar uma dívida já exigível. *Judgment proof* é pessoa incapaz de saldar uma dívida que já existe ou que pode surgir por conta das três circunstâncias acima descritas.

Repare que a origem da dívida que gera a condenação de pagamento é irrelevante para a caracterização da situação de *judgment proof*. Ou seja, uma pessoa pode estar *judgment proof* por conta de uma responsabilização decorrente de ato lícito (por exemplo, no caso de falência) ou ilícito (por exemplo, uma multa por uma infração qualquer). A obrigação de pagar que na prática não poderá ser saldada também pode ter se originado voluntariamente (a assinatura de um contrato, por exemplo) ou involuntariamente (a obrigação de pagar um imposto, por exemplo).

#### 6.1.1.2 Distinção ante o *judgment proof* anglo-saxão

A *fuga da responsabilidade* designa o conjunto de ações estratégicas que podem frustrar a satisfação de um crédito caso haja uma condenação judicial para pagamento. A conduta de uma pessoa (física ou jurídica) é estratégica quando é executada com base em um cálculo de custos de benefícios de modo a melhorar sua situação dentro do sistema. A *fuga da responsabilidade* traduz, então, o uso da razão instrumental para gestão ou mitigação dos riscos de responsabilização.

A distinção entre *judgment proof* e *fuga da responsabilidade*, portanto, está na ênfase dada a diferentes aspectos. Enquanto a expressão *judgment proof* designa uma situação, a expressão *fuga da responsabilidade*, da forma que aqui estou cunhando, designa uma ação estratégica (ou um conjunto de ações estratégicas) que leva a tal situação. O *judgment proof* é a situação em que condenações judiciais (existentes ou possíveis) não poderão ser pagas. Já a *fuga da responsabilidade* diz respeito às ações estratégicas que conduzem a essa situação de incapa-

cidade prática de pagar uma dívida potencial ou existente. Como se vê, o conceito de *judgment proof* enfatiza os efeitos de determinadas ações, isto é, a incapacidade prática de pagar uma dívida existente ou potencial; já o conceito de *fuga da responsabilidade* enfatiza o conjunto de ações estratégicas que levam à ocorrência desses efeitos.<sup>7</sup>

Por outro lado, há uma semelhança muito importante entre a fuga da responsabilidade e a situação de *judgment proof*. Nenhuma das expressões – nem essa que ora apresento, nem aquela dos anglo-saxões – diz algo sobre a licitude ou ilicitude das ações. Nem todas as ações que levam uma pessoa a ficar em situação *judgment proof* são ilegais, injustas ou ilegítimas. Da mesma forma, nem todas as ações estratégicas que consubstanciam a *fuga* da responsabilidade são ilegais, injustas ou ilegítimas. Por exemplo: uma empresa que não tem bens e securitizou todos os seus recebíveis está em uma situação *judgment proof* (porque se um dia for condenada a pagar não terá ativos para satisfazer seu credor). Mas o ato de securitizar todos os recebíveis é, para os presentes fins, também uma forma de *fuga da responsabilidade*.

#### 6.1.1.3 Esclarecimento sobre o sentido do termo *fuga*

Para que o raciocínio aqui desenvolvido possa ser bem-compreendido, é necessário precisar o sentido que aqui estou dando ao substantivo “fuga”. É comum pensarmos em “fuga” como “escapatória” ou mesmo “evasão”, dois termos que trazem implicitamente noções de tramoia, velhacaria, embuste e assim por diante. Logo, talvez para o leitor a palavra “fuga” possa sugerir necessariamente algo ilícito ou ilegítimo. Aqui, no entanto, a analogia está com a “fuga” na música erudita, não no filme policial.<sup>8</sup>

Na música erudita, a “fuga” é um estilo de composição polifônica (isto é, com várias vozes ao mesmo tempo, mas sem uníssono) e contrapontista (porque há várias melodias sobrepostas a um tema que é

7. Essa descrição da fuga da responsabilidade parece designar aquilo que no jargão dos profissionais do Direito passou a ser chamado de “blindagem patrimonial”. Essa expressão, contudo, geralmente denota ações ilícitas, se bem que há controvérsia sobre o tema. Aqui desejo usar o termo fuga, em vez de blindagem, justamente para mostrar que as situações em que pessoas se tornam, na prática, imunes a condenações judiciais de pagamento muitas vezes são instrumentalizadas de forma totalmente lícita, e às vezes até de forma induzida pelo sistema jurídico.

8. Por essa sugestiva analogia, agradeço a Osny da Silva Filho.



recorrentemente retomado).<sup>9</sup> Há na “fuga”, portanto, um entrelaçamento de vozes: o tema é lançado e permanece em pauta, sendo ora obliterado, ora destacado. É por isso que paralela à fuga da responsabilidade está a resposta, a reação do sistema jurídico. Fuga da responsabilidade e resposta do sistema jurídico não compõem um processo geométrico, mas fazem um contraponto às vezes imprevisível, quase sempre tumultuado, e, em alguma medida, cíclico.

Vale dizer o seguinte: no enquadramento que aqui estou dando, é possível “fugir” não apenas lícita, mas também legitimamente da responsabilidade. Isso não significa, por outro lado, que toda ação (ou ações) de fuga da responsabilidade seja lícita e legítima. Significa apenas que algumas o são. A fuga da responsabilidade designa tanto mecanismos lícitos (como securitizações) quanto ilícitos (a fraude contra credores, por exemplo). Anote-se, portanto, o seguinte: utilizo o termo *fuga* principalmente para designar movimento, cálculo e estratégia de mitigação ou gestão de riscos de responsabilidade; não para me referir à fraude.

Por conta disso, adiante trato o lícito e o ilícito de forma conjunta, e justifico o método: minha preocupação aqui não é examinar exatamente as circunstâncias em que o Direito deve ou não deve tolerar a *fuga da responsabilidade*. Ao contrário, tenho apenas a ambição de mostrar que esse conjunto de ações de *fuga* da responsabilidade – algumas lícitas, outras ilícitas – impulsiona um processo dialético de evolução da disciplina jurídica da responsabilidade de terceiros.

### 6.1.2 Velhos problemas

A fuga da responsabilidade empresarial está ligada a pelo menos quatro velhos temas: (i) à fraude contra credores, (ii) à relativa disfuncionalidade do sistema judicial, particularmente sua demora e relativa imprevisibilidade, (iii) à utilização fraudulenta de mecanismos de garantia e (iv) às restituições e exceções à falência, que, criadas com diversas

9. Em tradução livre, o *Harvard Dictionary of Music* define a fuga como “a última e mais madura forma de contraponto imitativo, desenvolvida durante o século 17 e trazida à perfeição por Johann Sebastian Bach” (Willi Apel, second edition, revised and enlarged, Harvard University Press, 1969, p. 335). De acordo com a mesma fonte, a estrutura da fuga se caracteriza pelo contraponto de várias vozes, sendo que a base está em uma melodia chamada “sujeito” ou “tema” que é declarado por uma das vozes isoladamente, para ser posteriormente “imitado” pelas outras vozes, e em cada voz o espaço entre cada declaração do tema é intercalado por contrapontos livremente inventados, que, no entanto, são frequentemente unificados por “motivos” recorrentes.

finalidades (geralmente legítimas), acabam muitas vezes esvaziando, em parte pelo menos, os ativos disponíveis para distribuição entre os credores da massa falida. Vejamos adiante cada um desses *velhos problemas* separadamente, antes de contrastá-los com certos novos mecanismos surgidos nas últimas décadas.

#### 6.1.2.1 Fraude contra credores

O estudo de temas como a fraude contra credores e a *ação pauliana* se confunde com a própria história do Direito. Não há nada de novo em observar que hoje em dia devedores frequentemente buscam maneiras de alocar seu patrimônio de tal forma que este fique fora do alcance das legítimas pretensões de credores. Por exemplo, são muito conhecidos, e muito antigos, os casos em que indivíduos transferem seu patrimônio para terceiros que passam a agir na qualidade de *laranjas*. De maneira mais abrangente, pode-se dizer que não apenas as transferências fraudulentas, mas também a operação do negócio com baixo capital, e até a criação de garantias secretas, são temas de que se tem conhecimento há muitos séculos. Aqui não há *nada de novo no front*.<sup>10</sup>

#### 6.1.2.2 Mau funcionamento do sistema judicial

Outro problema muito conhecido diz respeito à relativa disfuncionalidade do sistema judicial. No Brasil, o debate tem girado principalmente em torno de temas como a morosidade da Justiça e a alegada existência de muitos recursos nos processos. Em menor medida, discute-se também focos de corrupção e de desmandos, o que tem sido feito (até hoje, pelo menos) de maneira proveitosa no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Temas correlatos incluem os debates sobre informatização dos processos,<sup>11</sup> o cálculo das multas e juros moratórios e assim por diante. Embora cada um desses tópicos tenha sua própria dimensão, seus dilemas e suas dificuldades próprias, o que é certo é que a *fuga* da responsabilidade se potencializa por conta da morosidade da

10. É verdade, por outro lado, que no Direito romano pré-clássico a ideia de titularidade abstrata não era admitida. As primeiras corporações seriam criadas no direito clássico, e as fundações só surgiriam no período justinianeu. Cf. José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, vol. I, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, pp. 132-136; Mario Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 176-184.

11. Luciana Gross Cunha, “Judicial administration in Brazil: dissemination of information and transparency”, *Law and Society Review*, anais 2007, pp. 1-18.

Justiça, da possibilidade de realização de recursos procrastinatórios, do uso do Poder Judiciário como forma de alongamento de disputas e assim por diante.

### 6.1.2.3 Utilização fraudulenta de instrumentos de garantia

O uso fraudulento de instrumentos de garantia consiste frequentemente na assunção de dívidas em valor superior ao valor de liquidação dos ativos da empresa. Quando o valor das dívidas da empresa supera o valor de liquidação de seus ativos, todas as condenações de pagamento contra a empresa estarão subordinadas às reclamações dos credores trabalhistas e com garantia real.<sup>12</sup> Significará, na prática, que nenhum dos credores subordinados àqueles (inclusive credores tributários), privilegiados e quirografários, poderão receber em caso de condenação da empresa. Para esses credores, o processo falimentar geralmente não terá qualquer efeito prático. Sabedora disso, a maioria desses credores sem garantia real normalmente nem sequer requererá a falência da empresa devedora. Paradoxalmente, isso muitas vezes permite que empresas com patrimônio líquido negativo continuem operando dentro de uma relativa normalidade.

Mesmo quando credores sem garantia real requerem a quebra da empresa, ainda assim será muitas vezes possível à empresa escapar da responsabilização. A empresa pode ter um acordo com um grande credor que possua garantia real. Esse credor poderá então bloquear o uso dos recursos da venda deste ativo para o credor sem garantia real. Esse acordo entre a empresa e um credor *estratégico* é evidentemente informal e ilegal, porém é muito difícil prová-lo em juízo. Trata-se, portanto, de um estratagema simples e que pode ser eficaz – e por isso mesmo, trata-se de um estratagema infelizmente comum. Outra alternativa disponível à empresa devedora, ou aos seus sócios, é permitir a realização da venda do bem em leilão, ali o adquirindo indiretamente através de *laranjas* ou empresas interpostas. Em princípio, isso pode ser feito tanto em meio à falência quanto à recuperação judicial.<sup>13</sup>

12. No Brasil, os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho têm preferência ante os créditos com garantia real: Lei 11.101/2005, art. 83.

13. O STJ, todavia, tem bloqueado alguns leilões em recuperações judiciais a fim de preservar a função social da empresa, impedindo que eventual quebra repercuta negativamente sobre empregados e clientes. Cf. Zínio Baeta, “STJ impede leilão em recuperação judicial”, *Valor Econômico* (30.6.2011).

#### 6.1.2.4 Restituições e exceções à falência

Uma série de dispositivos legais estabelecendo restituições e exceções à falência pode ser tratada como mecanismos de *fuga* da responsabilidade. Exemplos ilustrativos incluem os contratos de adiantamento de câmbio (popularmente conhecidos com ACCs) e a alienação fiduciária. No caso de pessoas físicas, institutos como o crédito consignado e o bem de família têm o efeito análogo de reduzir os ativos disponíveis para rateio entre os credores da massa.

É bem verdade – este é um ponto muito importante – que a alienação fiduciária, os ACCs e o crédito consignado têm sido, já há um bom tempo, mecanismos destinados à redução de juros e aumento da oferta de crédito, especialmente de financiamento à exportação, crédito habitacional, compra de automóveis e crédito à pessoa física. Diante disso, esses institutos podem ser, e provavelmente são, como um todo, desejáveis. Mas por outro lado abrem *brechas* para a criação de estruturas indiretas em que empresas na prática evitam o pagamento de certas dívidas em benefício de outras,<sup>14</sup> e por isso também podem ser veículos de fuga da responsabilidade e componentes da dialética regulatória da responsabilidade empresarial de que estou tratando.

#### 6.1.3 Novos mecanismos<sup>15</sup>

Temas como fraudes contra credores, morosidade judicial e restituições da massa falida são antigos e razoavelmente bem-conhecidos (se bem que o fato de serem conhecidos não os torna menos relevantes e difíceis). Esses temas constituem, há muito tempo, uma preocupação permanente de todos os interessados na coreografia institucional da atribuição, valoração e execução da responsabilidade empresarial. Por outro lado, esses temas antigos não esgotam o problema. Há mecanismos mais recentes e menos estudados que potencializam a *fuga* da responsabilidade e que complementam a discussão.

14. Tais *brechas* não são exploradas apenas por empresas. Em um caso bastante conhecido, o Supremo Tribunal Federal discutiu a alienabilidade do bem de família do fiador. Embora a tese em favor de sua alienabilidade tenha saído vitoriosa – se o bem de família do fiador restasse inalienável, a fiança perderia sentido prático –, alguns ministros argumentaram pela sua intangibilidade, sob a justificativa de que o bem de família seria expressão do direito fundamental à moradia. Cf. RE 407.688-8/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 8.2.2006.

15. Sobre os temas discutidos neste item, ver Lynn M. LoPucki, “The death of liability”, *Yale Law Journal* 106, 1996.

Cinco mecanismos são de particular interesse e serão adiante analisados individualmente: (i) a segregação de ativos em empresas subsidiárias e coligadas, (ii) a securitização de ativos, (iii) a segregação de ativos no exterior, (iv) a popularização das empresas *holding* e, finalmente, (v) a utilização da personalidade jurídica para ocultação de crimes. Vejamos cada um deles separadamente.

#### 6.1.3.1 Criação de empresas subsidiárias e coligadas

Se a utilização fraudulenta de mecanismos de garantia é relativamente comum nos pequenos negócios, nos médios e grandes uma estratégia igualmente conveniente é a criação de subsidiárias ou empresas coligadas. Essa técnica permite à empresa operar seus ativos e gerar retorno econômico sem ter a propriedade dos ativos geradores desse retorno. Como em princípio cada entidade reconhecida pelo Direito tem autonomia patrimonial, o proprietário desses ativos não pode ser acionado para responder por dívidas da empresa que está operando os ativos. Formam-se, assim, grandes redes de contratos celebrados entre empresas que se mantêm, na maioria dos casos, em uma zona cinzenta entre o mercado e a organização.<sup>16</sup>

Nada disso quer dizer que não haja justificativas legítimas para a criação de subsidiárias e coligadas. Como veremos em detalhes no Capítulo 8, a criação de um grupo econômico pode ser útil do ponto de vista da melhoria da gestão, e em alguns casos é até mesmo exigida em lei. Por exemplo, bancos, seguradoras e consórcios devem, por imposição legal, ser constituídos através de pessoas jurídicas autônomas. E fora disso, o grande vetor da criação de grupos econômicos está na própria pressão competitiva de um determinado setor. Dito isso, não há como negar, por outro lado, que a criação de grupos desse tipo possa ser enquadrada também como um mecanismo para a *fuga* da responsabilidade.

16. Para uma teorização desse fenômeno, v. Gunther Teubner, *Netzwerk als Vertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, just-in-time in Sozialwissenschaftlicher und Juristischer Sicht*, trad. para o inglês de Michelle Everson, *Networks as Connected Contracts*, Oxford, Hart Publishing, 2011. Antes, referindo “formas híbridas” entre a contratação e a integração, Oliver Williamson, “Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives”, *Administrative Science Quarterly* 36, 1991, pp. 269-296.

### 6.1.3.2 Securitização

Outro mecanismo de *fuga* da responsabilidade – este, de fato, disponível somente para os grandes negócios por conta do alto custo e complexidade – é a securitização de ativos. Em uma operação típica de securitização, os recebíveis de uma empresa são agrupados e convertidos em títulos padronizados negociados no mercado de capitais. Esses títulos representam um compromisso de pagamento de principal e juros a partir de um fluxo de caixa de um determinado conjunto de ativos. O emissor dos títulos é geralmente uma *sociedade de propósito específico*, que é criada a fim de segregar os riscos da securitização. A *segregação de risco* é justamente o afastamento de passivos já existentes da empresa (trabalhistas, tributários, comerciais etc.), que não podem, por assim dizer, *contaminar* os recebíveis securitizados.<sup>17</sup>

Aqui não se está sugerindo que todas as securitizações, ou mesmo a maioria delas, sejam realizadas para fins escusos. Ao contrário, as securitizações têm se mostrado convenientes para permitir a realização de diversos tipos de operações de financiamentos, e em um país com crédito escasso como o Brasil chega até a ser perigoso colocar em questão a legitimidade do mecanismo. O risco, evidentemente, é o de passar a mensagem de que as securitizações de ativos são meros instrumentos de fraude, o que certamente não é verdade. O ponto aqui é simplesmente o de que as securitizações são um dentre os vários elementos que compõem esse quadro histórico e dialético de *fuga* da responsabilidade – novamente, aqui, como explicado acima, entendendo-se *fuga* a partir da analogia com a música, e não com os filmes policiais.

### 6.1.3.3 Segregação de ativos no exterior

A remoção de ativos para outras jurisdições – para longe dos credores atuais e potenciais – é uma prática antiga. Mas a redução dos custos de contabilidade e gerenciamento de empresas (por conta da computação e automatização), a facilidade de criação de *holdings* e a maior abertura das fronteiras internacionais à circulação de mercadorias e capitais tor-

17. Em língua portuguesa, cf. Diogo Leite de Campos, “A titularização de créditos (‘securitização’)”, *Revista Brasileira de Direito Comparado* 17, 1999, p. 114; Cássio Martins C. Penteado Jr., “A securitização de recebíveis de créditos gerados em operações dos bancos – a Resolução n. 2.493 em sua perspectiva jurídica”, *Revista de Direito Mercantil* 111, 1998, p. 120; Fernando Schwarz Gaggini, *Securitização de Recebíveis*, São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003, p. 29.

naram essa estratégia ancestral muito mais simples e barata do que fora no passado. A facilidade com que hoje se transfere dinheiro do e para o exterior é instrumental para a ocultação de bens. Por isso, pode servir como *antídoto* contra uma eventual condenação judicial.

É claro que a mera transferência de ativos para o exterior não garante, por si só, que um devedor se torne imune a uma condenação judicial. Afinal, o credor pode ajuizar uma ação judicial no exterior ou tentar executar no exterior uma condenação obtida no Brasil. Isso é verdade seja o credor um agente privado ou o Estado. Ocorre que, embora teoricamente possíveis, essas alternativas geralmente não são práticas.

Um dos motivos é a ausência de acordos internacionais de reciprocidade no reconhecimento de execuções, mas esse não é o principal obstáculo. A maior dificuldade é que diversos países têm como política de Estado o fechamento à intromissão estrangeira. Os paraísos fiscais são, como se sabe, um grande negócio. Em matéria publicada na revista *The Economist* em 2007 deu-se notícia de que o BIS, o FMI e a OCDE estimaram o valor da chamada *indústria offshore* entre US\$ 5 e US\$ 7 trilhões.<sup>18</sup> E anote-se que mesmo essas cifras astronômicas podem não ser realistas, pois um relatório de 2012 estimou a *indústria offshore* em entre US\$ 21 e US\$ 32 trilhões.<sup>19</sup>

De fato, a *indústria offshore* é um grande negócio mundial e dela se beneficiam agentes econômicos de toda parte e de todos os tipos. É bem verdade que diversos dos arranjos feitos em paraísos fiscais são legais – seja por conta da existência de razões comerciais, seja por conta de legítimas operações de planejamento fiscal, que dentro de certos parâmetros não são – nem deveriam ser – proibidas nem no Brasil, nem no exterior. Por outro lado, é certo que muitos desses arranjos são ilegais, como é amplamente sabido; e *separar o joio do trigo* não é tarefa fácil.<sup>20</sup>

18. “A special report on offshore finance”, *The Economist*, 24.2.2007.

19. Cf. James S. Henry, “The price of offshore revisited, new estimates for ‘missing’ global private wealth, income, inequality, and lost taxes”. *Tax Justice Network*, julho de 2012, disponível em: <[http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Price\\_of\\_Offshore\\_Revisited\\_120722.pdf](http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Price_of_Offshore_Revisited_120722.pdf)> (alegando também que os brasileiros teriam aproximadamente US\$ 520 bilhões não declarados e depositados em paraísos fiscais).

20. Cf. Eurico Marcos Diniz de Santi, “Planejamento tributário e Estado de Direito: fraude à lei, reconstruindo conceitos”, *Revista Fórum de Direito Tributário*, vol. 20, 2006, p. 102 (“O planejamento tributário instala-se nos limites do direito: nas difíceis, intrincadas e quase sempre inexploradas áreas de penumbra na teoria do direito, entre o direito e o não direito, entre a moral-social e a letra da

#### 6.1.3.4 Popularização das empresas *holding*

A redução dos custos de contabilidade e gerenciamento permitiu, nas últimas décadas, a popularização do uso de empresas *holding*. Essa popularização foi promovida também pela Lei 6.404/1976, em seu art. 2º, § 3º,<sup>21</sup> que consagrou a *holding*, definitivamente, como veículo lícito.<sup>22</sup> Uma empresa *holding* é basicamente uma pessoa juridicamente autônoma cujo objetivo é deter participação societária em outras sociedades, também juridicamente autônomas.

O uso de empresas *holdings* pode funcionar como um mecanismo de fuga da responsabilidade, menos pelo seu propósito originário de centralizar a gestão estratégica de várias empresas operacionais e mais pela forma como a *holding* passou a ser utilizada com enorme amplitude para a realização de planejamentos, principalmente planejamentos tributários. Evidentemente, não estou sugerindo que a empresa *holding* não possa servir a fins absolutamente legítimos.<sup>23</sup> Muito menos estou dizendo que a interposição de empresas *holdings* é *ipso facto* algo ilegal. O ponto é apenas o de que ao lado de cumprir funções legítimas, a interposição de pessoas jurídicas *holding* de responsabilidade limitada serve muitas vezes como escudo ante o risco de responsabilização, nas mais variadas circunstâncias.<sup>24</sup>

lei – retratando os limites da forma no direito –, entre a legalidade e a insegurança, entre a validade e a não validade dos atos e negócios jurídicos, entre os interesses privado e público, entre a incidência e a não incidência, entre o lícito e o ilícito. Em razão de tudo isso, não por acaso, toda terminologia empregada nessa seara é vaga e imprecisa, não há consenso sobre o sentido e alcance de termos e expressões como ‘simulação’, ‘dissimulação’, ‘negócio jurídico indireto’, ‘fraude a lei’, encobrendo as distinções entre a ‘evasão’ e a ‘elisão, entre a ‘elusão’ e a efetiva ‘economia de opção’”).

21. Lei 6.404/1976, art. 2º, § 3º: “A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”.

22. Cf. Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 4ª ed., São Paulo, Forense, 2005, p. 173.

23. De fato, a legitimidade do instituto passou, ainda no século XX, por grande questionamento. Vivante, por exemplo, chegou a sustentar “que a holding representava mera duplicação do mesmo patrimônio, nada mais sendo, portanto, que uma sociedade fictícia” (*apud* Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 169).

24. Marco Aurélio Greco, *Planejamento Tributário*, 3ª ed., São Paulo, Dialética, 2011, pp. 468-482 (discutindo o uso de sociedades como uma “operação preocupante”, possivelmente empregada para planejamento tributário).



### 6.1.3.5 Utilização da PJ para ocultação de crimes<sup>25</sup>

A redução dos custos de contabilidade e a facilidade para abertura de empresas também têm permitido que pessoas jurídicas sejam usadas para acobertar a prática de crimes. Nesse caso, a empresa serve para evitar especificamente a responsabilidade penal. Aqui, a bem da verdade, deixamos o campo da *fuga* da responsabilidade civil, e adentramos o campo da *fuga* da responsabilidade penal. Permanecemos, no entanto, na seara da *responsabilidade* empresarial.

Em boa medida o problema da *fuga* da responsabilidade penal está ligado à estrutura tradicional de imputação penal. O paradigma básico da imputação penal é o do homicídio doloso individual. Este pressupõe um autor único, dotado de capacidade de realizar a ação, de compreender a ilicitude de seus atos e de decidir entre agir criminosamente ou não.<sup>26</sup> Mas nas organizações esse modelo tradicional de imputação funciona hoje de modo bastante imperfeito. Afinal, nas organizações as ações podem ser cometidas conjuntamente por vários sujeitos, cada um deles com diferentes posições hierárquicas ou contratuais e graus diferentes de informação sobre o propósito e mesmo a ilicitude dos atos. Não são raras, por exemplo, situações em que o baixo escalão da empresa comete os atos criminosos, mas não tem consciência da ilicitude; e em que o alto escalão tem consciência da ilicitude, mas não comete os atos criminosos. O resultado disso é o de que o sistema jurídico muitas vezes acaba por oferecer uma válvula de escape da responsabilização penal mesmo quando se têm disponíveis provas cabais da ocorrência de crimes.

É desse modo que surge o fenômeno a que se convencionou chamar de *irresponsabilidade organizada*.<sup>27</sup> O tema é muito difícil, porque as garantias e modelos mentais constantes do chamado direito penal *clássico* servem como um óbice a que o Estado faça a transição da regulação para

25. Sobre o tema, vide Marta Rodriguez de Assis Machado, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, vol. 18, Fundação Getúlio Vargas, Série Pensando o Direito, 2009.

26. Reportei anteriormente no Capítulo 3 o STF, HC 83.554-6/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 16.8.2005, em que se discutia a responsabilidade do presidente da Petrobras, indiciado por crime ambiental em razão do vazamento de aproximadamente quatro milhões de litros de óleo cru nos rios Birigui e Iguaçu, no Paraná. O caso é um exemplo paradigmático das dificuldades que concretamente se apresentam a um paradigma estritamente individualista de imputação penal.

27. Cf. Marta Rodriguez de Assis Machado, *Sociedade do Risco e Direito Penal. Uma Avaliação de Novas Tendências Político-Criminais*, São Paulo, IBCCRIM, 2005, pp. 69-74.

a tirania – e essa fronteira, a história nos mostra claramente, é sempre muito tênue. Senão, vejamos: dá-se mais poder ao Estado para usar o direito penal com fins regulatórios, e logo se poderá ter as penas restritivas de liberdade utilizadas para expropriar minorias, proteger *lobbies*, tolher a iniciativa privada e violar os direitos humanos. Mas por outro lado, tolhe-se demais o Estado no uso do direito penal com fins regulatórios, e logo se notará que o Estado terá dificuldades para ordenar mercados, proteger o meio ambiente e cobrar impostos. Achar o meio-termo não é tarefa nada fácil.

## 6.2 A resposta do sistema jurídico

Tendo analisado os mecanismos de *fuga* da responsabilidade, já é possível completar o quadro da dialética regulatória na seara da responsabilidade empresarial.<sup>28</sup> Responsabilidade e direito são ideias indissociáveis. Isto é, não é possível nem sequer conceber a ideia de direito e ao mesmo tempo prescindir da ideia de responsabilidade.<sup>29</sup> Não surpreende, portanto, que a *fuga* (e, portanto, o enfraquecimento) da responsabilidade provoque uma *resposta* do sistema jurídico no sentido de restabelecer a responsabilidade.

No Brasil, o sistema jurídico tem dado diversas respostas à *fuga* da responsabilidade. Algumas dessas respostas partem de esforços conscientes e relativamente organizados de dentro do Estado. Exemplos incluem as reformas de códigos (como do Código de Processo Civil) ou outras iniciativas desenvolvidas no âmbito do Ministério da Justiça, como o projeto *Pensando o Direito*. Mas quando se move a lente de análise de temas específicos para o grande quadro da responsabilidade empresarial, logo se percebe que o movimento de resposta é um fenômeno difuso que congrega diferentes ações legislativas, alterações jurisprudenciais e mudanças na cultura jurídica.

28. Falo de responsabilidade *empresarial*, e não de responsabilidade *societária*, para indicar uma gama mais ampla de hipóteses que aquelas compreendidas entre a responsabilidade da sociedade perante terceiros e a responsabilidade de sócios perante a sociedade. A responsabilidade empresarial compreende, também, a responsabilidade de ex-sócios, de diretores, de procuradores, de empresas coligadas, de franquias, de empresas de auditoria e assim por diante.

29. A palavra responsável seria difundida no discurso jurídico apenas após sua captação pela moral cristã. Cf. Michel Villey, “Esquisse historique sur le mot responsable” (1977), trad. port. de André Rodrigues Corrêa, “Esboço histórico sobre o termo responsável”, *Revista Direito GV* 1, 2005, pp. 135-148.

Neste item, busco organizar o tema da resposta do sistema jurídico à *fuga* da responsabilidade em cinco vertentes, a saber: a identificação de tendências na responsabilidade empresarial (item 6.2.1), novas exigências regulatórias (item 6.2.2), aumento da intervenção penal (item 6.2.3), alterações processuais (item 6.2.4) e renovação da cultura jurídica (item 6.2.5). Essas cinco categorias têm por objetivo fornecer um mapa para o leitor navegar no mar de propostas e ações aparentemente desconexas, às vezes contraditórias e nem sempre eficazes que perfazem a *reação* do sistema jurídico à *fuga* da responsabilidade. Acredito que o exame da *reação*, logo a seguir do exame dos mecanismos de fuga (que vimos no item 6.1.3 acima), dará ao leitor a dimensão do que seja a dialética da responsabilidade empresarial no Brasil.

### 6.2.1 *Tendências na responsabilidade empresarial*

A responsabilidade empresarial é, hoje, diferente daquela com a qual a nossa tradição liberal se acostumou. Três tendências observáveis nas últimas décadas são particularmente marcantes: (i) a tendência à relativização da responsabilidade societária limitada; (ii) a tendência à crescente objetivação da responsabilidade; e (iii) a tendência à ampliação dos centros de imputação de responsabilidade empresarial. Vejamos cada uma delas separadamente.

#### 6.2.1.1 Relativização da responsabilidade societária limitada

Uma das mais marcantes reações do sistema jurídico à *fuga* da responsabilidade foi a relativização da responsabilidade societária limitada. Como vimos na Parte I, trata-se de um processo lento e gradual de flexibilização do esquema *liberal* de responsabilidade societária. Esse esquema (que vinha consagrado no Decreto-lei 3.708, de 1919) previa que os sócios seriam responsáveis basicamente pela integralização do capital subscrito. Já os administradores, que nas sociedades limitadas geralmente se confundiam com os sócios-gerentes, seriam responsabilizados basicamente por atos contrários aos estatutos ou por atos praticados com excesso de poderes.<sup>30</sup>

30. Decreto 3.708, de 1919, art. 10: “Os sócios gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei”.

Como vimos detalhadamente no Capítulo 2, um marco histórico importante no processo de flexibilização desse esquema básico pode ser encontrado já na década de 1940. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estabeleceu a responsabilidade solidária por dívidas trabalhistas de empresas integrantes do mesmo grupo econômico.<sup>31</sup> A criação dessa regra representou uma mudança de paradigma em três sentidos. Em primeiro lugar, a disciplina jurídica específica da responsabilidade empresarial pela primeira vez deixou o campo do direito privado (societário, comercial e civil), e com isso passou a incorporar novos pressupostos políticos. No caso específico do direito trabalhista, esses pressupostos políticos estavam originalmente ligados, de modo explícito ou implícito, a uma visão de mundo essencialmente autoritária e corporativista.

Em segundo lugar, estabeleceu-se pela primeira vez no Brasil uma hipótese de responsabilização objetiva de sócios de empresa. Essa é outra observação importante, porque dali em diante se rompeu o modelo intelectual que ligava a responsabilidade empresarial quase exclusivamente à culpa. Bastava, a partir de então, a relação econômica entre empresas (e sócios) formalmente pertencentes ao mesmo grupo.

Finalmente, em terceiro lugar, cristalizou-se a tendência de se permitir ao Estado envolver-se cada vez mais radicalmente na alocação e realocação de riscos na sociedade. Assim, as antigas divisões que eram tidas como componentes da racionalidade jurídica (direito público, privado, civil, penal etc.) se quebraram e deram lugar a novos ramos em que a proteção de interesses de certos grupos era bem mais clara. Assim surgiram novos ramos como o direito ambiental, direito do consumidor, direito trabalhista, direito da seguridade social, direito urbanístico e assim por diante.

O resultado prático foi a relativização da forma jurídica chamada de *sociedade limitada*. Nas sociedades por quotas e também (embora em menor grau) nas sociedades por ações, sócios, administradores e contratantes passaram a se ver cada vez mais na condição de corresponsáveis, ou de responsáveis subsidiários, das dívidas da empresa. O percurso jurídico e as condicionantes políticas desse longo processo foram analisados na Parte I, e aqui não há por que reconstruir todo o raciocínio. Mas o “saldo” histórico desse processo, convém reiterar, foi o de transformar

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

a ilimitação da responsabilidade societária cada vez mais em regra, em vez de exceção. Daí a ideia de *fim da responsabilidade limitada*, já amplamente examinada.

#### 6.2.1.2 Objetivação

Uma outra reação do sistema jurídico à *fuga* da responsabilidade tem sido o aumento das circunstâncias em que se estabelece a responsabilidade objetiva, fenômeno usualmente referido como “objetivação” da responsabilidade.<sup>32</sup> Como se sabe, um sistema de responsabilização civil pode fundamentar-se de duas maneiras, a saber, a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva. A principal distinção entre ambas é a de que, sob responsabilidade subjetiva, a culpabilidade do agente a quem se busca responsabilizar precisa ser alegada e provada; enquanto, sob responsabilidade objetiva, a culpabilidade não precisa ser nem alegada, nem provada, bastando demonstrar a ação, o dano e o nexo causal entre ação e dano.

Na seara da responsabilidade empresarial, a objetivação da responsabilidade se manifesta de maneira particularmente clara na ampliação das circunstâncias em que a empresa pode ser responsabilizada por danos causados a consumidores. Aqui temos a incorporação do chamado *princípio da segurança*, segundo o qual o fornecedor tem o dever de não ofertar no mercado produtos ou serviços perigosos aos consumidores.<sup>33</sup>

32. Para uma análise rigorosa do tema, v. André Rodrigues Corrêa, *Solidariedade e Responsabilidade: o Tratamento Jurídico dos Efeitos da Criminalidade Violenta no Transporte Público de Pessoas no Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2009. Ainda, cf. Flavia Portella Püschel, “Funções e Princípios Justificadores da Responsabilidade Civil e o Art. 927, § Único do Código Civil”, *Revista Direito FGV*, vol. 1, n. 1, p. 91, 2005 (“A responsabilidade civil objetiva, isto é, sem culpa, não é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro... Ainda assim, pode-se dizer que o CC de 2002 apresenta, em termos de responsabilidade civil, uma tendência à objetivação”). As manifestações da jurisprudência são incontáveis. Uma delas, bastante ilustrativa, é a Súmula 479 do STJ: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

33. CDC, art. 8º: “Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto”.

Surge, assim, a chamada responsabilidade objetiva pelo *fato do produto ou serviço* a partir da qual fornecedores de produtos e serviços podem ser responsabilizados independentemente de conduta culposa.

A objetivação da responsabilidade, entretanto, não se restringe ao direito do consumidor.<sup>34</sup> Ao contrário, a legislação vem estendendo a hipótese de fundamentação objetiva da responsabilidade a diversos outros casos. Exemplos incluem o caso de danos causados por animais,<sup>35</sup> de danos à concorrência<sup>36</sup> e de dano ambiental.<sup>37</sup> Além disso, tem-se entendido

34. Por muito tempo, o Decreto 2.681/1912, que regula a responsabilidade das estradas de ferro, foi considerado o “precursor” da responsabilidade objetiva no Brasil. Assim, por exemplo, José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, 10ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 196: “O Decreto Legislativo n. 2.681 (...) estabelece a responsabilidade das estradas de ferro pelos desastres ocorridos em suas linhas em critério nitidamente objetivo”. Assim dispõe o art. 1º do diploma: “As estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar. Será sempre presumida a culpa e contra esta presunção só se admitirá alguma das seguintes provas: 1ª) caso fortuito ou força maior; 2ª) que a perda ou avaria se deu por vício intrínseco da mercadoria ou causas inerentes a sua natureza; 3ª) tratando-se de animais vivos, que a morte ou avaria foi consequência de risco que tal espécie de transporte faz naturalmente correr; 4ª) que a perda ou avaria foi devida ao mau acondicionamento da mercadoria ou a ter sido entregue para transportar sem estar encaixotada, enfardada, ou protegida por qualquer outra espécie de envoltório; 5ª) que foi devida a ter sido transportada em vagões descobertos, em consequência de ajuste ou expressa determinação do regulamento; 6ª) que o carregamento e descarregamento foram feitos pelo remetente, ou pelo destinatário ou pelos seus agentes e disto proveio a perda ou avaria; 7ª) que a mercadoria foi transportada em vagões ou plataforma especialmente fretada pelo remetente, sob a sua custódia e vigilância, e que a perda ou avaria foi consequência do risco que essa vigilância devia remover”. O “critério nitidamente objetivo” de que falava Aguiar Dias, entretanto, perdeu força. Hoje, parece mais razoável identificar no Decreto 2.681/1912 uma hipótese de responsabilidade *subjettiva*, com a particularidade da *culpa presumida*. Essa mudança de percepção revela dois pontos importantes. Primeiro, que as noções de responsabilidade objetiva e subjettiva são *mutáveis*; segundo, que mesmo os casos mais radicais de responsabilidade objetiva – digamos, aqueles estabelecidos no CDC – admitem, em alguma medida (ainda que em medida ínfima), o emprego da culpa como critério de imputação.

35. Código Civil, art. 936: “O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”.

36. Lei 12.529/2011, art. 32: “As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente”; art. 36: “Constituem infração da ordem econômica, *independentemente de culpa*, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou

que o Código Civil estabeleceu os meios para o que se convencionou chamar de responsabilidade civil objetiva *impura*.<sup>38</sup> Esta surge quando uma parte se vê obrigada a indenizar por conta de ato culposo de outra parte. O exemplo típico surge no caso do empregador que, mesmo não sendo ele próprio culpado, responde pelo ato ilícito de seu empregado. Um outro ponto marcante é o de que a legislação administrativa se apropriou da noção de responsabilidade objetiva e passou a estabelecer cada vez com maior frequência e vigor situações ensejadoras de punição administrativa independentemente de culpa.

Também é de se notar que a jurisprudência em diversos casos passou a adotar critérios e princípios cujo efeito prático foi reduzir a importância da culpa, realçar a importância dos fatos na interpretação da lei e aproximar o esquema geral de responsabilização da responsabilidade objetiva. De particular importância, a chamada “flexibilização do nexo causal” criou um cenário de fluidez em que se abre espaço para quase qualquer doutrina sobre a causalidade, erodindo filtros tradicionais dos sistemas de responsabilidade.<sup>39</sup> Tal fenômeno é observável em questões de direito civil<sup>40</sup> e em questões de direito trabalhista de maneira ainda mais clara.

serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; e IV – exercer de forma abusiva posição dominante (...)” (destaquei).

37. Lei 6.938/1981, art. 3º: “Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: (...). II – degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”. Para um argumento em favor da responsabilidade objetiva do Estado por dano ambiental, v. REsp 647.493/SC, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 15.5.2007.

38. A responsabilidade objetiva é *impura* porque aqui, ao contrário do que ocorre na responsabilidade objetiva regular, a culpa importa. Código Civil, art. 932, III: “São também responsáveis pela reparação civil: (...). III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”; e, de modo ainda mais claro, Súmula 341 do STF: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

39. Cf. Anderson Schreiber, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2009.

40. Cf. descrito em José Manoel de Arruda Alvim Netto, “A evolução do Direito e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na busca do equilíbrio entre

De fato, no direito trabalhista o chamado princípio da *alteridade* passou a determinar que o empregador assume os riscos do negócio e arca com dívidas trabalhistas desde que tenha se beneficiado do trabalho alheio. Isso significa que, em alguns ramos (e no direito do trabalho em particular) o *paradigma segundo o qual a responsabilização objetiva depende de lei prévia que a estabeleça foi de fato rompido*.<sup>41</sup> Que as decisões judiciais na esfera trabalhista usualmente remetam a analogias (especialmente com o Código de Defesa do Consumidor) em nada altera esse fato.

Tendo descrito em linhas gerais o que entendo por objetivação da responsabilidade, convém dizer algo sobre suas causas. Embora diversas noções de equidade e justiça tenham sido empregadas para justificar a objetivação da responsabilidade,<sup>42</sup> parece-me que a objetivação esteve fundamentalmente ligada a um problema prático:<sup>43</sup> é custoso, frequentemente difícil e às vezes impossível para a vítima provar a culpa das

culpa e risco na fundamentação da responsabilidade civil: estudo de caso sobre a responsabilidade por fato de terceiro”, in Ana Frazão e Gustavo Tepedino, *O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, Ed. RT, 2011, pp. 151-185 (enxergando na jurisprudência do STJ, no entanto, uma tendência para o resgate dos requisitos da responsabilidade civil que evitem o alastramento da cultura da vitimização social).

41. Tradicionalmente, uma distinção importante entre responsabilidade objetiva e subjetiva fora a de que, em tese pelo menos – e em uma tese que no Ocidente passou a prevalecer há dois ou três séculos –, a responsabilidade objetiva se opera apenas em caráter excepcional, e por conta disso deve estar prevista em lei. Ver James Gordley, “Tort law in the Aristotelian tradition”, in David Owen, *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Clarendon, 1995, pp.151-157.

42. Cf. Eugênio Battesini, “Direito, Economia e responsabilidade objetiva no Brasil”, *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 1, n. 1, 2012, p. 68 (defendendo a aplicação de fundamentos teóricos da análise econômica do direito para definição do regime de responsabilidade, e explicando, ademais, que “os fatores de objetivação tradicionalmente apontados são: os imperativos de política social, em especial, a paz pública e o bem-estar social; o princípio geral de equidade; o abuso de direito, caracterizado pelo exercício do direito pelo seu titular sem que este respeite os fins econômicos e sociais para os quais o direito foi instituído ou o exerça ferindo a moral e os bons costumes, ou ainda excedendo os limites da boa-fé; a teoria da garantia, embasada no dever de segurança imposto a determinadas pessoas, como os pais em relação aos atos de seus filhos ou aos empregadores pelos atos dos seus empregados; e, sobretudo, a teoria do risco”).

43. Mesmo a responsabilidade subjetiva, no entanto, pode ser ampliada por esse impulso prático. Cf. Ana Frazão, *Função Social da Empresa. Repercussões sobre a Responsabilidade Civil de Controladores e Administradores de S/As*, Rio de Janeiro, Renovar, 2011, pp. 361-363 (reportando a ampliação do espectro de destinatários do dever de diligência).



empresas.<sup>44</sup> Logo, a objetivação era um remédio, às vezes amargo, contra a ausência de responsabilização (ou, na terminologia aqui empregada, contra a *fuga* da responsabilidade).

As dificuldades de prova e condenação por ato culposos estão ligadas principalmente a três fatores. Primeiro, em muitos casos os custos de prova são muito elevados para a parte que sofreu o dano, e em alguns casos a prova só pode ser produzida pela parte culpada. Segundo, a prova da culpabilidade é sempre incerta, pelo menos em alguma medida. Acontece que no caso das empresas, especialmente das grandes empresas, essa incerteza pode ser muito mais séria. Ao eliminar a necessidade de perquirir sobre o elemento subjetivo, a intenção ou a possibilidade de previsão ou de maior diligência das empresas, a objetivação reduz a incerteza e, nesse sentido, aumenta a segurança jurídica.

Terceiro, os próprios parâmetros para a aferição da culpabilidade e ilicitude nos casos concretos são frequentemente duvidosos. Qual o grau de investimento em precaução desejável na manutenção de um parque de diversões? Na operação de aviões? No transporte de mercadorias? É difícil organizar esses temas em meio às batalhas judiciais, e isso é verdade ainda que se leve em conta que muitas vezes as regras específicas estão dispostas em regulamentos setoriais. Assim se vê que a objetivação da responsabilidade se erigiu como um mecanismo destinado a garantir que o esquema tradicional de responsabilidade subjetiva não convertesse a dificuldade de prova em mera ausência de reparação.

### 6.2.1.3 Ampliação dos centros de imputação (responsabilização de *gatekeepers*)

A terceira tendência a ser mencionada está relacionada à ampliação dos centros de imputação da responsabilidade, ou seja, o alargamento do espectro de responsáveis por condutas antijurídicas da empresa. Para tratar desse ponto, o melhor é remeter àquilo que a literatura em direito comparado chama de responsabilidade dos *gatekeepers*. A tradução literal de *gatekeeper* é “porteiro”, mas o sentido aqui é mais o de um “guardião”. O *gatekeeper* é alguém que controla o acesso a algo – por exemplo, o portal da cidade –, e essa metáfora é bastante adequada para o presente contexto.

Reinier Kraakman, precursor na análise do tema, define os *gatekeepers* (ou “guardiões”) como “agentes privados capazes de obstar más

44. Tratei desse ponto também no Capítulo 5, item 5.2.3.2.

condutas negando-se a cooperar com elas”.<sup>45</sup> A ampliação dos centros de imputação para responsabilização de *gatekeepers*, portanto, é justamente a responsabilização desses agentes capazes de obstar condutas indesejadas dentro da orientação política que se imprime à regulação. A responsabilização dos *gatekeepers*, portanto, é uma espécie de responsabilidade de terceiros empregada com o propósito eminentemente regulatório de ajustar condutas politicamente indesejáveis.

Há três atributos necessários à caracterização de um *gatekeeper* responsabilizável. Primeiro, ele deve ser alguém capaz de evitar a prática indesejada ou ilícita de modo confiável, independentemente de suas preferências. Segundo, a prática que o *gatekeeper* deve evitar tem que estar ao seu alcance, ou seja, é preciso que ele esteja apto a impedir efetivamente a prática. Terceiro, uma regra jurídica inequívoca deve amparar a ação do *gatekeeper*, justificando sua negativa de cooperação ou mesmo sua atuação positiva para impedir a prática obstada.<sup>46</sup>

No contexto dos mercados de capitais, por exemplo, a figura do *gatekeeper* é comumente associada a agências profissionais de certificação, que, atuando *externamente à empresa emissora de valores mobiliários*, certificam que ela está apta a negociar papéis em um dado mercado e com um determinado risco.<sup>47</sup> Por isso, Kraakman diz que a responsabilidade dos *gatekeepers* foi concebida “para incorporar ao direito o papel de agentes externos à empresa no controle de condutas indesejadas, ou seja, para regulá-las quando os monitores internos falham”.<sup>48</sup> O tema ainda não encontrou grande repercussão doutrinária no Brasil,<sup>49</sup> mas já há decisões judiciais e administrativas imputando a empresas de auditoria a responsabilidade por más condutas das empresas auditadas.<sup>50</sup>

45. Reinier H. Kraakman, “Gatekeepers: the anatomy of a third party enforcement strategy”, *Journal of Law, Economics & Organization* 2, 1986, p. 53.

46. Sung Hui Kim, “Gatekeepers inside out”, *The Georgetown Journal of Legal Ethics* 21, 2008, p. 415.

47. John C. Coffee Jr., *Gatekeepers: the Role of the Professions and Corporate Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 2.

48. Reinier H. Kraakman, “Corporate liability strategies and the costs of legal controls”, *Yale Law Journal*, v. 93, p. 890, 1984.

49. Um exemplo algo incomum de estudo do tema na esfera tributária pode ser encontrado em Marco Aurélio Greco, “Responsabilidade de terceiros e crédito tributário: três temas atuais”, *Revista Fórum de Direito Tributário* 28, 2007.

50. Como reportado na Parte I, em decisão no Recurso 11.726, o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) confirmou sanções aplicadas pelo Banco Central a uma auditoria independente e ao seu auditor pela incapacidade de detectar fraude na custódia de ações de um de seus clientes. Em seu voto, o Con-

No Direito estrangeiro discute-se hoje, também, a responsabilidade de agentes que atuam *dentro da empresa* – departamentos jurídicos, por exemplo –,<sup>51</sup> bem como a configuração da responsabilidade em caso de pluralidade de *gatekeepers*.<sup>52</sup> No primeiro caso, o problema é identificar em que medida as atividades de *monitoramento* e efetiva *interdição* se conjugam com *disposição* e *capacidade* de atuar de modo eficaz.<sup>53</sup> No segundo, o desafio é estimular a cooperação entre *gatekeepers*, seja em casos nos quais tal cooperação possa levar a uma prevenção mais eficiente de condutas indesejadas, seja em casos em que a cooperação se revela o único meio de impedi-las. Tudo leva a crer que temas como esses cada vez mais estarão na ordem do dia nos debates jurídicos no Brasil.

### 6.2.2 *Novas exigências regulatórias*

A reação à *fuga* da responsabilidade também compreende a criação de novas exigências regulatórias para as empresas. Três delas me parecem particularmente relevantes: (i) a regulação para prevenção de danos, (ii) o estabelecimento de seguros obrigatórios e (iii) a exigência de capital mínimo. Essas exigências não são *novas* (isto é, não são técnicas regulatórias inéditas), mas, como veremos, têm originalidade no sentido de estarem sendo usadas com maior frequência e em diferentes campos.

#### 6.2.2.1 *Regulação para prevenção de danos*

A regulação de condutas destinadas à prevenção e mitigação de danos pode ser vista como uma reação à *fuga* da responsabilidade. O ponto é simples: a fuga da responsabilidade impede, em muitos casos, que vítimas de danos causados por empresas sejam compensadas. A fim de

selheiro Nelson Aguiar Jr. sustentou que “as auditorias independentes são coadjuvantes, alertando Banco Central e CVM de possíveis irregularidades. O auditor é um auxiliar do Sistema Financeiro Nacional. O que acredito que deva ser questionado é se a auditoria tinha condições de verificar as fraudes, por meio de rotinas necessárias. Tinha? Adotou ou não as medidas cabíveis? Verifico que não. Não houve diligência!”. No Judiciário, v. REsp 888.467/SP, 4ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 1º.9.2011.

51. Sung Hui Kim, “Gatekeepers inside out”, cit., *The Georgetown Journal of Legal Ethics* 21.

52. Andrew F. Tuch, “Multiple gatekeepers”, *Virginia Law Review* 96, 2010.

53. Para um quadro dessas conjugações, Sung Hui Kim, “Gatekeepers inside out”, cit., *The Georgetown Journal of Legal Ethics* 21, pp. 421-422.

evitar esse tipo de situação, o Estado regula as empresas justamente para tentar prevenir a própria materialização dos danos.

O tema é amplo demais para ser tratado aqui de forma exaustiva. Noto apenas que o fenômeno é muitas vezes examinado através das chamadas “normas técnicas”, que são geralmente editadas por órgãos públicos de que são exemplos ilustrativos o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), entre muitos outros. Em alguns casos, a regulação é feita por órgãos privados – aí estamos diante do fenômeno da autorregulação – como as bolsas de valores ou certos órgãos de classe como o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).

Também é interessante notar que em alguns casos o foco da regulação é a preservação da integridade econômica das empresas. O exemplo mais ilustrativo surge na esfera bancária, em que uma infinidade de normas de natureza contábil, financeira e contratual é criada justamente com o objetivo de evitar que os bancos realizem operações arriscadas que levem à sua quebra. Em tese pelo menos, nesse particular a ideia é proteger os bancos de si próprios.

#### 6.2.2.2 Exigência de seguro obrigatório

Outra resposta do sistema jurídico ao fenômeno da *fuga* da responsabilidade pode ser encontrada no aumento dos casos em que se exige das empresas, obrigatoriamente, a contratação de seguro. Durante o século XX, o Estado brasileiro embrenhou-se na criação de mecanismos de seguridade pública que serviriam para amparar os cidadãos em situações como o desemprego, a velhice e a doença. Aos poucos, o Estado passou a complementar esses mecanismos públicos com a criação forçada de mecanismos privados. Exemplos históricos criados logo no começo do governo militar incluíram a necessidade de contratação de seguros em financiamentos imobiliários,<sup>54</sup> edificações<sup>55</sup> e veículos aeromotores.<sup>56</sup>

54. Lei 4.380/1964, art. 14: “Os adquirentes de habitações financiadas pelo Sistema Financeiro da Habitação contratarão seguro de vida de renda temporária, que integrará, obrigatoriamente, o contrato de financiamento, nas condições fixadas pelo Banco Nacional da Habitação” (Revogado pela Medida Provisória 2.197-43/2001).

55. Lei 4.591/1964, art. 13: “Proceder-se-á ao seguro da edificação ou do conjunto de edificações, neste caso, discriminadamente, abrangendo todas as unidades autônomas e partes comuns, contra incêndio ou outro sinistro que cause destruição no todo ou em parte, computando-se o prêmio nas despesas ordinárias do condomínio”.

Com o tempo a técnica foi sendo expandida para outros setores. Por exemplo, há uma lei de 2007 que determinou que o transportador rodoviário deva obrigatoriamente possuir um seguro de responsabilidade civil para fazer frente a perdas e danos causados a bens e mercadorias de terceiros que lhe tenham sido entregues para transporte.<sup>57</sup> No mesmo sentido, discute-se atualmente no Congresso Nacional a criação de uma lei que tornaria obrigatória a contratação de seguros por estacionamento de automóveis.<sup>58</sup> Além disso, em alguns casos o seguro privado foi induzido pelo governo. O melhor exemplo pode ser observado na esfera bancária com a criação do chamado Fundo Garantidor de Crédito (FGC).<sup>59</sup> Apesar de não ser propriamente uma seguradora, o FGC funciona na prática garantindo diversos tipos de depósitos bancários.

A constante expansão da estratégia regulatória de criação de seguros privados forçados pode ser pensada como uma reação à *fuga* da responsabilidade por dois motivos. Em primeiro lugar, a cobertura securitária é, por definição, um mecanismo de garantia de certos credores da empresa. Isso quer dizer que a pressão sobre o regulador para que este estabeleça mecanismos de seguro obrigatório será tanto maior quanto maior for a exposição e vulnerabilidade de credores ante a insolvência da empresa. Em segundo lugar, um mecanismo de seguro obrigatório pode funcionar como um substituto para outros mecanismos de garantia de credores da empresa. Em particular, no caso de credores involuntários da empresa, como consumidores, a ilimitação de responsabilidade do sócio e o seguro obrigatório podem ser vistos como mecanismos alternativos.

A ampliação das circunstâncias em que se exige a obtenção de seguro para a realização de certas atividades não está, no entanto, livre de problemas. A existência de cobertura securitária pode reduzir os incenti-

56. Decreto-lei 73/1966, art. 20: “Sem prejuízo do disposto em leis especiais, são obrigatórios os seguros de: (...). b) responsabilidade civil do proprietário de aeronaves e do transportador aéreo” (Redação dada pela Lei 8.374/1991).

57. Lei 11.442/2007, art. 13: “Sem prejuízo do seguro de responsabilidade civil contra danos a terceiros previsto em lei, toda operação de transporte contará com o seguro contra perdas ou danos causados à carga, de acordo com o que seja estabelecido no contrato ou conhecimento de transporte, podendo o seguro ser contratado: I – pelo contratante dos serviços, eximindo o transportador da responsabilidade de fazê-lo; II – pelo transportador, quando não for firmado pelo contratante. Parágrafo único. As condições do seguro de transporte rodoviário de cargas obedecerão à legislação em vigor”.

58. Projeto de Lei 5.375/2005, deputado Carlos Nader (PL-RJ).

59. A criação do FGC foi determinada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) em 1995. Vide Resolução 2.211/1995 do CMN.

vos para que a empresa invista em precaução de acidentes relacionados à materialização do evento segurado. Quando isso ocorre, o valor das indenizações pagas pelas seguradoras tende a aumentar. O resultado pode ser, por exemplo, não só o aumento de acidentes cobertos por seguro, mas também um aumento generalizado dos prêmios cobrados pelas seguradoras. Isso, por sua vez, pode acabar constituindo uma barreira à entrada nos mercados especialmente para os investidores e as empresas de menor porte que não possuem história de crédito e tendem a pagar prêmios maiores.

### 6.2.2.3 Capital mínimo

Finalmente, outro mecanismo através do qual o sistema jurídico brasileiro reagiu à *fuga* da responsabilidade foi a criação de regras específicas com requisitos de capital mínimo. As regras de capital mínimo servem para evitar que as empresas sejam subcapitalizadas. Uma empresa subcapitalizada é aquela em que o valor investido como capital social é incompatível com seus riscos e obrigações. Embora certos tipos de empresas, como seguradoras e instituições financeiras, sempre tenham estado sujeitos a regras de capital mínimo, há uma novidade recente digna de nota.

Em 2011, admitiu-se entre nós a criação da sociedade unipessoal.<sup>60</sup> A chamada Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI – permitiu que indivíduos constituíssem personalidade jurídica com o quadro societário integrado por um único indivíduo.<sup>61</sup> Curiosamente, a exigência de capital mínimo não se aplica às sociedades limitadas em geral, mas apenas à sua modalidade unipessoal. Para esta, há a obrigatoriedade de uma capitalização mínima (com integralização no ato da constituição) no valor equivalente a 100 salários-mínimos.

60. Lei 12.441/2011, em vigor desde 9.1.2012. Sobre o tema, vide *Prefácio do Autor*, item 3.

61. Esse é um dos argumentos aduzidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.637, ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS), precisamente contra a exigência de capital mínimo prevista na Lei 12.441/2011. Esta teria violado o disposto no inciso IV do art. 7º da Constituição, conforme o qual o salário-mínimo não pode servir de parâmetro para a definição de múltiplos. O PPS também argumenta que a exigência de capital mínimo feriria a liberdade de iniciativa consagrada no art. 170 da Constituição. De todo modo, não deixa de ser curioso que um partido que se denomine “popular socialista” e herdeiro do antigo PCB (Partido Comunista do Brasil) seja justamente aquele a pleitear em juízo a proteção da liberdade de iniciativa. Isso é na realidade uma dimensão – trágica – do funcionamento do sistema partidário brasileiro.

À primeira vista, a criação da EIRELI parece traduzir um aumento das proteções aos sócios, e não uma resposta ao fenômeno da *fuga* da responsabilidade. Afinal, a EIRELI será uma sociedade unipessoal, logo não haverá mais a necessidade de que os indivíduos que desejem abrir pessoas jurídicas tenham um sócio apenas para cumprir o requisito legal de pluralidade de sócios, como vinha sendo muito comum. Assim, o efeito prático será livrar um terceiro da necessidade de envolvimento com a empresa, que sob responsabilidade ilimitada (como no caso da Justiça Trabalhista) atuava de fato como um *fiador implícito* das dívidas da empresa, mesmo que com as atividades da empresa jamais estivesse de fato envolvido. Além disso, a exigência de prévia integralização de capital mínimo pode, em tese, servir como um argumento político adicional no sentido de reconhecer a limitação da responsabilidade do sócio ao valor do capital social.

As manifestações da jurisprudência sobre a EIRELI são ainda rarefeitas, e a interpretação a ser dada à lei nas diversas esferas judiciais dependerá também da forma como tal sociedade vier a ser utilizada na prática. De qualquer forma, as implicações na jurisprudência da existência de um requisito de capital social mínimo são incertas. Por um lado, esse requisito poderá ser interpretado pelo Judiciário como um reconhecimento de que a responsabilidade do sócio deve de fato estar limitada ao valor do montante subscrito. Afinal, um capital mínimo não é senão uma espécie de *colchão* que dá certa segurança aos credores da empresa a respeito do comprometimento financeiro do sócio com o andamento da vida social da empresa.

Mas por outro lado, dado o contexto de *fuga* da responsabilidade aqui exposto, não se pode descartar a hipótese de que Judiciário enxergue na criação de requisito de capital mínimo mero reforço da preocupação com os credores e com a solvência da empresa. Se isso ocorrer, a tendência será a de haver responsabilização dos sócios ainda maior – o que, aliás, é o oposto da motivação do legislador referida nas justificativas da criação da EIRELI.<sup>62</sup>

Um ponto adicional é o de que o fato de inexistir um terceiro *inocente* que funciona como *garantidor implícito* de dívidas da empresa – o popular *sócio de palha* – pode ser interpretado pelo Judiciário como uma abertura para o aumento da responsabilização do único sócio da EIRELI.

62. Ver, e.g., Francisco Dornelles, “Novas perspectivas para os empreendedores brasileiros”, in Pedro Anan Jr. e Marcelo Magalhães (coords.), *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: Aspectos Econômicos e Legais*, São Paulo, MP Ed., 2012, pp. 83-88.

Isso tudo quer dizer que a EIRELI também poderá ser ela própria um veículo de redução ainda maior da limitação de responsabilidade do sócio, o que, aliás, seria lamentável. De qualquer forma, parece-me certo que quanto mais a EIRELI servir, na prática, como veículo de *fuga* da responsabilidade, tanto menor será a disposição do Judiciário de reconhecer a responsabilidade limitada do sócio ao valor do capital social.

### 6.2.3 Aumento da intervenção penal

As reações do sistema jurídico de responsabilização empresarial à *fuga* da responsabilidade dão-se também na esfera penal. De particular relevância são três fenômenos que logo adiante examinarei separadamente, a saber, (i) a criação de novos tipos penais, (ii) a previsão de responsabilização penal da pessoa jurídica e (iii) a mudança de critérios de imputação de modo a facilitar a condenação penal.

Essas medidas podem ser pensadas como reações à *fuga* da responsabilidade porque as condenações penais, ao contrário das condenações cíveis, não podem ser evitadas por conta da inexistência de patrimônio para a execução. Se, como vimos, a *fuga* da responsabilidade se manifesta frequentemente na ocultação ou realocação de patrimônio, nada mais natural do que o sistema buscar outros mecanismos de apoio à regulação que pressionem as pessoas por outras vias. O aumento do risco de incriminação penal, no entanto, não está livre de problemas. O principal deles é o de criar um Estado policaiesco e, no limite, romper com o Estado de Direito, tema que retomarei adiante.<sup>63</sup>

#### 6.2.3.1 Novos tipos penais

A primeira e mais visível reação na esfera penal é a criação de novos tipos penais com a finalidade de reforçar a regulação, ordenação ou planejamento econômico e social. Exemplos mais antigos de normas desse tipo incluem os crimes falimentares,<sup>64</sup> os crimes contra a economia popular<sup>65</sup> e os crimes tributários.<sup>66</sup> Exemplos mais recentes incluem os crimes contra a propriedade industrial,<sup>67</sup> crimes ambientais,<sup>68</sup> crimes de

63. V. item 6.3.3.

64. Decreto-lei 7.661, de 21.6.1945; cf. Parte I.

65. Lei 1.521, de 26.12.1951; cf. Parte I, Capítulo 2.

66. Lei 4.357, de 16.7.1964; cf. Parte I, Cap. 2.

67. Lei 9.279, de 14.5.1996; cf. Parte I, Cap. 3.

68. Lei 9.605, de 12.2.1998; cf. Parte I, Cap. 3.



lavagem de dinheiro<sup>69</sup> e o chamado crime de *insider trading*.<sup>70</sup> Em comum, todos esses crimes têm o fato de intervirem preventivamente a fim de gerenciar riscos e evitar a materialização de danos.<sup>71</sup>

### 6.2.3.2 Responsabilização penal da pessoa jurídica

A segunda reação na esfera penal é a ampliação do escopo de pessoas que se deseja punir. Aqui, de particular relevância foi a possibilidade de imputação de responsabilidade penal à própria pessoa jurídica. Esse é o exemplo paradigmático inserido na legislação penal ambiental em 1998. Essa lei rompeu com uma posição filosófica penalista bastante arraigada que mirava na subjetividade humana dos agentes.<sup>72</sup>

É verdade que a responsabilidade penal da pessoa jurídica já estava prevista na Constituição de 1988; ali, todavia, as menções ao tema eram relacionadas à sua posterior regulamentação, que só veio a ocorrer dez anos mais tarde.<sup>73</sup> Ainda não se pode dizer, de todo modo, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica tenha sido incorporada com nitidez à prática jurídica brasileira. Em relatório sobre o tema desenvolvido para o projeto *Pensando o Direito* do Ministério da Justiça, concluiu-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência sobre o assunto permanecem fragmentárias e pouco definidas.<sup>74</sup> Sem entrar no mérito sobre a conve-

69. Lei 9.613, de 3.3.1998, conforme alterada.

70. Lei 6.385, de 7.12.1976, modificada pela Lei 10.303, de 31.10.2001, que inseriu o art. 27-D (sobre *insider trading*) no diploma; cf. Parte I.

71. Daí falar em verdadeira *administrativização* do direito penal. Cf. Jesus Maria Silva-Sánchez, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, 2ª ed., Buenos Aires, BF, 2006, pp. 131-136.

72. Cf. Parte I, Cap. 3.

73. Constituição, art. 173, § 5º: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”; e art. 225, § 3º: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

74. Marta Rodriguez de Assis Machado, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, cit.: “Não obstante a adoção do instituto há mais de dez anos em um campo importante de aplicação do Direito penal e a iminência de sua ampliação, diagnosticamos que a aplicação do instituto é incipiente e a jurisprudência sobre o tema é pouco sólida. Além disso, falta de reflexão no debate brasileiro não somente sobre a própria experiência pregressa na aplicação do instituto, como também sobre questões relevantes que dizem respeito a formas alternativas de configuração do sistema de responsabilidade coletiva, de modo a torná-lo mais eficiente”.

niência e legalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, fato é que não me parece exagero pensar no tema como uma reação à *fuga* da responsabilidade.

### 6.2.3.3 Mudança de critérios de imputação

A terceira reação na esfera penal à *fuga* da responsabilidade é um conjunto difuso de práticas e doutrinas voltadas a tornar a ameaça de sanção penal mais crível, particularmente através do aumento da cominação penal e da flexibilização de critérios de imputação. Exemplos dos novos critérios – novos no sentido de ganharem mais força na jurisprudência, e não necessariamente no sentido de terem sido propostos doutrinariamente há pouco tempo – incluem a *autoria mediata* (que em alguns casos pode ser invocada para incriminar superiores hierárquicos) e a ampliação das hipóteses que caracterizam *crimes omissivos* (em que o agente comete o crime por deixar de cumprir um dever jurídico diante da possibilidade de agir<sup>75</sup>).

O argumento de que tenha havido uma mudança dos critérios de imputação penal não deve, no entanto, ser superdimensionado. O modelo mental orientador do direito penal brasileiro toma por base a culpa própria e a imputação individualizada. Daí por que o Código Penal impute responsabilidade àquele que com sua ação ou omissão tenha dado causa ao resultado, na medida de sua culpabilidade.<sup>76</sup> No mesmo sentido, o Código de Processo Penal determina que condutas venham descritas detalhadamente no momento da acusação.<sup>77</sup> Levantamentos empíricos sugerem que esse modelo mental ainda representa, no plano penal, um relevante obstáculo ao prosseguimento de diversas ações em juízo. Se

75. Por exemplo, o art. 2º da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998) atribui responsabilidade, na medida da respectiva culpabilidade, aos diretores, administradores, membros de conselho e de órgão técnico, auditores, gerentes, prepostos ou mandatários que, “sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”.

76. Código Penal, art. 13: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”; art. 29: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (...)”.

77. Código de Processo Penal, art. 41: “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

isso por um lado refreia o Estado e bloqueia arroubos intervencionistas e tirânicos, por outro cria o que já foi chamado de “déficit” de responsabilização penal.<sup>78</sup> Tal déficit não é senão expressão do que aqui trato por *fuga* da responsabilidade.

#### 6.2.4 Alterações processuais

A *fuga* da responsabilidade tem motivado uma série de alterações de natureza processual. Utilizo o termo “alteração”, em vez de “reforma”, de maneira propositada. Na nossa prática processual, o termo *reforma* geralmente está associado à edição de novas leis e alterações nas redações dos códigos. Mas o fenômeno das *alterações processuais* que aqui desejo abordar é mais amplo.

Aqui tenho em mente não apenas mudanças nos textos de lei – as tais *reformas* de que se vê na mídia com tanta frequência –, mas também alterações processuais que decorrem de novas interpretações na jurisprudência e até de nova cultura na relação entre partes, advogados, promotores e juízes.<sup>79</sup> O tema é de todo amplo, e aqui enfoco três mudanças importantes para os presentes fins, entre outras tantas de que se poderia tratar,<sup>80</sup> a saber: (i) as inversões de ônus probatório, (ii) as novas regras

78. Cf. Marta Rodriguez de Assis Machado, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, cit., pp. 21-22: “Estudo empírico desenvolvido recentemente em acórdãos proferidos pelos Tribunais Superiores (STF e STJ) julgados entre 2005 e 2007, sobre o tema da responsabilidade de administradores de empresas mostra que a maioria das decisões em matéria penal versa sobre o trancamento de ações penais, tendo predominância as decisões que determinam o encerramento da ação penal com base em falta de prova para autoria ou ausência de individualização da conduta. Ou seja, ainda que esse levantamento tenha um objeto restrito, traz forte indicação de que temos nos Tribunais brasileiros um diagnóstico semelhante ao que apresentamos acima: um *déficit de responsabilização* decorrente do sistema de imputação individual” (destaquei).

79. No fundo, entendo que a distinção entre *reforma* e *mudança* corresponda à distinção entre *disposição* e *norma*. Cf. Riccardo Guastini, *Das Fontes às Normas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 25-26 (denominando “disposição” o enunciado de um documento normativo, isto é, suas frases; e denominando “norma” o enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído a uma disposição; de tal sorte que a “disposição” é um texto ainda por ser interpretado, ao passo que a norma é o próprio texto interpretado).

80. Uma outra medida de natureza processual importante que se poderia citar é a expansão das competências da advocacia pública, que agora passou a tutelar interesses difusos e coletivos. A Lei 11.448/2007 inseriu o inciso III no art. 5º da Lei 7.347/1985, conferindo legitimidade ativa à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios na propositura de Ação Civil Pública.

para penhora e (iii) algumas medidas voltadas à redução da duração dos processos.

#### 6.2.4.1 Inversões de ônus probatório

A inversão do ônus da prova é uma característica marcante de alterações na esfera processual nas últimas décadas. Com a inversão – e mais especificamente, com a aplicação da “teoria da carga dinâmica da prova” –,<sup>81</sup> transfere-se à parte a quem se busca imputar responsabilidade o ônus de provar sua não culpabilidade.<sup>82</sup> Em alguns casos, como naqueles envolvendo consumidores, a inversão do ônus da prova está claramente prevista em lei.<sup>83</sup> Em outros casos, como em certas situações nos processos de natureza tributária, a inversão tem se dado por conta de construção jurisprudencial.<sup>84</sup>

81. Jorge de Oliveira Vargas, “A justa distribuição do ônus da prova”, in Araken de Assis, *Direito Civil e Processo: Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*, São Paulo, Ed. RT, 2007, p. 938: “A teoria da carga dinâmica das provas não se confunde com a pura e simples inversão do ônus da prova. A inversão do ônus da prova está ligada com a responsabilidade objetiva ou decorre de texto de leis, como v.g. se lê do art. 6º, VIII, do CDC, enquanto a carga dinâmica das provas é uma técnica que garante o efetivo acesso à jurisdição ao autor que tenha grande dificuldade ou impossibilidade de demonstrar o fato constitutivo de seu direito, independentemente de ser o caso de inversão do ônus da prova”.

82. Assim, por exemplo, a Súmula 375 do STJ, determinando que o ônus da prova da fraude à execução é do exequente: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”. A súmula inverte o ônus estabelecido pelo art. 593, II, do Código de Processo Civil (“Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens: (...). II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência”). Ver também Roberto A. Castellanos Pfeifer, “A efetivação do instituto da inversão do ônus da prova e da imposição do dever de segurança na prestação do serviço”, in Ana Frazão e Gustavo Tepedino, *O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado*, cit., p. 669 (comentando o REsp 1.050.554/RJ e defendendo a possibilidade de que até mesmo a comprovação de fatos negativos pode ter o seu ônus invertido).

83. Recentemente, a Segunda Seção do STJ decidiu, por maioria, que a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º, VIII, do CDC é regra de instrução, devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos. Cf. EREsp 422.778/SP, rel. originário Min. João Otávio de Noronha, j. em 29.2.2012.

84. Trata-se, como expliquei na Parte I, de uma consequência prática do *redirecionamento da execução fiscal*. Embora essa orientação não seja pacífica, cf. REsp 947.063/RS, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. em 11.9.2007 (“A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada

Há uma semelhança importante entre a inversão de ônus probatório com base legislativa e a inversão com base jurisprudencial: ambas criam uma espécie de via intermediária entre a responsabilidade subjetiva típica (em que cabe a quem alega provar a culpa da parte que se busca responsabilizar) e a responsabilidade objetiva (em que a culpa é irrelevante). Assim, a inversão do ônus probatório explica-se em boa medida pelo mesmo motivo que acima se mencionou para explicar a tendência à objetivação da responsabilidade,<sup>85</sup> isto é, o problema do custo e dificuldade de produção de prova em certos casos. Daí sua imediata ligação com a *fuga* da responsabilidade.

#### 6.2.4.2 Novas regras para penhora

A segunda alteração de natureza processual a ser destacada é a mudança, em diversos casos, do momento em que se procede à penhora de bens da parte que se busca responsabilizar. O esquema processual tradicional dividia o processo em uma fase de conhecimento e outra de execução, de modo que, excetuadas as antecipações de tutela, era possível aos réus ter um controle razoavelmente grande sobre sua integridade patrimonial. A alteração dos arts. 162, 267, 269 e 463 pela Lei 11.232/2005 e a criação de mecanismos informatizados, como o BacenJud e o Renajud (que dão aos juízes a possibilidade de penhorar recursos depositados em conta-corrente ou veículos automotores, respectivamente), inverteram a ordem tradicional. Agora, em muitos casos a constrição patrimonial é feita antes do trânsito do processo de conhecimento. A penhora serve então para garantir o juízo e evitar, ao fim dos trâmites, a tão comum *fuga* da efetiva responsabilização.

#### 6.2.4.3 Medidas voltadas à redução da duração dos processos

Há também um terceiro conjunto de alterações processuais importante a ser apontado. Este diz respeito às reiteradas tentativas de redução da duração dos processos. De particular interesse são as tentativas de redução das possibilidades de apresentação de recursos<sup>86</sup> (inclusive aos

apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos ‘com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos’”).

85. V. item 6.2.1.2.

86. Por exemplo, a Lei 10.352, de 26.12.2001, que determinou uma nova redação ao art. 530 do CPC, aumentando as exigências dos embargos infringentes.

tribunais superiores<sup>87</sup>), o encarecimento das apresentações de recursos (particularmente por conta da necessidade de garantia do juízo para se poder recorrer<sup>88</sup>), a permissão à desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da execução<sup>89</sup> e, em alguns casos, o aumento dos juros de mora com o fim de tornar o recurso protelatório menos atrativo do que o efetivo pagamento.<sup>90</sup>

87. A mais profunda e controvertida proposta de enxugamento do sistema de recursos aos tribunais superiores é aquela arquitetada pelo Ministro do STF Cezar Peluso. Conhecida como “PEC dos Recursos”, a proposta de Peluso contém duas disposições conforme as quais a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário deixaria de obstar o trânsito em julgado da decisão que os comportasse. Em fevereiro de 2012, a Proposta de Emenda Constitucional foi retirada de pauta para novos debates. Por outro lado, a limitação dos recursos permanece como um dos pontos mais polêmicos do novo Código de Processo Civil em tramitação.

88. A Lei 12.275/2010, por exemplo, incluiu um § 7º no art. 899 da CLT, estabelecendo uma modalidade de depósito recursal como requisito para a interposição de agravo de instrumento contra decisão que negue seguimento aos recursos ordinário e de revista.

89. Ver, e.g., REsp 1.036.398/RS, 3ª Turma, j. em 16.12.2008, rel. Min. Nancy Andrighi (“A desconsideração não é regra de responsabilidade civil, não depende de prova da culpa, deve ser reconhecida nos autos da execução, individual ou coletiva, e, por fim, atinge aqueles indivíduos que foram efetivamente beneficiados com o abuso da personalidade jurídica, sejam eles sócios ou meramente administradores”). No mesmo sentido, REsp 1.071.643/DF, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 2.4.2009 (“[é] possível a desconsideração da personalidade jurídica no bojo do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria, o que afasta a alegação de que o recorrente é terceiro e não pode ser atingido pela execução, inexistindo vulneração ao art. 472 do CPC”); e ainda REsp 1.096.604/DF, rel. Luis Felipe Salomão, j. em 2.8.2012 (“A Turma, por maioria, entendeu pela desnecessidade da citação do sócio para compor o polo passivo da relação processual, na qual o autor/recorrido pediu a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, haja vista o uso abusivo da sua personalidade e a ausência de bens para serem penhorados. *In casu*, o recorrido entabulou contrato particular de compromisso de compra e venda de imóvel com a construtora recorrente, porém, apesar de cumprir a sua parte no contrato, não recebeu a contraprestação. No entendimento da douda maioria, é suficiente a intimação do sócio da empresa, ocasião em que será oportunizada a sua defesa, ainda mais quando o processo encontra-se na fase de cumprimento de sentença, onde o recorrente fará jus à ampla defesa e ao contraditório, pois, poderá impugnar o pedido ou oferecer exceção de pré-executividade”). Na doutrina, ver João Batista Lopes, “Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil”, RT 818, p. 44, São Paulo, Ed. RT, 2003 (“a exigência de ação própria praticamente tornaria inefetiva a regra legal, presente o quadro atual de morosidade da justiça. Diante disso, desde que observado o princípio do contraditório, a questão pode ser dirimida nos próprios autos”).

90. Ver, por exemplo, o art. 13 da Lei 9.065/1995 e o art. 39 da Lei 9.250/1995, que determinaram que a taxa SELIC deve ser utilizada como índice de correção monetária e de juros de mora na atualização dos débitos tributários pagos em atraso.

Essas tentativas de encurtar a duração dos processos são, de um modo geral, plenamente desejáveis. Seria uma ilusão, no entanto, imaginar que problemas *institucionais* (alguns ligados a traços culturais muito arraigados) possam ser resolvidos a partir de intervenções legislativas pontuais. Por exemplo: a redução das possibilidades de apresentação de recursos pode ter o efeito perverso de multiplicar o número de ações rescisórias (porque, por exemplo, à parte que iria discutir a legitimidade da prova no recurso especial ou no agravo só restará a rescisória); o encarecimento de sua apresentação, por outro lado, pode fazer com que o duplo grau de jurisdição fique restringido aos mais ricos; finalmente, a elevação dos juros de mora, sobretudo em um sistema no qual poucos recursos têm efeito suspensivo – tal qual aquele que a reforma do Código de Processo Civil pretende implementar –, pode acarretar o pagamento de valores exorbitantes que, após a decisão final, têm de ser devolvidos, com correções significativamente onerosas.

Tudo isso mostra, na verdade, que fazer leis e uniformizar a jurisprudência em casos difíceis é realizar escolhas. E, ao escolher, não se pode ter tudo nem muito menos tudo ao mesmo tempo. Há *tradeoffs*, isto é, vantagens e desvantagens – e também custos – em praticamente qualquer escolha. Aliás, para o leitor provavelmente a esta altura já está claro que assim se dá com qualquer refinamento que se deseje fazer com o regime de responsabilidade empresarial. De todo modo, para retomar o temário de que se ocupa este capítulo, desejo apontar que alterações processuais relacionadas à duração dos processos podem não ser remédios plenamente eficazes contra a *fuga da responsabilidade*.

#### 6.2.5 Renovação da cultura jurídica

Todas essas mudanças que discuti acima repercutiram na nossa cultura jurídica, e quatro temas me parecem particularmente expressivos:

Anteriormente, o índice aplicável era aquele previsto no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional (segundo o qual, “se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês”). No mesmo sentido, e com toda razão, quis o Código Civil de 2002 (art. 406) pautar os juros de mora pelo custo do dinheiro no País, que é indicado justamente pela taxa SELIC. Na jurisprudência, no entanto, tem-se entendido (a meu ver, equivocadamente) que a taxa de juros prevista no art. 406 deve ser a de 12% ano. Sobre o tema, ver Rafael Bicca Machado e Ely José de Mattos, “Juros legais x mercado: um possível incentivo ao aumento do número de acordos judiciais?”, in Luciano B. Timm (org.), *Direito e Economia*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, pp. 225-238. Cf. Cláudio Balduino Maciel, “A cultura do ritualismo no Judiciário”, *Valor Econômico*, 31.10.2002, p. E-1 (atestando que a modicidade dos juros de mora faz “valer a pena” dever em juízo).

(i) a tendência à relativização de formas jurídicas, (ii) o movimento neo-constitucionalista, (iii) a renovação do direito civil e (iv) o aumento do prestígio de visões funcionalistas do Direito. Embora esses movimentos possam ser até mesmo em parte conflitantes, eles são peças importantes no quebra-cabeça que compõe a reação do sistema jurídico à *fuga* da responsabilidade.

#### 6.2.5.1 Relativização de formas jurídicas

O primeiro tópico é uma tendência à relativização de formas jurídicas. A democratização pós-1988 parece ter marcado o anoitecer do pensar jurídico conceitualista que anteriormente parecia predominar. Na esteira, foi-se a aspiração do ordenamento jurídico a uma plenitude lógica e sem contradições, e assim também se reduziu a crença em um certo tipo de pensar que nas profissões jurídicas se convencionara chamar de *formalista*.<sup>91</sup>

Muita tinta já foi gasta sobre declínio do formalismo,<sup>92</sup> e há tratados eruditos que o destrincham com elegância e rigor.<sup>93</sup> Mas acredito que um depoimento cândido do Ministro Luiz Fux, com o qual me deparei casualmente navegando na internet, seja uma das mais emblemáticas ilustrações do que sejam os novos tempos na nossa prática judicial. *In verbis*: “Como magistrado, primeiro procuro ver qual é a solução justa. E depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução. Não há mais possibilidade de ser operador de Direito aplicando a lei pura. Nós aprendemos assim por força de um engessamento levado pela política de repressão, e que hoje não existe mais”.<sup>94</sup>

É claro que a queda do formalismo não marcou – nem deveria marcar – a desvinculação do decisor ao texto da lei. Na concepção ocidental, a noção de Estado de Direito pressupõe que todas as ações possam ser

91. Discuti o tema em Bruno Meyerhof Salama, “Vetores da jurisprudência na interpretação dos contratos bancários no Brasil”, *Revista de Direito Bancário*, n. 57, jul./set. 2012.

92. Para uma síntese, cf. José Rodrigo Rodriguez, Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa e Samuel Rodrigues Barbosa (orgs.), *Nas Fronteiras do Formalismo*, São Paulo, Saraiva, 2010.

93. V. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003; Conrado Hubner Mendes, *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

94. Luiz Fux, depoimento disponível no *website* da Faculdade de Direito da UERJ (Universidade Estadual do Rio de Janeiro). Em: <<http://www.direitouerj.org.br/2005/fdir70/depLF.htm>>. Último acesso em: 29.9.2011.



justificadas com base em uma norma estatal. Ou seja, não há Estado de Direito sem vinculação ao texto de lei. Mas o que estou chamando a atenção é para o fato de que, pouco a pouco, o eixo de análise do magistrado se foi deslocando do raciocínio silogístico e subsuntivo para uma certa forma de *realismo jurídico* em que as circunstâncias fáticas, as finalidades e as funções do Direito paulatinamente ganhavam crescente importância. Confrontamo-nos, assim, cada vez com maior frequência, com o que Tercio S. Ferraz Jr. chamou de ampla “discricionariedade hermenêutica” na interpretação constitucional.<sup>95</sup>

#### 6.2.5.2 Neoconstitucionalismo

A difusão (nem sempre consciente, quase nunca tecnicamente informada) da ideia de princípio como mandamento de otimização constitui, também ela, uma reação do sistema jurídico à *fuga* da responsabilidade (o que não significa, obviamente, que seja apenas uma reação à *fuga* da responsabilidade, já que há muito mais em jogo). Explico.

Inaugurado pelas contribuições teóricas de Robert Alexy e Richard Dreier no final dos anos 1980, no contexto dos debates sobre o papel do Tribunal Constitucional alemão,<sup>96</sup> o neoconstitucionalismo talvez seja um dos temas mais difundidos e debatidos do direito contemporâneo continental. Hoje, no entanto, a expressão ganhou um sentido mais amplo, abarcando uma série de orientações teóricas bastante díspares.

No que importa mais de perto ao fenômeno da *fuga* da responsabilidade, as teorias neoconstitucionalistas revelam um novo modo de lidar com o aumento da complexidade dos fatos e com a polissemia do direito positivo. Esse novo modo está estreitamente relacionado a um modelo jurídico de regras e – aqui está a novidade – também de princípios. De um modo geral, para os teóricos do novo constitucionalismo, regras e princípios não se distinguiriam por critérios de fundamentalidade, gene-

95. O próprio texto da Constituição, tradicionalmente “condicional e retrospectivo” – pensemos, por exemplo, no reconhecimento de direitos trabalhistas na Carta de 1934 ou na conformação das regras constitucionais tributárias às reformas empreendidas até 1967 –, modifica-se, ainda de acordo com Ferraz Jr., para ir além da enunciação formal de regras e princípios, compondo uma verdadeira “estrutura social”. Cf. Tercio Sampaio Ferraz Jr., “Constituição brasileira e modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas”, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, edição especial, 1988, pp. 123-147.

96. Carla Faralli, *La Filosofia Giuridica dei Nostri Giorni*, trad. de Candice Premaor Gullo, *A Filosofia Contemporânea do Direito. Temas e Desafios*, São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 11.

ralidade ou abstração: sua distinção seria dada por critérios *qualitativos* ou *lógicos*.<sup>97</sup>

Ainda que se tenha desenvolvido, como disse, sobretudo a partir do final da década de 1980, é no pensamento de Ronald Dworkin que a discussão sobre o papel dos princípios deita raízes. No conhecido *Modelo de Regras I*, originalmente publicado em 1967,<sup>98</sup> Dworkin parte de uma crítica ao positivismo jurídico, sobretudo o positivismo de seu antecessor em Oxford, Herbert Hart, para aventar uma alternativa a um modelo por ele considerado insuficiente para lidar com a realidade do Direito.<sup>99</sup>

Trata-se, argumentara Dworkin, de encarar o Direito como um sistema composto não apenas de regras – como teria imaginado Hart, pelo menos na leitura de Dworkin –, mas também de princípios. E, segue Dworkin, tanto regras quanto princípios devem ser tomados como espécies de normas, sem que possam, contudo, repita-se, distinguir-se por graus de fundamentalidade, de generalidade ou de abstração. As regras valem ou não valem; os princípios, diversamente, têm maior ou menor peso em sua aplicação a casos concretos. O princípio que não tiver prevalência, dessa forma, não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico.

Difundida no Brasil, essa concepção provocou uma verdadeira reviravolta no modo pelo qual a doutrina e a jurisprudência brasileiras

97. Exemplarmente, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1985), trad. de Virgílio Afonso da Silva, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros Editores, 2ª ed., 3ª tir., 2014, pp. 91-92: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. / Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”. Sobre o tema, ver também Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, *RT* 798, pp. 23-50, 2002.

98. O *Model of Rules I*, editado em 1967, integra hoje a obra fundamental de Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2ª ed. (1978), trad. port. de Nelson Boeira, *Levando os Direitos a Sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 35-46.

99. Para um panorama do chamado “debate Hart-Dworkin”, cf. Scott J. Shapiro, “The ‘Hart-Dworkin’ debate: a short guide for the perplexed”, in Arthur Ripstein, *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

encaravam os princípios jurídicos. Antes vistos como orientações não vinculantes direcionadas apenas ao legislador, os princípios passaram a ser encarados como plenamente aplicáveis a casos concretos. Embora decorrente de um transplante doutrinário razoavelmente anacrônico, a ideia de direito civil-constitucional não deixa de ser um reflexo desse fenômeno. Mais bem desenvolvida, a discussão sobre direitos fundamentais nas relações entre particulares – vale lembrar que direitos fundamentais são, geralmente, também princípios – pode, igualmente, ser vista como uma decorrência da renovação cultural promovida pela difusão do neoconstitucionalismo.<sup>100</sup> Esse tema, aliás, já foi referendado pelo Supremo Tribunal Federal há alguns anos.<sup>101</sup>

Deixou de fazer sentido, assim, falar de princípios exclusivamente como “normas secundárias” ou “diretrizes normativas” sem eficácia imediata. Da mesma forma, não haveria razão para identificar nos princípios, e apenas neles, uma interface metajurídica do Direito. Princípios são, nessa leitura, jurídicos, vinculantes e judicialmente aplicáveis.<sup>102</sup> Isso é explicitado por Robert Alexy, para quem o conceito de princípio não tem relação com a posição hierárquica da norma nem com a sua fundamentalidade no ordenamento. Os princípios seriam, então, mandamentos de otimização, ou seja, normas que estabelecem que algo deva ser realizado, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes, na maior medida possível.

Por conta disso, os princípios deixam de ser entendidos como mera válvula cognitiva do sistema, e passam a ser vistos como instrumentos de compatibilização entre valores que, *prima facie*, não podem se excluir mutuamente. Isso não significa dizer que as regras não comportam conteúdos morais, mas sim que seus conteúdos aplicam-se ou não (e não em maior ou menor medida) a determinados casos.

100. Cf. Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004; Wilson Steinmetz, *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

101. STF, RE 201.819, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 11.10.2005.

102. Sobre tema, ver Humberto Ávila, “‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do Direito’ e o ‘direito da Ciência’”, in Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm (orgs.), *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*, vol. 1, Rio de Janeiro, 2009, pp. 187-202 (destacando quatro fundamentos ligados ao neoconstitucionalismo, a saber: (i) o normativo (“da regra ao princípio”); (ii) metodológico (“da subsunção à ponderação”); (iii) o axiológico (“da justiça geral à justiça particular”); e (iv) o organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”).

### 6.2.5.3 Renovação do direito civil

Há pelo menos quatro décadas o direito civil brasileiro vem passando por um processo de paulatina renovação, e esse processo se intensificou visivelmente nos últimos vinte anos. Várias são as razões dessa intensificação, duas das quais merecem destaque.

A primeira está relacionada às repercussões da promulgação do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil. É verdade que códigos não mudam, por si, uma cultura jurídica; mas também é verdade que sua edição tem um papel simbólico, expressivo ou comunicativo que não pode ser negligenciado. A edição de novos diplomas pode oxigenar não apenas seu campo de aplicação, mas também o campo de matérias relacionadas. Por exemplo, os campos do direito civil e do direito do consumidor encontram-se hoje plenamente distintos, seja do ponto de vista didático, seja do ponto de vista dogmático. A promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, no entanto, provocou – uma consequência talvez inesperada – um aprofundamento da doutrina de direito civil. Novos códigos trazem novas soluções, mas também criam novos problemas. E novos problemas nem sempre são algo ruim.

Até meados da década de 1990, o contrato por adesão, por exemplo, era um tema tratado de um modo um tanto quanto tímido pela doutrina. Havia referências esparsas a ele, mas elas ainda eram prevalentemente descritivas e unívocas. A promulgação do Código de Defesa do Consumidor mudou esse quadro. Por quê? Porque se passou a controverter a respeito da distinção entre contratos de consumo e contratos por adesão,<sup>103</sup> e a doutrina a respeito dessa última categoria foi sensivelmente aprofundada.<sup>104</sup> Claro que o aprofundamento doutrinário do direito civil passou, também, pela promulgação do Código Civil de 2002. Embora as referências mais comuns ao diploma sejam pouco elogiosas – o Código não teria tratado da união homoafetiva, dos contratos eletrônicos, do dano social, dos transgênicos e dos clones, e por isso teria “nascido

103. Em dezembro de 2004, na III Jornada de Direito Civil do Conselho de Estudos da Justiça Federal, foi editado o Enunciado 171, conforme o qual “o contrato de adesão, mencionado nos arts. 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo”.

104. Cf. Renata Mandelbaum, *Contratos de Adesão e Contratos de Consumo*, São Paulo, Ed. RT, 1996; Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, *Contrato de Adesão*, São Paulo, Atlas, 2002; Fernando Campos Scaff, *Direito à Saúde no Âmbito Privado. Contratos de Adesão, Planos de Saúde e Seguro-Saúde*, São Paulo, Saraiva, 2010.

velho” –, é inegável que sua promulgação representou, em muitos aspectos, uma verdadeira renovação.

O coordenador de sua redação, Miguel Reale, sempre destacou que o Código Civil se sustentaria sobre três valores: a eticidade, a socialidade e a operabilidade.<sup>105</sup> A eticidade traduzir-se-ia, por exemplo, na explicitação da boa-fé como critério interpretativo (art. 113) ou na disciplina do abuso de direito (art. 187). A socialidade, na função social do contrato (art. 421) ou da propriedade (arts. 1.228, §§ 1º, 3º e 4º, e 1.239). Por fim, a operabilidade manifestar-se-ia na recorrência de cláusulas abertas ou conceitos indeterminados, como a ordem pública (art. 122), o perigo iminente (art. 188, II), a probidade (art. 422) ou o risco (art. 927). Na prática, a incorporação positiva desses valores abriu novos espaços de atuação para o juiz, permitindo-lhe a consideração de efeitos concretos de suas decisões.

A segunda razão diz respeito à identificação doutrinária (tímida) e jurisprudencial (bem menos tímida) de uma *função regulatória* do direito civil. Esse ponto está ligado a uma nova configuração, ainda cinzenta, de regimes tradicionalmente *públicos* aos quais passa a ser aplicado, um tanto quanto abruptamente, um regime de *direito privado*. O fator decisivo para pôr em marcha esse processo foi a privatização de diversas empresas estatais a partir de 1990. Entendida *grossa modo* como a transmissão, do governo para a iniciativa privada, do controle de empresas geralmente posicionadas em setores estratégicos ou essenciais, a privatização repercutiu de modo decisivo no direito civil.<sup>106</sup> Embora a doutrina não costume referi-la, é inegável que a forma de movimentos como o do direito civil-constitucional é dada em grande medida pela alegada necessidade de incorporar construções típicas do direito público à gramática do direito privado. Isso, evidentemente, dá ao juiz um leque de opções distributivas inexistente em uma lógica tradicional de trocas bilaterais.

O problema, aqui, é saber até que ponto o direito civil em particular e o direito privado em geral podem suportar, sem que se desnaturem, a

105. Miguel Reale, “Visão geral do novo Código Civil”, *RT* 752, 1998, pp. 22-30. Vide ainda Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 131.

106. Paradoxalmente, cf. Luciano Benetti Timm, *O Novo Direito Civil. Ensaios sobre o Mercado, a Reprivatização do Direito Civil e a Privatização do Direito Público*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, pp. 13-16 (argumentando que a privatização exigiria uma revisão das práticas solidaristas e distributivas levadas pelo novo Código Civil ao direito privado).

importação de argumentos tradicionalmente desenvolvidos no âmbito do direito público. A solução, nesse ponto, talvez passe pela superação de uma distinção nítida entre esses ramos – que não deixam de ser, todavia, importantes ferramentas didáticas –, como sugeri no Capítulo 4.

#### 6.2.5.4 Funcionalização

Indiquei acima que o estabelecimento em lei de solidariedade em grupo econômico por dívida trabalhista prevista na CLT cristalizou a tendência de permitir ao Estado envolver-se cada vez mais radicalmente na alocação e realocação de riscos na sociedade. Mencionei também que o surgimento de novas áreas do Direito tem instrumentalizado desde então essa atividade estatal. Esses são, na verdade, sintomas de fenômeno mais amplo que aqui será referido como *funcionalização*.

Por funcionalização, entendo a visão de que o Direito serve para atingir fins coletivos concretos. Ninguém questionaria o argumento de que o Direito é uma construção humana e serve para atingir fins humanos – a justiça, por exemplo. Mas é muito diferente dizer que o Direito se presta a fins abstratos, como a justiça, e a fins nitidamente concretos, como a distribuição de renda, o desenvolvimento tecnológico, o crescimento econômico e assim por diante. Quanto mais concretude se dá às concepções sobre a finalidade do Direito (ou de institutos jurídicos, ou de regras específicas), tanto mais o Direito se funcionaliza, porque tanto mais passa a ser visto como ferramenta, instrumento, meio para a concretização de fins palpáveis e mensuráveis.

No Brasil, o processo histórico de funcionalização da responsabilidade empresarial é antigo, mas parece ter sido impulsionado no campo jurídico quando, logo no início do governo militar, o chamado *Estatuto da Terra* passou a tratar da função social da propriedade da terra.<sup>107</sup> O tema é retomado no direito societário uma década depois quando, ainda sob o regime militar, a Lei das Sociedades Anônimas tratou da *função social* do acionista controlador, e a seguir também do administrador.<sup>108</sup>

107. Lei 4.504/1964, art. 2º, *caput*: “É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei”.

108. Lei 6.404/1976, art. 116, parágrafo único: “O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”; art. 154: “O administrador deve

A discussão da função, no entanto, realmente ganhou força com a inserção na Constituição Federal da noção de *função social da propriedade e da empresa pública*,<sup>109</sup> e, logo a seguir, com a inserção no novo Código Civil da *função social do contrato*.<sup>110</sup>

Seria possível dizer que a expressão *função social* não tem, em si própria, nenhum sentido específico. Afinal, qualquer *função* poderia, em última análise, ser entendida como *social*. Mas isso não quer dizer que a inserção da expressão “função social” na Constituição e no Código Civil tenha sido irrelevante. Ao contrário, a qualificação da propriedade e do contrato como tendo uma *função social* abriu uma porta para uma releitura (e na esteira, também uma maior politização) na esfera judicial a respeito do que constitua o cumprimento dessa função. A politização, então, significa na prática uma maior abertura para que as judicaturas reinterpretem noções assentes de responsabilidade à luz de concepções ideológicas (nem sempre negativas ou indesejáveis) sobre o que seja o interesse coletivo.

Na transição da ditadura para a democracia, a *função social* passou a ser interpretada como abertura para uma espécie de função coletivista, e às vezes propriamente socialista,<sup>111</sup> da propriedade e do contrato. Na esteira, ganharam força ideias como *justiça social e responsabilidade social*. Propositadamente, falo aqui desses temas de todo intrincados

exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

109. Constituição, art. 5º, XXIII: “a propriedade atenderá a sua função social”; art. 173, § 1º: “A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (...)”.

110. Código Civil, art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

111. A noção original de função social, formulada por Karl Renner – jurista e político austríaco que, após a queda do nazismo, se tornaria presidente da Áustria –, tinha, de fato, inspiração marxista (cf. Karl Renner, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre Soziale Funktion* (1904), trad. it. de Cornelia Mittendorfer, *Gli Istituti del Diritto Privato e la Loro Funzione Sociale: Contributo alla Critica del Diritto Civile*, Bologna, Il Mulino, 1981); não é correto, no entanto, identificar essa mesma inspiração na função social do Código Civil. A ideia de função social foi apropriada por diversas correntes doutrinárias ao longo do século XX, de continuadores marxistas de Renner a teóricos fascistas ligados a Mussolini. Claro que se está falando da interpretação, não da intenção dos redatores; mesmo assim, a insistência em uma orientação equivalente àquela que inaugurou a designação não me parece exata.

com um certo grau de generalidade, e até de superficialidade. Interessa-me neste momento menos tomar partido desta ou daquela tese, e ainda menos aclarar as origens filosóficas de cada concepção sobre o que seja uma *função social* (se bem que, como expliquei no Capítulo 4, entendo que a função social seja mais bem-compreendida como uma postura metodológica a partir da qual se outorga ao intérprete o ônus de realizar um juízo consequencialista de controle de legitimidade<sup>112</sup>).

Aqui desejo mostrar que o Direito, nessa visão crescentemente funcional, abre cada vez mais espaço para uma reinterpretação do legado histórico civilista, e que esse fenômeno se manifestou concretamente em novas orientações do Poder Judiciário. Assim, a funcionalização abriu espaço para a discussão política da responsabilidade empresarial. Ainda que nos debates judiciais essa discussão muitas vezes tenha estado apenas latente ou tenha sido construída sob a retórica da proteção de direitos, o fato é que a funcionalização teve impactos importantes. O debate político transformou-se em mudanças interpretativas que por um lado abriram espaço para a realocação de responsabilidades na seara da empresa, e por outro reduziram a previsibilidade das decisões judiciais (isto é, geraram maior insegurança jurídica).

### 6.3 Paradoxos

A reação do sistema jurídico à *fuga* da responsabilidade foi *ambivalente*. Em alguns casos, realmente acabou por evitar que fraudes fossem cometidas ou que certos riscos fossem externalizados para credores que não tinham condições de suportá-los.<sup>113</sup> Nesses casos, pode-se dizer com certo grau de generalidade que a reação do sistema jurídico contribuiu para restabelecer a eficácia do Direito e para reforçar a legitimidade política do Estado de Direito.

112. Cf. Capítulo 4.

113. A substância econômica desse comportamento é bem articulada por Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho. Cf. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 488 (notando que “a desconsideração enquadra-se em uma regra geral de repressão ao comportamento de *free rider*. Como *free rider* define-se o agente que quer gozar das vantagens, mas não dos custos da responsabilidade limitada, ou seja, aquele agente que usa a responsabilidade limitada não passivamente, como um meio de salvação no caso extremo de falência, mas ativamente, como elemento estratégico para a externalização de riscos em maneira diversa daquela prevista no ordenamento”). No mesmo sentido, Calixto Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, São Paulo, Malheiros Editores, 4ª ed., 2011, p. 269.



Por outro lado, em muitos outros casos a rápida alteração da lógica de funcionamento da responsabilidade serviu para frustrar legítimas expectativas de pessoas ligadas a empresas insolventes. A propósito, penso eu, de pôr em marcha o que alguns viam como uma necessária redistribuição de riscos na sociedade para atender a muitas vezes laudáveis fins políticos (como a proteção dos mais fracos),<sup>114</sup> a responsabilização atingiu – paradoxalmente – quem não deveria ter sido atingido, especialmente os empreendedores. Nesses casos, a reação do sistema jurídico criou injustiças e contribuiu para reduzir tanto a eficácia do Direito quanto a sua legitimidade política. É dessa classe de casos que trato adiante, da seguinte maneira. Início discutindo o problema dos incentivos legais (item 6.3.1). Passo então à descrição de certas dinâmicas perversas (item 6.3.2) e implicações (item 6.3.3) criadas pelo atual estágio da responsabilidade empresarial.

### 6.3.1 *Incentivos e consequências não pretendidas*

Se o comportamento das pessoas fosse pautado apenas pela norma jurídica, a positivação em lei de um comando bastaria para discipliná-lo. Governar seria razoavelmente simples: os preços seriam congelados e logo a inflação terminaria; a sonegação tributária seria criminalizada e logo todos os impostos seriam pontualmente pagos; a velocidade limite para os automóveis seria estabelecida em lei e logo todos os motoristas passariam a dirigir conforme permitido. E assim por diante: os exemplos são infindáveis. As ações das pessoas, entretanto, são pautadas não apenas pelas leis, mas também por uma série de outros fatores, especialmente suas crenças, valores e ambições, bem como por suas percepções e cálculos de risco, custos e benefícios diante das situações concretas. Quando se considera o fenômeno jurídico sob essa ótica do cálculo individual de custo e benefício, pode-se pensar na lei não apenas como comando, mas também como incentivo.<sup>115</sup>

114. Ver, e.g., Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 488.

115. A discussão da legislação societária como fonte de incentivos não é inédita no Brasil. Na seara da responsabilidade empresarial, o exemplo mais eloquente que pude encontrar está em Fernando Schwarz Gaggini, *A Responsabilidade dos Sócios nas Sociedades Empresárias*, São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito, 2013, especialmente p. 109 (“A limitação de responsabilidade, portanto, representou um mecanismo adicional de incentivo [à atividade econômica], somado à autonomia patrimonial da sociedade”) e p. 113 (referindo-se à limitação de responsabilidade do sócio como “norma indutora de comportamento, por meio da qual o Estado,

Um incentivo é um preço implícito. Nos mercados, indivíduos procuram agir de modo a minimizar seus custos e maximizar seus benefícios. A lei fornece incentivos justamente porque interfere com esses cálculos de custo e benefício. Para ilustrar, considere este exemplo. Em março de 2006, uma senadora apresentou um projeto de lei para acrescentar ao Código de Defesa do Consumidor um dispositivo que facultaria ao consumidor antigo de produtos e serviços executados de forma contínua, a seu critério, exigir a concessão de benefícios que são oferecidos pelos fornecedores para a adesão de novos consumidores. Assim, por exemplo, se uma operadora de telefones celulares oferecesse uma promoção de um mês de uso gratuito do telefone celular para novos consumidores, os consumidores antigos teriam o direito de exigir o mesmo benefício. Alegadamente, o fim buscado por tal medida seria o de proteger os consumidores.

Aqui temos duas questões bem diferentes. A primeira é: *será legítimo proteger os consumidores?* Certamente sim, entre outras coisas por conta de um mandamento constitucional. Uma segunda questão, muito diferente da primeira, é: *quais seriam os incentivos criados caso tal projeto fosse transformado em lei?* Essa segunda questão não diz respeito aos fins, mas sim aos meios jurídicos. Se a lei oferecer os incentivos corretos, os fins normativos poderão ser atingidos, pelo menos aproximadamente. Mas se a lei oferecer incentivos incorretos, os fins não serão atingidos, e o efeito poderá, inclusive, ser oposto daquele pretendido.

Utilizei o exemplo desse projeto de lei porque creio que ele ilustre bem a paradoxal situação em que, a pretexto de se proteger os consumidores, a lei pode prejudicá-los. Se o projeto tivesse sido convertido em lei, ele provavelmente incentivaria as empresas a competirem através de campanhas publicitárias, *jingles* etc., em vez de competirem por meio da concessão de descontos. Assim, o efeito imediato que se esperaria dessa regra – e este não seria o pior de seus efeitos – seria a redução do número de promoções. Reitero, então, o paradoxo: sob o louvável pretexto de se proteger os consumidores, se estaria prejudicando a maioria deles.

A lição, portanto, é a seguinte. Quando consideramos as leis não apenas comandos, mas também incentivos, logo vemos que os resultados concretos das mudanças legislativas podem ser muito diferentes daqueles originalmente pretendidos. Na prática, os incentivos podem ser tais que a mudança legislativa venha a causar efeitos muito diferen-

pela promessa de uma segurança patrimonial estabelecida no ordenamento jurídico, implementa uma política de estímulo destinada à obtenção de algum resultado de impacto social”).

tes daqueles originalmente desejados, e às vezes até mesmo opostos a eles. Embora de fato paradoxais, situações desse tipo são relativamente comuns. Um ponto adicional é o de que os efeitos não previstos das normas geram condições para novas ações do legislador, criando assim o processo a que venho me referindo como *dialética regulatória*.

Assim, a lei e os precedentes judiciais condicionam os comportamentos, mas por estes também podem ser condicionados, reformatados e finalmente alterados. A normatização estatal busca regular – isto é, disciplinar, condicionar, dirigir, limitar, induzir, ordenar – as condutas das pessoas, inclusive das pessoas jurídicas. Mas as leis, uma vez editadas, redimensionam o ambiente em que os indivíduos agem, e logo as ações e circunstâncias a serem regradas após a edição da lei já serão, com enorme frequência, distintas daquelas que se podia observar antes da edição da lei. Se há uma *lei* que não se consegue afastar quando se pensa em regras de comportamentos, esta é a *lei* a que o sociólogo Robert Merton famosamente denominou *lei das consequências não pretendidas da ação humana*.<sup>116</sup> Com enorme frequência, os agentes privados reagem criativamente às normas – ora lícita, ora ilícitamente –, e tais reações criam as condições para nova evolução normativa. Daí a natureza dialética da regulação em todos os campos, inclusive no da responsabilidade empresarial.

### 6.3.2 *Algumas dinâmicas perversas*

É importante marcar a relevância prática dos incentivos e a existência de consequências não pretendidas da ação humana para que se possa apontar, com clareza, algumas dinâmicas perversas postas em marcha por tentativas às vezes atabalhoadas através das quais o sistema

116. A teoria de Merton estabelece que todas as ações humanas abrem espaço para pelo menos uma consequência não pretendida que pode tornar a situação social pior. Para Merton, há cinco possíveis causas de consequências não pretendidas: (i) a ignorância das pessoas (já que é impossível antecipar todas as consequências de uma medida), (ii) erros (análises incorretas sobre as consequências), (iii) interesses imediatos das partes diretamente envolvidas com a regulação estatal, (iv) valores básicos (que podem proibir certas medidas que seriam convenientes) e (v) profecias autorrealizáveis (ocorrem quando o medo de uma consequência indesejável faz com que as pessoas já busquem soluções antes que o problema aconteça). Sobre o tema, vide o clássico texto de Robert K. Merton, “The unanticipated consequences of purposive social action”, *American Sociological Review* 1, 1936; e Robert Norton, “Unintended consequences”, In *The Concise Encyclopedia of Economics*, disponível em: <<http://www.econlib.org/library/Enc/UnintendedConsequences.html>>, acesso em: 4.5.2012.

jurídico busca conter a *fuga* da responsabilidade. Em particular, adiante destaco o resultado dessas dinâmicas: (i) a dificuldade de empresas no recrutamento de integrantes para suas diretorias e conselhos de administração, (ii) o aumento do uso de estruturas de fachada (*laranjas*, *testas de ferro* etc.) e, finalmente, (iii) uma plausível redução da propensão para o investimento.

#### 6.3.2.1 Dificuldades no recrutamento de diretores e conselheiros

Há hoje ampla evidência de que bons candidatos a cargos de diretoria em empresas – inclusive aqueles que, pelas circunstâncias internas, seriam os candidatos *naturais* – declinam dos convites recebidos por conta dos riscos de responsabilização.<sup>117</sup> Como resultado, há uma série de aumentos de custos para as empresas por conta do seguinte: (i) da queda na qualidade dos administradores das empresas, (ii) nas grandes empresas, da crescente necessidade de contratação de seguro de responsabilidade civil para administradores e (iii) do aumento dos valores que as empresas precisam pagar a seus administradores para compensá-los pelos riscos de envolvimento com a empresa.

Problema similar ocorre no tocante ao recrutamento de membros para seus conselhos de administração. Tudo indica, aliás, que as dificuldades para recrutar conselheiros sejam até maiores do que as dificuldades para contratar diretores. É que os diretores estão pelo menos envolvidos com o dia a dia da empresa e por isso podem ter condições razoáveis para interferir nas decisões da empresa e monitorar sua situação. O mesmo não ocorre com os conselheiros. Embora em alguns casos estes sejam também grandes acionistas das empresas, em muitos

117. Vide, por exemplo, Alexandre Bertoldi, “Quando coragem é fundamental”, *O Estado de São Paulo*, 8.11.2010 (“cada vez mais os candidatos naturais a cargos de diretoria ou conselho de administração de empresas declinam dos convites recebidos, com receio da responsabilidade que isso possa acarretar. Começam a aparecer, e cada vez com mais frequência, ‘diretorias de fachada’, que são as oficiais e têm a responsabilidade formal no que diz respeito às contingências da sociedade, e ‘administrações de fato’, exercidas via conselhos de gestão ou conselhos consultivos. Enquanto uns são os responsáveis ‘de direito’, o poder é efetivamente exercido por aqueles que não aparecem. É, na prática, como se estivéssemos repaginando o velho conceito do ‘laranja’, justificando o ato pela necessidade de conseguir atrair e reter os talentos necessários para a administração adequada das empresas. Em muitos casos, principalmente em se tratando de investidores estrangeiros, complicadíssimas regras de governança corporativa são adotadas para se permitir, ao mesmo tempo, a participação na gestão e a eliminação da responsabilidade pessoal que dela decorre”).

casos são apenas pessoas de reputação ou conhecimento especial recrutadas pelas empresas para participar de decisões estratégicas.

De fato, há ampla evidência de que o risco de corresponsabilização pessoal tem dificultado em muito o recrutamento de profissionais desse tipo. Para se ter uma ideia da gravidade do problema, há até casos de funcionários do BNDES que tiveram contas bloqueadas via BacenJud em virtude de débitos trabalhistas de empresas em que o BNDES possui participação societária. Atualmente, há em alguns casos receio de parte desses funcionários de participarem dos conselhos (anote-se: os funcionários do BNDES estão proibidos de receber remuneração pela participação nos conselhos de administração).<sup>118</sup>

É bem verdade que os grandes conglomerados do País – mineradoras, bancos, empresas de telecomunicações, montadoras de automóveis, construtoras etc. – têm bem menos dificuldade para recrutar conselheiros. Não só porque podem pagar mais, mas porque seu risco de quebra é mais baixo. Afinal, mesmo quando seus negócios vão mal, grandes empresas costumam ser adquiridas por investidores dispostos a recuperá-las; e de mais a mais, a conjuntura política do País tem cada vez mais alçado os grandes grupos à condição de *campeões nacionais* – empresas estratégicas que desempenham um papel político importante, mas cujos dramas financeiros logo ensejam o providencial (embora duvidoso) salvamento pelo governo.

As empresas médias, por outro lado, não contam nem com a alta probabilidade da compra por concorrentes, nem muito menos com a promessa implícita de salvamento pelo governo. Mas ao contrário do que se imagina, a existência de um conselho de administração não é importante somente para os grandes grupos. Aliás, o conselho de administração pode ser importante até mesmo em empresas menores. Isso é particularmente verdade nas chamadas *start ups* – isto é, empresas inovadoras que buscam desenvolver novos negócios e produtos.

Essas empresas *start ups* necessitam fortemente de pessoas com habilidades e conhecimento específicos que possam integrar os órgãos de administração. O conselho de administração, em particular, tem muitas vezes a função de servir como árbitro para potenciais dilemas e querelas entre sócios. Acontece que o aumento dos riscos associados à função de conselheiro tem realmente inviabilizado a existência de conselhos. Isso é uma perda considerável para as empresas e para a atividade empresarial no País.

118. Ver “Bacen-Jud atinge executivo do BNDES”, *Valor Econômico* (22.8.2006).

### 6.3.2.2 Aumento do uso de estruturas de fachada

O aumento dos riscos e custos associados à realização de investimentos e ao recrutamento de diretores e conselheiros tem impulsionado fortemente a *fuga* da responsabilidade. Em particular, tem servido de combustível para a criação das mais variadas estruturas de fachada nas empresas. Há basicamente duas estratégias, que são simples, conhecidas, geralmente indesejadas, mas que estão inevitavelmente associadas ao tipo de esquema de responsabilidade empresarial que se vem consolidando no Brasil.

A primeira estratégia é a ocultação de patrimônio pessoal. Um sócio (ou administrador, ou contratante etc.) que não possui patrimônio em seu nome se torna, por assim dizer, imune à responsabilização. A segunda é a ampla utilização de laranjas e testas de ferro. O problema no Brasil é muito antigo, mas nos últimos anos tem se agravado. Assistimos cada vez mais a situações em que empresas recorrem a sócios de fachada, diretorias de fachadas e conselhos de fachada.

Nesse imenso *laranjal* que se vai formando, o aspecto curioso é o de que as estruturas de fachada não são criadas simplesmente para a realização de fraudes fiscais e outras “maracutaias”, mas para romper o problema da aversão ao risco de sócios que não desejam pôr em risco seu patrimônio pessoal por conta de um único investimento ou atuação como administrador. Como se vê, neste caso o paradoxo é o de que a reação à *fuga* da responsabilidade gera mais *fuga* da responsabilidade, em círculo vicioso de proporções potencialmente trágicas.

Um ponto adicional é o de que a dinâmica de criação de estruturas extravagantes afeta desigualmente os empresários menores e maiores. É que os primeiros têm, de um modo geral, menos recursos para criar e custear mecanismos societários complicados e caros. Para ilustrar: o mercado de *private equity* no Brasil está quase todo ele organizado a partir de estruturas societárias envolvendo empresas *offshore* (a bem da verdade, o principal motivo parece ser de natureza tributária). Manter algumas empresas *holdings* no exterior custa alguns poucos milhares de dólares ao ano, um custo relativamente pequeno quando se trata de grandes investimentos. O mesmo não pode ser dito de investimentos em pequenos negócios, para os quais alguns milhares de dólares são frequentemente uma despesa irrazoável e impagável. E não custa lembrar que são os pequenos negócios os principais empregadores do País, o que significa que os incentivar é também uma forma eficaz de realizar políticas sociais efetivas.<sup>119</sup>

119. Cf. Mariana Flores, “Micro e pequenas empresas alavancam contratação”, 2012, disponível em: <<http://www.agenciasebrae.com.br/noticia/13159205/>>

### 6.3.2.3 Redução da propensão para investir

As empresas são o veículo básico de articulação de capital e trabalho – logo, são necessárias para a geração de renda e riqueza para a sociedade. Entretanto, risco e retorno se relacionam diretamente: quanto mais arriscado o investimento, tanto maior terá que ser o retorno esperado para que valha a pena realizar o investimento. Como esse elevado retorno nem sempre é possível, o aumento do risco de responsabilização de sócio em alguns casos impede que legítimas e desejáveis atividades econômicas sejam postas em marcha.

Embora eu não possua dados estatísticos que me permitam quantificar ou mensurar a extensão desse fenômeno, e embora os níveis de investimento na economia dependam de muitos outros fatores para além da (por assim dizer) *infraestrutura jurídica*, é possível afirmar que existem casos em que investimentos deixam de ser feitos por conta dos riscos de responsabilização. Tais casos podem, assim, ser confortavelmente enquadrados nesta categoria de paradoxos da reação do sistema jurídico à *fuga* da responsabilidade.

### 6.3.3 Implicações

Além de representarem interessantes paradoxos, as situações acima trazem implicações muito importantes, a saber: (i) custos econômicos, (ii) danos à operabilidade do Direito e (iii) danos à legitimidade do Estado de Direito.

#### 6.3.3.1 Custos econômicos

Já sabemos, com base na análise desenvolvida no Capítulo 5, que a responsabilidade limitada potencialmente encoraja o empreendedorismo e o investimento, mas por outro lado pode permitir aos sócios realizarem fraudes e externalizarem os riscos de perda do negócio para os credores da empresa. Como há poucos dados sobre o tema, não é possível afirmar com certeza absoluta que o saldo econômico dessa grande renovação da responsabilidade empresarial em curso seja inequivocamente negativo.

Mas a fim de preparar o terreno para as soluções de compromisso que apresentarei no capítulo seguinte, desejo alertar ao leitor que é pelo menos concebível, senão mesmo provável, que esse saldo seja negativo.

ultimas-noticias/micro-e-pequenas-empresas-alavancam-contratacao/>, acesso em: 4.5.2012.

A redução da propensão para investir é, por si só, um custo econômico dos mais relevantes, e a situação se torna ainda mais preocupante quando consideramos que esses impactos são desproporcionalmente graves para pequenos empreendedores e para negócios inovadores. O mesmo pode ser dito da dificuldade de recrutamento de administradores, que além de gerar custos impede o aperfeiçoamento da governança corporativa das empresas.

### 6.3.3.2 Danos à operabilidade do Direito

Quando o Direito veda às pessoas a realização de fins socialmente legítimos, já estão desde logo dadas as condições para que a criatividade do advogado permita às partes atingirem seus objetivos por outros meios. O tema é sabido por todos, mas raramente tratado de forma aberta.<sup>120</sup> Fato é que esses mecanismos *heterodoxos*, fruto da criatividade jurídica, além de custosos, flertam com a informalidade. Por isso, podem ser uma espécie de porta de entrada para a fraude e a ilegalidade. Estruturas jurídicas indiretas ou de fachada criadas para atender fins legítimos andam lado a lado com outras feitas para fins escusos, como a sonegação fiscal, a lavagem de dinheiro, a corrupção nas suas mais variadas facetas e assim por diante. E nos casos concretos muitas vezes não é nada fácil diferenciar as estruturas indiretas legítimas das ilegítimas.<sup>121</sup> Isso quer

120. Ver, por exemplo, Márcio Tadeu Guimarães Nunes, *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 261 (argumentando que da existência de “toda sorte de exceções ao princípio da limitação da responsabilidade” os agentes econômicos produtivos são “forçados, em muitos casos, a caminhar para uma atividade quase informal”).

121. É possível tratar da questão sob uma perspectiva oposta: a atuação privada em espaços públicos pode ser particularmente benéfica e socialmente útil, mas também pode ser um meio para o desvio concreto de fins normativamente fixados. Cf. Fernando Henrique Cardoso, *Autoritarismo e Democratização*, São Paulo, Paz e Terra, 1975, p. 182: “Na cena política brasileira haveria que caracterizar dois tipos de organizações atuantes, ambas burocráticas, mas inseridas em contextos de dominação de nível, complexidade e sentido distintos. Uma, a Grande Empresa Privada, insere-se num contexto nitidamente supranacional (quando não antinacional). Outra, a Burocracia Pública (incluindo as Forças Armadas), tenderia a definir-se nos marcos da Nação. Entretanto, assim como a Burocracia Pública divide-se em facções políticas, no sentido mais amplo (ou seja, que se propõem fins e implementam medidas para alcançá-los em função dos setores de classe e grupos a que se ligam), é preciso pensar o sistema político em termos de anéis que cortam horizontalmente as duas estruturas burocráticas fundamentais, a Pública e a Privada. Dessa forma, partes das Empresas Públicas, ou melhor, da burocracia dessas empresas e seus dirigentes, podem ser captados pelo sistema de interesses das Empresas Multinacionais. O



dizer, ademais, que a proliferação de estruturas indiretas acirra também o problema da insegurança jurídica.

### 6.3.3.3 Danos à legitimidade do Estado de Direito

Muitas das mudanças de postura da jurisprudência e às vezes também do Legislativo no tocante ao regime de responsabilidade empresarial nos últimos anos foram imprevisíveis, agressivas do ponto de vista da tradição processual brasileira, incongruentes com lógica tradicional dos esquemas de responsabilidade e atingiram pessoas com os mais variados graus de ligação com empresas insolventes, inclusive pessoas que já haviam rompido os laços com empresas há muitos anos. Por conta disso, quebraram expectativas legítimas.

Embora o tema seja de todo complexo do ponto de vista teórico, pode-se dizer que a legitimidade de uma expectativa se liga a questões diversas como a tradição, a letra da lei, a jurisprudência, a cultura e a moral vigente. Quando esse conjunto de fatores leva uma pessoa a acreditar que possui um determinado direito ou imunidade, esse direito ou imunidade passa a constituir uma expectativa legítima.

Muito se fala dos incentivos perversos gerados pela mudança do regime de responsabilização de terceiros ligados à empresa – já tratei do tema anteriormente, e voltarei a tratar dele adiante –, mas por ora desejo apontar que a quebra de expectativas legítimas é um mal em si próprio. Ela compromete a confiança pública e gera a sensação de desmando ou de falta de lei, o que contribui para um mal-estar generalizado e uma sensação de desgoverno e de falta de ordem. Embora os revolucionários de plantão estejam sempre prontos a saudar tais circunstâncias como promissoras, parece-me que o caminho político de consenso no pacto constitucional de 1988 tenha sido o da evolução social organizada, algo que na seara empresarial está verdadeiramente em xeque.

## 6.4 *Resumo*

Regras jurídicas não são meros artefatos concebidos abstratamente em um mundo ideal, mas sim resultado de ações, crenças e estruturas localizáveis histórica e geograficamente. Por isso, as regras jurídicas não

mesmo pode ocorrer com diversos setores do Estado (ministérios, divisões, grupos executivos, etc.). Inversamente, parte do setor controlado pela Empresa Privada (inclusive seus órgãos de classe, como os sindicatos, federações, etc.) pode aliar-se com segmentos da burocracia estatal, formando um anel de pressão, e assim por diante”.

são apenas condicionantes exógenas (isto é, externas, vindas de fora do sistema) destinadas a ordenar as ações de agentes privados. Ao contrário, elas também são impulsionadas pelas circunstâncias em que se encontram esses agentes. Regra jurídica e comportamento dos agentes ligados à empresa têm por isso uma relação dialética.

Aqui, ilustrei o fenômeno da dialética na seara da responsabilidade empresarial iniciando pela análise do que chamei de *fuga da responsabilidade*. A *fuga da responsabilidade* não é um fenômeno novo. A fraude contra credores e o funcionamento inadequado dos sistemas de resolução de conflitos, para citar apenas dois exemplos, são circunstâncias tão antigas quanto as mais remotas referências do direito ocidental. Novos mecanismos, entretanto, têm contribuído para o *aprofundamento desse fenômeno*. Tratei com maior vagar, aqui, de cinco deles: a criação de empresas subsidiárias e coligadas, a securitização, a segregação de ativos no exterior, a utilização de *holdings* e o uso da personalidade jurídica para ocultar crimes.

Exemplifiquei a reação do sistema jurídico à fuga da responsabilidade a partir de elementos como a objetivação da responsabilidade empresarial, as novas demandas da regulação, a crescente dispersão do direito penal pela ordem jurídica, a difusão de reformas voltadas para a promoção da celeridade processual e as ondas renovatórias da teoria do Direito, como o neoconstitucionalismo e a revalorização do pensar funcionalista.

Esses movimentos nem sempre são precisos, e às vezes constituem verdadeiros paradoxos. Em vez de frear a *fuga*, atingem alvos inesperados, alheios mesmo ao problema em questão: nesse ponto, são postos em xeque não apenas os propósitos econômicos das ações políticas, mas também os fundamentos jurídicos da atividade estatal.

De particular relevância foi o aparecimento de dinâmicas perversas na empresa, como uma perceptível (embora não quantificada) redução da propensão para investir, certas dificuldades no recrutamento de diretores e conselheiros e um perceptível aumento do uso de estruturas de fachada. Daí advêm, concretamente, custos econômicos, danos à operabilidade do Direito e danos à própria legitimidade do Estado de Direito.

## 6.5 Conclusão parcial

A responsabilização de terceiros é geralmente tratada pelos juristas como um problema insular de cada ramo do Direito. É comum encontrar observações de que os pressupostos, amplitude e requisitos da responsa-

bilização de terceiros são distintos em cada ramo do Direito. Há evidentemente um tanto de verdade nessas observações. Afinal, a técnica, os tipos de argumento e de justificação são em boa medida diferentes em cada campo do debate jurídico. Contudo, o problema da coordenação eficiente de capital e trabalho na empresa transcende essa insularidade tão cara aos juristas. Daí a conveniência de pensar a responsabilidade empresarial de maneira mais global.

O conceito de dialética da responsabilidade empresarial captura uma dinâmica transversal aos diversos ramos do Direito. A dialética tal qual descrita aqui se constrói a partir do trinômio *risco de responsabilização, fuga da responsabilidade e reação à fuga*. O problema concretamente posto para a atividade empresarial é o de que esse processo em espiral tem levado a situações paradoxais, custosas para as empresas, danosas à operabilidade do sistema jurídico e, ademais, danosas até mesmo para a legitimidade do Estado de Direito.

Não é possível voltar na história. Embora essa ainda seja a bandeira de alguns, a retomada do esquema de responsabilidade que vigia à época da edição do celebrado Decreto 3.708, de 1919, tornou-se hoje impossível. A responsabilidade empresarial está agora irremediavelmente disciplinada em outros ramos do Direito que subscrevem a diferentes pressupostos jurídico-políticos. O nível de tributação atual é muitíssimo superior ao daquele tempo; a proteção ao trabalhador tem hoje *status* constitucional; e o Estado regulatório veio (aparentemente) para ficar. Por isso as hipóteses cada vez mais comuns de responsabilização em caráter objetivo são também um dado de realidade.

Por outro lado, não se pode ignorar que os paradoxos criados pela dialética da responsabilidade empresarial são bastante graves. Em paralelo a um processo civilizatório de melhoria gradual (embora lento) das condições de vida da população, assistimos hoje a uma situação em que a flexibilização da responsabilidade empresarial parece ter ido longe demais. Os custos para as empresas são reais, assim como também são reais a falta de previsibilidade na aplicação do Direito, o estado de relativa confusão da doutrina e da jurisprudência e a proliferação de um *laranjal* de estruturas de fachada e testas de ferro de todos os tipos que enfraquecem não só a atividade empresarial, mas o próprio Estado de Direito.

Em maior ou menor grau, esses paradoxos gerados pela transformação do sistema de responsabilidade empresarial brasileiro são conhecidos pela comunidade jurídica. No mínimo, é bem conhecido o fato de que terceiros têm sido responsabilizados por dívidas da empresa com

cada vez mais frequência. É igualmente bem conhecido o fato de que as soluções adotadas têm sido bastante polêmicas e razoavelmente incertas. De fato, vivemos um tempo de relativa insegurança jurídica em meio à acelerada transformação social. A reação mais comum, nesse contexto – e já se disse, tal é a reação dos inseguros –,<sup>122</sup> é afirmar a “crise” e deixar as soluções para depois. A Parte III desta obra tem a ambição de seguir caminho diferente, propondo um modelo dogmático que possa contribuir para o equacionamento desses problemas.

122. Novamente Rodolfo Sacco, “Metodo del diritto civile e scontri generazionali”, in *La Civilistica Italiana Dagli Anni '50 ad Oggi tra Crisi Dogmatica e Riforme Legislative*, Padova, CEDAM, 1991, p. 1.003: “O jovem vê crise por todos os lados. Mas quando alguém vê crise por todos os lados, a realidade é outra: a verdade é que este sujeito é inseguro. E por que as novas gerações são inseguras? Porque perderam o sistema, que era a bússola dos velhos”.

### PARTE III: O MODELO DOGMÁTICO

#### *Introdução*

CAPÍTULO 7 – *Responsabilidade como alocação de risco empresarial*

CAPÍTULO 8 – *Extensões ao modelo dogmático*

CAPÍTULO 9 – *Empresa privada e desenvolvimento*  
– *Uma visão para além do economicismo*

“Por outro lado, a consagração da ‘soberania’ das partes, a mais ou menos intensa ‘sacralização’ da autonomia, a mais ou menos irresistível prevalência social de paradigmas libertários e contratualistas, mesmo o mais acrisolado antipaternalismo, não podem, nem devem, fazer da resultante disciplina contratual uma área imune a interferências de critérios extrínsecos de justiça, pois isso corresponderia a uma pura e simples capitulação do Direito, traduzida na renúncia à supervisão dos interesses privados, ao menos sempre que esses interesses resolvessem optar pela autodisciplina contratual”.

Fernando Araújo

(*Teoria Económica do Contrato*,  
Coimbra, Almedina, 2007, p. 449)



## INTRODUÇÃO

É hora de apresentar soluções. Para tanto, tomo como ponto de partida as principais conclusões a que chegamos ao construir, anteriormente, nosso *juízo avaliativo*. No Capítulo 4, vimos que o novo contexto jurídico-político impõe ao intérprete o ônus de realizar uma verificação *consequencialista de controle de legitimidade* das soluções jurídicas encontradas. Isso não quer dizer que as formulações doutrinárias e decisões judiciais devam ser apenas consequencialistas; longe disso. Quer dizer, ao contrário, que é preciso articular as soluções jurídicas com os incentivos criados aos agentes privados, tudo isso como condição para que se possa efetivamente proteger valores constitucionalmente legitimados.

No Capítulo 5, vimos que a responsabilidade limitada traz vantagens e desvantagens econômicas. Logo, precisamos nos desfazer de qualquer visão idílica, tanto sobre a eliminação completa quanto sobre a restauração integral da responsabilidade limitada do sócio. A lição é simples: embora a responsabilidade limitada do sócio seja em geral desejável, não há remédio que cure todos os males nem solução perfeita. Daí fica, ademais, a sugestão de que a doutrina possa *refinar* o regime de responsabilidade empresarial, realizando um exercício de otimização através do qual se identifiquem arranjos institucionais que possam maximizar as vantagens e minimizar as desvantagens da responsabilidade limitada.

No Capítulo 6, vimos que no Brasil a reação do sistema jurídico à “fuga” da responsabilidade trouxe alguns resultados paradoxais: não apenas custos econômicos, mas também danos à operabilidade do Direito e, em certa medida, danos à própria legitimidade do Estado de Direito. A principal lição é a de que as vantagens e desvantagens de um regime de responsabilidade não se constroem em abstrato, mais sim dentro de um contexto jurídico-político concreto. Segue que qualquer tentativa de otimização deve ser contextualizada.

Diante disso, esta Parte III da presente obra se põe a formular um modelo dogmático que permita a melhor interpretação possível do nosso ordenamento jurídico. Esse modelo dogmático pode, assim, ser pensado como uma tentativa de *otimização contextualizada* das vantagens e desvantagens da responsabilidade limitada. Ele não substitui, mas complementa a discussão interpretativa do texto legal. Em outras palavras, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a Consolidação das Leis do Trabalho, o Código Tributário Nacional, a Lei Antitruste e assim por diante, *não serão meus pontos de partida*, tampouco minha *linha de chegada*, embora correspondam a elementos significativos do meu percurso.<sup>1</sup>

Insisto no ponto. Alguns talvez imaginem que as proposições que adiante serão apresentadas seriam meras sugestões *de lege ferenda*, ou seja, proposições daquilo que o Direito *deveria*, mas *ainda não pode* ser. Este texto, no entanto, deve ser lido de modo diferente: não como uma descrição idealista, um discurso nefelibata, um conjunto de proposições desligadas de uma nítida, inequívoca e desejável “autoridade da lei”, mas como um esforço de recuperação da complexidade da análise jurídica. Aqui há uma tentativa de elaborar, sem embargo das limitações (legítimas, mas nem sempre razoáveis) dos grandes códigos, uma reflexão jurídica efetivamente sistemática.

Divido o exercício da seguinte forma. O Capítulo 7 apresenta o modelo dogmático básico. Esse modelo parte da distinção entre credor voluntário e involuntário da empresa inadimplente. Ao cabo de ponderações adicionais sobre o modelo à luz do *problema da legalidade*, do *problema da legitimidade política do modelo*, dos *limites do paradigma econômico da eficiência estática* e de *considerações de natureza pragmática*, o modelo permite a enunciação de proposições de caráter prático-normativo.

Tomadas em conjunto, tais proposições acabarão por postular a possibilidade de responsabilização de sócios em caráter objetivo, ainda que sem base legal expressa, em algumas circunstâncias específicas no direito trabalhista (mas conforme sugerido, só até um certo limite que se toma emprestado da legislação falimentar), direito do consumidor e direito civil (especialmente quando há ilícito cível praticado pela

1. Vale observar que a hermenêutica jurídica nasceu antes das grandes codificações, modelo contemporâneo de legislação aberta ao intérprete. Cf. James Gordley, “*Ius civile* and civil codes: lessons from the romans”, *Loyola Law Review* 54, 2008, p. 555; antes, Pier Giuseppe Monateri, “Interpretare la legge”, *Rivista di Diritto Civile* 33, 1987, pp. 566-569.



empresa). No direito administrativo e tributário a base legal expressa é essencial, e em cima desse ponto tecerei algumas considerações – tudo, igualmente, a fim de poder enunciar proposições de caráter prático-normativo voltadas para o profissional do Direito.

O Capítulo 8 complementa o modelo. As conclusões apresentadas no capítulo anterior são ponderadas por *parâmetros para calibração de efeitos*, que consideram problemas relacionados (i) à extensão da responsabilidade, (ii) ao tipo de sócio e (iii) à natureza da empresa (aberta ou fechada) em que há participação societária. Também discuto regras para imputação de responsabilização a ex-sócio no caso de variação temporal do quadro societário. Finalmente, considero as situações de outros terceiros ligados à empresa, especialmente administradores, empresas do grupo econômico, contratantes e não contratantes indiretamente relacionados com a empresa.

O Capítulo 9 contém ponderações finais sobre a empreitada conduzida nesta obra. Argumento ser necessário fortalecer a livre-iniciativa não apenas por ser a empresa privada um veículo de produção eficiente, mas também por dois motivos adicionais e igualmente importantes: primeiro porque o florescimento da iniciativa privada está ligado a uma desejável *abertura* da nossa ordem social para não elites, e segundo porque a defesa da livre-iniciativa enquanto um valor constitucional segue sendo uma arma contra a tirania.



## Capítulo 7

# **RESPONSABILIDADE COMO ALOCÇÃO DE RISCO EMPRESARIAL**

*7.1 O modelo dogmático básico: 7.1.1 Responsabilização como técnica para alocação de risco; 7.1.2 A variável-chave: voluntariedade ou involuntariedade do crédito: 7.1.2.1 A precificação voluntária do risco – 7.1.2.2 Impossibilidade de precificação de riscos por vítimas de atos ilícitos – 7.1.2.3 Enunciação do modelo; 7.1.3 Externalização de risco e compensação ex ante facto: 7.1.3.1 Preços como mecanismos de transmissão de informações – 7.1.3.2 Preços e limitação de responsabilidade do sócio – 7.1.3.3 Implicação normativa do Modelo Básico. 7.2 Crítica ao Modelo Básico: 7.2.1 O problema da legalidade: 7.2.1.1 A imperatividade da lei – 7.2.1.2 Deve haver responsabilização por ato ilícito causador de dano – 7.2.1.3 As regras de imputação objetiva prevalecem; 7.2.2 O problema da legitimidade política: 7.2.2.1 O Modelo Básico generaliza demais – 7.2.2.2 Os ramos jurídicos autônomos não podem ser ignorados – 7.2.2.3 Limites do paradigma filosófico comutativo; 7.2.3 Alguns limites do paradigma econômico da eficiência estática: 7.2.3.1 A complementaridade da eficiência dinâmica – 7.2.3.2 Nem todo custo deve ser internalizado – 7.2.3.3 O substrato empírico do Modelo Básico é questionável; 7.2.4 O problema do Estado como credor. 7.3 O Modelo Básico refinado: 7.3.1 Credores voluntários privados: 7.3.1.1 Contratantes comerciais – 7.3.1.2 Empregados – 7.3.1.3 Consumidores; 7.3.2 Vítimas de ilícitos cíveis; 7.3.3 O Estado como credor: 7.3.3.1 O problema da legalidade, de novo – 7.3.3.2 Inadimplemento vs. ato ilícito da empresa – 7.3.3.3 Responsabilização tributária e dissolução irregular. 7.4 Resumo. 7.5 Conclusão parcial.*

Este capítulo apresenta um modelo dogmático baseado na noção de regime de responsabilização como técnica de alocação de risco empresarial. No item 7.1, formulo um modelo dogmático básico que diz respeito à responsabilização de sócios por dívidas da empresa. No item 7.2, critico esse *modelo básico*. No item 7.3, trato de refinar o modelo básico a fim de adaptá-lo ao contexto jurídico-político brasileiro, e a

partir disso formulo proposições doutrinárias para diversos ramos do Direito. Segue no item 7.4 um breve resumo do capítulo e, finalmente, no item 7.5, a conclusão.

Antes de ir adiante, convém que o leitor se atenha ao fato de que este capítulo deve ser lido em conjunto com o capítulo subsequente. O modelo desenvolvido neste Capítulo 7 permite formular proposições de caráter geral e aplicáveis a sócios de empresas, especialmente sociedades limitadas. Mas somente no Capítulo 8 tratarei sistematicamente de temas cruciais como a extensão da responsabilidade do sócio (por toda a dívida da empresa ou proporcionalmente à sua fração do capital social), os critérios de imputação a depender do tipo de sócio (notadamente, o sócio controlador ou minoritário) e os critérios de imputação a depender do tipo de empresa (fechada ou com ações listadas em bolsa).

Também deixo para o Capítulo 8 a discussão das responsabilidades de outras partes ligadas à empresa, particularmente os ex-sócios, administradores, empresas do grupo econômico, contratantes e não contratantes indiretamente relacionados com a empresa. Tudo isso é feito, enfim, de modo a implementar o propósito original desta obra, que é o de realizar uma reflexão abrangente da responsabilização empresarial que perpassa os principais ramos do Direito em que ela se articula.

### **7.1 O modelo dogmático básico**

Este item apresenta critérios para imputação de responsabilidade a sócios, e trata do tema como uma discussão sobre o melhor arranjo institucional para alocação de risco empresarial. Início apresentando sua premissa conceitual básica, a saber, justamente a de que a responsabilização é uma técnica para alocação de risco empresarial (item 7.1.1). A seguir, explico como a origem do crédito – voluntária ou involuntária – funciona como a variável-chave para o modelo dogmático (item 7.1.2). Finalmente, detalho esse modelo dogmático (a que me refiro, adiante, apenas como “Modelo Básico”) apresentando os conceitos de “externalização de risco” e “compensação *ex ante facto*” (item 7.1.3).

#### **7.1.1 Responsabilização como técnica para alocação de risco**

Longe de ser uma característica inerente à prática empresarial, a limitação de responsabilidade de sócios ao valor do capital social subscrito é mais proveitosamente concebida como uma técnica para alocação

do risco empresarial.<sup>1</sup> A limitação do risco do sócio significa, essencialmente, que uma parcela maior do risco empresarial será suportada por credores da empresa. É fácil perceber por quê: sob responsabilidade ilimitada, uma dívida inadimplida pela empresa é automaticamente redirecionada ao sócio; já sob responsabilidade limitada, essa mesma dívida se converte em perda do credor. No primeiro caso, o prejuízo é do sócio; no segundo, é do credor.

Em comparação com um regime de responsabilidade ilimitada, um regime de responsabilidade limitada pode ser concebido como um arranjo institucional cuja característica básica é a alocação de parcela maior do risco empresarial para credores, em vez de sócios.

Repare: sob um regime de limitação de responsabilidade, as dívidas da empresa são automática ou subsidiariamente imputadas aos sócios, independentemente da realização de ato ilícito por estes. Já sob um regime de responsabilidade limitada, as dívidas da empresa somente são imputadas aos sócios caso estes realizem atos ilícitos (por exemplo, abuso de forma como confusão patrimonial ou desvio de finalidade).

Ora, isso quer dizer que sob um regime de responsabilidade limitada o grau de controle dos sócios sobre o seu risco de responsabilização é bem maior do que sob um regime de responsabilidade ilimitada. Afinal, sob responsabilidade limitada os sócios somente arcarão com dívidas caso de fato pratiquem atos vedados pelo Direito. Como se vê, sob responsabilidade limitada os sócios suportam uma parcela menor – e sob responsabilidade ilimitada, uma parcela maior – do risco empresarial.

Dessa ótica, *o problema básico de um estudo sobre a responsabilidade de sócios é saber se, em que casos, e dentro de que limites, convém alocar riscos empresariais aos sócios ou aos credores.*

Já sabemos, como examinado no Capítulo 5, que a limitação da responsabilidade do sócio à integralização do capital subscrito traz quatro vantagens: (i) criam-se incentivos à diversificação de investimentos, (ii) criam-se incentivos à realização de investimentos por investidores avessos a risco, (iii) permite-se reduzir custos de monitoramento nas empresas e (iv) facilita-se transferências eficientes de controle societário. Por tudo isso, como explicado, um arranjo institucional prevendo responsabilidade limitada pode incentivar o investimento, o empreendedorismo, a livre-iniciativa e em alguma medida até a inovação.

1. Para uma discussão didática e voltada aos profissionais do Direito do tema da alocação de riscos, ver Otavio Yazbek, *Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, pp. 29-50.

Por outro lado, vimos também que a limitação de responsabilidade pode permitir aos sócios externalizarem os riscos do negócio. Isso quer dizer, concretamente, que a limitação da responsabilidade do sócio ao capital subscrito pode incentivar três comportamentos indesejáveis, a saber, (i) a realização de investimentos ineficientes, (ii) o baixo investimento em precaução e, principalmente, (iii) a utilização da pessoa jurídica de responsabilidade limitada como veículo para fraudes e outros ilícitos.

A discussão de vantagens e desvantagens tal qual descrita acima toma tipos extremos, ou “ideais” de regimes de responsabilidade. É possível e desejável, no entanto, apurar esses regimes. Isto é, encontrar soluções de compromisso, posições intermediárias e de otimização entre as duas posições polares da total limitação e da total ilimitação. É para isso que serve o Modelo Básico que formularei adiante.

### *7.1.2 A variável-chave: voluntariedade ou involuntariedade do crédito*

O Modelo Básico aqui apresentado toma como variável-chave para a alocação do risco de responsabilização a origem do crédito, particularmente quanto a serem os credores voluntários ou involuntários.

Credores voluntários são basicamente aqueles que adquirem deliberada e consensualmente um direito de crédito. O caso paradigmático é o do credor contratual. Quem empresta a prazo, por exemplo, torna-se credor do repagamento no prazo e nas condições ajustadas consensualmente com o devedor. Já os credores involuntários são basicamente aqueles que se tornam credores sem prévia deliberação ou acordo. O caso paradigmático é o das pessoas cujos créditos se originam em atos ilícitos (isto é, delitos civis) praticados pela sociedade. Explicarei como essa diferença entre tipos de credores (voluntários ou involuntários) informa o raciocínio, e, então, enunciarei o modelo.

#### *7.1.2.1 A precificação voluntária do risco*

É mais fácil compreender o conceito de precificação contratual de riscos ilustrando-o com um exemplo estilizado. Suponha que uma empresa deseje obter um financiamento bancário no valor de \$1.000.000. Suponha, ainda, que o sócio da empresa seja um homem muito rico e com uma história de crédito impecável. O banco aceita conceder à empresa um empréstimo nesse valor a juros relativamente baixos, mas desde que o sócio dê uma garantia pessoal para o empréstimo. Com a

garantia pessoal do sócio, o banco aceita cobrar da empresa uma taxa de juros idêntica àquela que cobraria caso emprestasse o dinheiro ao governo federal.<sup>2</sup> Digamos que essa taxa de juros seja de 10% ao ano.

Entretanto, considere agora que o sócio não esteja disposto a expor seu patrimônio pessoal a esse risco da empresa, e se recuse a dar a garantia pessoal. Para receber o empréstimo, então, a empresa oferece alguns dos seus próprios ativos como garantia, por exemplo um penhor de máquinas. Já se sabe, então, que para conceder o empréstimo de \$1.000.000 à empresa o banco exigirá uma taxa de juros maior. Quanto maior?

Para responder, o banco precisa estimar as chances de repagamento do empréstimo pela empresa. Suponha que o banco estime em 20% a probabilidade de que o empréstimo não seja pago pela empresa. E, apenas para simplificar os cálculos, suponha também que o banco estime que, na hipótese de inadimplemento da empresa, o banco não consiga (i) nem renegociar o empréstimo, (ii) nem executar com sucesso os bens dados em garantia.<sup>3</sup> Ou seja, para simplificar o raciocínio, estime simplesmente que haja 80% de chances do empréstimo de \$1.000.000 ser pontualmente pago e 20% de não ser pago. Se o empréstimo for pago, o banco recupera principal e juros; se o empréstimo não for pago, o banco não recupera nem principal, nem juros. Nesse cenário, pergunta-se: que taxa de juros o banco oferecerá à empresa?

Se houvesse uma garantia pessoal do sócio, o banco cobraria 10% ao ano de juros e consideraria zero as chances de não pagamento (porque caso a empresa não pagasse o empréstimo o banco se voltaria contra o sócio, e, por hipótese, apenas para facilitar o raciocínio, estamos pressupondo que esse sócio seja rico a ponto de minimizar completamente as chances de não recebimento do crédito pelo banco). Vale dizer que, com a garantia do sócio, o valor monetário esperado do empréstimo seria de \$1.100.000 (correspondente a 1 milhão em principal + \$100.000 em juros).<sup>4</sup> Por outro lado, sem a garantia do sócio, a chance de inadimplemento da obrigação contraída por meio do empréstimo sobe para 20%. Nesse cenário, repito, qual será a taxa de juros?

A resposta é: a taxa de juros será aquela que dê ao banco o mesmo resultado monetário esperado, isto é, \$1.100.000. Vale dizer que, para ter

2. O exemplo funciona da mesma forma com um sócio não tão rico ou mesmo bastante pobre. Apenas os números ficariam um pouco mais complicados.

3. Chegaríamos às mesmas conclusões teóricas se pressupuséssemos renegociação ou recuperação parcial do crédito através de execução das garantias; seria apenas mais trabalhoso.

4. Para uma explicação do conceito de valor monetário esperado, ver Capítulo 5.

a mesma rentabilidade esperada que obteria no caso do empréstimo com a garantia pessoal do sócio rico, o banco precisará calcular o valor que, quando multiplicado por 80%, resultará em \$1.100.000.<sup>5</sup> Esse valor é \$1.375.000. Afinal,  $0,8 \times \$1.375.000 = \$1.100.000$ . Isso quer dizer que, se não houver garantia do sócio, o banco terá que cobrar da empresa uma taxa de juros de 37,5% ao ano. Já se o sócio desse sua garantia, essa taxa de juros teria sido de apenas 10% ao ano.

O que esse exemplo nos diz? Em primeiro lugar, nos diz que a taxa de juros em um empréstimo é uma compensação não apenas pelo “aluguel” do capital, mas também pelo risco de que o devedor não retorne o dinheiro emprestado (isto é, pelo risco de crédito). Ou seja, o custo do dinheiro depende diretamente do risco de crédito do devedor e dos garantidores, e com melhores garantias pode-se cobrar uma taxa de juros menor. Em segundo lugar, esse exemplo mostra que quando credor e devedor negociam suas prestações e contraprestações, eles podem também “embutir” os riscos no valor e nas condições de suas prestações contratuais.

Essa segunda consideração é particularmente importante. No empréstimo com garantia do sócio, o banco cobraria uma taxa de juros de 10%; sem tal garantia, cobraria 37,5%. Essa diferença de 27,5% que o banco cobra a mais quando não há garantia do sócio pode ser adequadamente concebida como sua compensação pela limitação da responsabilidade do sócio. Vem daí uma implicação crucial: um banco ou outro credor comercial *voluntário* pode negociar condições contratuais que reflitam sua percepção de risco da empresa devedora.

Quando se generaliza essa observação, chega-se, então, a uma conclusão muito importante: credores voluntários podem negociar antecipadamente e embutir suas percepções de riscos no valor das prestações acordadas. O valor das prestações já reflete suas próprias percepções de risco e retorno.

#### 7.1.2.2 Impossibilidade de precificação de riscos por vítimas de atos ilícitos

Nem todos os créditos contra uma empresa surgem de maneira voluntária. Considere o caso da empresa que, em seu processo produtivo,

5. Apenas para que o leitor não se perca, 80% é a chance de repagamento e \$1.100.000 é o valor monetário esperado do empréstimo com a garantia pessoal do sócio.



contamina a água consumida pelos seus vizinhos. Esses moradores, então, processam a empresa pleiteando indenização financeira pelos danos causados à sua saúde e obtêm uma decisão judicial a seu favor. Tornam-se, portanto, credores da empresa. E, na acepção aqui adotada, diríamos mais: tornam-se *involuntariamente* credores da empresa.

Agora, comparemos a situação desses credores involuntários com a situação acima descrita do banco financiador. O banco era um credor voluntário que contratou com a empresa. A precificação do crédito levou em conta, entre outros fatores, os riscos do banco em função de existir, ou não, uma garantia dos sócios. Com a garantia dos sócios, a prestação contratual era mais baixa (na forma de juros mais baixos). Sem a garantia dos sócios, a prestação contratual era mais alta (na forma de juros mais altos).

Em um aspecto muito importante, a situação das vítimas de ilícitos cíveis (isto é, dos credores involuntários) é muito diferente da situação do banco. As vítimas de ilícitos cíveis que processam a empresa por danos causados à sua saúde não terão tido a possibilidade de negociar uma compensação pelos riscos causados à sua saúde pela poluição da empresa. Vale dizer: o risco de crédito que corre o banco pode, potencialmente pelo menos, ser precificado e compensado contratualmente. Mas é impossível que os riscos de crédito que correm as vítimas de ilícitos cíveis sejam compensados.

Insisto no ponto: ao contrário dos contratantes comerciais (bancos, por exemplo), as vítimas de atos ilícitos jamais poderão negociar antecipadamente com a empresa um desconto que as compense pelo valor monetário esperado de suas perdas futuras. Por exemplo, suponha que esses moradores afetados pela poluição da empresa sejam consumidores de mercadorias produzidas pela empresa. O preço que pagarão ao comprarem tais produtos será o mesmo a ser pago por outros consumidores que não são afetados diretamente pela poluição da empresa.

E há uma questão adicional, aqui de particular importância. O preço pago na aquisição desses produtos será o mesmo, *seja essa uma empresa de responsabilidade limitada ou de responsabilidade ilimitada*. Como se vê, vítimas de ilícitos cíveis estão em posição muito diferente daquela dos credores voluntários contratuais.

A conclusão é a seguinte: quando as partes podem voluntariamente negociar suas prestações e contraprestações, elas podem também “embutir” os riscos no valor e nas condições de suas prestações contratuais. Por outro lado, quando os créditos surgem involuntariamente, não há

contrato nem negociação, e por isso o credor não poderá embutir nas prestações o risco adicional correspondente à ausência da responsabilidade do sócio que surge sob um regime de responsabilidade limitada.

### 7.1.2.3 Enunciação do modelo

Com isso já temos elementos para enunciar o Modelo Básico,<sup>6</sup> cuja essência é dada por duas proposições: (i) diante de credores voluntários – empregados, consumidores, credores comerciais e credores financeiros – a responsabilidade limitada deve em princípio ser preservada, exceto quando os sócios tiverem agido ilícita e culposamente; e (ii) diante de credores involuntários – basicamente as vítimas de atos ilícitos da empresa – pode ser razoável responsabilizar os sócios independentemente de terem agido ilícita ou culposamente. Esse é o ponto de partida, mas ainda falta muito.

### 7.1.3 Externalização de risco e compensação ex ante facto

#### 7.1.3.1 Preços como mecanismos de transmissão de informações

Um banco pode fazer estimativas sobre as probabilidades de repagamento de um empréstimo (os bancos, justamente por isso, desenvol-

6. Esse Modelo Básico foi proposto originalmente por Richard Posner, cf. “The rights of creditors of affiliated corporations”, *University of Chicago Law Review*, v. 43, 1976, pp. 499-526. Sobre o tema, ver também Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 8ª ed., New York, Aspen Publishers, 2011, pp. 535-539. Para uma visão receptiva dessa teorização no Brasil, v. Fábio Ulhoa Coelho, “As teorias da desconconsideração”, in Heleno Taveira Tôres e Mary Elbe Queiroz, *Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 267-271; e Rachel Sztajn, “Sobre a desconconsideração da personalidade jurídica”, *RT*, vol. 762, 1999, p. 92 (aparentemente, no entanto, rejeitando algumas das prescrições da teoria de Posner ao afirmar que “os credores voluntários estariam mais protegidos com algum seguro de risco de insolvência, o que poderia ser alternativa para afastar a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica das sociedades” (...). mas reconhecendo, ao tratar do direito norte-americano, que, “no caso de responsabilidade civil por ilícito, os tribunais estão mais propensos a desconsiderar a pessoa jurídica do que no caso de contratos” por conta da “lógica econômica dos riscos”). Contrariamente à teorização de Posner, ver Ana Caroline Santos Ceolin, *Abusos na Aplicação da Teoria da Desconconsideração da Personalidade Jurídica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, pp. 105-106 (concluindo que o doutrinador não pode fazer ressalva quanto ao caráter das obrigações da empresa onde o legislador não o fez). Ver também Eduardo Secchi Munhoz, *Empresa Contemporânea e Direito Societário – Poder de Controle e Grupos de Sociedades*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, pp. 159-161 (examinando estudos norte-americanos que demonstram empiricamente que a jurisprudência daquele país não adota, na prática, as prescrições do modelo posneriano).

vem uma *expertise* na precificação do dinheiro no tempo). Mas será que outros credores contratuais também podem fazer esse tipo de estimativa? Por exemplo, suponha que uma empresa fornecedora de qualquer produto o venda para comercialização em lojinhas de bairro e grandes supermercados. Será mesmo razoável supor que todas as partes – o fornecedor, a loja de bairro e os supermercados – tenham realmente essa capacidade de precificar seus riscos?<sup>7</sup>

Aqui convém mencionar um ponto a que já aludi muitas vezes, e ao qual ainda retornarei. À exceção dos agentes financeiros, esse cálculo exato raramente é feito; e mesmo quando é feito, ele pode ser bastante impreciso. Preços são basicamente sistemas de transferência de informações, e não soluções para modelos matemáticos que tentam dar ao mundo uma simplicidade que ele não possui. Apenas para ilustrar, é possível (e, aliás, é comum) que o sócio decida pagar dívidas da empresa mesmo quando esta funciona sob responsabilidade limitada – e isso simplesmente para manter sua reputação no comércio.

Com as ferramentas que a humanidade possui hoje (e aqui incluo as ferramentas estatísticas e econométricas) ainda não é possível fazer uma mensuração absolutamente precisa das chances de adimplemento e inadimplemento. É bem verdade que, na opinião de alguns, os jogos computacionais no futuro poderão nos ajudar a caminhar muito no sentido de aumentar a calculabilidade dos fatos. Mas o fato é que ainda não chegamos lá.

De qualquer forma, é aceitável postular que nas relações contratuais haja uma estimação sobre a solvência dos credores, e que tal estimação esteja refletida no valor das prestações. Isso é verdade, reitere-se, a despeito de limitações cognitivas, estatísticas, e também a despeito dos vieses distorsivos das pessoas de um modo geral. A teoria contratual, no fundo, constrói-se sobre essa premissa.<sup>8</sup>

7. Sobre o tema ver Fernando Araújo, *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 449-450 (notando que “a formação do consenso gera a favor do contrato uma presunção de justiça substantiva que deriva, por sua vez, da presunção de que é possível às partes discernirem e coordenarem a realização comutativa dessa justiça”; porém “o acatamento das regras formais de jogo não assegura resultados, e por isso não exclui todas as práticas lesivas e fraudulentas”).

8. Cf. James Gordley, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 361-362 (elucidando como a formação do preço em mercado reflete fatores como “necessidade, escassez e custo” dos bens de mercado; sendo esse último fator, o custo, resultado do trabalho, gastos e risco envolvidos na produção).

Um comerciante vende a prazo para diferentes clientes a diferentes preços, e é normal e razoável que proceda desse modo. Não é por outra razão que nosso velho Código Comercial exigia que os “costumes da praça” fossem levados em conta na resolução de controvérsias.<sup>9</sup> Por exemplo, o fornecedor provavelmente aceitará vender a prazo para os grandes supermercados (cujo risco de crédito é baixo), mas talvez exigirá pagamento à vista nas suas vendas às lojinhas de bairro (cujo risco de crédito é geralmente mais alto). Ou então o fornecedor poderá simplesmente cobrar preços diferentes de cada um deles, oferecendo descontos maiores para os maiores clientes, como é comum. E o fornecedor poderá, ademais, exigir da pequena lojinha que, para vender a prazo, lhe seja dada uma garantia pessoal do sócio.

#### 7.1.3.2 Preços e limitação de responsabilidade do sócio

Lembre-mos que estamos aqui a tratar do aumento do risco de credores que surge por conta da limitação de responsabilidade do sócio. O ponto que desejo enfatizar, então, é o seguinte: se o aumento do risco de crédito (devido à limitação de responsabilidade do sócio) está desde logo refletido no valor da prestação contratual – por exemplo, na forma de um preço um pouco mais alto ou de uma condição de pagamento um pouco diferente –, então há plena compensação. Na terminologia econômica, dizemos que na relação entre as partes não há “externalização de riscos”.<sup>10</sup>

Quando o risco adicional pela limitação de responsabilidade do sócio está precificado e embutido na prestação contratual, pode-se dizer, ademais, que o credor obteve uma *compensação ex ante facto*. Como se vê, a *compensação ex ante facto* é comparável a uma perda sofrida por um indivíduo que, voluntariamente, compra um bilhete de loteria e não leva o prêmio. Cada perda é o resultado de uma aposta voluntária que é plenamente compensada no momento da compra do bilhete de loteria. É como se a pessoa que comprasse o bilhete de loteria tivesse consentido com a perda potencial.

9. Código Comercial, art. 131: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:” (...). 4 – “o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretende dar às palavras”.

10. Cf. Capítulo 5.

### 7.1.3.3 Implicação normativa do Modelo Básico

Se tudo isso é verdade, então é possível concluir que a *compensação ex ante facto* pelo incremento de risco gerado pela ausência de responsabilidade do sócio é expectável nas obrigações que surgem a partir de relações voluntárias (especialmente em contratos), mas não nos créditos que surgem involuntariamente (como em um dano sofrido por um consumidor que utiliza produto defeituoso). A implicação normativa que daí se tira é a seguinte: em empresas operando sob um regime de responsabilidade limitada, se não há ardil ou fraude, somente os credores involuntários (mas não os voluntários) podem judicialmente exigir a responsabilização do sócio.

## 7.2 Crítica ao Modelo Básico

O Modelo Básico fornece uma plataforma organizada para se refletir globalmente sobre o problema da responsabilização de terceiros. Embora útil, tal modelo é, todavia, insuficiente para pautar uma doutrina jurídica a respeito das circunstâncias em que sócios devem ser responsabilizados por dívidas da empresa. No Capítulo 5 analisamos diversos dos problemas enfrentados pela formulação de modelos econômicos pautados pela Teoria dos Custos de Transação para a solução de problemas ligados à responsabilidade empresarial.<sup>11</sup> Adiante generalizarei aquela discussão. Mostrarei que as dificuldades do Modelo Básico decorrem principalmente de quatro motivos: um de natureza estritamente jurídica, o segundo ligado à legitimidade política do Estado brasileiro, o terceiro relacionado aos limites do paradigma econômico subjacente ao Modelo Básico e o quarto de natureza pragmática.

### 7.2.1 O problema da legalidade

Na concepção ocidental, a noção de Estado de Direito pressupõe que todas as ações possam ser justificadas com base em uma lei estatal. Não há Estado de Direito sem vinculação ao texto de lei. Posto como está, portanto, o Modelo Básico pode ser, no máximo, uma proposição de *lege ferenda*, isto é, uma aspiração sobre o que a lei deve, mas ainda não pode ser. A elaboração de uma doutrina requer, portanto, que o texto legal seja parte do percurso argumentativo. A Economia, Filosofia e Sociologia não bastam.

11. Cf. Capítulo 5, item 5.2.2.3.

### 7.2.1.1 A imperatividade da lei

Um refinamento do Modelo Básico que articulamos acima parte da observação de que as soluções doutrinárias a ser apresentadas deverão estar vinculadas ao texto da lei. Caso contrário, afastamo-nos do Estado de Direito. Isso quer dizer pelo menos que (i) as disposições claras e inequívocas da lei devem em princípio prevalecer e (ii) a lei deve fazer parte do percurso argumentativo das soluções doutrinárias apresentadas.

### 7.2.1.2 Deve haver responsabilização por ato ilícito causador de dano

Toda pessoa responde por danos ilícitos e culposamente causados a terceiros. Esse é o conhecido preceito do *alterum non laedere*, que determina respeitarem-se as pessoas e bens alheios, conforme preceitua o art. 927 do Código Civil. Esse preceito é aplicável a qualquer um, inclusive ao sócio (mas também ao administrador, contratante etc.) da empresa. Evidentemente, esse preceito geral se aplica tenha o dano se produzido em meio a uma relação originalmente voluntária (um contrato, por exemplo) ou involuntária (um ilícito cível, por exemplo). Mesmo os mais entusiastas defensores de um estrito regime de limitação da responsabilidade concordam que é correto responsabilizar sócio por comportamento abusivo ou fraudulento,<sup>12</sup> sendo certo que o desvio de finalidade e a confusão patrimonial já bastam para esse fim.

### 7.2.1.3 As regras de imputação objetiva prevalecem

O Modelo Básico sugeriu que, em empresas operando sob um regime de responsabilidade limitada, somente os credores involuntários (mas não os voluntários) podem judicialmente exigir a responsabilização do sócio. Mesmo que se aceite essa ideia como um ponto de partida, disposições expressas da lei imporão, em alguns casos, condicionantes intransponíveis. A situação mais clara surge quando houver disposição legal expressamente determinando a responsabilização objetiva (isto é, independentemente da culpabilidade) do sócio por dívida da empresa.

A Lei 9.447/1997 oferece um bom exemplo. Esta determinou a responsabilidade solidária de controladores de instituições financeiras

12. Ver, e.g., Fernando Schwarz Gaggini, *A Responsabilidade dos Sócios nas Sociedades Empresárias*, São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito, 2013, p. 111 (“o benefício [da limitação de responsabilidade do sócio nas sociedades limitadas] não é absoluto, pois é destinado, exclusivamente, a proteger o sócio de boa-fé e honesto, mas de má sorte em seus negócios”).

submetidas a regime de intervenção, administração especial temporária e liquidação extrajudicial. Pode-se até questionar, do ponto de vista econômico ou político, se a lei é desejável: isso faz parte do debate político e econômico. Mas não vejo como sustentar, juridicamente, que somente os credores involuntários possam buscar a responsabilização dos sócios controladores nas hipóteses inequivocamente previstas na Lei 9.447/1997.

Generalizando, tem-se então que a lei poderá inequivocamente estabelecer a responsabilidade objetiva de terceiro, inclusive de sócio. Quando isso ocorre, os sócios são responsáveis por dívidas da empresa perante quaisquer credores, sejam eles voluntários ou involuntários.

### 7.2.2 *O problema da legitimidade política*

#### 7.2.2.1 O modelo básico generaliza demais

A mera caracterização de um credor como “voluntário” ou “involuntário” esconde uma série de diferenças entre os integrantes de cada um desses dois grupos. Por exemplo, tanto os contratantes comerciais quanto os empregados podem, a rigor, ser considerados credores voluntários. Afinal, comerciantes contratam entre si, o mesmo ocorrendo entre empresas e empregados.

Contudo, no Brasil, por diversos motivos, inclusive a existência de um regime jurídico próprio, tornou-se inescapável analisar contratantes e empregados separadamente. Isso quer dizer que é preciso refinar a categoria de credores “voluntários” para encontrar, dentro desse grande grupo, critérios que tenham no contexto atual a necessária legitimidade política.

#### 7.2.2.2 Os ramos jurídicos autônomos não podem ser ignorados

Todo o esforço empreendido nesta obra tem sido no sentido de tratar o tema da responsabilização empresarial de terceiros de forma holística e verdadeiramente sistemática. Mas o emprego de um olhar mais global não afasta a necessidade de considerar não apenas as regras, mas também certos pressupostos políticos subjacentes a cada campo do Direito. Isto é, não é possível fazer doutrina olhando o Direito apenas *de fora para dentro*; é preciso também fazer o percurso *de dentro para fora*.

Uma coisa é aceitar a necessidade de integrar considerações de natureza econômica na discussão do regime de responsabilidade em-

presarial – o que me parece correto.<sup>13</sup> Outra coisa muito diferente seria sustentar que o texto de lei deva ter apenas um papel opinativo no sistema jurídico, ou mesmo que possa ser ignorado. Isso não é aceitável, porque o decisor deve continuar vinculado à letra da lei. Mesmo uma visão pragmática do Direito como a que defendo aqui não autoriza o intérprete a ignorar o texto legal ou a tratá-lo apenas como uma alegoria. Segue que em cada campo do Direito será necessário ter em conta as leis especificamente aplicáveis, e não será lícito ignorar nem a doutrina, nem a jurisprudência existentes (embora seja possível delas justificadamente divergir). O Modelo Básico, na forma preliminar acima enunciada, provavelmente causará arrepios, digamos, nos profissionais das áreas de direito trabalhista e de direito do consumidor, e esse não é um dado irrelevante.

#### 7.2.2.3 Limites do paradigma filosófico comutativo

Um modelo pautado apenas pela distinção entre credores voluntários e involuntários está em relativo descompasso com a filosofia política inspiradora da Constituição Federal de 1988. Por isso, falta-lhe pragmaticidade – porque um modelo só será prático se for exequível, e para ser exequível tem que espelhar visões aceitáveis na sociedade.

A distinção entre credores voluntários e involuntários talvez esteja, em última análise, fundada na separação aristotélica entre a justiça comutativa voluntária e a justiça comutativa involuntária.<sup>14</sup> Essa distinção, feita no interior de um mesmo gênero, a comutação, traduz um critério de igualdade aritmética aplicável ao reequilíbrio de trocas deliberadas, como contratos, e de trocas acidentais, como atos ilícitos causadores de danos. Importará, nesses casos, apenas o valor econômico dos ganhos e das perdas, que, de modo aritmético – ou seja, por meio de simples operações numéricas –, servirá de parâmetro para o reequilíbrio. Há um longo debate, tanto filosófico quanto jurídico, sobre como calcular esses valores – tornar comensuráveis coisas que a rigor não são –, mas esse não é, a meu ver, o principal problema.

O desafio é bem mais fundamental: a moderna estrutura de produção e circulação de riqueza caracteriza-se também por estruturas pau-

13. Desenvolvo essa ideia em Mariana S. Pargendler e Bruno M. Salama, “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”, *Revista de Direito Administrativo*, n. 257, Rio de Janeiro, Brasil, 2013.

14. Cf. James Gordley, *Foundations of Private Law, Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, cit., p. 160.



tadas antes pela *distribuição* que pela *comutação*.<sup>15</sup> Nesses casos, um modelo baseado exclusivamente em igualdades aritméticas pode não ser suficiente para lidar com problemas práticos.<sup>16</sup>

Como procurarei destacar no texto que segue, características particulares dos agentes econômicos – se quiséssemos usar a terminologia aristotélica, os “méritos” –, tais quais a categoria do credor em questão ou a estrutura da empresa devedora, passam a ser fundamentais para a determinação dos regimes de responsabilidade. O que passa a estar em jogo, então, é a justiça distributiva.<sup>17</sup> Isso não quer dizer que visões libe-

15. Nesse sentido, José Manoel de Arruda Alvim Netto, “A evolução do Direito e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na busca do equilíbrio entre culpa e risco na fundamentação da responsabilidade civil: estudo de caso sobre a responsabilidade por fato de terceiro”, in Ana Frazão e Gustavo Tepedino, *O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 167 (“[m]uitos direitos suscetíveis de lesão não mais se contentavam com a realização da justiça simplesmente comutativa; era preciso voltar os olhos para critérios respaldados por um ideal de justiça distributiva, fundado na solidariedade social. A expansão das atividades que acarretam risco aos indivíduos e a sociedade em geral parece compatibilizar-se melhor com um critério reparativo que, ao invés de obrigar que ‘cada um dê ao outro aquilo que lhe é devido’, cuida de distribuir os recursos de maneira mais equilibrada possível, de tal modo que ‘a própria sociedade se encarregue de equilibrar as perdas ocasionadas aos indivíduos’”).

16. Essa ideia, aliás, encontra respaldo inclusive entre alguns expoentes da Análise Econômica do Direito. Cf. Guido Calabresi, “About law and economics: a letter to Dworkin”, *Hofstra Law Review* 8, 1980.

17. Concorde, nesse particular, com a observação de Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, em *O Poder de Controle na Sociedade Anônima* (1976), 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 486, quando notam que “[p]arece fundamental, portanto, buscar um caminho intermediário que permita aliar à eficiência a justiça distributiva”. Concorde, igualmente, com os mesmos autores quando defendem a “análise econômica em sentido próprio, que visa a análise de resultados e não a definição do direcionamento legal” (p. 482). No mesmo sentido, Eduardo Secchi Munhoz, *Empresa Contemporânea e Direito Societário – Poder de Controle e Grupos de Sociedades*, cit., p. 24 (“A conclusão de que a escola econômica é desprovida de valor como teoria política do Direito não lhe retira a utilidade, porém, como instrumental de análise (...). Nesse sentido, o estudo do direito societário não pode prescindir da análise do efeito econômico de seus institutos e regras”). Já me posicionei no passado de forma convergente em diversos trabalhos, inclusive em Bruno Meyerhof Salama, “De que forma a Economia auxilia o profissional e o estudioso do Direito?”, *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, 2010, p. 6 (“o ponto central da análise econômica do direito não é saber se a eficiência pode ser igualada à justiça; ela não pode. A questão é pensar como a busca da justiça pode se beneficiar do exame de prós e contras, dos custos e benefícios”). Por outro lado, entendo que haja paralelos importantes entre o debate sobre o justo na seara jurídica e a eficiência.

rais serão necessariamente ignoradas. Significa apenas que não poderão ser naturalizadas. Isto é, justificadamente é possível retomar postulados liberais. Mas não é possível fazê-lo apenas sob o manto da tradição ou da autoridade.

### 7.2.3 *Alguns limites do paradigma econômico da eficiência estática*

#### 7.2.3.1 A complementaridade da eficiência dinâmica

O tema da alocação ótima de riscos diz respeito àquilo que em economia se chama de eficiência “estática”, porém esse tipo de raciocínio tem limites. A eficiência estática considera custos e benefícios em um dado momento, mas deixa de lado os incentivos e efeitos esperados no longo prazo.<sup>18</sup> Já a eficiência “dinâmica” busca balancear as preocupações de curto e longo prazos, e por isso seu foco é mais amplo: em vez de girar em torno da alocação ótima de recursos e riscos em um dado momento, preocupações de eficiência dinâmica atribuem também um grande peso às condições que possam fomentar o desenvolvimento econômico ao longo do tempo.

#### 7.2.3.2 Nem todo custo deve ser internalizado

A discussão dos arranjos institucionais acerca da responsabilidade de sócios exclusivamente sob o ponto de vista da eficiência estática deixa de lado um fato importante. Pode ser socialmente indesejável que as empresas internalizem os custos e riscos de todas as suas atividades. Em muitas situações, a sociedade tolera ou mesmo encoraja agentes econômicos a externalizarem custos e riscos. Por exemplo, a produção de automóveis traz uma série de externalidades, não só durante o processo produtivo, mas também porque a própria circulação de automóveis traz uma série de outros danos, inclusive acidentes e poluição. Mas em vez de banir a produção de automóveis, a sociedade a incentiva, e isso por

Cf. Bruno Meyerhof Salama, “O que é pesquisa em Direito e Economia?”, *Caderno Direito GV*, n. 22, mar. 2008 (“O desperdício de recursos é, no mínimo, indesejável. Há, portanto, algo de intuitivo no emparelhamento entre eficiência (que corresponde à ausência de desperdício) e justiça”).

18. Sobre o tema, cf. Bruno Meyerhof Salama, “The art of law & macroeconomics”, 74 *University of Pittsburgh Law Review*, 2, 2012 (notando que a Análise Econômica do Direito originalmente se preocupava quase de modo exclusivo com questões de eficiência estática, mas a partir da década de 1990 a eficiência dinâmica passou a ocupar um espaço cada vez mais relevante).

vários motivos, inclusive o de que a produção e a circulação de automóveis geram empregos e principalmente impostos.

De fato, a atividade produtiva das empresas gera externalidades negativas e positivas. Dito de forma simples: os sócios não sofrem todos os custos (ou males) gerados pelas suas empresas; mas tampouco se aproveitam de todos os benefícios gerados por elas. Antes de tudo, não nos esqueçamos de que as empresas pagam impostos, de modo que o Estado é, em termos econômicos, uma espécie de “sócio” das empresas. E adiante-se: como vimos no Capítulo 3, trata-se de um sócio bastante guloso.

Além disso, as atividades das empresas geram uma série de *transbordamentos*, isto é, há muito conhecimento que se produz em uma empresa que acaba sendo transferido às demais, e indiretamente à sociedade (pense, por exemplo, no caso de um empregado que aprende um ofício ou uma técnica produtiva e a repassa à empresa concorrente quando troca de emprego).

É preciso, portanto, ter cuidado ao se tratar de questões na base da internalização e externalização de riscos e custos, principalmente porque (i) as atividades econômicas nas empresas geram externalidades negativas, mas também externalidades positivas e (ii) não é possível mensurá-las todas corretamente.

### 7.2.3.3 O substrato empírico do Modelo Básico é questionável

É aceitável imaginar que nas relações contratuais haja uma estimação sobre a solvência e os riscos das partes com quem se contrata, e que essa estimação esteja refletida no preço das prestações. Para levar a sério essa hipótese não é preciso pressupor plena racionalidade, nem ausência de assimetrias informacionais, nem muito menos mercados perfeitamente competitivos. Por outro lado, daí não segue que os cálculos e a compensação *ex ante facto* de que viemos falando ocorram sempre nem que as estimações sejam perfeitas.<sup>19</sup>

19. Em *O Novo Direito Societário*, São Paulo, Malheiros Editores, 4ª ed., 2011, p. 266, Calixto Salomão Filho afirma que “a análise evolutiva das taxas de juros bancários não demonstra uma diferença entre taxa de risco exigida pelos bancos para as sociedades com e sem responsabilidade”. O mesmo é dito em Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima* (1976), cit., p. 485. A base indicada para a afirmação é o artigo “Stellungnahme von M. Lehmann”, de autoria não informada, publicado em 1985 em ZGR, p. 382. Essa observação de Salomão Filho é consistente com alguns dos estudos que mencionei no Apêndice 2 ao Capítulo 5. Por outro lado, de se notar que existem no Brasil inúmeros estudos indicando que a taxa de juros nos empréstimos é impactada pela

Seguem daí duas ideias. Primeiro, para além da macrodistinção entre credores voluntários e involuntários, convém refinar a aplicabilidade do Modelo Básico para cada tipo de credor da empresa. Disso se cuidará minuciosamente logo adiante. Segundo, ainda que se descarte o Modelo Básico como *justificativa* (por conta da ausência de evidência conclusiva da sua validade empírica), é possível manter suas principais *prescrições* (isto é, em síntese, a distinção básica entre credores voluntários e involuntários como ponto de partida, mesmo que sujeita a refinamentos).<sup>20</sup> Para tanto, basta reconhecer, em linha com as conclusões do Capítulo 5 desta obra, que as prescrições do Modelo Básico são consistentes com uma defesa moderada da eficiência econômica da responsabilidade limitada e com uma interpretação teleológica do ordenamento jurídico brasileiro.<sup>21</sup>

#### 7.2.4 O problema do Estado como credor

Finalmente, é preciso notar que o Modelo Básico não dá conta adequadamente da maioria das situações em que a posição de credor da

qualidade das garantias (cf., e.g., Pedro Fachada *et al.*, *Sistema Judicial e Mercado de Crédito no Brasil*. Notas Técnicas do Banco Central do Brasil, n. 35, 2003, entre muitos outros). De fato, hoje está plenamente demonstrado que a existência de mecanismos eficientes para a recuperação do crédito explica a menor taxa de juros e o maior volume de crédito no caso dos financiamentos para automóveis, das operações de *vendor* e dos ACCs, comparativamente ao que se observa no caso do crédito pessoal, cheque especial e conta garantida (cf. Aloísio Araújo e Eduardo Lundberg, “A nova legislação de falências – uma avaliação econômica”, in Luiz Fernando Valente Paiva (org.), *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005). Ora, como vimos, a responsabilidade ilimitada se assemelha, funcionalmente, a uma garantia ou seguro implícito; daí inclusive a formulação de Comparato sobre *obrigações de garantia* discutida em Fábio K. Comparato, *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Capítulo 2, “Obrigações de meios, de resultado e de garantia”, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 537.

20. Esse percurso parece ser similar ao de alguns dos societaristas brasileiros. Cf., e.g., Salomão Filho em *O Novo Direito Societário*, São Paulo, cit., p. 272: “Assim se podem individualizar dois grupos de credores, cada um deles internamente heterogêneo (...). O primeiro grupo é composto pelos credores profissionais ou institucionais, geralmente instituições financeiras. (...). O segundo grupo, ao contrário, é composto [por] tanto os credores de delito, que não negociaram com a sociedade, como os credores que tiveram a possibilidade teórica mas não efetiva de informar-se sobre a situação da sociedade – ou, em termos mais técnicos: não têm o dever de informar-se em face de seus escassos meios econômicos e do alto custo da informação”.

21. Até porque, para referir-me à obra de Calixto Salomão Filho novamente, “[a] vinculação do insucesso econômico do empresário à sua ruína pessoal é sem dúvida um *custo muito alto* que desincentiva a atividade empresarial” (cf. *O Novo Direito Societário*, cit., p. 241).

empresa é ocupada pelo Estado. Quando um ente estatal negocia contratualmente com uma empresa é até possível conceber a existência de compensação *ex ante facto* pelo aumento de risco gerado pela limitação de responsabilidade do sócio. Mas, por exemplo, considere a situação em que o Estado figura na qualidade de credor de um tributo não pago: seria o Estado, nesse caso, um credor voluntário ou involuntário?

Aparentemente, pode-se argumentar que a dívida tributária põe o Estado simplesmente na posição de credor involuntário. Afinal, a tributação decorre de mera incidência da lei sobre ato unilateral, e não de acordo negociado entre Estado e empresa. Também por isso, o Estado não pode ser compensado *ex ante facto* por qualquer aumento de risco de inadimplemento. Portanto, inexistindo responsabilidade dos sócios, estes teriam incentivos para subcapitalizar as empresas, gerando distorções relativamente às empresas capitalizadas, como sugerido pelo Modelo Básico. Daí a conveniência de corresponsabilizar sócios.

Mas essa analogia entre o Estado e um credor involuntário privado é bastante imperfeita. Primeiro, é o próprio Estado o ente a fixar as condições de incidência dos tributos (alíquota, fato gerador e base de cálculo). Segundo, atribui-se ao Estado (inclusive por conta de disposição constitucional) uma função promocional da atividade econômica, e por conta desta talvez caiba ao Estado suportar certas perdas perante alguns devedores a fim de incentivar a atividade econômica como um todo.

Adiante, ao refinar o Modelo Básico, retomarei o exame das situações em que o Estado figura como credor da empresa. Por ora, adianto apenas que a utilização do Modelo Básico para reger tais situações deve ser feita com grande cautela.

### 7.3 O modelo básico refinado

Diante das críticas apresentadas no item 7.2 acima, não há outra alternativa senão buscar *refinar* o Modelo Básico, de modo a integrar aspectos jurídicos, políticos e econômicos necessários para o aprimoramento da disciplina jurídica da responsabilidade empresarial de sócios no contexto brasileiro. Só assim poderemos elaborar uma doutrina que seja juridicamente consistente, contextualizada e que conduza a resultados eficientes. É esse o meu objetivo adiante.

Para tanto, além de integrar as críticas formuladas ao Modelo Básico, tratarei da situação do Estado em separado dos demais credores privados. Divido o exercício da seguinte forma. Início analisando a posição de credores voluntários privados (item 7.3.1). A seguir, passo

ao exame da situação das vítimas de ilícitos cíveis (isto é, dos credores involuntários privados – item 7.3.2). Finalmente, discuto a situação do credor público, isto é, do Estado ocupando a posição de credor de empresas privadas (item 7.3.3).

### 7.3.1 *Credores voluntários privados*

Nem todo credor voluntário está em condições de se compensar *ex ante facto*, isto é, de embutir no preço e nas condições do contrato os riscos relativos à solvência da empresa devedora. A capacidade de precificar e embutir os riscos de perda no valor das obrigações voluntariamente assumidas depende de diversas considerações sobre o credor, duas das quais são particularmente importantes: (i) da sua capacidade de precificar riscos e (ii) do seu poder de barganha.

A capacidade de precificar riscos depende principalmente de terem os credores voluntários acesso a informações da empresa e capacidade de processarem tais informações. As informações de que ora falamos são aquelas que permitem estimar (aproximadamente, pelo menos) as chances de quebra da empresa e a consequente redução da capacidade da empresa de honrar os compromissos acertados com os credores. Informações desse tipo são necessárias para estabelecer o valor da compensação *ex ante facto* a ser embutida nas prestações da relação contratual.

Já o poder de barganha depende principalmente da demanda da empresa pelo bem ou serviço ofertado pelo contratante.<sup>22</sup> De nada adianta um credor ser capaz de precificar com alguma precisão o valor da compensação *ex ante facto* que lhe cabe pelo aumento do risco de solvência dos seus créditos se não dispõe, na prática, de força para exigir a correspondente elevação da prestação da empresa.

A depender principalmente dessas duas considerações – uma informacional, outra de força de negociação – um credor voluntário terá condições (ou não) de efetivamente se compensar *ex ante facto* pelo aumento do risco gerado pela limitação da responsabilidade do sócio. No entanto, essa observação deve ser qualificada: isso só ocorrerá se o credor tiver informações e poder de barganha suficientes.

22. Discuti detalhadamente a chamada “teoria da barganha” em outros trabalhos. Ver Bruno Meyerhof Salama e Daniel Benoliel, “Towards an intellectual property bargaining theory: the post-WTO era”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 32, 2010.

Essas ideias são um pouco abstratas e convém discuti-las de maneira mais aplicada. Para tanto, vou comparar a situação de três tipos de credores voluntários da empresa: os contratantes comerciais, os empregados e os consumidores.

#### 7.3.1.1 Contratantes comerciais

Há bons motivos para se supor que, de um modo geral, os contratantes comerciais em mercado possam se compensar *ex ante facto* bem mais facilmente do que os empregados e consumidores. Credores comerciais estão geralmente mais bem-informados do que consumidores, e geralmente possuem maior poder de barganha do que empregados. As próprias práticas do comércio parecem refletir essas ideias.

Bancos, por exemplo, frequentemente exigem garantias dos sócios das empresas com as quais contratam. Para ilustrar, a praxe no desconto de duplicatas é exigir o aval do sócio, e a praxe na concessão de empréstimos é exigir não apenas garantias da empresa (penhor, hipoteca etc.), mas também o aval do sócio. (E, de todo modo, a taxa do desconto bancário é geralmente maior quando não há garantia do sócio.)

Da mesma forma, fornecedores comerciais geralmente cobram um preço mais elevado para vendas a prazo do que para as vendas à vista, e podem embutir no preço das vendas a prazo um valor adicional quando vislumbrarem o aumento do risco de solvência de seus clientes. Nesses casos, é de se supor que os contratantes comerciais possam ter um retorno econômico que lhes compense (aproximadamente, pelo menos) pelo aumento do risco gerado pela limitação da responsabilidade do sócio.

Essa é apenas uma generalização. Em alguns mercados o poder de barganha das empresas pode ser grande a ponto de impedir a compensação *ex ante* por parte de seus credores comerciais. Essa redução do poder de barganha de contratantes da empresa tende a ocorrer quando a empresa possui grande poder de mercado.<sup>23</sup>

Por exemplo, a empresa pode ser a maior compradora ou até mesmo a única compradora de bens ou serviços ofertados por um determinado contratante. Aqui há, então, monopólio ou, em termos mais técnicos,

23. Em “Towards an intellectual property bargaining theory: the post-WTO era”, cit., *University of Pennsylvania Journal of International Law*, pp. 290-309, apresento uma teorização das circunstâncias que aferem maior ou menor poder de barganha para uma parte em uma negociação. A discussão se põe no contexto das negociações sobre tecnologias patenteadas na indústria de fármacos, mas pode ser facilmente generalizada para o presente caso.

monopôsônio. Um monopólio surge quando há apenas um vendedor de um produto para o qual não existe um substituto próximo. O monopôsônio, da mesma forma, surge quando há apenas um comprador de um produto para o qual não existe um substituto próximo.

Como se vê, a situação conceitualmente oposta à do monopólio não é a do monopôsônio, mas sim a da concorrência perfeita. Sob concorrência perfeita, diversos compradores e vendedores substituem perfeitamente uns aos outros. Mas a diminuição de substitutos causa uma diminuição de concorrência e cria situações em que contratantes terão poder de mercado. Uma consequência pode ser a impossibilidade de uma parte na negociação compensar-se pelo aumento de risco apresentado pela outra.

Além do monopólio, um credor de uma empresa pode ter seu poder de barganha reduzido por conta da *especificidade* dos seus ativos.<sup>24</sup> Ativos específicos são aqueles que têm um grande valor em uma aplicação específica, mas não em outras. O grau de especificidade de um ativo é importante porque determina o grau de exposição do titular do ativo a comportamentos oportunistas. Assim, quanto maior a especificidade do ativo que se oferta, tanto menor o poder de barganha do ofertante.

Embora os riscos do poder de mercado sejam reais, é possível postular que, de um modo geral, as partes são capazes de precificar suas posições e interesses de modo razoável em mercado. A bem da verdade, se fôssemos levar em conta o poder de mercado das partes em cada negociação, todos os preços acordados poderiam ser questionados a partir de uma discussão sobre o “preço justo”. As regras e doutrinas jurídicas estão sempre em uma linha tênue: se são muito gerais, correm o risco de ser injustas. Se são específicas e detalhadas demais, não são práticas. E a discussão do preço justo em cada caso é, antes de tudo, complicada demais, e, portanto, não é prática.

Assim sendo, concluo da seguinte forma:

A limitação de responsabilidade da empresa deve ser, de um modo geral, preservada ante credores comerciais. Muito embora nem todos esses credores possam obter uma *compensação ex ante facto* adequada, é aceitável supor que a maioria deles poderá pelo menos obter uma *compensação ex ante facto* razoável. Essa é a regra, e sobre ela podem ser aplicadas *exceções*; caberá ao juiz avaliar se as circunstâncias e elementos do caso concreto são suficientes para excepcioná-la.

24. Discuti em mais detalhes o conceito de especificidade de ativos no Apêndice 1 ao Capítulo 5.



Convém, portanto, seguir a regra disposta no art. 50 do Código Civil, e interpretá-la sempre como articulação de um princípio de responsabilização subjetiva. Isso quer dizer, de forma simples, o seguinte: diante de credores voluntários, somente se deve responsabilizar os sócios caso estes tenham abusado da personalidade jurídica, seja na forma de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Esse abuso da personalidade jurídica não pode ser presumido: deve ser alegado e provado.

### 7.3.1.2 Empregados

Tendo examinado a situação dos credores comerciais, convém agora contrastá-la com a situação dos empregados. Em tese, nada obsta a que um empregado venha a se compensar *ex ante facto* pelo risco adicional causado pela limitação da responsabilidade do sócio. Por exemplo, um empregado talvez aceite trabalhar para uma grande empresa ganhando menos do que ganharia em uma pequena empresa por saber, entre outras coisas, que as chances de a grande empresa quebrar são menores do que as da pequena empresa (inclusive, porque grandes empresas podem ter empresas coligadas que podem evitar a sua quebra). Todo o mais mantido constante, o valor que o empregado deixa de ganhar por trabalhar na grande empresa – os economistas chamariam-no de “prêmio de risco” – é compensado pela diminuição do seu risco de ficar desempregado.

Exemplos como esse são reais, mas podem não ser prevalentes. Em muitos casos, a compensação *ex ante* em relações de trabalho não ocorre. Primeiro, por um problema informacional. É razoável supor que, de um modo geral, empregados tenham poucas condições práticas de avaliar os riscos do negócio a que se vinculam. Se não identificam corretamente seus riscos, segue o argumento, não podem se compensar *ex ante*.

É claro que isso não ocorrerá com todo tipo de empregado. Alguns empregados, especialmente os mais graduados, podem estar totalmente cientes da dinâmica financeira da empresa, e não raro podem ser as pessoas mais bem posicionadas para fazer uma boa estimação de seu risco de solvência.

Um ponto adicional diz respeito ao poder de barganha dos empregados. Nos mercados em geral, o mais comum é a ausência de exclusividade no desempenho do objeto do contrato. Por exemplo, um fornecedor comercial frequentemente pode diversificar seu *pool* de clientes, e um consumidor pode consumir bens ou serviços fornecidos por diferentes empresas. Mas nos contratos de emprego a exclusividade da prestação é a regra, não a exceção.

Isso não quer dizer que uma relação de trabalho não seja contratual (como se debateu no Brasil na primeira metade do século XX)<sup>25</sup> ou que ela não seja voluntária (como ocorreu no Brasil até o final do século XIX): um contrato de trabalho traduz a compra e venda da força de trabalho, e nisso se assemelha a qualquer contrato de prestação de serviços. Dito de forma simples, na relação de trabalho há contrato, e há voluntariedade.

No entanto, nas relações de trabalho o crédito contra a empresa representa grande parte, e na maioria dos casos a totalidade, dos créditos detidos pelo empregado. Além disso, o crédito salarial tem, na maioria dos casos, natureza alimentar. Esse quadro tende a deslocar o poder de barganha do empregado para a empresa. É por isso, inclusive, que há na doutrina jurídica e jurisprudência trabalhista diversas manifestações que igualam a situação do empregado à de um credor involuntário.<sup>26</sup>

Generalizando, pode-se dizer o seguinte: se o mercado de trabalho for razoavelmente transparente, competitivo e com poucas barreiras de entrada, os empregados de um modo geral poderão se compensar *ex ante facto* e não há por que se cogitar da responsabilização do sócio por dívida trabalhista da empresa. Contudo, há motivos para supor – na verdade, este é o pressuposto político da legislação trabalhista brasileira – que essas condições ideais não ocorrerão em muitos casos, e que, portanto, frequentemente não haverá na esfera trabalhista compensação *ex ante* pelo risco adicional gerado pela limitação de responsabilidade do sócio. Essa observação, acrescente-se, tende a ser especialmente verdadeira no caso de empregados menos graduados.

Isso não quer dizer que empregados jamais tomem decisões adequadamente calculadas. Por exemplo, um empregado dificilmente troca uma grande e sólida empresa pela mesma função em um pequeno negócio, a não ser que vá ganhar um salário bem maior, que o local de trabalho fique bem mais próximo da sua residência, que enxergue possibilidades de ascensão profissional ou que prefira o ambiente mais descontraído do pequeno negócio.

Em todos esses casos, o trabalhador que troca de empresa assume maior risco, mas o faz voluntariamente por conta de um cálculo de custo e benefício, e desse modo se compensa *ex ante facto* pelo risco que assume justamente por acreditar que o novo emprego lhe será mais vantajoso.

25. Cf. Capítulo 2.

26. Vide por exemplo Hermelino de Oliveira Santos, *Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2003, p. 127.

Além disso, como dissemos, quanto maior o nível de sofisticação e instrução do trabalhador, tanto maior tende a ser sua capacidade de prever e precificar riscos. Da mesma forma, também maior tende a ser a demanda por suas aptidões de trabalho, de modo que o seu poder de barganha tende, igualmente, a ser maior. Assim sendo, é de se supor que trabalhadores mais qualificados geralmente tenham melhores condições de obter compensação *ex ante* pelos riscos postos pela limitação de responsabilidade. E como explicamos acima, quando há compensação *ex ante facto*, não há externalização de risco, e a responsabilização de sócios não se justifica do ponto de vista econômico. Mas daí a imaginar que empregados possam em regra obter a compensação *ex ante* existe uma distância significativa.

Encaminho as conclusões, então, da seguinte forma. Abstratamente, a limitação de responsabilidade do sócio faz sentido também na esfera trabalhista. Afinal, um indivíduo se torna empregado voluntariamente e através de contrato. Contudo, por conta de relativa assimetria informacional e menor poder de barganha, e, ademais, por conta de outras questões de equidade, inclusive a natureza alimentar do salário, e ainda por conta do nosso contexto político marcado pela herança da política trabalhista “varguista”,<sup>27</sup> faz sentido também pensar em uma relativização da limitação de responsabilidade do sócio de empresas, especialmente diante de empregados menos graduados.

Por outro lado, não se deve esquecer de três fatos importantes, a saber, (i) que a Consolidação das Leis do Trabalho originalmente reconheceu a responsabilidade limitada do sócio, (ii) que no texto de lei a corresponsabilização plena de sócio somente foi reconhecida no que toca à solidariedade entre empresas integrantes do mesmo grupo econômico<sup>28</sup> e, por fim, (iii) que o regime de ilimitação plena que hoje

27. Conforme analisado no Capítulo 2. Referência cruzada.

28. Com exceção dos grupos de empresas, cf. art. 2º da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço; § 1º. Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados; § 2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica, própria estiverem sob a direção, controle ou administração de outra constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”. Para um detalhamento do tema, ver Capítulo 2.

de fato vige no Brasil decorre essencialmente de construção jurisprudencial.<sup>29</sup>

A jurisprudência, no entanto, é desnecessariamente radical. Embora eu desconheça estudos econométricos que quantifiquem o problema, parece-me que o funcionamento prático do regime de responsabilização de terceiros em voga na Justiça Trabalhista<sup>30</sup> constitua real impedimento ao florescimento da atividade empreendedora no Brasil. Isso não apenas por conta das notórias desvantagens econômicas da ilimitação de responsabilidade,<sup>31</sup> mas por conta da burocracia, incerteza e custos que têm sido criados à medida que potenciais empreendedores põem em prática estruturas de “fuga da responsabilidade”.<sup>32</sup>

Por tudo isso, o regime de completa ilimitação de responsabilidade de sócios que hoje se construiu na esfera trabalhista é, antes de tudo, indesejável. Dado o quadro de amplíssima discricionariedade hermenêutica dos magistrados na esfera trabalhista, as posições abaixo deveriam ser adotadas pelo próprio Poder Judiciário, independentemente de futura legislação sobre o tema.

No caso de empregados de baixa graduação na hierarquia da empresa insolvente, entendo que:

O sócio poderá ser responsabilizado objetiva e subsidiariamente, com base no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (hoje amplamente aplicado por interpretação analógica).<sup>33</sup>

Por analogia com o art. 83 da Lei de Falências, tal responsabilização do sócio em caráter objetivo deve estar limitada a 150 salários-mínimos por credor. É que na Lei de Falências<sup>34</sup> a classificação do crédito trabalhista como preferencial está limitada ao valor de 150 salários-mínimos por credor. A justificativa está em uma ponderação do legislador entre, de um lado, o caráter alimentar da remuneração dos trabalhadores<sup>35</sup> e,

29. Cf. Capítulo 3.

30. Conforme descrito em detalhes no Capítulo 2.

31. Conforme examinado no Capítulo 5.

32. Conforme examinado no Capítulo 6.

33. Aplicam-se, contudo, os parâmetros para calibração de efeitos descritos no Capítulo 8.

34. Lei 11.101/2005, art. 83: “A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho”.

35. Assim também Francisco Satiro de Souza Júnior, argumentando ser “forçoso concluir que [a] limitação a 150 salários-mínimos [prevista no art. 83, I, da Lei de

de outro, o interesse dos demais credores da empresa.<sup>36</sup> Cabe a mesma ponderação no caso em tela. Por um lado, é da lógica do nosso sistema jurídico preservar os interesses dos trabalhadores a fim de garantir o mínimo existencial. Esse é, inclusive, o sentido do art. 7.1 da Convenção 173 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata da proteção dos créditos trabalhistas na insolvência do empregador.<sup>37</sup> Por outro lado, também é da lógica do nosso sistema jurídico fomentar o investimento e a iniciativa privada, inclusive através da limitação de responsabilidade do sócio.<sup>38</sup>

Acima do valor correspondente a 150 salários-mínimos, o sócio somente pode ser responsabilizado em caráter subjetivo após alegação, contraditório e prova de ato ilícito suficiente para dar causa à responsabilização.

Falências] corresponde a um indicador positivo do legislador de que, pelo menos em sede concursal, valores acima desse parâmetro não possuem tal caráter [alimentar]” (Francisco Satiro de Souza Júnior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/05 – Artigo por Artigo*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2007, p. 362).

36. Essa limitação não existia quando o projeto de lei (o então PCL 71/2003) fora enviado à votação no Congresso Nacional, sendo formulada apenas no relatório do relator Ramez Tebet. Criou-se o teto legal aos créditos trabalhistas em um valor capaz de satisfazer as necessidades imediatas desses credores, e sob a justificativa de proteção dos demais credores (inclusive trabalhadores de menores salários) em face de funcionários do alto escalão que se dissessem credores trabalhistas. Bem próximo a esse entendimento, Fábio Ulhoa Coelho conclui que seria uma contradição inserir os trabalhadores como credores preferenciais e ao mesmo tempo permitir que os recursos da massa se esgotassem com os elevados salários dos administradores, pois “a preferência da classe dos empregados e equiparados é estabelecida com vistas a atender os mais necessitados, e os credores por elevados salários não se consideram nessa situação” (*Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 302).

37. Convenção 173, de 1992: “Art. 7.1. A legislação nacional poderá limitar o alcance do privilégio dos créditos trabalhistas a um montante estabelecido, que não deverá ser inferior a um mínimo socialmente aceitável”. Texto extraído de Arnaldo Süssekind, *Convenções da OIT*, 2ª ed., São Paulo, LTr, 1998. Sobre o tema, ver STF, ADI 3.934-2/DF, voto do Min. Lewandowsky (entendendo que a limitação do valor para a classificação do crédito trabalhista como preferencial, nos termos do art. 83, I, da Lei de Falências, não ofende a Constituição nem a Convenção 173 da OIT).

38. Tal é o que decorre não apenas das discussões trazidas no Capítulo 5, mas também de uma leitura assente a respeito do princípio constitucional da livre-iniciativa. Cf. STF, RE 562.276/PR, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 3.11.2010 (referindo-se à Lei 8.620/1993, que “além de impor descon sideração ex lege e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição”).

Já para os empregados de alta graduação na hierarquia da empresa, parece-me que:

A limitação da responsabilidade do sócio traz mais desvantagens do que vantagens sociais. Deve, portanto, ser observada a limitação de responsabilidade que decorre do tipo societário da sociedade limitada, por ações ou por quotas.

Por outro lado, mesmo os empregados mais graduados devem poder exigir a responsabilização do sócio quando estiverem provados (i) *desvio de finalidade* ou *confusão patrimonial*, conforme previsto no art. 50 do Código Civil ou (ii) alguma outra forma de comportamento abusivo do sócio que, após prova, justifique sua responsabilização, com base no art. 927 do Código Civil.

### 7.3.1.3 Consumidores

A situação dos consumidores varia bastante de acordo com o tipo de produto ou serviço que está sendo consumido. Em alguns casos, os consumidores têm apenas uma empresa à qual podem recorrer. Esse é o caso típico de empresas fornecedoras de certos serviços públicos como energia elétrica, água ou gás encanado. Essas empresas detêm evidentemente grande poder de mercado, justamente por possuírem exclusividade geográfica no fornecimento ou prestação. Empresas monopolistas têm, portanto, grande poder para estabelecer o preço e demais condições do fornecimento dos serviços.<sup>39</sup>

Nem sempre, contudo, os consumidores se encontram diante de empresas monopolistas. Em muitos outros casos, e provavelmente na maioria deles, os consumidores podem servir-se de mais de uma empresa. Esse é exemplo típico dos chamados *bens de consumo*, como roupas, alimentos, automóveis etc. Nesses casos, há muitos produtos substitutos, e o poder de barganha está com os consumidores, não com as empresas. Os consumidores escolhem, e os fornecedores arduamente disputam entre si o *mercado consumidor*.

Nos casos em que os consumidores detêm poder de barganha – e, como dissemos, esses casos são bastante frequentes –, eles podem em tese se compensar *ex ante facto* pelo potencial aumento de risco gerado pela limitação da responsabilidade de sócios. Para tanto, basta que sejam capazes de precificar (mesmo que aproximadamente) os riscos de insol-

39. E, nesses casos de monopólio, surge uma justificativa clássica para intervenção e regulação pelo Estado.

vência da empresa – riscos que lhes gerem, por exemplo, problemas de manutenção pós-venda ou mesmo de entrega de um bem pelo qual já se pagou.

Do ponto de vista financeiro, a *precificação* de um risco pressupõe (i) a atribuição de um valor econômico para um evento futuro e (ii) a atribuição de uma probabilidade de ocorrência do evento. Evidentemente, nenhum consumidor faz exatamente esse cálculo financeiro em situações corriqueiras do dia a dia. Eu arriscaria dizer que nem mesmo os financistas fazem um cálculo do valor presente de um bem ou serviço que adquirem em cada decisão de consumo (se bem que é provável que façam um cálculo pelo menos aproximado no caso de bens mais caros como a compra de um carro ou de um imóvel).<sup>40</sup>

De todo modo, é fato que o processo de decisão das pessoas não se dá, na maior parte dos casos, com base em um cálculo de natureza matemático-financeira. Aliás, a humanidade ainda não sabe ao certo como funcionam os processos de tomada de decisão das pessoas. As ciências cognitivas possivelmente ofereçam um caminho a ser trilhado no futuro, mas esse caminho ainda é incerto. Há hoje uma polêmica que se trava no campo das ciências cognitivas sobre se o cérebro pode ser modelado como um computador ou se o raciocínio humano segue um modelo conexionista.<sup>41</sup> A única coisa com relação à qual há relativa segurança é que o cérebro humano resolve problemas através de um método de reconhecimento de padrões.

Vale dizer, então, que as pessoas tomam suas decisões de consumo com base em uma série de fatores ainda imperfeitamente compreendidos. Importam os *sinais* emitidos pelas empresas (como a marca, reputação, aparência etc.), os comentários de conhecidos passados boca-a-boca, a conduta do grupo (daí os chamados comportamentos de *manada*), as analogias com experiências passadas e os diversos modelos heurísticos (isto é, *regras de bolso* de caráter prático), entre outros fatores.

40. Aliás, mesmo que os financistas tentassem fazer o cálculo de valor presente em cada decisão de consumo, ainda assim não haveria nenhuma garantia de acerto. Vivemos em um mundo genuinamente complexo em que as inter-relações entre as variáveis não são totalmente lineares, e às vezes são caóticas.

41. Nesse ponto, pautei-me apenas pela revisão de literatura disponível em Douglass C. North, *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton, Princeton University Press, 2005 (com uma discussão do estado da arte dessa literatura). Discuto algumas implicações dessa literatura em Bruno Meyerhof Salama, “Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North”, in Oscar Vilhena Vieira e Dimitri Dimoulis, *Desenvolvimento e Estado de Direito*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 19.

As ideias de precificação e compensação *ex ante facto* são, então, noções aproximadas que servem para designar a situação em que consumidores reduzem sua disposição de pagar por um determinado bem de maneira razoavelmente proporcional ao aumento do risco de problemas futuros com o bem consumido ou adquirido.

Significa dizer que o fenômeno da redução da disposição de pagar por conta da percepção de aumento de risco é real; sua articulação matemático-financeira é, no mais das vezes, apenas metafórica. A grande vantagem da técnica financeira aplicada a problemas de otimização de bem-estar de consumidores é a de nos permitir descrever o caráter geral de um padrão causal. A elegância das equações algébricas nos mostra a dinâmica dos fatores considerados importantes para a precificação, mas permanecemos ignorantes sobre os valores exatos que determinarão sua manifestação concreta. Prosseguimos, então, nossa análise calcada em parte na lógica do cálculo e da precificação, que ilumina o raciocínio dos encadeamentos de fatores, mesmo que com limitações.

Exceto nos infrequentes (porém muito relevantes) casos de monopólio da empresa fornecedora,<sup>42</sup> o grande impedimento para a compensação *ex ante* de consumidores costuma estar não na sua falta de poder de barganha, mas sim na assimetria informacional que possuem em relação à empresa que coloca os bens ou serviços no mercado. Os consumidores pouco sabem sobre a real situação da empresa, sua estrutura de capital ou a riqueza de seus sócios.<sup>43</sup> E ademais, em alguma medida, os consumidores geralmente também ignoram quase tudo sobre o produto: como ele é feito, qual a qualidade dos seus componentes e ingredientes, como funciona sua manutenção, e assim sucessivamente.<sup>44</sup> Essas circunstâncias podem claramente impedir a correta precificação dos riscos pelos consumidores.

Há então duas possibilidades de erro na precificação desses riscos. Se o risco é precificado *para cima*, isto é, se os consumidores exageram

42. O que não significa, nem de perto, que no Brasil os mercados privados sejam de um modo geral altamente competitivos. Sobre o tema, ver Calixto Salomão Filho, Brisa L. de M. Ferrão e Ivan C. Ribeiro, *Concentração, Estruturas e Desigualdade – as Origens Coloniais da Pobreza e da Má Distribuição de Renda*, São Paulo, Idcid, 2008, pp. 19-21.

43. No mais das vezes as marcas funcionam como sinais, como aproximações, nas quais os consumidores se baseiam para aferir a qualidade da empresa e de seus produtos. As estratégias de *marketing*, por outro lado, nos garantem que essas aproximações serão imperfeitas.

44. É por isso, aliás, que as marcas são tão importantes, porque garantem ao fornecedor uma distinção no mercado que lhe torne atraente investir em qualidade para fortalecer a marca e assim obter retornos no longo prazo.



na sua estimação do aumento dos prejuízos que podem sofrer por conta da limitação de responsabilidade, então o consumo cairá muito. Se, por outro lado, o risco é precificado *para baixo*, então o consumo será maior do que ocorreria em uma situação de informação perfeita. No primeiro caso, deixam de ser realizados alguns negócios mutuamente benéficos; no segundo caso, são concluídos alguns negócios que não são mutuamente benéficos.

Note que a expectativa de “garantia” dos sócios pode realmente ser um dos fatores que afeta a precificação de um bem ou serviço ofertado no mercado. Tentarei explicar isso com uma ilustração. Suponha que um consumidor adquira uma máquina fotográfica. Ele sabe que o fabricante da máquina fotográfica pode ir à falência.<sup>45</sup> Suponha que o consumidor tenha a expectativa de que, caso ocorra tal falência, a empresa controladora honrará a promessa contratual de garantia de bom funcionamento após a venda.

Ora, se a limitação de responsabilidade do sócio permitir que o sócio se exima de assumir a responsabilidade por obrigações da empresa fabricante da máquina fotográfica, então o consumidor terá estado *mal-informado* no momento da compra. Se ele soubesse que não haveria corresponsabilização do sócio, talvez tivesse comprado uma máquina fotográfica de outra marca.

Repare também que a existência de assimetria de informação entre fornecedor e consumidor não significa que o consumidor jamais teria comprado a máquina. Significa apenas que o consumidor teria estado disposto a pagar menos por aquela máquina fotográfica vendida pela empresa cujo sócio não se corresponsabiliza. Assim ocorre o que em economia se chama de queda *marginal* da demanda.

Suponha que a máquina fotográfica esteja sendo vendida por \$100, que haja três potenciais consumidores e que esses três consumidores imaginem que o sócio da fabricante da máquina responsabilizar-se-á caso surja no futuro um defeito no produto. Suponha, ainda, que um consumidor esteja disposto a pagar até \$115 pela máquina, o outro esteja disposto a pagar \$110 e o terceiro esteja disposto a pagar \$105 (essa suposição faz sentido porque pessoas diferentes atribuem valores diferentes aos mesmos bens). Nesse caso, esses três indivíduos comprarão a máquina, porque todos eles preferem ter a tal máquina na gaveta de casa a ter \$100 na carteira.

45. Qual a chance de isso ocorrer é um dado que, no entanto, lhe escapa completamente.

Adiante, suponha que a limitação de responsabilidade permita que o sócio se exima da responsabilidade por defeito da máquina no caso de quebra da empresa fabricante. Ora, se os consumidores soubessem dessa limitação, sua disposição de pagar teria sido diferente. Por exemplo, um deles teria estado disposto a pagar apenas \$105, o outro apenas \$100 e o terceiro apenas \$95 na compra da máquina fotográfica.

Nesse caso, esse terceiro consumidor – ou seja, o *consumidor marginal* – não teria comprado a máquina fotográfica. Talvez ele tivesse comprado uma máquina de outra marca, talvez tivesse comprado uma televisão ou talvez tivesse guardado os \$100 no banco. Como se vê, a assimetria de informações pode fazer com que consumidores não se compensem pelo aumento de risco gerado pela limitação da responsabilidade do sócio. O que temos nesse exemplo é justamente uma ilustração numérica da externalização de custos de sócios para credores.

Não há como simplesmente descrever esse exemplo numérico sem dizer mais uma palavra para o leitor, que, a esta altura, pode estar cético. Talvez o exemplo ficasse mais claro com carros em vez de máquinas fotográficas. Mas a relação entre responsabilidade do sócio e precificação pelo consumidor é, no mundo real, razoavelmente distante, qualquer que seja o exemplo.

E, além disso, não basta *ter informações simétricas*. É preciso *saber lidar* com essas informações. De fato, como venho insistindo, no mundo real as situações são menos claras do que essa que veio didaticamente explicada nos exemplos estilizados que venho empregando. Mas esse é um caso limite empregado aqui para ilustrar a linha argumentativa. A dificuldade do exemplo traduz, em última análise, os limites da utilização do raciocínio do nosso Modelo Básico (pautado pelos critérios de voluntariedade e involuntariedade) para as relações de consumo. Isso me leva a concluir o seguinte:

A regra constante do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor – que permite ao juiz, à luz de circunstâncias factuais, responsabilizar o sócio em caráter objetivo – é de um modo geral razoável para lidar com o problema das assimetrias entre consumidores e fornecedores.

### 7.3.2 *Vítimas de ilícitos cíveis*

Sabemos que a distinção entre credores voluntários e involuntários utilizada pelo Modelo Básico está baseada na possibilidade (pelos primeiros) e impossibilidade (pelos segundos) de “precificar”, ou “embutir”, nas suas prestações um desconto que reflita a indisponibilidade de

responsabilização de sócios por dívidas da empresa com a qual se relacionam. Há dois tipos de credores “involuntários” da empresa que nos interessam no presente trabalho, a saber, as vítimas de atos ilícitos cíveis de empresas<sup>46</sup> e o Estado. Neste item discutirei a situação das vítimas de ilícitos cíveis. A situação do Estado será examinada no item seguinte.

Considere o caso de um transeunte que é atropelado por um automóvel que pertence e está circulando a serviço de uma empresa, de tal maneira que a empresa seja condenada a indenizar o transeunte pelos danos decorrentes do acidente.<sup>47</sup> O transeunte se torna, nesse caso, credor da empresa. E, acrescente-se, na terminologia aqui adotada, o transeunte se tornará credor *involuntário* da empresa. Pergunta-se: se no momento da condenação a pagar a empresa estiver insolvente, pode o transeunte voltar-se judicialmente contra os sócios?

O Modelo Básico sugeriria que *sim, mesmo em uma empresa que adota o tipo de responsabilidade limitada, e mesmo que a atividade da empresa não seja particularmente perigosa*. Dada a involuntariedade da sua interação com o automóvel da empresa, como vimos, o transeunte não terá tido condições de se compensar por suportar um aumento do seu risco por conta da limitação de responsabilidade da empresa.<sup>48</sup> Daí a conveniência de responsabilizar o sócio caso a empresa não possa arcar com a dívida decorrente de condenação a indenizar.

Cabe refletir sobre essa conclusão. A defesa da responsabilização de sócios no caso em tela seria um desdobramento do tópico das *desvantagens* da responsabilidade limitada.<sup>49</sup> Ao discutir em detalhes essas desvantagens no Capítulo 5, enfocamos a limitação da responsabilidade do

46. Embora a expressão “ato ilícito” seja tradicionalmente associada à responsabilidade civil – ao menos desde a distinção romana entre os *delicta* e os *crimina* –, uso a qualificação *cíveis* para reforçar a restrição das consequências aqui analisadas ao campo do direito civil. Um mesmo ato ilícito pode acarretar consequências na seara penal. Estas, no entanto, não estão aqui sendo especificamente tratadas.

47. Essa hipótese é bastante razoável especialmente se considerarmos os seguintes dispositivos do Código Civil. “Art. 932: São também responsáveis pela reparação civil: (...). III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

48. Sob o modelo básico, situação idêntica ocorreria, por exemplo, com o consumidor que sofre um dano por conta de mau funcionamento de um produto adquirido ou qualquer outra vítima de atos ilícitos cíveis que geram obrigação de indenização *fora de uma relação contratual*.

49. Cf. Capítulo 5.

sócio como possível viabilizadora de investimentos socialmente ineficientes, como incentivadora do baixo investimento em precaução contra acidentes pelas empresas e como potencial veículo para a fraude. Desses temas, aqui interessa particularmente o segundo, isto é, a limitação de responsabilidade como incentivo ao baixo investimento em precaução contra acidentes pela empresa.

Ao tratar do tema no Capítulo 5, utilizamos como exemplo ilustrativo um parque de diversões subcapitalizado pelos sócios. Essa subcapitalização, no exemplo abordado, impedia o investimento em bons equipamentos de segurança pelo parque. Assim, os sócios indiretamente *externalizavam riscos das atividades de seu empreendimento para os frequentadores*.<sup>50</sup> Isto é, os frequentadores incorriam em um risco pelo qual não eram compensados *ex ante facto*.

O mesmo fenômeno é agora retomado no exemplo ilustrativo em comento – a empresa pode investir pouco na prevenção de atropelamentos pela sua frota de automóveis. Nessa ordem de ideias claramente surge um argumento a favor da corresponsabilização de sócios por danos causados a vítimas de atos ilícitos cíveis da empresa, tal qual previsto pelo Modelo Básico.

Na seara consumerista, a visão refletida pelo Modelo Básico já está contemplada pela redação amplíssima do art. 28 do CDC. Ou seja, em relações de consumo, a questão está pacificada: a implicação trazida pelo Modelo Básico é plenamente vigente no Brasil. Em outras relações cíveis, o tema é menos claro. Há uma tensão entre a tradição positivista do direito civil brasileiro e a redação do Código Civil de 2002. Essa tradição, calcada no predomínio alcançado pela responsabilidade subjetiva especialmente a partir do Movimento Codificador,<sup>51</sup> traz ao presente a ideia de vedação à responsabilização objetiva sem autorização legal expressa e específica, ou seja, sem a previsão de suportes fáticos claramente determinados em lei. É de se notar, no entanto, que a redação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil consubstancia, na visão de alguns, verdadeira “cláusula geral de responsabilidade objetiva”.<sup>52</sup>

50. Cf. Capítulo 5.

51. O predomínio da responsabilidade subjetiva remonta, em última análise, à releitura humanista da ética aristotélica. Cf. James Gordley, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, cit., p. 159.

52. Cf. Flavia Portella Püschel, “Funções e Princípios Justificadores da Responsabilidade Civil e o Art. 927, § Único do Código Civil”, *Revista Direito FGV*, vol. 1, n. 1, 2005 (notando que o “art. 927, parágrafo único, é especialmente interessante por tratar-se de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva”). Art. 927:

Em síntese, resguardado o direito ao contraditório e devido processo legal, e, ademais, observados os parâmetros de calibração de efeitos descritos no Capítulo 8, tem-se o seguinte:

Deve dar-se ao parágrafo único do art. 927 do Código Civil uma leitura crescentemente flexível, de modo a tornar o sócio cada vez mais sujeito à responsabilização por ilícitos cíveis da empresa. Isso é verdade ainda que, a rigor, tal disposição não possa ser aplicada a casos nos quais o risco não seja um elemento da atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano.<sup>53</sup>

A atribuição aos sócios do risco de responsabilização no caso de ilícitos cíveis de empresa insolvente não está, evidentemente, livre de problemas que excedem o debate interpretativo. Quando se abrevia a

“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Há quem entenda, por outro lado, que ainda não foram formuladas razões satisfatórias para fundamentar a generalidade do parágrafo único do art. 927: cf. Leandro Martins Zanitelli, “Responsabilidade civil objetiva no Brasil: uma crítica às explicações habituais”, *Revista Trimestral de Direito Civil* 20, 2004, pp. 215-219.

53. Reconheço, no entanto, que as interpretações atualmente conferidas pela doutrina brasileira ao parágrafo único do art. 927 não são satisfatórias. Para boas exposições a respeito desse quadro, cf. Flavia Portella Püschel, *Responsabilidade por Fato do Produto no CDC. Acidentes de Consumo*, São Paulo, Quartier Latin, 2006, pp. 37-53; José Fernando Simão, “Fundamentos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor”, in Regina Beatriz Tavares da Silva, *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 102-111. Para uma discussão das fragilidades dogmáticas da responsabilidade objetiva no Brasil, vide Osny da Silva Filho, “Razões econômicas ou fundamentos jurídicos? Negativação indevida, danos morais e punitive damages”, in *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, 2012, p. 23: “Se tornarmos os olhos para as justificativas mais comuns da responsabilidade objetiva na doutrina brasileira, encontraremos duas ordens de argumentos. Pela primeira, o regime estaria fundado em uma necessidade global de reparação de danos, danos cada vez mais recorrentes e cada vez menos relacionados com uma atividade culposa. Pela segunda, a responsabilidade objetiva corresponderia ao meio mais adequado para lidar com os danos criados em uma sociedade de risco. Estas duas orientações são questionáveis. Diante de uma alegada necessidade global de reparação, verificada na primeira ordem de argumentos, pode ser lembrada a inequívoca existência de danos cuja reparação não é exigida mesmo em regime de responsabilidade objetiva, tais quais aqueles causados por uma conduta imputável exclusivamente à vítima. Contra a segunda ordem de argumentos, relacionada a uma suposta adequação da responsabilidade objetiva às práticas sociais contemporâneas, é possível opor, de um lado, a possibilidade de inversão do ônus da prova, e de outro a observação de que os criadores dos riscos nem sempre serão responsáveis pelos danos deles decorrentes”.

limitação de responsabilidade do sócio, pode-se estar também desincentivando o investimento e o empreendedorismo. Como veremos, no entanto, no contexto brasileiro esses problemas são mais sérios nos casos discutidos adiante, particularmente na esfera tributária.

### 7.3.3 *O Estado como credor*

O Estado figura como credor de empresas em diversas situações. Por exemplo, na posição de credor voluntário (basicamente por conta de contratos), na posição de detentor de créditos tributários e na posição de credor de penalidades decorrentes da aplicação de sanções administrativas, entre outras. Para a primeira situação, aplica-se integralmente a análise trazida no item 7.3.1, acima. Assim, salvo disposição legal expressa ou prova de ato ilícito dos sócios da empresa que contrata com o Estado, a responsabilidade limitada dos sócios deve ser preservada. As outras duas situações são mais complicadas e devem ser analisadas detalhadamente, como segue.

#### 7.3.3.1 *O problema da legalidade, de novo*

As situações em que o credor da empresa é o Estado estão de um modo geral sujeitas a um padrão mais estrito de legalidade. Em última análise, isso tem a ver com o fato de que o Estado detém o monopólio da coação legítima pela força. De fato, num Estado Democrático de Direito, a atividade do agente público está fortemente pautada pelo princípio da legalidade. Este requer normas de caráter geral, claras, públicas, minimamente estáveis e que disciplinem de modo inteligível os eventos futuros. Normas com essas características protegem os cidadãos de arbitrariedades por parte do poder público e garantem que casos similares recebam tratamento equivalente. Em boa medida, a função essencial da Constituição Federal é justamente estabelecer as fundações jurídico-políticas que garantam a observância desses pontos de partida.<sup>54</sup>

Por conta desse relevo particularmente ingente da legalidade nas relações com o Estado, é difícil falar da responsabilização de sócios perante o Estado com o mesmo grau de generalidade que o fiz quando

54. E, no mesmo sentido, o direito administrativo é o principal instrumento para dar corpo a esses ideais. Conforme discutido em Bruno Meyerhof Salama, “Como interpretar as normas emitidas pelo BACEN e CMN? Uma resposta a partir da evolução do modelo de Estado brasileiro”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 46, 2009.

tratei dos créditos detidos por credores comerciais, empregados, consumidores e vítimas de ilícitos cíveis. Tem-se aqui, como se vê, um limite claro à tentativa de tratamento *holístico* que tenho procurado dar à responsabilidade de terceiros por dívidas da empresa.<sup>55</sup>

### 7.3.3.2 Inadimplemento vs. ato ilícito da empresa

Dito isso, acredito que seja possível fazer algumas observações de caráter mais geral a respeito da possibilidade de o Estado responsabilizar sócio para satisfazer créditos detidos contra empresa. Da ótica do modelo dogmático que tomamos como ponto de partida, é particularmente relevante a distinção entre dívidas da empresa que têm sua origem na imposição de uma multa pela realização de um ato ilícito e dívidas que se originam a partir de mero inadimplemento.

O primeiro caso ocorre quando o Estado se torna credor da empresa por mero inadimplemento desta. Como demonstraremos abaixo, aqui não há propriamente um *ato ilícito* da empresa, mas mera impontualidade.<sup>56</sup> O exemplo paradigmático são os créditos constitutivos de uma relação jurídica resultante de contrato. Aqui, estando diante de relação contratual, a implicação do nosso modelo dogmático é clara:

As dívidas da empresa para com o Estado decorrentes de mera relação contratual, inclusive multas e outras penalidades por impontualidade, em princípio não devem ocasionar responsabilização de sócios da empresa devedora. Nesses casos, só seria adequado responsabilizar o sócio se houver comprovada prática de ato ilícito, especialmente atos com excessos de poderes, atos contrários ao contrato ou estatuto social, ou ainda nas hipóteses de conduta culpável previstas no Código Civil, inclusive aquelas do art. 50.<sup>57</sup>

Caso distinto surge quando a origem do crédito do Estado está no próprio ato ilícito da empresa e não na mera impontualidade da empresa. Exemplos marcantes de atos ilícitos dessa natureza incluem a infração ambiental, o ilícito concorrencial e a fraude, simulação ou dissimulação

55. Isso quer dizer, diga-se de passagem, que, apesar da publicização do direito societário a que aludimos no Capítulo 4, a distinção entre direito público e direito privado ainda tem relevância.

56. Pontes de Miranda apresenta uma distinção entre ilícito absoluto e ilícito relativo que é útil na diferenciação aqui proposta entre ato ilícito e inadimplemento de obrigação da empresa. Cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado* (atualizado), t. II, São Paulo, Ed. RT, 2012, p. 289.

57. Cf. Capítulo 3.

tributárias. Em todos esses casos, existem leis específicas estabelecendo regras de imputação, e essas regras são a baliza principal para determinar a legalidade da imputação (ou redirecionamento) da dívida ao sócio. Além disso, o sócio poderá ser responsabilizado se tiver ele próprio praticado ato ilícito, inclusive abuso de forma, previsto no art. 50 do Código Civil etc. Assim, levando em conta o modelo dogmático com o qual estamos aqui lidando, pode-se concluir que:

Sujeito às limitações e possibilidades de imputação estabelecidas pela legislação especificamente aplicável a cada ato ilícito da empresa, e, ainda, sujeito às regras de calibração de efeitos propostas no Capítulo 8 adiante, o sócio deve ser responsabilizado por dívida da empresa que se origina na prática de ato ilícito desta.

### 7.3.3.3 Responsabilização tributária e dissolução irregular

O caso da dívida tributária decorrente do não pagamento pontual de tributos ilustra bem a problemática de que estamos a tratar, isto é, a distinção entre o crédito devido pelo Estado que se origina em ato ilícito *versus* o crédito que se origina a partir de mero inadimplemento. Dada a relevância prática do tema, convém trazer algumas observações adicionais sobre ele, inclusive para complementar a longa análise já conduzida no Capítulo 3.

Sabemos que a tributação não é espécie de (nem tampouco corresponde à) responsabilização por ato ilícito.<sup>58</sup> Isso quer dizer que um tributo atrasado ou não pago deve em princípio ser tratado como mero inadimplemento, e, para os presentes fins, não como *tendo origem em ato ilícito*. Em linha com o modelo dogmático com que aqui estamos lidando, isso significa que em princípio o sócio não deve ser responsabilizado nem pelo tributo inadimplido, nem pelas multas e juros incidentes sobre esse valor inadimplido pela empresa, salvo no caso em que a empresa tenha realizado um específico ilícito tributário – uma fraude ou dissimulação, por exemplo.

Essa observação, no entanto, compreende apenas o começo do problema. Como há lei, ampla doutrina e longa casuística sobre a imposição de dívida tributária ao sócio, não há como tratar do tema pensando ape-

58. Cf. CTN, art. 3º: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, *que não constitua sanção* de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (grifos nossos).



nas em termos de um modelo dogmático genérico como esse que aqui apresentamos. É preciso ir mais fundo.

Sabe-se que a leitura conjugada dos arts. 134 e 135 do CTN sugere que sócios sejam “responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com (...) infração de lei (...)”.<sup>59</sup> Como vimos detalhadamente no Capítulo 3, o não pagamento pontual de um tributo é em alguma medida uma *infração à lei* (afinal, a lei manda pagá-lo em valor, data e local especificados).<sup>60</sup> Logo, valendo-se apenas da literalidade, seria em tese possível concluir que sócios seriam responsáveis pelo não pagamento de tributo pela empresa, uma vez que isso seria, justamente, uma *infração à lei*. Mas para os presentes fins, e visando afastar o equívoco conceitual referido acima, torna-se necessário aqui um maior aprofundamento teórico na distinção dogmática entre ato ilícito e inadimplemento de obrigação tributária.

Considerando o Modelo Básico proposto, devemos visualizar daqui para frente os créditos tributários como um *tertium genus* diante dos créditos voluntários e involuntários. De fato, com veremos, há relevantes diferenças entre o que podemos denominar crédito *propriamente* involuntário (resultante de um ilícito civil) e crédito *impropriamente* involuntário (derivado da norma tributária).

Como tem sido corretamente classificado pela doutrina, o crédito tributário é decorrência de uma obrigação *ex lege*,<sup>61</sup> isto é, não resulta e independe da vontade negocial das partes, já que a incidência da norma jurídica impositiva é “infalível”. Nessa perspectiva, pode-se reconhecer um paralelismo entre as noções de *crédito tributário* e *crédito propriamente involuntário* – esse último, por exemplo, constituído em favor da vítima do ilícito civil. Afinal, não há vontade negocial ou intencionalidade de especificamente constituir o crédito nem na gênese do crédito tributário, nem na gênese do crédito que aqui estamos a tratar como propriamente involuntário.

Contudo, há semelhança importante entre o crédito tributário (impropriamente involuntário) e o crédito contratual (voluntário): tanto entre os contratantes quanto entre fisco e contribuinte há um vínculo jurídico que antecede a possibilidade de descumprimento. Note: não existe vínculo entre causador e vítima em um ilícito civil – um atropela-

59. CTN, art. 135.

60. Cf. Capítulo 3.

61. Por todos, ver Luciano Amaro, *Direito Tributário Brasileiro*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 272-273.

mento, por exemplo. Contudo, o contrato cria uma relação jurídica, e o inadimplemento somente se dá no contexto dessa relação contratual. Da mesma forma, o inadimplemento de uma obrigação de pagar um tributo se dá no contexto da relação jurídica entre fisco e contribuinte – relação essa que expressa o fato gerador do tributo.

Em outras palavras, nos créditos tributários a relação jurídica individual entre contribuinte e fisco preexiste ao eventual descumprimento da prestação devida.<sup>62</sup> Afinal, o crédito tributário se constitui dentro de uma relação jurídica anterior, isto é, a relação jurídica entre contribuinte e fisco. O crédito tributário é, então, criado no momento da incidência da lei tributária sobre o fato gerador, e nesse momento surge relação obrigacional entre contribuinte e fisco. A infração, por sua vez, se dá por conta do inadimplemento dessa obrigação prévia. Ora, nos contratos, da mesma forma, a relação jurídica entre as partes antecede o eventual inadimplemento. Daí, inclusive, a intuição largamente difundida de que o fisco seja o grande “sócio” das empresas.

Em termos mais técnicos, o ponto se põe nos seguintes termos. Ao passo que entre o agente causador de dano (e.g., a empresa) e sua vítima a obrigação de reparar surge no momento em que o ato ilícito é praticado, entre os contratantes, e também entre o Estado e o contribuinte, a relação obrigacional e o dever de cumprir a prestação antecedem, lógica e temporalmente, o inadimplemento. Tanto no caso do crédito tributário quanto no caso do crédito contratual o vínculo jurídico entre as partes resulta não do inadimplemento em si, mas sim do prévio exercício da autonomia da vontade ou da ocorrência do fato gerador do tributo. Essa proximidade entre o crédito contratual, voluntário, e o crédito tributário, involuntário, permite demonstrar a exata distinção entre o ato ilícito e a simples impontualidade no cumprimento da prestação devida ao fisco.

Senão, vejamos. O inadimplemento é mais bem compreendido como uma noção normativa do que meramente descritiva.<sup>63</sup> Embora o inadimplemento possa ser descrito apenas como o descumprimento das normas jurídicas que impõem um dever de prestar, dada a função prescritiva do ordenamento, um inadimplemento deve ser pensado como a não realização da prestação *devida*, isto é, originada da norma jurídica incidente sobre o devedor. De modo direto e claro, pode-se dizer que

62. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado* (atualizado), cit., p. 294.

63. Sobre essa distinção, vide, por todos, Judith Martins-Costa, *Comentários ao Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações*, vol. 5, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2004, pp. 81-83.

somente haverá verdadeiro inadimplemento caso este possa ser juridicamente atribuído ao devedor, sendo assim a ele *imputável*.<sup>64</sup>

Ora, sendo o inadimplemento o descumprimento imputável ao devedor, mais ainda, estando a empresa – e não seu sócio-gerente – sujeita à norma jurídica que determina a prestação, o sócio-gerente não poderia ser responsabilizado pela não realização de obrigação imputável apenas à empresa. Chega-se a essa conclusão pelo singelo fato de não ser o sócio-gerente parte na relação jurídica tributária, ainda que este, como órgão da pessoa jurídica contribuinte, pudesse, no mundo dos fatos, dar causa ao não recolhimento do tributo por qualquer razão. É por tudo isso que o mero inadimplemento não poderia ser considerado *infração à lei* para os fins dos arts. 134 e 135 do CTN, afastada assim a possibilidade de sua responsabilização pelos tributos devidos pela sociedade.

Esclarecidas essas complexidades da estrutura dogmática da obrigação tributária, retomemos a questão do risco do inadimplemento – que também em relação aos créditos tributários mostra-se essencial. Nesse sentido, passemos agora a mais uma característica distintiva do crédito *propriamente involuntário* (e.g., ilícito cível da empresa) frente ao impropriamente involuntário (crédito tributário). Enquanto no primeiro um ato ilícito estabelece em favor do credor, vítima do dano, um crédito por cujo risco não pode ser compensado *ex ante*, no segundo, é um ato *lícito* que constituirá o crédito em favor e em benefício do Estado, independentemente de qualquer ponderação sobre níveis de risco. Isso porque, dada a garantia constitucional da isonomia tributária e o princípio da capacidade contributiva, a norma tributária deverá atuar de maneira generalizada sobre todas as pessoas que apresentem signos de riqueza, isto é, parâmetros econômicos previstos em sua hipótese de incidência.<sup>65</sup>

Isso não quer dizer que o risco do crédito seja irrelevante para o Estado, enquanto credor. Quer dizer apenas que a incidência e a constituição do crédito independem do risco de inadimplemento do devedor. Prova disso é que não há diferenciação de alíquotas para tributos

64. “O inadimplemento não é, pois, a simples ausência de cumprimento nem a mera não realização da prestação devida: constitui, especificamente, a não realização da prestação devida na medida em que essa não realização corresponda à violação da norma (legal, convencional, imposta pelos usos ou derivada do modelo jurisprudencial) que era especificamente dirigida ao devedor (cominando o dever de prestar) ou ao credor (cominando o dever de receber)”. Cf. Judith Martins-Costa, *Comentários ao Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações*, cit., p. 83.

65. Cf. art. 150, II, da CF. Nesse sentido, vide Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 166 e 181.

incidentes em sociedades dotadas, ou não, de autonomia patrimonial em relação aos sócios. Por outro lado, esse risco ordinário (de mero inadimplemento *inocente*), inerente a qualquer atividade empresarial, poderá ser eventualmente agravado por conduta dos administradores das empresas. Nesse caso, poder-se-á falar na criação de riscos extraordinários, sendo aqui colocada, dentro do modelo proposto, a possibilidade de responsabilização do sócio-gerente pelos tributos da sociedade limitada.<sup>66</sup> Trata-se de riscos decorrentes de evasão fiscal, que poderão afetar não somente o recolhimento do tributo, mas a própria constituição do crédito correspondente.<sup>67</sup>

Sendo assim, no exercício do seu direito de resistência tributária, o contribuinte poderá extrapolar os limites do legítimo planejamento tributário e incorrer no verdadeiro ilícito – isto é, a infração à lei de que trata o art. 135 do CTN. As práticas caracterizadas como evasão fiscal, dessa forma, implicarão o descumprimento não do dever de realizar a prestação (pagar o tributo), mas sim da violação da própria norma abstrata que define e institui os tributos. Nessa hipótese, e somente nessa hipótese, pode-se falar, então, em *ato ilícito*<sup>68</sup> ensejador de responsabilização dos sócios-gerentes.

Da construção acima decorrem duas conclusões necessárias. A primeira é que a expressão *infração à lei*, prevista no art. 135 do CTN, refere-se somente à legislação que cria espécies tributárias concretas.<sup>69</sup>

66. Novamente, como expediente explicativo, adotamos aqui um paralelo entre o regime de responsabilização de terceiros por dívidas da sociedade e a ideia de seguro implícito pelas dívidas sociais. Assim como o contrato de seguro poderá garantir um crédito contra o inadimplemento fundado em circunstâncias que fogem à disciplina das obrigações (força maior e caso fortuito), a responsabilização tributária do sócio-gerente, conforme proposto, torna-se uma garantia suplementar contra os riscos que, embora desconsiderados pela norma tributária, não foram implicitamente assumidos pelo Estado. Estabelecemos esse raciocínio analógico a partir da conceituação apresentada por Fábio Konder Comparato, *O Seguro de Crédito: Estudo Jurídico*, São Paulo, Ed. RT, 1968, p. 52.

67. Afinal, as tentativas de fraude, simulação ou dissimulação relativas ao fato gerador poderão ocorrer mesmo antes da incidência da norma tributária.

68. Referimo-nos aqui à noção de ilícito *lato sensu*, abarcando, assim, tanto a violação direta da norma jurídica (ilícito *stricto sensu*) quanto a violação indireta (i.e., fraudes) que se contrapõe à própria finalidade perseguida por essa norma.

69. *Contra*, ver Heleno Taveira Tôrres, “Regime tributário da interposição de pessoas e da desconsideração da personalidade jurídica: os limites do art. 135, II e III, do CTN”, in Heleno Taveira Tôrres e Mary Elbe Queiroz, *Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária*, cit., p. 64 (“Por isso, quanto ao art. 135, do CTN, segundo entendemos, este cumpre a finalidade de imputar responsabi-

A segunda, ainda mais importante, é que a responsabilização dos sócios-gerentes pela criação de riscos extraordinários ao crédito deverá ser necessariamente subjetiva, exigindo-se prova e intenção de fraudar ou dissimular o recolhimento do tributo devido pela sociedade.<sup>70</sup>

A despeito da teorização acima, não é nesse sentido que o fisco e o Judiciário têm enfrentado a questão. Já tratamos longamente do tema, e não há por que reconstruir toda a análise já feita no Capítulo 3: remeto o leitor àquele ponto desta obra, onde encontrará muita jurisprudência e alguma doutrina, com o que poderá balizar-se no debate.<sup>71</sup> Aqui importa apenas marcar que desde a edição do CTN a jurisprudência muito oscilou sobre a matéria, e que em período mais recente parece estar se consolidando (especialmente no STJ) uma leitura que tem na continuidade das atividades da empresa o seu elemento-chave.

Assim, na sociedade cujas atividades estão em curso, isto é, na sociedade existente, porém inadimplente, não se redireciona a execução da dívida tributária para o sócio. Mas no caso de *dissolução irregular* da sociedade, isto é, no caso de paralisação das atividades da empresa sem a liquidação de todo o passivo tributário, haveria subsequente responsabilização do sócio-gerente. Trata-se, aliás, de matéria sumulada,

lidade pessoal a determinados sujeitos pelos créditos de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, como ocorre com todos os casos de excesso de poderes nos diferentes casos de regimes societários”).

70. A imputação de responsabilidade subjetiva, fundada no dolo do sócio-gerente que, mediante práticas evasivas e fraudulentas, cria riscos extraordinários ao crédito tributário, expressa o caráter sancionatório inerente às hipóteses de responsabilidade de terceiro previstas no CTN. Ocorre que o sócio, enquanto responsável tributário, sujeita-se a obrigação pessoal, com natureza de sanção, cujo objeto corresponderia ao crédito tributário constituído originalmente contra a sociedade. Essa constatação reforça nossa distinção entre o mero inadimplemento, que é regido pela relação tributária entre Fisco e contribuinte, e o que chamamos aqui de verdadeiro ilícito tributário, que se constitui e se resolve em relação jurídica administrativo-sancionatória. A relação jurídica estabelecida entre o sócio-gerente e o Fisco, portanto, decorrente da infração à lei prevista no art. 135 do CTN, aproxima-se mais daquela fundada nas infrações tributárias do art. 137 do mesmo Código. Nesse sentido, Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, cit., p. 595. (“O art. 135, não obstante também apresente caráter sancionatório, elege hipótese diversa, mais grave, cominando sanção igualmente mais severa (...). Havendo infração tributária subjetiva, praticada com dolo, quer dizer, intenção de fraudar, de agir de má-fé e de prejudicar terceiros, aplicam-se as figuras da responsabilidade de terceiros e responsabilidade por infração, prescritas nos arts. 135 e 137 do Código Tributário Nacional, respectivamente”).

71. Cf. Capítulo 3.

também como já analisado no Capítulo 3.<sup>72</sup> A justificativa é a de que a dissolução irregular seria justamente uma *infração à lei* para os fins do art. 135 do CTN.

Como se vê, essa jurisprudência que se vai consolidando no STJ acabou por estabelecer um regime dual para a responsabilidade empresarial na esfera tributária: a responsabilidade do sócio-gerente é *limitada na vida* da empresa, e *ilimitada na morte*. Enquanto a empresa funciona, não há redirecionamento para o sócio-gerente; o mesmo não ocorre após a paralisação.

Será esse um bom regime? Parece-me que a principal desvantagem desse regime seja a de desincentivar o empreendedorismo. Atenção, estou aqui a falar de “desincentivo”, não de “redução”. A ilimitação da responsabilidade, seja na *vida* ou na *morte* da empresa, acarreta o risco de responsabilização pessoal do sócio-gerente. Isso presumivelmente reduz sua disposição a investir e empreender, daí a ideia de *desincentivo*. Agora, se esse desincentivo efetivamente se traduz em redução de investimento, e em que medida isso ocorre, é tema estritamente empírico sobre o qual não disponho de dados, exceto apenas quanto às evidências anedóticas mencionadas no Capítulo 6.<sup>73</sup>

Por outro lado, em um país em que a extensão das fraudes tributárias só é comensurável com a voracidade do fisco, não há como negar que o regime dual adotado pelo Judiciário possa estar de fato reduzindo o espaço para a sonegação. Nunca é demais lembrar, já falamos disso,<sup>74</sup> não é nada incomum a interposição de pessoas jurídicas como mecanismo de realização de planejamentos e fraudes tributárias. E, também, como vimos, a fronteira entre a elisão fiscal (que é legal) e a evasão fiscal (ilegal) é turva, e encontrar critérios seguros para distingui-las não é tarefa simples, de modo que se pode dizer que uma anda próxima da outra.

Como se vê, avaliar pragmaticamente essa jurisprudência do STJ que determina o redirecionamento da dívida ao sócio-gerente em caso de dissolução irregular não é tarefa fácil. O próprio STJ parece já ter se dado conta da dificuldade da situação, e há uma posição jurisprudencial interessante que pode ser apresentada como tentativa de obtenção de um meio-termo tolerável, uma verdadeira solução de compromisso entre os valores e finalidades em choque. A saber, estou aqui a referir-me a uma

72. Cf. Capítulo 3.

73. Cf. Capítulo 6.

74. Cf. Capítulo 6.

posição já mencionada no Capítulo 3, de acordo com a qual o sócio-gerente pode se livrar da responsabilização caso prove que não agiu com dolo, fraude ou excesso de poder.

Sob essa posição, haveria, então, inversão do ônus da prova e verdadeira presunção relativa (*juris tantum*). Assim, “infração à lei” para fins do art. 135 do CTN seria presumida no caso de dissolução irregular. Contudo, por se tratar de presunção relativa, restaria ao sócio-gerente contra quem a execução tributária é redirecionada a faculdade de demonstrar que seu comportamento fora íntegro, e que a existência de débitos tributários da empresa se deveu apenas aos infortúnios do comércio. Aqui teríamos, então, um aprimoramento da díade segundo a qual há responsabilidade limitada na *vida*, e ilimitada na *morte* da empresa. Afinal, após a *morte* (i.e., a dissolução) da empresa o sócio poderia eximir-se da responsabilização pela dívida tributária caso provasse não ter cometido ilícitos.

A ideia é criativa e merece atenção, mas é também dificultosa. Como bem sabe desde o mais singelo egresso da faculdade até o mais experimentado dos causídicos, *o diabo das questões jurídicas está nos detalhes*. Como provar o negativo? Isto é, como poderá o sócio-gerente provar que não houve dolo, fraude ou excesso de poder? Vamos por partes. Em princípio, provar que não houve ato com *excesso de poderes* não é complicado, porque para tanto basta um simples exame dos documentos societários da empresa.

Porém provar a ausência de dolo e a ausência de fraude são temas mais complicados. Primeiro porque a prova de ausência de dolo é um tema razoavelmente heterodoxo em matéria de direito tributário. Isso porque o art. 136 do CTN expressamente declara que, “salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”.

Segundo, a prova negativa do dolo e fraude se prende a critérios potencialmente bastante escorregadios. Será a crise econômica, setorial ou financeira da empresa prova suficiente para indicar que os tributos não foram *dolosamente* inadimplidos? Atenção: se o critério de análise para a prova desse fato negativo for muito flexível, então talvez melhor fosse, de uma vez, eliminar a responsabilização do sócio-gerente, porque quase qualquer alegação bastará para lhe retirar a responsabilidade. Por outro lado, se o critério for muito rígido, aí logo estaremos a percorrer o tortuoso caminho da assim chamada *prova diabólica*, aquela que não pode ser realizada.

Tudo isso põe em xeque a viabilidade prática da inversão do ônus probatório como mecanismo razoável para a solução do impasse.<sup>75</sup> Embora seja um avanço se comparada ao puro e simples redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente – “avanço”, no sentido de preservar a limitação de responsabilidade, que, como vimos, segue sendo um mecanismo em boa medida desejável –, a inversão do ônus probatório pode não ser nem operável, nem suficientemente pragmática.

Isso não quer dizer, no entanto, que se esteja aqui a rejeitar qualquer posição que no jargão dos tributaristas se convencionou chamar de *fiscalista*. Dado o risco de fraude trazido pela responsabilidade limitada, cabe a meu ver uma leitura mais flexível do art. 50 do Código Civil, no seguinte sentido. O texto expresso do art. 50 indica ser atribuição do juiz (e, supõe-se, apenas do juiz) estender obrigações da empresa aos sócios ou administradores.<sup>76</sup> A legalidade estrita sugeriria, portanto, que a administração somente poderia incluir sócios e administradores em processos administrativos mediante prévia autorização judicial. A necessidade de dar efetividade à ação do regulador estatal e de coibir a fraude, no entanto, motiva-me a rejeitar essa ideia, partilhando assim de posição mais flexível. Por outro lado, a outorga dessa faculdade ao fisco vem acompanhada da responsabilidade deste de pautar-se por rígidos padrões de legalidade e respeito aos precedentes judiciais predominantes.

Em vista do que se disse acima, concluo que a inclusão do sócio-gerente em processo administrativo deve obedecer aos seguintes requisitos:

Deve haver indício concreto de ação culposa do sócio, ou seja, em juízo a alegação de que haja fraudes tributárias, abuso de direito, desvio de finalidade ou confusão patrimonial por parte dos sócios deve ser substanciada.

75. Nesse sentido, a decisão do STF no RE 608.426 AgR, 2ª Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa (*Dje* 204, pub. 24.10.2011), em que se entendeu plenamente aplicáveis, mesmo em âmbito administrativo, os princípios do contraditório e da ampla defesa, acolhendo o argumento de que “a decisão administrativa que atribui sujeição passiva por responsabilidade ou por substituição também deve ser adequadamente motivada e fundamentada, sem depender de presunções e ficções legais inadmissíveis no âmbito do Direito Público e do Direito Administrativo”.

76. Cite-se novamente o Código Civil, art. 50: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.



A dissolução irregular deve ser considerada insuficiente para autorizar o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio.

As medidas de constrição patrimonial somente são permitidas após o trânsito em julgado da sentença.

Ao sócio deve ser aberto contraditório.

#### **7.4 *Resumo***

Quem causa um dano patrimonial ou extrapatrimonial agindo illicitamente deve indenizá-lo ou compensá-lo. Isso, aliás, vale não só para o sócio, mas também para o administrador ou qualquer outro agente ligado à empresa. O problema de que aqui nos ocupamos surge quando se busca responsabilizar terceiros sem prova de culpa e sem base legal expressa. Aproximei-me desse tema espinhoso discutindo orientações para o controle consequencialista de legitimidade das interpretações jurídicas. Isto é, procurei articular o texto de lei e a dogmática jurídica assente com efeitos esperados e incentivos.

Tomei como ponto de partida um Modelo Básico que dá particular importância à distinção entre credor voluntário e involuntário da empresa devedora. Esse modelo foi refinado de modo a integrar aspectos jurídicos, políticos e econômicos relevantes. O refinamento conduzido sugeriu a possibilidade de responsabilização de sócios em caráter objetivo, ainda que sem base legal expressa, em algumas circunstâncias específicas no direito trabalhista (mas, conforme sugerido, só até um certo limite), direito do consumidor e direito civil (especialmente quando há ilícito cível praticado pela empresa). No caso do direito administrativo e tributário a rigidez jurídica tem importância acentuada. Ainda assim, destaquei circunstâncias em que, em linha com o modelo dogmático aqui concebido, faz sentido responsabilizar o sócio.

#### **7.5 *Conclusão parcial***

A vida em sociedade se sustenta tanto pelo compartilhamento de valores comuns quanto pelo comportamento estratégico individual em que cada qual busca melhorar sua situação dentro do sistema. Regras e doutrinas jurídicas, por isso mesmo, têm essa natureza dual: por um lado articulam valores humanos e aspirações coletivas que refletem noções de bem; e por outro, impõem limites ao oportunismo humano.

Insisto no ponto: a vocação humana para o oportunismo se complementa também com a vocação humana para o altruísmo, porque o

autointeresse puro não explica os níveis de cooperação que temos hoje. A posição de que os seres humanos sejam apenas egoístas é dogmática e não tem respaldo empírico. O mesmo pode ser dito, no entanto, da posição oposta, isto é, aquela que enxerga no Direito apenas mecanismo de articulação das fundações valorativas a guiar os homens de modo determinante.

O Direito é, por tudo isso, técnica e também valor. A dogmática jurídica pode, por isso, ser um campo profícuo para um pragmatismo ético. A reflexão jurídica deve, portanto, ser vista como um ambiente de otimização, em que os espaços de decisão deixados pelo texto legal são preenchidos por uma ponderação entre valores e consequências, custos e benefícios, vantagens e desvantagens – tudo de forma que a aplicação do Direito possa atingir os melhores resultados possíveis no contexto político em que se insere.

O labor do jurista pode assim ser compreendido como a arte da busca de soluções de compromisso, imaginação sobre o possível, arte da articulação do que é viável. É nesse espírito que devem ser compreendidas as proposições aqui formuladas a respeito da responsabilidade de sócios por dívidas da empresa e também aquelas formuladas no capítulo seguinte.

## Capítulo 8

### **EXTENSÕES**

### **AO MODELO DOGMÁTICO**

*8.1 Parâmetros para calibração de efeitos: 8.1.1 Extensão da responsabilidade do sócio: 8.1.1.1 Responsabilização total – 8.1.1.2 Responsabilização total com direito de regresso – 8.1.1.3 Responsabilização proporcional – 8.1.1.4 Conclusão; 8.1.2 Distinção conforme o tipo de sócio: 8.1.2.1 Acesso a informações e influência como variáveis-chave – 8.1.2.2 Vantagem no suporte de risco – 8.1.2.3 Critérios para distinção dos sócios – 8.1.2.4 Conclusão; 8.1.3 Empresas abertas e fechadas: 8.1.3.1 A distinção fundamental – 8.1.3.2 Refinamento – 8.1.3.3 Conclusão – 8.1.3.4 Nota sobre o direito comparado. 8.2 Responsabilização de ex-sócio: 8.2.1 Imputação imprescritível; 8.2.2 Imputação pela ocorrência; 8.2.3 Imputação pelo ajuizamento. 8.3 Extensões do modelo: 8.3.1 Responsabilização de administradores: 8.3.1.1 Mecanismos jurídicos de transferência de risco – 8.3.1.2 Justificativas econômicas – 8.3.1.3 Conclusão; 8.3.2 Responsabilização de empresas do grupo econômico: 8.3.2.1 A lógica da criação dos grupos – 8.3.2.2 Juízo crítico – 8.3.2.3 Conclusão; 8.3.3 Responsabilização de contratantes: 8.3.3.1 Mecanismos – 8.3.3.2 Efeitos de primeira e de segunda ordem – 8.3.3.3 Conclusão; 8.3.4 Responsabilização de não contratantes. 8.4 Resumo. 8.5 Conclusão parcial.*

O modelo dogmático apresentado no capítulo anterior precisa ser completado e estendido. Convém, como faço na Seção I, discutir a extensão da responsabilidade, realizar distinções em função do tipo de sócio e traçar distinções conforme se tratar de empresas abertas e fechadas. Adiante, na Seção II, examinarei as regras de imputação de responsabilidade a ex-sócios. Por fim, na Seção III, discuto outros casos de corresponsabilização de terceiros, especialmente administradores, empresas do mesmo grupo econômico, contratantes da empresa e outros terceiros não contratantes ligados à empresa.

### 8.1 *Parâmetros para calibração de efeitos*

A responsabilização de sócio por dívida da empresa tem por efeito básico obrigá-lo a solver obrigações inadimplidas pela empresa. Há, contudo, nuances importantes. No item 8.1.1, discuto a extensão dessa responsabilização. No item 8.1.2, traço distinções qualitativas a depender o tipo de sócio a que se imputa responsabilidade. Finalmente, no item 8.1.3, traço distinções para empresas abertas (ou seja, com ações negociadas em bolsa de valores) ou fechadas (sujeitas à negociação privada da participação societária).

#### 8.1.1 *Extensão da responsabilidade do sócio*

A responsabilização de sócio com base na culpa – isto é, basicamente, a responsabilização que se justifica por conta da realização de um ato ilícito, inclusive a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade – dá-se na medida da culpabilidade.<sup>1</sup> Problema mais difícil surge no caso de responsabilização de sócio por mera alocação política de risco, isto é, no caso de responsabilização objetiva (independente de culpa). (Como vimos, isso ocorre corriqueiramente em diversos ramos do Direito, ora por conta de disposição legal expressa, ora por conta de construção jurisprudencial.)

Quando ocorre responsabilização objetiva do sócio, qual deve ser a extensão da obrigação que se imputa a ele? Há basicamente duas possibilidades: uma pautada por uma *regra de responsabilização total* e outra pautada por uma *regra de responsabilização proporcional*.

A *regra de responsabilização total* torna cada um dos sócios individualmente responsável pela totalidade da dívida inadimplida pela empresa. Para ilustrar, suponha que uma empresa insolvente possua dois sócios, cada um com 50% das quotas, e que o sistema jurídico estabeleça em determinada circunstância a responsabilização objetiva dos sócios (digamos, por conta de uma dívida trabalhista, consumerista ou ambiental da empresa).

Sob a *regra de responsabilização total*, qualquer um dos sócios pode ser demandado pela totalidade do crédito que se busca satisfazer. Já sob a *regra de responsabilização proporcional*, o credor poderá exigir

1. Conforme prescreve o art. 944, parágrafo único, do Código Civil, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

de cada sócio no máximo metade do seu crédito. A questão é saber qual a melhor regra.

#### 8.1.1.1 Responsabilização total

A *regra de responsabilização total* preserva o espírito de tornar o sócio garantidor dos credores. Assim, sua principal vantagem é a de desincentivar atividades indesejadas que se pode desenvolver a partir de uma empresa, como o baixo investimento em precaução ou a utilização da personalidade jurídica como escudo para a realização de fraudes.<sup>2</sup> Por outro lado, sua principal desvantagem é a de desencorajar a aquisição de participação minoritária nas empresas. Imagine que o primeiro sócio tenha 99% e o segundo tenha 1% das quotas da empresa. Assim, se a empresa distribuir, digamos, \$100.000 em dividendos, o primeiro sócio receberá \$99.000 e o segundo receberá \$1.000. Mas se a empresa quebrar e deixar créditos não pagos no valor de \$100.000, esse mesmo segundo sócio que se beneficiaria de apenas 1% do lucro poderá ter que arcar com a totalidade da dívida.

Situações como essas podem causar um incentivo perverso. Em vez de diversificar seu patrimônio investindo em vários negócios produtivos, um investidor prudente pode se ver na situação de ter que diminuir sua exposição em participações societárias. Assim, em vez de adquirir, por exemplo, pequenas participações em empresas, o investidor terá que diversificar seu patrimônio investindo em diferentes tipos de ativos. Por exemplo, poderá fazê-lo adquirindo outros ativos como títulos do governo.

Como explicamos anteriormente, embora essa alternativa permita a diversificação por parte de investidores individuais, para a economia como um todo ela é indesejável, além de potencialmente inviabilizar certas atividades muito importantes para a mobilização de poupança, especialmente o *private equity* e o *venture capital*.<sup>3</sup>

#### 8.1.1.2 Responsabilização total com direito de regresso

A *regra de responsabilização total* pode ser aprimorada mediante a inclusão de um direito de regresso entre os sócios. Esse direito de regresso teria por base o valor da participação proporcional no capital da

2. Sobre o tema, ver Capítulo 5 (com considerações de natureza teórica) e Capítulo 6 (com considerações de natureza aplicada).

3. Novamente, ver Capítulos 5 e 6 para o detalhamento.

sociedade. Por exemplo, se um sócio tem 1% das quotas empresa, mas após sua responsabilização pessoal acaba arcando com a totalidade de uma dívida de \$100.000, ele pode posteriormente exigir do outro sócio o valor de \$99.000. Geralmente, o direito de regresso pode ser incluído tanto pela via legislativa quanto pela via contratual e talvez até judicial.<sup>4</sup>

A inclusão do direito ao regresso proporcional à participação societária não piora em nada a situação dos credores, e, além disso, abrandas as desvantagens da *regra da responsabilização total*. Afinal, com o regresso se elimina a possibilidade de que um investidor minoritário tenha que arcar com a totalidade das dívidas de uma empresa. Isso quer dizer – esta é uma conclusão importante – que a regra da responsabilidade com responsabilização total *com direito de regresso* é superior e preferível à regra da responsabilização total *sem direito de regresso*.<sup>5</sup>

O principal problema da *regra da responsabilização total com direito de regresso*, contudo, é que o regresso é apenas um direito. O direito de regresso permite a cobrança para posterior ajuste entre os sócios, só que o efetivo regresso, ou seja, o efetivo ressarcimento entre os sócios, pode não ocorrer – por exemplo, porque os demais sócios podem não ter recursos suficientes. O outro problema do direito de regresso é que ele não é prático quando a empresa tiver muitos sócios. Essa é claramente a situação de muitas empresas abertas, mas também de algumas empresas fechadas.

#### 8.1.1.3 Responsabilização proporcional

A *regra de responsabilização proporcional* pode ser pensada como uma variação da *regra de responsabilização total com direito de regresso*. A principal diferença entre as duas diz respeito ao ônus da realização da cobrança proporcional à participação societária.

Sob a regra de *responsabilização total com direito de regresso*, o sócio que foi responsabilizado pela totalidade da dívida – geralmente

4. É esse, aliás, o mecanismo da solidariedade passiva previsto nos arts. 275 e ss. do Código Civil. Código Civil, art. 275: “O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto”. Art. 283: “O devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos codevedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os codevedores”.

5. E a bem da verdade, a vedação ao enriquecimento sem causa cria obrigação que se traduz no direito de regresso.

o sócio mais rico, aquele que os norte-americanos jocosamente chamam de *deep pocket*, ou “bolso profundo”<sup>6</sup> – precisa buscar o ressarcimento proporcional dos demais sócios. Já sob a regra da *responsabilização proporcional*, o ônus de buscar a compensação proporcional recairá sobre o próprio o credor da empresa.

Significa então o seguinte: a *regra da responsabilização total* é um obstáculo potencialmente sério para investimentos minoritários pelos detentores de poupança (inclusive investidores institucionais tais como empresas de *venture capital*). Esses *deep pockets* tendem a ser não apenas os principais alvos das ações dos credores da empresa, mas também as partes que arcam com o custo de cobrança dos demais sócios e com o risco do não pagamento por estes. Já a regra de *responsabilização proporcional* transfere os custos de cobrança e o risco de crédito para os credores da empresa insolvente.

#### 8.1.1.4 Conclusão

Não há dúvida de que nas empresas abertas (isto é, aquelas com ações negociadas em bolsa de valores) a regra da *responsabilização proporcional* seja superior à regra da *responsabilização total com direito de regresso*. Isso, por conta principalmente da necessidade de atrair acionistas minoritários para fomentar o desenvolvimento do mercado de ações e do alto grau de aversão ao risco de perda por parte desses pequenos investidores.

De fato, quando a responsabilidade de um acionista minoritário está limitada proporcionalmente à sua participação societária no capital da empresa, há uma redução no seu risco de perda por possuir ações de diferentes empresas. Ainda assim, é preciso ressaltar que a conveniência da responsabilização de sócios em empresas abertas – mesmo com uma regra de responsabilização proporcional – é na melhor das hipóteses duvidosa, como se verá mais adiante.

Já nas empresas fechadas (por quotas ou por ações) é mais difícil ponderar as vantagens relativas entre as regras da *responsabilização proporcional* e da *responsabilização total com direito de regresso*. Por um lado, a regra da *responsabilização proporcional* abre algum espaço para a fraude por parte dos sócios. Por exemplo, os sócios podem burlar

6. *Deep pocket*, ou *bolso profundo*, é uma expressão (algo irônica) bastante difundida na prática judicial norte-americana. Geralmente é empregada para designar as grandes companhias que figuram como réus em ações para recomposição de ilícitos, ainda que a culpabilidade pelos atos causadores de danos seja de outras partes.

o espírito da regra, por assim dizer, disfarçando uma contribuição de capital de um sócio em empréstimo para a empresa. A *affectio societatis* das empresas fechadas, de fato, torna muito mais fácil realizar acordos informais que na prática funcionam mesmo que não estejam formalizados em documentos juridicamente válidos.<sup>7</sup>

Por outro lado, não devemos nos esquecer de que qualquer regra de expansão da responsabilização de sócios tem que sempre incluir a preservação das regras que tornam ilegais ações dos sócios controladores e dos administradores que caracterizem abuso, fraude ou qualquer outro ilícito.

Essas regras refletem o milenar preceito do *alterum non laedere*, que como dissemos anteriormente é inafastável.<sup>8</sup> Com base nessas regras, os juízes podem detectar pelo menos os casos mais graves em que sócios agem oportunisticamente. Diante disso, acredito que a regra da *responsabilização proporcional* seja de um modo geral preferível à regra da *responsabilização total atrelada ao direito de regresso*.

### 8.1.2 Distinção conforme o tipo de sócio

A análise desenvolvida até aqui tratou dos sócios das empresas como se fossem um grupo basicamente homogêneo. Em particular,

7. Sobre o tema da *affectio societatis*, ver, e.g., Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 479 (concluindo que o conceito *affectio societatis* “é subjetivo, o elemento é intencional, e se deve perquirir dos reflexos aparentes e exteriores, se a intenção do agente foi de unir seus esforços para obter resultados comuns, que isoladamente não seriam tão plenamente conseguidos”). Ainda, Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, 9ª ed., vol. 2, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 388 (argumentando que “*affectio societatis* é, hoje entendida como a disposição dos sócios em manter o esforço ou investimento comum. Assim definida, a condição é, de fato, necessária à constituição da sociedade limitada, embora não possa ser vista como suficiente, já que existem outras alternativas jurídicas para a exploração de atividades econômicas em conjunto”). Para uma crítica ao conceito de *affectio societatis*, ver Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira von Adamek, “*Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social”, *Revista de Direito Mercantil* 149/150, 2008, pp. 108 e ss. (concluindo que a tendência é a de superação do conceito de *affectio societatis* pelo conceito de fim comum ou de fim social). A crítica de Novaes França e Adamek é especificamente examinada em Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de Direito Comercial – Teoria Geral das Sociedades – As Sociedades em Espécie do Código Civil*, 2ª ed., vol. 2, São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pp. 43-47.

8. Cf. Capítulo 7, item 7.2.1.2.



estava implícita a premissa de que os sócios teriam condições práticas de influenciar os rumos dos negócios da empresa de modo a protegerem seus interesses. No mundo real, contudo, essa premissa muitas vezes não se verifica ou pelo menos está sujeita a uma série de nuances.

#### 8.1.2.1 Acesso a informações e influência como variáveis-chave

Sócios geralmente diferem muito no seu nível de acesso a informações sobre os negócios da empresa e também no seu grau de influência sobre as decisões a respeito da condução dos negócios. A depender dessas variáveis-chave, a aplicação de um regime de responsabilização de sócio gerará efeitos muito diferentes. Daí a conveniência de refletir sobre diferentes regimes jurídicos para diferentes tipos de sócio.

Como uma aproximação preliminar, compare as seguintes quatro situações hipotéticas. *Primeira*, dois indivíduos resolvem abrir uma empresa, cada um recebe 50% das quotas e o negócio é gerido conjuntamente. *Segunda*, alguém tem uma ideia para abrir um negócio, mas não dispõe de capital. Esse indivíduo, no entanto, tem um conhecido disposto a aplicar os recursos necessários. Os dois se tornam sócios e recebem as quotas da empresa na base de 50-50. Um administra o negócio, o outro apenas contribui com capital, e ambos dividem os lucros.

*Terceira*, alguém tem uma ideia e resolve abrir um negócio com capital próprio. Como a lei impedia a existência da sociedade unipessoal,<sup>9</sup> esse indivíduo atribui a si 99.9% das quotas e entrega uma quota para alguém de sua confiança – sua esposa ou mãe, por exemplo. Essa pessoa recebe então uma quota e figura no contrato social como sócia apenas para viabilizar a abertura da empresa, mas jamais toma conhecimento do negócio e dele jamais se beneficia.<sup>10</sup>

*Quarta*, uma pessoa investe uma pequena soma de recursos para comprar algumas ações de uma grande empresa negociada na bolsa de valores, tornando-se assim um pequeno investidor no mercado de ações.<sup>11</sup>

9. Esse era o caso até dia 9 de janeiro de 2012, quando a EIRELI entrou em vigor. Atualmente, em muitos casos é possível criar sociedades unipessoais. Examinamos rapidamente as EIRELIS no Capítulo 6.

10. V. Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima* (1976), 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 442 (referindo-se a esse sócio hipotético como “sócio de palha”).

11. Nesse caso de investimento em empresa de capital aberto, aliás, não é nem mesmo usual usar a palavra “sócio”; fala-se geralmente em “acionista”.

Agora, suponha que as quatro empresas acima se tornem insolventes. E suponha, a seguir, que se identifique alguma justificativa para responsabilização de sócios. Por exemplo, um empregado dessas empresas pode ter ficado com valores a receber, um consumidor pode ter sido lesado por um produto defeituoso ou o governo pode ser credor de uma multa que foi aplicada à empresa por causa de um dano ambiental. Pergunta-se: todos os sócios devem ser igualmente responsabilizados? Ou, colocando a mesma questão em termos mais gerais: os riscos de responsabilização devem tocar a todos os sócios da mesma forma? Intuitivamente, sabemos que a resposta é negativa. Um grande enigma é decifrarmos por quê.

Uma boa explicação é a de que os sócios nesses quatro exemplos diferem tanto no tocante ao seu conhecimento do negócio quanto à sua capacidade de influenciarem seu andamento. No Capítulo 5, vimos que as desvantagens da responsabilidade limitada decorrem do seu incentivo implícito à realização de investimentos socialmente ineficientes, ao baixo investimento em precaução e ao uso da personalidade jurídica como escudo para a realização de fraudes e outros atos ilícitos.<sup>12</sup>

Ora, à medida que decresce o grau de conhecimento e influência do sócio nos destinos do negócio, torna-se cada vez mais improvável que possa contribuir para a realização de investimentos socialmente ineficientes, para o baixo investimento em precaução ou o uso da personalidade jurídica como escudo para fraudes e outros atos ilícitos. Com isso, torna-se cada vez mais improvável que se possa corresponsabilizar o sócio por uma ação culpável.

#### 8.1.2.2 Vantagem no suporte de risco<sup>13</sup>

O que foi dito acima é apenas o começo do problema. Já sabemos que em alguns casos pode fazer sentido realocar riscos para terceiros como medida de política pública. Isto é, estabelecer regimes de res-

12. Expus o conceito de vantagem no suporte de risco no Capítulo 5.

13. Tradicionalmente, a variável-chave para a determinação de responsabilidade é o poder de controle na sociedade, cf. Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima* (1976), cit., p. 435 (afirmando que, da crescente possibilidade de separação entre poder de gestão e responsabilidade, “resulta a ideia recorrente, no direito moderno, da atribuição de responsabilidade ao titular do controle, pelas dívidas da sociedade controlada, ou da negação, em casos excepcionais, do princípio da rígida separação patrimonial entre sociedade anônima e os seus acionistas”). Aqui dou particular ênfase ao tema do acesso à informação.

ponsabilização objetiva em que os riscos do negócio são distribuídos em função de critérios políticos e econômicos não relacionados com a culpabilidade.

O tema da alocação eficiente do risco empresarial tem sido estudado pela Economia desde os anos 1960. Basicamente, pode-se dizer que um risco de perda será alocado eficientemente quando puder ser suportado por quem tenha uma vantagem comparativa para suportar o risco.<sup>14</sup> Essa vantagem pode decorrer (i) da maior capacidade de um agente para prever a materialização do risco, (ii) da sua maior capacidade de mitigar uma perda caso esta se materialize<sup>15</sup> e (iii) da sua maior capacidade de prevenir-se do risco de materialização da perda.

Ou seja, a vantagem no suporte de um risco liga-se à capacidade de prever<sup>16</sup> (antecipar a probabilidade de materialização da perda), mitigar<sup>17</sup> (minimizar a extensão da perda caso o risco se materialize) ou prevenir<sup>18</sup>

14. Essa observação foi originalmente formulada pelo economista Keneth Arrow. Examinei essa contribuição ao tratar da chamada função securitária das promessas contratuais. Vide Bruno Meyerhof Salama, “The insurance function of contracts revisited”, Fundação Getulio Vargas *Working Papers*, 2007.

15. A rigor, pode-se falar também de vantagem no suporte de risco de ganho, e, então, falar-se-á, analogamente, não da vantagem na mitigação da perda, mas da vantagem na maximização do ganho. Essa consideração, embora correta, tem pouca relevância para os problemas aqui tratados. Para uma discussão didática do tema do *risco de ganho*, ver A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, 3ª ed., Little, Brown and Company, 1989, pp. 57-62.

16. Por exemplo, por conta da chamada “lei dos grandes números” as seguradoras conseguem prever as chances de morte, roubo, doenças etc. mais precisamente que os segurados. Daí por que têm uma vantagem comparativa em suportar esses riscos, e essa é a lógica econômica subjacente ao contrato de seguro. Procurei explicar o tema didaticamente em Bruno Meyerhof Salama, “The insurance function of contracts revisited”, cit., Fundação Getulio Vargas *Working Papers*, 2007.

17. Daí vem a lógica econômica do dever jurídico que se atribui ao credor de mitigar os prejuízos que serão reparados posteriormente pelo devedor. Cf. III Jornada de Direito Civil, “Enunciado 169 – Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. Um texto importante a despertar interesse sobre o tema no Brasil é de Véra Maria Jacob de Fradera, “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, vol. 19, jul./set. 2004, pp. 109-119.

18. Daí, por exemplo, o dever do fornecedor de comercializar produtos seguros e de fazer o *recall* de produtos perigosos. Cf. Código de Defesa do Consumidor, art. 10: “O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. § 1º. O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e

(investir em precaução de forma a minimizar a probabilidade e extensão dos riscos).

Generalizando, pode-se dizer que quanto menor o grau de informação, e, principalmente, de influência do sócio nos destinos da empresa, tanto menor tenderá a ser sua capacidade de suportar o risco de maneira eficiente, e vice-versa. Por isso, quanto menos informado e influente for o sócio, tanto menos desejável será, em princípio pelo menos, alocar-lhe o risco do negócio.

A contrário senso, conclui-se, ademais, que alocar risco do negócio ao sócio pode fazer sentido à medida que o sócio seja mais informado e influente nos destinos da empresa. O grau máximo de informação e influência ocorre com a total confusão patrimonial, isto é, o caso em que as finanças do sócio e da empresa se tornam uma coisa só. Por isso, inclusive, a confusão patrimonial é modalidade de abuso de forma – logo, ato ilícito, conforme previsto no art. 50 do Código Civil, de que nesta obra tantas vezes falamos – e assim sujeita o sócio à responsabilização por conta do preceito geral de responsabilidade subjetiva.

### 8.1.2.3 Critérios para distinção dos sócios

É possível, no entanto, dar um pouco mais de precisão e concretude a essas ideias. Para tanto, indicarei uma classificação simples dos sócios de empresas, conforme sejam (i) controladores ou minoritários e (ii) ativos ou passivos.

Sabemos que há basicamente dois tipos de sócios, os controladores e os minoritários. A distinção é familiar aos profissionais do Direito, mas convém retomá-la rapidamente antes de prosseguir.

De modo geral, pode-se dizer que no Brasil o conceito de controle pode ser obtido formal ou materialmente.<sup>19</sup> Formalmente, será contro-

aos consumidores, mediante anúncios publicitários. § 2º. Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço. § 3º. Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito”. Sobre o tema, ver Cláudia Lima Marques *et al.*, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Ed. RT, 2006 (concluindo “que o art. 10 [do CDC] impõe ao fornecedor um dever de prevenção, saiba ele ou não do fato da nocividade ou periculosidade”).

19. Cf. Lei 6.404, de 15.12.1976, art. 116: “Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe asse-

lador o sócio que for titular de direitos de sócio que lhe assegurem de modo permanente a maioria dos votos nas deliberações das reuniões de sócio e o poder de eleger a maioria dos administradores da empresa. Esses direitos de voto podem ser atingidos pelo sócio sozinho ou através de acordo de votos. Contudo, um sócio pode ser materialmente controlador mesmo sem o ser formalmente. Materialmente, será controlador quem efetivamente usar o poder de dirigir as atividades da empresa e orientar o funcionamento dos seus órgãos.<sup>20</sup>

Na prática, isso significa que, de um modo geral, será considerado sócio controlador tanto a pessoa que possua mais da metade das ações ou quotas com direito a voto quanto a pessoa que integre um acordo de sócios que formalize um *bloco de controle*. Ao mesmo tempo, também será considerado sócio controlador quem de fato exerça o controle ope-

gurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia”. Segundo a classificação usual de “poder de controle”, há quatro modalidades para o controle interno: o controle totalitário, o majoritário, o minoritário e o gerencial; além do controle externo. Na divisão “controle formal-material”, poder-se-ia dizer que o formal diz respeito às formas de controle interno totalitário e majoritário; o material, às demais (controle interno minoritário, gerencial e controle externo). Sobre o conceito de poder de controle e suas classificações, ver Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima* (1976), cit., pp. 51 e ss.; Eduardo Secchi Munhoz, *Empresa Contemporânea e Direito Societário*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, pp. 221 e ss.; e ainda Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro, *Curso Avançado de Direito Comercial*, 6ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 298. Vale destacar a distinção entre poder de controle societário e poder de controle empresarial feita por Walfrido Jorge Warde Jr., *Responsabilidade dos Sócios: a Crise da Limitação e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 278 (concluindo que “este último [*poder de controle da empresa*] é exercido pelo empresário, i.e., pelo protagonista da atividade empresarial, pelo organizador dos meios de produção dedicados à empresa econômica. O primeiro [*poder de controle societário*] é, ordinariamente, um poder do sócio, que – nas sociedades de capitais – permite-lhe influenciar a vontade social, apenas para adotar estratégias e para definir ações que maximizem a possibilidade de satisfação do seu direito de crédito. Serão, de qualquer forma, ações e estratégias da sociedade e não do sócio”).

20. A doutrina, nesse particular, trata da distinção entre controle “minoritário” e “gerencial”. Modalidade mais incomum mas bastante interessante é a do controle “externo”, que surge, por exemplo, quando os maiores credores de uma sociedade em situação financeira difícil passam a impor condições para a renovação do empréstimo ou a rolagem de dívidas. Sobre o tema, ver Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima* (1976), cit., pp. 91-95.

racional da sociedade em que detém ações ou quotas, independentemente da sua participação societária formal.

Geralmente, enquadra-se nesse último caso o sócio que exerce a administração da sociedade sem possuir um número expressivo de ações ou quotas. Isto é, o sócio que tem poderes formais para assumir obrigações em nome da empresa – logo, que seja o principal ou um dos principais administradores da empresa – mas que não possua a preponderância política nas reuniões de sócios e assembleias de acionistas. Em síntese, trata-se do sócio que tem capacidade de fato de controlar a empresa.

De um modo geral, portanto, todo sócio com participação superior à metade dos direitos de voto é considerado *controlador*; mas nem todo sócio com participação inferior à metade dos direitos de voto é considerado *minoritário*. Ao contrário, se o sócio com poucas ações exercer de fato a direção da empresa, será considerado controlador. Assim, o conceito de minoritário é dado por oposição ao conceito de sócio *controlador*. Isto é, minoritário é o sócio titular de ações ou quotas que não se enquadre na definição de controlador.<sup>21</sup>

Vale dizer o seguinte: para os presentes fins, podemos tratar por *minoritário* (isto é, não controlador) o sócio que cumpra os seguintes dois requisitos ao mesmo tempo. Primeiro, que não seja titular de direitos de sócio que lhe assegurem de modo permanente a maioria dos votos nas deliberações das reuniões de sócio, nem tampouco o poder de eleger a maioria dos administradores da empresa. Segundo, que não exerça a direção das atividades da empresa.

21. A expressão “acionista minoritário” não é unívoca na doutrina. Comparato e Salomão Filho, por exemplo, utilizam por diversas vezes a expressão “acionista não controlador” ao se referirem ao minoritário, e isso justamente porque, como vimos, o minoritário (que responde por menos de metade das ações com direito a voto) por ser, também, controlador. Ver Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima* (1976), cit., p. 310; e ainda, Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro, *Responsabilidade dos Sócios: a Crise da Limitação e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*, cit., p. 297 (“Se antigamente o conceito de maioria e minoria se fundava na fórmula ‘metade mais um’ e ‘metade menos um’, tendo em vista a existência de uma sociedade em que todos tinham direito de voto e havia a efetiva participação dos acionistas, hoje, com o surgimento da sociedade anônima moderna, isso não mais ocorre. Nem todos os acionistas contam com o direito de voto, e a dispersão das ações acaba por propiciar a existência de um controle exercido por pessoa ou pessoas que detêm menos da metade das ações da companhia”).

Os sócios minoritários diferem entre si no tocante ao seu grau de envolvimento com a empresa. Alguns sócios minoritários são chamados de *ativos* e outros de *passivos*.

Sócios minoritários ativos são aqueles que, embora não tenham poder de controle, estão frequentemente buscando meios de influenciar a administração da empresa de modo a salvaguardar seus interesses. A depender do tipo de empresa, os sócios minoritários poderão fazê-lo principalmente nomeando e monitorando administradores e conselheiros e acompanhando e questionando as demonstrações financeiras e contábeis da empresa. Por oposição, sócios minoritários *passivos* são aqueles que não se envolvem com a administração da empresa.

Em alguns casos, os sócios minoritários passivos terão poucas condições para influenciar a administração e os rumos da empresa.<sup>22</sup> Por exemplo, no Brasil os sócios minoritários de sociedades limitadas geralmente não têm poderes para nomear administradores nem para influenciar outras deliberações, inclusive a destinação dos lucros do exercício ou a política de investimentos e negócios.

Em outros casos, os sócios minoritários serão passivos menos por conta de seus direitos estabelecidos em lei e mais por conta do seu pouco interesse na gestão do negócio. Por exemplo, pequenos acionistas de grandes companhias listadas em bolsa não têm por que despender muito tempo e energia para entender e monitorar a administração da empresa. Afinal, seus retornos são baixos em comparação aos custos para se envolver com o monitoramento da gestão da empresa.<sup>23</sup>

#### 8.1.2.4 Conclusão

Chegamos, assim, a quatro tipos básicos de sócios. Organizados em uma escala decrescente de informação e influência nos negócios da empresa, os sócios podem ser divididos como segue: (i) sócios controladores e administradores, (ii) sócios controladores e não administradores, (iii) sócios minoritários ativos e (iv) sócios minoritários passivos. Quan-

22. Para uma discussão detalhada dos direitos dos acionistas minoritários, ver Bruno Meyerhof Salama e Viviane Muller Prado, “Proteção ao acionista minoritário no Brasil: breve histórico, estrutura legal e evidências empíricas”, in *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 117-153.

23. Esse fenômeno, aliás, é ilustrativamente chamado pelos economistas de “ignorância racional”. Expliquei-o em Bruno Meyerhof Salama, “O que é pesquisa em Direito e Economia?”, *Caderno Direito GV*, n. 22, mar. 2008.

to menor o grau de informação e influência do sócio nos negócios da empresa, tanto mais duvidosas serão as vantagens de responsabilizá-lo objetivamente por dívidas de empresa insolvente.

### 8.1.3 Empresas abertas e fechadas

A diferenciação de sócios conforme seu grau de informação e influência traz uma implicação importante. Ela sugere que de um modo geral faça sentido dar-se um tratamento jurídico distinto às empresas abertas e às fechadas, como segue.

#### 8.1.3.1 A distinção fundamental

Formalmente, empresas abertas e fechadas se distinguem por estarem, ou não, abertas à negociação de ações em bolsa de valores. As sociedades abertas devem necessariamente ter o capital social composto por ações, enquanto as fechadas podem ser tanto por ações quanto por quotas. Dito isso, para os presentes fins importa menos esse aspecto formal e mais um aspecto substancial, a saber, o papel da transparência nas empresas abertas e a relativa opacidade das empresas fechadas.

As empresas abertas buscam sinalizar transparência de modo a atraírem investidores com os quais não têm relações pessoais de confiança. Para serem transparentes, essas empresas precisam lidar com uma série de conflitos de interesse que surgem entre os diversos agentes ligados à empresa. Há conflitos de interesse entre sócios majoritários e sócios minoritários; entre sócios e administradores; entre sócios e credores; e entre empregados de alto escalão (especialmente os administradores) e os de baixo escalão.<sup>24</sup> O Direito em geral e o direito societário em particular são importantes ferramentas para equacionamento desses conflitos.<sup>25</sup>

24. Sobre o tema, ver Edward Rock, Paul Davies, Hideki Kanda e Reinier Kraakman, “Fundamental changes”, in Henry Hansmann, Reinier Kraakman *et al.*, *The Anatomy of Corporate Law: a Comparative and Functional Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2004. Ver também Michael C. Jensen & William H. Meckling, “The theory of the firm: managerial behavior, agency costs, and ownership structure”, 3 *J. Fin. Econ.* 305, 1976.

25. Cf. Alexandre Di Miceli da Silveira, *Governança Corporativa e Estrutura de Propriedade: Determinantes e Relação com o Desempenho das Empresas no Brasil*, São Paulo, Saint Paul Editora, 2006, p. 28 (argumentando que a “minimização dos prejuízos causados pelos conflitos de interesses entre tomadores de decisão e fornecedores de recursos depende da presença de um conjunto de mecanismos



Em parte por conta das imposições legais, em parte por conta das suas políticas de atração de investidores, empresas abertas utilizam uma série de mecanismos voltados a mitigar os problemas ligados a esses conflitos de interesse. Esses mecanismos podem incluir a criação de conselhos (de administração ou consultivos), a contratação de diretores independentes, auditoria contábil, consultas a bancos de investimentos para obtenção de *fairness opinions* antes da realização de negócios,<sup>26</sup> contratação de analistas de mercado, estabelecimento de compensação vinculada ao desempenho, entre outras estratégias.

Contudo, de todos os mecanismos destinados a aumentar a transparência, o mais importante é a profissionalização da administração. A profissionalização se consolida com a separação entre propriedade e administração. Quem é proprietário – isto é, os sócios – não administra a empresa. Repare que isso vale tanto para os sócios controladores quanto para os sócios minoritários: todos são proprietários da empresa, nenhum é administrador.

Decorre daí que o grau de influência dos sócios nos destinos da companhia é inversamente proporcional ao grau de profissionalização da administração. Quanto mais profissionalizada a empresa, menor o grau de influência dos sócios; e vice-versa.

Obviamente, isso não quer dizer que o grau de influência dos sócios controladores seja tão baixo quanto dos sócios minoritários. Muito ao contrário. Embora não estejam gerindo o dia a dia da empresa, os sócios controladores têm um papel decisivo na empresa: elegem os administradores, tomam-lhes as contas, decidem sobre a destinação do lucro líquido e aprovam todas as grandes operações societárias, entre outras funções.<sup>27</sup>

Ao contrário das empresas abertas, nas empresas fechadas não há, de um modo geral, necessidade de transparência para o mercado. Justamente por serem fechadas, nessas empresas não existe preocupação em atrair investidores minoritários. Isso não quer dizer que não existam conflitos de interesse nas empresas fechadas ou que as empresas fechadas não precisem ser gerencialmente bem-organizadas. Quer dizer apenas

internos e externos que alinhem os interesses dos gestores aos de todos os acionistas. A esse conjunto de mecanismos de incentivo e controle dá-se o nome de governança corporativa”).

26. Uma *fairness opinion*, ou opinião justa, é avaliação financeira a respeito dos termos de uma operação societária, especialmente uma fusão, cisão, aquisição, venda ou abertura de capital.

27. Cf. Lei 6.404/1976, arts. 132 e 135 e ss., entre outros.

que para as empresas fechadas, ao contrário das abertas, a necessidade de publicação de balanços e de prestação de informações ao público é bem menor.<sup>28</sup> Isso é particularmente verdadeiro no caso de empresas fechadas de pequeno e médio porte. Assim, no mais das vezes nas empresas fechadas não há necessidade de separação entre propriedade e administração.

A discussão acima sugere que nas empresas abertas geralmente haja separação entre propriedade e administração, enquanto nas empresas fechadas haja coincidência entre propriedade e administração. Mas no Brasil isso nem sempre é verdade. É que o mercado brasileiro ainda não chegou a um grau de maturidade tal em que o controle seja plenamente profissionalizado.<sup>29</sup> Por outro lado, há sinais de que se caminha crescentemente nesse sentido.<sup>30</sup>

Isso quer dizer que nas empresas fechadas o grau de efetivo controle do sócio sobre a gestão da empresa tende a ser maior do que nas empresas abertas. Segue que, de modo geral, é mais fácil ao sócio da empresa fechada do que ao sócio da empresa aberta usar a empresa de responsabilidade limitada de maneira não convergente com o interesse coletivo. Isso é ainda mais verdade se considerarmos que as empresas abertas estão sujeitas ao permanente escrutínio não apenas do público (e às vezes da mídia), mas também da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Por isso, e aqui ainda falo com grande grau de generalidade, os *perigos* do mau uso da forma societária são de um modo geral maiores nas empresas fechadas do que nas abertas. Um ponto adicional é o de que, como vimos em detalhes no Capítulo 5, a ausência de limitação de responsabilidade do sócio poderia a acabar com a fungibilidade das ações

28. Tanto assim, que o art. 294 da Lei das S.A. dispensa a publicação de demonstrações financeiras por sociedades anônimas de capital fechado que possuam menos de vinte acionistas e cujo patrimônio líquido seja inferior a R\$ 1 milhão (exceto quando se tratar de companhia controladora de grupo de sociedade ou a ela filiada). Também está eximida da obrigação de elaborar e publicar a demonstração dos fluxos de caixa a companhia fechada cujo patrimônio líquido seja inferior a R\$ 2 milhões (cf. art. 176, § 6º, da Lei 6.404/1976).

29. Cf., e.g., Érica Rocha Gorga, “Culture and corporate law reform: a case study of Brazil”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 27, pp. 803 e ss., 2006.

30. Cf., e.g., Ronald J. Gilson, Henry Hansmann e Mariana Pargendler, “Regulatory dualism as a development strategy: corporate reform in Brazil, the U.S. and the EU”, *Stanford Law Review*, vol. 63, 2011, pp. 475 e ss.

negociadas em bolsa, com sérios danos para o bom funcionamento dos mercados de bolsa, e em certa medida também para iniciativas dos reguladores.<sup>31</sup> Por causa dessas diferenças marcantes entre empresas abertas e fechadas, convém adotar-se (como ponto de partida pelo menos) um padrão de limitação da responsabilidade do sócio mais estrito nas empresas abertas do que nas empresas fechadas.

### 8.1.3.2 Refinamento

Essa generalização, embora verdadeira, comporta exceções. Por um lado, algumas empresas fechadas são de fato verdadeiras sociedades de capital. Elas se financiam através de empréstimos e de investidores profissionais do tipo *venture capital*, tendem a ser grandes (no sentido de terem um grande patrimônio), são administradas profissionalmente por indivíduos não sócios ou com participação pequena e, não raro, têm conselhos de administração, conselhos consultivos e assim por diante. Tudo isso, sem estarem listadas em bolsa de valores e, em muitos casos, até mesmo sem se constituírem sob a forma de sociedades por ações.

Por outro lado, também há empresas abertas com pouquíssimas ações em circulação que, embora formalmente listadas em bolsa, na prática financiam-se e operam como se fechadas fossem. Geralmente, são empresas que abriram o capital no passado para aproveitar-se de benefícios fiscais concedidos à abertura de capital nos anos 1970, e que formalmente mantêm sua listagem na bolsa de valores apenas porque seus controladores desejam evitar o ônus econômico do fechamento de capital.<sup>32</sup>

É que para fechar o capital de uma empresa aberta é necessário reembolsar aos sócios minoritários o valor de suas ações. Para evitar a necessidade de fazê-lo, os grupos de controle muitas vezes determinam que a empresa nunca distribua dividendos, e auferem receitas da empresa de outras maneiras – por exemplo, o pagamento de remuneração aos administradores. De todo modo, com o desenvolvimento dos mercados de bolsa no Brasil situações como essas vêm se tornando menos comuns. Assim, cada vez mais as empresas abertas de fato obtêm parcela importante do seu financiamento através da emissão de ações ao público para aquisição por acionistas minoritários ou por investidores institucionais.

31. Cf. Capítulo 5.

32. Sobre o impulso estatal à atividade bursátil nos anos 1970, v. Capítulo 2.

### 8.1.3.3 Conclusão

Conclui-se assim que a maioria das companhias abertas é aquilo que os juristas costumam chamar de *sociedades de capital*.<sup>33</sup> Elas são sociedades de capital, entre outras coisas, por conta da menor importância das relações pessoais na capitalização da empresa. A separação entre propriedade e administração é um mecanismo clássico utilizado para permitir que a empresa obtenha grandes somas de capital.

Por outro lado, a maioria das sociedades fechadas são sociedades de pessoas. Nelas, geralmente não há necessidade de separar propriedade e administração. Segue daí que a relativização da responsabilidade limitada é de um modo geral mais desejável nas empresas fechadas do que nas abertas. Contudo, é preciso ter cuidado: embora a maioria das empresas abertas sejam realmente sociedades de capital, nem todas o são; e embora a maior parte das empresas fechadas sejam sociedades de pessoas, algumas não são.

### 8.1.3.4 Nota sobre o direito comparado

Não tenho notícia de país que tenha implantado a responsabilidade objetiva como regime básico para acionistas de empresas listadas em bolsa.<sup>34</sup> Destaco, no entanto, a proposta de Hansmann e Kraakman, dois dos mais influentes professores de Direito Societário nos Estados Unidos. Em polêmico trabalho publicado em 1991, intitulado (em tradução livre) *Em Direção à Responsabilidade Ilimitada de Sócio por Ilícitos Cíveis de Empresas*,<sup>35</sup> esses autores defenderam a responsabilidade objetiva – ainda que proporcional – de acionistas de empresas abertas perante vítimas de ilícitos cíveis da empresa.<sup>36</sup>

33. Para uma revisão cuidadosa dos debates entre juristas sobre as distinções entre sociedades de pessoas e sociedades de capital, bem como sobre a relevância da distinção, ver Cássio Cavalli, *Sociedades Limitadas: Regime de Circulação de Quotas*, São Paulo, Ed. RT, 2011, pp. 26-41. Ver também Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de Direito Comercial – Teoria Geral das Sociedades – As Sociedades em Espécie do Código Civil*, cit., pp. 74-80.

34. Se bem que há, como vimos no Apêndice 2 do Capítulo 5, uma casuística de empresas de responsabilidade limitada que tinham ações negociadas em bolsa.

35. Henry Hansmann e Reinier Kraakman, “Toward unlimited shareholder liability for corporate torts”, *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991. Para uma crítica contundente dessa postulação, ver Stephen M. Bainbridge, “Abolishing veil piercing”, *University of Iowa Journal of Corporation Law*, vol. 26, 2001.

36. Frise-se que Henry Hansmann e Reinier Kraakman defenderam a responsabilidade ilimitada porém proporcional, isto é, com cada sócio respondendo proporcionalmente à sua participação no capital social.

Hansmann e Kraakman ressaltaram que, nos Estados Unidos, empresas abertas raramente vão à falência por ilícitos cíveis, mas que isso ocorre principalmente porque os autores das ações fazem acordos por valores inferiores aos danos sofridos. Afinal, as vítimas de ilícitos não estão bem-posicionadas nas listas de preferência de créditos nas falências (no Brasil, passa-se o mesmo fenômeno com os credores *quirográficos*). Logo, se não fizessem acordos e as empresas quebrassem esses credores nada receberiam.

Hansmann e Kraakman entendem que essa situação é prejudicial aos credores de ilícitos praticados das empresas, especialmente os credores de ilícitos cíveis, que arcam com riscos pelos quais não são compensados. Trata-se, portanto, daquilo que chamei no Capítulo 5 de *externalização de risco*.

Para dar conta do problema, eles propuseram uma regra de imputação curiosa, uma variação do que adiante chamamos de *regra do ajuizamento*. A essa regra de imputação deram o nome de *regra da informação* (*information-based rule*). De acordo com a *regra da informação*, a responsabilidade seria imputada aos sócios no momento em que ocorresse o primeiro fato entre os seguintes: (i) o ajuizamento da ação, (ii) a tomada de ciência pela administração de fatos que indicam *grande probabilidade* de que uma ação será ajuizada ou (iii) a empresa aberta é encerrada sem deixar um sucessor.

Apesar de engenhosa, tal regra geraria na prática muita confusão e infundáveis litígios. Isso é verdade, a meu ver, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, e possivelmente em qualquer outro país. Provavelmente por isso essa regra jamais passou de uma elucubração interessante, e pelo que sei nunca foi aplicada em nenhum lugar. De qualquer modo, relato esses desenvolvimentos da pesquisa jurídica comparada justamente para ilustrar que a responsabilização objetiva de acionistas de empresas abertas é, na melhor das hipóteses, uma proposta para ser vista com enorme cautela.

## 8.2 Responsabilização de ex-sócio

Tendo concluído minhas observações sobre a responsabilização de sócio, passo a um tema correlato e muito comum nas disputas judiciais, a saber, a imputação de responsabilidade a ex-sócio.

Suponha que se estabeleçam circunstâncias que justifiquem a responsabilização de sócios em caráter objetivo (por exemplo, a assunção de risco empresarial pelo sócio – manifestação do “princípio da alteridade”,

como se costuma sustentar com sucesso nos debates na esfera trabalhista<sup>37</sup>). Suponha, a seguir, que a composição do quadro societário tenha variado, isto é, que ao longo do tempo a posição de sócio tenha sido ocupada por mais de uma pessoa. Será possível responsabilizar o sócio antigo?

Conceitualmente falando, pode-se identificar basicamente três possibilidades, que podemos chamar de (i) “regra da responsabilidade imprescritível”, (ii) “regra da ocorrência” e (iii) “regra do ajuizamento”. Vejamos qual a mais indicada.

### 8.2.1 *Imputação imprescritível*

Começo descartando a *regra da responsabilidade imprescritível*. Essa regra imputaria responsabilidade a todos os ex-sócios, independentemente do momento em que tivessem se desfeito de suas ações ou quotas. Ela teria a vantagem de evitar a fraude contra credores. Afinal, o sócio não poderia transferir as quotas ou ações para um terceiro, inclusive para um *laranja* (algo, infelizmente, comum<sup>38</sup>), a fim de evitar a responsabilização. O preço a pagar, contudo, seria muito alto, porque se sacrificaria demais a segurança jurídica. Tornar imprescritível a responsabilização objetiva de ex-sócio é exagero. Cumular a dispensa de demonstração da culpa com a imprescritibilidade é dar tons desnecessariamente draconianos ao sistema jurídico.

Restam, então, a *regra da ocorrência* e a *regra do ajuizamento*. Vejamos cada uma delas.

### 8.2.2 *Imputação pela ocorrência*

Sob a *regra da ocorrência*, a responsabilidade recairá sobre quem era sócio no momento em que ocorreram os fatos que deram causa ao crédito a ser satisfeito. Por exemplo, suponha que se entenda, como é comum na jurisprudência trabalhista brasileira, que os empregados não devam suportar o risco do negócio, e que, portanto, na hipótese de quebra da empresa, deva haver responsabilização objetiva dos sócios. Ou, então, por exemplo, suponha que se deseje responsabilizar o sócio por um dano ambiental causado pela atividade de uma empresa, como alegadamente facultado pela legislação ambiental.<sup>39</sup>

37. Conforme longamente examinado no Capítulo 3.

38. Conforme longamente examinado no Capítulo 6.

39. Como já referido no Capítulo 3, cf. REsp 1.267.232/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 1º.9.2011; e REsp 279.273, rel. Min. Ari Pargendler, j. em

Ou, ainda outro exemplo, suponha que se busque responsabilizar o sócio de uma empresa cujos consumidores sofreram danos causados por produtos defeituosos produzidos por ela, conforme expressamente facultado pelo art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Pela *regra da ocorrência*, serão responsáveis os sócios no momento em que ocorreram os fatos que geraram, respectivamente, o crédito trabalhista, o dano ambiental ou o dano aos consumidores.

A *regra da ocorrência* tem vantagens e desvantagens. A principal vantagem é dificultar a fraude contra credores por parte dos sócios. Isso porque, sob a *regra da ocorrência*, de nada adianta que o sócio fraudulentamente transfira as quotas ou ações para um terceiro a fim de evitar a responsabilização. Se alguém era sócio no momento em que ocorreram os fatos que dão causa ao surgimento do crédito, será responsabilizado independentemente do que venha a fazer com sua participação societária posteriormente.

Considere, no entanto, uma desvantagem da *regra da ocorrência*. Em alguns casos, identificar o momento da ocorrência é bastante difícil. Pense, por exemplo, no caso da responsabilização de uma empresa que coloca um produto defeituoso no mercado: os consumidores podem ter sofrido o dano no momento da compra do bem, no momento do primeiro uso, durante um longo período em que o bem foi usado ou mesmo depois de terem suspenso o uso.

O mesmo problema ocorre na esfera ambiental. Sabidamente, é difícil determinar a data de ocorrência dos danos ambientais chamados permanentes ou contínuos,<sup>40</sup> e isso justamente porque esses danos ocorrem ao longo de muito tempo e às vezes mesmo ao longo de muitas décadas. Para esses casos, a *regra da ocorrência* funciona mal.

Há ainda um segundo problema que se pode associar à *regra da ocorrência*, este também bastante sério. Ela potencializa a instabilidade nas relações entre sócios e ex-sócios. Nem toda transferência de participação societária é feita para instrumentalizar a *fuga* da responsabilidade. Muitas transferências, e talvez a maioria delas, refletem, ao contrário, simplesmente arranjos negociais de mudança da titularidade dos direitos

4.12.2003 (afirmando que no direito do consumidor e no direito ambiental a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações basta para a desconsideração de sua personalidade, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial).

40. Cf. REsp 1.143/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20.3.2012 (concluindo que a existência de danos contínuos e permanentes não é atribuível “a um único evento, derivando de causas paulatinas, imperceptíveis de plano”).

de sócio<sup>41</sup> – isto é, a proverbial compra e venda de empresa ou de participação no capital dela. Diante disso, é razoável que os sócios possam simplesmente transferir sua propriedade e assim se desincumbir de seus ônus como sócios.

Acontece que a *regra da ocorrência* pode fazer com que um sócio seja demandado a honrar uma dívida da empresa muito tempo após ter-se desfeito das ações ou quotas. Essa situação pode ser particularmente dramática, e potencialmente injusta, quando estamos tratando do ex-sócio que é responsabilizado independentemente de ação culposa. Nesse caso, manifesta-se de modo bastante claro um problema muito conhecido dos profissionais do Direito, a insegurança jurídica. A solução, então, é impor um prazo prescricional.

Chega-se assim às seguintes conclusões:

A *regra da ocorrência* é, em princípio, uma boa regra quando se cogita da responsabilização não culposa (ou seja, objetiva) de ex-sócios. Contudo, não é desejável responsabilizar um ex-sócio muito tempo depois que este se tenha desfeito de sua participação societária, porque é preciso preservar minimamente a estabilidade das relações sociais.

Uma solução razoável é impor um limite legal para a imputação de responsabilidade ao ex-sócio pela *regra da ocorrência*. Isso é exatamente o que faz o Código Civil, cujo art. 1.003 estabelece um prazo de dois anos.<sup>42</sup> Essa regra, como se vê, é justificável e de um modo geral deve ser observada, inclusive nas esferas trabalhista e consumerista.<sup>43</sup>

A *regra da ocorrência*, mesmo sendo de um modo geral desejável, não é adequada no caso de danos contínuos, cujo momento de ocorrência é difícil precisar. Para esses casos convém adotar a *regra do ajuizamento*, como discutido a seguir.

41. E, como discutido anteriormente, muitas transferências de controle de empresas são eficientes e economicamente importantes. Ver Capítulo 5.

42. Código Civil, art. 1.003: “A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade. Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio”. Ver também Código Civil, art. 1.032: “A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação”.

43. Na esfera administrativa, por outro lado, há regras próprias acerca da prescrição. Cf. Lei 9.873/1999.



### 8.2.3 Imputação pelo ajuizamento

De acordo com a *regra do ajuizamento*, a responsabilidade por dívida da empresa deve recair sobre quem era sócio no momento do ajuizamento da ação que busca reparação. Tal regra representa um compromisso razoável para a imputação objetiva de responsabilidade ao ex-sócio no caso de danos cujo momento de ocorrência é difícil precisar.

Em primeiro lugar, a *regra do ajuizamento* evita a insegurança jurídica que surgiria tanto no caso da imprescritibilidade quanto no caso da *regra da ocorrência*. Além disso, a *regra do ajuizamento* ainda estabelece razoável óbice à fraude do sócio contra credores da empresa.<sup>44</sup> Afinal, as tentativas de escapar fraudulentamente da responsabilização, no mais das vezes, ocorrem após o início de alguma forma de tentativa de responsabilização (e, de qualquer forma, a fraude contra credores sempre pode ser alegada e provada, e essa é a seara da anulação dos atos fraudulentos que está sujeita a regras próprias).<sup>45</sup>

Uma outra vantagem da *regra do ajuizamento* é reduzir as chances de erro na condenação judicial. É que o ex-sócio toma ciência da ação logo no momento do seu ajuizamento, portanto pode participar do contraditório. Isso é particularmente importante no caso de danos cujo momento de ocorrência é difícil de identificar, pois essas situações são quase sempre difíceis para os juízes, e é importante ouvir todas as partes interessadas.

## 8.3 Extensões do modelo

O raciocínio até aqui desenvolvido enfocou a responsabilidade de sócios e ex-sócios. No que havia de mais essencial, a discussão cingia-se

44. A rigor, a fraude contra credores é um instituto específico que enseja anulação do negócio jurídico e não a responsabilização subjetiva. Cf. art. 158 do Código Civil: “Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos”. Em geral, entende-se que os elementos a caracterizar a fraude contra credores são a anterioridade do crédito, o prejuízo e o *consilium fraudis* (não é necessariamente a intenção de prejudicar, bastando apenas o conhecimento dos danos resultantes do ato). A ação cabível é a pauliana, que servirá a anular o negócio jurídico. Ver também arts. 159 e ss. e 178, II, do Código Civil.

45. Ver Código Civil, art. 171: “Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: (...). II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”. Ver também Código Civil, art. 178: “É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: (...). II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico”.

ao seguinte: sob responsabilidade limitada, os credores suportam uma parcela maior dos riscos do negócio; mas quanto mais se relativiza essa limitação da responsabilidade, tanto menor será a parcela de risco do negócio a ser suportada pelos credores.

Por ignorar possibilidades intermediárias – notadamente de responsabilização de outros terceiros não sócios ligados à empresa – o raciocínio captura apenas uma parte do problema. É preciso, portanto, completar o modelo inicial para examinar a responsabilização de outros terceiros, a saber: administradores (item 8.3.1), empresas integrantes do mesmo grupo econômico (item 8.3.2), contratantes da empresa (item 8.3.3) e outras partes não contratantes da empresa (item 8.3.4).

### 8.3.1 Responsabilização de administradores

Até aqui, a divisão dos riscos do negócio foi tratada como dizendo respeito basicamente à relação entre sócios e credores da empresa. Implicitamente, toda a discussão sugeriu que aos administradores toca apenas uma parcela pequena dos riscos do negócio. Assim, basicamente os administradores seriam responsabilizados por dívidas da empresa apenas em duas hipóteses: (i) caso tivessem ativamente tomado parte em fraudes realizadas em nome da empresa ou (ii) caso suas ações tivessem exorbitado seus poderes estatutários. Essa construção, no entanto, não corresponde à realidade dos fatos, pois hoje já se desloca, de fato, uma parcela maior do risco empresarial aos administradores. Adiante, trato de examinar como isso se dá, para em seguida sopesar os argumentos e então apresentar conclusões.

#### 8.3.1.1 Mecanismos jurídicos de transferência de risco

Pode-se transferir uma parcela maior do risco empresarial aos administradores basicamente através de três mecanismos jurídicos: inversão do ônus probatório, expansão da culpabilidade e objetivação da responsabilidade. Vejamos cada um deles separadamente.

A primeira forma de deslocar o risco empresarial para o administrador é o estabelecimento de uma *presunção relativa de culpabilidade dos administradores*. Aqui se trata de inverter o ônus da prova e atribuir aos administradores o dever de provarem sua não culpabilidade. Isto é, aos administradores atribui-se o ônus de provarem que não se envolveram culposamente com atos ilícitos praticados em nome da empresa. Note o seguinte: provar um negativo – no caso, a não culpabilidade – é

sabidamente uma atividade difícil, e em alguns casos impossível. Por isso, a presunção de culpabilidade dos administradores pode em certos casos ter o efeito prático de simplesmente tornar o administrador objetivamente corresponsável por obrigações da empresa. Isso é o que tem ocorrido no Brasil em alguns casos, especialmente, como vimos,<sup>46</sup> na esfera tributária.

O segundo mecanismo é a ampliação da interpretação da noção de culpabilidade, particularmente através da expansão das noções de *culpa in vigilando* e de *culpa in eligendo*. Concretamente, faz-se isso atribuindo-se ao administrador deveres mais amplos no monitoramento e escolha de indivíduos que atuam em nome da empresa. Por exemplo, pode-se optar por responsabilizar administradores por infrações ambientais, trabalhistas ou tributárias cometidas pela empresa mesmo quando tais infrações não tenham sido expressamente autorizadas pelo administrador.

No limite, pode-se até tornar o administrador responsável por ilícitos que nem sequer tenham sido do seu conhecimento. Para tanto, basta imputar ao administrador um dever amplíssimo de monitorar determinadas atividades dentro da empresa (como, aliás, textualmente sugere a noção de *culpa in vigilando*). Um risco nesse caso é estender a noção de *culpa* de modo excessivo para abarcar situações em que seria irrazoável o monitoramento do indivíduo que tomou a decisão de descumprir algum preceito legal. Por exemplo, de um modo geral não é razoável responsabilizar o diretor de recursos humanos por decisões tributárias tomadas pela empresa, nem o diretor de *marketing* por decisões financeiras e assim por diante. Esse raciocínio, é bem verdade, faz muito mais sentido quando a divisão funcional corresponde de fato à classificação formal das diretorias, o que nem sempre ocorre na prática. De todo modo, como se vê, a ampliação das noções de culpabilidade pode ter efeito prático parecido com aquele a que nos referimos ao tratar da inversão do ônus da prova, isto é: o de elevar o administrador praticamente à condição de corresponsável, em caráter objetivo, por dívidas da empresa.<sup>47</sup>

O terceiro, mais claro e mais contundente mecanismo para transferir risco empresarial ao administrador é sua efetiva responsabilização em caráter objetivo. Aqui se trata, então, da atribuição aos administradores de responsabilidade por dívidas da empresa independentemente de culpabilidade. Dessa ótica, a responsabilização de administrador não mais é

46. O tema foi examinado no Capítulo 3.

47. O tema foi examinado no Capítulo 3.

enquadrada como expressão do princípio da responsabilidade subjetiva, mas como um exercício político de realocação de riscos na sociedade. Deixa-se o campo da responsabilização pela culpa, expressão clássica da noção de justiça comutativa, e adentra-se o campo da regulação e de concepções de justiça distributiva.

Assim a precaução, a prudência ou a perícia do administrador não importam para sua responsabilização. Ao contrário, é sua posição de administrador que lhe determina a responsabilidade. O risco de responsabilização passa a ser então uma característica inerente à função de administrar. Os ativos pessoais do administrador passam a constituir uma espécie de pecúlio contra o qual os credores da empresa podem recorrer no caso de insolvência ou inadimplência da empresa. Assim, o administrador passa a atuar como uma espécie de garantidor implícito dos credores da empresa.

### 8.3.1.2 Justificativas econômicas

Há principalmente duas possíveis justificativas econômicas para aumentar o grau de exposição dos administradores ao risco do negócio.<sup>48</sup> Primeiro, pode-se alegar que os administradores possam suportar o risco do negócio melhor do que os outros credores. Isto é, que os administradores possuem (na comparação com os credores da empresa) uma vantagem comparativa no suporte do risco do negócio.

Segundo, o alargamento das responsabilidades dos administradores pode se justificar simplesmente como uma medida de prudência regulatória destinada a fazer com que os administradores atuem de forma mais atenta para que a empresa cumpra a regulação e a legislação estatal. O segundo argumento é de um modo geral mais forte que o primeiro. Vejamos como e por quê.

Será correto o argumento de que os administradores, em comparação aos credores, possuem uma vantagem comparativa no suporte do risco empresarial? Há uma longa teorização econômica sobre o tema das vantagens no suporte de risco.<sup>49</sup> De um modo geral, entende-se que

48. Além das duas mencionadas, uma terceira possível justificativa é o espalhamento/desconcentração dos riscos de perda relacionados ao negócio. Sobre o tema, vide Alan O. Sykes, “The economics of vicarious liability”, *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1.231, 1984.

49. Resenhei parte dessa literatura em Bruno Meyerhof Salama, “The insurance function of contracts revisited”, cit., Fundação Getúlio Vargas *Working Papers*, 2007.

riscos devem ser atribuídos a quem possa suportá-los de maneira mais eficiente. Como vimos acima, vantagem comparativa no suporte de um risco de perda depende principalmente de três fatores: (i) da capacidade de *prever* a materialização da perda, (ii) da capacidade de *mitigá-la* caso ela se materialize e (iii) da capacidade de *prevenir-se* da perda.

Dois desses fatores sugerem que em muitos casos os administradores tenham vantagens comparativas no suporte de risco do negócio: se a eles cabe a gestão do negócio, então é de se supor que administradores tenham boa capacidade de *previsão* e de *mitigação* de danos. Afinal, aos administradores cabem as decisões que em boa medida determinarão as chances de materialização de riscos, e a eles cabem as decisões que determinarão a extensão desses riscos caso se materializem. Isso é tanto mais verdade quanto mais centralizada for a administração.

Por outro lado, a capacidade dos administradores de *prevenir-se* pessoalmente dos riscos da responsabilização tende a ser pequena. Tecnicamente falando, o problema reside na incapacidade de diversificação de capital humano. Um investidor pode investir parte do seu capital financeiro em imóveis, outra parte em títulos do governo, outra em ações e assim por diante. Um credor (em mercados competitivos, pelo menos) pode optar entre contratar com diferentes empresas. Mas o capital humano – ou seja, a força de trabalho do administrador – é diferente do capital financeiro e de um modo geral não pode ser diversificado.<sup>50</sup>

Nas empresas em que há separação entre propriedade e administração (notadamente, nas prototípicas grandes empresas de capital aberto) os administradores não são sócios.<sup>51</sup> Nesses casos, a transferência de riscos do negócio para os administradores desequilibra os incentivos para sua boa atuação. Afinal, no caso de sucesso do empreendimento por eles administrado, seus retornos variam pouco (já que não recebem dividendos); e no caso de insucesso do empreendimento, arcam com as perdas.

Assim, podem surgir alguns efeitos indesejados: (i) os administradores podem fazer com que as empresas invistam excessivamente em precaução – não para realizarem o que é mais eficiente para a empresa ou para a sociedade, mas para resguardarem sua situação patrimonial

50. Evidentemente, o problema da dificuldade de diversificação do capital humano toca não apenas aos administradores, mas também aos empregados da empresa de um modo geral.

51. Exceto talvez quanto aos planos de compra preferencial de ações (ou *stock option plans*) frequentemente disponíveis para os executivos.

pessoal,<sup>52</sup> (ii) administradores de perfil mais conservador podem se ver dissuadidos de assumirem posições de comando e, mais importante, (iii) as empresas, especialmente aquelas com administração profissionalizada, podem passar a ter dificuldade para recrutar administradores.<sup>53</sup>

Como se vê, o argumento de que os administradores tenham uma vantagem comparativa no suporte de risco do negócio é de um modo geral duvidoso. Ele depende em parte das peculiaridades de cada caso concreto, mas genericamente pode-se dizer, pelo menos, que se trata de um argumento difícil de ser demonstrado.

A segunda justificativa para aumentar o grau de suporte de risco do negócio pelos administradores diz respeito ao tema da efetividade do Estado nas suas atividades de regulador da sociedade. Para regular, o Estado estabelece em leis condutas a serem seguidas – formas e alíquotas de pagamento de tributos, regras de segurança ocupacional, normas sanitárias, ambientais e assim por diante –, e para o descumprimento dessas regras estatui sanções legais.

Ocorre que provar e condenar indivíduos pela prática de atos ilícitos praticados por ou em nome de empresas são atividades difíceis, lentas e às vezes muito custosas para o Estado. Além disso, muitas vezes as empresas não possuem recursos para fazer frente às cobranças do Estado, seja porque as condenações são muito altas, seja porque propositalmente o caixa foi transferido aos sócios já em antecipação ao risco de condenação judicial.

A corresponsabilização de administradores pode ser, então, uma estratégia dissuasória (ou “preventiva”, como se costuma dizer).<sup>54</sup> O risco de corresponsabilização funciona, assim, como uma espécie de preço suplementar que se impõe ao administrador pelo descumprimento de leis. A lógica é simples: quando os administradores correm risco pessoal

52. Nos Estados Unidos, é comum ver casos em que o interesse de curto-prazo de acionistas e administradores conduz, ao contrário, a uma gestão demasiado arriscada dos negócios. As dimensões desse problema no Brasil, no entanto, me parecem bem menores.

53. Para uma discussão desse tema na seara financeira, ver Lucas Petri Bernardes, “Responsabilidade civil do administrador de instituição financeira: uma análise de Direito e Economia”, *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, vol. 5, n. 1, jun. 2011.

54. Cf. Teresa Ancona Lopez, *Princípio da Prevenção e Evolução da Responsabilidade Civil*, tese para Concurso de Professor Titular de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 62.

de responsabilização, terão incentivos para fazer com que as empresas que administram cumpram a lei.

O problema de estabelecer a corresponsabilização de administradores como estratégia regulatória diz respeito, por assim dizer, aos seus “efeitos colaterais”. As empresas precisarão compensar os administradores que arcam com riscos de responsabilização ou então terão que lhes custear apólices de seguro. Poder-se-ia argumentar que, por si só, o pagamento de maiores salários ou de cobertura securitária não é um problema. Afinal, tanto a maior remuneração do administrador quanto a existência de cobertura securitária reforçam a posição patrimonial dos administradores enquanto garantidores implícitos dos credores de empresa.

Acontece que o aumento da remuneração de administradores não se reverterá necessariamente em maior garantia dos credores da empresa. A renda adicional dos administradores pode ser escondida ou simplesmente consumida. A cobertura securitária é igualmente problemática. A inclusão de um elo a mais na cadeia – a companhia seguradora – traz um aumento de custos para a empresa, porque as seguradoras não trabalham de graça, e, a bem da verdade, tampouco oferecem coberturas securitárias para todos os casos.

Além disso, o funcionamento da cobertura securitária para administradores pode gerar uma série de dificuldades concretas. Nos Estados Unidos, onde essas apólices são mais comuns, há ampla literatura mostrando o alto grau de litigiosidade e incerteza em que tais coberturas estão envoltas.<sup>55</sup>

Um problema adicional da existência de cobertura securitária para administradores é que ela pode anular o efeito dissuasório pretendido pelas leis que determinam a responsabilização de administradores. Como a cobertura securitária indeniza o administrador, ele na prática deixa de arcar com o risco do negócio. Logo, pode acabar ocorrendo o fenômeno que em economia se chama de *risco moral* ou *azar moral*.<sup>56</sup> Este é um comportamento indesejado e mais arriscado que resulta de distorção de

55. Vide, por exemplo, Kenneth S. Abraham, “The rise and fall of commercial liability insurance”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 87, p. 85, 2001, e Robert B. Thompson, “Unpacking limited liability: direct and vicarious liability of corporate participants for torts of the enterprise”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 47, pp. 1-41, 1994.

56. Para uma discussão do *risco moral*, vide Bruno Salama, “The insurance function of contracts”, cit., Fundação Getúlio Vargas *Working Papers*, pp. 36-39. Para um resumo didático, vide Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, *Direito, Economia e Mercados*, São Paulo, Campus, 2005.

incentivos. Assim, quem está coberto por seguro se aproveita da cobertura securitária para agir oportunisticamente.

Na prática, isso pode significar o seguinte: em vez de aumentar seus esforços no monitoramento do nível de atividade e precaução da empresa, o administrador se acomoda, reduzindo esforços de precaução e prudência. Afinal, caso o risco de quebra da empresa não se materialize, o administrador terá maximizado os lucros da empresa (com o que poderá exigir maior salário, bônus, e também terá um ganho reputacional). Por outro lado, caso o risco de perda da empresa se materialize, os custos não serão suportados pelo administrador, mas sim por uma companhia seguradora.

Isso quer dizer que a existência de cobertura securitária dos administradores potencialmente pode fazer com que os problemas da limitação de responsabilidade – viabilização de investimentos socialmente ineficientes, baixo investimento em precaução e uso da empresa como escudo para realização de fraudes – sejam exacerbados, em vez de reduzidos. Embora alguns desses problemas possam ser contornados com uma boa redação das apólices de seguro, a maioria deles não pode.

Pode ocorrer, ainda, a chamada *seleção adversa*, segundo a qual somente os indivíduos mais propensos a serem responsabilizados buscam a cobertura securitária.<sup>57</sup> O efeito indireto, nesse caso, é o aumento ainda maior do valor dos prêmios de seguro, a redução ainda maior do mercado de seguros e um novo aumento da seleção adversa, em um processo espiral que pode tornar, na prática, a cobertura inviável para a maioria das empresas.

As consequências nesse cenário não são nada boas, particularmente quando integrantes de corpos consultivos como conselheiros acabam por receber o mesmo tratamento legal dado aos diretores. Esse, aliás, tem sido um problema bastante sério enfrentado no Brasil, como examinado no Capítulo 6. Cada vez mais as empresas se veem privadas da possibilidade de comporem conselhos consultivos ou conselhos de administração formais por conta dos riscos a que se submetem os conselheiros. Assim,

57. Para uma discussão da seleção adversa, vide Bruno Salama, “The insurance function of contracts”, cit., Fundação Getúlio Vargas *Working Papers*, pp. 32-36. Ver também Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, *Direito, Economia e Mercados*, cit.. Quanto às particularidades desse fenômeno no mercado de crédito, vide Ana Lúcia Pinto da Silva, Luciana Luk-Tai Yeung e Carlos Eduardo Carvalho, “A insegurança jurídica é também do devedor: seleção adversa e custo do crédito no Brasil”, in Maria Lúcia L. M. Padua Lima, *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*, t. 2, São Paulo, Saraiva, 2012.



retiram-se das empresas possibilidades de organizarem sua *governança* de acordo com boas práticas. Como se vê, a corresponsabilização de administradores é uma estratégia de um modo geral bastante duvidosa.

### 8.3.1.3 Conclusão

Concluo, então, da seguinte forma:

Embora potencialmente inspirada pelos mais louváveis propósitos, a transferência do risco do negócio aos administradores é uma estratégia perigosa e de modo geral deve ser evitada. Isso é particularmente verdadeiro nas empresas em que há separação entre propriedade e administração (isto é, naquelas empresas cuja administração é *profissionalizada*, para ficarmos com o jargão).

Por outro lado, por conta de uma política de prudência regulatória, nas empresas administradas por sócios-gerentes pode fazer sentido deslocar risco para os administradores, como segue:

As formas mais brandas de transferência de risco ao administrador (inversões de ônus da prova e expansão da culpa) são de modo geral preferíveis à corresponsabilização objetiva pura e simples.

À responsabilização objetiva de sócio-gerente aplica-se basicamente a mesma análise que fizemos acima nas seções I e II, de tal sorte que: (i) a *responsabilização proporcional* é de um modo geral preferível à responsabilização total,<sup>58</sup> (ii) tanto quanto possível, a responsabilização deve ser proporcional ao grau de influência do administrador no dia a dia da empresa<sup>59</sup> e (iii) a *regra da ocorrência* é de um modo geral preferível a outros critérios de imputação.<sup>60</sup>

### 8.3.2 Responsabilização de empresas do grupo econômico

Um regime estrito de responsabilidade limitada funciona de modo bastante imperfeito em grupos econômicos. Em geral, empresas integrantes de grupo econômico se apresentam para o público de maneira única, com um único logo, nome e plano de *marketing*; são interdependentes financeiramente; não raro, têm gestão contábil e financeira unificada; e possuem interdependência administrativa, compartilhando pessoal e departamentos administrativos. Apesar de tudo isso, sob res-

58. Ver item 8.1.1, supra.

59. Ver item 8.1.2.

60. Ver item 8.2.

ponsabilidade limitada os reclamos de credores contra uma empresa do grupo não podem ser opostos às demais. Segue que é comum, e em parte intuitivo, entender que nos grupos econômicos o princípio de responsabilidade limitada deva ser excepcionado, de tal sorte que cada empresa responda objetivamente pelas dívidas das demais empresas integrantes do grupo. Adiante, o primeiro passo é depurar essa intuição, entendendo sua lógica econômica. Depois, sopesar os argumentos e concluir.

### 8.3.2.1 A lógica da criação dos grupos

A discussão sobre a corresponsabilização objetiva dentro do grupo econômico se prende, antes de tudo, ao texto de leis específicas. Há casos em que a legislação estabelece expressamente a corresponsabilização no grupo econômico. Nesses casos, a construção do que seja o grupo econômico, os critérios de prova e as distinções entre solidariedade<sup>61</sup> e subsidiariedade<sup>62</sup> se faz a partir da casuística própria de cada campo do Direito.

61. Há previsão expressa de solidariedade nos seguintes campos: (i) trabalhista (CLT, art. 2º: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” (...). § 2º. “Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”); o mesmo sentido segue a Lei do Trabalhador Rural (Lei 5.889/73, art. 3º: “Considera-se empregador, rural, para os efeitos desta Lei, a pessoa física ou jurídica, proprietário ou não, que explore atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados (...) § 2º. Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego”); (ii) concorrencial (Lei 12.529/11, art. 33: “Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica”); (iii) previdenciário (Lei 8.212/91, art. 30: “A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (...) IX – as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei”); (iv) tributário (Código Tributário Nacional, art. 124: “São solidariamente obrigadas: I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II – as pessoas expressamente designadas por lei. Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem”).

62. O Código de Defesa do Consumidor prevê responsabilidade subsidiária nos seguintes termos. Art. 28: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da

Entender a lógica econômica da criação de grupos econômicos, contudo, é importante para enriquecer, aclarar e em alguns casos direcionar os debates judiciais. Entre outros motivos, a particular importância dessa discussão funcionalista se deve à ausência de dispositivos na Lei das S.A. sobre a responsabilidade de empresas do grupo econômico.<sup>63</sup> Assim, a discussão adiante se presta a fornecer critérios adicionais a serem utilizados como parâmetros nas decisões judiciais sobre casos controversos.

A discussão econômica sobre a conveniência, ou não, da responsabilização objetiva nos grupos econômicos gira em torno das razões que levam à formação desses grupos. *Grosso modo*, há duas teorias sobre o tema. A primeira, *cética*, enxerga algo de sinistro na complexidade dos grupos societários. A segunda, *crédula*, enxerga na complexidade dos grupos societários (surpreendentemente) um favorecimento dos credores. Vejamos cada uma delas separadamente.

De acordo com a primeira teoria, a força motriz da criação de empresas controladas e coligadas é a tentativa de proteção (ou “blindagem”) patrimonial.<sup>64</sup> Dessa ótica, portanto, os grupos econômicos são essencialmente artifícios para proteção patrimonial e eventualmente para a fraude, especialmente tributária. Assim, as operações dentro do grupo econômico perfariam essencialmente um *jogo de fumaça e espelhos* destinado a iludir credores, reguladores e investidores.

Não surpreende, portanto, que dessa perspectiva a realização de investimentos através de subsidiárias seja vista com grande desconfiança. Já sabemos, pelo exposto no Capítulo 5, que a criação de subsidiárias pode potencialmente servir para viabilizar investimentos socialmente

sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (...) § 2º. As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código”.

63. Cf. Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 501 (concluindo que a “Lei n. 6.404/76, embora dedicando um capítulo às ‘sociedades coligadas, controladoras e controladas’ (arts. 243 e ss.), e outro aos ‘grupos de sociedades’ (arts. 265 e ss.), ignora, quase por completo, a questão da responsabilidade do grupo perante os terceiros”).

64. A formulação original dessa visão pode ser encontrada em Jonathan M. Landers, “A unified approach to parent, subsidiary, and affiliate questions in bankruptcy”, 42 *University of Chicago Law Rev.* 589, 622, 1975, p. 596.

ineficientes. Vimos ainda, no Capítulo 6, que a criação de subsidiárias pode ser também um veículo para *fuga da responsabilidade*.<sup>65</sup> Assim, da ótica dessa teoria *cética*, a limitação de responsabilidade dentro do grupo econômico não terá nenhum sentido prático, exceto o de facilitar a fuga da responsabilidade e a fraude. Logo, a corresponsabilização objetiva entre empresas do grupo é de um modo geral vista como um remédio necessário e desejável.

Uma teoria alternativa, *crédula* em vez de *cética*, postula que a responsabilidade limitada dentro do grupo deveria ser quebrada apenas em circunstâncias excepcionais. Dessa ótica, a incomunicabilidade das dívidas de empresas do grupo econômico não prejudica – antes, favorece – os credores.<sup>66</sup>

A lógica do argumento é a seguinte. Um credor geralmente avalia o patrimônio de um devedor, mesmo que só aproximadamente, antes de com ele contratar. Esse patrimônio determina o risco do negócio, logo impacta diretamente o valor das prestações do negócio (inclusive a taxa de juros, no caso de um financiamento). Além disso, é comum que os credores constantemente monitorem as atividades dos devedores para acompanhar a evolução do risco do seu crédito. Se as grandes empresas concentrassem em uma única entidade todas as suas atividades, os credores se veriam obrigados a avaliar o patrimônio e monitorar toda a empresa, o que seria muito custoso e difícil.

Assim, a existência de diversas empresas no grupo, particularmente subsidiárias, reduz a quantidade de informações que o credor necessita coletar para poder confortavelmente precificar e contratar. Afinal, seu risco de crédito depende apenas dos ativos existentes na empresa com a qual especificamente contrata. Essas circunstâncias, segue o argumento *crédulo*, poderiam, no caso do mercado de crédito, promover também uma segmentação do mercado em que os credores financiam apenas as empresas ou linhas de negócio que conhecem melhor, em vez de financiarem todo o grupo econômico. O resultado seria uma redução dos custos de financiamento, pois a tendência é cobrar-se menos daqueles negócios mais transparentes.

65. Conforme longamente examinado no Capítulo 6.

66. A formulação original está em Richard A. Posner, “The rights of creditors of affiliated corporations”, 43 *University of Chicago Law Review*, pp. 499-526, 1976.

### 8.3.2.2 Juízo crítico

Apesar da sua elegância, há falhas na teoria que aqui apelidamos de *crédula*. O principal problema é que ela pressupõe que os credores de fato desejem contratar com cada empresa individualmente. Isso não é necessariamente verdade. Tanto assim, que os grandes grupos frequentemente consolidam e publicam suas demonstrações contábeis em uma empresa, normalmente a *holding* controladora. Isso quer dizer que os credores irão com grande frequência precificar seus negócios com base não no patrimônio e condições econômicas de cada empresa, mas sim de todo o grupo.

Além disso, essa teoria *crédula* traz um pressuposto de ajuste de preço em função do risco de retorno. A saber, o de que nas relações econômicas com a empresa o preço reflete riscos e retornos esperados de modo pelo menos aproximado. Entretanto, como explicamos detalhadamente no Capítulo 7, isso só é possível diante de credores voluntários, e, ademais, desde que esses credores tenham pelo menos razoável poder de barganha.<sup>67</sup>

Disso não decore, no entanto, que a tese dos *céticos* esteja plenamente correta. A criação de grupos econômicos pode ser – mas não necessariamente é – reflexo apenas de tentativa de burlar a lei ou de ludibriar credores. Isso, por vários motivos. Primeiro, a criação de empresas autônomas dentro de grupos financeiros pode ser um requisito legal. Por exemplo, nos grupos financeiros os bancos devem ser segregados das seguradoras, corretoras de valores mobiliários e assim por diante.

Segundo, no caso de grupos internacionais, a criação de entidades segmentadas é igualmente inevitável por conta da necessidade de criar-se subsidiárias estrangeiras. Terceiro, a existência de grupos às vezes é apenas reflexo de legítimas operações societárias de aquisição, cisão, fusão etc. Quarto, a criação de empresas dentro do grupo econômico pode ser reflexo de planejamento tributário – e sem querer me alongar sobre um tema de todo espinhoso, adianto apenas que a legitimidade dos

67. Para sermos justos, isso não significa necessariamente que tal teorização simplesmente considere a externalização de risco para credores voluntários fracos e para credores involuntários como plenamente aceitável. Afinal, a regulação pode forçar a internalização de riscos, especialmente no caso dos últimos. De todo modo, sabemos que a efetividade da regulação tem diversos limitadores, e isso é particularmente verdadeiro, e muitas vezes dramático, em países em desenvolvimento como o Brasil.

planejamentos tributários é de um modo geral aceita, desde que realizada dentro de certos parâmetros.<sup>68</sup>

Diferentes negócios, no entanto, são geralmente mais bem geridos se desenvolvidos por diferentes empresas (em vez de diferentes divisões dentro de uma única empresa).<sup>69</sup> A segmentação de negócios em diferentes empresas facilita o monitoramento das atividades do grupo, inclusive o controle da lucratividade de cada negócio e o monitoramento dos gestores e administradores.

Se todos os negócios forem conduzidos dentro de uma mesma empresa, será mais difícil enxergar onde estão os problemas, as fraudes internas e as ineficiências. Significa que a existência de diferentes empresas em grandes conglomerados econômicos tem um sentido econômico importante – o de reduzir custos de monitoramento do negócio. Nas pequenas empresas, por outro lado, é mais difícil enxergar o sentido produtivo da criação de subsidiárias. Os problemas de gestão são mais simples e os custos de monitoramento menores. Isso quer dizer que nas pequenas empresas a probabilidade de que empresas subsidiárias e coligadas sejam usadas para a fraude e o abuso de direito é maior.

Um ponto adicional diz respeito a possíveis consequências não pretendidas que podem advir de uma expansão do regime de corresponsabilização entre empresas do grupo. Uma delas pode ser a de que os grupos

68. A literatura sobre o tema é extensíssima. Algumas publicações recentes incluem Marco Aurélio Greco, *Planejamento Tributário*, São Paulo, Dialética, 2011; Luís Eduardo Schoueri, “O desafio do planejamento tributário”, in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Planejamento Tributário e o “Propósito Negocial” – Mapeamento de Decisões do Conselho de Contribuintes de 20002 a 2008*, São Paulo, Quartier Latin, 2010; e Douglas Yamashita, *Elisão e Evasão de Tributos: Limites à luz do Abuso do Direito e da Fraude à Lei*, São Paulo, Lex Editora, 2005.

69. Esse argumento, inclusive, pode ser claramente identificado como tendo inspirado a redação do art. 267 da Lei das S.A. Cf. Exposição de Motivos da Lei 6.404/1976: “No artigo 267, o Projeto absteve-se de criar a responsabilidade solidária presumida das sociedades do mesmo grupo, que continuam a ser patrimônios distintos, como unidades diversas de responsabilidade e risco, pois a experiência mostra que o credor, em geral, obtém a proteção dos seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade quando o desejar. Ademais, tal solidariedade, se estabelecida em lei, transformaria as sociedades grupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizando o grupo, na sua natureza de associação de sociedades com personalidade e patrimônio distintos”. Ver também art. 267 da Lei das S.A.: “Art. 267. O grupo de sociedades terá designação de que constarão as palavras ‘grupo de sociedades’ ou ‘grupo’. Parágrafo único. Somente os grupos organizados de acordo com este Capítulo poderão usar designação com as palavras ‘grupo’ ou ‘grupo de sociedade’”.

deixem de ter subsidiárias que desenvolvam atividades com alto risco de responsabilização civil. Nesse caso, as atividades mais arriscadas tenderiam a ser desenvolvidas com maior frequência por empresas menores, menos capitalizadas e não integrantes de grandes grupos.

Essa observação, contudo, deve ser posta em perspectiva. No Brasil, ao contrário de outros países como os Estados Unidos, o risco de quebra por conta de uma grande ação de responsabilização civil ainda é bastante baixo. Essa tendência, no entanto, poderá mudar. Além disso, em algumas searas, como o direito ambiental e o direito da concorrência, já não são tão raras as multas de valores bastante elevados.<sup>70</sup>

Em síntese, os argumentos em favor da corresponsabilização de empresas integrantes do mesmo grupo econômico são bastante fortes, especialmente nos casos de credores involuntários, no caso de credores voluntários com baixo poder de barganha e, ainda, no caso de empresas pequenas.

Deve-se notar, no entanto, a diferença entre (i) a responsabilidade compartilhada entre empresas do mesmo grupo e (ii) a responsabilidade dos indivíduos sócios da empresa controladora pelas dívidas das empresas do grupo. A corresponsabilização no primeiro caso resguarda a possibilidade de que investidores individuais diversifiquem seus investimentos, com o que se superam, em parte, os problemas da ilimitação de responsabilidade de sócio de que tratei no Capítulo 5. O mesmo não ocorre, contudo, no segundo caso. Isso quer dizer que a justificativa econômica para corresponsabilização de controlador é mais forte quando o este for uma pessoa jurídica do que quando o for uma pessoa física.

### 8.3.2.3 Conclusão<sup>71</sup>

De um modo geral, faz mais sentido estabelecer a responsabilização compartilhada entre empresas do grupo nos pequenos do que nos gran-

70. Cf. Lei 9.605/1998, art. 75, e Lei 12.529/2011, art. 37.

71. No direito societário, Comparato e Salomão Filho sugerem que a solução para escapar do dilema segundo o qual “ou se aplicam, rigidamente, as normas editadas para o funcionamento de uma sociedade isolada, tornando ilegal e abusiva essa confusão patrimonial, e condenando, portanto o grupo econômico a uma vida à margem da ordem jurídica; ou ao contrário, suspende-se, completamente, a aplicação dessas normas, e, em consequência, os interesses, tanto dos não controladores quanto dos terceiros credores, ficam ao desamparo” foi a criação, inicialmente na Alemanha, “do direito dos grupos econômicos, como sistema complementar do direito societário tradicional”. Ainda segundo tais autores, a Lei das Sociedades Anônimas

des negócios. Assim, onde a lei permitir, acredito que seja conveniente estabelecer uma inversão de ônus probatório, como segue.

Nos pequenos negócios, deve caber às empresas do grupo econômico o ônus de provar a legitimidade dos motivos pelos quais ele criado. Nos grandes negócios, por outro lado, o ônus de provar a legitimidade da criação do grupo deve caber ao credor. Essa deve ser a regra, e sobre ela podem ser aplicadas *exceções*; caberá ao juiz avaliar se as circunstâncias e elementos do caso concreto são suficientes para excepcioná-la.

Dito isso, deve-se ter em mente que a discussão da responsabilização em grupo econômico está cingida pela lei de forma razoavelmente estrita. A responsabilização em caráter subjetivo é inafastável sempre que se puder provar a realização culposa de ato ilícito, inclusive o abuso de forma por conta do desvio de finalidade, previsto no art. 50 do Código Civil. Mas há limites muito claros para a determinação de responsabilidade em bases puramente jurisprudenciais, tanto porque o art. 265 do Código Civil estabelece que “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”, quanto porque, em certas matérias, como a tributária e administrativa, o apelo à legalidade estrita é necessariamente maior.

### 8.3.3 Responsabilização de Contratantes

A seguir, convém considerar a possibilidade de responsabilização de contratantes da empresa. No Brasil e no mundo, há basicamente duas circunstâncias que têm tornado a situação de contratantes da empresa mais arriscada. A primeira é a tentativa de aumentar o custo de capital de empresas que burlam a legislação. Isso é particularmente claro na seara ambiental. Nela, em alguns casos se busca responsabilizar os bancos pelo dano ambiental causado por empresas receptoras de empréstimos. Com isso se dificulta que empresas que não seguem os padrões regulatórios e legais estabelecidos tenham acesso a crédito.

Até algum tempo atrás, o financiamento de uma empresa através da concessão de um empréstimo afastava o risco de responsabilização no caso de quebra da devedora. Quem emprestava sabia que o máximo que poderia perder seria o valor do empréstimo. Com a adoção dos chama-

(Lei 6.404/1976), seguindo a orientação germânica, distingue três situações: os grupos de fato – tratados nos arts. 245 e 246; os grupos de direito – tratados nos arts. 273, 276 e ss.; e a subsidiária integral – em que há total omissão de regras relativas à garantia dos credores. Cf. Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima* (1976), cit., pp. 501-503.



dos *Princípios do Equador*, isso deixou de ser verdade em diversos países.<sup>72</sup> No Brasil, recentemente têm surgido as primeiras ações tendentes a responsabilizar financiadores de empresas.

A segunda é a disposição da administração pública de responsabilizar assessores da empresa, notadamente seus auditores, advogados, contadores e até bancos de investimento. O tema ainda soa estapafúrdio para alguns, mas o fato é que, como explicado no Capítulo 6, tanto no exterior quanto no Brasil essa parece ser uma tendência.

Só para se ter uma ideia da dimensão internacional do fenômeno da responsabilização de assessores da empresa, nos Estados Unidos têm sido muito comuns as ações movidas pela *Securities and Exchange Commission (SEC)*, órgão responsável pela supervisão do mercado de capitais daquele país, análogo à nossa Comissão de Valores Mobiliários (CVM), contra os advogados internos e externos de empresas envolvidas em fraudes com valores mobiliários.<sup>73</sup> A doutrina que se estabeleceu naquele país é a de que os advogados devem ser *gatekeepers* (ou seja, guardiões) de boas práticas e da ética nos mercados de valores mobiliários.

Prossigo analisando os mecanismos jurídicos para a responsabilização de contratantes, a seguir faço uma ponderação sobre os efeitos desses mecanismos e por fim concluo.

### 8.3.3.1 Mecanismos

A discussão da responsabilização de contratantes da empresa segue basicamente o mesmo raciocínio que empreguei acima para analisar a corresponsabilização de administradores – e isso, naturalmente, também porque administradores são eles próprios contratantes com a empresa. Mas como os administradores têm características e regras próprias, adiante falarei de *contratantes* para me referir a outras partes em relação contratual com a empresa que não seus administradores.

72. Os Princípios do Equador são um conjunto de orientações sobre a administração de risco de crédito aplicáveis a estruturas de *project finance* cujos custos excedam 10 milhões de dólares. Essas orientações são baseadas em padrões internacionais de finanças corporativas e nas *Guidelines* do Banco Mundial sobre meio ambiente, saúde e segurança. As instituições financeiras que adotam os Princípios do Equador comprometem-se a não liberar recursos para mutuários que não forem capazes de seguir suas orientações.

73. Para um resumo dessas ações da SEC, vide, por exemplo, Michael J. Sullivan *et al.*, “Attorneys as gatekeepers: SEC actions against lawyers in the age of Sarbanes-Oxley”, *University of Toledo Law Review*, vol. 37, p. 877, 2006.

De um modo geral, os contratantes são corresponsáveis com a empresa na medida em que tenham agido culposamente. Aqui não há muita polêmica, nem jurídica, nem econômica. Juridicamente, um princípio geral da responsabilidade civil subjetiva estabelece que quem culposa e ilicitamente causa dano a outrem deve repará-lo; economicamente o ato ilícito é presumivelmente fonte de *externalidades econômicas*.<sup>74</sup>

O que se discute, no entanto, é o aumento do escopo da corresponsabilização para além do esquema tradicional de responsabilização baseada na culpa (ou seja, na alegação e prova de imperícia, imprudência ou negligência). Há basicamente três mecanismos para aumentar o escopo da responsabilização de contratantes da empresa: (i) o estabelecimento de uma presunção relativa de culpabilidade do contratante (com inversão de ônus probatório), (ii) a ampliação das noções de *culpa in vigilando* e de *culpa in eligendo* do contratante (atribuindo-se ao contratante da empresa deveres de monitoramento e escolha mais severos) e (iii) a responsabilização objetiva do contratante (com realocação *política* de riscos e responsabilidades).

Dada a dificuldade de prova da não culpabilidade e a possibilidade de expansão irrazoável das noções de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, pode-se dizer que, de um modo geral, todas essas alternativas podem ter o efeito prático de simplesmente *objetivar* a responsabilidade. Isto é, de tornar o contratante responsável por riscos do negócio independentemente de conduta culposa.

Já vimos diversas vezes na presente obra que, do ponto de vista econômico, um princípio de eficiência requer que os riscos sejam alocados à parte que possui uma vantagem comparativa no seu *suporte*. Por exemplo, em geral o risco de perda monetária decorrente de doença é eficientemente realocado a uma seguradora através de um contrato de seguro de saúde. Por conta da sua capacidade de agregar muitos indivíduos em um *pool*, a seguradora consegue prever com relativa segurança o total de indenizações que serão pagas aos segurados. Assim, sua superior capacidade de previsão das perdas lhe garante uma vantagem comparativa no suporte desses riscos relacionados à ocorrência de doenças.

Da mesma forma, o sistema de responsabilidade civil objetiva pode ser pensado como uma espécie de *seguro implícito*. A corresponsabilização de contratantes independentemente da sua ação culposa traduz a

74. Para uma arguta crítica dessa premissa, ver Bernard E. Harcourt, *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

circunstância em que os contratantes da empresa de certa forma atuam como verdadeiros *seguradores* da empresa. Juridicamente, pode-se pensar, nesses casos, nos contratantes como devedores do que Fábio K. Comparato chamou de *obrigações de garantia*, isto é, aquelas que se caracterizam pela “eliminação de um risco que pesa sobre o credor”.<sup>75</sup>

### 8.3.3.2 Efeitos de primeira e de segunda ordem

Essa realocação de risco do negócio – parcial que seja, e da empresa para o contratante – tende a causar dois efeitos: um imediato (ou de “primeira ordem”) e outro prospectivo (ou de “segunda ordem”).

O efeito imediato é justamente o de aumentar a efetividade da atividade regulatória do Estado. Há muitos exemplos que ilustram o ponto. Suponha que o Estado deseje evitar que as empresas realizem atividades altamente poluidoras. Nesse caso, o risco de corresponsabilização de bancos que financiam tais empresas acabará por impor a tais bancos a necessidade de averiguar e fiscalizar se seus financiamentos estão indo para atividades altamente poluidoras. O resultado talvez seja a desejada redução de atividades altamente poluidoras, ou seja, a própria efetividade da atividade de regulação estatal.

Ou então, suponha que o Estado deseje evitar que empresas realizem planejamentos tributários agressivos ou fraudes contábeis. Nesse caso, a corresponsabilização dos assessores contábeis, financeiros ou outros consultores da empresa poderia ser, na prática, uma forma de dissuadi-la de realizar tais atividades.<sup>76</sup> Não é por outro motivo, aliás, que a Lei de Lavagem de Dinheiro, alterada em 2012, passou a impor uma série de deveres de prestação de informações a diversos prestadores de serviços de empresa envolvidas com atividades financeiras.<sup>77</sup>

75. Cf. Fábio K. Comparato, *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Capítulo 2, “Obrigações de meios, de resultado e de garantia”, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 537 (traçando analogia com o contrato de seguro e com a doutrina do *dever de prestar segurança* do direito alemão, e explicando que “eliminar um risco significa *a fortiori* reparar as consequências de sua realização”).

76. E mesmo que tal dissuasão não ocorra, o simples fato de haver contratantes da empresa na posição de corresponsáveis criará a possibilidade de que estes sejam responsabilizados a fim de reparar os prejuízos ao erário.

77. Cf. Lei 9.613/1998, alterada pela Lei 12.683/2012, arts. 9º, 10 e 11. Sobre o tema, ver também Resolução 24/2013 do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. A constitucionalidade desses dispositivos é no momento tema controverso, e há Ações Diretas de Inconstitucionalidade em curso perante o STF.

Como se vê, a maior exposição do contratante ao risco de responsabilização é uma possível estratégia para forçar os contratantes a monitorar as empresas com as quais contratam de modo a evitar que essas empresas pratiquem atos vedados pela regulação estatal.<sup>78</sup> Assim, desde que a regulação seja feita corretamente, a corresponsabilização de contratantes pode ser uma estratégia com efeitos desejáveis.

O problema da corresponsabilização de contratantes são os efeitos prospectivos, isto é, de segunda ordem.<sup>79</sup> Uma analogia entre a posição de contratante e a posição de sócio ajuda em uma primeira aproximação do problema. Considere os tipos de contratantes que mencionei acima, os financiadores (*e.g.*, banco) e os assessores da empresa. Ambos ocupam uma posição que tem certa semelhança com a posição de sócio: os financiadores provêm à empresa capital; os assessores provêm à empresa *expertise*, *know how*, e trabalho, e nisso se assemelham em particular aos sócios-gerentes.

Por outro lado, as diferenças são facilmente notáveis. Quem financia o negócio na posição de credor recebe, na melhor das hipóteses, o seu dinheiro de volta (na forma de principal) acrescido de juros. Não participa, portanto, da valorização das ações ou quotas da empresa no caso de uma venda futura nem muito menos participa na distribuição dos lucros. O mesmo pode ser dito dos assessores da empresa. Estes recebem uma remuneração pelo seu trabalho, e nada mais. Numa primeira aproximação, portanto, pode-se dizer que a posição de contratante com a empresa difere da posição de sócio por conta do grau de exposição de cada um aos resultados econômicos da empresa: o contratante tem um baixo grau de exposição; o sócio tem um grau mais alto.

O grau de exposição a perdas é de um modo geral proporcional ao retorno econômico. Isso vale tanto para o sócio quanto para o contratante. Como vimos, um sócio (ou potencial sócio) pode reduzir sua

78. De se notar, aliás, que a responsabilização de contratantes com fins regulatórios não é nova no Brasil. Por exemplo, já desde 1962 a Lei do Capital Estrangeiro no Brasil (Lei 4.131/1962) estabelecia em seu art. 23 a responsabilização do banco por declaração de falsa identidade de clientes ao preencherem os formulários que formalizam operações de câmbio.

79. Faço a ressalva de que neste ponto estou tratando do problema funcional e, em particular, dos incentivos, custos e benefícios. Afinal, como é óbvio, a responsabilização de contratantes enfrenta frequentemente problemas que dizem respeito à sua principiologia e constitucionalidade. Para citarmos um exemplo eloquente, a responsabilização de advogados no âmbito da legislação de lavagem de dinheiro tem sido atacada também por ofender o sigilo da relação entre cliente e advogado.

propensão a investir na empresa caso corra o risco de responsabilização ilimitada.<sup>80</sup> E, também como vimos acima, esse desincentivo ao investimento não é igual em todos os casos – por exemplo, investidores que buscam diversificar seu patrimônio tendem a ser mais gravemente desincentivados a investir do que aqueles que investem uma grande parcela dos seus recursos em um mesmo negócio. De todo modo, o que importa notar é que o maior risco de perda por parte de contratantes terá como contrapartida uma busca de aumento do retorno.

Concretamente, isso quer dizer que o aumento do risco de perda por parte de contratantes pode, no caso de financiadores, aumentar o custo de capital da empresa tomadora de recursos (dito de forma simples: os juros podem se tornar maiores, e algumas operações de crédito podem deixar de ocorrer).

Já no caso de assessores da empresa, o aumento do risco tende a causar um aumento do preço a ser pago pela empresa pelos serviços contratados. Em alguns casos, esse preço pode se tornar proibitivo, e o contrato pode não ocorrer. É bem verdade que o assessor pode, em tese, se “autossegurar” (isto é, economizar esse “sobrepço” para fazer face ao risco de possível responsabilização futura) ou, quando disponível, buscar uma cobertura securitária com uma seguradora. O mais provável, no entanto, é que o assessor, para ficarmos com esse exemplo, adote outros mecanismos nada desejáveis para mitigação de risco: criação de empresas de fachada, subsidiárias no exterior, transferência de ativos para *laranjas* e outras peripécias tão comuns e socialmente tão nocivas.

### 8.3.3.3 Conclusão

A discussão sobre a responsabilização de contratantes, especialmente quando feita da perspectiva dos efeitos de primeira e segunda ordem, rapidamente se reveste de contornos excessivamente técnicos e facilmente se descola da realidade prática do profissional do Direito. Aqui, no entanto, desejo evitar o jargão, fugir de questões teóricas bizantinas e tratar do tema de modo mais aplicado. Meu foco não está na discussão econômica em si, mas sim nos contributos que se pode tirar da análise econômica para a análise jurídica.

Assim, a título de conclusão, tentarei formular três observações que podem ter relevância prática para a discussão da responsabilidade empresarial de contratantes, como segue.

80. Novamente, remeto o leitor ao Capítulo 5.

Em primeiro lugar, é preciso levar a sério a possibilidade de que a expansão do risco de responsabilização de contratantes se reverta em desincentivo à atividade produtiva e perda de oportunidades de geração de riqueza para a sociedade. Não se trata aqui de fazer estardalhaço sobre o sempre lembrado (e por bons motivos) problema do “custo Brasil”. O ponto é apenas o de que o aumento dos riscos de contratantes pode de fato encarecer as atividades das empresas produtivas, dificultar a contratação de bons profissionais a custos razoáveis e dissuadir potenciais investidores de empregarem seus recursos de modo produtivo em empresas.

Em segundo lugar, de um modo geral, a capacidade de prever, minimizar ou prevenir os danos potencialmente causados por ações da empresa será tanto maior quanto maior for a proximidade do contratante com o centro de decisão da empresa e o interesse do contratante no resultado econômico da empresa. Aqui, é proveitosa uma analogia com uma doutrina formulada recentemente no âmbito do direito tributário. Pensando no tema da responsabilização de terceiros em planejamentos tributários, Marco Aurélio Greco propôs uma distinção entre “opinar”, “recomendar” e “codecidir”.<sup>81</sup>

Opinar seria “emitir um juízo emanado da habilitação específica na qual se especializou”, e geraria apenas a responsabilidade profissional pertinente sem adentrar para o campo da responsabilidade ligada ao resultado do planejamento implementado. Vale dizer, assim me parece, estaríamos no campo da culpabilidade clássica. Já o “recomendar” surgiria na situação em que o contratante tem interesse econômico atrelado ao resultado da empresa, e nesse caso já se cogitaria da expansão do seu risco de responsabilização. Finalmente, o “codecidir” – por exemplo, elaborar um “parecer vinculante” – criaria as condições para uma possível corresponsabilização. Embora a construção de Greco tenha sido pensada originalmente para questões tributárias, acredito que a mesma distinção faça sentido e possa ser aplicada em outras searas do Direito.

Por fim, em terceiro lugar, a corresponsabilização do contratante só faz sentido econômico nos casos em que este possa prever, prevenir ou minimizar os danos causados pela empresa a custos mais baixos do que a própria empresa. De fato, os cálculos monetários exatos para mensurar a existência de vantagem comparativa do contratante (ou da empresa) não podem ser feitos de maneira precisa.

81. Marco Aurélio Greco, “Responsabilidade de terceiros e crédito tributário: três temas atuais”, *Revista Fórum de Direito Tributário* 28, 2007.

Ainda assim, quando surgir em juízo ou na esfera legislativa uma discussão sobre a conveniência da responsabilização de um contratante ou de uma classe de contratantes, convém ponderar, mesmo que de maneira aproximada ou até especulativa, sobre as possibilidades concretas de que um contratante possa prever, prevenir ou minimizar os danos da empresa a custos mais baixos do que a própria empresa. Quando isso não ocorrer, não faz sentido econômico responsabilizar o contratante.

#### 8.3.4 Responsabilização de não contratantes

Por fim, convém tratar da possibilidade de responsabilização de outros terceiros. Isto é, pessoas que estão ligadas à empresa por meios não contratuais. No Brasil conheço duas situações problemáticas em que tal circunstância se tenha tornado razoavelmente comum. A primeira diz respeito à responsabilização, na esfera trabalhista, de advogados e procuradores de sócios e ex-sócios de empresas. A segunda diz respeito à responsabilização na esfera tributária de advogados e procuradores de sócios estrangeiros de empresas brasileiras. Embora possa haver outras situações análogas, aqui vou me cingir a esses dois casos.

Publiquei recentemente um artigo em que analisei tais situações.<sup>82</sup> A motivação para tal estudo fora um caso que havia tomado conhecimento e que serviu de exemplo emblemático para o que parece estar se tornando prática comum na Justiça Trabalhista brasileira. Tratava-se de uma ação processada na 26ª vara trabalhista de São Paulo, cujos fatos eram basicamente os seguintes: uma empresa fora constituída em 1997 por dois cotistas. No ato de constituição, o cotista A fora representado no contrato social por A', seu procurador e advogado. Em 1998, o quotista A vendeu sua participação para B e assim deixou de possuir qualquer vínculo societário com a empresa.

Decorridos dez anos, a empresa, uma sociedade limitada, tornou-se insolvente e deixou alguns créditos trabalhistas não pagos. A fim de satisfazer o crédito trabalhista, a juíza responsável pelo processo consultou a “ficha de breve relato” de empresa, que é um documento emitido pela Junta Comercial de São Paulo que lista a movimentação societária da empresa desde sua constituição.

82. Bruno Meyerhof Salama, “Menos do que o dono, mais do que o parceiro de truço: contra a desconsideração da PJ para responsabilização de procurador de sócio”, *Revista Direito GV*, 2012.

Nessa ficha, a juíza encontrou o nome de A', designado como procurador de A dez anos antes. Sem sequer citar A' para apresentação de contestação, a juíza determinou a penhora *on-line*, via BacenJud, de depósitos bancários de A' para satisfação do crédito trabalhista. A' tomou ciência dos fatos e da penhora de depósitos bancários pela sua gerente de banco.

Estudando o tema na esfera trabalhista, acabei me deparando também com situação análoga na esfera tributária. Desde 2002 vigora no Brasil uma regra segundo a qual empresas estrangeiras que possuam bens no Brasil, inclusive participações societárias, estão obrigadas a se inscrever no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ.<sup>83</sup> Para efetuar tal inscrição, a empresa estrangeira deve nomear um procurador no Brasil com poderes de representação perante a Receita Federal, investindo-o na condição de administrador de seus bens.<sup>84</sup> Um ato declaratório interpretativo emitido pela Secretaria da Receita Federal em novembro de 2002 estabeleceu que esse procurador responderia apenas em relação aos dados cadastrais e ao cumprimento das obrigações tributárias acessórias a que estiverem obrigadas em virtude da legislação tributária.<sup>85</sup>

Em conversas com advogados militantes em disputas jurídicas tributárias, pude obter a informação de que se teriam tornado frequentes situações em que (i) a Fazenda desconsidera a personalidade jurídica para responsabilizar a sócia estrangeira, e, em seguida, (ii) a fim de satisfazer a dívida ou pelo menos de pressionar a sócia estrangeira, a Fazenda obtém a penhora *on-line* de bens detidos pelo procurador que está indicado como representante perante a Receita Federal.

No estudo que publiquei anteriormente, mencionado acima, explorei essas situações de responsabilização de terceiros que não contratam com a empresa. Defendi de maneira enfática a ideia de que a responsabi-

83. A regra foi estabelecida pela Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal 200/2002. Esse normativo foi revogado, e a matéria se encontra atualmente disciplinada pela Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil 748/2007, art. 11, XIV.

84. Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil 748/2007, arts. 8º, 15 e 20. Esse procurador deve também estar capacitado para receber citação em nome do sócio estrangeiro, conforme disposto na Lei das Sociedades por Ações (6.404/1976), art. 119: “O acionista residente ou domiciliado no exterior deverá manter, no País, representante com poderes para receber citação em ações contra ele, propostas com fundamento nos preceitos desta Lei. Parágrafo único. O exercício, no Brasil, de qualquer dos direitos de acionista, confere ao mandatário ou representante legal qualidade para receber citação judicial”.

85. Ato Declaratório Interpretativo SRF 23/2002.



lização em caráter objetivo de não contratantes da empresa nas circunstâncias acima seria, juridicamente, inaceitável. Aqui me interessa, no entanto, complementar a análise com uma última observação.

Parece-me inconcebível imaginar que o advogado ou procurador do sócio possa ser de um modo geral a parte com uma vantagem para prevenir, prevenir ou minimizar os danos causados pela empresa. Note bem: uma coisa é discutir a culpabilidade do procurador ou do advogado caso ele tenha se envolvido diretamente na prática de atos ilícitos perpetrados pela empresa. Para esse fim, aliás, a distinção de Marco Aurélio Greco entre “opinar”, “recomendar” e “codecidir” é particularmente útil.<sup>86</sup> Outra coisa bastante diferente é responsabilizar o procurador ou o advogado do sócio em caráter objetivo, isto é, independentemente da sua culpa (e até mesmo do seu conhecimento), por um ato praticado por representantes da própria empresa.

Não se trata aqui de retomar argumentos “essencialistas” como o de que o sigilo do advogado seja sacrossanto ou de que suas tradicionais prerrogativas sejam todas elas inegociáveis. Se a história nos ensina a desconfiar dos advogados, ensina-nos muito mais a desconfiar do Estado, porque quem se torna de tempos em tempos tirânico é o segundo, e não os primeiros.

A depender do caso, pode até ser aceitável que, dentro de parâmetros razoáveis, previamente estabelecidos e debatidos, se flexibilizem algumas das prerrogativas do advogado talvez vistas por alguns como *sagradas*. Mas não é isso que está em jogo nesses casos aqui em comento. A responsabilização objetiva por dívida da empresa, especialmente da empresa com a qual o advogado nem sequer contratou, é plenamente absurda.

#### 8.4 *Resumo*

Este capítulo buscou complementar e estender as conclusões a que se chegou no capítulo anterior.

No item 8.1, examinei a extensão da responsabilidade de sócios, as distinções conforme os tipos de sócios e as diferenças entre sócios de empresas abertas e fechadas. Concluí, respectivamente para cada ponto,

86. Como vimos, faz muito mais sentido responsabilizar o advogado que co-decide do que o advogado que apenas opina. Nesse sentido, Marco Aurélio Greco, “Responsabilidade de terceiros e crédito tributário: três temas atuais”, cit., *Revista Fórum de Direito Tributário* 28, 2007.

que (i) a regra da *responsabilização proporcional* é de um modo geral mais eficiente e justa do que a regra da *responsabilização total*, (ii) a responsabilização em caráter objetivo se torna cada vez menos justificável conforme tenha o sócio menor influência decisória e informação sobre o andamento dos negócios da empresa e (iii) em geral faz mais sentido estender a responsabilização ao sócio no caso de empresas fechadas do que de empresas abertas. Quanto a esse terceiro ponto, no entanto, notei que certas empresas fechadas são verdadeiras sociedades de capital, enquanto algumas empresas abertas funcionam como verdadeiras sociedades de pessoas. Nesses casos de empresas abertas a operar como sociedades de pessoas, pode ocorrer, excepcionalmente, que seja razoável estender ao sócio de empresa aberta o regime de responsabilização geralmente aplicável às empresas fechadas.

A seguir, no item 8.2, passei ao exame das regras de imputação de responsabilidade a ex-sócios, e concluí que a *regra da ocorrência* é, de um modo geral, preferível à *regra do ajuizamento* (salvo certas exceções e sujeita a um limite temporal).

Por fim, no item 8.3, tratei da possibilidade de responsabilização de outros terceiros por dívida da empresa. O caso mais dramático é o da responsabilização objetiva (não culposa) de administradores. Trata-se de estratégia bastante duvidosa, tanto do ponto de vista da eficiência quanto da justiça. Quanto à corresponsabilidade de empresas do mesmo grupo econômico, preocupe-me em fornecer critérios úteis para distinguir o desejável do indesejável, se bem que tudo está em boa medida pautado pela lei e pela casuística de cada campo do Direito. A seguir, tratei da corresponsabilização de contratantes da empresa, especialmente quando ela se dá em caráter objetivo. Mostrei que se trata de movimento perigoso, o mesmo podendo ser dito da última situação que analisei, a saber, a responsabilização de não contratantes da empresa.

### 8.5 Conclusão parcial

O Estado Democrático de Direito sobre o qual está erigido o sistema de responsabilidade empresarial no Brasil se sustenta sobre duas ideias em tensão constante. A primeira é a da lei como *vontade*; a segunda é a da lei como *limite*. A lei expressa uma *vontade* porque deriva da soberania popular. Daí o uso da responsabilidade empresarial como ferramenta de regulação, ordenação, condicionamento, rearranjo e intervenção política no mundo. Mas a lei também traz *limites*. Arranjos institucionais criados pelo direito e modelos mentais consagrados pela

tradição jurídica modulam a velocidade de transformação e a efetividade da responsabilidade empresarial. Em suma, a vontade está ligada ao que se deseja fazer e o limite ao que se pode fazer.

As soluções aqui formuladas podem ser lidas como a busca pelo compromisso entre *vontade* e *limite*. A função do jurista não é a de apresentar soluções que eliminem completamente o que chamamos de *dialética da responsabilidade limitada* nem a de encontrar os caminhos que definitivamente pavimentarão o desenvolvimento econômico: menos porque ele não deva fazê-lo, e mais porque fórmulas mágicas simplesmente não existem. Contudo, ao aliar o exame do texto de lei a conceitos de natureza sociológica e econômica, o jurista pode interferir qualitativamente nesses processos históricos, e uma boa forma de fazê-lo é refinar a disciplina jurídica da responsabilidade empresarial. Esse é o exercício que conduzimos neste capítulo, e que é completado no próximo.



## *Capítulo 9*

### ***EMPRESA PRIVADA E DESENVOLVIMENTO – UMA VISÃO PARA ALÉM DO ECONOMICISMO***

Ao longo do último século, a imagem que se ofereceu da responsabilidade limitada foi continuamente falsificada para se encaixar em nossos preconceitos. Às vezes essa imagem nos foi apresentada de forma demasiadamente rosada, e às vezes de forma desnecessariamente sombria. Na verdade, não se trata nem de uma coisa nem de outra, porque a responsabilidade limitada tem prós e contras. É conhecida a observação de Karl Jaspers segundo a qual “o colapso e o fracasso revelam a verdadeira natureza das coisas”. Também assim poderá se dar com o colapso do esquema de responsabilidade societária estabelecido em 1919. O tempo dirá.

As sociedades não podem, contudo, se dar ao luxo de esperar o colapso para poderem (com o necessário distanciamento histórico) fazer um juízo qualitativo sobre suas instituições. A evolução institucional dá-se no calor dos acontecimentos. Daí a necessidade de buscar o melhor arranjo possível, dentro das circunstâncias e diante das informações disponíveis, que por definição não serão plenamente suficientes. Assim se explica por que nesta obra conduzi um exercício pragmático e contextualizado de busca do meio-termo e da solução de compromisso – tudo sem deixar de lado a justificação também a partir do texto de lei, como sói ser em um Estado de Direito.

Por outro lado, nem tudo aqui é mera composição em busca do razoável. É preciso ser franco e assumir posições: desejei também realizar uma defesa da livre-iniciativa. E isso porque acredito que algum nível de limitação de responsabilidade seja mecanismo de fomento da livre-iniciativa. Sem ser a cura de todos os males, a limitação da responsabilidade é mecanismo de incentivo à tomada de risco e à produção. Isso é muito importante.

É bem conhecido o argumento de que se deve fortalecer a livre-iniciativa por ser a empresa privada um veículo de produção eficiente. A discussão do regime de responsabilidade da empresa aqui conduzida não rejeitou essa premissa, mas a ela tampouco se limitou. Desejo agora esclarecer por quê.

Há dois motivos. Em primeiro lugar, o desenvolvimento é um processo de transformação da ordem social que depende do crescimento da produtividade – da eficiência econômica, portanto –, mas a esta não se limita.<sup>1</sup> A empresa privada é porta de acesso ao sistema econômico. É veículo de mobilização da energia criativa das pessoas. O empreendedorismo é veículo do progresso econômico, mas também é meio de integração social e de quebra de certa ordem social baseada em interbloqueamento entre Estado e elites – ordem essa que herdamos do período colonial e que em alguma medida insiste em permanecer. Não podemos ser para sempre o país em que para produzir é preciso de favores do governo.

A abertura da nossa ordem social a não elites está ligada umbilicalmente ao florescimento da livre-iniciativa. O estudo do regime de responsabilidade empresarial de terceiros – sócios, administradores, contratantes e não contratantes – é parte, então, de um esforço amplo de criação de condições para a produção eficiente. Mas isso não é tudo: esse esforço amplo voltado a pensar sobre os meios para o enriquecimento da nação compreende também a discussão dos arranjos institucionais que favoreçam uma abertura da ordem social às não elites. O compromisso aqui apresentado é o de uma recuperação qualificada da responsabilidade limitada. Essa recuperação, como demonstrei, é tolerável à luz do nosso direito posto, e por isso é também consistente com o espírito da nossa Constituição de 1988 de promover a mudança da ordem social pela via evolucionária, em vez de revolucionária.

O segundo ponto está intimamente ligado ao primeiro – na verdade, é mero desdobramento dele: não convém pensar o Direito apenas à luz da eficiência econômica.<sup>2</sup> Décadas de debate deixaram claro que o “efi-

1. Assim entendem, por exemplo, os economistas Robert Fogel e Douglass North, entre outros. Escrevi uma resenha sobre o tema, cf. Bruno Meyerhof Salama, “Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North”, in Oscar Vilhena Vieira e Dimitri Dimoulis, *Desenvolvimento e Estado de Direito*, São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 21-58.

2. Sobre o tema, ver José Reinaldo de Lima Lopes, “Direito e Economia: os caminhos de debate”, in Maria Lúcia L. M. Padua Lima, *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*, t. I, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 232-236 (agrupando Direito e

cientismo” – uma espécie de tradução jurídica do economicismo – não é uma boa teoria filosófica nem jurídica.<sup>3</sup> O principal problema do eficientismo, embora não o único, é ignorar o fato de que certas liberdades são intrinsecamente desejáveis independentemente de seus resultados sobre a riqueza da sociedade.<sup>4</sup>

O eficientismo traz ao Direito a noção de produtividade da engenharia, e ocupa-se de discutir mecanismos para otimizar custos e benefícios. Isto é, minimizar o custo social. Trata-se certamente de um exercício importante, porém incompleto e potencialmente perigoso. Quando desligado de uma visão mais ampla de desenvolvimento socioeconômico, o eficientismo passa a tratar as pessoas como se fossem células de um organismo. O problema é que o bem-estar da célula é importante apenas na medida em que promova o bem-estar de todo o organismo, e, por isso, o eficientismo pode ser porta de entrada para visões moralmente inaceitáveis.

Desejo ser muito claro sobre este assunto: *a defesa dos valores individuais – e aqui incluo a livre-iniciativa – ainda é a arma mais importante contra a tirania, e os potenciais tiranos estão sempre à espreita, inclusive no Brasil*. Temas como *incentivos e instrumentalismo jurídico* são essenciais para a construção institucional democrática, mas são também caros às tiranias. Daí por que o pragmatismo que aqui defendi há de ser também um *pragmatismo ético* e que ponha a liberdade individual em primeiro plano.

Por outro lado, o pragmatismo aqui esposado não é orientado apenas pela ética. Orienta-o também o texto de lei. Uma interpretação pragmática do Direito atribui relevância ao sopesamento das prováveis consequências das interpretações dadas. E de particular importância são os incentivos gerados por precedentes que estabilizem diferentes tipos de expectativas e interpretações. Mas a rejeição de um padrão meramente

Economia como *disciplinas da ação*, distintas especialmente por um olhar, e em segundo plano por campo de atividade, mais amplo no Direito, mas em boa medida correspondente).

3. Para uma explicação do eficientismo, vide Bruno Meyerhof Salama, “A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner”, in Maria Lúcia L. M. Padua Lima, *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*, t. 1, São Paulo, Saraiva, 2012.

4. Cf. Bruno Meyerhof Salama, “De que forma a Economia auxilia o profissional do Direito?”, *Economic Analysis of Law Review* 1, 2010; “O que é pesquisa em Direito e Economia”, *Caderno Direito GV* 22, 2008; e “O que é Direito e Economia?”, in José Rodrigo Rodriguez, *Fragmentos para um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento*, São Paulo, Saraiva, 2011.

mecanicista e subsuntivo não significa que se possa deixar de lado a letra da lei.<sup>5</sup>

E acrescento: deixar-se ao juiz aberta a possibilidade de desvinicular-se do texto de lei é uma das soluções menos pragmáticas que há, porque a insegurança jurídica seria enorme, e, logo, as consequências seriam provavelmente desastrosas tanto para a existência do Estado de Direito quanto para a possibilidade de coordenação econômica. Em poucas palavras: no Direito, o pragmatismo levado às últimas consequências é antes de tudo não pragmático. Esse é o paradoxo – que, no entanto não precisa ser nem super, nem subestimado, porque não se trata de um óbice para que se pense sobre questões legais com uma *atitude* pragmática.<sup>6</sup>

Pode causar surpresa em alguns, mas minha defesa de um pragmatismo ético na interpretação do Direito é em boa medida<sup>7</sup> consistente com a visão esposada por Hans Kelsen na sua *Teoria Pura do Direito*.<sup>8</sup> A pureza da teoria kelseniana não estava no tipo de argumento que se poderia aceitar em um debate ou disputa jurídica, mas sim na sua definição do que seja o fenômeno jurídico. A teoria do Direito de Kelsen é “pura” no sentido de que busca descrever o Direito de uma forma universal: o que é e como é o Direito.<sup>9</sup> Sua preocupação é mostrar a singularidade

5. Para uma análise já clássica desse problema, cf. Karl Engisch, *Einführung in das Juristische Denken* (1956), trad. port. de J. Baptista Machado, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 75-105 (lembrando uma série de hipóteses nas quais a legitimidade das decisões é preservada a despeito de irregularidades no juízo subsuntivo).

6. No mesmo sentido, Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard University Press, 2002, pp. 240 e ss.

7. Digo “em boa medida” porque em Kelsen o pensamento jurídico se parece mais com um raciocínio ético-moral do que com o tipo de raciocínio ético-pragmático que aqui emprego. De qualquer forma, é certo que há em Kelsen o reconhecimento de que a indeterminação do sentido da lei conduz a uma disputa sobre sua melhor interpretação.

8. Posição semelhante é defendida por Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, pp. 250-291. As observações de Posner sobre a porosidade da *teoria pura* de Kelsen a uma análise pragmática foram originalmente produzidas na forma de um artigo intitulado “Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law”, apresentado em 2001 em Viena no encontro anual da Associação Europeia de Direito e Economia, disponível em <<http://users.ugent.be/~bdpoorte/EALE/posner-lecture.pdf>>.

9. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934; 2ª ed., 1960), trad. port. de João Baptista Machado, *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1984, p. 17: “Como teoria [pura], quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objecto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já lhe



do Direito a fim de ressaltar que este não é nem religião, nem filosofia, nem sociologia, nem economia. O Direito é, para Kelsen, um sistema normativo sustentado por sanções estatais.

A pureza da teoria kelseniana, portanto, não estava em uma hostilidade às ciências sociais, mas na sua tentativa de formular uma definição universal do que seria o Direito. É certo, contudo, que Kelsen jamais defendeu uma *teoria do Direito puro*, isto é, Kelsen não negou a relação entre Direito e o objeto das ciências sociais, tampouco postulou que essas relações deveriam ser eliminadas.<sup>10</sup> Kelsen disse apenas que a escolha da resposta para um problema jurídico não era um problema da ciência do Direito.<sup>11</sup>

A interpretação do Direito, portanto, tem para Kelsen um duplo caráter: é ato de conhecimento do Direito e também ato de vontade do aplicador. O aplicador faz – atenção ao termo empregado por Kelsen – uma “escolha”.<sup>12</sup> Essa escolha deve estar dentro das possibilidades permitidas pela moldura jurídica, e por isso são inaceitáveis as interpretações implausíveis e irrazoáveis. Mas isso não quer dizer que interpretação da lei seja apenas subsunção. Em vista da existência de diversas opções interpretativas plausíveis, ingressamos no campo do que Kelsen chamou de “política jurídica”.<sup>13</sup> É desse modo que o intérprete se afasta tanto da subsunção mecânica quanto do decisionismo puro e simples.

não importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito”.

10. Gabriel Nogueira Dias, *Positivismo Jurídico e Teoria Geral do Direito na Obra de Hans Kelsen*, p. 156: “Em nenhuma parte da obra de Hans Kelsen se verificará alguma tentativa de *purificar* o direito. Isso iria contra o seu próprio ponto de vista, na medida em que ele professa sua fé na origem empiricamente comprovada da norma jurídica e admite, portanto, que noções religiosas, fatores psíquicos, ideologias etc. evidentemente influenciam e motivam o ato de vontade do legislador. O objeto da pureza é exclusivamente o conhecimento do direito, isto é, o trabalho de conhecimento jurídico-científico em relação às normas geradas pelos seres humanos num ordenamento jurídico. (...). Em suma: em nenhum momento Kelsen postulou um ‘direito puro’, mas sempre e apenas uma *teoria pura do direito*!”

11. Trata-se, aliás, de posição que não é estranha à teoria jurídica brasileira. Cf. Eros Roberto Grau, *Por que tenho medo dos Juízes (a Interpretação/Aplicação do Direito e os princípios)*, 6ª ed., 2ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 62 (“a *lógica jurídica* é a da escolha entre várias possibilidades *corretas*. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada”).

12. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 470.

13. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 472: “A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações

Kelsen conclui sua *Teoria Pura do Direito* tratando de um tema que na presente obra tem importância singular, a saber, a segurança jurídica. Como conciliar a *escolha interpretativa* com o ideal de segurança jurídica? Se a segurança jurídica pressupõe uma estabilidade de expectativas sobre as decisões judiciais, não seria impróprio reconhecer-se um espaço de *escolha* para os aplicadores do Direito? A resposta, dada pelo próprio Kelsen, é irretocável: o ideal de segurança jurídica só pode ser realizado de modo aproximado.<sup>14</sup> A ideia de que as questões jurídicas somente possuam uma resposta correta é uma ficção.<sup>15</sup> Essa ficção é uma posição política – geralmente bastante vantajosa –, mas ainda assim não se trata de um atributo do direito positivo.<sup>16</sup>

A menção às vantagens do ideal político de segurança jurídica nos remete, então, novamente, ao pragmatismo de que aqui venho tratando. O pragmatismo, para os presentes fins, pode ser pensado também como o meio-termo entre duas ideias equivocadas: a de que o legalismo subsuntivo contenha todas as respostas, e a de que o Direito seja pura política. Na verdade, a discricionariedade do aplicador do Direito é condicionada. No exercício de sua relativa discricionariedade, o aplicador deve agir com prudência e deve sopesar os valores envolvidos. E de mais a mais, o aplicador, especialmente o juiz, não está de modo algum livre

de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesmas reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única ‘acertada’, não realizam uma função jurídico-científica mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuraram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como frequentemente fazem”.

14. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 473.

15. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, cit., pp. 472-473: “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal de segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente”. Esse debate está aberto. Do outro lado do ringue, o mais célebre pugilista parece ser Ronald Dworkin – que, não por acaso, é um dos maiores opositores do pragmatismo contemporâneo –, *A Matter of Principle* (1985), trad. de Luís Carlos Borges, *Uma Questão de Princípio*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2001, p. 175.

16. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 473.

para substituir as ideias da comunidade pelas suas próprias. Por isso, ao interpretar e aplicar a lei, é necessário sopesar as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite – novamente, não por conta da consequência simplesmente, mas para fazer valer o direito. E cabe ao juiz, ademais, atentar para a importância de se defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. Dada a relação potencialmente conflituosa entre esses propósitos, a aplicação do Direito continuará sendo uma arte; não uma ciência.

À doutrina cabe, então, o papel de fornecer substratos para a melhor aplicação possível do direito, levando-se em conta o contexto histórico e institucional. Não basta fazer apologia de princípios e valores jurídicos, sejam eles a livre-iniciativa ou o solidarismo, o resguardo da propriedade ou a dignidade humana e assim por diante. Não há sistema jurídico infalível nem cortes perfeitamente informadas, nem mundo sem custos de transação. Também por isso, é preciso formular proposições que possam ser concretas e operáveis, a custos razoáveis. Fazer boa doutrina – lidar com os problemas práticos – é mais importante do que fazer uma ciência simplesmente bela ou elegante. É nesse espírito que deve ser recebida a reconstrução histórica aqui empreendida, o juízo avaliativo subsequente e principalmente as proposições prático-normativas de que me ocupei nesta parte final.



## **BIBLIOGRAFIA**

- ABRAHAM, Kenneth S. "The rise and fall of commercial liability insurance". 87 *Va. L. Rev.* 85, 2001.
- ABRANCHES, Sérgio H. "O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro". *Dados* 31, 1, 1988.
- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *Why Nations Fail: Origins of Power, Poverty and Prosperity*. New York, Crown Publishers, 2012.
- ACKERMAN, Bruce A. "The new separation of powers". *Harvard Law Review* 113, 2000.
- AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL (ABDI). "A indústria de *private equity* e *venture capital*", 2011. Disponível em: <[http://www.abdi.com.br/Estudo/Private\\_Equity\\_e\\_Venture\\_Censo.pdf](http://www.abdi.com.br/Estudo/Private_Equity_e_Venture_Censo.pdf)>.
- ALCHIAN, Armen; DEMSETZ, Harold. "Production, information costs, and economic organization". *American Economic Review* 62, 1972.
- ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JR., Ivo. "When crime pays: measuring judicial efficacy against corruption in Brazil". *Law and Business Review of the Americas*, vol. 17, 2011.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte* (1985), trad. port. de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed., 3ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2014.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13ª ed., vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- AMADEO, Edward J. "Notas sobre o mercado de trabalho". In *A Reforma Trabalhista Brasileira* 8, 1998.
- \_\_\_\_\_; GILL, Indermit S.; NERI, Marcelo C. "Brazil: the pressure points in labor Legislation". *Ensaio Econômicos EPGE* 395, 2000.
- \_\_\_\_\_; SCANDIUZZI, João Carlos; PERO, Valéria. "Ajuste empresarial, empregos e terceirização". *Texto para Discussão do Departamento de Economia da PUC-RIO*, 1994.
- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 16ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010.
- ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1991.

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. “A gênese do sistema ‘penhora on-line’”. In SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo, Ed. RT, 2007.
- ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Liability of Corporate Groups. Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German, and EEC Law. An International Perspective*. Deventer, Kluwer, 1994.
- . “Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório”. In CUNHA, Alexandre dos Santos. *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo, Quartier Latin, 2006.
- ANUATTI NETO, Francisco. “Os efeitos da privatização sobre o desempenho econômico e financeiro das empresas privatizadas”. *Revista Brasileira de Economia* 59, 2, 2005.
- APEL, Willi. *Harvard Dictionary of Music*. 2ª ed. Harvard University Press, 1969.
- AQUINO, Diva Carvalho de. “Dos efeitos da decretação da falência em relação aos bens e pessoas do devedor e administradores”. In PAIVA, Luiz Fernando Valente (org.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras: e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- ARAÚJO, Aloísio; LUNDBERG, Eduardo. “A nova legislação de falências – uma avaliação econômica”. In PAIVA, Luiz Fernando Valente (org.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de. “Limitação do risco empresarial”. In LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (coord.). *Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia*. t. 3. São Paulo, Saraiva, 2012.
- . “Por que limitar responsabilidade na empresa individual?”. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-fev-16/eireli-limitar-responsabilidade-empresa-individual>>.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra, Almedina, 2007.
- ARAÚJO, José Thomaz Nabuco de. *Circular do Ministério dos Negócios da Justiça*. Rio de Janeiro, 28 de outubro de 1865.
- ARIDA, Pêrsio. “Pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma”. *Revista Direito GV*, vol. 1, n. 1, 2005.
- ARROW, Kenneth. *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-Market Allocation. The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: the PBB-System, Joint Economic Committee, 91st Congress, 1st session*. vol. 1. Government Printing Office, Washington, D.C., 1969.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. “A evolução do Direito e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na busca do equilíbrio entre culpa

- e risco na fundamentação da responsabilidade civil: estudo de caso sobre a responsabilidade por fato de terceiro”. In FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. *O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo, Ed. RT, 2011.
- ASCARELLI, Tullio. “Proprietà e controllo della ricchezza” (1950). In *Studi di Diritto Comparato in Tema di Interpretazione*. Milano, Giuffrè, 1952.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo, Ed. RT, 1973.
- ÁVILA, Humberto. “‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do Direito’ e o ‘direito da Ciência’”. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. vol. 1. Rio de Janeiro, 2009, pp. 187-202.
- BAER, Werner. *The Brazilian Economy – Growth and Development* (1995), trad. port. de Edite Sciulli. *A Economia Brasileira*. 3ª ed. São Paulo, Nobel, 2009.
- ; KERSTENETZKY, Isaac; VILLELA, Annibal Villanova. “As modificações do papel do Estado na economia brasileira”. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, 3, 4, 1973.
- BAETA, Zínio. “STJ impede leilão em recuperação judicial”. *Valor Econômico*, 30.6.2011.
- BAINBRIDGE, Stephen M. “Abolishing veil piercing”. *University of Iowa Journal of Corporation Law*, vol. 26, 2001.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Juros e Spread Bancário*. Janeiro de 2012.
- BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *O Governo João Goulart – As Lutas Sociais no Brasil. 1961-1964*. Brasília, Editora da UnB, 2001.
- BARBOSA, Samuel Rodrigues; RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha da (orgs.). *Nas Fronteiras do Formalismo*. São Paulo, Saraiva, 2010.
- BARBOSA, Thiago Ramos. *Os Movimentos Sociais de Trabalhadores e seus Reflexos Históricos no Direito do Trabalho: o Papel da Classe Operária na Formação do Direito do Trabalho*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.
- BARRETO FILHO, Oscar. “Síntese da evolução histórica do direito comercial brasileiro”. *RDM* 24, 1976.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho* (2005). 5ª ed. São Paulo, LTr, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*. 3ª ed., vol. I. São Paulo, LTr, 1995.
- BATTESINI, Eugênio. “Direito, Economia e responsabilidade objetiva no Brasil”. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 1, n. 1, 2012.

- BAZERMAN, Max H. *et al. Environment, Ethics, and Behavior: the Psychology of Environmental Valuation and Degradation*. New York, Jason Aronson, 1998.
- BECK, Ulrich. *World Risk Society*. Malden, Polity, 1999.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo, Saraiva, 1963.
- . *Carnaval Tributário*. 2ª ed. São Paulo, LEJUS, 2004.
- BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven, Yale University Press, 2007.
- BERCOVICI, Gilberto. “O planejamento e a Constituição de 1988”. In SCAFF, Fernando (ed.). *Constitucionalizando Direitos – 15 Anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- BERLIN, Isaiah. “Two concepts of liberty”. In *Four Essays on Liberty*. Oxford, Oxford University Press, 1969.
- BERNARDES, Lucas Petri. “Responsabilidade civil do administrador de instituição financeira: uma análise de Direito e Economia”. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, vol. 5, n. 1, jun. 2011.
- BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 6ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2011.
- BITTENCOURT, Mário Diney Corrêa. “As sociedades comerciais e os atos *ultra vires*”. *RT* 656, 1990.
- BLACKBURN, Pierre. *Logique de l'Argumentation*. 2ª ed. Saint-Laurent, ERPI, 1994.
- BLUMBERG, Phillip I. *The Law of Corporate Groups: Substantive Law*, 681-92, 1987.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2014.
- . *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo, Saraiva, 1961.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. “Moratória parcial no final de 1982”. *Folha de S.Paulo*, 4.1.1983.
- . “Do Estado patrimonial ao gerencial”. In WILHEIM, Jorge; PINHEIRO, Paulo Sérgio; SACHS, Ignacy (orgs.). *Brasil: um Século de Transformações*. São Paulo, Cia. das Letras, 2001.
- ; SPINK, Peter (orgs.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro, Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- CAGGIANO, Mônica Herman Salem. “Código do Consumidor. Aspectos constitucionais”. *RT* 666, 1991.
- CALABRESI, Guido. “About law and economics: a letter to Dworkin”. *Hofstra Law Review* 8, 1980.
- CALIENDO, Paulo *et al. Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Série Pensando o Direito do Ministério da Justiça, vol. 29, 2010.



- CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil. Estrutura e Função*. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- CALNDER, David. *Complexity and the History of Economic Thought*. London, Routledge, 2000.
- CAMERER, Colin F.; KUNREUTHER, Howard. "Decision processes for low probability events: policy implications". *Journal of Policy Analysis & Management* 8, 1989.
- CAMPOS, Diogo Leite de. "A titularização de créditos ('securitização')". *Revista Brasileira de Direito Comparado* 17, 1999.
- CAMPOS, Roberto de Oliveira; SIMONSEN, Mário Henrique. *A Nova Economia Brasileira*. Rio de Janeiro, José Olympio, 1975.
- CANTO, Gilberto Ulhôa. *Reforma Tributária*. Anais do Congresso Brasileiro para as Reformas de Base. vol. VI, 1963.
- CARDOSO, Fernando Henrique. *Autoritarismo e Democratização*. São Paulo, Paz e Terra, 1975.
- CARNEY, William J. "Limited liability", item n. 5.620 da *Online Encyclopedia of Law & Economics*. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/5620book.pdf>>.
- CARRION, Valentin. *Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho*. São Paulo, Saraiva, 1995.
- CARVALHO, Carlos Eduardo. "As origens e a gênese do Plano Collor". *Nova Economia* 16, 2006.
- \_\_\_\_\_; SILVA, Ana Lúcia Pinto da; YEUNG, Luciana Luk-Tai. "A insegurança jurídica é também do devedor: seleção adversa e custo do crédito no Brasil". In LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua. *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*. t. 2, São Paulo, Saraiva, 2012.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o Longo Caminho* (2001). 11ª ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da Norma Tributária*. São Paulo, Edições Lael, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Tributário*. 21ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009.
- CAVALLI, Cássio Machado. *Sociedades Limitadas: Regime de Circulação de Quotas*. São Paulo, Ed. RT, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Empresa, Direito e Economia – Elaboração de um Conceito Jurídico de Empresa no Direito Comercial Brasileiro Contemporâneo a Partir do Dado Teórico Econômico*. Tese de Doutorado em Direito, UFRGS, 2012.
- CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL – CPDOC. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas/1/anos37-45/PoliticaAdministracao/FGV>>.
- CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.
- CHANG, Ha-Joon; EVANS, Peter. *The Role of Institutions in Economic Change*. Trabalho apresentado na Conferência "The Other Canon and Economic Development", Oslo, 2000.

- CHEUNG, Steven N. S. "Transaction costs, risk aversion, and the choice of contractual arrangements". *The Journal of Law & Economics* 12, 1969.
- CINTRA, Marcos. "Globalização, modernização e inovação fiscal". In VASCONCELLOS, Roberto F. de (org.). *Política Fiscal*. São Paulo, Saraiva, Série GVLaw, 2008.
- COASE, Ronald H. "The nature of the firm". *Economics*, vol. 4, 1937.
- . "O problema do custo social". In SALAMA, Bruno M. (org.). *Direito e Economia: Textos Escolhidos*. São Paulo, Saraiva, 2010. pp. 59-112.
- COELHO, Fábio Ulhoa. "As teorias da desconsideração". In TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe. *Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária*. São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- . *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo, Saraiva, 2011.
- . *Curso de Direito Comercial*. 9ª ed., vol. 2. São Paulo, Saraiva, 2006.
- . *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. vol. 1, 16ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.
- . *O Futuro do Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 2011.
- . *Princípios do Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 2012.
- COFFEE JR., John C. *Gatekeepers: the Role of the Professions and Corporate Governance*. Oxford, Oxford University Press, 2006.
- COMMONS, John R. "Institutional economics". *American Economic Review*, vol. 21, 1931.
- COMPARATO, Fábio Konder. "A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico". *Revista de Direito Mercantil* 16, 1974.
- . *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- . *Para Viver a Democracia*. São Paulo, Brasiliense, 1989.
- . *O Seguro de Crédito: Estudo Jurídico*. São Paulo, Ed. RT, 1968.
- ; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima* (1976). 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- CONLISK, John. "Why bounded rationality?". *Journal of Economic Literature* 34, 1996.
- COOTER, Robert; SCHAEFER, Hans-Berndt. *Solomon's Knot: how Law Can End the Poverty of Nations*. Princeton, Princeton University Press, 2011.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de Direito das Sociedades*. 2ª ed., vol. II. Coimbra, Almedina, 2007.
- . *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*. Coimbra, Almedina, 2000.
- CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo, Ed. RT, 2011.
- CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e Responsabilidade: o Tratamento Jurídico dos Efeitos da Criminalidade Violenta no Transporte Público de Pessoas no Brasil*. São Paulo, Saraiva, 2009.

- CORTEZ, Tiago Machado. "O conceito de risco sistêmico e suas implicações para a defesa da concorrência no mercado bancário". In CAMPILONGO, Celso Fernandes *et al.* *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. São Paulo, Max Limonad, 2002.
- COSTA, Alcides Jorge. "Imposto de vendas e consignações". *Revista de Direito Administrativo* 59, 1960.
- COSTA, Jorge Gustavo da. *Planejamento Governamental: a Experiência Brasileira*. Rio de Janeiro, FGV, 1971.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário. Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo, Saraiva, 2009.
- COSTA, Tarcísio. "Os anos noventa: o ocaso do político e a sacralização do mercado". In MOTA, Carlos Guilherme. *Viagem Incompleta. A Experiência Brasileira*. São Paulo, Senac, 2000.
- COUTINHO, Luciano G. "BNDES: pronto para alavancar investimentos em inovação no país". *Inovação Uniemp* 3, 6, 2007.
- CUNHA, Luciana Gross. "Judicial administration in Brazil: dissemination of information and transparency". *Law and Society Review*, anais 2007.
- DALAZEN, João Orestes. "Tudo mudou, exceto a legislação trabalhista". *O Globo*, 15.7.2012.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. "A execução dos bens dos sócios em face da *disregard doctrine*". In DALLEGRAVE NETO, José Affonso; FREITAS, Ney José de. *Execução Trabalhista: Estudos em Homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen*. São Paulo, LTr, 2002.
- DAVIS, Kevin; TREBILCOCK, Michael. "The relationship between law and development". *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, 2008.
- DECCA, Edgard S. de. *1930: o Silêncio dos Vencidos*. São Paulo, Brasiliense, 1981.
- DEJOY, David M. "The optimism bias and traffic accident risk perception". *Accident Analysis & Prevention* 21, 1989.
- DELGADO, José Augusto. "A desconsideração da pessoa jurídica e os seus reflexos na ordem tributária". In TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe. *Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária*. São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo, LTr, 2010.
- DENT JR., George W. "Limited liability in environmental law". 26 *Wake Forest L. Rev.* 151, 1991.
- DIAS, Gabriel Nogueira. *Rechtspositivismus und Rechtstheorie. Das Verhältnis beider im Werke Hans Kelsens* (2005), trad. port. de Darke de Oliveira Pimenta e José Ignácio Coelho Mendes Neto. *Positivismo Jurídico e Teoria Geral do Direito na Obra de Hans Kelsen*. São Paulo, Ed. RT, 2010.

- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10ª ed., vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- DODD, Edwin M. "The evolution of limited liability in American industry: Massachusetts". *Harvard Law Review* 61, 1948.
- DÓRIA, Antonio Sampaio. *A Questão Social*. São Paulo, Monteiro Lobato, 1922.
- DORNELLES, Francisco. "Novas perspectivas para os empreendedores brasileiros". In ANAN JR., Pedro; MAGALHÃES, Marcelo (coords.). *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: Aspectos Econômicos e Legais*. São Paulo, MP Ed., 2012, pp. 83-88.
- DURAN-FERREIRA, Camila. *Direito e Regulação Econômica. O Controle dos Planos de Estabilização Monetária pelo Supremo Tribunal Federal: um Estudo Empírico*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle* (1985), trad. de Luís Carlos Borges. *Uma Questão de Princípio*. 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2001.
- . *Taking Rights Seriously*. 2ª ed. (1978), trad. port. de Nelson Boeira. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- . "Why efficiency? A response to Professors Calabresi and Posner". *Hofstra Law Review* 8, 1980.
- EASTERBROOK, Frank; FISCHER, Daniel. "Limited liability and the corporation". *University of Chicago Law Review*, vol. 52, 1985.
- ENGISCH, Karl. *Einführung in das Juristische Denken* (1956), trad. port. de J. Baptista Machado. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2001.
- FACHADA, Pedro et al. *Sistema Judicial e Mercado de Crédito no Brasil*. Notas Técnicas do Banco Central do Brasil, n. 35, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. *Repensando os Fundamentos do Direito Civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- . *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Sistema Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro, Edições Financeiras, 1965.
- FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 5ª ed., vol. 2. Porto Alegre, Globo, 1979.
- FARALLI, Carla. *La Filosofia Giuridica dei Nostri Giorni*, trad. de Candice Premaor Gullo. *A Filosofia Contemporânea do Direito. Temas e Desafios*. São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- FARIA, José Eduardo C. de O. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo, Malheiros Editores, 1993.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 12ª ed. São Paulo, Edusp, 1994.
- (org.). *História Geral da Civilização Brasileira. O Brasil Republicano. Estrutura de Poder e Economia (1889-1930)* (1997). vol. 8, t. III. São Paulo, Bertrand Brasil, 2006.

- \_\_\_\_\_. (org.). *História Geral da Civilização Brasileira. O Brasil Republicano. Sociedade e Instituições (1889-1930)* (1997). vol. 9, t. III. 8ª ed., São Paulo, Bertrand Brasil, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Revolução de 1930. História e Historiografia*. São Paulo, Brasiliense, 1970.
- FERNANDES, Jean Carlos. “Empresa individual (sociedade unipessoal) de responsabilidade limitada”. *Carta Forense*, 2012.
- FERNÁNDEZ, Miguel Bajo; SAGGESE, Silvina Bacigalupo. *Derecho Penal Económico*. 2ª ed. Madrid, Ramón Areces, 2010.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. “Constituição brasileira e modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas”. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, edição especial, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo, Atlas, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 1995.
- FERREIRA, Benedito. *A História da Tributação no Brasil: Causas e Efeitos*. Brasília, Senado Federal, 1986.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *Sociedades por Quotas* (1919). 5ª ed. São Paulo, Companhia Gráfico-Editora Monteiro Lobato, 1925.
- \_\_\_\_\_. “A elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito do direito comercial”. *Revista Forense*, n. 158.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando de Magalhães Papaterara. *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*. Rio de Janeiro, FGV, 1999.
- FISHLOW, Albert. “The Latin American State”. *The Journal of Economic Perspectives* 4, 1990.
- FORGIONI, Paula Andrea. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro. Da Mercancia ao Mercado*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2012.
- FORTES, Pedro Rubim Borges. “The phenomenon of lucrative illegality”, 2012. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/news/spotlight/ils/events/fortes-final.pdf>>.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de. “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?”. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Padma, vol. 19, jul./set. 2004.
- FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. “O projeto de Código Comercial: um arremedo de projeto de lei”. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI154743,51045-O+projeto+de+Código+Comercial+um+arremedo+de+projeto+de+lei>>, maio de 2012, *Migalhas Online*.
- \_\_\_\_\_; ADAMEK, Marcelo Vieira von. “*Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social”. *Revista de Direito Mercantil* 149/150, 2008.
- FRANCO, Gustavo. *Uma Longa Adolescência: Fases da História Monetária Brasileira. Ideias e Consequências*. Porto Alegre, Sulina, 2007.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. “A reforma de sociedades por quotas de responsabilidade limitada no direito alemão”. *Revista de Direito Mercantil* 71, 1988.

- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Comercial*. 2ª ed., vol. I. São Paulo, Ed. RT, 2004.
- FRAZÃO, Ana. *Função Social da Empresa. Repercussões sobre a Responsabilidade Civil de Controladores e Administradores de S/As*. Rio de Janeiro, Renovar, 2011.
- FREEMAN, Jody. "Extending public law norms through privatization". *Harvard Law Review*, vol. 116, 2003.
- FREIRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala. Formação da Família Brasileira sob o Regime da Economia Patriarcal*. 48ª ed. São Paulo, Global, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Sobrados e Mucambos. Decadência do Patriarcado Rural e Desenvolvimento do Urbano*. 15ª ed. São Paulo, Global, 2004.
- FREIRE, Lucas Alves. "A desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa e seu reflexo na atividade persecutória desenvolvida pelo Banco Central do Brasil". *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, vol. 5, n. 1, 2011.
- FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da Personalidade Jurídica. Análise à Luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2004.
- FRISCH, Winston. "Apogeu e crise na Primeira República: 1900-1930". In ABREU, Marcelo de Paiva. *A ordem do Progresso. Cem Anos de Política Econômica Republicana. 1889-1989*. São Paulo, Campus-Elsevier, 1990.
- FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda). *A Reforma do Ministério da Fazenda e sua Metodologia. Relatório Final*. vol. 35, Rio de Janeiro, FGV, 1967.
- FURTADO, Celso. *Formação Econômica da América Latina*. Rio de Janeiro, Lia, 1969.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao Desenvolvimento. Enfoque Histórico-Estrutural*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2000.
- GAGGINI, Fernando Schwarz. *A Responsabilidade dos Sócios nas Sociedades Empresárias*. São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Securitização de Recebíveis*. São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.
- GENNARI, Adilson Marques. "Para não dizer que não falei de opções, desenvolvimento econômico, inflação e institucionalização política no pensamento de Roberto de Oliveira Campos", *Anais do VIII Congresso Brasileiro de Economia Política*, 2003.
- GIANNINI, Achille Donato. *I Concetti Fondamentali del Diritto Tributario*. Torino, UTET, 1956.
- GICO JR., Ivo Teixeira. "Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito". *Economic Analysis of Law Review*, vol. 1, n. 1, 2010.
- GILSON, Ronald J.; HANSMANN, Henry; PARGENDLER, Mariana. "Regulatory dualism as a development strategy: corporate reform in Brazil, the U.S. and the EU". *Stanford Law Review* 63, 2011.

- GLAESER, Edward L.; PORTA, Rafael La; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. "Do institutions cause growth?". *NBER Working Paper* n. 10.568, 2004.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A História do Direito entre Foices, Martelos e Togas: Brasil 1963-1965*. São Paulo, Quartier Latin, 2008.
- GOMES, Orlando. "A política legislativa de proteção do consumidor". *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 52, 1990.
- . "Fontes e significado das inovações da L. n. 6.404". *Revista Forense* 275, 1981.
- ; GOTTSCHALK, Edson (atualização de José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Souza). *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007.
- GONSALVES, Renaldo Antonio. "Os limites das reformas tributárias no Brasil". *Revista de Economia & Relações Internacionais* 4, 2004.
- GONTIJO, Vinicius José Marques. "A regulamentação das sociedades limitadas". In RODRIGUES, Frederico Viana. *Direito de Empresa no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- GORDLEY, James. *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. Oxford, Oxford University Press, 2006.
- . "Ius civile and civil codes: lessons from the romans". *Loyola Law Review* 54, 2008.
- . "Tort law in the Aristotelian tradition". In OWEN, David. *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford, Clarendon, 1995.
- GORGA, Érica. "Culture and corporate law reform: a case study of Brazil". *University of Pennsylvania Journal of International Law* 27, 2006.
- GRANOVETTER, Mark. "Economic action and social structure: the problem of embeddedness". *The American Journal of Sociology*, vol. 91, n. 3, 1985.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo. Ed. RT, 1990.
- . "Notas sobre a noção de norma-objetivo". *Revista de Direito Público*, vol. 17, n. 71, jul./set. 1984.
- . *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*. São Paulo, Ed. RT, 1978.
- . *Por que tenho Medo dos Juizes (sobre a Interpretação/Aplicação do Direito)*. 6ª ed., 2ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2014.
- GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. 3ª ed. São Paulo, Dialética, 2011.
- . "Responsabilidade de terceiros e crédito tributário: três temas atuais". *Revista Fórum de Direito Tributário* 28, 2007.
- . "Três papéis da legalidade tributária". In LODI, Ricardo; ROCHA, Sérgio André (coords.). *Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo, Quartier Latin, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

- GROSSMAN, Peter Z. "The market for shares of companies with unlimited liability: the case of American Express". *Journal of Legal Studies* 24, 1995.
- GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo. Quartier Latin, 2005.
- HALPERN, Paul; TREBILCOCK, Michael; TURNBULL, Stuart. "An economic analysis of limited liability in corporation law". 30 *U. Toronto L. J.* 117-150, 1980.
- HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. "Toward unlimited shareholder liability for corporate torts", 100 *Yale L. J.*, 1991.
- HARCOURT, Bernard E. *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*. Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- HARRIS, Ron. "The transplantation of the legal discourse on corporate personality theories: from German codification to British political pluralism and American big business". *Washington & Lee Law Review* 63, 2006.
- HAYEK, Friedrich A. *O Caminho da Servidão*. São Paulo, Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- HENRY, James S. "The price of offshore revisited, new estimates for 'missing' global private wealth, income, inequality, and lost taxes". *Tax Justice Network*, julho de 2012. Disponível em: <[http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Price\\_of\\_Offshore\\_Revisited\\_120722.pdf](http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Price_of_Offshore_Revisited_120722.pdf)>.
- HOBBSAWN, Eric J. *Labouring Men*, trad. port. de Marina Leão Teixeira Viriato de Medeiros. *Os Trabalhadores. Estudos sobre a História do Operariado*. São Paulo, Paz e Terra, 2000.
- HUECK, Götz; WINDBCHLER, Christine. *Gesellschaftsrecht*. 20ª ed. München, C. H. Beck, 2003.
- IANNI, Octávio. *Estado e Planejamento Econômico no Brasil (1930-1970)*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1971.
- IGLESIAS, Francisco. *Trajectoria Política do Brasil. 1500-1964*. São Paulo, Companhia das Letras, 1993.
- . "Index of economic freedom, heritage foundation, macro-economic data, all countries". Disponível em: <<http://www.heritage.org/index/explore?view=by-variables>>.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO FINANCEIRO. *Codificação do Direito Tributário*. Rio de Janeiro, IBDF, 1955.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE ECONOMIA. *O Setor Público Federal Descentralizado*. FGV-IBRE, Centro de Estudos Fiscais, 1967.
- IRTI, Natalino. *Introduzione allo Studio del Diritto Privato* (1973). 4ª ed. Padova, CEDAM, 1990.
- . *L'Età della Decodificazione*. 4ª ed. Milano, Giuffrè, 1999.
- JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*, trad. de André Luís Callegari. São Paulo, Ed. RT, 2000.



- JANTALIA, Fabiano. “Uma pedra ao espelho d’água: o BacenJud no contexto da reforma processual e sua contribuição para a efetividade da prestação jurisdicional”. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central* 1, 1, 2007.
- JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. “The theory of the firm: managerial behavior, agency costs, and ownership structure”. 3 *J. Fin. Econ.* 305, 1976.
- JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. “A behavioral approach to law & economics”. *Stanford Law Review* 50, 1998.
- JOLOWICZ, Herbert Felix. *Roman Foundations of Modern Law*. Oxford, Oxford University Press, 1961.
- JONAS, Hans. *Das Prinzip Verantwortung – Versuch Einer Ethik für die technologische Zivilisation* (2006), trad. port. de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. *O Princípio da Responsabilidade. Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica*. Rio de Janeiro, Contraponto, 2006.
- JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra, Almedina, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2010.
- . *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo. Ed. RT, 1987.
- KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*. New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011.
- KANDA, Hideki; MILHAUPT, Curtis. “Re-examining legal transplants: the director’s fiduciary duty in Japanese corporate law”. *American Journal of Comparative Law*, vol. 51, 2003.
- KELSEN, Hans. *General Theory of Law & State* (1945), trad. port. de Luís Carlos Borges. *Teoria Geral do Direito e do Estado* (1990). 4ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2005.
- . *Reine Rechtslehre* (1934; 2ª ed., 1960), trad. port. de João Baptista Machado. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Coimbra, Arménio Amado, 1984.
- . *Verfassungs-und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates*, trad. port. de Alexandre Krug. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Martins Fontes, 2003.
- KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*. Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1997.
- KIM, Sung Hui. “Gatekeepers inside out”. *The Georgetown Journal of Legal Ethics* 21, 2008.
- KIRSCHBAUM, Deborah. “Recuperação judicial e governança corporativa: a relação entre a disciplina jurídica da insolvência e a governança das empresas de grande e médio portes no Brasil”. In LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua. *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*. t. 3. São Paulo, Saraiva, 2012.
- KRAAKMAN, Reinier H. “Corporate liability strategies and the costs of legal controls”. *Yale Law Journal*, vol. 93, 1984.

- . “Gatekeepers: the anatomy of a third party enforcement strategy”. *Journal of Law, Economics & Organization* 2, 1986.
- KUMAR, Anjali; FRANCISCO, Manuela. “Enterprise size, financing patterns and credit constraints in Brazil: analysis of data from the investment climate assessment survey”. *World Bank Working Paper* 49, 2005.
- LAFER, Betty Mindlin. *Planejamento no Brasil*. Coleção Debates. São Paulo, Perspectiva, 1970.
- LAMY FILHO, Alfredo. “A reforma da Lei das Sociedades Anônimas”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 139.
- ; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.: Pressupostos, Elaboração e Modificações*. 3ª ed., vol. 1. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- LANDERS, Jonathan M. “A unified approach to parent, subsidiary, and affiliate questions in bankruptcy”. 42 *University of Chicago Law Rev.* 589, 622, 1975.
- LANDES, David S. *The Unbound Prometheus*. Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 1969.
- . *The Wealth and Poverty of Nations: why some Are some Rich and Some so Poor*. New York, W.W. Norton, 1998.
- LAZZARINI, Sérgio. *Capitalismo de Laços*. Rio de Janeiro, Campus Elsevier, 2010.
- ; MUSACCHIO, Aldo; MELLO, Rodrigo Bandeira de; MARCON, Rosilene. “What do development banks do? Evidence from Brazil, 2002-2009”, 2011. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1969843](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1969843)>.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto* (1949). 3ª ed. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1997.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo, LTr, 2011.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. “Pessoa Jurídica: Por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira hoje?”. In CASTRO, Rodrigo Pironte Aguirre de (org.). *Concurso de Monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira*. Curitiba, Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005.
- LESSIG, Lawrence. *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*. New York, Basic Books, 2006.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. vol. VI, t. I. Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1999.
- LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua. *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*. São Paulo, Saraiva, 2012.
- LIMONGI, Fernando de Magalhães Papaterra. “A democracia no Brasil. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório”. *Novos Estudos CEBRAP* 76, 1996.
- LISBOA, Marcos de Barros *et al.* “A racionalidade econômica da nova Lei de Falência e de Recuperação de Empresas”. In PAIVA, Luiz Fernando Valente

- (org.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- LOBO, Jorge. *Direitos dos Acionistas*. São Paulo, Campus, 2010.
- LOPES, João Batista. “Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil”. *RT* 818, São Paulo, Ed. RT, 2003.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. “A formação do direito comercial brasileiro: a criação dos Tribunais de Comércio do Império – uma história da protorregulação econômica brasileira”. *Caderno Direito GV* 6, 2007.
- . *As Palavras e a Lei. Direito, Ordem e Justiça na História do Pensamento Jurídico Moderno*. São Paulo, Editora 34, 2004.
- . “Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário”. In FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo, Malheiros Editores, 1994.
- . “Direito e Economia: os caminhos de debate”. In LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua. *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*. t. I. São Paulo, Saraiva, 2012.
- . “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”. In FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo, Malheiros Editores, 1994.
- . *O Oráculo de Delfos. O Conselho de Estado no Brasil-Império*. São Paulo, Saraiva, 2010.
- . “Raciocínio jurídico e Economia”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 8.
- . “Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato”. In COURTIS, Christian (ed.). *Ensayos sobre Metodología de la Investigación Jurídica*. Madrid, Editorial Estrata, 2006, pp. 41-68.
- . *Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor*. São Paulo, Ed. RT, 1992.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.
- LOPUCKI, Lynn M. “The death of liability”. *Yale Law Journal* 106, 1996.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo, Ed. RT, 1998.
- LOTUFO, Renan (coord.). *Direito Civil Constitucional*. Caderno 3. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- LUCAS, Fábio. *Conteúdo Social das Constituições Brasileiras*. Belo Horizonte, Ed. da Faculdade de Ciências Econômicas da UMG, 1959.
- LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Limitadas*. 6ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2004.

- MACHADO, Maíra Rocha. “Administrativização do direito penal revisitada: o exemplo dos crimes financeiros no Brasil”. *Revista Ultima Ratio* 3, 2009.
- MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. “Dogmática penal e risco: apontamentos sobre transformações e impasses no direito penal contemporâneo”. In FABIANI, Emerson Ribeiro. *Impasses e Aporias do Direito Contemporâneo*. São Paulo, Saraiva, 2011.
- . *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. vol. 18. Fundação Getúlio Vargas. Série Pensando o Direito do Ministério da Justiça, 2009.
- . *Sociedade do Risco e Direito Penal. Uma Avaliação de Novas Tendências Político-criminais*. São Paulo, IBCCRIM, 2005.
- MACHADO, Rafael Bicca; MATTOS, Ely José de. “Juros legais x mercado: um possível incentivo ao aumento do número de acordos judiciais?”. In TIMM, Luciano B. (org.). *Direito e Economia*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.
- MACHADO, Sylvio Marcondes. *Ensaio sobre a Sociedade de Responsabilidade Limitada*. São Paulo, Ed. RT, 1940.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. “Responsabilidade de sócios e dirigentes de pessoas jurídicas e o redirecionamento da execução fiscal”. In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Problemas de Processo Judicial Tributário*. vol. 4. São Paulo, Dialética, 2000, pp. 125-146.
- MACHEN, Arthur. “Corporate personality”. *Harvard Law Review* 24, 1911.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Direito do Trabalho*. 2ª ed., vol. II. São Paulo, LTr.
- MANDELBAUM, Renata. *Contratos de Adesão e Contratos de Consumo*. São Paulo, Ed. RT, 1996.
- MANNE, Henry G. “Our two corporate systems: law and economics”. *Virginia Law Review*, vol. 53, 1967.
- MARCONDES, Sylvio. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo, Saraiva, 1977.
- MARQUES, Claudia Lima. “A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor. Antinomia entre norma do CDC e de leis especiais”. *Direito do Consumidor* 3, 1992.
- . *et al. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Ed. RT, 2006.
- ; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Envidado. Superendividamento e Crédito*. São Paulo, Ed. RT, 2006.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- MARTINS, Fran. *Sociedades por Quotas no Direito Estrangeiro e Brasileiro*. vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 1960.
- MARTINS, Heloísa de Souza; RAMALHO, José Ricardo. *Terceirização. Diversidade e Negociação no Mundo do Trabalho*. São Paulo, Hucitec, 1994.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

- MARTINS, Marcelo Guerra. *Tributação, Propriedade e Igualdade Fiscal*. Rio de Janeiro, Campus Elsevier, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo, Ed. RT, 2002.
- . *Comentários ao Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações*. vol. 5, t. II. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- ; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2002.
- MATTOS, Paulo T. L. *O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade*. São Paulo, Singular, 2006.
- MATTOS FILHO, Ary Oswaldo; PRADO, Viviane Muller. “Tentativas de desenvolvimento do mercado acionário brasileiro desde 1964”. In LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua. *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*. t. 2, São Paulo, Saraiva, 2012.
- McCLUSKEY, Martha T. “The substantive politics of formal corporate power”. *53 Buffalo Law Review* 1.453, 2006.
- MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. “Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure”. *Journal of Financial Economics* 3, 1976.
- MEDINA, Diego López. *Teoría Impura del Derecho*. Bogotá, Legis, 2004.
- MENDES, Conrado Hubner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 4ª ed., vol. III. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1945.
- . *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 6ª ed., vol. I. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957.
- . *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. vol. III, Livro II, *Dos Comerciantes e seus Auxiliares*, Parte III, *Das Sociedades Comerciais*. São Paulo, Duprat, 1914.
- MERTON, Robert K. “The unanticipated consequences of purposive social action”. *American Sociological Review* 1, 1936.
- MILHAUPT, Curtis; PISTOR, Katharina. *Law & Capitalism. What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development Around the World*. Chicago, University of Chicago Press, 2008.
- MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. “Algumas considerações sobre a penhora on-line no direito processual do trabalho”. *Justiça do Trabalho* 314, 2010.
- MINISTÉRIO EXTRAORDINÁRIO PARA O PLANEJAMENTO E COORDENAÇÃO ECONÔMICA. *Programa de Ação Econômica do Governo, 1964-1966*. Rio de Janeiro, 1964.
- . *Bases do Programa de Estabilização do Governo*. Brasília, publicação do Conselho Consultivo do Planejamento (CONSPLAN), 1965.

- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Contrato de Adesão*. São Paulo, Atlas, 2002.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. vol. IV. Rio de Janeiro, Henrique Cahem Editor, 1947.
- . *Tratado de Direito Privado* (atualizado). t. II. São Paulo, Ed. RT, 2012.
- . *Tratado de Direito Privado*. t. XLIX. Rio de Janeiro, Borsoi, 1965.
- . *Tratado de Direito Privado*. vol. I. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.
- MONATERI, Pier Giuseppe. “Interpretare la legge”. *Rivista di Diritto Civile* 33, 1987.
- MORAES, Antônio Ermírio de. “Finsocial e o caos”. *Folha de S.Paulo* 15.3.1992, Artigos.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. “O objeto e o fato gerador do imposto de renda”. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Imposto de Renda*. São Paulo, Atlas, 1996.
- . *Sistema Tributário da Constituição de 1969 (Curso de Direito Tributário, vol. I)*. São Paulo, Ed. RT, 1973.
- MORAES, Márcio André Medeiros. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, LTr, 2002.
- MORAIS, Antônio Evaristo de. *Apontamentos de Direito Operário* (1905). 4ª ed. São Paulo, LTr, 1998.
- MORI, Celso Cintra. “Pessoa Jurídica: ficção e realidade”. In KUYVEN, Luiz Fernando Martins (org.). *Estudos em Homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo, Saraiva, 2012.
- MOYIR, Joel. *The Lever of Riches: Technological Creativity and Economic Progress*. Oxford, Oxford University Press, 1992.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e Direito Societário – Poder de Controle e Grupos de Sociedades*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.
- MUSACCHIO, Aldo. *Experiments in Financial Democracy. Corporate Governance and Financial Development in Brazil, 1882-1950*. Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império*. vol. I (1897). 5ª ed. Rio de Janeiro, Topbooks, 1997.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.
- NOBRE, César Augusto Di Natale. *A Terceirização Como Planejamento Tributário*. São Paulo, Verbatim, 2011.
- NÓBREGA, Mailson da. *O Futuro Chegou: Instituições e Desenvolvimento no Brasil*. São Paulo, Globo, 2005.
- NOGUEIRA, Octaciano (org.). *Doutrina Constitucional Brasileira (Constituição de 1946)*. t. II. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

- NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- . *Understanding the Process of Economic Change*. Princeton, Princeton University Press, 2005.
- ; COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5ª ed. Porto Alegre, Bookman, 2010.
- ; WEINGAST, Barry. “Constitutions and commitments: the evolution of institutions governing public choice in seventeenth-century England”. 49 *Journal of Economic History*, 803, 1989.
- NORTON, Robert. “Unintended consequences”. In *The Concise Encyclopedia of Economics*. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/Enc/UnintendedConsequences.html>>.
- NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo, Quartier Latin, 2007.
- NUSDEO, Fábio. “O direito econômico centenário: um *vol d’oiseau* sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro”. *Revista de Direito Público da Economia* 36, 2011.
- OLIVA, Aloizio Mercadante. *As Bases do Novo Desenvolvimentismo: Análise do Governo Lula (2003-2010)*. Tese de Doutorado, Unicamp, 2010.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci; PORTO, Antonio J. M. “O consumidor brasileiro e o crédito: os prós e contras do cadastro positivo”. In WADA, Ricardo Morishita; OLIVEIRA, Fabiana Luci de (orgs.). *O Brasil e o Código de Defesa do Consumidor: 21 Anos de Vigência*. Rio de Janeiro, Campus Elsevier, 2012.
- OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. “A desordem fiscal e os caminhos para uma nova reforma tributária”. *Texto para Discussão* 1, IPEA, 1993.
- OLIVEIRA, Francisco de. “A economia brasileira: crítica à razão dualista”. *Estudos CEBRAP* 2, 1972.
- OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo, Saraiva, 1979.
- OLIVEIRA VIANNA, Francisco José de. *Direito do Trabalho e Democracia Social*. Rio de Janeiro, José Olympio, 1951.
- . *Instituições Políticas Brasileiras*. vol. 1 (1949). São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1987.
- PANTOJA, Teresa Cristina G. “Anotações sobre as pessoas jurídicas”. In TEPE-DINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- PARGENDLER, Mariana. “O direito societário em ação: análise empírica e proposições de reforma”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 59, 2013.
- . “Politics in the origins: the making of corporate law in nineteenth-century Brazil”. *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, n. 3, 2012.

- \_\_\_\_\_.; SALAMA, Bruno M. “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”. *Revista de Direito Administrativo* n. 257, Rio de Janeiro, Brasil, 2013.
- \_\_\_\_\_.; \_\_\_\_\_. “Para além do ‘empreendedorismo intelectual’: fatores de demanda na cientificização da produção jurídica”. In PORTO, Antônio José M.; SAMPAIO, Patrícia Regina P. *Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica*. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2013.
- PASQUALOTTO, Adalberto. “Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor”. *RT* 666, 1991.
- PELÁEZ, Carlos Manuel. “As consequências econômicas da ortodoxia monetária, cambial e fiscal no Brasil entre 1889 e 1945”. *Revista Brasileira de Economia* 25, 3, 1971.
- PENTEADO JR., Cássio Martins C. “A securitização de recebíveis de créditos gerados em operações dos bancos – a Resolução n. 2.493 em sua perspectiva jurídica”. *Revista de Direito Mercantil* 111, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns Aspectos da sua Evolução*. Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil* (1989). 8ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- PFEIFER, Roberto A. Castellanos. “A efetivação do instituto da inversão do ônus da prova e da imposição do dever de segurança na prestação do serviço”. In FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. *O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo, Ed. RT, 2011.
- PIERRI, Deborah. “Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil e o papel do Ministério Público”. In REIS, Selma Negrão Pereira dos. *Questões de Direito Civil e o Novo Código*. São Paulo, Imprensa Oficial, 2004.
- PIMENTA, Joaquim. *Sociologia Econômica e Jurídica do Trabalho*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. São Paulo, Campus, 2005.
- \_\_\_\_\_. “O componente judicial dos *spreads* bancários”. In *Banco Central do Brasil. Economia Bancária e Crédito: Avaliação de 4 Anos do Projeto Juros e Spread Bancário*. Brasília, DF, 2003.
- POCHMANN, Marcio. “Desigualdade e justiça tributária”. IPEA, 2008.
- \_\_\_\_\_. *O Emprego na Globalização, a Nova Divisão Internacional do Trabalho e os Caminhos que o Brasil Escolheu*. São Paulo, Boitempo, 2007.
- POLANYI, Karl. *The Great Transformation: the Political and Economic Origins of our Time*. Boston, Beacon Press, 1944.
- POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. 3ª ed. Little, Brown and Company, 1989.
- PORTO, Antonio J. M. “O Direito e a Economia do cadastro positivo”. *Revista de Direito Empresarial*, Curitiba, Juruá, n. 14, jul./dez. 2010.
- POSNER, Eric. “A análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?”. In SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *A Análise Econômica do Direito Contratual: Sucesso ou Fracasso?*. São Paulo, Saraiva, 2010.



- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 8ª ed. New York, Aspen Publishers, 2011.
- . “Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law”. Apresentado em 2001 em Viena no *Encontro Anual da Associação Europeia de Direito e Economia*. Disponível em: <<http://users.ugent.be/~bdpoorte/EALE/posner-lecture.pdf>>.
- . *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge, Harvard University Press, 2003.
- . *Para Além do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2009.
- . *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2007.
- . “The ethical and political basis of the efficiency norm in common law adjudication”. *Hofstra Law Review* 8, 1980.
- . *The Problematics of Moral and Legal Theory*. Harvard University Press, 2002.
- . “The rights of creditors of affiliated corporations”. *University of Chicago Law Review*, vol. 43, 1976.
- PRADO, Roberta Nioac. *Oferta Pública de Ações Obrigatória nas S/A – Tag Along*. São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- ; DONAGGIO, Angela Rita Franco. “Responsabilidade pessoal dos administradores e sócios por atos praticados em nome da sociedade e desconsideração da personalidade jurídica”. *Revista Direito GV* 5, 2007.
- PRADO, Roberto Barretto. *Direito do Trabalho*. São Paulo, Ed. RT, 1963.
- PREBISCH, Raul. *Transformación y Desarrollo: la Gran Tarea de América Latina: Informe Presentado al Banco Interamericano de Desarrollo*. Ciudad del México, Fondo de Cultura Económica, 1970.
- PRESSER, Stephen B. *Piercing the Corporate Veil*. § 1:3, 2010.
- PROUST, Marcel. *Em Busca do Tempo Perdido, no Caminho de Swann* (Mario Quintana, trad.). vol. I. São Paulo, Globo, 2006.
- PUGLIESE, Antonio Celso; SALAMA, Bruno Meyerhof. “A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor”. *Revista Direito GV* 7, 2008.
- PÜSCHEL, Flavia Portella. “Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil” (2005). In CUNHA, Alexandre dos Santos. *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo, Quartier Latin, 2006.
- . *Responsabilidade por Fato do Produto no CDC. Acidentes de Consumo*. São Paulo, Quartier Latin, 2006.
- . “The communicative function of civil liability: evidence from a case of impunity”, 2008. *Working Paper Direito GV* 20.
- et al. *A Quantificação do Dano Moral no Brasil: Justiça, Segurança e Eficiência*. Fundação Getúlio Vargas. Série Pensando o Direito do Ministério da Justiça, vol. 37, 2011.
- REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo, Ed. RT, 2005.

- . *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo, José Bushatsky Editor/EDUSP, 1973; 20ª ed. São Paulo, Saraiva, 1983; 25ª ed. São Paulo, Saraiva, 2000.
- . *O Direito como Experiência*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1999.
- . “Visão geral do novo Código Civil”. *RT* 752, 1998.
- REIMANN, Mathias. “Nineteenth century German legal science”. *Boston College Law Review* 31, 1990.
- RENNER, Karl. *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und Ihre Soziale Funktion* (1904), trad. it. de Cornelia Mittendorfer. *Gli Istituti del Diritto Privato e la Loro Funzione Sociale: Contributo alla Critica del Diritto Civile*. Bologna, Il Mulino, 1981.
- REQUIÃO, Rubens. “A sociedade anônima como ‘instituição’” (1976). In *Aspectos Modernos de Direito Comercial*. vol. 2. São Paulo, Saraiva, 1980.
- . “Abuso de direito e fraude através de personalidade jurídica (*disregard doctrine*)”. *RT*, São Paulo, vol. 410, n. 58, dez. 1969; e in *Aspectos Modernos de Direito Comercial*. vol. 1. São Paulo, Saraiva.
- . *Curso de Direito Comercial*. vol. 1. São Paulo, Saraiva, 2012.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BARROS, Eduardo Bastos de. “A limitação de responsabilidade como instrumento de desenvolvimento econômico e social”. In VV.AA., *Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi*. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008.
- RIBEIRO, Ricardo Silveira. “Política e Economia na jurisdição constitucional abstrata” (1999-2004). *Revista Direito GV* 8, n. 1, 2012.
- RIPERT, Georges; ROBLLOT, René. *Traité de Droit Commercial*. 19ª ed. (por Michel Germain). t. 1, vol. 2. Paris, LGDJ, 2009.
- RIPKEN, Susanna Kim. “Corporate first amendment rights after citizens united: an analysis of the popular movement to end the constitutional personhood of corporations”. 14 *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 209, 2011.
- ROCHA, Jean Paul Cabral V. da. *Capacidade Normativa de Conjuntura no Direito Econômico: o Déficit Democrático da Regulação Financeira*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2004.
- ROCK, Edward; DAVIES, Paul; KANDA, Hideki; KRAAKMAN, Reinier. “Fundamental changes”. In HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier et al. *The Anatomy of Corporate Law: a Comparative and Functional Approach*. Oxford, Oxford University Press, 2004.
- RODRIGUES JR., Waldery; MONTEIRO MELO, Giovani. “Padrão de financiamento das empresas privadas no Brasil”. IPEA, *Texto para Discussão* 653, 1999.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática da Liberdade Sindical. Direito, Política, Globalização*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- . “Segurança jurídica e estratégias legislativas: restauração x reforma”. *Working Paper Direito GV* 64, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigi.tal.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7855/Working%20paper%2064.pdf?sequence=1>>.

- RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga. “Viejas y nuevas tendencias políticocriminales en las legislaciones penales”. In GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; SANZ MULAS, Nieves. *Derecho Penal de la Democracia vs. Seguridad Pública*. Granada, Comares, 2005.
- RODRIK, Dani. *One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth*. Princeton University Press, 2008.
- ROE, Mark. *Political Determinants of Corporate Governance: Political Context, Corporate Impact*. Oxford, Oxford University Press, 2003.
- . *Strong Managers, Weak Owners: the Political Roots of American Corporate Finance*. Princeton, Princeton University Press, 1994.
- ; VASCONCELLOS, João Paulo. “O sucesso do Brasil”. *O Estado de São Paulo*, 1º.5.2012.
- ROMITA, Arion Sayão. “Aspectos do processo de execução trabalhista à luz da Lei n. 6.830”. *Revista LTr* 45, 1981.
- ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.
- ROSTOW, Walt W. *Etapas do Desenvolvimento Econômico*. Rio de Janeiro, Zahar, 1961.
- ROUBINI, Nouriel; MIHM, Stephen. *Crisis Economics. A Crash Course in the Future of Finance*. New York, Penguin, 2010.
- ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, trad. port. de Luís Greco. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- RUSSELL, Alfredo. *Curso de Direito Comercial Brasileiro*. t. I. Rio de Janeiro, Livraria Científica Brasileira, 1923.
- SACCO, Rodolfo. “Metodo del diritto civile e scontri generazionali”. In *La Civilistica Italiana Dagli Anni '50 ad Oggi tra Crisi Dogmatica e Riforme Legislative*. Padova, CEDAM, 1991.
- SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil, uma Análise de Direito & Economia*. São Paulo, Quartier Latin, 2007.
- SALACUSE, Jeswald W. “From developing countries to emerging markets: a changing role for law in the third world”. *The International Lawyer* 33, 1999.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. “A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner”. In LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua. *Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia*. São Paulo, Saraiva, 2012.
- . “Como interpretar as normas emitidas Pelo BACEN E CMN? Uma resposta a partir da evolução do modelo de Estado Brasileiro”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 46, 2009.
- . “Contingent EDIs: a new contractual framework for minimizing the risk of incentive failures”. *Working Paper Direito GV* 13, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2845>>.
- . “De que forma a Economia auxilia o profissional e o estudioso do Direito?”. *Economic Analysis of Law Review*, vol. 1, n. 1, 2010.

- \_\_\_\_\_. “Introdução”. In SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e Economia, Textos Escolhidos*. São Paulo, Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. “Menos do que o dono, mais do que o parceiro de truco: contra a desconsideração da PJ para responsabilização de procurador de sócio”. *Revista Direito GV*, 2012.
- \_\_\_\_\_. “O que é Direito e Economia?”. In RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fragmentos para um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento*. São Paulo, Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. “O que é pesquisa em Direito e Economia?”. *Caderno Direito GV*, n. 22, mar. 2008.
- \_\_\_\_\_. “Oportunidades para Bacharel em Direito são muitas”. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-17/apesar-competicao-oportunidades-bacharel-direito-sao>>.
- \_\_\_\_\_. “Recuperação judicial e trava bancária”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* n. 59, jan./mar. 2013.
- \_\_\_\_\_. “Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 50, 2010.
- \_\_\_\_\_. “Rumo a uma teorização jurídica da inovação financeira: os negócios bancários indiretos”. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, 2010.
- \_\_\_\_\_. “Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North”. In VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. *Desenvolvimento e Estado de Direito*. São Paulo, Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. “Sobre a proibição de drogas e a ideologia conservadora”. *Direito GV*. São Paulo, 2011. Disponível em: <[http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/)>.
- \_\_\_\_\_. “The art of law & macroeconomics”. *74 University of Pittsburgh Law Review*, 2013.
- \_\_\_\_\_. “The end of corporate limited liability in Brazil”, jan. 2012. Disponível em: <[http://www.law.harvard.edu/news/2012/02/06\\_salama-end-of-limited-liability-in-brazil.html](http://www.law.harvard.edu/news/2012/02/06_salama-end-of-limited-liability-in-brazil.html)>.
- \_\_\_\_\_. “The insurance function of contracts revisited”. Fundação Getúlio Vargas, *Working Papers* 2007. Disponível em: <[http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/6/](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/6/)>.
- \_\_\_\_\_. “Towards an intellectual property bargaining theory: the post-WTO era”. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 32, 2010.
- \_\_\_\_\_. “Vetores da jurisprudência na interpretação dos contratos bancários no Brasil”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 57, jul./set. 2012.
- \_\_\_\_\_.; BENOLIEL, Daniel. “Pharmaceutical patent bargains: the Brazilian experience”. *Cardozo Journal of International and Comparative Law (JICL)*, v. 18, n. 3, 2010.

- \_\_\_\_\_; PINHEIRO, Thiago Jabor. “Citizens vs. banks: institutional drivers of financial market litigiousness in Brazil”, Fundação Getúlio Vargas, *Working Papers*, 2013.
- \_\_\_\_\_; PRADO, Viviane Muller. “A flexibilização da responsabilidade societária nos direitos privado, trabalhista e tributário: uma panorâmica histórica”. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil*, vol. 6, n. 2, jan./fev. 2013.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. “Proteção ao acionista minoritário no Brasil: breve histórico, estrutura legal e evidências empíricas”. In *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*. vol. II. Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.
- \_\_\_\_\_. *O Novo Direito Societário*. 4ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.
- \_\_\_\_\_; RIBEIRO, Ivan C.; FERRÃO, Brisa L. de M. *Concentração, Estruturas e Desigualdade – As Origens Coloniais da Pobreza e da Má Distribuição de Renda*. São Paulo, IDCID, 2008.
- SAMUELS, David. *Ambition, Federalism, and Legislative Politics in Brazil*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- SANTI, Eurico M. Diniz de. “Planejamento tributário e Estado de Direito: fraude à lei, reconstruindo conceitos”. *Revista Fórum de Direito Tributário*, vol. 20, 2006.
- SANTOS, Hermelino de Oliveira. *Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo do Trabalho*. São Paulo, LTr, 2003.
- SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Manual de Direito Comercial* (1964). 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1970.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.
- SCAFF, Fernando Campos. *Direito à Saúde no Âmbito Privado. Contratos de Adesão, Planos de Saúde e Seguro-Saúde*. São Paulo, Saraiva, 2010.
- SCALISI, Vincenzo. “Complessità e sistema delle fonti di diritto privato”. *Rivista di Diritto Civile*, LV, 2, 2009.
- SCHAPIRO, Mário G. “Ativismo estatal e industrialismo defensivo: instrumentos e capacidades na política industrial brasileira”. *Working Paper* aceito para publicação como Texto para Discussão do IPEA, 2013.
- \_\_\_\_\_. “Development bank, law and innovation financing in a new Brazilian Economy”. *Law and Development Review* 3, 2010.
- \_\_\_\_\_. “Making the developmental state work: how does a mandate matter for the Brazilian development bank?” (January 17, 2012), *Working Paper*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1986850>>.
- \_\_\_\_\_. *Novos Parâmetros para a Intervenção do Estado na Economia*. São Paulo, Saraiva, 2010.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. “O desafio do planejamento tributário”. In SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Planejamento Tributário e o “Propó-*

- sito Negocial*” – *Mapeamento de Decisões do Conselho de Contribuintes de 20002 a 2008*. São Paulo, Quartier Latin, 2010.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2009.
- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1961.
- . *Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma Investigação sobre Lucros, Capital, Crédito, Juro e o Ciclo Econômico*. São Paulo, Abril Cultural, 1982.
- SCHWARTZ, Alan. “Products liability, corporate structure, and bankruptcy: toxic substances and the remote risk relationship”, 14 *J. Legal Stud.* 689-736, 1985.
- SHAPIRO, Scott J. “The ‘Hart-Dworkin’ debate: a short guide for the perplexed”. In RIPSTEIN, Arthur. *Ronald Dworkin*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2ª ed. São Paulo, Método, 2003.
- SHLEIFER, Andre. *The Failure of Judges and the Rise of Regulators*. Cambridge, The MIT Press, 2012.
- SHOUP, Carl S. *O Sistema Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas e Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda, 1965.
- SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário*. São Paulo, Quartier Latin, 2007.
- SILVA, Ana Lúcia Pinto da; YEUNG, Luciana Luk-Tai; CARVALHO, Carlos Eduardo. “A insegurança jurídica é também do devedor: seleção adversa e custo do crédito no Brasil”. In LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua. *Direito e Economia*. 30 Anos de Brasil. t. 2. São Paulo, Saraiva, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo, Ed. RT, 1968.
- SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”. *RT* 798, 2002.
- SILVA FILHO, Artur Marques da. “Responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço”. *RT* 666, 1991.
- SILVA FILHO, Osny da. “Razões econômicas ou fundamentos jurídicos? negatificação indevida, danos morais e *punitive damages*”. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, 2012.
- ; RAMOS, Luiz Felipe Rosa. *Orlando Gomes*. São Paulo, Elsevier, 2014.
- SILVA-SÁNCHEZ, Jesus Maria. *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. 2ª ed. Buenos Aires, BF, 2006.
- SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. *Governança Corporativa e Estrutura de Propriedade: Determinantes e Relação com o Desempenho das Empresas no Brasil*. São Paulo, Saint Paul Editora, 2006.

- SIMÃO, José Fernando. “Fundamentos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor”. In SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo, Saraiva, 2009.
- SINGER, Paul. “O milagre brasileiro – Causas e consequências”. *Caderno CEBRAP* 6, 1972.
- SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Castelo a Tancredo*. 13ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2003.
- SOUZA, Inglez de. *Direito Comercial (Preleções)*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1919.
- . *Direito Comercial – Preleções*. 4ª ed. Juiz de Fora, Estabelecimento Gráfico Companhia Dias Cardoso, 1926.
- . *Projeto de Código Comercial. De Acordo com o Decreto n. 2.379, de 4 de Janeiro de 1911*. vol. I. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1912.
- SOUZA, Nelson Mello e. “O planejamento econômico no Brasil: considerações críticas”. *Revista de Administração Pública* 4, 1968.
- SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. Rio de Janeiro, Edições Financeiras, 1952.
- . “Notas ao projeto de reforma do imposto de renda” (1947). In *Estudos de Direito Tributário*. São Paulo, Saraiva, 1950.
- SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/05 – Artigo por Artigo*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2007.
- STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo, Malheiros Editores, 2004.
- STONE, Christopher D. “The place of enterprise liability in the control of corporate conduct”. 90 *Yale Law Journal*, 1, 1980.
- SULLIVAN, Michael J. *et al.* “Attorneys as Gatekeepers: SEC actions against lawyers in the age of Sarbanes-Oxley”. 37 *U. Tol. L. Rev.* 877, 2006.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2012.
- SUNSTEIN, Cass R. “On the expressive function of law”. *University of Pennsylvania Law Review* 144, 1996.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2ª ed. São Paulo, LTr, 1998.
- SYKES, Alan O. “The economics of vicarious liability”. 93 *Yale Law Journal*, 1984.
- SZTAJN, Rachel. “Desconsideração da personalidade jurídica”. *Revista de Direito do Consumidor* 2, 1992.
- . “Sobre a desconsideração da personalidade jurídica”, *RT* 762, 1999.
- TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano, Giuffrè, 1990.
- TAUFICK, Roberto Domingos. “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o controle das condutas e estruturas no direito regulatório”. *Revista Jurídica* 9, 2007.

- TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. São Paulo, Max Limonad, 1956.
- \_\_\_\_\_.; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*. São Paulo, José Bushatsky, 1979.
- TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*. vol. 6. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1989.
- TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. “Notas sobre a função social do contrato”. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e o Tempo. Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- TEUBNER, Gunther. “After privatization? The many autonomies of private law”. *Current Legal Problems* 51, 1998.
- \_\_\_\_\_. “Industrial democracy through law? Social functions of law in institutional innovations”. In DAINTIH, Terence; TEUBNER, Gunther. *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*. Berlin, Gruyter, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Netzwerk als Vertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, just-in-time in Sozialwissenschaftlicher und Juristischer Sicht*, trad. para o inglês de Michelle Everson. *Networks as Connected Contracts*. Oxford, Hart Publishing, 2011.
- \_\_\_\_\_. “Piercing the contractual veil? The social responsibility of contractual networks”. In WILHELMSSON, Thomas. *Perspectives of Critical Contract Law*. Dartmouth, Ashgate, 1993.
- THALER, Richard. *Quasi-Rational Economics*. London, Sage, 1994.
- \_\_\_\_\_.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven, Yale University Press, 2008.
- THOMPSON, Robert B. “Unpacking limited liability: direct and vicarious liability of corporate participants for torts of the enterprise”. 47 *Vand. Law Review*, 1994.
- TIMM, Luciano Benetti (org.). *Manual de Direito e Economia no Brasil*. São Paulo, Atlas, 2012.
- \_\_\_\_\_. *O Novo Direito Civil. Ensaio sobre o Mercado, a Reprivatização do Direito Civil e a Privatização do Direito Público*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.
- TOMAZETTE, Marlon. “A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil”. *RT* 794, 2001.
- TÔRRES, Heleno Taveira. “Regime tributário da interposição de pessoas e da desconsideração da personalidade jurídica: os limites do art. 135, II e III, do CTN”. In TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe. *Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária*. São Paulo, Quartier Latin, 2005.



- TRONCA, Ítalo. *A Revolução de Trinta: a Dominação Oculta*. São Paulo, Brasiliense, 1982.
- TUCH, Andrew F. "Multiple gatekeepers". *Virginia Law Review* 96, 2010.
- TULLOCK, Gordon. "The welfare costs of tariffs, monopolies, and theft". *Western Economic Journal* 5, 3, 1967.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *What Should Legal Analysis Become?*. Verso, 1996.
- VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a Instabilidade Político-Institucional*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1976.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*. Rio de Janeiro, Forense, 1953.
- VARELLA, Marcelo Dias (coord.). *Responsabilidade e Socialização do Risco*. França, trad. Michel Abes. Brasília, UniCEUB, 2006.
- VARGAS, Jorge de Oliveira. "A justa distribuição do ônus da prova". In ASSIS, Araken de. *Direito Civil e Processo: Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo, Ed. RT, 2007.
- VARSANO, Ricardo. "A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas". *Texto para Discussão* 405, IPEA, 1996.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: o Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro, FGV, 1968.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo, Atlas, 2004.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial – Teoria Geral das Sociedades – As Sociedades em Espécie do Código Civil*. 2ª ed., vol. 2. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.
- . *Curso de Direito Comercial: Teoria Geral do Direito Comercial e das Atividades Empresariais Mercantis. Introdução à Teoria Geral da Concorrência e dos Bens Imateriais*. vol. I. São Paulo, Malheiros Editores, 2004.
- . "Crítica à concepção do projeto do novo Código Comercial sobre direito societário", março de 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI150848,61044-Critica+a+concepcao+do+projeto+do+novo+Codigo+Comercial+sobre+o>>.
- VIANNA, Luiz Jorge Werneck. "Sistema liberal de direito do trabalho". *Estudos CEBRAP* 8, 1974.
- VIANNA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. *A Administração do "Milagre". O Conselho Monetário Nacional. 1964-1974*. Petrópolis, Vozes, 1987.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma Leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- . "Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador". In MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2010.

- \_\_\_\_\_. “Supremocracia”. *Revista Direito GV* 8, 2008.
- VILLAÇA, Maria José. *A Força de Trabalho no Brasil*. São Paulo, Pioneira, 1967.
- VILLELA, Annibal Villanova; SUZIGAN, Wilson. “The Collor Plan and the industrial and foreign trade policy”. In *Industrial Policy in Brazil*. Campinas, Editora Unicamp, 1997.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Política do Governo e Crescimento da Economia Brasileira 1889-1945* (1973). 3ª ed. Brasília, IPEA, 2001.
- \_\_\_\_\_. *et al. Aspectos do Crescimento da Economia Brasileira 1889-1969*. vol. I. Rio de Janeiro, FGV, 1971.
- VILLELA, João Baptista. “Apontamentos sobre a cláusula ‘...ou devia saber’”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 97, 2008.
- VILLEY, Michel. “Esquisse historique sur le mot responsable” (1977), trad. port. de André Rodrigues Corrêa. “Esboço histórico sobre o termo responsável”. *Revista Direito GV* 1, 2005.
- WALD, Arnoldo. “Do cruzeiro ao real (sem ferir a Constituição)”. In *O Novo Direito Monetário. Os Planos Econômicos, os Contratos, o FGTS e a Justiça* (1996). 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- \_\_\_\_\_. “O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras”. *RT* 666, 1991.
- \_\_\_\_\_. “Um novo Código Comercial”. In KUYVEN, Luiz Fernando Martins (org.). *Temas Essenciais de Direito Empresarial – Estudos em Homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo, Saraiva, 2012.
- WARDE JR., Walfrido J. *Responsabilidade dos Sócios: a Crise da Limitação e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.
- WATSON, Alan. *The Evolution of Law*. Baltimore, Johns Hopkins University, 1985.
- \_\_\_\_\_. *The Evolution of Western Private Law*. Baltimore, Johns Hopkins University, 2001.
- WEINSTEIN, Mark I. “Limited liability in California 1928-31: it’s the lawyers”. *American Law & Economics Review* 7, 2005.
- \_\_\_\_\_. “Share price changes and the arrival of limited liability in California”. *Journal of Legal Studies* 32, 2003.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter Besonderer Berücksichtigung der Deutschen Entwicklung* (1952), trad. port. (da 2ª ed., 1967) de António Manuel Botelho Hespanha. *História do Direito Privado Moderno* (1980). 3ª ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2004.
- WILLIAMSON, Oliver. “Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives”. *Administrative Science Quarterly* 36, 1991.

- . *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. New York, Free Press, 1975.
- . “The economics of organization: the transaction cost approach”. *American Journal of Sociology* 87, 3, 1981.
- WIRTH, John D. *The Politics of Brazilian Development, 1930-1954*. Stanford, Stanford University Press, 1970.
- WOLFE, Joel. “Anarchist ideology, worker practice: the 1917 General Strike and the formation of São Paulo’s working class”. *The Hispanic American Historical Review* 71, 4, 1991.
- YAMASHITA, Douglas. *Elisão e Evasão de Tributos: Limites à Luz do Abuso do Direito e da Fraude à Lei*. São Paulo, Lex Editora, 2005.
- YAZBEK, Otavio. “O regime das participações societárias recíprocas e as sociedades por quotas de responsabilidade limitada”. *Revista de Direito Mercantil*, 109/54, 1988.
- . *Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2007.
- ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito Contratual Contemporâneo – A Liberdade Contratual e sua Fragmentação*. São Paulo, Método, 2008.
- ZANITELLI, Leandro Martins. “Responsabilidade civil objetiva no Brasil: uma crítica às explicações habituais”. *Revista Trimestral de Direito Civil* 20, 2004.
- ZUGMAN, Daniel; CAUMO, Renato. “Propósito negocial é teoria importada pela metade”. *Working Paper*, Núcleo de Estudos Fiscais da Escola de Direito de São Paulo (NEF), 2013.
- ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

***Notícias e artigos em jornal e outros periódicos***

*Agência SEBRAE de Notícias*, Mariana Flores, “Micro e pequenas empresas alavancam contratação”, 4.5.2012.

*Columbia Law School Blog Blue Sky*, Bruno Meyerhof Salama e Osny da Silva Filho, “Elasticity, incompleteness, and constitutive rules”, 30.7.2013.

*Estado de Minas*, João Baptista Villela, “Um projeto e muitos equívocos”, 13.12.1997.

*Folha de S.Paulo*, Roberto Mangabeira Unger, “Suécia tropical”, 30.8.2005.

*Folha Online*, Caio Maia, “Mantega repete Delfim e diz que é preciso crescer para depois distribuir”, 26.1.2004.

*Migalhas Online*, diversos autores, “Manifesto: pela rejeição do Projeto de Código Comercial – PL 1.572/11”, 15.5.2013.

*O Estado de São Paulo*, Alexandre Bertoldi, “Quando coragem é fundamental”, 8.11.2010.

*O Estado de São Paulo*, Raul Velloso, “O risco do tiro no pé”, 11.7.2013.

*The Economist*, “A special report on offshore finance”, 24.2.2007.

*Veja*, “O presidente dispara sua bomba”, 1.122, 21.3.1990.

*Veja*, “Universo em expansão”, 132, 17.3.1971.

*Valor Econômico*, “Bacen-Jud atinge executivo do BNDES”, 22.8.2006.

*Valor Econômico*, Caderno Legislação e Tributos, E1, 14.12.2011.

*Valor Econômico*, Cláudio Balduino Maciel, “A cultura do ritualismo no Judiciário”, E-1, 31.10.2002.

*Valor Econômico*, Eurico M. Diniz de Santi, “O Novo Imposto sobre Planejamento Tributário”, E2, 4.9.2009.

*Valor Econômico*, Guilherme Cezaroti, “Cobrança de débito tributário de sócio”, E2, 12.3.2012.

*Valor Econômico*, Delfim Netto, “O fundamento fiscal”, 22.2.2011.

*Valor Econômico*, Delfim Netto, “Políticas públicas”, 12.6.2011.

## ÍNDICE ONOMÁSTICO

### A

A. Mitchell Polinsky, 461  
Achille Donato Giannini, 116  
Adalberto Pasqualotto, 35, 210, 323  
Adilson Marques Gennari, 281  
Adolfo Gordo, 80  
Affonso Almiro, 105  
Alan O. Sykes, 478  
Alan R. Bromberg, 491  
Alan Schwartz, 42  
Alan Watson, 265  
Albert Fishlow, 230  
Alberto Venâncio Filho, 88  
Alcides de Mendonça Lima, 143  
Alcides Jorge Costa, 100  
Aldo Musacchio, 72, 170, 285, 323  
Alessandro Hirata, 171, 251  
Alexandre Alberto Teodoro da Silva, 131  
Alexandre Bertoldi, 390  
Alexandre dos Santos Cunha, 67  
Alexandre Di Miceli da Silveira, 466  
Alexandre Krug, 245  
Alexandre Moraes da Rosa, 41  
Alexandre Santos de Aragão, 214  
Alfredo Augusto Becker, 116, 138  
Alfredo Lamy Filho, 248, 251  
Alfredo Russell, 69  
Alfredo Sérgio Lazzareschi Neto, 253  
Alice Monteiro de Barros, 90  
Aliomar Baleeiro, 101  
Almeida Sobrinho, 106  
Aloísio Araújo, 126, 127, 422  
Aloizio Mercadante Oliva, 280  
Alvaro M. Ribeiro da Costa, 105  
Alvino Lima, 218  
Amauri Mascaro Nascimento, 81  
Amílcar de Araújo Falcão, 76  
Ana Caroline Santos Ceolin, 200, 206, 412  
Ana Frazão, 58, 64, 362, 374, 419  
Ana Lúcia Pinto da Silva, 285, 482

Anderson Schreiber, 218, 361  
André Luís Callegari, 218  
André Rodrigues Corrêa, 171, 220, 251, 356, 359  
Andrei Shleifer, 280, 313  
Andrew F. Tuch, 365  
Angela Rita Franco Donaggio, 202  
Anjali Kumar, 284  
Ann E. Tenbrunzel, 309  
Annibal Villanova Villela, 74, 75, 88, 89, 98, 102, 227  
Antonio Celso Pugliese, 328  
Antônio Evaristo de Moraes, 81, 82  
Antonio Herman de V. Benajmin, 205, 206, 462  
Antonio J. M. Porto, 45, 285  
Antônio Junqueira de Azevedo, 219  
Antônio Manuel Botelho Hespanha, 65, 247  
Antônio Menezes Cordeiro, 32, 65, 66, 68  
Antonio Sampaio Doria, 81, 82  
Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, 431  
Araken de Assis, 374  
Argelina Cheibub Figueiredo, 168  
Arion Sayão Romita, 157  
Armando Castelar Pinheiro, 40, 332, 481, 482  
Armando Luiz Rovai, 253  
Armen Alchian, 329  
Arnaldo Lopes Süsskind, 94  
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, 118  
Arnaldo Süsskind, 431  
Arnoldo Wald, 210, 228, 253  
Arthur Machen, 68  
Arthur Ripstein, 380  
Artur Marques da Silva Filho, 210  
Ary Oswaldo Mattos Filho, 277  
Augusto Teixeira de Freitas, 69

### B

Barry Weingast, 282

Benedito Ferreira, 74, 99  
 Benito Mussolini, 385  
 Bernard E. Harcourt, 492  
 Bernardo Ribeiro de Moraes, 74, 105, 107, 108, 113-115, 118  
 Betty Mindlin Lafer, 89  
 Boris Fausto, 75, 79-81, 97  
 Brisa L. de M. Ferrão, 434  
 Bruce A. Ackerman, 235  
 Bruno Meyerhof Salama, 40-42, 45, 48, 89, 119, 146, 163, 171, 189, 198, 199, 233, 234, 250, 251, 253, 255, 258, 260, 277, 281, 285, 291, 302, 304, 306, 311, 328, 329, 332, 335, 378, 418, 419, 420, 422, 433, 440, 461, 465, 478, 481, 482, 497, 504, 505,  
 Bruno Miragem, 205, 206, 462

## C

Cafê Filho, 105  
 Caio Mário da Silva Pereira, 35, 157, 210  
 Calixto Salomão Filho, 29, 36, 64, 68, 70, 140, 198, 249, 253, 354, 386, 387, 419, 421, 422, 434, 459, 460, 463, 464, 485, 489, 490  
 Camila Duran-Ferreira, 227, 228  
 Candice Premaor Gullo, 379  
 Cândido Mota Filho, 140  
 Carl S. Shoup, 108, 115  
 Carla Faralli, 350, 379  
 Carlos Ari Sundfeld, 38, 162  
 Carlos Ayres Britto, 231  
 Carlos de Carvalho, 69  
 Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa, 378  
 Carlos Eduardo Carvalho, 227, 285, 482  
 Carlos Guilherme Mota, 227, 234  
 Carlos Henrique Bezerra Leite, 196  
 Carlos Higinio Ribeiro de Alencar, 217  
 Carlos Luz, 105  
 Carlos Manuel Pelaez, 74  
 Carvalho Netto, 81  
 Cass R. Sunstein, 289, 309  
 Cássio Machado Cavalli, 64, 70, 257, 470  
 Cássio Martins C. Penteado Jr., 352  
 Castelo Branco, 137  
 Celso Cintra Mori, 268  
 Celso Furtado, 224, 225  
 César Augusto Di Natale Nobre, 191  
 Cesare Vivante, 354  
 Cezar Peluso, 376  
 Christine Courtis, 33, 246  
 Christine Jolls, 289, 309  
 Christine Windbichler, 66  
 Christopher D. Stone, 42

Claudia Lima Marques, 203, 205, 206, 209, 462  
 Cláudio Balduino Maciel, 377  
 Cláudio Pereira de Souza Neto, 381  
 Claus Roxin, 218  
 Clóvis Beviláqua, 61  
 Colin F. Camerer, 312  
 Conrado Hubner Mendes, 378  
 Cornelia Mittendorfer, 385  
 Cristiano de Souza Zanetti, 206  
 Curtis J. Milhaupt, 117, 265  
 Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, 382

## D

Dalmo de Abreu Dallari, 260  
 Dani Rodrik, 265  
 Daniel Benoliel, 281, 424  
 Daniel Fischel, 272, 294  
 Daniel Kahneman, 289, 309  
 Daniel Sarmento, 381  
 Daniel Zugman, 183  
 Danilo Borges dos Santos Gomes de Araujo, 264, 315  
 Daron Acemoglu, 281  
 David Colander, 54  
 David M. DeJoy, 312  
 David M. Messick, 309  
 David Owen, 362  
 David Samuels, 168  
 Deborah Kirschbaum, 284  
 Deborah Pierri, 203  
 Decio Zylbersztajn, 40  
 Delfim Netto, 233  
 Diego López Medina, 68  
 Dimitri Dimoulis, 281, 433, 504  
 Diogo Leite de Campos, 352  
 Diva Carvalho de Aquino, 161  
 Douglas Yamashita, 488  
 Douglass North, 281, 282, 433, 504  
 Duncan Kennedy, 259

## E

Edgard S. De Decca, 97  
 Edite Sciulli, 225  
 Edson Gottschalk, 93  
 Eduardo Bastos de Barros, 264  
 Eduardo Caminati Anders, 215  
 Eduardo Lundberg, 126, 127, 422  
 Eduardo Secchi Munhoz, 27, 36, 249, 272, 412, 419, 463  
 Edward B. Rock, 466  
 Edward J. Amadeo, 190, 191  
 Edward L. Glaeser, 280

Edwin M. Dodd, 338, 339  
 Egberto Lacerda Teixeira, 60, 251  
 Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, 200  
 Ellen Gracie, 177  
 Elói Chaves, 81  
 Ely José de Mattos, 377  
 Emerson Ribeiro Fabiani, 217, 220  
 Erasmo Valladão Azevedo Novaes França, 253, 458  
 Eric J. Hobsbawm, 79  
 Eric Posner, 42  
 Érica Gorga, 250, 277, 468  
 Ermane Fidélis dos Santos, 196  
 Ernesto Geisel, 138  
 Eros Roberto Grau, 223, 249, 342, 507  
 Eugênio Battesini, 332  
 Eurico Gaspar Dutra, 167, 225  
 Eurico M. Diniz de Santi, 183, 353  
 Evandro Lins e Silva, 140

**F**

Fabiana Luci de Oliveira, 285  
 Fabiano Jantalia, 197  
 Fábio Konder Comparato, 29, 44, 68, 140, 149, 150, 160, 206, 212, 249, 254, 354, 386, 387, 419, 421, 422, 446, 459, 460, 463, 464, 485, 489, 490, 493  
 Fábio Lucas, 229  
 Fábio Nusdeo, 254  
 Fabio Siebeneichler de Andrade, 35, 323  
 Fábio Ulhoa Coelho, 59, 253, 264, 412, 431, 458  
 Fabrício Augusto de Oliveira, 165  
 Fátima Nancy Andriighi, 196, 201  
 Fernando Araújo, 321, 399, 413  
 Fernando Campos Scaff, 382  
 Fernando Collor, 227  
 Fernando de Magalhães Papaterra Limongi, 168  
 Fernando Henrique Cardoso, 394  
 Fernando Pessoa Jorge, 218  
 Fernando Scaff, 252  
 Fernando Schwarz Gaggini, 130, 267, 272, 317, 352, 387, 416  
 Flavia Portella Püschel, 171, 251, 359, 438, 439  
 Flávio Galdino, 43  
 Florencio Lopez-de-Silanes, 280  
 Floriano P.de Azevedo Marques Neto, 252  
 Fran Martins, 59, 65, 132  
 Francisco Alexandre, 81  
 Francisco Anuatti Neto, 189

Francisco C. Pontes de Miranda, 60, 229, 247, 441, 444  
 Francisco Campos, 95  
 Francisco de Oliveira, 97  
 Francisco Dornelles, 369  
 Francisco Iglésias, 77  
 Francisco José de Oliveira Vianna, 78, 90, 92, 95, 96  
 Francisco Satiro de Souza Júnior, 430, 431  
 Frank Easterbrook, 272, 294  
 Franklin D. Roosevelt, 98  
 Franz Wieacker, 71, 247, 249  
 Frederico Viana Rodrigues, 63  
 Friedrich A. Hayek, 221  
 Friedrich Carl von Savigny, 69-71

**G**

George Akerlof, 332  
 George W. Dent Jr, 42  
 Georges Ripert, 61, 66  
 Gerald Hertig, 466  
 Geraldo Ataliba, 116  
 Gérson Augusto da Silva, 105, 114  
 Gerson Luiz Carlos Branco, 383  
 Getulio Vargas, 25, 73, 76, 85, 88, 96, 97-99, 105, 110, 224  
 Gilberto Bercovici, 252  
 Gilberto de Ulhoa Canto, 112, 114, 123, 132  
 Gilberto Freyre, 79, 229  
 Gilmar Ferreira Mendes, 233  
 Giovani Monteiro Melo, 284  
 Gordon Tullock, 230  
 Götz Hueck, 66  
 Guido Calabresi, 40, 419  
 Guido Mantega, 281  
 Guilherme Cezaroti, 186  
 Günther Jakobs, 218  
 Gunther Teubner, 247, 255, 342, 351  
 Gustavo Binenbojm, 381  
 Gustavo Franco, 89  
 Gustavo Tepedino, 202, 204, 231, 254, 362, 374, 419

**H**

Ha-Joon Chang, 265  
 Hans-Berndt Schaefer, 276, 289  
 Hans Jonas, 220  
 Hans Kelsen, 235, 506, 507, 508  
 Harold Demsetz, 329  
 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, 36, 64, 130, 253, 458, 470  
 Heleno Taveira Tórres, 187, 412, 446  
 Helga A. Ferraz de Alvarenga, 253

Heloísa de Souza Martins, 193  
 Heloísa Estellita, 217  
 Henrique Lott, 105  
 Henry G. Manne, 42  
 Henry Hansmann, 43, 250, 466, 468, 470, 471  
 Herbert A. Simon, 333  
 Herbert Felix Jolowicz, 69  
 Herbert Hart, 380  
 Herculano Marcos Inglez de Souza, 61, 62, 69  
 Hermelino de Oliveira Santos, 428  
 Hermes Lima, 140  
 Hideki Kanda, 265, 466  
 Horácio Lafer, 104  
 Howard Kunreuther, 312  
 Hugo de Brito Machado, 122, 133  
 Hugo de Brito Machado Segundo, 133  
 Humberto Ávila, 381

# I

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, 220  
 Ignacy Sachs, 86  
 Indermit S. Gill, 190, 191  
 Isaac Kerstenetzky, 75, 88, 89, 98, 102  
 Isaiah Berlin, 233  
 Ítalo Tronca, 97  
 Itamar Franco, 227  
 Ivan C. Ribeiro, 434  
 Ives Gandra da Silva Martins, 113, 132  
 Ivo T. Gico Jr., 217, 304

# J

Jairo Saddi, 40, 285, 332, 481, 482  
 James A. Robinson, 281  
 James Gordley, 362, 402, 413, 418, 438  
 James S. Henry, 353  
 Jean Paul Cabral V. da Rocha, 214  
 Jequitinhonha, 59  
 Jesus Maria Silva-Sánchez, 371  
 Jeswald W. Salacuse, 228  
 João Baptista Machado, 506  
 João Baptista Villela, 206, 221  
 João Batista Lopes, 376  
 João Carlos Scandiuzzi, 191  
 João de Lima Teixeira Filho, 155, 156  
 João Goulart, 106, 110, 225  
 João Orestes Dalazen, 190  
 João Pereira Monteiro, 69  
 João Paulo Vasconcellos, 48  
 Joaquim A. Barreto Nabuco de Araújo, 59, 60  
 Joaquim Luis Osório, 62  
 Joaquim Pimenta, 78

Jody Freeman, 252  
 Joel Wolfe, 80  
 Johann Sebastian Bach, 347  
 John C. Coffee Jr., 364  
 John Conlisk, 309  
 John D. Wirth, 101  
 John R. Commons, 328  
 Jonathan M. Landers, 485  
 Jorge de Oliveira Vargas, 374  
 Jorge Gustavo da Costa, 89  
 Jorge Lobo, 253  
 Jorge Wilhelm, 86  
 José Affonso Dallegrave Neto, 198  
 José Afonso da Silva, 229  
 José Alexandre Tavares Guerreiro, 251  
 José Augusto Delgado, 186  
 José Augusto Quelhas Lima Engrácia Antunes, 67  
 José Augusto Rodrigues Pinto, 93  
 José Carlos Moreira Alves, 348  
 José de Aguiar Dias, 360  
 José Eduardo C. de O. Faria, 171, 190, 211  
 José Fernando Simão, 439  
 José Lamartine Corrêa de Oliveira, 29, 30, 45, 70, 148-150, 212  
 José Luiz Bulhões Pedreira, 251  
 José Manuel Aroso Linhares, 41  
 José Manoel de Arruda Alvim Netto, 361, 419  
 José Murilo de Carvalho, 79, 81  
 José Reinaldo de Lima Lopes, 33, 40, 41, 43, 64, 190, 205, 211, 246-248, 257, 266, 504  
 José Ricardo Ramalho, 193  
 José Rodrigo Rodriguez, 92, 98, 171, 251, 378, 505  
 José Thomaz Nabuco de Araújo, 59-61  
 José Xavier Carvalho de Mendonça, 60, 63, 69, 87  
 José Waldecy Lucena, 59, 60-62, 66  
 Joseph A. Schumpeter, 279  
 Judith Martins-Costa, 204, 231, 383, 444, 445  
 Júlio de Castilhos, 76  
 Juscelino Kubitschek, 105, 225

# K

Karl Engisch, 506  
 Karl Jaspers, 503  
 Karl Polanyi, 265  
 Karl Renner, 385  
 Katharina Pistor, 117, 265  
 Kenneth Arrow, 328, 332, 461  
 Kenneth S. Abraham, 481  
 Kevin Davis, 282  
 Kimberly A. Wade-Benzoni, 309  
 Klaus J. Hopt, 466



**L**

Laura Zuñiga Rodríguez, 220  
 Lawrence Lessig, 326  
 Leandro Martins Zanitelli, 439  
 Leonor Cordovil, 215  
 Lewis D. Lowenfels, 491  
 Lindolfo Collor, 91  
 Luca Buttarò, 70  
 Lucas Alves Freire, 319  
 Lucas Petri Bernardes, 480  
 Luciana Gross Cunha, 348  
 Luciana Luk-Tai Yeung, 285, 482  
 Luciano Amaro, 443  
 Luciano Benetti Timm, 40, 189, 205, 239, 252, 253, 262, 377, 383  
 Luciano G. Coutinho, 169  
 Luís Carlos Borges, 508  
 Luís Eduardo Schoueri, 488  
 Luis Gallotti, 154  
 Luís Greco, 218  
 Luís Roberto Barroso, 378  
 Luiz Alberto Moniz Bandeira, 140  
 Luiz Barros Montez, 220  
 Luiz Carlos Bresser-Pereira, 86, 214, 226  
 Luiz Edson Fachin, 204, 231, 254  
 Luiz Felipe R. Ramos, 207  
 Luiz Fernando Figueiredo, 422  
 Luiz Fernando Martins Kuyven, 253, 268  
 Luiz Fernando Valente Paiva, 126, 127, 161, 422  
 Luiz Fux, 378  
 Luiz Inácio Lula da Silva, 227  
 Luiz Jorge Werneck Vianna, 96  
 Luiz Simões Lopes, 114  
 Lynn M. LoPucki, 350

**M**

Mailson da Nóbrega, 188, 230, 281  
 Máira Rocha Machado, 217  
 Manuel de C. Paes de Andrade, 166  
 Manuel Ferraz de Campos Sales, 100  
 Manuela Francisco, 284  
 Marçal Justen Filho, 139, 145  
 Marcel Proust, 22  
 Marcelo C. Neri, 190, 191  
 Marcelo de Paiva Abreu, 75, 76  
 Marcelo Dias Varella, 220  
 Marcelo Guerra Martins, 170  
 Marcelo Junqueira Calixto, 236  
 Marcelo M. Bertoldi, 463, 464  
 Marcelo Magalhães, 369  
 Marcelo Vieira von Adamek, 458  
 Marcia Carla Pereira Ribeiro, 264, 463, 464  
 Márcio André Medeiros Moraes, 207

Marcio Pochmann, 169, 192  
 Márcio Tadeu Guimarães Nunes, 26, 158, 194, 394  
 Marco Aurélio Greco, 116, 140, 186, 238, 354, 364, 488, 496, 499  
 Marcos Cintra, 167  
 Maria José Santos, 89  
 Maria José Villalça, 79  
 Maria Lúcia L. M. Padua Lima, 41, 106, 226-228, 264, 277, 284, 285, 304, 306, 315, 482, 504, 505  
 Maria Lúcia Teixeira Werneck Vianna, 226  
 Mariana Flores, 392  
 Mariana Pargendler, 30, 45, 73, 234, 249, 250, 258, 277, 323, 418, 468  
 Mariângela Guerreiro Milhoranza, 196  
 Marijane Lisboa, 220  
 Marina L. Teixeira Viriato de Medeiros, 79  
 Mário Diney Corrêa Bittencourt, 202  
 Mário Gomes Schapiro, 169, 278  
 Mário Henrique Simonsen, 114, 280  
 Mario Talamanca, 348  
 Mark Granovetter, 265  
 Mark I. Weinstein, 337  
 Mark Pauly, 332  
 Mark Roe, 10, 48, 51  
 Marlon Tomazette, 237  
 Marta Rodríguez de Assis Machado, 217, 219, 220, 221, 355, 371, 372  
 Martha T. McCluskey, 266  
 Mary Elbe Queiroz, 187, 412, 446  
 Mathias Reimann, 71  
 Maurice Hauriou, 69  
 Maurício Godinho Delgado, 78, 79, 193, 194  
 Max H. Bazerman, 309  
 Michael C. Jensen, 329, 466  
 Michael J. Sullivan, 491  
 Michael Trebilcock, 42, 282  
 Michel Germain, 66  
 Michel Villey, 220, 356  
 Michelle Everson, 351  
 Miguel Bajo Fernández, 219  
 Miguel Calmon du Pin, 106  
 Miguel Reale, 27, 201, 247, 248, 343, 383  
 Mônica Herman Salem Caggiano, 210  
 Montesquieu, 260

**N**

Natalino Irti, 246  
 Natasha S. C. Salinas, 234  
 Nelson Aguiar Jr., 216, 365  
 Nelson Boeira, 262, 380  
 Nelson Eizirik, 253  
 Nelson Mello e Souza, 89

Nereu Ramos, 105  
 Ney José de Freitas, 198  
 Nieves Sanz Mulas, 220  
 Nouriel Roubini, 135

## O

Octaciano Nogueira, 229  
 Octavio Bueno Magano, 94  
 Octávio Gouvêa de Bulhões, 106  
 Octávio Ianni, 89  
 Oliver Williamson, 329, 331-333, 351  
 Orlando Gomes, 93, 206, 210  
 Oscar Barreto Filho, 250  
 Oscar Vilhena Vieira, 162, 234, 235, 281, 433, 504  
 Osny da Silva Filho, 207, 219, 335, 439  
 Osvaldo Trigueiro do Vale, 140  
 Otávio Augusto Reis de Souza, 93  
 Otávio Bulhões, 105  
 Otavio Yazbek, 257, 286, 407  
 Otto von Gierke, 69-71

## P

Patrícia Regina P. Sampaio, 45  
 Paul Davies, 466  
 Paul Halpern, 31  
 Paul Singer, 136  
 Paula Andrea Forgioni, 63, 72, 250  
 Paulo Bonavides, 86, 159, 166  
 Paulo Caliendo, 35, 323  
 Paulo de Barros Carvalho, 116, 445, 447  
 Paulo Gustavo Gonet Branco, 233  
 Paulo Sérgio Pinheiro, 86  
 Paulo Todescan Lessa Mattos, 214  
 Pedro Anan Jr., 369  
 Pedro Fachada, 422  
 Pedro Pereira Soares Júnior, 105  
 Pedro Rubim Borges Fortes, 318  
 Pérsio Arida, 43  
 Peter Evans, 265  
 Peter Spink, 214  
 Peter Z. Grossman, 338  
 Phillip I. Blumberg, 42  
 Pier Giuseppe Monateri, 402  
 Pierre Blackburn, 241

## R

Rachel Sztajn, 40, 209, 253, 412  
 Rafael Bicca Machado, 377  
 Rafael La Porta, 280  
 Raul Prebisch, 224  
 Raul Velloso, 166  
 Raymundo Faoro, 57  
 Regina Beatriz Tavares da Silva, 439

Regina Helena Costa, 134  
 Rego Monteiro, 72  
 Reinier H. Kraakman, 43, 363, 364, 466, 470, 471  
 Ramez Tebet, 431  
 Renaldo Antonio Gonçalves, 103, 113  
 Renan Lotufo, 231  
 Renata Mandelbaum, 382  
 Renato Caumo, 183  
 René Roblot, 61, 66  
 Ricardo Lodi, 116  
 Ricardo Luis Lorenzetti, 262  
 Ricardo Morishita Wada, 285  
 Ricardo Silveira Ribeiro, 234  
 Ricardo Varsano, 75, 77, 100-102, 104, 108, 112, 113, 137, 138, 144, 167  
 Riccardo Guastini, 373  
 Richard A. Posner, 40, 45, 294, 304, 412, 486, 506  
 Richard Dreier, 379  
 Richard H. Thaler, 289, 309  
 Robert Alexy, 38, 261, 379-381  
 Robert B. Thompson, 481  
 Robert Cooter, 273, 279  
 Robert Fogel, 504  
 Robert K. Merton, 389  
 Robert Norton, 389  
 Roberta Nioac Prado, 202, 277  
 Roberto A. Castellanos Pfeifer, 374  
 Roberto Barretto Prado, 97  
 Roberto de Oliveira Campos, 105, 230, 280  
 Roberto Domingos Taufick, 215  
 Roberto F. de Vasconcellos, 167  
 Roberto Mangabeira Unger, 44, 163  
 Rodolfo Sacco, 33, 398  
 Rodrigo Bandeira de Mello, 170, 285  
 Rodrigo Pironte Aguirre de Castro, 29  
 Rodrigo Xavier Leonardo, 29  
 Romeu Gibson, 105  
 Ron Harris, 71  
 Ronald Coase, 40, 311, 327, 328  
 Ronald Dworkin, 262, 304, 380, 508  
 Ronald J. Gilson, 250, 468  
 Rosângela Lunardelli Cavallazzi, 203  
 Rosilene Marcon, 170, 285  
 Rubens Gomes de Souza, 101, 105, 114, 123, 126, 132  
 Rubens Requião, 29, 32, 149, 150, 212, 458  
 Rui Barbosa, 77  
 Ruy Jungmann, 279

## S

Samuel Rodrigues Barbosa, 378  
 Scott J. Shapiro, 380

Sebastião Santana e Silva, 114  
 Selma Negrão Pereira dos Reis, 203  
 Sérgio André Rocha, 116  
 Sérgio G. Lazzarini, 170, 189, 285  
 Sérgio H. Abranches, 168  
 Sérgio Ramos da Silva, 89  
 Sérgio Salomão Shecaira, 220  
 Silvina Bacigalupo Saggese, 219  
 Silvio de Salvo Venosa, 256  
 Stephen B. Presser, 338  
 Stephen M. Bainbridge, 470  
 Stephen Mihm, 135  
 Steven N. S. Cheung, 329  
 Stuart Turnbull, 42  
 Sung Hui Kim, 364, 365  
 Susanna Kim Ripken, 267  
 Sylvio Marcondes Machado, 60, 130

**T**

Tarcísio Costa, 227  
 Tercio Sampaio Ferraz Jr., 247, 379  
 Terence Daintih, 255  
 Teresa Ancona Lopez, 480  
 Teresa Cristina G. Pantoja, 202  
 Theophilo de Azeredo Santos, 69  
 Thiago Jabor Pinheiro, 285  
 Thiago Ramos Barbosa, 80  
 Thomas Skidmore, 118, 136  
 Thomas Wilhelmsson, 342  
 Trajano de Miranda Valverde, 69  
 Tullio Ascarelli, 219

**U**

Ulrich Beck, 220, 221, 343  
 Ulysses Guimarães, 162, 164, 227

**V**

Valdir de Oliveira Rocha, 133  
 Valentin Carrion, 157  
 Valéria Pero, 191  
 Vera Helena de Mello Franco, 65  
 Véra Maria Jacob de Fradera, 461  
 Vicente Bagnoli, 215  
 Victor Nunes Leal, 76, 140  
 Vilfredo Pareto, 304-306  
 Vinicius José Marques Gontijo, 63  
 Vinicius Marques de Carvalho, 215  
 Virgílio Afonso da Silva, 38, 261, 380  
 Viviane Muller Prado, 48, 146, 250, 251, 277, 465

**W**

Waldemar Martins Ferreira, 60, 72  
 Waldery Rodrigues Júnior, 284  
 Walfrido Jorge Warde Júnior, 200, 463  
 Walt W. Rostow, 280,  
 Werner Baer, 75, 88, 89, 98, 102, 225, 226  
 Willi Apel, 347  
 William H. Meckling, 329, 466  
 William J. Carney, 272  
 Wilson de Souza Campos Batalha, 153  
 Wilson Steinmetz, 381  
 Wilson Suzigan, 74, 75, 88, 89, 227  
 Winston Frisch, 75, 76

**Y**

Yochai Benkler, 327

**Z**

Zínio Baeta, 349

\* \* \*