

## **Tutela Diferenciada**

### **1. A desconsideração da personalidade jurídica no Projeto do novo Código Comercial: contextualização e perspectivas**

---

#### **Disregard for the legal entity in the new Bill of the Commercial Code: contextualization and perspectives**

**LEONARDO ALBUQUERQUE MARQUES**

*Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Doutorando em Direito pela PUC-SP. Professor da pós-graduação lato sensu do Centro Universitário do Maranhão - Uniceuma. Advogado da União.*

**BRUNO DANTAS**

*Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Ex-Conselheiro do CNJ. Ex-Conselheiro do CNMP. Ex-Consultor Geral do Senado Federal. Ministro do TCU.*

**ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRE**

*Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor das pós-graduações em Direito Processual Civil da PUC-Rio, Escola Paulista de Direito - EPD, OAB-SP. Professor da Universidade Ceuma e da UFMA. Membro do IBDP, e do Núcleo de Pesquisa em Direito Processual Civil da PUC-SP. Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal.*

#### **Sumário:**

1. Introdução
2. Inovação, desenvolvimento e instituições
3. Panorama normativo da desconsideração da personalidade jurídica no projeto do novo CPC e no projeto do Código Comercial
  - 3.1 A emenda modificativa 29/2012
4. Propostas para o projeto do Código Comercial
  - 4.1 Sobre os efeitos das decisões que acolham os pedidos de desconsideração
  - 4.2 Sobre o que a desconsideração da personalidade jurídica não é
  - 4.3 A desconsideração e o disclosure
5. Conclusões
6. Referências

## Área do Direito: Civil

### Resumo:

A desconsideração da personalidade jurídica constitui-se em tema recorrente na discussão jurídica desde a segunda metade do século passado. O projeto do Código Comercial também procura dar novo contorno jurídico ao tema. O presente trabalho procura tratar da desconsideração da personalidade com base nas premissas de que o Brasil necessita mudar a maneira pela qual vem lidando culturalmente com contratos e com direitos de propriedade e de que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica é um dos pontos que devem ser abordados nessa mudança. Para tanto, o trabalho terá o seguinte desenvolvimento: (1) num primeiro momento, serão feitas considerações sobre a necessidade de o Brasil mudar a maneira pela qual encara contratos e direitos de propriedade (com ênfase do papel da ideologia neste particular); (2) em seguida, será feita uma exposição do cenário projetado para o Código Comercial em combinação com o projetado para o Código Civil; (3) serão analisados os aspectos do desenho institucional da desconsideração da personalidade jurídica que merecem atenção no projeto do Código Comercial, dentro da teleologia esboçada no primeiro momento. Ao fim, serão apresentadas as conclusões.

### Abstract:

The piercing the corporate veil doctrine is a recurrent theme in the legal discussion since the second half of the last century in Brazil. The Brazilian Commercial Code proposition also seeks to give the issue a new legal design. This paper seeks to address the disregard doctrine based on the assumptions that Brazil needs to change the way in which it has been dealing with contracts and property rights culturally and that the piercing the corporate veil doctrine is one of the points should be addressed in this change. Thus, the paper will have the following development: (1) at first, considerations will be made about the need for Brazil to change the way it sees contracts and property rights (with an emphasis of the role of ideology in this particular); (2) then, an exposure about the projected scenario for the Commercial Code in conjunction with the Civil Code will be taken; (3) third, we will analyze aspects of the institutional design of piercing the corporate veil that deserve attention in the Commercial Code proposition within the teleology sketched the first time. At the end, the conclusions will be presented.

**Palavra Chave:** Desconsideração da personalidade jurídica - Desenvolvimento econômico - Nova economia institucional.

**Keywords:** Piercing the corporate veil - Economic development - New institutional economics.

**Recebido em:** 20.03.2015

**Aprovado em:** 28.04.2015

## 1. Introdução

Entre a cura e o veneno, entre a vacina e a doença, o limiar se encontra muitas vezes na concentração da dose. No direito, tal raciocínio parece encontrar ressonância semelhante: os indivíduos normalmente recorrem a uma instituição supostamente imparcial (vamos chamá-la de Estado) para resolverem as suas pretensões resistidas nos mais diversos âmbitos (contratos, direitos de propriedade etc.), onde a fonte do incômodo seria uma conduta contrária ao direito provocado pela parte *ex adversa*. Obviamente, o excesso na dose pode provocar consequências mais nefastas que a própria moléstia, ainda mais se considerarmos que elaboração de regras, muitas vezes, tem consequências imprevisíveis, que só são percebidas na experiência jurídica *ex post* ao início de sua vigência (PUGLIESI, 2009. p. 182).

Feita essa advertência inicial, o presente texto pretende fazer uma inquirição a respeito do instituto *desconsideração da personalidade no projeto do Código Comercial* (PL 1.572/2011, da Câmara dos Deputados). Obviamente, não será negligenciado no presente trabalho que o Brasil já dispõe de uma experiência histórica significativa neste particular, que vai dos trabalhos seminais de Rubens Requião, José Lamartine Corrêa de Oliveira, Fábio Konder Comparato e Marçal Justen Filho, passa pelo advento do Código de Defesa do

Consumidor (Lei 8.078/1990), passando pelas Leis Antitruste – a revogada Lei 8.884/1994 e a Lei 12.529/2011 (atualmente vigente) –, pela Lei de Crimes e Infrações Ambientais, pelo Código Civil de 2002, que estendeu a aplicação da *disregard doctrine* para a gama de relações privadas não consumeristas – e pela Lei Anticorrupção (art. 14 da Lei 12.846/2013). Enfim, pretende-se realizar um estudo não dogmático da teoria da desconsideração, mas sim, um estudo que leve em consideração a economia dos custos de transação e a economia dos contratos, os efeitos que tal teoria provoca nos “jogadores” do jogo contratual (isto é, o devedor inadimplente e o credor), consideradas, aqui, a sua estrutura de incentivos e as alternativas disponíveis para, ao fim, ser feita uma avaliação da conveniência, ou não, da manutenção de tal instituto em termos institucionais.

Em tempo, leva-se em consideração que vivemos em um mundo não ergódico, isto é, que vivemos num mundo que se encontra em permanente mudança e incerteza, onde, nada obstante o significativo progresso tecnológico e científico que a humanidade vem experimentando nos últimos quinhentos (em tom mais acelerado nos últimos dois séculos), o estado da arte não implica que tenhamos capacidade de administrar perfeitamente a incerteza. Isso quer dizer apenas que o ambiente se tornou mais previsível se considerarmos os “estados da técnica” vigentes em épocas anteriores.<sup>1</sup> Como consequência disso, e tendo em vista que nós não sabemos hoje o que aprenderemos amanhã e nem como esse aprendizado influenciará nossas decisões futuras, a capacidade das pessoas de prever as consequências futuras das decisões tomadas se é limitada e se dilui à medida que se amplia o horizonte temporal da decisão tomada.<sup>2</sup>

O presente trabalho está assim roteirizado: num primeiro momento, serão feitas considerações sobre a necessidade de o Brasil mudar a maneira pela qual encara contratos e direitos de propriedade (com ênfase do papel da ideologia neste particular); em seguida, será feita uma exposição do cenário projetado para o Código Comercial em combinação com o projetado para o Código Civil; num terceiro momento, serão analisados os aspectos do desenho institucional da desconsideração da personalidade jurídica que merecem atenção no projeto do Código Comercial, dentro da teleologia esboçada no primeiro tópico. Ao fim serão apresentadas as conclusões.

Encerrando a introdução, agradecemos cordialmente à iniciativa dos organizadores e ao convite apresentado, na esperança de que as palavras ora trazidas contribuam para um diálogo construtivo para a consolidação de instituições que valorizem a livre iniciativa e a livre concorrência no Brasil, fortalecendo o papel do projeto do Código Comercial vindouro nesse mister.

## 2. Inovação, desenvolvimento e instituições

A proteção aos contratos e aos direitos de propriedade num ambiente de livre concorrência é uma tônica do Estado moderno. Proteção patentária, proteção ampla a direitos de propriedade, proteção contratual (nos moldes atuais) seria algo impensável mesmo na Inglaterra, berço da Revolução Industrial, de quinhentos anos atrás.<sup>3</sup> Com o advento do *rule of law*, num processo histórico contingente (isto é, que poderia simplesmente, não ter acontecido, havendo um certo componente de “acaso” nesse particular), parte da civilização (a saber: Europa Ocidental, América Anglo-Saxônica, Japão e alguns poucos rincões isolados no resto do mundo) caminhou para um círculo virtuoso de desenvolvimento.

De um cenário marcado por instituições extrativistas (isto é, por grupos detentores de terras e de poderio militar preocupados, quase sempre, na preservação de suas posições marginais em termos de riqueza e influência política, as quais normalmente se confundiam), as nações (ou pelo menos, parte delas) evoluíram para um arranjo institucional que passou a administrar conflitos sociais com base em critérios de impessoalidade. E nesse transcorrer, percebeu-se a importância da inovação e do surgimento de boas ideias como mecanismo incrementador do bem-estar das pessoas.

Chegando ao cenário atual, o mundo das trocas impessoais, nos países desenvolvidos, é caracterizado pela interdependência especializada entre os agentes econômicos, onde o bem-estar dos indivíduos depende da estrutura complexa caracterizada pela especialização das atividades dos indivíduos e pelas relações de troca que se espalham no tempo e no espaço.<sup>4</sup> No outro extremo, a inabilidade das sociedades para desenvolverem mecanismos de efetivação de contratos de forma efetiva e barata é a principal fonte do subdesenvolvimento e da estagnação histórica no terceiro mundo.<sup>5</sup>

Nem sempre capital e inovação se confundem numa mesma pessoa ou num mesmo agrupado e essa colocação é de grande significado quando o inovador não dispõe dos recursos necessários para o seu empreendimento, necessitando de investidores, ao passo que esses últimos, para se certificarem de que um eventual investimento é minimamente viável, precisam se certificar do valor da informação privada detida pelo inovador. E tudo isso num cenário em que ambos desconfiam um do outro.<sup>6</sup> Daí, surge o questionamento, como superar o impasse?

Em sociedades subdesenvolvidas, a captação de investimentos para o início de um empreendimento econômico vai depender dos laços pessoais do interessado – família, amigos e incautos (ou, *family, friend and fools* – os famosos três “fs” na expressão inglesa). Isto é, nessa primeira etapa, a capitalização de empreendimentos é marcadamente norteadada por normas sociais informais, onde a ausência de instituições sólidas não prejudica a capacidade de aspectos reputacionais e vínculos afetivos e emocionais servirem como meio de coerção para liquidação do retorno dos investidores. No entanto, nem todas as pessoas possuem contatos suficientes com pessoas abastadas para que essas banquem o investimento a ser realizado, “tornando-se uma questão de tempo até que recorram a estranhos”.<sup>7</sup>

Entramos aqui, numa segunda etapa de financiamento, que é o financiamento privado, realizados pelos capitalistas de risco, onde os empreendedores se comprometem a celebrar contratos de financiamento (que podem estar atrelados à emissão de ações preferenciais, debêntures, ou valores mobiliários de outra espécie no caso de sociedades anônimas) normalmente atrelados a metas de desempenho a serem cumpridos pelo emissor.<sup>8</sup> Em tempo, caso se tenha dificuldade em se traçar tais metas de desempenho, o risco do investimento será embutido na taxa de juros.

E, tanto na primeira como na segunda hipóteses acima exploradas, “o investimento é a garantia do investidor de que não divulgará os segredos do inovador, e os segredos industriais são a garantia do inovador de que irá desenvolver suas ideias”.<sup>9</sup> Tem-se, aqui, aquilo que se chama de “dupla-garantia”, que reduz o problema da dupla desconfiança.

Num terceiro momento, a companhia pode decidir captar seus investimentos juntamente ao público, tornando-se uma sociedade de capital aberto, o que no Brasil se dá no âmbito do mercado de valores mobiliários (seja no mercado de balcão, seja pela via da sua negociação em bolsa, conforme arts. 19 e ss. da Lei 6.385/1976). Aqui, tendo em vista que as companhias devem emitir prospectos, os quais devem acompanhar o pedido de emissão pública de valores mobiliários, o problema da desconfiança tende a desaparecer, uma vez que informações que seriam privadas nos dois primeiros estágios, passariam, a agora, a ser públicas (isto é, sendo acessíveis a todos).<sup>10</sup>

Isso tudo colocado, é necessário destacar que, em sociedades que se encontrem ainda na primeira fase desse contexto, após um determinado tempo, as taxas de crescimento tendem a diminuir paulatinamente. Caso a matriz institucional de captação de recursos financeiros mude para a delineada na segunda fase (captação mediante um agente intermediador, normalmente bancos, os quais arcam com os riscos da operação no caso de insucesso da atividade), verifica-se um aumento inicial nas taxas de crescimento, mas, a partir de determinado momento, também será verificado uma diminuição paulatina dos patamares de crescimento. Daí, caminha-se para a terceira fase (captação de recursos diretamente dos investidores – o “investimento público”), onde se espera que as taxas de crescimento experimentem um novo salto e fiquem acima das primeiras duas etapas. Assim, numa matriz institucional em que sejam franqueadas as perspectivas de investimentos relacional (primeira etapa), privado (segunda etapa) e público (terceira) tendem a levar a resultados sociais melhores que as etapas anteriores, sendo isso uma condição necessária (embora não suficiente) para um ciclo sustentável de desenvolvimento.<sup>11</sup>

Mas o que é necessário para assegurar uma transição sustentada para que se chegue à terceira fase de tal processo? Segundo Cooter e Ulen, leis eficazes, isto é, no sentido de serem efetivas e de serem previsíveis, uma vez que as normas sociais, por si sós, não seriam capazes de sustentar tal contexto.<sup>12</sup>

Ocorre que a transição para essa terceira fase é algo que ainda não é uma constante em nosso país.

Para se ter uma ideia, ainda carecemos de arranjos institucionais adequados para financiamento de micro e pequenas empresas no mercado de capitais (a chamada *equity crowdfunding*). Essa é uma tendência mundial,

normalmente utilizada para o financiamento de *startups* (empresas no setor de tecnologia voltadas à inovação). No entanto, no Brasil, apesar dos esforços institucionais para incrementar a viabilidade financeira de tais empreendimentos (especialmente pela Comissão de Valores Mobiliários), não se verificou, ainda, nenhum pedido de autorização de títulos representativos ou de valores mobiliários, onde a causa de tal inércia é atribuída a uma série de custos de transação que inviabilizam a própria operacionalização das *startups* na forma de sociedades anônimas.<sup>13</sup>

Obviamente, a temática do presente trabalho não é realizar um estudo específico sobre os mecanismos de capitalização de *startups*. Mas é inegável que temos uma evidência de que (ainda) prevalece no Brasil uma herança cultural excessivamente formalista, que impõe custos de transação significativos ao setor privado, aumentando, na verdade, a insegurança do próprio sistema.<sup>14</sup> E, a isto, acrescente-se uma certa desconfiança do setor público em relação ao setor privado.<sup>15</sup>

Podemos ver, assim, que há uma cultura, uma ideologia, que emperra, de certa forma, o empreendedorismo e, como já disse o Professor Fábio Ulhoa Coelho, a ideologia – assim entendida no sentido fraco de valoração dos valores – importa, especialmente quando se trata de incrementar a previsibilidade das decisões judiciais e a segurança jurídica,<sup>16</sup> o que, ao fim e ao cabo, reduz custos de transação, por estabelecerem uma base objetiva para que as partes cheguem a um acordo, com direitos de propriedade mais claros se considerado um cenário *ex ante* em que não se preze por tal previsibilidade.<sup>17</sup>

E, aqui, cabe trazer algumas reflexões de Douglass North<sup>18</sup> sobre a interação das ideologias a partir das mudanças institucionais e a sua relação com o sistema de preços. Segundo o autor, embora se saiba pouco sobre a alteração de preferências e de inclinações em decorrência de alterações de preços relativos decorrentes de mudanças institucionais, é inequívoco que mudanças nos preços relativos tenham influência significativa nas preferências e inclinações dos indivíduos em geral. E alterações nas normas jurídicas formais podem levar a alterações nas regras de comportamento informais, onde um novo equilíbrio “ideológico” pode advir como consequência *ex post* de uma alteração legislativa.<sup>19</sup> Não há um sentido cartesiano de tais alterações, mas é certo que instituições formais e informais (aqui compreendidas as normas sociais e as ideologias repassadas pela tradição entre as gerações) se influenciam reciprocamente e são capazes de se alterar marginalmente.

Ocorre que essas mudanças institucionais (e as consequentes repercussões ideológicas dos novos arranjos) não devem se dar de forma abrupta, sob pena de se encadear um processo de experimentalismo institucional entrópico e socialmente nocivo, o que acaba levando a mais experimentação<sup>20</sup> e, ao cabo, numa elevação desmedida dos próprios custos de transação que tais mudanças deveriam diminuir. Isto é, isso pode levar a uma reação em cadeia cujos efeitos podem ser exatamente o oposto do que se pretende com o novo arranjo institucional.

E por que se faz tal afirmação?

Pois bem, Fábio Ulhoa Coelho<sup>21</sup> faz uma colocação interessante no sentido de que, é imperioso que o direito comercial necessita dialogar com tal plano argumentativo para preservar a eficácia de sua projeção normativa e viabilizar a previsibilidade das decisões judiciais e o comprimento com a segurança jurídica.<sup>22</sup> Isso se justifica pela circunstância de o discurso jurídico institucionalizado no Brasil incorporar tanto os princípios como as regras jurídicas (e nada obstante todos os excessos cometidos pelos operadores do direito na aplicação dos primeiros) e de o direito comercial ter se mostrado isolado de tal discurso, levando a uma “erosão dos valores” da própria disciplina. O autor alerta, ainda, que tal adesão do plano argumentativo do direito comercial à verve principiológica<sup>23</sup> deve se dar de forma controlada, onde o art. 8.º do projeto do Código, que determina que “nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei”, seria um elemento modulador de contenção da chamada “farra principiológica”.<sup>24</sup> Neste contexto, a resposta do professor decorre da circunstância de a mera negação de tal incorporação dos princípios não ter se constituído numa estratégia exitosa de preservação da autonomia do direito comercial, seriamente comprometida em virtude de argumentos redistributivos que aparecem no cerne da discussão trazida no âmbito do direito civil-constitucional.

Isso colocado, e em que pese todos os argumentos em sentido contrário sobre a abertura semântico-pragmática e o subjetivismo que norteia a aplicação dos princípios, é imperativo que aceitemos essa realidade

argumentativa, uma vez que a mera negação de sua institucionalização – inclusive no plano metodológico –<sup>25</sup> se mostrou algo infrutífero. E o cenário, no Brasil, onde a farra dos princípios mostra-se nociva à inovação e ao desenvolvimento, ao mesmo que se mostra um tanto quanto desanimador em virtude da atual práxis argumentativa, apresenta uma perspectiva que pode ser contornada: afinal de contas, se precisamos apenas da incorporação de boas práticas institucionais ao nosso ordenamento, a elaboração do novo Código apresenta-se como um formidável marco para uma mudança de paradigma.

Como visto acima, essa mudança não pode se dar de forma abrupta sob pena de termos uma reação em cadeia descontrolada. Ela precisa se dar de forma ordenada,<sup>26</sup> na margem, de modo que o efeito hermenêutico das inovações institucionais – isto é o efeito ideológico que uma determinada alteração marginal do arranjo institucional em que consistem as normas formais (no que se incluem as jurídicas) e informais –<sup>27</sup> não descambe para algo totalmente diverso do que se pretende.

Em termos de sinalização, o ordenamento brasileiro precisa passar a mensagem de que não é um ambiente hostil ao investimento (e essa mensagem não é passada atualmente aos investidores, nacionais ou estrangeiros), se compararmos outros “jogadores” no plano internacional. Isto é, precisamos de uma mensagem, (ou melhor, muito mais que isso: e necessário um verdadeiro engajamento numa “engenharia institucional, cultural e discursiva”) no sentido de que contratos, direitos de propriedade e expectativas serão respeitados com margens mínimas de falsos positivos (isto é, cenários que não deveriam acontecer, mas acontecem) e de falsos negativos (cenários que deveriam ocorrer, mas não ocorrem). Não é demais lembrar que o mercado (de fornecimento de insumos, de capitais, de valores mobiliários etc.) é caracterizado, no cenário global, por um constante jogo de sinalização marcado por um equilíbrio diferenciador<sup>28</sup> onde os investidores reagem a mensagens – que vão desde o ambiente institucional para a garantia de contratos e direitos de propriedade até a avaliação das classificações de risco,<sup>29</sup> passando por um sem número de pontos focais, que podem ser tomadas em escala global – ao decidir onde investir seus ativos e não o fazer.

Só que, para isso tudo, e considerada incerteza do ambiente decisório acima colocada, isso é um processo que demandará tempo e esforço. E o PL 1.572/2011 parece captar bem essa perspectiva com o art. 8.º.<sup>30</sup>

E, seguindo nessa seara, não é exagero afirmar que o projeto do Código Comercial parece dar início a esse processo ao resgatar a autonomia patrimonial da sociedade empresária e a responsabilidade limitada, não só no plano principiológico, mas, também, ao procurar estabelecer um escrutínio mais rigoroso no procedimento da desconsideração da personalidade jurídica, sobre o qual será discorrido nas linhas que seguem. Obviamente, trata-se apenas de algumas das várias mudanças institucionais que precisamos para melhorarmos a marcha do desenvolvimento econômico no país.

### **3. Panorama normativo da desconsideração da personalidade jurídica no projeto do novo CPC e no projeto do Código Comercial**

O art. 137 do projeto do CPC (PL 8.046/2010, na redação em que aprovada na Câmara dos Deputados) traz uma disposição sutilmente curiosa: *“acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente”* (grifos nossos). Aqui, relembre-se que a proposição legislativa processual classifica o incidente de desconsideração da personalidade jurídica como modalidade de intervenção de terceiros no processo judicial.

O art. 792, § 3.º, dispondo sobre a fraude à execução, determina o termo inicial da incidência dos efeitos da decisão que acolhe o incidente de desconsideração em que tal fraude se faça presente, determinando que, *“nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”*.

O art. 128 do PL 1.562/2011 (projeto do Código Comercial), também parece seguir tal tendência, ao condicionar, como pressuposto da aplicação a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica a *“fraude perpetrada por meio da autonomia patrimonial”*, onde nos termos do parágrafo único de tal disposição, *“a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade importam a presunção relativa de fraude”*. Por sua vez, o art. 129 determina que *“a simples insuficiência de bens no patrimônio da sociedade empresária para a satisfação de direito de credor não*

*autoriza a desconsideração de sua personalidade jurídica”.*

Outra observação: o art. 124 do projeto do CCo trata da responsabilidade do administrador pelos atos que exorbitem com aplicação da chama “teoria *ultra vires*”, ainda que com algumas modulações.

Diante disso, podemos fazer algumas constatações iniciais a respeito da desconsideração da personalidade jurídica no projeto do Código Comercial: (1) o seu âmbito de incidência está excluído dos atos praticados com excesso de poderes pelo administrador; (2) a desconsideração da personalidade está associada à ideia de fraude da qual a pessoa jurídica se vale através da autonomia patrimonial, com significativas repercussões nos ônus probatórios em virtude do regramento que se pretende adotar; (3) a ideia da desconsideração da personalidade jurídica, que já era muito próxima da ideia de fraude à execução,<sup>31</sup> fica ainda mais próxima a ela,<sup>32</sup> embora não se confunda com essa última; (4) verifica-se uma tendência de migração da análise dos pressupostos da desconsideração sob a perspectiva objetiva (segundo a qual a confusão patrimonial seria o pressuposto fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica, abraçada pelo Código Civil, e defendida, dentre outros, por Fábio Comparato<sup>33</sup> para a análise de tais pressupostos sob a perspectiva subjetiva, essencialmente ligada à atitude fraudulenta ou abusiva dos sócios e administradores.<sup>34</sup>

Ainda no que se refere à tendência de migração acima noticiada, relembre-se que nada impede que mudanças institucionais alterem os contornos de institutos jurídicos. Não se defende, aqui, nem que os contornos da pessoa jurídica possam ser alteradas por mero decisionismo (o mesmo ocorrendo com a desconsideração), uma vez que a margem de ação até mesmo do legislador é fortemente influenciada por um cenário cultural valorativo (ideológico) do qual ele inexoravelmente não consegue escapar, conforme já visto. Por outro lado, a pessoa jurídica não possui um significado *a priori* e unívoco, onde caberia apenas ao legislador e ao intérprete descobrir a sua “verdadeira” essência, como sói ocorrer nas teorias organicistas de tal instituto.<sup>35</sup> Embora a teoria subjetiva seja criticada pelas dificuldades probatórias que impõe, o projeto parece modular essa “prova diabólica” por meio do parágrafo único do art. 128, segundo o qual “*a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade importam a presunção relativa de fraude*”, invertendo, na prática, o ônus probatório para o sócio ou administrador de demonstrar a ausência do *consilium fraudis* nos pedidos de desconsideração da personalidade jurídica, onde não seria exagero afirmar que o projeto adota a corrente subjetivista,<sup>36</sup> com algumas moderações que o aproximam um pouco da corrente objetiva.

### 3.1. A emenda modificativa 29/2012

Em tempo, deve ser destacado que, em 05.03.2013, o Deputado Severino Ninho apresentou proposta de emenda modificativa ao teor do art. 128 do CCo á respectiva comissão especial, que passaria a ter a seguinte redação:

“Art. 128. A sociedade empresária responde pelos atos ou omissões dos seus representantes, sejam administradores, agentes ou mandatários.

§ 1.º Em caso de fraude perpetrada por meio da autonomia patrimonial da sociedade empresária, o juiz, atendidos os requisitos objetivos previstos no § 2.º deste artigo, poderá ignorar a personalidade jurídica própria desta para imputar a responsabilidade ao sócio ou ao representante.

§ 2.º O juiz deverá se ater à confusão patrimonial ou ao desvio de finalidade para fundamentar sua decisão no caso de presunção relativa de fraude.

§ 3.º Ainda com base neste artigo, não podendo a parte lesada ressarcir-se completamente, nem pelos bens da sociedade, nem pelo patrimônio de seu representante, ser-lhe-á lícito exigir dos sócios o que faltar, nos mesmos termos em que pode fazê-lo qualquer credor social.”

Ao justificar tal emenda modificativa, o congressista inferiu que “objetivo da presente emenda também é o de oferecer ao juiz, no bojo da lei, os critérios objetivos para o seu julgamento quanto à desconsideração da personalidade jurídica da empresa no caso de fraude, evitando-se que essa importante decisão decorra apenas do seu livre convencimento”. Em relação à redação inicialmente proposta no PL 1.572/2011, podemos constatar que o *caput* do art. 128 proposto na emenda não consta do projeto original, nada obstante os arts. 115 a 117 e 124 tragam algumas disposições relativas aos limites da responsabilidade da sociedade empresária.

O § 2.º, por sua vez, traz uma redação um tanto quanto confusa, uma vez que tal disposição não define em que hipóteses teremos uma presunção relativa de fraude por meio da autonomia societária. A disposição parece trazer um raciocínio de difícil compreensão para o intérprete, pois diz que, se estivermos em situação que implique presunção relativa de fraude (e a emenda apresentada não define nenhuma regra matriz para a caracterização de tal presunção), o juiz para desconsiderar a personalidade jurídica, deverá pautar-se estritamente na confusão patrimonial e no abuso da personalidade jurídica.

Se o problema é a necessidade de reduzir a margem de discricionariedade do julgador na análise dos incidentes de desconsideração da personalidade jurídica, bastaria que se alterasse a redação do parágrafo único do art. 128 projeto para os seguintes termos:

“Parágrafo único. A confusão patrimonial ou o desvio de finalidade importam a presunção relativa de fraude, cabendo ao requerente o ônus de demonstrar a conduta fraudulenta do requerido nas demais hipóteses.”

Mas as dificuldades não param por aí. É extremamente relevante o propósito de querer diminuir as margens de discricionariedade judicial ao julgar os incidentes de desconsideração da personalidade jurídica em prol da certeza e da segurança jurídica. Basta lembrar que parte dos arranjos institucionais atualmente adotados, especialmente por força Código de Defesa do Consumidor, acabou descaracterizando o instituto da desconsideração da personalidade jurídica,<sup>37</sup> o que tem reflexos no princípio da autonomia societária e no princípio da separação patrimonial, tão caros ao funcionamento das sociedades empresárias.

O § 3.º traz uma disposição que, a nosso ver, é um tanto quanto perigosa. Com efeito, tal disposição parece estabelecer uma hipótese de responsabilidade solidária entre a sociedade e o representante, aliada a uma hipótese de responsabilidade subsidiária dos demais sócios, não restando claro se essa responsabilidade se restringe apenas aos sócios que tenham contribuído ou se beneficiado da prática do ato fraudulento, ou se atinge os demais, independentemente da valoração de tal circunstância. Em tempo, destaque-se que o projeto do Código Comercial apresentado não escapa de tal crítica (conforme será visto a seguir), embora não incorra, de forma tão contundente, nos enganos trazidos no § 3.º ora comentado.

#### 4. Propostas para o projeto do Código Comercial

A nosso ver, e tomando de empréstimo expressão cunhada pelo Professor Fábio Ulhoa Coelho, da mesma forma que precisamos recoser a autonomia patrimonial das sociedades empresárias, precisamos recoser o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que, de nada adianta dar um tratamento racional para a primeira, sem que o façamos para a segunda (onde não são poucos os esforços doutrinários e jurisprudenciais que tentam contornar os excessos do Código de Defesa do Consumidor nesse particular). As nossas considerações estão relacionadas a três pontos, assim sintetizados (e sobre os quais será exposto mais abaixo): (1) o projeto precisa delimitar, com mais clareza, os efeitos da decisão que acolha os pedidos de desconsideração da personalidade; (2) é possível trazer algumas delimitações adicionais ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica a partir de aspectos estranhos aos seus contornos institucionais; (3) como corolário da segunda observação, e tendo em vista às suas hipóteses de incidência, é de se esperar um atrelamento do instituto da desconsideração da personalidade jurídica a um mecanismo de *disclosure* (isto é, de fornecimento de informações do devedor ao credor).

Obviamente, tratam-se apenas de aspectos que visam enriquecer o debate legislativo do projeto do Código Comercial. Não é nossa pretensão dar a última palavra sobre esses aspectos, uma vez que nossa pretensão é apenas de contribuir ao debate, como já dito acima.

##### 4.1. Sobre os efeitos das decisões que acolham os pedidos de desconsideração

Não podemos esquecer que a atividade empresarial instrumentalizada por meio de um arranjo societário tem uma finalidade que é de incentivar o desenvolvimento econômico por meio do investimento, onde a desconsideração teria cabimento (sem prejuízo do atendimento de outros pressupostos) justamente quando tal finalidade se mostrasse frustrada.<sup>38</sup> É importante relembrar que a criação de arranjos institucionais voltados para o desenvolvimento é uma inovação relativamente recente na história da humanidade.

Nesse particular, pode ser bem constatada a preocupação do projeto do Código Comercial em se reduzir os excessos do Poder Judiciário, que atualmente vem acolhendo pedidos de desconconsideração em tal magnitude, que a própria separação do patrimônio dos sócios do patrimônio da sociedade e a responsabilidade limitada parecem ficar descaracterizados como regra geral para as pessoas jurídicas que adotem tal regime jurídico no ordenamento brasileiro. Aqui, lembre-se que a doutrina chama a atenção para a necessidade de se recoser o princípio a autonomia patrimonial como a responsabilidade limitada.<sup>39</sup>

Ocorre, ainda, que tanto o projeto do Código de Processo Civil quanto o projeto de Código Comercial são omissos em determinar os efeitos concretos da decisão que acolhe o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica. Isto é, ambos os projetos apresentam lacunas que necessitam ser colmatadas nos aspectos que são específicos ao próprio incidente de desconconsideração, nada obstante tenham tratados de alguns efeitos acessórios (tais como os relacionados à fraude à execução).

Essa advertência (embora não específica a dispositivos das proposições em análise) já é feita por Leonardo Toledo da Silva<sup>40</sup> ao tratar do art. 50 do CC/2002. Aqui, o autor destaca que, embora o Código Civil tenha tratado da ineficácia relativa dos efeitos da desconconsideração sob a ótica do credor, tal legislação foi omissa no que se refere à ótica do devedor, não sendo clara se aqueles sócios, acionistas ou administradores que não tenham participação na conduta que culminou no acolhimento do pedido de desconconsideração devem ou não ser atingidos pelos efeitos de tal decisão.

E o projeto do Código Comercial apresenta-se como um momento singular para se resolver tal lacuna, que pode reduzir significativos custos de transação no delineamento e na eliminação de ruídos de comunicação entre sócios, acionistas e terceiros que sejam alheios à estrutura societária, mas que com ela mantenham algum tipo de relacionamento, seja contratual, seja de outra espécie. Além disso, também há carência legislativa no que se refere ao caráter solidário ou subsidiário da responsabilidade dos sócios, o mesmo ocorrendo acerca da possibilidade de se alegar benefício de ordem em tais casos.<sup>41</sup>

Não queremos defender que uma solução seja necessariamente mais eficiente que a outra, uma vez que tanto as decisões legislativas como as decisões judiciais tendem a ser internalizadas pelos diversos agentes sociais, que as incorporarão devidamente como informações que serão avaliadas na sua composição de preços.<sup>42</sup>

#### 4.2. Sobre o que a desconconsideração da personalidade jurídica não é

Se hoje, a aplicação do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica se tornou hipertrofiada, precisamos resgatar aquilo que a desconconsideração da personalidade jurídica não é. Com tal delimitação negativa, conseguimos criar um espaço inicial de trabalho para uma concepção operacional do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica.

O mote da sociedade empresária (ou melhor dos seus sócios ou acionistas) é a obtenção do lucro. Não devemos esperar que os participantes societários desenhem uma estrutura de governança que, na pior das hipóteses, é significativamente complexa, permeada por riscos e custos de transação<sup>43</sup> não negligenciáveis, se não tivessem como meta a obtenção de algum excedente por meio da atividade societária. E normalmente, tal excedente é resultado dos valores recebidos pelas alienações dos bens e serviços prestados, subtraídos, aqui, os custos da atividade (insumos, mão de obra, tributos etc.) e os custos de transação para obtenção de informações a respeito de potenciais contratantes, para celebração dos contratos e para o monitoramento da sua execução.

Obviamente, a continuidade da atividade societária depende da manutenção desse ciclo de *inputs* e *outputs*. Mas é possível que a empresa, a partir de um determinado momento entre em crise, que pode adquirir uma dimensão econômica (que pode ser generalizada, segmentada ou atingir especificamente uma empresa, mas sempre destacado que o que temos é queda na demanda por bens e serviços ofertados pela empresa, ou empresas, em crise), financeira (onde a empresa não dispõe de caixa – liquidez – para honrar seus compromissos) e/ou patrimonial (onde os ativos da empresa são insuficientes para cobrir seu passivo, ressalvados os casos onde tal insuficiência seja momentânea em virtude de investimentos realizados pela própria empresa, mas com perspectiva de aumento de receitas futuras).<sup>44</sup>

Então, como podemos ver, inadimplência generalizada da pessoa jurídica não significa necessariamente

alguma forma de fraude por meio da autonomia patrimonial da sociedade, pelo que se pode ver que a proposta trazida no art. 129 do PL 1.572/2011 veio em boa hora ao pretender conter os excessos que a tradição jurídica brasileira veio dando ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica, especialmente a partir do Código de Defesa do Consumidor.

Isso quer dizer que, além da inadimplência, é necessário que o interessado na desconsideração da personalidade jurídica demonstre um *plus* para a caracterização da fraude. Com efeito, a mera inadimplência pode ser caracterizada em situações totalmente diversas. Num extremo, temos o devedor que deixa de pagar seus fornecedores em virtude de restrição severa em suas receitas e sem qualquer margem de recomposição do seu fluxo de caixa num horizonte considerável. No outro, temos a empresa que, exercendo sua posição dominante<sup>45</sup> no mercado a montante (isto é, no mercado fornecedor), deixa de pagar regularmente algum de seus fornecedores (que lhe atenda em caráter exclusivo) que atua na franja do mercado do insumo negociado, apenas com o fito de forçar uma queda no valor do fornecedor, favorecendo um de seus sócios na aquisição de seus ativos específicos<sup>46</sup> por um preço irrisório. Em ambos os casos, podemos constatar situações caracterizadas pela *mera inadimplência*, mas, enquanto é inconcebível desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade no primeiro exemplo – a que teve a infelicidade de ter apenas “má-sorte” –, no segundo exemplo, a desconsideração se mostra como uma medida juridicamente viável, uma vez que caracterizado não só a fraude, como o desvio de finalidade societária (isto é, o abuso de personalidade), uma vez que a lesão deliberada a terceiros não pode ser tratada como um fim passível de ser amparado pelo ordenamento.

No entanto, apesar de tais exemplos extremos (e sem prejuízos das observações acima trazidas, especialmente no que se refere à inconsistência do tratamento jurídico dispensado ao ônus probatório nos incidentes de desconsideração dispensado pela redação da emenda apresentada pelo Deputado Severino Ninho), não há, na tradição jurisprudencial brasileira, um referencial discursivo para a caracterização da confusão patrimonial e do abuso da personalidade. Com efeito, não temos (ainda) uma experiência jurídica acerca destes dois institutos dentro da teoria subjetiva e, conforme visto acima, não são poucos os relatos de um cenário hipertrófico e assistemático no tratamento dispensado pelos tribunais pátrios acerca do instituto no âmbito do direito privado, ainda que o seu uso sintático seja bastante comum.

Diante disso, deve-se ter uma especial atenção para a forma pela qual se dará a formatação hermenêutica da confusão patrimonial e do abuso de personalidade. Talvez um *insight* seja possível (embora não se trate de uma regra de aplicação cartesiana): quanto mais generalizada a inadimplência (e a adimplência) menores as perspectivas de uma dada pessoa jurídica incorrer em fraude. Mas, a partir do momento em que o devedor começa a utilizar um critério que não seja objetivo ao pagar determinadas pessoas em vez de outras; ou deixando de pagar algum, ou alguns de seus fornecedores (como no exemplo acima), maiores as perspectivas de demonstração da fraude na utilização da personalidade jurídica.<sup>47</sup>

#### 4.3. A desconsideração e o disclosure

Como corolário da adoção da teoria subjetiva, poderão surgir controvérsias acerca da caracterização fraudulenta de determinadas operações de uma dada pessoa, anteriores ao negócio jurídico sobre o qual o requerente da desconsideração pretende fazer incidir seus efeitos.

Vejamos o seguinte questionamento: uma determinada operação, em tese fraudulenta, pode projetar seus efeitos, para fins de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária beneficiada, em negócio jurídico posterior? Em outras palavras, pode o credor lesado pretender levantar o véu da personalidade jurídica do devedor fundamentando-se em ato fraudulento deste último anterior ao negócio em que aquele participou?

Esse questionamento não é despropositado: se o credor lesado tiver conhecimento da conduta a ser desconsiderada, não há fraude.

E, aqui, a entidade requerida no incidente de desconsideração pode adotar, como política, algum tipo de *disclaimer* (isto é, de uma cláusula de isenção de responsabilidade) no sentido de que a credora tem conhecimento de todas as operações anteriores ao novo negócio e, assim, não pode alegar o desconhecimento daquelas para fins de caracterização dos pressupostos da desconsideração. Considerado o cenário de inversão

do ônus da prova no caso de abuso da personalidade ou de desvio de personalidade, temos um cenário paradoxal: se a operação fraudulenta é justamente aquelas que “ludibria” a percepção do observador, como saber se ela será atingida por tal *disclaimer*, porquanto inicialmente fraudulenta? E, aqui, a norma pode, até mesmo, ter o efeito indesejado de estimular o uso fraudulento da personalidade jurídica e da separação patrimonial.

E se não, como saber se uma dada pessoa jurídica informou o suficiente para afastar a incidência da desconsideração da personalidade jurídica que tenham como eventuais pressupostos calcados em fatos anteriores ao contrato sobre o qual projeta seus efeitos? Se, de um lado, o fornecimento de uma informação lacunosa pode servir justamente para estimular o uso indevido da separação patrimonial, por outro, se o padrão de conduta a ser seguido nesse particular for excessivo (onde apenas com o fornecimento detalhado das operações (v.g., com indicação de credor, devedor, objeto, montante, finalidade das operações etc.) – não teríamos uma prova diabólica que, como custo mínimo, implique o fornecimento de informações estratégicas para a pessoa jurídica sobre produção, rotinas e investimentos, cujo segredo faça justamente parte de um leque de ativos imateriais da pessoa jurídica requerida? E se, como consequência disso, tivermos o uso estratégico do incidente da desconsideração justamente para que se consiga tais informações, numa verdadeira *sham litigation*,<sup>48</sup> seja para fatos anteriores à celebração do negócio sobre o qual a futura decisão projetará seus efeitos, seja para fatos posteriores?

Não queremos dar respostas a esses questionamentos, mas sim, trazer a importância do tema e a necessidade de que sejam bem discutidos durante os debates relativos ao PL 1.572/2011.

## 5. Conclusões

Vimos, presente trabalho, quão importantes as instituições de uma sociedade são para propiciar desenvolvimento econômico, onde marcante a influência da ideologia na perspectiva pela qual a sociedade lida com as suas instituições formais e demais instituições informais.

Vimos, também que o PL 1.572/2011 pretende servir como marco divisório ao procurar criar uma cultura que valorize o livre mercado e a livre concorrência e como o resgate da autonomia societária e da separação patrimonial pode servir a tal fim.

Vimos, também que tal resgate não se completa sem que se aborde o instituto da desconsideração da personalidade, onde o projeto procura mitigar os excessos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor e que, de certa forma, tiveram uma influência significativa (e não muito feliz) no Código Civil.

Ainda com relação à desconsideração da personalidade jurídica, tal instituto foi abordado tanto através do projeto do novo Código de Processo Civil (na versão aprovada pela Câmara dos Deputados), como através do projeto do Código Comercial, onde apresentadas, em seguida, algumas questões que devem ser discutidas no andamento desse último.

## 6. Referências

ACEMOGLU, Daron; e Robinson, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Trad. Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert; e PICKER, Randal. *Game theory and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

BECKER, Gary S. Nobel lecture: the economic way of looking at behavior. *The Journal of Political Economy*, v. 101, n. 3, p. 385-409, Chicago: jun. 1993.

BRUSCHI, Gilberto. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falência e de recuperação de empresas: Lei 11.101, de 09.02.2005*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial, vol. 2: direito de empresa*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Os princípios do direito comercial no projeto do Código Comercial. *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*. COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; e NUNES, Marcelo Guedes. São Paulo: Saraiva, 2013.

COOTER, Robert D.; e SCHÄFER, Hans-Bernd. O problema da desconfiança recíproca. *Direito e economia: textos escolhidos*. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). Trad. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_; e ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Trad. Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

HALPERN, Paul; TREBILCOCK, Michael; e TURNBULL, Stuart. An economic analysis of limited liability in corporation law. *University of Toronto Law Journal*, v. 117, p. 117-150, 1980.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

MATTOS, César; e VINÍCIUS, Paulo. *Sham litigation*, direito de petição e o princípio da inafastabilidade da jurisdição. GUEDES, Jefferson Carús; e NEIVA, Juliana Sahione Mayrink. *Publicações da Escola da AGU: debates em direito da concorrência*. Brasília, Advocacia-Geral da União, 2011.

NORTH, Douglass C. *Understanding the process of economic change*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 1991.

\_\_\_\_\_. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

\_\_\_\_\_; WALLIS, John Joseph; WEINGAST, Barry R. *Violence and social orders: a conceptual framework for interpreting recorded human history*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

PERRONI, Diogo; RAMOS, Pedro Henrique. *Mesmo com esforços, há barreiras para equity crowdfunding*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-abr-09/mesmo-esforcos-cvm-brasil-barreiras-equity-crowdfunding]. Acesso em: 14.04.2014.

PINHEIRO, Armando Castelar; e SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Eric. Símbolos, sinais e normas sociais na política e no direito. *Direito e Economia: textos escolhidos*. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). Trad. José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso? *Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?* Trad. Alexandre Viola. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PUGLIESI, Márcio. *Teoria do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SADDI, Jairo. Codificando o direito bancário e o mercado financeiro. *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*. COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; e NUNES, Marcelo Guedes. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 31-44.

SÁTIRO, Francisco. Agências de classificação de créditos e seu papel de gatekeepers. *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. VON ADAMEK, Marcelo Vieira (coord.). São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Leonardo Toledo da. *Abuso da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. Precisamos de um novo Código Comercial? *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*. COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos; e MONTEIRO, Arthur Maximus. Desconsideração da personalidade jurídica no projeto do Novo Código Comercial. COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA Tiago Asfor Rocha; e NUNES, Marcelo Guedes. *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 326.

### Pesquisas do Editorial

- DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA, de Marcella Blok - RDB 59/2013/91
- CONSIDERAÇÕES SOBRE EIRELI - EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA, de Danilo Augusto Ruivo - RIASP 32/2013/361
- A TEORIA MAIOR E A TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO, de Fábio Ulhoa Coelho - RDB 65/2014/21
- SUGESTÕES PARA A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO EMPREENDEDOR INDIVIDUAL, de Bárbara Rodrigues - ReDE 5/2014/15

---

### FOOTNOTES

---

<sup>1</sup>

NORTH, Douglass C. *Understanding the process of economic change*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 1991. p. 18.

<sup>2</sup>

Idem, p. 69.

<sup>3</sup>

Cf. ACEMOGLU, Daron; e ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Trad. Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012. p. 143-165.

<sup>4</sup>

NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005 p.55. Para uma notícia histórica de manifestação em editorial de periódico londrino defendendo a adoção do regime de responsabilidade limitada ainda no ano de 1824, cf. HALPERN, Paul; TREBILCOCK, Michael; e TURNBULL, Stuart. An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law. *University of Toronto Law Journal* 117/117-118, 1980.

<sup>5</sup>

Idem, p. 54.

<sup>6</sup>

Cf. COOTER, Robert D.; e SCHÄFER, Hans-Bernd. O problema da desconfiança recíproca. *Direito e economia: textos escolhidos*. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). Trad. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 305-323.

<sup>7</sup>

Idem, p. 309.

---

8

Idem, p. 308.

---

9

Idem, p. 311.

---

10

Idem, p. 311.

---

11

Idem, p. 314.

---

12

Idem, p. 314-316.

---

13

PERRONI, Diogo; e RAMOS, Pedro Henrique. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-abr-09/mesmo-esforcos-cvm-brasil-barreiras-equity-crowdfunding]. Acesso em: 14.04.2014.

---

14

SADDI, Jairo. Codificando o direito bancário e o mercado financeiro. *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*. COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; e NUNES, Marcelo Guedes. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

---

15

Cf. TIMM, Luciano Benetti. Precisamos de um novo Código Comercial? *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*. COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; e NUNES, Marcelo Guedes. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 94.

---

16

Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. Os princípios do Direito Comercial no projeto do Código Comercial. *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*. COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 102.

---

17

COOTER, Robert; e ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Trad. Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 460.

---

18

NORTH, 1990. p.86.

---

19

Idem, p. 88.

---

20

POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 478.

---

21

Cf. COELHO, 2013. p. 110.

---

22

Idem, p. 112.

---

23

Para uma crítica sobre a forma de aplicação dos princípios no Brasil, “onde a ponderação de valores se transformou no canal de legitimação/institucionalização” de uma ampla discricionariedade, cf., STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 121 *et seq.* No entanto, excederia bastante os propósitos deste ensaio qualquer discussão acerca da metodologia de aplicação dos princípios no ordenamento brasileiro.

---

24

Cf. COELHO, 2013. p. 110-113; cf., ainda, TIMM, 2013. p. 88-91.

---

25

Ou, melhor, na sua ausência.

---

26

Ou pelo menos, aspirar a sê-lo, haja vista que vivemos num mundo não ergódico, o que impossibilita que antevejamos, com precisão total, os riscos e resultados de todas as nossas ações no cenário *ex ante*.

---

27

Cf. POSNER, Eric. Símbolos, sinais e normas sociais na política e no direito. *Direito e economia: textos escolhidos*. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). Trad. José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255.

---

28

Cf. BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert; e PICKER, Randal. *Game theory and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 1994. p. 83-89 e 314. Um equilíbrio diferenciador, em teoria dos jogos, é aquele em que os jogadores de diferentes tipos (isto é, com diferentes preferências) adotam estratégias de ação diversas e, assim, permitem a um dado jogador não informado desenhar inferências a partir das ações desse jogador.

---

29

Para uma análise do papel das agências de classificação de risco no fornecimento de informações, cf. SÁTIRO, Francisco. Agências de classificação de créditos e seu papel de *gatekeepers*. *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. VON ADAMEK, Marcelo Vieira (coord.). São Paulo: Malheiros, 2011. p. 373-387. Não se ignora, como bem pontuado pelo autor, que o mero recurso a aspectos reputacionais não impediu tais agências de classificar, de forma enviesada, algumas categorias de ativos, citada a bolha imobiliária que levou à crise dos créditos *subprime* em 2008 e a crise da Enrom-World-Com. No entanto, como pontuado pelo próprio autor, uma regulação excessiva das agências de classificação pelos Estados gera efeitos danos nesses últimos, pois pode acabar levando à inviabilização de operações de investimento que demandem alguma avaliação de risco. Em suma, e nada obstante algumas tentativas recentes de maior regulação das agências de classificação pela União Europeia e pelos EUA, se pode ser ruim com elas, pior será sem elas.

---

30

Há alguns aspectos polêmicos que merecem um trabalho próprio para discussão em virtude da necessidade de uma análise mais detida a seu respeito, como os princípios da função social e outros de caráter redistributivo que um sem número de emendas parlamentares pretendem inserir no projeto.

---

31

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1987. p.156.

---

32

Cf., por oportuno, VIANA, Juvêncio Vasconcelos; e MONTEIRO, Arthur Maximus. Desconsideração da personalidade jurídica no projeto do novo Código Comercial. *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*. COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 318. Em suma, os autores estabelecem, como critério diferencial entre a desconsideração e a fraude à execução, o termo inicial dos efeitos de cada um deles. Marçal Justen Filho, por sua vez, infere que a fraude à execução e a desconsideração da personalidade societária são fenômenos juridicamente diversos, uma vez que a primeira seria causa de ineficácia do ato enquanto a última seria “causa de ineficácia do sujeito”. Para maiores

informações, cf. JUSTEN FILHO, 1987. p. 87-88.

---

33

Cf. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008. p. 450. Segundo tal formulação, a confusão patrimonial seria o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que frustrada a finalidade instrumental da pessoa jurídica ao não se realizar a separação patrimonial. O critério objetivo tinha a finalidade de facilitar a prova da “fraude”, uma vez que a investigação do elemento subjetivo dos envolvidos dificultaria excessivamente a aplicação do instituto. Para uma crítica, à teoria objetiva, essencialmente baseada no argumento de que nem todas as fraudes redundam em confusão patrimonial, cf. COELHO, 2011. p. 64. Para uma crítica no sentido que a confusão patrimonial seria mero efeito do abuso da personalidade jurídica, não podendo ser analisada como pressuposto, cf. JUSTEN FILHO, 1987. p. 136.

---

34

Cf. COELHO, 2011. p. 64, e JUSTEN FILHO, 1987, o último enfocando o abuso de direito como pressuposto da desconsideração da personalidade jurídica. Criticando tal posicionamento, cf. COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008. p. 462.

---

35

Cf. SILVA, Leonardo Toledo da. *Abuso da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26. Aqui, é importante trazer a observação trazida por Douglass North, John Wallis e Barry Weingast, no sentido de que, a presença de instituições vividas em caráter de perpetuidade é pressuposto historicamente para o início de ciclos sustentáveis de desenvolvimento econômico, uma vez que a capacidade de criar e manter organizações vividas em caráter perpétuo repercute diretamente na capacidade da sociedade estruturar as relações sociais no decorrer do tempo. Em tempo, cabe registrar que o caráter perpétuo quer dizer indefinido, no sentido de tais organizações não terem um termo *ad quem*, certo ou incerto, fixado inicialmente, mas que esse termo *ad quem* é indefinido, o que pode passar uma impressão de que o conceito de pessoa jurídica sempre esteve historicamente disponível à mente humana, o que não é verdade, não sendo mais que um construto culturalmente contingente. Para maiores informações, cf. NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; e WEINGAST, Barry R. *Violence and social orders: a conceptual framework for interpreting recorded human history*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 135 *et seq.* Posicionando-se, também, pelo caráter contingente do instituto da personalidade jurídica: JUSTEN FILHO, 1987. p. 155.

---

36

Sobre a distribuição dos ônus probatórios será discutido mais à frente.

---

37

Cf. COELHO, 2011. p. 70; e SILVA, 2014. p. 166-170.

---

38

Cf. JUSTEN FILHO, 1987. p. 95.

---

39

Cf. COELHO, 2013; cf. ainda, GONÇALVES, Oksandro. O recoser da autonomia patrimonial e da responsabilidade limitada no projeto do novo Código Comercial. *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*. COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; e NUNES, Marcelo Guedes. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 363-383. O autor, nesse último caso assevera três argumentos econômicos para justificar a existência da responsabilidade limitada: “encorajar novos investimentos empresariais; dividir os riscos entre o titular da empresa e os seus credores e reduzir os custos de possíveis litígios e o monitoramento entre os sócios e acionistas”. Para uma opinião (com a qual não concordamos) no sentido de que sociedades pequenas gerariam mais eficiência econômica se tivessem responsabilidade ilimitada dos sócios, devendo a separação patrimonial ser negociada episodicamente, e sempre ressalvando a dificuldade de se traçar um parâmetro claro de distinção sociedades “pequenas” das “grandes”, cf. HALPERN et al., 1980. No caso, o fundamento seria que a responsabilidade ilimitada conseguiria neutralizar o risco moral frente a alguns agentes financiadores da empresa (v.g., bancos) em caso de inadimplência. Obviamente, trata-se de artigo escrito em realidade um pouco diversa da nossa, mas acreditamos que, com a exigência de garantias pessoais (como a fiança e o aval) e com o próprio instituto da desconsideração a personalidade jurídica, esse risco moral tende a ser neutralizado.

---

40

SILVA, 2014. p. 82-84.

---

41

Neste sentido, cf. BRUSCHI, Gilberto. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 148-149.

Aqui, cabe trazer o posicionamento do autor no sentido da impossibilidade de responsabilização dos sócios e acionistas minoritários cuja atuação tenha se limitado à condição de investidor da sociedade.

---

42

Cf. POSNER, Eric. Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso? Trad. Alexandre Viola. *Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?* SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27, 35-36. O autor, inclusive, pondera que, embora a análise econômica do direito tenha gerado resultados extremamente positivo como um todo, ela fracassou no seu objetivo principal, que é criar uma teoria econômica do direito.

---

43

Cf. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 71. Os autores trazem um conceito sintético de custos de transação, os quais são “os custos incorridos pelos agentes econômicos na procura, na aquisição de informação e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisão acerca da concretização ou não da transação e no monitoramento e na exigência do cumprimento, pela outra parte, do que foi negociado”.

---

44

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falência e de recuperação de empresas: Lei 11.101, de 09.02.2005*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 23-24.

---

45

Para um conceito de posição dominante, cf. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 258-259.

---

46

Ativos específicos são aqueles que são inerentes a uma determinada atividade e que não consigam ser alocados para uma segunda alternativa a baixo custo. Cf. BECKER, Gary S. Nobel Lecture: The economic way of looking at behavior. *The Journal of Political Economy* 101/385-409, n. 3, Chicago: jun. 1993.

---

47

Um contraexemplo, relativo ao encerramento irregular da pessoa jurídica, pode ser encontrado em BRUSCHI, 2009. p. 122.

---

48

Isto é, a utilização do aparato jurisdicional, por determinada empresa, para prejudicar concorrentes. Para maiores informações, cf. MATTOS; César; e VINÍCIUS, Paulo. *Sham litigation*, direito de petição e o princípio da inafastabilidade da jurisdição. *Publicações da Escola da AGU: debates em direito da concorrência*. GUEDES, Jefferson Carús; e NEIVA, Juliana Sahione Mayrink. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011. p. 105-120.