

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 18

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2016

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Caroline da Rosa Pinheiro (UFRJ), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Jacques Labrunie (PUC-SP), Milena Donato Oliva (UERJ), Sergio Negri (UFJF), Samuel Max Gabbay (UFRN) e Vitor Monteiro (UFAL).

PATROCINADORES:



MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 18 (janeiro/junho 2016)
. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2017.

LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL COMO FATOR DE PROTEÇÃO AO INVESTIMENTO: RAZÕES E PROPOSTAS PARA UMA MISSÃO DE RESGATE¹

**LIMITATION OF LIABILITY AS INVESTMENT PROTECTION
FACTOR: REASONS AND PROPOSALS FOR A RESCUE MISSION**

Marcelo Lauar Leite

Resumo: No contexto da maior crise econômica nacional do século XXI, um quadro de segurança jurídica é indispensável para incentivar e atrair investimentos produtivos. No espectro societário, a principal representação dessa segurança – a limitação da responsabilidade patrimonial – se encontra sob progressiva e ostensiva relativização. Tendo o objetivo de resguardar o patrimônio pessoal de cada sócio pela responsabilidade frente a dívidas oriundas da organização mercantil, esse instituto vive um estado quase folclórico. Cada vez mais relativizado, o desdém legislativo e judiciário para consigo revela a ignorância de seus fundamentos, de sua importância no marco regulatório nacional e de seu papel na prospecção de investimentos. Face esse cenário, e sob a base metodológica *popperiana* aplicável às ciências sociais, o objetivo e mérito deste trabalho consiste em oferecer encaminhamentos de ordem legislativa e jurisdicional que possam servir de base pragmática para a proteção do investimento produtivo no Brasil. Para tanto, debate-se os paradigmas da limitação da

¹ Artigo recebido em 26.09.2017 e aceito em 29.12.2017.

responsabilidade patrimonial, analisando-se como o papel garantidor do capital social foi esquecido em prol de uma dilatada e ilegal aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Outrossim, revela-se a criação de uma “escola de desincentivo ao investimento”, com reflexos claros no âmbito das sociedades limitadas e das sociedades em conta de participação. Por fim, observa-se que os custos sociais da relativização da limitação da responsabilidade patrimonial são maiores que os de sua garantia, reforçando-se a necessidade de reformas legislativas e do realinhamento da legitimidade democrática dos juízes.

Palavras-chave: Responsabilidade limitada. Autonomia patrimonial. Proteção ao investimento. Propostas.

Abstract: In the context of the greatest national economic crisis of the 21st century, a framework of legal security is indispensable to encourage and attract productive investment. In the corporate spectrum, the main representation of this security – the limitation of patrimonial responsibility – is under progressive and ostensible relativization. With the purpose of safeguarding the personal property of each partner for the responsibility of debts arising from the mercantile organization, this institute lives an almost folkloric status. With each day more relative, the legislative and judicial disdain for itself reveals the ignorance of its fundamentals, its importance in the national regulatory framework and its role in the prospecting of investments. In view of this scenario, and under the *popperian* methodological basis applicable to the social sciences, the objective and merit of this work is to offer legislative and jurisdictional referrals that can serve as a pragmatic basis for the protection of productive investment in Brazil. For this, the paradigms of the limitation of the patrimonial responsibility were debated, analyzing how the guarantor role of the share capital was forgotten in favor of an extended and illegal application of the disregard doctrine. It also reveals the creation of a “school of investment disincentives”, with clear repercussions on companies with limited liability in Brazil. Finally, it is observed that the social

costs of relativizing the limitation of patrimonial responsibility are greater than those of their guarantee, reinforcing the need for legislative reforms and the realignment of the democratic legitimacy of the judges.

Keywords: Limited liability. Patrimonial autonomy. Protection of investment. Proposals.

Sumário: 1. Introdução. 2. Paradigmas da limitação da responsabilidade patrimonial. 2.1. O papel do capital social. 2.2. Sociedade limitada enquanto padrão de associação mercantil nas microempresas e empresas de pequeno porte. 2.3. Relativização da limitação da responsabilidade patrimonial: das raízes (legislativas) aos frutos (judiciais). 3. Sociedade em conta de participação e proteção ao investimento. 3.1. Fronteiras da salvaguarda patrimonial dos investidores. 3.1.1. O rompimento estimulado pela doutrina. 3.1.2. O rompimento executado pelas Cortes trabalhistas. 4. Propostas para a proteção do investimento produtivo. 4.1. Legal: redimensionando a desconsideração da personalidade jurídica. 4.2. Jurisdicional: realinhamento da legitimidade democrática e previsibilidade decisória. 5. Considerações finais.

1. Introdução.

Esse trabalho trata do resgate da responsabilidade limitada e da autonomia patrimonial como fatores de proteção ao investimento produtivo no Brasil. Refiro-me, naturalmente, ao aporte direto de capital em atividades econômicas de múltiplas naturezas, seja da indústria, comércio ou serviços, notadamente ao realizado por pessoas físicas em favor de sociedades empresárias².

2 Doravante, subtenda-se que menções a “investimento” ou “investidor” estarão implicitamente qualificadas como relacionadas diretamente a atividades produtivas tomadoras de risco empresarial, em oposição à rentabilização passiva do capital por meio do depósito em produtos

A oportunidade desse debate acadêmico se dá por razões sistêmicas, a começar pela vivência da maior crise econômica nacional neste século. Os alarmantes dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (“IBGE”) revelam que, no último biênio, nosso Produto Interno Bruto (“PIB”) registrou uma recessão acumulada de 7,4%, percentual sem precedentes históricos³. No mesmo período, a taxa de desocupação da população economicamente ativa aumentou em mais de 100%⁴ – saltando de 6,5% para 13,7% do universo de desempregados –, e o número de pedidos de recuperação judicial registrou crescimento de 114,14%⁵.

Em meio a esse caldeirão de números negativos, vem sendo inexorável a rediscussão de meios de atração e incentivo ao investimento no Brasil – um dos motes, por exemplo, das reformas trabalhista e previdenciária. Além da macroestabilidade fiscal, a segurança jurídica do investidor é vista como um dos pilares para o progresso desenvolvimentista que catalisará a superação do péssimo quadro

financeiros – *v.g.*, poupanças, certificados de depósito, letras de crédito agrícola ou imobiliário, entre outras atividades típicas de poupadores. Essa diferenciação foi tratada por Page e Ferguson, ao apontarem o menor – embora não nulo – grau de risco como fator de diferenciação nessas práticas (PAGE, A. C.; FERGUSON, R. B. *Investor protection*. London: Weidenfeld & Nicolson, 1992, p. 5).

3 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Contas nacionais trimestrais: indicadores de volume e valores correntes*. – Outubro e Dezembro de 2017. Disponível em: “ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas_Nacionais/Contas_Nacionais_Trimestrais/Fasciculo_Indicadores_IBGE/pib-vol-val_201604caderno.pdf”. Acesso em: 31 mai. 2017. p. 13-18.

4 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios contínua – 1º Trimestre de 2017*. Disponível em: “ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Comentarios_Sinteticos/pnadc_201701_trimestre_comentarios_sinteticos_Brasil.pdf”. Acesso em: 31 mai. 2017.

5 SERASA EXPERIAN. *Pedidos de recuperações judiciais aumentam 61,2% no acumulado de 2016, revela Serasa Experian*. Disponível em: “<http://noticias.serasaexperian.com.br/blog/2016/08/08/numero-de-recuperacoes-judiciais-supera-mais-de-1-000-ocorrencias-no-a-no-revela-serasa-experian/>”. Acesso em: 31 mai. 2017.

econômico no qual o país está inserido. Nesse sentido, pronunciavam-se agentes políticos⁶, jornalistas⁷ e representantes industriais⁸.

A insegurança jurídica do ambiente de negócios no Brasil tem uma capilaridade impressionante. Na seara consumerista, intervenções parlamentares impõem súbitas, desnecessárias e inadequadas condutas omissivas ou comissivas aos agentes econômicos⁹. O elemento mais básico do Direito do Trabalho – a configuração da relação de emprego – ainda sofre incertezas sobre conceitos como “habitualidade” e “subordinação”¹⁰. No âmbito tributário, os incontáveis atos normativos primários e secundários reunidos contavam com mais de 41.200 páginas em 2008, pesando um incognoscível “par de hipopótamos”¹¹. Ambientalmente, as competências dos órgãos que compõem o Sistema Nacional do Meio Ambiente são confusas e atra-

6 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Lei trabalhista deve dar segurança jurídica a pequeno empreendedor*. Disponível em: “<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/528110-LEI-TRABALHISTA-DEVE-DAR-SEGURANCA-JURIDICA-A-PEQUENO-EMPREENDEDOR,-DIZ-MINISTRO.html>”. Acesso em: 8 jun. 2017.

7 O GLOBO. *Segurança jurídica*. Disponível em: “<https://oglobo.globo.com/opiniao/seguranca-juridica-20256815>”. Acesso em: 8 jun. 2017.

8 FIESP. Para 77% dos empresários, reforma trabalhista trará mais segurança jurídica. Disponível em: “<http://www.fiesp.com.br/noticias/para-77-dos-empresarios-reforma-trabalhista-trara-mais-seguranca-juridica/>”. Acesso em: 8 jun. 2017.

9 Cf. LEITE, Marcelo Lauer. Regulação (anti)consumerista. *Revista Jurídica da UFRSA*, Mosoró, v. I, n. 1, p. 33-52, jan./jun. 2017, p. 40-46.

10 Nesse sentido, veja-se o debate relativo a criação de vínculo empregatício entre o *Uber* e os motoristas nele cadastrados. Pela negativa de vínculo (Processo nº 1002101-88.2016.5.02.0086), a 86ª Vara do Trabalho de São Paulo entendeu que não haveria como se conceber qualquer forma de subordinação quando o prestador não estiver, ao menos de forma remota, cotidianamente à disposição do tomador. Pelo reconhecimento, a 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte (Processo nº 0011359-34.2016.5.03.0112) entendeu haver subordinação, dado que os motoristas estariam sujeitos “a ordens sobre o modo de desenvolver a prestação dos serviços e a controles contínuos”.

11 EXAME. *Livro com toda lei tributária do Brasil pesa 2 hipopótamos*. Disponível em: “<http://exame.abril.com.br/brasil/livro-gigante-revela-peso-de-impostos-no-pais-2-hipopotas>”. Acesso em: 8 jun. 2017.

sam a obtenção de licenças. Na administração local, Prefeituras desestruturadas concedem e cassam autorizações de funcionamento arbitrariamente, criando novos requisitos ou embaraçando atividades por interesses escusos.

Nesse mar de dificuldades, defender relações juridicamente estáveis para quem cogita investir não pode ser um mero jargão. Não – pelo menos – quando em torno de dez milhões de brasileiros estejam se preparando para disputar vagas em concursos públicos ao invés de aportar seus intelectos, talentos, ideias e forças de trabalho em prol da inovação e geração de riquezas¹²; não quando o Tesouro Nacional garante, com risco irrisório¹³ e simplificado¹⁴, o pagamento de juros anuais de 11% a quem lhe emprestar dinheiro¹⁵.

Para atrair pessoas e capitais ao investimento produtivo, os atores do Direito precisam repensar modelos e práticas, adequando sua estrutura legislativa e aplicativa aos novos tempos. Como fazê-lo?

Embora seja tentador navegar por tantos assuntos de interesse, esta investigação se restringirá à análise e proposição de soluções no principal espectro societário da insegurança jurídica: a limitação da responsabilidade patrimonial.

Criada com o objetivo de resguardar o patrimônio pessoal de cada sócio pelos encargos frente a dívidas oriundas da organização mercantil, a limitação da responsabilidade patrimonial vive um estado quase folclórico. Cada vez mais relativizada, o desdém dos julga-

12 ISTO É. *Concurso: o sonho da estabilidade*. Disponível em: “http://istoe.com.br/46397_CONCURSO+O+SONHO+DA+ESTABILIDADE/”. Acesso em: 8 de jun. 2017.

13 V.g. o de moratória, sem precedentes na história recente da União.

14 Bastando um dispositivo com acesso à internet, qualquer cliente cadastrado pode negociar títulos do Tesouro Nacional com comandos rápidos e intuitivos.

15 Taxa garantida na data pesquisada para os adquirentes de Letras do Tesouro Nacional com vencimento em 2023. TESOURO DIRETO. *Rentabilidade dos títulos públicos*. Disponível em: “<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/tesouro-direto-precos-e-taxas-dos-titulos/>”. Acesso em 8 de jun. 2017.

dores para consigo revela não apenas a ignorância de seus fundamentos, mas também de sua importância no marco regulatório nacional e de seu papel na prospecção de investimentos.

Face a esse cenário e sob a base metodológica *popperiana* aplicável às ciências sociais¹⁶, o objetivo deste trabalho é oferecer encaminhamentos de ordem legislativa e jurisdicional que possam servir de base pragmática para a proteção do investimento no Brasil. Nesse afã, serão inicialmente debatidos os paradigmas da limitação da responsabilidade patrimonial, analisando-se como o papel garantidor do capital social foi esquecido em prol de uma dilatada e ilegal aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, criando-se uma escola de desincentivo ao investimento. Mostrar-se-á que, para além do modelo-padrão de associação mercantil – as sociedades limitadas –, essa escola gera reflexos até mesmo nas seculares sociedades em conta de participação. Ao final, serão detalhadas as propostas supracitadas, enfatizando-se: (i) o necessário redimensionamento legislativo e (ii) o realinhamento da legitimidade democrática jurisdicional.

2. Paradigmas da limitação da responsabilidade patrimonial.

Designar uma sociedade como empresária implica reconhecer a existência preponderante de capital operacional em risco. Como leciona Romano Cristiano, é ínsita à atividade empresarial a incerteza de se enfrentar problemas jurídicos registrares, falimentares, recuperacionais e tributários que possam levar um negócio ao colapso¹⁷. A

16 A construção pretendida se baseia na metodologia epistemológica de Karl Popper (POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004), pela qual o conhecimento se começa a partir de *problemas* criados pela observação.

17 CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 192-193.

elas, associam-se âleas gerenciais, econômicas ou mercadológicas representadas pela tomada de decisões ruins, endividamento, conflitos intrassocietários, surgimento de novos concorrentes, produtos ou tecnologias – para além de exigências legislativas, administrativas ou judiciais – que podem inviabilizar a permanência de um *player* no mercado.

Assustador? Não para os empreendedores, afinal, o risco de perda total ou parcial de um aporte financeiro faz parte do investimento¹⁸. Entretanto, é quando não há segurança jurídica sobre as fronteiras dessa perda que a questão se torna substancialmente mais perigosa.

Tradicionalmente, a fronteira estabelecida como forma de delimitação das perdas é ligada à personalidade jurídica. A pessoa jurídica, enquanto centro autônomo de imputação, possui direitos e deveres dissociados das pessoas de seus membros¹⁹ e, consequentemente, autonomia patrimonial²⁰.

18 “Do ponto de vista econômico, o empresário exerce três funções: (a) organizar os fatores de produção, com a constituição ou expansão da empresa; (b) administrar e gerir a empresa, com a direção das atividades sociais, organizadas com maior ou menor complexidade numa estrutura hierarquizada; e (c) assumir os riscos empresariais, inerentes à produção e à incerteza da receita auferida com a venda de bens e serviços produzidos” (LORIA, Eli; MENDES, Hélio Rubens de Oliveira. *Capital social: noções gerais*. *Revista de direito bancário e mercado de capitais*, São Paulo, v. 58, p. 349-382, 2012, p. 350).

19 WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 97.

20 GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Regime jurídico do capital autorizado*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 6-7; GONÇALVES, Oksandro. Os princípios gerais do Direito Comercial autonomia patrimonial da pessoa jurídica, limitação e subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, v. 58, p. 183-202, 2012, p. 185-188; CORREIA, A. Ferrer. A autonomia patrimonial como pressuposto da personalidade jurídica. In: CORREIA, A. Ferrer (org.). *Estudos vários de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982, p. 548: “O conceito de autonomia patrimonial assume significações várias. Na mais corrente, ele exprime um determinado comportamento de certa massa de bens quanto à responsabilidade pelas dívidas assumidas na sua administração ou exploração. Depois, uma tal autonomia é ainda susceptível de gradações diversas. Na sua modalidade mais perfeita, ela traduz um duplo fenómeno: por um lado, o da insensibilidade

Levando esse raciocínio ao contexto mercantil, a sociedade empresária é formada a partir de um processo de separação de capital: sócios apartam, de seu próprio patrimônio pessoal, os bens²¹ necessários para o desempenho profissional de atividade econômica organizada visando à prestação de serviços ou à produção ou circulação de mercadorias²², moldando o chamado capital social.

2.1. O papel do capital social.

Em que pese o aperfeiçoamento ao longo do tempo, a ideia de capital social já surgiu remontando às suas funções interna e externa. Como descrito por Fulgêncio Peixoto²³, pela primeira, ele fixa a relação patrimonial entre os sócios e regula a participação destes nos lucros e nos riscos, conforme sua contribuição, por meio de quotas; pela segunda, confere segurança patrimonial dos terceiros que entabulem negócios jurídicos com a sociedade. Mostra-se, portanto, como um índice de solvabilidade social²⁴.

dos bens em causa a outras dívidas, que não as relacionadas com o fim especial a que eles se encontram afectados; por outro lado, o da insensibilidade às referidas obrigações de qualquer outro património”.

21 Assim considerados os economicamente apreciáveis – *v.g.*, dinheiro, móveis, imóveis, créditos, etc.

22 CRISTIANO, Romano. *Op. cit.*, p. 109; FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v. III, p. 73; 107 “Desde êsse momento, a nenhum sócio assiste mais qualquer parcela dominical, nem mesmo idealmente, sôbre o novo patrimônio, ou seja, o patrimônio social [...] O patrimônio social é, pois, da sociedade. Só e exclusivamente, dela. E ela, inteiramente distinta de seus sócios, investe-se de poder autodeterminativo, como senhora de seus direitos e escrava de suas obrigações. Movimenta-se livremente. Age. Contrata. Adquire. Onera. Alinea. Tem ádito em juízo, como autora, ré, ou interveniente, para litigar até contra seus próprios sócios, de tal modo sua personalidade da de todos êles se distingue, marcada e inconfundivelmente”.

23 PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *A sociedade por cota de responsabilidade limitada*: doutrina, jurisprudência, legislação e prática. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. I, p. 122.

24 CAVALLI, Cássio. Notas sobre a disciplina do capital social nas sociedades limitadas. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, a. 10, n. 2, p. 63-84, mai./ago. 2013, p. 67-68: “Diz-se

Seis décadas após essa clássica contribuição à dogmática jurídica, ela segue sendo útil, merecendo poucos retoques – *v.g.* o acréscimo de suas funções políticas²⁵ e de autofinanciamento. De mais a mais, ao regular a participação nos lucros e riscos, o capital social também atribui aos sócios uma segurança patrimonial recíproca e interna, indispensável à formulação de métricas adequadas de governança.

Essa segurança interna não é privilégio de um ou outro tipo societário. Vejamos o caso das esquecidas sociedades em nome coletivo. Nelas, todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais²⁶. Onde estaria, então, a segurança? Precisamente no respeito a acordos societários que tratem de limites internos sobre a responsabilidade de cada quotista²⁷, legitimando demandas regressivas que redistribuam, na forma capitulada pelos consórcios, eventuais condenações à guisa da solidariedade.

Apesar disso, é de se reconhecer que acionar mecanismos convencionais internos para o reequilíbrio de ônus não é algo que se possa reputar simples, tampouco econômico. Outrossim, a inexistên-

índice de solvabilidade apenas pela seguinte razão: as sociedades personificadas possuem patrimônio, entendido como a universalidade jurídica formada por todas as suas relações jurídicas dotadas de valor econômico. Por este motivo, as sociedades responderão por suas dívidas com todos os seus bens, presentes e futuros, consoante a regra da responsabilidade patrimonial (CC, art. 391; CPC, art. 591). Os bens que, a título de integralização do capital, foram transferidos para a sociedade integram o patrimônio da sociedade e, portanto, respondem pelas obrigações sociais”. Cf., ainda, GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Op. cit.*, p. 28-32. Para uma ponderação mais crítica desse aspecto, cf. TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. São Paulo: LTr, 2007, p. 175-178.

25 CAVALLI, Cássio. *Op. cit.*, p. 67-68; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Op. cit.*, p. 275-276. Para Carvalho de Mendonça, esse atributo seria pertencente a cada fração do capital social – quota ou ação –, não a ele em si (MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. III, p. 71).

26 Código Civil: “Art. 1.039. Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais”.

27 Código Civil: “Art. 1.039. [...] Parágrafo único. Sem prejuízo da responsabilidade perante terceiros, podem os sócios, no ato constitutivo, ou por unânime convenção posterior, limitar entre si a responsabilidade de cada um”.

cia do benefício de ordem e o impacto inicial sobre os bens dos sócios com patrimônio mais líquido ou liquidável são fatores desabonadores da contratação das sociedades em nome coletivo – mal parecido com o ocorrente no âmbito dos comanditados das sociedades em comandita simples e por ações²⁸.

Paralela e historicamente, a criação de sociedades anônimas sempre foi burocrática e custosa, dependendo, por muitas décadas, de autorização governamental²⁹. Nesse ambiente propício, o Brasil, a exemplo de outras nações³⁰, importou da Inglaterra a ideia e parcela do desenvolvimento jurídico das hoje chamadas sociedades limitadas.

Legalizado este novo modelo societário³¹, parecia finalizado

28 Código Civil: “Art. 1.045. Na sociedade em comandita simples tomam parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota”; “Art. 1.091. Somente o acionista tem qualidade para administrar a sociedade e, como diretor, responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade. § 1º Se houver mais de um diretor, serão solidariamente responsáveis, depois de esgotados os bens sociais”. Como se vê, na sociedade em comandita por ações, a responsabilidade solidária se dá apenas entre os sócios, não entre estes e a sociedade – há, pois, benefício de ordem.

29 Decreto nº 575/1849: “Art. 1º Nenhuma Sociedade anonyma poderá ser incorporada sem autorização do Governo, e sem que seja por elle approvedo o Contracto, que a constituir. Art. 2º As pessoas que quizerem fundar huma Sociedade anonyma dirigirão sua petição, na Côrte ao Ministro competente, e nas Provincias aos respectivos Presidentes. Esta petição será assignada por todos os interessados, salvo o caso em que o Contracto constitutivo da Sociedade dê para esse fim poderes a hum ou mais d’entre eles”. Código Comercial de 1850: “Art. 295 – 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”. Na doutrina, cf. FERREIRA, Waldemar. Op. cit. p. 385-387.

30 Notadamente França (1867), Portugal (1901) e Áustria (1906) – MARTINS, Fran. *Sociedades por quotas no direito estrangeiro e brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. I, p. 19-20; FERREIRA, Waldemar. Op. cit., p. 383-385.

31 Pioneiramente no Brasil pelo Decreto nº 3.708/1919 – PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto. São

um longo processo de transferência de riscos: a partir de então, estes se limitariam ao montante do capital social³² – desde que integralizado. Assim, se outrora a incerteza poderia ser suportada pelos bens pessoais dos sócios, a formação do capital social – dada por meio de um processo de separação patrimonial –, no seio das sociedades limitadas, passou a acarretar uma importação de riscos para o perímetro de titularidade da pessoa empresária, livrando os bens dos sócios de responsabilidade por dívidas ou ônus oriundos da atividade exercida.

2.2. Sociedade limitada enquanto padrão de associação mercantil nas microempresas e empresas de pequeno porte.

A clara vantagem na limitação da responsabilidade patrimonial, aliada à aparente simplicidade de constituição e funcionamento, alçou a sociedade limitada ao topo das formalizações de associações mercantis no Brasil. Dados do Departamento Nacional de Registro do Comércio (“DNRC”) de 2005³³ apontavam que mais de 99,4% das sociedades empresárias constituídas no Brasil eram limitadas. Quanto às demais, cerca de 0,5% eram sociedades anônimas; 0,1%, outros ti-

Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 434-435 “A criação atendeu à necessidade [...] de se poder concluir contrato de sociedade com restrição de responsabilidade, a fim de que os sócios se pudessem forrar aos riscos do negócio, da atividade dos outros sócios e da própria atividade. [...] Sem se sair do campo das sociedades pessoais, obteve-se a limitação – melhor, a restrição – da responsabilidade que a sociedade por ações havia obtido. Foi como ponto intermédio entre sociedade em nome coletivo e a sociedade por ações”.

32 Decreto nº 3.708/1919: “Art. 2º O título constitutivo regular-se-há pelas disposições dos, *devendo estipular ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social*”. (grifos do autor). Não poderia deixar de ser assim, afinal, o objetivo maior do sócio de uma sociedade limitada é exercer atividade econômica com a salvaguarda de seu patrimônio particular. Do contrário, esse tipo societário seria inútil (CAMPOS, Aline França. Análise econômica do direito e responsabilidade dos sócios de sociedade limitada. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, a. 10, n. 2, p. 45-61, mai./ago. 2013, p. 51-52).

33 DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DE COMÉRCIO. *Sociedades constituídas no Brasil*. Disponível em: “<http://www.dnrc.gov.br/Estatisticas/Caep0100.htm>”. Acesso em: 23 nov. 2011.

pos societários. Com a extinção do DNRC e a assunção de suas atividades pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração (“DREI”)³⁴, essas importantes medições foram descontinuadas e substituídas por uma apuração periódica, consolidada na seguinte tabela:

Número de sociedades empresárias constituídas por ano no Brasil

	2015	2016	2017 ³⁵
Sociedade limitada	210.101	174.522	39.776
Sociedade anônima	2.365	1.983	526
Outras sociedades empresárias	1.549	504	140

Fonte: DEPARTAMENTO DE REGISTRO EMPRESARIAL E INTEGRAÇÃO. Relatório estatístico mensal nacional. Disponível em: “<http://drei.smpe.gov.br/assuntos/estatisticas/relatorio-mensal>”. Acesso em 28 de jun. 2017.

Pelos números mais recentes do DREI, vê-se que 98,17% das sociedades empresárias constituídas no Brasil em 2015 foram limitadas. Em 2016, o percentual foi de 98,59%, tendência seguida até o momento em 2017 (98,35%). Tais dados permitem afirmar que as sociedades limitadas seguem sendo o principal modelo de associação mercantil no Brasil, com esmagadora superioridade sobre qualquer outra forma coletiva de exploração empresarial.

A essa supremacia estatística, alie-se o visto na praxe jurídica: microempresas e empresas de pequeno porte, em fase de constituição ou reestruturação, sendo financiadas pela aquisição de quotas por sócios de responsabilidade limitada. Essa percepção particular, deflagrada por um inevitável viés de disponibilidade³⁶, ganha relevo

34 Decreto Presidencial nº 8.001/2013.

35 Até o dia 28.06.2017, os dados disponíveis só abrangiam os meses de janeiro a março.

36 O Nobel de Economia Daniel Kahneman define a heurística da disponibilidade como o processo de julgar a frequência segundo a “facilidade com que as ocorrências vêm à mente” (KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 165-168).

quando ratificada por investigações empíricas, como a realizada pelo Núcleo de Estudos em Mercados e Investimentos da Fundação Getúlio Vargas. Analisando os padrões estatísticos da Junta Comercial do Estado de São Paulo, o grupo de pesquisa concluiu que quase 80% das sociedades limitadas possuem capital social inferior a 50 mil reais.³⁷ Independentemente deste, 52,50% são enquadradas como microempresas; 11%, empresas de pequeno porte³⁸.

Afora o regime de enquadramento fiscal, é certo que, na qualidade de consócio de responsabilidade limitada, o investidor passa a ter um espectro mais claro e seguro de direitos. Dentro da estrutura de poder político-societário, somam-se prerrogativas de fala, voto e informação, além da franca possibilidade de retirada com a subsequente apuração de haveres. Nesse contexto, inegável admitir a potencial influência sobre os rumos da administração societária, exercitável por quem capitaliza o negócio.

2.3. Relativização da limitação da responsabilidade patrimonial: das raízes (legislativas) aos frutos (judiciais).

Obviamente, nem só de flores é trilhado o regime jurídico do investidor que opte pela via da associação mercantil através da constituição ou reestruturação de uma sociedade limitada. Aos direitos supracitados, adere-se um ônus duro e com escala ostensiva nos últimos tempos: o risco ao seu patrimônio particular.

Nas origens do Decreto nº 3.708/1919, poucos fatos justificavam o rompimento da cortina patrimonial que protegia os bens dos sócios com capital integralizado das dívidas constituídas pela socie-

37 MATTOS FILHO, Ary Oswaldo et al. *Radiografia das sociedades limitadas*. Núcleo de Estudos em Mercados e Investimentos da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: "<http://direitosp.fgv.br/nucleo-de-pesquisas/nucleo-de-estudos-mercados-investimentos>". Acesso em: 25 jun. 2015, p. 2.

38 MATTOS FILHO, Ary Oswaldo et al. Op. cit., p. 2.

dade – *v.g.* a prática de atos *ultra vires* pelo administrador³⁹. Acaso o quotista fosse apenas um investidor não gestor, seu risco se resumia à aceitação de deliberações infringentes ao contrato social ou à lei⁴⁰.

Com o passar do tempo, a responsabilidade do sócio não administrador foi ganhando corpo em outros instrumentos normativos. No Código Tributário Nacional (“CTN”), por exemplo, também fez-se constar que os quotistas são solidariamente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos⁴¹. Tanto no CTN quanto no Decreto nº 3.708/1919, a preocupação era a de que a personalidade jurídica e a autonomia patrimonial fossem utilizadas como escudos para o uso fraudulento da sociedade.

A esse valor já positivado, aliou-se a penetração da *disregard doctrine*⁴² anglo-saxã no Brasil, influenciando decisões judiciais des-

39 “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”.

40 “Art. 16. As deliberações dos socios, quando infringentes do contracto social ou da lei, dão responsabilidade ilimitada áquelles que expressamente hajam ajustado taes deliberações contra os preceitos contractuae ou legaes”. Na doutrina, cf. FERREIRA, Waldemar. Op. cit., p. 455-456.

41 “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: [...] VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas. [...] 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; [...]”

42 No direito brasileiro e comparado, muitas expressões a designam: desconsideração da personalidade jurídica; desestimação da forma da pessoa jurídica; *disregard of legal entity*; *lifting the corporate veil*; *teoría de la desestimación*; *missachtung der rechtsform der juristischen person*; *durchgriff der juristischen personen* (REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). *Revista dos Tribunais*, v. 803, p. 751-764, 2002, p. 753-759; BLOK, Marcella. Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 59, p. 91-167, jan./mar. 2013, p. 140-142; COX, James D.; HAZEN, Thomas Lee. *On corporations: including unincorporated forms of doing business*. 2. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, v. I, p. 274-282).

de a década de 60⁴³. Seus frutos mais simbólicos foram, sem dúvida, os constantes do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”) e do Código Civil (“CC”). Enquanto pela lei geral⁴⁴ a desconsideração pode ser declarada no caso de abuso da personalidade jurídica – caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão entre os patrimônios dos sócios e da sociedade –, o estatuto consumerista elenca uma série de fenômenos⁴⁵ passíveis de gerá-la para, ao fim, liberá-la sempre que a personalidade jurídica “for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”⁴⁶.

Efetivada a desconsideração, a limitação da responsabilidade dos cotistas não está sequer adstrita à sua participação no capital social⁴⁷. Grosseiramente, o CDC rasgou a cortina da autonomia patrimonial

43 TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 794, p. 76-94, 2001, p. 82-83: “De imediato, há que ressaltar que a desconsideração prescinde de fundamentos legais para a sua aplicação, existindo inclusive algumas manifestações jurisprudenciais como o julgamento da 11.ª Vara Cível do Distrito Federal em 25.02.1960, Juiz Antônio Pereira Pinto, anteriores a qualquer positivação da doutrina. Não se trata da aplicação de um dispositivo que autoriza a desconsideração, mas da não aplicação no caso concreto da autonomia patrimonial da pessoa jurídica que está indevidamente usada. Nada mais justo do que conceder ao Estado, através da Justiça, a faculdade de verificar se o privilégio, que é a personificação, e conseqüentemente a autonomia patrimonial, é direito que está sendo adequadamente realizado, pois assim obsta-se o alcance de resultados contrários ao direito”.

44 Art. 50.

45 “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; Nesse mesmo sentido, veja-se o diploma normativo concorrencial brasileiro (Lei Federal nº 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”.

46 Redação do seu art. 28, § 5º.

47 ABRÃO, Nelson. *Sociedades limitadas*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 254.

nial protetiva e incentivadora de investimentos. Por seu art. 28, § 5º, sempre que a sociedade não tenha como cobrir débitos originados em relações consumeristas, lá estará o patrimônio dos sócios – ainda que investidores sem funções administrativas – à disposição jurisdicional.

Pior. Ao demandar a pura existência de “obstáculos ao ressarcimento”, o CDC abriu mão da necessidade de esgotamento dos bens societários, de modo que fatos como a iliquidez patrimonial, o desinteresse em adjudicação ou a falta de arrematantes se encontram perfeitamente aderidos a seu comando normativo, suscitando a chamada dos quotistas à responsabilização pessoal quando este for o meio mais fácil. Nesse sentido, é franca a jurisprudência⁴⁸, ao arrepio de

48 “RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SHOPPING CENTER DE OSASCO-SP. EXPLOSÃO. CONSUMIDORES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PESSOA JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO. TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR. LIMITE DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS.. REQUISITOS. OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES. ART. 28, § 5º – Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum – A teoria maior da desconconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconconsideração) – A teoria menor da desconconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica – A aplicação da teoria menor da desconconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do art., do, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores – Recursos especiais não conhecidos”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 279273/SP. Terceira

boa parte da doutrina que, ignorando o papel da limitação da responsabilidade patrimonial, aceita ou tolera esse mecanismo como uma grande conquista consumerista⁴⁹.

Infelizmente, o descêdo do Direito do Consumidor para com a limitação da responsabilidade patrimonial nas sociedades personificadas criou uma escola de desincentivo ao investimento repercutida na seara ambiental. Sem pudores, ao disciplinar as responsabilidades civil, administrativa e penal de quem comete infrações dessa ordem, a Lei Federal nº 9.605/1998 também prevê que a pessoa jurídica pode ser desconsiderada “sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”⁵⁰. Colhendo essa semente legislativa, há decisões judiciais que

Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 4 dez. 2003. Data de Publicação: 29 mar. 2004); Cf., ainda, BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0005949-15.2014.8.19.0000. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo. Data de Julgamento: 26 mar. 2014. Data de Publicação: 28 mar. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Agravo de Instrumento nº Quarta Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Manoel Tenório dos Santos. Data de Julgamento: 20 jan. 2011. Data de Publicação: 4 fev. 2011; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº Décima Terceira Câmara Cível. Relator: Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho. Data de Julgamento: 14 mai. 2013. Data de Publicação: 27 mai. 2013; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº Sétima Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Mendes Pereira. Data de Julgamento: 4 dez. 2013. Data de Publicação: 4 dez. 2013; BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº Câmara Especial Regional de Chapecó. Relator: Des. Luiz Felipe Schuch. Data de Julgamento: 21 mar. 2016. Data de Publicação: 31 mar. 2016, entre inúmeros outros julgados.

49 Cf. NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 471; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. Salvador: Juspodvm, 2013, p. 256-257; BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 78-82. Contra, embora por fundamentos no âmbito da construção do conceito da *disregard doctrine*, e não da limitação da responsabilidade patrimonial, cf. TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 388-389. Ressaltando a importância da “pessoa jurídica”, cf. TO-MAZETTE, Marlon. Op. cit., p. 90-91.

50 Redação de seu art. 4º. Curioso como a doutrina ambiental se mostra perdida quando trata da desconsideração da personalidade jurídica constante da Lei Federal nº 9.605/1998. Em que pese o diploma normativo tratar, como faz o CDC, da quebra da autonomia patrimonial ante

apontam, com fundamento no dispositivo sobredito, a solidariedade dos quotistas para com a sociedade no que tange ao cumprimento de suas obrigações relacionadas à sua área de regulamentação⁵¹.

Conscientemente ou não, o direito brasileiro transbordou os limites da *disregard doctrine*. As amplas autorizações consumeristas e ambientais superaram as clássicas teorias maior e menor,⁵² criando uma versão tupiniquim da desconsideração da personalidade jurídica: a “teoria do obstáculo”⁵³! Por ela, não há sequer como se falar em

tão somente a existência de obstáculos – sem qualquer requisito subjetivo –, os autores supõem (expressa ou tacitamente) ser necessária a existência de abuso de direito. Cf. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Chirstiany Pegorari. *Crimes ambientais*. Ebook. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54-56; ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 460; ALBERGARIA, Bruno. *Direito ambiental e a responsabilidade civil das empresas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 144-145.

51 “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO AMBIENTAL. PESSOA JURÍDICA. OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO. CASO DE DESCONSIDERAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS SÓCIOS. REDIRECIONAMENTO. PRECEDENTE DO STJ. EXEGESE DO ART.DA LEI/98. RECURSO PROVIDO” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70047445424. Primeira Câmara Cível. Relator: Des. Irineu Mariani. Data de Julgamento: 8 ago. 2012. Data de Publicação: 23 ago. 2012); Cf., ainda, BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 10110090218204001 Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Afrânio Vilela. Data de Julgamento: 2 abr. 2013. Data de Publicação: 15 abr. 2013; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2013065-77.2013.8.26.0000. Primeira Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Relator: Des. Torres de Carvalho. Data de Julgamento: 1 out. 2013. Data de Publicação: 1 out. 2013; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Agravo de Instrumento nº 1401426-86.2015.8.12.0000. Primeira Câmara Cível. Relator: Des. Divoncir Schreiner Maranhão. Data de Julgamento: 30 jun. 2015. Data de Publicação: 6 jul. 2015, entre inúmeros outros julgados.

52 Em linhas gerais, a teoria maior é a desenvolvida no Código Civil, exigindo a existência de abuso da personalidade jurídica para a declaração da *disregard doctrine*. Por sua vez, a teoria menor seria a prevista no CDC, embora sujeita à insuficiência de bens no patrimônio da pessoa jurídica. Por todos, cf. COELHO, Fábio Ulhoa. A teoria maior e a teoria menor da desconsideração. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais* São Paulo, v. 65, p. 21-30, 2014, p. 25-27; GALLO, Giovanna Mazetto; CRUZ, Pedro Santos. Princípio da separação patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica. Observância aos requisitos do art. 50 do CC/2002 – comentários ao AgIn 667.552-4/8-00 do TJSP. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, v. 50, p. 276-283, 2010, p. 282-283.

53 Como aponta Warde Júnior sobre o art. 28, § 5º, do CDC, “[...] não é possível encontrar-se

subsidiariedade na responsabilidade dos quotistas, afinal, não é preciso prévio esgotamento dos bens societários suscetíveis de quitar a dívida. Basta, tão somente, dificuldade em consegui-los.

Um dos reflexos mais marcantes desse fenômeno se verifica no âmbito das decisões trabalhistas. Com efeito, a Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”) não contempla norma específica acerca da desconsideração da personalidade jurídica como meio para a satisfação dos créditos laborais. Apesar disso, seu art. 8º, parágrafo único⁵⁴, admite o manejo do direito comum como fonte subsidiária naquilo que não lhe for incompatível, encurtando o acesso integrativo dos tribunais à fonte geral da *disregard doctrine*: o art. 50 do CC.

Já vimos que o Código Civil estabelece um requisito claro para a declaração da desconsideração da personalidade jurídica: seu uso abusivo caracterizado por (i) desvio de finalidade ou (ii) confusão patrimonial. Pois bem. Há anos, a Justiça do Trabalho ignora solenemente a necessidade de demonstração das hipóteses requeridas pela lei geral, adotando uma presunção de abuso da personalidade jurídica e transferindo o ônus dessa prova aos quotistas, que têm a execução redirecionada contra seu patrimônio pessoal. Independentemente da causa, as Cortes trabalhistas não aplicam o art. 1.052 do CC⁵⁵, fazendo que a responsabilidade patrimonial dos sócios de LTDAs seja, em regra e contraditoriamente, ilimitada⁵⁶. Para tanto,

no suporte fático da norma em tela as características da teoria da desconsideração” (WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Op. cit., p. 297).

54 “Art. 8. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

55 “Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.

56 WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Op. cit., p. 292-293.

chegam a se albergar do art. 28 do CDC⁵⁷ – uma norma especial –, em afronta ao art. 8º, parágrafo único, da CLT.

É claro que a redistribuição do ônus da prova, da forma como é feita pelos magistrados laborais, é *contra legem*⁵⁸. Até mesmo as exceções processuais que a permitiriam⁵⁹ são inaplicáveis, uma vez tratar-se de prova negativa de difícil ou impossível produção, com raríssima ilidibilidade – mesmo quando os quotistas demonstram que a insuficiência dos bens societários se deve à descapitalização originária do negócio ou, até mesmo, a decisões administrativas que, embora ruinosas, sejam insindicáveis pela *business judgement rule*⁶⁰.

57 “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. DIREITO DE PROPRIEDADE. SÓCIO. GRUPO ECONÔMICO. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Decisão regional mantenedora da desconsideração da personalidade jurídica, à conta da caracterização do grupo econômico, da insuficiência patrimonial da executada principal à satisfação do crédito trabalhista e do esgotamento das vias executórias. A manutenção de gravame judicial em patrimônio de sócio da agravada, nada obstante firma individual, incluído no pólo passivo na fase de execução, não caracteriza ofensa direta e literal ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII), respaldada a desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico (CPC, art. 592 c/c Lei nº 8.078/90, art. 28) [...]”. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 402401920045120006 40240-19.2004.5.12.0006. Sexta Turma. Relator: Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Data de Julgamento: 12 set. 2007. Data de Publicação: 28 set. 2007); Cf., ainda, BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 254900-50.2000.5.05.0012. Quarta Turma. Relator: Juiza Conv. Helena Sobral Albuquerque e Mello. Data de Julgamento: 19 fev. 2003. Data de Publicação: 7 mar. 2003; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 7105140-82.2004.5.09.0002. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de Julgamento: 17 mai. 2006. Data de Publicação: 2 jun. 2006, sem falar em inúmeras decisões no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho.

58 Código de Processo Civil: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; [...]”.

59 Código de Processo Civil: “Art. 373. [...] § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos docaputou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

60 PÁDUA, José Elias Alvarenga de. Responsabilidade patrimonial dos sócios e dos eventuais

Nesse ambiente de ataques multilaterais à limitação da responsabilidade patrimonial, a promulgação do novo Código de Processo Civil (“CPC”) trouxe uma nova esperança de segurança jurídica aos investidores, disciplinando o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, o rito suspende o processo e é cabível em todas as suas fases, inclusive as executivas⁶¹.

Diante dessa inovação, o próprio Plenário do TST – que sempre adotou a teoria menor da desconconsideração da responsabilidade jurídica – editou Instrução Normativa expressando a aplicabilidade do incidente ao processo do trabalho⁶². Adaptando as normas especiais da CLT aos comandos do CPC, aquele ato normativo consignou apenas uma ressalva: a iniciativa executiva do juiz laboral segue mantida, por força do art. 878, *caput*⁶³, da lei trabalhista.

Surpreendentemente, o combo “CPC + Instrução Normativa” ainda não foi suficiente para forçar a totalidade dos magistrados trabalhistas a cumprir o Direito posto. O resultado pode ser aferido em

ex-sócios pelas obrigações trabalhistas contraídas pela sociedade. *Revista de direito mercantil, industrial e econômico*, São Paulo, n. 148, p. 59-89, 2007, p. 76-77.

61 Código de Processo Civil: “Art. 133. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo [...] Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial [...] § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º. § 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica”.

62 Instrução Normativa nº 39/2016, veiculada na Resolução nº 203/2016: “Art. 6. Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878)”.

63 “Art. 878. A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior [...]”.

alguns precedentes regionais, que seguem firmes na fé cega de que a iniciativa executiva do juiz do trabalho o isentaria de instaurar o incidente de desconsideração de personalidade jurídica⁶⁴.

Não se trata disso.

Sem margem a dúvidas, o atual retrato normativo indica que, na fase executiva, o magistrado pode instaurar o incidente de ofício, somando-se a legitimidade ativa da CLT (art. 878, *caput*) à do CPC (art. 133, *caput*). Em que pese ser este o sentido para o qual vem se reorientando a maioria dos arestos⁶⁵, a resistência ainda é forte, che-

64 Confira-se trecho do inteiro teor de acórdão proferido no âmbito Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, o qual, mesmo fazendo referência à Resolução TST nº 203/2016, confere-lhe interpretação diametralmente oposta: “Irresignados, os executados arguem a nulidade da r. decisão de 1º grau, alegando violação ao devido processo legal, por desrespeito ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 e seguintes, do CPC. Sem razão. A possibilidade da execução de ofício singulariza o processo do trabalho desde seu surgimento. O impulso oficial em sede de execução articula-se com o princípio que consagra o direito à razoável duração do processo como uma das garantias fundamentais do cidadão, inscrito no Texto Constitucional em vigor [...] Também o Diploma Consolidado (artigo 878, *caput*) confere ao juiz o poder-dever de promover a execução de ofício, em perfeita harmonia com o artigo 765, que faculta ao juiz a adoção de todas as medidas necessárias à efetividade processual, dentre as quais se incluem as providências executivas aptas a cumprimento de decisão judicial transitada em julgado. Nessa ordem, pode e deveo magistrado proferir decisão interlocutória fundamentada, quando comprovada a insuficiência de bens da sociedade executada, a fim de desconsiderar a personalidade jurídica do ente empresarial e direcionar a execução para os bens patrimoniais dos sócios. No mesmo sentido, a Instrução Normativa nº 39, que em seu artigo 6º prevê: Art. 6º – Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878)” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região. Agravo de Petição nº 0002100-17.2007.5.01.0005. Quinta Turma. Relator: Des. Marcia Leite Nery. Data de Julgamento: 30 mai. 2017. Data de Publicação: 13 jun. 2017). Em sentido congênere, cf. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. Agravo de Petição nº 00005364320135040802. Seção Especializada em Execução. Relator: Des. Cleusa Regina Halfen. Data de Julgamento: 13 jun. 2017. Data de Publicação: 20 jun. 2017.

65 “AGRAVO DE PETIÇÃO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INICIATIVA DE OFÍCIO NA FASE DE EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. A iniciativa do Juiz do trabalho para instaurar incidente de desconsideração da personalidade jurídica do devedor, na fase de execução, está assegurada no art. 878 da CLT c/c o art. 6º da IN nº 39/2016 do TST. Existindo previsão expressa na legislação trabalhista cuidando da legitimidade ativa para a

gando ao cúmulo de um órgão colegiado negar a aplicação do incidente por considerá-lo um “contribuidor da morosidade processual” e um “desserviço à efetividade da prestação jurisdicional”⁶⁶. *Au revoir*, garantias processuais!

execução, incluindo a atuação de ofício do próprio juiz responsável pelos atos executórios, não há porque se questionar a sua aplicabilidade em razão do novo regramento processual civilista. Agravo de petição conhecido e não provido” (PARAÍBA. Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região. Agravo de Petição nº 0130201-62.2014.5.13.0015. Segunda Turma. Relator: Des. Wolney de Macedo Cordeiro. Data de Julgamento: 13 dez. 2016. Data de Publicação: 25 jan. 2017). Cf., ainda, MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Agravo de Petição nº 0001727-90.2013.5.03.0143. Décima Turma. Relatora: Des. Taisa Maria Macena de Lima. Data de Julgamento: 31 mai. 2017. Data de Publicação: 6 jun. 2017; PERNAMBUCO. Tribunal Regional do Trabalho 6ª Região. Agravo Regimental nº 0000191-62.2017.5.06.0000. Tribunal Pleno. Relator: Des. Fabio Andre de Farias. Data de Julgamento: 6 jun. 2016. Data de Publicação: 12 jun. 2017; SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. Agravo de Petição nº 00260-1996-030-12-00-2. Segunda Turma. Relator: Des. Roberto Luiz Guglielmetto. Data de Julgamento: 29 jun. 2016. Data de Publicação: 12 jul. 2016; SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. Agravo de Petição nº 00088007220015020043. Décima Quarta Turma. Relator: Des. Francisco Ferreira Jorge Neto. Data de Julgamento: 4 ago. 2016. Data de Publicação: 11 ago. 2016; PARAÍBA. Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região. Agravo de Petição nº 0131170-76.2015.5.13.0004. Segunda Turma. Relator: Des. Wolney de Macedo Cordeiro. Data de Julgamento: 19 dez. 2016. Data de Publicação: 27 jan. 2017; RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região. Mandado de Segurança nº 01007864420165010000. SEDI-2. Relator: Des. Volia Bomfim Cassar. Data de Julgamento: 15 set. 2016. Data de Publicação: 28 set. 2016; MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Sétima Turma. Agravo de Petição nº 0001727-90.2013.5.03.0143. Relatora: Des. Sabrina de Faria Fróes Leão. Data de Julgamento: 24 nov. 2016. Data de Publicação: 2 dez. 2016.

66 “INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. O rito do incidente de desconsideração da personalidade jurídica doapenas contribui para a morosidade processual, além de ser um desserviço à efetividade da prestação jurisdicional. O incidente só interessa ao mal pagador, que no caso do processo do trabalho é uma empresa ou um empresário que explorou, de forma irresponsável, o trabalho alheio, ferindo, por consequência, normas de direitos fundamentais. Não tem o menor sentido falar em garantias de direitos fundamentais processuais ao infrator da ordem jurídica quando essas garantias destroem a eficácia de direitos fundamentais materiais, até porque na desconsideração da personalidade seguida da penhora de bens não se nega o contraditório apenas este é postergado para que as medidas processuais, que visam a garantir o direito fundamental material, tenham eficácia. Agravo desprovido” (ESPÍRITO SANTO. Tribunal Regional do Trabalho 17ª Região. Agravo de Petição nº 01910003419935170003. Primeira Turma. Relator: Des. Cláudio Armando Couce de Menezes. Data de Julgamento: 7 mar. 2017. Data de Publicação: 13 mar. 2017).

No galope da escola de desincentivo ao investimento, a jurisdição fiscal não ficou para trás. A disciplina do CTN, pensada como um elemento de proteção contra o uso fraudulento da pessoa jurídica, passou a ser aplicada como uma solução punitiva pelo simples inadimplemento societário.

Na primeira década de funcionamento do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), considerava-se como “fraude à lei” o simples inadimplemento das dívidas de cunho tributário, abrindo a via da responsabilidade dos quotistas pelas dívidas societárias⁶⁷. Só após o Código Civil de 2002 houve mudança no entendimento da Corte, quando inúmeros julgados⁶⁸ ressaltaram a possibilidade de redirecionamento da execução fiscal apenas quando houvesse culpa do sócio-administrador.

Nesse novo contexto de responsabilidade subjetiva, o STJ editou a Súmula nº 430, pela qual “o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”. Com isso, a Fazenda Pública precisava criar uma maneira de contornar a análise de mérito das demandas fiscais,

67 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Medida cautelar fiscal – responsabilidade tributária do sócio-gerente (CTN, art. 135). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 739, p. 115-131, 1997, p. 125-126; MORAES, Fabrício Machado de. Responsabilidade patrimonial pessoal de sócios e administradores na sociedade limitada: análise com maior referência à responsabilidade tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 86, p. 73-108, 2009, p. 94-96.

68 V.g., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 513.912/MG. Segunda Turma. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Data de Julgamento: 7 jun. 2005. Data de Publicação: 1 ago. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 573.849/PR. Segunda Turma. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Data de Julgamento: 26 set. 2006. Data de Publicação: 20 out. 2006; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 801.659/MG. Segunda Turma. Relator: Min. Eliana Calmon. Data de Julgamento: 10 abr. 2007. Data de Publicação: 20 abr. 2007; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 1.093.097/MS. Segunda Turma. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Data de Julgamento: 9 jun. 2009. Data de Publicação: 23 jun. 2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 1.247.879/PR. Primeira Turma. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Data de Julgamento: 18 fev. 2010. Data de Publicação: 25 fev. 2010, entre outros.

o que fora feito pelo nada parcial mecanismo da Certidão de Dívida Ativa (“CDA”).

Como autoridade constituidora da CDA, a Administração Pública passou a lançar sorrateiramente não apenas a sociedade empresária como devedora, mas também seus sócios – administradores ou não – enquanto corresponsáveis, desdenhando da limitação da responsabilidade patrimonial⁶⁹. Gerada pelo ente fazendário e em seu próprio interesse, a CDA possui presunção legal de certeza e liquidez, efeito de prova pré-constituída⁷⁰ e força de título executivo extrajudicial⁷¹.

Com tantos atributos, não é estranho perceber porque, também na seara fiscal, ignora-se a *business judgment rule* em prol da satisfação do crédito estatal, pouco importando se o patrimônio de eventuais investidores sem ingerência administrativa será atingido.

69 MORAES, Fabrício Machado de. Op. cit., p. 98-104; CAMPOS, Aline França. A responsabilidade do sócio de sociedade limitada no direito tributário. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, a. 11, n. 3, p. 197-214, set./dez. 2014, p. 209-210; CHAVES, Rodrigo de Moraes Pinheiro. *A importância do devido processo legal administrativo na atribuição de responsabilidade tributária aos sócios e administradores*. 2010. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2010, p. 54; Curioso também perceber como essa prática fazendária é reconhecida e admitida pelos tribunais, como mostra o STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.326.221 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.326.221/DF. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data de Julgamento: 6 jun. 2013. Data de Publicação: 7 jun. 2013), *in verbis*: “[...] percebe-se, contudo, que a parte recorrente tenta atribuir ao recorrido a responsabilidade pelo pagamento dos tributos não realizado pela empresa, partindo da presunção de que, se o nome do ex-sócio consta da CDA, é porque a cobrança é legítima; nada mais enganoso, pois o que se observa, na prática, é que o Fisco trata os responsáveis pelas pessoas jurídicas como devedores solidários das obrigações tributárias, incluindo seus nomes na CDA indiscriminadamente sem qualquer apuração prévia acerca da existência de atos ilícitos”.

70 Código Tributário Nacional: “Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída [...]”. Lei de Execuções Fiscais: “Art. 3º. A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez [...]”.

71 Código de Processo Civil: “Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: [...] IX – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; [...]”.

Aliado a isso, a fé pública da CDA inverte o ônus da prova em desfavor dos cotistas⁷², onerando-os em prol de uma impossível e leonina prova negativa.

Pelo visto até aqui, as demandas fiscais representam apenas mais um flanco de risco ao patrimônio de investidores. A imprevisibilidade dos ataques não se restringe à quantidade de bens que podem ser chamados a cobrir dívidas societárias, mas também à fonte dessa responsabilidade – tributária, civil, concorrencial, ambiental, consumerista e trabalhista. Sopesando tantas incertezas, a busca por uma via de segurança jurídica para o investidor se tornou uma agenda prioritária para os advogados mercantis. Na tentativa de superar os descompassos legislativos e judiciais da escola de desincentivo ao investimento, um antigo modelo societário voltou a ganhar força: a conta de participação.

3. Sociedade em conta de participação e proteção ao investimento.

É no mínimo curioso perceber o atual status inovador da sociedade em conta de participação (“SCP”) na praxe jurídica⁷³. Com

72 “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA, CUJOS NOMES CONSTAM DA CDA, NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. 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.do, ou seja, não houve a prática de atos “com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1104900/ES. Primeira Seção. Relator: Min. Denise Arruda. Data de Julgamento: 25 mar. 2009. Data de Publicação: 1 abr. 2009).

73 Ilustrando essa afirmação, cf. SION, Alexandre; PELUCI, Giovanni. Sociedade em conta de participação: instrumento para investimentos. *Revista jurídica Consulex*, a. XVIII, n. 427, 2014, p. 46-47; GABRICH, Frederico de Andrade; SIMÕES, Lorena Arantes. Sociedade em conta de

efeito, os registros desse mecanismo de associação mercantil remontam aos contratos de comandita do final da Idade Média. Expandido o comércio marítimo, comendadores aportavam dinheiro e/ou mercadorias aos tratadores de navios, que geriam e efetivavam os empreendimentos acordados nas jornadas ultramarinas semeadoras do processo de globalização, repartindo os lucros auferidos⁷⁴.

O modelo de negócio no qual uma parte organizava os fatores de produção e outra contribuía “somente” com o capital tornou-se um generalizado instrumento de captação de recursos, expandindo-se no começo da Idade Moderna. Ademais, a vedação do comércio aos nobres e a força religiosa contra a usura contribuíram com o desenvolvimento de uma marca que, até hoje, acompanha muitas SCPs: o caráter sigiloso do vínculo entre as partes⁷⁵.

Dali em diante, razões variadas fizeram oportuno a muitos indivíduos omitirem-se nas relações com os destinatários finais da mercancia, apenas interessando-lhes os resultados das empreitadas. Com o movimento pós-napoleônico das codificações, as SCPs foram positivadas na França (1807), na Espanha (1829) e em Portugal (1833), desembarcando no Brasil juntamente com o Código Comercial de 1850⁷⁶.

participação: estratégia e inovação. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 14, n. 28, jul./dez. 2011, p. 111-133.

74 GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 21-22; BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial terrestre*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 288-289. Navarrini e Fagella vão além, aproximando-os às formas primitivas de sociedade, haja vista a grande liberdade de sua constituição e dissolução. Apesar de afirmarem que historiadores encontraram essa forma de associação mercantil desde a Atenas clássica, admitem que Poulle, após muitos esforços, não encontrou fontes seguras ou concludentes a esse respeito (NAVARRINI, U.; FAGELLA, G. *Das sociedades e das associações comerciais*. Traduzido por Valentina Borgerth Loehnefinke. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, v. III, 1950, p. 266-269). A seu turno, Carvalho de Mendonça assevera uma origem romana, à época dos imperadores Deocleciano e Maximiano (CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. IV, 1954, p. 224).

75 GALIZZI, Gustavo Oliva. Op. cit., p. 22.

76 Ibidem, p. 23.

Hoje revogado, o art. 326 do Código Comercial categorizava o sócio ostensivo – antigo tratador – como “o único que se obriga para com terceiros”. Os outros sócios – antigos comendadores –, ficavam obrigados unicamente para com o primeiro “por todos os resultados das transações e obrigações sociais empreendidas nos termos precisos do contrato”.

Passado um século e meio, essa ideia remanesceu imutável no art. 991 do Código Civil de 2002⁷⁷. Aqui, expressou-se que o sócio ostensivo (i) é o único que exerce a atividade constitutiva do objeto social, fazendo-o (ii) em nome individual e (iii) sob sua própria e exclusiva responsabilidade. Em seu parágrafo único, o mesmo dispositivo consignou que o sócio ostensivo é o único obrigado perante terceiros e que os demais consócios – chamados de participantes ou ocultos – respondem exclusivamente perante o primeiro.

A prolixidade existe, mas tem sua razão. Ora, se o *caput* do art. 991 já anunciava a responsabilidade “própria e exclusiva” do sócio ostensivo, é óbvio que ele é o único obrigado perante terceiros. No entanto, longe de ser mera atecnia, esse *bis in idem* legislativo simboliza o clamor por segurança jurídica nas relações entre *share* e *stakeholders* das SCPs.

O propósito da regulação vigente das SCPs é bastante claro: estimular que *investidores* adiram a empreendimentos que dinamizem a economia e ofertem produtos ou serviços. Nesse formato, cabe ao interessado a capitalização do sócio ostensivo, sobremaneira por meio do aporte de dinheiro ou bens para a formação do patrimônio especial. Como regra-geral, a condução do negócio fica a cargo de quem, ostensivamente, exercerá empresa.

77 Código Civil: “Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes. Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social”.

3.1. Fronteiras da salvaguarda patrimonial dos investidores.

Como aponta Galizzi⁷⁸, quando o sócio ostensivo entra em relações jurídico-obrigacionais com outrem, não o faz na qualidade de presentante de uma SCP, mas em nome próprio. Os terceiros que com ele tratam não possuem qualquer pretensão jurídica em face dos investidores, uma vez que o contrato social, embora exista juridicamente⁷⁹, não produz efeitos para além dos *shareholders*.

A motivação jurídica para a irresponsabilidade do participante está, precisamente, na ausência de interferência negocial: se o investidor não trata com *stakeholders*, não pode ser responsabilizado pelos danos que o sócio ostensivo vier a causar em nome próprio.

Se esse quadro de abstenção explica a blindagem legal, o oposto também é verdadeiro. Em outras palavras, a proteção patrimonial deixará de existir quando o investidor ultrapasse essa fronteira, passando a tomar parte nas relações com terceiros. Nesses casos, por norma cogente⁸⁰, responderá solidariamente com o sócio ostensivo pelas obrigações em que intervier.

Nesse panorama jurídico, os tribunais têm geralmente atuado da maneira esperada, identificando situações de subsunção tanto à regra-geral das SCPs – adstringindo a responsabilidade patrimonial ao sócio ostensivo⁸¹ –, quanto à sua exceção – alcançando o patrimônio

78 GALIZZI, Gustavo Oliva. Op. cit., p. 110-112. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 417-418.

79 Sobre as peculiaridades do contrato social no âmbito das SCPs, cf. COSTA, José Maria da. *A sociedade em conta de participação no Direito de empresa do Código Civil de 2002*. 2006. 310 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 201-209.

80 Código Civil: “Art. 993. [...] Parágrafo único. Sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier”.

81 “DUPLICATA. EMISSÃO POR FORNECEDORA DE MOBILIÁRIO CONTRA O PROPRIETÁRIO DE UNIDADE AUTÔNOMA DE EDIFÍCIO. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO.

de investidores que interferiram nas relações do sócio ostensivo com terceiros⁸².

RESPONSABILIDADE PERANTE TERCEIROS. SÓCIO OSTENSIVO. Na sociedade em conta de participação o sócio ostensivo é quem se obriga para com terceiros pelos resultados das transações e das obrigações sociais, realizadas ou empreendidas em decorrência da sociedade, nunca o sócio participante ou oculto que nem é conhecido dos terceiros nem com estes nada trata. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 192603/SP. Quarta Turma. Relator: Min. Barros Monteiro. Data de Julgamento: 15 abr. 2004. Data de Publicação: 1 jul. 2004). Cf. ainda, SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. Agravo de Petição nº 00340002220065020006. Oitava Turma. Relator: Des. Rovirso Boldo. Data de Julgamento: 23 out. 2013. Data de Publicação: 28 out. 2013; SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2011.016785-4. Segunda Câmara de Direito Comercial. Relator: Des. João Batista Góes Ulysséa. Data de Julgamento: 11 out. 2011. Data de Publicação: 25 out. 2011; PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 1554994. Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Roberto De Vicente. Data de Julgamento: 8 jun. 2004. Data de Publicação: 28 jun. 2004; PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 13211420. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Denise Kruger Pereira. Data de Julgamento: 3 jun. 2015. Data de Publicação: 23 jun. 2015; RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região. Recurso Ordinário nº 00524005420095010282. Segunda Turma. Relator: Des. José Geraldo da Fonseca. Data de Julgamento: 30 abr. 2014. Data de Publicação: 9 mai. 2014; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 0119376-96.2008.8.26.0002. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Paulo Alcides. Data de Julgamento: 30 ago. 2012. Data de Publicação: 31 ago. 2012.

82 “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. SOCIEDADE EMCONTA-DEPARTICIPAÇÃO.RESPONSABILIDADEDO SÓCIOPARTICIPANTEPERANTE TERCEIROS.RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. UNANIMIDADE. 1. Na sociedade porcontadeparticipação, apenas o sócio ostensivo assume, em seu nome, todas as obrigações perante terceiros, cabendo, ao sócioparticipante, tão somente atividade de financiamento e fiscalização das ações do primeiro; 2. No entanto, segundo a regra do parágrafo único do art. 993 do Código Civil, o sócioparticipanteresponderá pelas obrigações contraídas caso pratique atos inerentes ao sócio ostensivo; 3. O Agravante não poderia tomar parte nas negociações com os condôminos, e, ao fazê-lo, extrapolou a sua esfera de atuação, qual seja, de apenas fiscalizar a ação do sócio ostensivo, passando, então, a responder solidariamente pelas obrigações por este contraídas; 4. Recurso conhecido e desprovido” (ALAGOAS. Tribunal de Justiça de Alagoas. Agravo de Instrumento nº 0001748-90.2010.8.02.0000. Primeira Câmara Cível. Relator: Juiz Conv. Ivan Vasconcelos Brito Júnior. Data de Julgamento: 9 nov. 2011. Data de Publicação: 9 nov. 2011). Cf., ainda, PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. Agravo de Petição nº 18412-2004-8-9-0-0. Seção Especializada. Relator: Des. Luiz Celso Napp. Data de Publicação: 22 abr. 2008; DISTRITO FEDERAL E TOCANTINS. Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região. Recurso Ordinário nº 01093-2013-020-10-00-2. Segunda Turma. Relator: Des. Elke Doris Just. Data de Julgamento: 24 set. 2014. Data de Publicação: 10 out. 2014.

3.1.1. O rompimento estimulado pela doutrina.

Apesar do quadro legal, alguns autores vêm reconhecendo ou defendendo vias para o rompimento da proteção patrimonial do sócio participante. Nessa linha, há quem entenda que (i) o sócio ostensivo possui ação regressiva em face dos ocultos⁸³; (ii) o registro da sociedade implica em responsabilidade do sócio participante⁸⁴; e que (iii) o aperfeiçoamento futuro dessa estrutura societária só se dará quando ela – a SCP – puder ser chamada à responsabilidade social⁸⁵.

Definitivamente, é errado afirmar que o sócio ostensivo tem ação regressiva em abstrato contra o participante. O interesse de agir em demandas dessa ordem só existirá se – e somente se – o contrato social da SCP permitir. Omissis este, a regra-geral segue vigente: a responsabilidade do sócio ostensivo é própria e exclusiva (CC, art. 991, *caput*).

Pela segunda linha argumentativa, o fato de o registro conferir publicidade à estrutura societária, revelando a terceiros quem compõe a SCP, poderia trazer benefícios à sociedade em virtude de uma eventual solidez financeira do sócio participante. Por isso, caso o ostensivo realizasse qualquer ato lesivo contra terceiro de boa-fé, o participante não poderia se valer da prerrogativa de não exercer a empresa.

Com efeito, é totalmente equivocado ligar o registro da sociedade a uma pretensa responsabilidade do sócio participante. No âm-

83 AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. *A sociedade em conta de participação no direito brasileiro*. 2014. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 121.

84 ARAÚJO, Hellom Lopes. Sociedade em conta de participação: importância do seu uso originário e estratégico. *Revista Pensar*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 1-21, dez. 2010, p. 16-19.

85 ARAÚJO, Alan Pereira de. Sociedade em conta de participação: passado, presente e futuro. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 49, n. 64, p. 57-83, jul./dez. 2015, p. 78-82.

bito das SCPs, o ato registral serve apenas como meio de segurança probatória entre as partes (CC, art. 992). Ademais, além da própria e exclusiva responsabilidade do ostensivo (CC, art. 991, *caput*), o contrato social só produz efeito entre os sócios, e “a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade” (CC, art. 993). Enfim, o registro não desvirtua a SCP de suas características legais⁸⁶.

Ainda que se admitisse a alegação de desconhecimento de lei imperativa⁸⁷, seria excessivamente generoso com o terceiro atribuir-lhe a qualificante da boa-fé quando, tendo ao trabalho de consultar o registro público para saber quem são os sócios da SCP, fosse-lhe conveniente não ler sobre as responsabilidades externas eventualmente descritas no contrato.

Quanto à proposta derradeira, em substância, ela estimula o rompimento da limitação de responsabilidade patrimonial em prol de uma chamada “responsabilidade social” da SCP, que deveria ser positivada enquanto dever jurídico. Segundo o autor, essa pretensão se justificaria para evitar o uso da sociedade como meio de fraude às legislações trabalhista, tributária e consumerista.

O raciocínio parece-me falível. De pronto, não há responsabilidade – de nenhuma ordem – da SCP, afinal, ela é ente despersonalizado, razão pela qual o ostensivo exerce a atividade social em nome próprio. Outrossim, o legítimo receio de fraudes já é albergado pela

86 ANDRADE, Fábio Martins de. Da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 33, p. 39-57, jan. 2008, p. 45-46; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.795 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 148-149; ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de bens dos sócios*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125-127; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 870; DINIZ, Maria Helena. *Lições de direito empresarial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52; AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. Op. cit., p. 49; BORGES, João Eunápio. Op. cit., p. 151-154; 292-293.

87 Lei de introdução às normas do Direito brasileiro: “Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

lei: para além da nulidade do negócio simulado⁸⁸, quando o participante trata com terceiros e se utiliza da conta de participação apenas para proteger seu patrimônio em prejuízo de *stakeholders* – *v.g.*, colocando algum laranja como ostensivo –, responderá solidariamente nas obrigações em que intervier (CC, art. 993, parágrafo único).

3.1.2. O rompimento executado pelas Cortes trabalhistas.

Até aqui, as linhas argumentativas supracitadas ainda não foram enfrentadas pelos tribunais brasileiros⁸⁹. Por outro lado, no âmbito da jurisprudência laboral, desenvolveu-se uma nova linha de pensamento: a que associa a prática de atos de administração à responsabilidade jurídica. Segundo ela, quando a atuação do sócio participante ultrapassa o mero direito de fiscalização, sua proteção patrimonial se rompe, pois “quem como tal age não pode ficar isento de responsabilidades, sob pena de fomentar práticas indesejáveis juridicamente, em prejuízo de terceiros”⁹⁰.

88 Código Civil: “Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; [...]”.

89 Após exaustiva pesquisa, nada que se alinhasse àqueles argumentos foi encontrado em nos tribunais brasileiros. Utilizou-se como fonte o banco de dados da plataforma Jusbrasil (“<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>”, acesso em: 22 jun. 2017). Foram buscadas as seguintes chaves: “conta de participação” registro; “conta de participação” responsabilidade; “conta de participação” “ação regressiva”; “conta de participação” regresso; “conta de participação” regressiva; e “conta de participação” publicidade.

90 “SÓCIO DE FATO – CARACTERIZAÇÃO. Não é raro no meio empresarial a criação de sociedade em conta de participação (SCP), na qual se depara com a existência do chamado sócio participante (sócio não ostensivo), que não se revela nas relações da sociedade, permanecendo oculto em face de terceiros, mas que participa da administração e dos resultados, ou seja, no âmbito interno da empresa sabe-se da existência de outros sócios, que investem recursos e objetivam retorno. Quem como tal age não pode ficar isento de responsabilidades, sob pena de fomentar práticas indesejáveis juridicamente, em prejuízo de terceiros. O conceito pode ser expandido para o caso concreto com o fito de se alcançar a realidade dos fatos e imputar res-

Impressiona a facilidade com a qual alguns órgãos do Poder Judiciário impõem ideários de justiça não legitimados pelo parlamento. Estamos diante de um caso simbólico. Não importou, para os Tribunais Regionais do Trabalho (“TRTs”), que a lei categorizasse – prolixamente – a responsabilidade exclusiva do sócio ostensivo. Igualmente, ignorou-se que só existe uma única exceção legal a essa diretriz no âmbito dos atos lícitos: a tomada de parte nas relações com terceiros (*stakeholders*).

Vejamos o seguinte exemplo. XX LTDA. (ostensivo) e YY (participante) constituem SCP para o fim específico de desenvolver um loteamento imobiliário. Considerando o know-how de YY na área de recursos humanos, acordam que todo o processo de recrutamento e treinamento de funcionários será desenvolvido por ele. Ao final, XX contratará rigorosamente as pessoas indicadas por YY, que frequentará a sede de XX e o canteiro de obras para averiguar o cumprimento das obrigações pelos trabalhadores e lhes dar ordens. Quanto a XX, lhe caberá exercer a empresa em todos os outros aspectos – marketing, prospecção de clientela, negociações, contratos de fornecimento, insumos, infraestrutura de água, luz, telefone, etc.

Dado o panorama, imagine a propositura de duas demandas judiciais contra XX e YY em litisconsórcio passivo. A primeira, movida por um empregado; a segunda, por um fornecedor de vigas. YY será parte legítima para responder a ambas?

Não. Sua responsabilidade só poderá exsurgir no âmbito trabalhista, na medida em que intervinha nessas obrigações. Em que

ponsabilidades. Agravo de petição conhecido e provido. Grifou-se” (PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. Agravo de Petição nº 18412-2004-8-9-0-0. Seção Especializada. Relator: Des. Luiz Celso Napp. Data de Publicação: 22 abr. 2008); Cf., ainda, RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região. Agravo de Petição nº 30800-02.2013.5.21.0016. Relator: Des. José Barbosa Filho. Data de Publicação: 3 ago. 2015; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Agravo de Petição nº 0146040-13.2003.5.04.0291. Relator: Carlos Alberto Robinson. Data de Publicação: 12 dez. 2007, entre outros julgados.

pese YY desenvolver parte do poder de direção da organização mercantil em prol da SCP – logo, parcela da administração –, remanesce intransponível a sua barreira patrimonial quanto a todas as outras relações jurídicas – entre elas, a firmada com o fornecedor de vigas. E por quê? Porque YY não tratava com eles!

Gostemos ou não, o legislador quis que as relações internas entre o sócio participante e o ostensivo fossem irrelevantes para fins de responsabilização patrimonial. O contrato social é absolutamente livre para discipliná-las, sem transcender seus efeitos para além dos *shareholders*⁹¹, salvo quando, na constância da sociedade, venha o participante a tomar parte nas relações com terceiros⁹².

Mesmo nas relações dos ostensivos com terceiros, a lei⁹³ assegura a intervenção fiscalizadora dos participantes. Logo, se a atuação do participante se restringe à averiguação de conformidades, pedidos de contas e atos congêneres, sua responsabilidade patrimonial segue blindada e restrita ao aporte dos fundos sociais em favor do ostensivo. Em suma, é incorreto pensar que o sócio participante só tem direito à informação, como se infere dos precedentes dos TRTs, uma vez que o destaque legal a essa prerrogativa se cinge à sua interferência nas relações do ostensivo com terceiros.

Atendendo-se à subsidiariedade das normas sobre as sociedades simples⁹⁴, não há como negar aos participantes os direitos de voz

91 Código Civil: “Art. 993. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade”.

92 Código Civil: “Art. 993. [...] Parágrafo único. Sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier”.

93 *Ibidem*.

94 “Art. 996. Aplica-se à sociedade em conta de participação, subsidiariamente e no que com

e voto nas relações internas⁹⁵ o que pode influenciar diretamente a condução do empreendimento pelo ostensivo. Igualmente, apesar de inusual, o investidor participante tem a faculdade de contribuir na sociedade com seu trabalho⁹⁶, o que pode perfeitamente envolver frações de atividade administrativa⁹⁷. No entanto, quando esta tangencie terceiros e exorbite o múnus de fiscalização, atraindo-se a responsabilidade a que alude o art. 993, parágrafo único, do CC.

De fato, a posição *contra legem* de alguns TRTs corrobora com o esvaziamento da limitação da responsabilidade patrimonial. A exemplo do que ocorreu no âmbito da *disregard doctrine*, não é demais antever que os mesmos fundamentos errôneos utilizados pelas Cortes trabalhistas serão, em breve, disseminados entre demandas de outras naturezas.

Quando até um instituto secular como as SCPs passa a ser atingido por um modelo de tutela que ignora os mais comezinhos postulados da autonomia da personalidade jurídica, algo precisa ser feito.

ela for compatível, o disposto para a sociedade simples, e a sua liquidação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual”.

95 Cf. AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. Op. cit., p. 131; COSTA, José Maria da. Op. cit., p. 248; GALIZZI, Gustavo Oliva. Op. cit., p. 155; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Op. cit., p. 151.

96 Código Civil: “Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: [...] V – as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços; [...]”

97 BRAGA, Bruno César Maciel. Sociedade de Propósito Específico e Sociedade em Conta de Participação: novas reflexões. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, a. 9, n. 2, p. 165-188, mai./ago. 2012, p. 172-181; GALIZZI, op. cit., p. 123; 155 “[...] em algumas situações excepcionais, os sócios participantes podem também se vincular externamente. Isso ocorre sempre que os mesmos tomam parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, caso em que responde solidariamente com este pelas obrigações em que intervierem [...] nada impede que os sócios participantes atuem ativamente na vida social, podendo, até, assumir funções de caráter administrativo”. Sem se referir especificamente a atividades administrativas, mas ao trabalho em geral, cf. SPINELLI, Luís Felipe et al. Contrato de investimento coletivo como modalidade de sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 61, p. 243-296, jul./set. 2013, p. 249-252.

4. Propostas para a proteção do investimento produtivo.

Para que perspectivas concretas sejam desenvolvidas nesse sentido, penso ser necessária a instigação de mudanças sistêmicas em *fronts* legal e jurisdicional.

4.1. Legal: redimensionando a desconsideração da personalidade jurídica.

Urge a eliminação da teoria do obstáculo do direito positivo brasileiro. Deflagrada no CDC (art. 28, § 5º), ela praticamente elimina a autonomia patrimonial nas relações consumeristas. Por incrível que pareça, esse fato foi notado pelo Presidente da República em suas razões de veto, segundo as quais “o caput do art. 28 já contém todos os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que constitui, conforme doutrina amplamente dominante no direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas”. Entretanto, por algum engano até hoje mal explicado, errou-se a transcrição do parágrafo vetado: ao invés do § 5º, eliminaram o § 1º, tudo com o omissivo aval parlamentar.

Como visto linhas acima, a confusão ganhou volume. A teoria do obstáculo, que sequer deveria estar no CDC, foi importada pela legislação ambiental e replicada pela jurisdição trabalhista, superando os já elásticos paradigmas da teoria menor.

Historicamente, o Direito Comparado reconhece a fraude ou o abuso como os pontos capitais da *disregard doctrine*, não a simples dificuldade no adimplemento (teoria do obstáculo) ou a prática de atos ilícitos em geral (teoria menor). No *Companies Act* inglês, admite-se expressamente a desconsideração quando, na fase de liquidação societária, descobrir-se a realização de negócios fraudulentos⁹⁸.

98 “332. – (1) If in the course of the winding up of a company it appears that any business of the company has been carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors

Nos Estados Unidos, a grande maioria das hipóteses de desconsideração envolvem fraude à lei, ao contrato ou aos credores⁹⁹. Permissões em cenários de *fraude* ou *abuso* também são encontradas na França¹⁰⁰, na Itália¹⁰¹, na Espanha¹⁰², em Portugal¹⁰³ e na Argentina¹⁰⁴. Ausentes, em todos esses países, o emprego da teoria do obstáculo.

Com efeito, desde a primeira sistematização feita por Rolf Serick¹⁰⁵, a aplicação da *disregard doctrine* foi descrita como uma declaração de ineficácia da personalidade jurídica “para determinado

of any other person or for any fraudulent purpose, the court, on the application of the official receiver, or the liquidator or any creditor or contributory of the company, may, if it thinks proper so to do, declare that any persons who were knowingly parties to the carrying on of the business in manner aforesaid shall be personally responsible, without any limitation of liability, for all or any of the debts or other liabilities of the company as the court may direct. On the hearing of an application under this subsection the official receiver or the liquidator, as the case may be, may himself give evidence or call witnesses [...]”.

99 Cf. COX, James D.; HAZEN, Thomas Lee. Op. cit., p. 274-280; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Op. cit., p. 204-214.

100 PAERELS, Hélène. *Le dépassement de la personnalité morale*. Contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé et droit fiscal français. 425 f. Tese de Doutorado – Université du Droit et de la Santé. Lille II, 2008, p. 178-180.

101 BRUNO, Ferdinando. *Crisi di impresa e responsabilità da fatto illecito delle società alla luce dell'esperienza dei sistemi di common law*. 171 f. Tese de Doutorado – Università degli Studi di Napoli. Napoli, 2006, p. 111-122 – o autor se restringe ao âmbito das sociedades por ações.

102 BRUSCHI, Gilberto Gomes. Op. cit., p. 60-61.

103 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2004, v. I., t. 3, p. 624-626; 643-649.

104 *Ley de Sociedades Comerciales*: “ARTICULO 54. – [...] Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”. Cf., ainda, RIVERA, Julio César. *Instituciones de derecho civil*: parte general. 3. ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004, t. 2, p. 259-261.

105 Na tese intitulada “Rechtsform und Realität juristischer Personen: ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person” (CORDEIRO, António Menezes. Op. cit., p. 623, apud SERIK, Rolf).

efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo [...] ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude)”¹⁰⁶. Equivale ao que, entre nós, convencionou-se chamar de teoria maior¹⁰⁷, nos termos desenvolvidos pelo art. 50 do CC. No Direito Comparado, suas maiores mudanças se deram em prol de uma objetivação da fraude e do abuso, tornando prescindível a averiguação do elemento subjetivo (ânimo) em executar uma prática desonesta em prejuízo de terceiros¹⁰⁸, retratando escolhas legislativas que, embora questionáveis, se mostram legítimas.

Por outro lado, a teoria do obstáculo não guarda correspondência estrangeira, tal qual não guardava na jurisprudência brasileira anterior à promulgação do CDC. Se antes da trapalhada no processo legislativo a *disregard doctrine* era aplicada no Brasil em situações excepcionais¹⁰⁹, agora pode-se dizer que o rompimento da personalidade jurídica virou a regra. De fato, o atual manejo do instituto leva

106 REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p. 759-760.

107 COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 23-25.

108 CORDEIRO, António Menezes. Op. cit., p. 639-640; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Op. cit. p. 219-220.

109 Tal qual segue sendo no direito estrangeiro. Cf., nesse sentido, BLOK, op. cit., p. 96-97; REQUIÃO, op. cit., p. 760-761: “É uma constante nos julgamentos dos tribunais americanos, como nos germânicos, que o levantamento do véu da personalidade jurídica, pela aplicação da ‘disregard doctrine’, é feito com extrema cautela e em casos excepcionais. Não se transformou, nas várias décadas em que tem sido usada, numa panacéia, aplicável ao talante de paixões, dúvidas e interesses momentâneos e menos graves. Os juízes norte-americanos que se vêm obrigados a aplicar a doutrina não perdem o ensejo de invocar o seu caráter excepcional, após acentuar a regra de que a pessoa jurídica normalmente se distingue da pessoa dos sócios que a compõem e que respeitam essa autonomia. Apenas no caso em que a fraude ou abuso de direito se revelam à calva é que suspendem o véu da personalidade, para colhêr a pessoa do sócio ou os bens envolvidos, para não se consumir a iniquidade [...] Quando propugnamos pela divulgação da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica em nosso direito, o fazemos invocando aquelas mesmas cautelas e zelos de que a revestem os juízes norte-americanos, pois sua aplicação há de ser feita com extremos cuidados, e apenas em casos excepcionais, que visem a impedir a fraude ou o abuso de direito em vias de consumação”.

seu propagado caráter casuístico¹¹⁰ a um contraditório estado de expansiva e progressiva repetição.

Diante desse quadro, urge que o Legislativo redimensione os limites da desconsideração da personalidade jurídica para padrões equilibrados, não para tornar a autonomia patrimonial um valor absoluto oitocentista, mas para resgatar sua importância e força enquanto pedra angular do direito societário, tratando a desconsideração como uma exceção¹¹¹. Como fazê-lo? Penso que um caminho importante é o contido nos Projetos de Lei (“PLs”) que pretendem instituir um novo Código Comercial: os de nº 1.572/2011 (Câmara dos Deputados) e 487/2013 (Senado Federal).

Abstendo-me de entrar no polêmico mérito da necessidade de um novo Código, trato aqui apenas das proposições que possam impactar no futuro da limitação da responsabilidade patrimonial. Nesse ponto, ambos os projetos guardam redação semelhante após a apresentação do texto substitutivo ao PL nº 1.572/2011 em 2016¹¹², entre as quais:

(i) na principiologia geral, afirmam a importância, para toda a sociedade, “da proteção jurídica assegurada ao investimento privado feito com vistas ao fornecimento de produtos e serviços, na criação, consolidação ou ampliação de mercados consumidores, na inovação e no desenvolvimento econômico do país”;¹¹³

110 Isto é, ao argumento de que a desconsideração não elimina a personalidade jurídica, mas, tão-somente, a afasta especificamente no caso concreto.

111 COX, James D.; HAZEN, Thomas Lee. Op. cit., p. 271; GONÇALVES, Oksandro. Op. cit., p. 198-199.

112 CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 1572/2011: Histórico de Pareceres, Substitutivos e Votos. Disponível em: “http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos.jsessionid=3F545957B5A66781B74F011E3A0C03E8.proposicoesWebExterno1?idProposicao=508884”. Acesso em: 10 jul. 2017.

113 PL nº 1.572/2011, art. 4º, parágrafo único, III; PL nº 478/2013, art. 6º, III.

(ii) na principiologia societária, contemplam a “autonomia patrimonial” e a “proteção do investidor pela limitação de sua responsabilidade na aplicação de recursos na atividade econômica”;¹¹⁴

(iii) na regulação específica da desconsideração da personalidade jurídica, imputam “exclusivamente ao sócio ou administrador que tiver praticado a irregularidade que deu ensejo à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade”¹¹⁵ e afirmam a insatisfação da “simples insuficiência de bens” como argumento autorizador de sua aplicação do instituto em favor de credores¹¹⁶.

É inconteste que a eventual vigência desses vetores, seja por um novo Código Comercial, seja por alterações pontuais no Código Civil, aperfeiçoaria a segurança jurídica dos investidores. Esse avanço, todavia, ainda seria insuficiente para a superação da teoria do obstáculo, pois as relações específicas atualmente problemáticas continuariam sujeitas às suas normas especiais e, conseqüentemente, ao mesmo *modus operandi* interpretativo. Por essa razão, as positivas mudanças hoje encartadas nos PLs supracitados precisariam ser implementadas direta e sistemicamente nas normas especiais consumérista, ambiental e tributária.

4.2. Jurisdicional: realinhamento da legitimidade democrática e previsibilidade decisória.

No exercício da soberania, o Estado divide-se em funções¹¹⁷ que podem – no que lhes é comum desde Locke e Montesquieu – ser

114 PL nº 1.572/2011, art. 5º, I e III; PL nº 478/2013, art. 10º, I e IV.

115 PL nº 1.572/2011, art. 121, § 1º; PL nº 478/2013, art. 196, § 1º.

116 PL nº 1.572/2011, art. 121, § 4º; PL nº 478/2013, art. 197.

117 Aqui consideradas como manifestação específica do poder político por meio de atos e atividades específicos, duradouros e globalizados (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 336-339).

classificadas como administrativas, legislativas ou jurisdicionais¹¹⁸. Essas tarefas são exercidas por órgãos como a Presidência da República, o Congresso Nacional e os Tribunais, sob o sistema de *checks and balances*.

O funcionamento harmônico dos órgãos que exercem parcela da soberania é a base fundante do Estado de (ou submisso ao) Direito. Por ele, todos os órgãos estatais devem exercer suas atividades sob o império da lei¹¹⁹. De fato, só o Direito pode dar a segurança esperada por todos os conviventes em sociedade, na medida em que consolida os valores de justiça dominantes em certo tempo¹²⁰.

Afora algumas exceções constitucionais, a criação do Direito pela fonte legislativa é prerrogativa parlamentar. Se, por um lado, essa positivação permite a “livre apreciação das oportunidades políticas, de cotejo de valores, de exame de situações e de contingências”¹²¹ postas em discussão, por outro, sua aplicação não guarda a mesma liberdade. Em outras palavras, com a transformação do valor em lei, não cabe ao magistrado, decidindo o caso concreto, conjecturar sobre a (in)justiça da escolha político-legislativa – como, a propósito, vem fazendo alguns TRTs¹²².

118 MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 219; REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, 352-353; PÉREZ, Francisco Porrúa. *Teoría del Estado*: teoría política. 40. ed. Ciudad de México: Porrúa, 2009, p. 391-392. Embora falando em poderes, e não funções, adotam-na também Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 149), Arturo Lastra (LASTRA, Arturo. *Teoría del Estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 107) e Reinhold Zippelius (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. Tradução de Luís Cabral de Moncada. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984, p. 149-150), acrescentando este autor a função governativa como atividade suprema de direção do Estado.

119 PÉREZ, Francisco Porrúa. Op. cit., p. 375.

120 REALE, Miguel. Op. cit. p. 335.

121 Ibidem., p. 340.

122 Cf. ponto 3.1.2.

Uma atuação jurisdicional legítima demanda fuga dos extremos. Se o juiz que decide “conforme sua consciência” atrai o arbítrio, o juiz “boca da lei” simplesmente não consegue se exprimir, haja vista que a abstração e as lacunas jurídicas sempre demandarão uma hermenêutica de métodos integrados – *v.g.*, sistemático, histórico, teleológico, etc – interpretadora e criadora. Aliás, foi nessa direção que o positivismo evoluiu do estado exegético para o normativo¹²³.

Em que pese esse reconhecimento inevitável, a criatividade do juiz no ato de interpretar não se lastreia em uma liberdade desmedida.¹²⁴ Nesse espírito, o CPC expurgou do ordenamento o princípio do “livre convencimento motivado”, reforçando o necessário amparo das decisões judiciais no Direito posto¹²⁵. Em maior ou menor grau, os limites legais vinculam o juiz, sob pena de não se diferenciar substancialmente sua atividade da desenvolvida pelo legislador¹²⁶.

Pleitear o realinhamento da legitimidade dos juízes não significa vedar-lhes a interpretação, mas exigir que decisões sejam ancoradas nos contornos da lei, e não a partir de critérios pessoais¹²⁷. Só assim o juiz cumpre sua função extraprocessual “pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a senten-

123 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto—decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 87-90.

124 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 23-24.

125 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodvm, 2015, v. II, p. 102-103; THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 222.

126 CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 26-27.

127 Sobre a lei enquanto “moldura” de construção interpretativa, cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 249-250; STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 117. Esse também parece ser o desenvolvimento tacitamente proposto por Hart – HART, H. L. A. *The concept of Law*. 2. ed. New York: Oxford University, 1994, p. 135-136.

ça é pronunciada”¹²⁸. O povo que atribui ao parlamento a legitimidade para autorizar, tolerar ou proibir comportamentos dos sujeitos de direito, também confere aos magistrados – que exercem outra parcela do poder estatal – a legitimidade para decidir em consonância com as escolhas legislativas. Enfim, vigente a lei, as situações por ela criadas devem portar, o tanto quanto possível, as marcas da estabilidade ou continuidade, “ainda que injustas”¹²⁹.

De mais a mais, o respeito às escolhas legislativas traz uma saudável previsibilidade para o comportamento geral. Sem ela, é difícil que as pessoas prevejam as consequências de seus atos¹³⁰, acarretando insegurança quanto à tomada de atitudes sociais ou alocação de recursos, de modo que a garantia de posições jurídicas – propriedade, contratos e imputação de responsabilidade – depende não apenas da clareza da lei, mas também da expectativa de sua aplicação pelos tribunais¹³¹.

128 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 315.

129 ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Sentido e valor da jurisprudência. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (separata), Coimbra, v. XLVIII, p. 7-46, 1973, p. 15: “Daí o instituto da prescrição, e também, de certo modo, o princípio da não-retroactividade das leis e a força legal das sentenças transitadas e das decisões administrativas não recorridas”. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 111: “[...] trata-se de superar as teses convencionalistas e pragmatistas a partir da obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e a aplicá-lo coerentemente”.

130 Ao lado da certeza e da estabilidade, André Ramos Tavares aponta a “calculabilidade”, isto é, a possibilidade de conhecer, de antemão, as consequências dos próprios atos e atividades, como uma das formas de densificação do princípio da segurança jurídica (TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75). Cf., também, ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit., p. 16: “[...] pelo seu carácter de generalidade e abstracção, e pela forma escrita das suas disposições, a Lei tende a dar desde logo uma garantia mínima de certeza jurídica; e está nisso uma das grandes razões da sua prevalência como fonte do Direito”.

131 SZTAJN, Rachel. Incerteza legal e custos de transação: casuística jurisprudencial. *Revista de direito mercantil, industrial e econômico*, São Paulo, n. 155/156, p. 40-48, 2010, p. 41; BARROS, Eduardo Bastos de. A função constitucional da limitação da responsabilidade do sócio nas sociedades anônimas e limitadas. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, a. 12, n. 2, p. 73-90, mai./ago. 2015, p. 74-75.

No que nos interessa diretamente, se um investidor resolve aplicar seu capital como participante de uma SCP porque a lei lhe garante um *status* de irresponsabilidade jurídica frente a terceiros a decisão judicial que vier a afetar seu patrimônio particular em favor destes acarretará óbvios efeitos individuais negativos. Porém, suas consequências mais desastrosas são externas, na medida em que induzem outros investidores potencialmente interessados – ou mesmo participantes em outras operações – a, por exemplo, (i) contratar assessoria jurídica mais qualificada, aumentando custos de transação; (ii) alocar patrimônio em alternativas bancárias menos arriscadas; e/ou (iii) desmobilizar recursos já aportados.

Quando o Poder Judiciário toma decisões que desestabilizam um sistema legal constitucionalmente embasado e, conseqüentemente, a expectativa dos sujeitos frente aos contratos estabelecidos, tem-se um “efeito de descrédito que esvazia sua legitimidade democrática”¹³². Sequer pragmaticamente decisões dessa ordem costumam ser justificáveis, dado que efeitos econômicos negativos na alocação ótima de recursos são repartidos por toda a comunidade¹³³. Apesar disso, a maioria dos juízes acredita ter um papel redistributivista a desempenhar, e que violar contratos se justifica quando o objetivo é favorecer uma parte tida como mais fraca¹³⁴. É preciso, pois, um realinhamento da legitimidade democrática dos juízes, com a aproxima-

132 LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais*: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010, p. 33. O autor se ampara em Douglas North (In: *Structure and change in economic history*).

133 WILLIAMSON, Oliver E. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University, 1996, p. 10-11; COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The journal of law & economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960, p. 19-44: “[...] we have to bear in mind that a change in the existing system which will lead to an improvement in some decisions may well lead to a worsening of others. Furthermore we have to take into account the costs involved in operating the various social arrangements (whether it be the working of a market or of a government department), as well as the costs involved in moving to a new system. In devising and choosing between social arrangements we should have regard for the total effect”.

134 Cf., em pesquisa empírica, PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia*: análise econômica do Direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 263-279.

ção entre suas decisões e aquilo previsto em lei quanto à limitação da responsabilidade patrimonial.

5. Considerações finais.

Ao longo dessa investigação, verificou-se as bases legislativas e as tendências jurisdicionais sob as quais a limitação da responsabilidade patrimonial de investidores no Brasil vem se orientando. Sob elas, fez-se críticas e encaminhamentos visando à superação de um quadro de insegurança jurídica que, simultaneamente, afasta o capital das atividades empresárias (*investments*) e estimula a busca por alternativas rentáveis passivas e menos arriscadas (*savings*).

Naturalmente, não existe ambiente de negócios com decisões judiciais totalmente previsíveis. Uma pequena margem de incerteza jurisdicional faz parte do risco do investimento, de modo que desvios simbólicos da expectativa decisória não costumam afetar o destino do capital¹³⁵.

Porém, esse certamente não é o caso da limitação da responsabilidade patrimonial no Brasil. Quando a lei garante a irresponsabilidade do investidor frente a terceiros (*v.g.*, o caso das SCPs) e uma Corte, extrapolando sua legitimidade democrática, o responsabiliza *contra legem*, não se pode falar em desvio simbólico, mas em total quebra de expectativa. Quanto menos seguro o investidor se sentir quanto à abrangência de sua responsabilidade ao aportar capital em uma sociedade empresária, mais atrativo será, por exemplo, emprestar seu capital ao Tesouro Nacional ou a instituições financeiras, mormente ante à garantia soberana e ao lastro do Fundo Garantidor de Créditos (“FGC”)¹³⁶.

135 COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 194.

136 Autorizado pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), o FGC administra mecanismos de proteção a titulares de créditos contra instituições financeiras. Fazem parte da garantia ordinária proporcionada pelo FGC os seguintes créditos, até o valor de R\$250.000,00 por CPF e instituição financeira: depósitos à vista ou sacáveis mediante aviso prévio; depósitos de poupança; letras de câmbio; letras imobiliárias; letras hipotecárias; letras de crédito imobiliário; letras de crédito

Sob a ótica da circulação global dos investimentos, o atual quadro de insegurança quanto à limitação da responsabilidade patrimonial tanto (i) dificulta a entrada de capital estrangeiro quanto (ii) estimula a saída de recursos em geral. Sobre o primeiro aspecto, não surpreende que o Banco Mundial classifique o Brasil na 101ª posição global da facilidade de obtenção de crédito – ao lado de países como Libéria, Irã, Nicarágua, Tunísia e Afeganistão¹³⁷. Acerca do segundo, a remessa de capitais a mercados externos vem progressivamente deixando de ser prerrogativa de corporações multinacionais, passando à realidade de pequenos e médios investidores¹³⁸ que poderiam, houvesse um ambiente menos hostil, aportar recursos em atividades produtivas brasileiras.

Especialmente em um cenário de crise econômica, os custos sociais da relativização da limitação da responsabilidade patrimonial são maiores que os de sua garantia. Mesmo os eventuais prejuízos a credores involuntários – minimizáveis pela via securitária¹³⁹ – pare-

do agronegócio; depósitos a prazo, com ou sem emissão de certificado de Recibo de Depósito Bancário; certificado de depósito bancário; depósitos mantidos em contas não movimentáveis por cheques destinadas ao registro e controle do fluxo de recursos referentes à prestação de serviços de pagamento de salários, vencimentos, aposentadorias, pensões e similares; operações compromissadas que têm como objeto títulos emitidos após 8 de março de 2012 por empresa ligada (FUNDO GARANTIDOR DE CRÉDITOS. *Sobre a garantia FGC*. Disponível em: “<http://www.fgc.org.br/garantia-fgc/sobre-a-garantia-fgc>”. Acesso em: 17 jul. 2017).

137 THE WORLD BANK. *Doing business*. Disponível em: “<http://www.doingbusiness.org/rankings>”. Acesso em: 17 jul. 2017.

138 BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Série histórica dos fluxos de investimento direto*: distribuições por país ou por setor. Disponível em: “<https://www.bcb.gov.br/htms/Infecon/SeriehistFluxoInvDir.asp>”. Acesso em: 17 de jul. 2017.

139 Enquanto credores voluntários (*v.g.* bancos e fornecedores) podem precificar ou aceitar o compartilhamento de riscos em prol de uma responsabilidade jurídica limitada ao capital social, a mesma prerrogativa não poderia ser exigida dos credores involuntários (*v.g.*, titulares de direito a ação por ato ilícito) (WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Op. cit.*, p. 156; 175). Fábio Ulhoa Coelho aponta o grau de negociabilidade da obrigação como diferenciador entre credores voluntários e involuntários (COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 27-28). Calixto Salomão, a seu turno, fala na dicotomia entre credores “profissionais ou institucionais”, para os quais haveria facilidade na obtenção de informação sobre riscos e “os demais” que não teriam dever de se informar ou negociar com a sociedade (SALOMÃO, Calixto. *O novo Direito Societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 272-273).

cem-me ser um ônus pequeno frente às benesses decorrentes do investimento em atividades produtivas. Diretamente, tal investimento repercute positivamente na geração de empregos, tributos e, até mesmo, tecnologia e inovação. Indiretamente, seu resultado – a oferta de mercadorias ou serviços à comunidade – aumenta a competitividade e, conseqüentemente, reduz preços e aumenta a qualidade dos bens em favor dos consumidores¹⁴⁰.

Em outras palavras, cada um dos benefícios diretos ou indiretos advindos da limitação da responsabilidade patrimonial concretiza valores fundamentais da república e da ordem econômica constitucional¹⁴¹. Como bem aponta Eduardo Barros¹⁴², ainda que a lógica econômica não pudesse, isoladamente, servir de justificativa para sua posituação, o instituto representaria uma opção política do legislador também pautada na consideração dos benefícios gerais decorrentes da expansão de atividades econômicas destinadas ao lucro.

De fato, o futuro da limitação da responsabilidade patrimonial passa pelo fortalecimento da autonomia jurídica das pessoas empresárias. Penso que os principais encaminhamentos aqui dados para esse fim – (i) redimensionamento da *disregard doctrine* e (ii) realinhamento da legitimidade democrática dos juízes e da previsibilidade decisória – são aptos a causar impactos positivos em prol, direta ou indiretamente, de toda a sociedade.

140 “One of the consequences of the lack of competition is well know: prices rise and quality decreases” (COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 200). Cf., também, CAMPOS, Aline França. Op. cit., p. 52-53.

141 Constituição Federal: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...] 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: [...] IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; [...] 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 [...]”.

142 BARROS, Eduardo Bastos de. Op. cit., p. 84-85.

