O Conselho Editorial da Coleção *Direito em Contexto* é composto pelos seguintes professores:

André Ramos Tavares
Eduardo Reale Ferrari
Gustavo Binenbojm
Gustavo Tepedino
José Eduardo Faria
José Engrácia Antunes
Judith Martins-Costa
Mauro Rodrigues Penteado
Otávio Yazbek
Renan Lotufo
Roberto Quiroga
Sérgio Guerra

Daniel Monteiro Peixoto

Doutor e mestre em Direito Tributário pela PUCSP.
Professor do Programa de Educação Executiva da DIREITO GV (GV*law*) e nos cursos de especialização em Direito Tributário do IBET e da PUC (Cogeae).
Advogado em São Paulo.

# RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA
## e os atos de formação, administração, reorganização e dissolução de sociedades

2012

Coleção Direito em Contexto
Problemas Dogmáticos

Editora Saraiva

Fundação Getulio Vargas
DIREITO GV
Escola de Direito de São Paulo

# Capítulo 5

## RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA E OS ATOS DE ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADES

### 5.1 Considerações iniciais

O presente capítulo tem por objetivo o estudo da responsabilização por dívidas tributárias daqueles que exercem atos de gestão de determinada sociedade. Não se trata de tema recente, visto que os dispositivos que versam sobre o tema, com ênfase para o art. 135, III, do CTN, datam da promulgação do próprio Código, em 1966. Todavia, os referidos enunciados prescritivos continuam desafiando a comunidade jurídica, na busca de soluções seguras para o tema.

Esse mesmo corpo de enunciados tem sido, por outro lado, constantemente desafiado pelas mudanças no panorama normativo que o cerca, como: (a) a Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/80); (b) o Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/73, com suas inúmeras alterações, notadamente na parte relativa ao processo de execução); (c) a Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76); (d) as leis sobre processo administrativo tributário; (e) o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002); bem como (f) diversas outras leis federais, estaduais e municipais, em matéria tributária.

Muito já foi dito em âmbito jurisprudencial e doutrinário. Todavia, em lugar de sedimentação interpretativa e maturação

conceptual, o que se tem observado, após mais de quarenta anos de vigência do Código Tributário Nacional, é justamente o inverso, havendo questões fundamentais que, em nossa opinião, carecem de solução consistente. Dentre elas, podemos destacar:

a) É permitido ao agente fiscal ou ao juiz aplicar a chamada "teoria da desconsideração da personalidade jurídica", agora inserta no art. 50 do CC em matéria tributária, para fins de responsabilização dos gestores de sociedades? Sob que limitações? Os dispositivos do Código Tributário Nacional, sobre responsabilidade dos administradores, cuidam de "desconsideração da personalidade jurídica"? Em que acepção?

b) Sob quais pressupostos poderão os administradores das sociedades ser responsabilizados pelo recolhimento do crédito tributário? A que ilicitude se refere o art. 135, III, do CTN: tributária, penal, societária ou de outro tipo? Como interpretar o vocábulo "pessoalmente responsáveis", a que alude o referido dispositivo? Cabe, neste caso, afastar a responsabilidade da sociedade para ir buscar a satisfação do crédito diretamente no patrimônio do administrador?

c) Quanto à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, resta saber: Qual a razão do uso reiterado, por essas decisões, da expressão "sócio-gerente", presente em diploma normativo do início do século passado (Decreto n. 3.708, de 1919) e que, ademais, nunca correspondeu à terminologia do Código Tributário Nacional, que emprega os termos "diretores, gerentes ou representantes"?[1] Por quais razões surgiu a tendência atual de se inverter o ônus da prova em matéria de demonstração do fato que dá origem à responsabilização dos administradores? Está correto o raciocínio de que a mera inscrição do nome dos sócios na CDA – Certidão de Dívida Ativa ocasiona a inversão do ônus da prova, em desfavor dos executados?

[1] Esta questão será enfrentada com maior aprofundamento no Capítulo 7 do presente trabalho, no item 7.3.2.2.1.



d) Com relação às questões procedimentais, envolvidas no percurso de responsabilização dos administradores, importa saber: Qual o momento adequado para se produzir a prova do fato jurídico que dá ensejo à aludida responsabilidade? Há prazo para que ocorra, por parte do Fisco, essa demonstração? De que tipo é esse prazo: decadencial ou prescricional? Quando começa a ser contado?

As várias questões acima, ilustrativas do grande número de dificuldades que permeiam o tema, demonstram a sua atualidade, bem como a necessidade de um enfrentamento sistemático. É o que buscaremos fazer neste capítulo.

## 5.2 Responsabilização *vs.* desconsideração da personalidade jurídica

É bastante frequente a designação dos dispositivos que atribuem responsabilidade tributária aos administradores de pessoas jurídicas como exemplos típicos de normatização da "teoria da desconsideração da personalidade jurídica". Parece-nos, contudo, que esse tipo de aproximação é pouco rigoroso, pois prescinde de uma reflexão mais detida acerca da fenomenologia da desconsideração, em termos de conceitos jurídicos fundamentais.

Os textos doutrinários, seja de direito tributário, seja de direito empresarial, que se dispõem a analisar o tema são amplamente permeados por metáforas que mais prejudicam do que esclarecem acerca do que efetivamente significa a chamada "teoria". Para descrição do fenômeno utilizam-se expressões como: levantamento do véu corporativo (*lifting or piercing the corporate veil*), abertura da concha da pessoa jurídica (*cracking open the corporate shell*), penetração nas pessoas coletivas (*durchgriff bei juristischer personen*), dentre tantas outras. A falta de rigor descritivo no estudo do tema, além de gerar insegurança quanto aos pressupostos de aplicação e controle do referido expediente, ocasionou certo desgaste semântico da expressão "desconsideração da personalidade", de modo que praticamente todos os preceitos do direito positivo que cuidam

do fenômeno da responsabilização de sócios, administradores e outras empresas do mesmo grupo econômico acabam sendo rotulados como espécies desse gênero indefinido.

Há um componente histórico marcante, revelador desse entrelace conceptual envolvendo "responsabilização" e "desconsideração", visto que a técnica da desconsideração, ao menos sob o ponto de vista do direito continental europeu, surgiu como válvula de escape para os problemas gerados em razão do surgimento das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Em outras palavras, a referida técnica foi criada justamente para efeitos de responsabilização de terceiros, que não a própria pessoa jurídica. É o que destaca ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO:

> O problema do levantamento, no direito continental europeu, surgiu, historicamente, com o êxito das sociedades por quotas, criadas por genial intervenção do legislador alemão, em 1892. Até então, ou surgiam sociedades anônimas, rodeadas de cautelas internas e sujeitas a uma especial publicidade no seu funcionamento, ou ocorriam sociedades de responsabilidade ilimitada e, portanto, sociedades nas quais, a haver problemas, ficava aberta a porta para responsabilizar os sócios. As sociedades por quotas modificaram o panorama: permitiram a "democratização" da responsabilidade limitada. Ficavam, assim, colocados problemas delicados de tutela dos credores sociais, designadamente quando, sem publicidade, fossem ignorados determinados postulados do seu funcionamento[2].

Importa, contudo, consignar que há casos de responsabilização que não se enquadram em hipótese de desconsideração (ao menos em sentido estrito), bem como há situações em que a desconsideração é empregada para fins outros, que não a responsabilização.

[2] *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial.* Coimbra: Livr. Almedina, 2000, p. 103-104.



Em matéria de responsabilização tributária, essa imprecisão conceptual nos leva a dois questionamentos específicos: (a) Em que medida se pode afirmar que os preceitos de responsabilização pelo crédito tributário, inscritos no Código Tributário Nacional e em outros diplomas normativos referentes à matéria tributária, cuidam de "desconsideração da personalidade jurídica"? (b) É possível a aplicação do preceito genérico de desconsideração, inscrito no art. 50 do CC, para fins de responsabilizar o administrador pelos débitos tributários originados em face da pessoa jurídica?

Para que essas duas questões sejam adequadamente respondidas será necessário tecermos algumas considerações teóricas, a fim de melhor situar os referidos temas.

## 5.3 Metáforas: do "véu" que encobre os conceitos jurídicos fundamentais

Conceitos jurídicos fundamentais, nas palavras de LOURIVAL VILANOVA, são aqueles que atravessam, universalmente, todos os subdomínios do direito. Encontram sua reconstrução no âmbito da Teoria Geral do Direito, plano de discurso que coleta informações tanto nos textos que compõem o direito positivo como nos diversos textos que se propõem a formular uma Ciência do Direito. Nessa reformulação, em um plano mais abstrato de linguagem (nível intermediário de linguagem, diriam MORESO & VILAJOSANO), são identificadas categorias como: norma jurídica, princípio jurídico, fato jurídico, relação jurídica, incidência, aplicação, interpretação, dentre outras. Trata-se do vocabulário fundamental para que se possa descrever, com clareza, determinado fenômeno jurídico.

Quando, todavia, os autores se propõem a descrever o fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica, utilizam-se de fórmulas como "levantamento do véu", "penetração na personalidade", "abertura da concha da pessoa jurídica", locuções que, além de "deselegantes", como diz o jurista português MENEZES

CORDEIRO, representam, em nossa opinião, um "escudo" (com o perdão da metáfora!) para a compreensão das categorias envolvidas numa descrição objetiva do tema.

Na busca de uma definição acerca da linguagem metafórica, TORQUATO CASTRO JÚNIOR oferece a seguinte narrativa:

> Metaforizar consiste em dizer algo por implicitação. Jogando com certas pressuposições do leitor é que a metáfora propõe um significado além da aparência literal da imagem oferecida. Há uma relação de analogia, de partilhada estrutura, entre as coisas contrapostas pela metáfora. Se se diz que "Hannah Arendt" é uma raposa (...) é preciso que se suponha que quem diz está significando algo além da imagem que está textualmente fixada. Hannah Arendt, obviamente, não é uma raposa. Não se pretende "referência" a uma raposa. As coisas se fazem entender exatamente porque se sabe que Hannah Arendt literalmente não é raposa. A metáfora, para ser entendida, pressupõe a compreensão de sua extraliteralidade a partir de um confronto com sua literalidade. A metáfora expõe pressuposições comuns, que identificam um padrão de similitude entre o literalmente referido e o metaforicamente intencionado. A metáfora assim é dual: há nela a pressuposição de um estado de coisas para além de si mesma, que a completa. Se o signo também ele na perspectiva saussuriana é dual, tem-se que a metáfora é dualidade sobre dualidade.[3]

Trazendo um pouco das considerações do autor para a presente análise, observa-se que, na assertiva de que "o juiz procederá ao levantamento do véu da pessoa jurídica", claramente se procura significar algo além da significação literal, mesmo porque nessa mesma expressão há contraponto entre um objeto ideal (pessoa jurídica) e um objeto real (véu), como se estivessem em um mesmo plano, criando uma imagem de difícil apreensão

[3] *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente*: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista romanística. Tese de doutorado. São Paulo: PUCSP, 2003, p. 82.



em sentido literal[4]. A pretensão comunicativa, portanto, vai além da literalidade.

Necessário, deste modo, proceder a um atalhamento da elipse metafórica, em busca de uma descrição o mais objetiva possível. Devemos advertir, todavia, que as metáforas impregnam de maneira decisiva o discurso científico-jurídico, bastando lembrar que os próprios termos "interpretação", "incidência", "personalidade" e tantos outros possuem origem metafórica. Todavia, para que esses termos, inicialmente metafóricos, pudessem ser utilizados com a função descritiva típica do discurso científico, tiveram de sofrer uma sorte de depuração semântica. Sobre esse processo de tentativa de objetivação, metaforicamente descrito como "vida e morte das metáforas", assim pontua TORQUATO CASTRO JÚNIOR:

> Diz-se que as metáforas "têm vida". Nascem, modificam-se e morrem. Nascem de um impulso criativo, de um deslocamento do lugar natural das palavras, que significa, por si, pelo que comu-

[4] A divisão dos objetos de conhecimento em quatro grandes grupos – (a) objetos ideais, (b) objetos naturais, (c) objetos metafísicos e (d) objetos culturais –, tomando-se como ponto de partida às ideias de Husserl, é exposta com bastante propriedade por FABIANA DEL PADRE TOMÉ, nas seguintes palavras: "Os objetos ideais são assim denominados porque não têm existência senão na ideia, apresentando-se sem delimitação no tempo e no espaço, ostentando, por isso, elevadíssimo grau de neutralidade ao valor. Quanto aos objetos naturais, têm existência no tempo e no espaço, encontrando-se no campo da experiência sensível. Caracterizam-se, igualmente, por seu alto grau de neutralidade, já que se trata de elemento *dado* pela natureza, sem que o homem tenha realizado construção alguma em relação a ele. Os objetos metafísicos, por sua vez, têm existência, mas encontram-se excluídos do âmbito da experiência sensível. São valiosos, positiva ou negativamente, na medida em que se podem atingir pelas estimações e valorações. Por fim, os objetos culturais existem no tempo e no espaço, estão na experiência sensível e apresentam-se completamente abertos às valorações, visto que são *construídos* pela atividade humana, que lhe confere sentido" (*A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 240).

nica enquanto deslocamento intencionado, ruptura deliberada de regras semânticas. Morrem na literalidade. Perdem o brilho poético (e "poiético"), deteriorando-se até a letra. Metaforicamente, portanto, as metáforas morrem quando se simplifica a elipse metafórica, sua relação de deslocamento, numa relação imediata de posicionamento "inequívoco" entre a palavra e seu sentido prevalecente. Isto acontece amiúde[5].

Assim, do mesmo modo que o vocábulo "personalidade", quando incorporado ao discurso jurídico, foi se despregando do seu caráter metafórico[6], passando a ser visto como designativo de uma relação jurídica ou de um feixe de relações jurídicas[7], torna-se necessário descrever o "levantamento do véu da pessoa jurídica" em função de conceitos jurídicos fundamentais.

Em uma metáfora de segundo nível, poderíamos afirmar que é preciso levantar o véu que encobre a teoria do levantamento do véu da pessoa jurídica.

## 5.4 Desconsideração da personalidade jurídica: teoria *vs.* objeto

Além do problema da falta de uma categorização do tema em face de uma Teoria do Direito, provocado pelo emprego abusivo de metáforas, é interessante observar a confusão feita entre o plano da Ciência do Direito (metalinguagem, descritiva) com o

[5] *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente*: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista romanística, p. 79.

[6] Conforme observa FÁBIO KONDER COMPARATO, o sentido primogênito de personagem está ligado à ideia de *persona*, "que é a máscara teatral e, por extensão, o próprio papel ou função dramática desempenhada pela personagem portadora da máscara" (*O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 353).

[7] Confiram-se, nesse sentido, as considerações expostas nos itens 4.2.1 a 4.2.3, *supra*.



plano do direito positivo (linguagem-objeto, prescritiva). Essa promiscuidade pode ser denunciada quando o operador do direito, na falta de determinada regra específica a ser aplicada, "aplica a teoria da desconsideração"!

É importante perceber que a desconsideração, em seu sentido originário e estrito, não significa a aplicação de determinada regra de responsabilização: ao revés, surgiu justamente pela ausência de regra expressa nesse sentido. Supera-se a personalidade (ou a regra de personalização) em nome de dados elementos axiológicos e se constrói, via interpretação, uma nova regra, à luz do caso concreto, com o propósito de suprir eventuais lacunas axiológicas decorrentes da aplicação rígida da regra de personalização.

Mas isso não quer dizer, reitere-se, que haja, à disposição do aplicador, uma norma jurídica denominada "teoria da desconsideração". A teoria situa-se em plano de discurso com função pragmática do tipo descritiva, procurando explicar as várias situações em que a desconsideração ocorre.

O expediente da desconsideração não surgiu, historicamente, nem como norma de direito legislado, nem como teoria, e sim como prática reiterada dos tribunais, no sentido de superar a estrutura formal da pessoa jurídica quando essa representasse obstáculo para a realização de determinadas finalidades relativas à própria existência de "personalidade jurídica" ou de finalidades outras, subjacentes a outras regras, cujo valor superava o da própria personalidade.

A "teoria da desconsideração", nesse sentido, é posterior ao "fenômeno da desconsideração" e aparece como empenho de descrição, pelo método indutivo, da experiência dos tribunais, como muito apropriadamente observa MENEZES CORDEIRO:

> O levantamento da personalidade não deriva de quaisquer locubrações teóricas. Trata-se dum instituto surgido *a posteriori* para sistematizar e explicar diversas soluções concretas, estabelecidas para resolver problemas reais postos pela personalidade colectiva. Na sua origem, encontramos uma multiplicidade de casos concretos. A doutrina que se tem preocupado com o levantamento

procede a classificações, agrupamentos ou "constelações" de casos concretos em que ele se manifesta[8].

Nesta linha de considerações, cabe afirmar que *só há "teoria da desconsideração" no plano da Ciência do Direito* quando se procura sistematizar o tema com propósitos descritivos. Vale observar que haverá tantas teorias quantas forem as perspectivas adotadas no enfrentamento do tema. Basta lembrar as inúmeras "teorias" que se propõem a explicar a personalidade jurídica (expostas originalmente por Savigny, Jhering, Gierke, Ascarelli, Kelsen, dentre tantos outros). Se há tantas formas de explicar a chamada "personalidade jurídica", é bastante razoável concluir que haverá pelo menos uma teoria da desconsideração da personalidade jurídica para cada perspectiva adotada.

O objeto da teoria (ou das teorias) da desconsideração situa-se no direito positivo, representado pela desconsideração em si, ou sua fenomenologia (forma como se apresenta ao sujeito cognoscente). *Para nos referirmos a esse objeto, utilizaremos as expressões "expediente", "fenômeno" ou "técnica da desconsideração".*

## 5.5 Desconsideração da personalidade jurídica e a figura do abuso de direito

Um dos trabalhos apontados como precursores do tema da desconsideração foi escrito por ROLF SERICK, a partir da sistematização dos argumentos utilizados pelas jurisprudências norte-americana e alemã. Escrito na década de 1950, foi traduzido para o castelhano sob o título *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*: el abuso de derecho por medio de la persona juridica. Dentre as críticas feitas à jurisprudência então analisada, destaca-se a de que os fundamentos utilizados para a negação episódica da personalidade jurídica eram extremamente vagos e muitas vezes contraditórios, causando alto grau de insegurança jurídica. Aponta, nesse sentido, que "se recorre amplamente a cláusulas gerais e a flexíveis jogos de palavras como 'poder dos fatos', 'boa-fé' etc., fórmulas pelas quais tudo pode receber um fundamento, sem que por ele se consiga convencer a ninguém"[9].

[8] Op. cit., p. 115.



Constata o autor que se nega a personalidade jurídica sem que haja fundamentos efetivos para tanto, e que, mesmo nos casos em que a superação em questão foi, a seu juízo, adequada, falta uma fundamentação juridicamente consistente para tanto. Nesse contexto, lança a seguinte assertiva:

> En las sentencias que con razón ha desestimado la forma de la persona jurídica se encuentra a faltar una firme fundamentación dogmática. Por lo general solo están fundadas en consideraciones de equidad. Lo que de tal modo con ello se logra en el terreno de la justicia material es a costas de la seguridad jurídica. De ahí que, en definitiva, la aprobación o repudiación de esas sentencias parece que solo depende de que pueda o no colocarse el valor del derecho como un elemento de previsión por encima de la justicia del caso[10].

A partir dessa consideração acerca da falta de critérios e de sistematização dogmática o autor levanta uma série de julgados que considera representativos sobre o tema e procura classificá-los em grandes grupos, de modo a encontrar padrões argumentativos e desvendar a racionalidade jurídica por trás do problema da desconsideração. Formula, assim, uma série de proposições sobre o assunto, sendo a mais genérica delas a que procura explicar os problemas de desconsideração como situações de *abuso de direito da pessoa jurídica*. Enuncia, nessa linha de pensamento, que

> si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado

[9] *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1958, p. 40.

[10] Idem, p. 39.

contrario a derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios[11].

Evidentemente, a articulação de um tema em torno da ideia de abuso de direito não cria bases absolutamente seguras, no sentido de gerar previsibilidade de futuras decisões. Mas o propósito da figura é justamente esse, de modo a permitir ao aplicador do direito a flexibilização de regras à luz do caso concreto. Ainda assim, o autor dá importantes passos no sentido de desvelar as finalidades que devem ser confrontadas nos diferentes tipos de situação que procura compartimentar. Sempre deixa claro que a finalidade da pessoa jurídica, como centro de interesses distinto dos sócios, há de ser preservada, só podendo haver desconsideração em casos excepcionais.

Não é nosso propósito, neste trabalho, fazer um estudo detalhado sobre as hipóteses em que poderá ocorrer desconsideração da personalidade jurídica. Em realidade, pretendemos "traduzir" a construção que se originou a partir da obra de SERICK para uma terminologia compatível com o modelo teórico que adotamos e, ao final, respondermos a duas das importantes questões lançadas no início deste capítulo.

Com esse objetivo, tentaremos reconstruir a teoria da desconsideração de acordo com as ferramentas disponíveis quando se concebe o direito enquanto conjunto de normas jurídicas, i.e., enquanto produto da atividade de enunciação levada a efeito por agente credenciado pelo próprio direito positivo. A partir daí, buscaremos categorizar o expediente da desconsideração sob o prisma dos conceitos jurídicos fundamentais. Ser-nos-á de grande valia, nessa empreitada, as ferramentas conceptuais oferecidas pelas obras de PAULO DE BARROS CARVALHO, ATIENZA e MANERO, FREDERICK SCHAUER e ALCHOURRÓN e BULYGIN.

[11] Idem, p. 241.



De ATIENZA e MANERO resgataremos a importante contribuição que deram para a explicação da figura "abuso de direito" enquanto "ilícito atípico", vale dizer, enquanto expressão da derrotabilidade de determinada regra em razão de dada justificação subjacente (princípio), à luz de dado caso concreto. Sobre o desajuste entre regra e justificações, são de bastante relevo as considerações de SCHAUER (quando trata de sub ou sobreincludência de regras) e de BULYGIN e ALCHOURRÓN (quando versam sobre as chamadas "lacunas axiológicas"). Importante ponto de partida para a conciliação desses elementos é a noção de "percurso gerativo de sentido", de PAULO DE BARROS CARVALHO, pelo qual demonstra como se dá o trânsito, via intérprete, da literalidade (enunciados prescritivos) à norma jurídica (conteúdo semântico, organizado em estrutura hipotético-condicional). É nesse percurso que se enfrenta a interação semântica entre as diversas informações obtidas no processo de interpretação.

### 5.5.1 Percurso de *construção* de sentido das normas jurídicas

Cabe insistir, na linha dos ensinamentos de PAULO DE BARROS CARVALHO, que não se pode confundir texto de lei (enunciados prescritivos, tomados em feição literal) com norma jurídica (significação, construída pelo intérprete a partir do contato travado com a dimensão literal, organizada em estrutura hipótese-consequência). Da aplicação da teoria semiótica[12] ao

[12] PAULO DE BARROS CARVALHO toma por referência o modelo de EDMUND HUSSERL, que identifica o signo como uma relação triádica entre suporte físico, significado e significação. Suporte físico, neste léxico, é a base empírica que desencadeia a interpretação, é um "algo" que representa "outro algo", diferente dele mesmo; significado é o objeto a que se refere o suporte físico; e significação é o sentido, atribuído pelo sujeito cognoscente, a esse suporte físico, com o propósito de formar uma representação mental daquele objeto. Trazendo essas ideias para o domínio jurídico, aquele autor aponta que "o supor-

estudo da interpretação do direito positivo, o autor em referência desenvolve proficua ferramenta de análise e descrição desse fenômeno. Aponta, neste desiderato, quatro subsistemas em que se pode decompor o processo de interpretação. Estes subsistemas representam quatro etapas ou planos de análise deste percurso, a destacar:

- Plano S1 – sistema da literalidade textual, suporte físico das significações jurídicas;
- Plano S2 – conjunto dos conteúdos de significação dos enunciados prescritivos;
- Plano S3 – conjunto articulado das significações normativas (ou sistema das normas jurídicas *stricto sensu*);
- Plano S4 – organização das normas, ora construídas, em vínculos de coordenação e subordinação.

Nessa ordem de ideias, o ponto de partida para a trajetória da interpretação (também chamada de processo de construção de sentido ou de percurso gerativo de sentido) ocorre do contato travado pelo sujeito cognoscente com o **plano da literalidade textual (S1)**. Trata-se, esse plano, do "único e exclusivo dado objetivo para os integrantes da comunidade comunicacional. Tudo mais será entregue ao teor das subjetividades. Apenas o texto, na instância de sua materialidade existencial, se oferece aos sujeitos como algo que adquiriu foros de objetivação"[13].

---

te físico é o conjunto dos textos do direito posto; o significado, a conduta humana compartida, na vida social; e significação, o vasto repertório que o jurista extrai, compondo juízos lógicos, a partir do contato sensorial com o suporte físico, e com referência ao quadro dos fatos e das condutas juridicamente relevantes" (*Direito tributário*: fundamentos jurídicos da incidência tributária, 5. ed., p. 123). Nessa linha de considerações, pode-se observar que a norma jurídica se encontra no plano da significação, organizada a partir do contato com o suporte físico formado pelos enunciados do direito positivo.

[13] *Direito tributário*: fundamentos jurídicos da incidência tributária, 5. ed., p. 72.



Por ser objetivamente alterável, nos termos dos desígnios dos agentes credenciados pelo ordenamento para a produção de novas unidades prescritivas, é o plano, por excelência, de introdução de modificações no direito positivo. Recorda o autor que é possível a ocorrência de transformações do direito positivo sem mudanças neste plano sintático, podendo passar-se no plano semântico ou pragmático, de acordo com o "rumo que os utentes da linguagem do direito, num dado momento histórico, vão imprimir às significações de certas palavras"[14].

Essas mutações no âmbito semântico e pragmático, incontroláveis da perspectiva do legislador, devem-se a uma característica da linguagem que FREDERICK SCHAUER define como "textura aberta". Segundo sua definição para esse fenômeno,

> la textura abierta es la posibilidad ineliminable de vaguedad, la contingencia inerradicable de que incluso el término aparentemente más preciso pueda, cuando se lo confronta con un caso no previsto al momento en el que el término fue definido, tornarse vago con respecto a ese caso. (...) *La textura abierta es esta caracteristica indeleble del lenguaje que es consecuencia de la oposición entre un lenguaje fijo y un mundo continuamente cambiante y desconocido*[15].

---

[14] Idem, p. 73-74.

[15] *Las reglas en juego*: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 94-95. SCHAUER destaca que textura aberta, na acepção que emprega, derivada da contribuição teórica de FRIEDERICH WAISMANN, não se confunde com vagueza pura e simples (indeterminação semântica ou zona de penumbra que rodeia o núcleo de significado da maioria dos termos), acepção, ademais, adotada por HART. Diversamente, na noção empregada de textura aberta, o vocábulo hoje, por mais preciso que seja, pode tornar-se futuramente vago, ante mudanças no universo sociocultural dos sujeitos que o interpretam. Em suas palavras, "la textura abierta es distinta de la vaguedad. Por contraste con la vaguedad actualmente identificable, según WAISMANN, la textura abierta es la posibilidad de que incluso el término *menos* vago, el más preciso, se torne vago como consecuencia de nuestro conocimiento imperfecto del mundo y de nuestra capacidad limitada de predecir el futuro" (idem).

Por esses motivos, o plano da literalidade textual é o ponto-chave quando se procura imprimir modificações no sistema total do direito positivo. Trata-se, como já dito, do ponto de partida da trajetória interpretativa.

Travado o contato sensorial com esse plano, o intérprete, com sua inafastável carga cultural preexistente, irá atribuir sentido aos enunciados que o compõem[16], desvendando o significado dos vocábulos empregados pelo legislador. Estará laborando no domínio **(S2), no plano das significações**. Para que possa construir a mensagem prescritiva de modo completo, deverá o intérprete transitar por enunciados veiculados pelos mais variados instrumentos introdutores (leis ordinárias, complementares, Constituição Federal etc.), na busca do sentido contextual dos vocábulos e da relação entre eles.

Assim, por exemplo, o intérprete que procura construir o perfil de incidência do ITCMD – Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação, instituído pelo Estado de São Paulo, deverá tomar como ponto de partida os enunciados inscritos na Lei estadual n. 10.705/2000. Logo de início perceberá que a referida lei estabelece como parâmetro de indicação das materialidades de

[16] É oportuno ressaltar que o termo "enunciado" possui certa carga de ambiguidade, podendo significar tanto a instância literal como o seu conteúdo de significação. Adotaremos, neste texto, a primeira das acepções, sempre lembrando, todavia, que não é concebível enunciado sem significado ou significação. Ao definir enunciado em acepção literal, explica PAULO DE BARROS CARVALHO que "na linguagem escrita, apresenta-se como um conjunto de grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação, de tal forma que, seja qual for a função cumprida pela linguagem nesse processo, os enunciados aparecerão sempre como formações bem construídas e dotadas de referência objetiva" (*Direito tributário*: fundamentos jurídicos da incidência tributária, 5. ed., p. 75). Para designar mais claramente o conteúdo de significação constituído a partir da fórmula textual do enunciado, o autor utiliza o vocábulo "proposição" (idem).



as hipóteses de incidência os vocábulos "doação" e "transmissão *mortis causa*". Contudo, para compreender, em plenitude, o sentido desses termos terá de perquirir, inevitavelmente, o tratamento dado pelos enunciados dispersos no Código Civil que tratam do tema.

Constatará, desta maneira, que eventual pagamento de despesas com educação dos filhos, por parte dos pais, não configura pressuposto de incidência do tributo, pois não se trata de doação, visto que um dos elementos de sua configuração, *ex vi* do art. 538 do diploma privado, é a *liberalidade*, e o pagamento de despesas educacionais, relativas aos filhos menores, encontra-se no âmbito semântico do *dever de sustento*, nos termos do art. 1.634, I, do CC. Perceberá, também, que o marco temporal para a incidência do imposto está condicionado ao aperfeiçoamento da doação, ou seja, a partir da tradição do bem doado. Nesse sentido deverá observar que, para os bens móveis, a referida transferência de domínio se dá com a entrega da coisa (art. 1.267 do CC), ao passo que, para os bens imóveis, com a inscrição do título translativo no Registro de Imóveis (art. 1.245 do CC).

Com relação à "transmissão *mortis causa*", irá perceber que essa se dá no momento da abertura da sucessão, i.e., no momento da morte, nos termos dos arts. 1.784 e 1.923 do CC. A partir daí, poderá colocar em questão eventual tentativa de se tributar os frutos (rendimentos) dos bens transmitidos, gerados após a morte, porém antes do encerramento do processo de inventário e partilha. Destaca-se, ainda, a necessidade de sempre serem checados os enunciados da Constituição Federal que estabelecem limites axiológicos que deverão nortear a construção de sentido[17].

[17] Para maiores desdobramentos acerca das referências semânticas necessárias à construção da regra de incidência do ITCMD, confira-se: PEIXOTO, Daniel Monteiro. Impostos incidentes sobre heranças e doações. In: *Estratégias societárias, tributação e planejamento sucessório*. São Paulo: Saraiva – Série GV*law*, 2009, p. 169-207.

Esse exemplo demonstra que o processo de construção de sentido não se limita ao teor literal de um único dispositivo, cujo sentido inicial pode vir a ser infirmado mediante uma análise mais ampla, que busca incursionar pela integridade de enunciados do direito positivo. Por isso a afirmação de PAULO DE BARROS CARVALHO, na qual "a missão do exegeta dos textos jurídico-positivos, ainda que possa parecer facilitada pela eventual coincidência da mensagem prescritiva com a sequência das fórmulas gráficas utilizadas pelo legislador (no direito escrito), oferece ingentes dificuldades, se a proposta for a de um exame mais sério e atilado"[18]. É a partir dessa observação que o autor coloca em xeque a chamada interpretação literal como método de interpretação, concluindo que a interpretação sempre haverá de ser sistemática, privilegiando a unidade contextual do direito positivo. A literalidade é de suma relevância, contudo é apenas um ponto de partida no processo de construção de sentido.

Obtido o conteúdo semântico dos enunciados dispersos pelo direito positivo, terá o intérprete de organizar as informações, de modo a formular mensagem com sentido deôntico completo, vale dizer, haverá de aglutinar proposições com o propósito de moldar uma estrutura do tipo: se ocorrer determinado pressuposto fático (hipótese de incidência), deve-ser, dada consequência jurídica (vínculo relacional entre dois sujeitos de direito, um ativo, titular do direito subjetivo, outro passivo, portador do dever jurídico, em torno de determinado objeto). Só assim será possível identificar o conteúdo específico da conduta esperada pelo ordenamento jurídico, bem como o pressuposto, ou condição, para que surja esse dever. Alcançando essa etapa do percurso gerativo de sentido, estará o intérprete no **plano S3, o domínio das normas jurídicas *stricto sensu*.**

Ainda nessa etapa do percurso, PAULO DE BARROS CARVALHO aponta como imprescindível a realização daquilo

[18] *Direito tributário*: fundamentos jurídicos da incidência tributária, 5. ed., p. 68.



que chama de "esforço de contextualização", cujo objetivo "é confrontar as unidades obtidas com o inteiro teor de certas orações portadoras de forte cunho axiológico, que o sistema coloca no patamar de seus mais elevados escalões"[19], isto porque a norma jurídica não é "um ente isolado, que pode ser visto, na sua soledade, como alguma coisa que porta os traços de pertinência a certo conjunto normativo. Mais do que isso, é o próprio domínio, reduzido a sua expressão mais simples"[20]. Trata-se, em outras palavras, do confronto entre regra e os valores consagrados pelo ordenamento jurídico (princípios, em uma de suas acepções).

Se, por um lado, a estrutura da norma jurídica é o modo pelo qual se organiza o conteúdo semântico dos enunciados prescritivos, por outro, a composição em vínculos de hierarquia e subordinação é a forma de organização das normas jurídicas entre si: é uma metaestrutura. Nessa que se surpreenderá, no todo sistemático, a posição relativa de determinada norma jurídica. Ao empreender este tipo de estruturação, estará o intérprete incursionando pelo **S4 – plano das relações de coordenação e subordinação entre regras jurídicas**.

### 5.5.2 Percurso de *reconstrução* de sentido das normas jurídicas

O chamado percurso de *construção* de sentido das normas jurídicas, tal qual descrito no tópico anterior, ocorre em dado contexto, i.e., em determinado horizonte de cultura em que imerso o intérprete. Diz-se, nesse sentido, que toda compreensão se dá a partir de pré-compreensões. Por isso a afirmativa de GADAMER, na qual

> compreendemos a partir de nossos pré-conceitos que se gestaram na história e são agora "condições transcendentais de nossa

[19] Idem, p. 80.

[20] Idem, p. 81.

compreensão" (...) daí o caráter circular de toda a compreensão, ela sempre se realiza a partir de uma pré-compreensão, que precedente de nosso próprio mundo de experiência e de compreensão[21].

Não obstante a imersão do intérprete em um contexto cultural que precede a própria atividade interpretativa, cabe destacar que a construção de sentido, quando o propósito é a geração de normas abstratas e gerais, dá-se a partir de um suporte físico claramente identificado: os enunciados prescritivos tomados em acepção literal, veiculados por instrumentos introdutores como a Constituição Federal, leis ordinárias etc. Não há espaço, neste recorte, para se cogitar que determinado intérprete apele para o plano dos enunciados factuais (i.e., provas de fatos) como base empírica contribuinte ao processo de construção de normas jurídicas abstratas e gerais.

Por trás dessa concepção há toda uma preocupação em se evitar o excesso de discricionariedade do intérprete que, desmedido, pode resvalar para o plano da arbitrariedade, pois a possibilidade de cambiar o sentido da norma em função do caso concreto avaliado, por vezes, gera uma sensação de falta de critérios decisórios, com delegação plena de autoridade ao aplicador. Comprometer-se-ia, em certa medida, a previsibilidade de comportamentos, a estabilidade dos comandos normativos e sua uniformidade com relação a uma generalidade de destinatários. Talvez haja, mesmo, uma exigência jurídico-positiva, informada pelo princípio da segurança

[21] *Apud* OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 119. No mesmo sentido, PAULO DE BARROS CARVALHO, quando afirma que a interpretação se dá, sempre, nos "horizontes da nossa cultura", de modo que "na visão hermenêutica adotada, a interpretação exige uma pré-compreensão que a antecede e a torna possível" (*Direito tributário*: fundamentos jurídicos da incidência tributária, 5. ed., p. 88). Confira-se também, sobre a ideia de pré-conceitos ou pré-compreensão: PEIXOTO, Daniel Monteiro. *Competência administrativa na aplicação do direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 38-47.



jurídica, no sentido de evitar tal tipo de postura interpretativa. No direito tributário, essa exigência se faz marcante, quando considerados os princípios específicos deste segmento de regulação.

Há, todavia, uma tendência doutrinária que contrapõe a ideia de regra *prima facie* a uma reformulação posterior do preceito normativo, considerando o caso concreto e as justificações (valores) que sustentam a própria regra. Seria esta, mais tarde, a chave para se explicar institutos como o abuso de direito, a fraude a lei, o desvio de poder e, em nossa opinião, a própria desconsideração da personalidade jurídica (normalmente definida em função do abuso de direito). A noção de reformulação da norma a partir do caso concreto, se tomada com cautela, parece-nos frutífera, principalmente para explicar os aludidos fenômenos.

Causa-nos, contudo, incômodo a expressão regra *prima facie*. Trata-se de adaptação de conceito importado da filosofia moral, mais especificamente de um trabalho de WILLIAN DAVID ROSS intitulado *The right and the good*, escrito na década de 1930. Esse autor fazia contraposição entre *prima facie duty* e *actual (or absolute) duty*, justamente para demarcar a superabilidade de certos deveres assumidos no plano moral, se constatadas outras circunstâncias de maior relevância que indicassem outro dever moral a ser confrontado com o originário, surgindo o dever síntese[22]. Empregam o termo "regra *prima facie*", no campo jurídico, autores como ATIENZA e MANERO[23],

[22] Cf. ATWELL, John. Ross and prima facie duties. *Ethics*, v. 88, n. 3, p. 240-249. Demonstra esse autor, todavia, que, mesmo no campo da filosofia moral, as locuções em referência são malcompreendidas: "Nethertheless, it is very dificult to understand what prima facie duties are and how they are to be distinguished from, or related to, actual duties, that is, those acts which in concrete cases an individual ought to do" (idem, p. 240). Confira-se também, sobre esse debate em torno da compreensão das locuções: SHOPE, Robert K. Prima facie dutie. *The journal of philosophy*, v. 62, n. 11, 1965, p. 279-287; JACK, Henry. More on prima facie duties. *The journal of philosophy*, v. 63, n. 18, 1966, p. 521-524.

[23] *Ilícitos atípicos*: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. Madrid: Trotta, 2000.

para ilustrar a superabilidade de regras, em face de princípios e de propriedades reveladas pelo caso concreto. Entendemos que a expressão poderia levar a equívocos se fosse incorporada ao texto do presente trabalho, pois:

a) a locução tende a ser compreendida no sentido de que esse tipo de regra decorre de uma interpretação meramente literal ou, o que é pior, de uma não interpretação. A interpretação é inevitável quando determinado sujeito cognoscente trava contato com determinado objeto cultural. A chamada "interpretação literal", por seu turno, não se traduz em autêntico método interpretativo, mas em ponto de partida para a interpretação, que será sempre sistemática.

b) o qualificativo *prima facie* sugere, ainda, que a regra sempre poderá ser derrotada se considerados argumentos valorativos em sentido contrário, diante do caso concreto. A derrotabilidade até poderá acontecer em situações especiais, mas isso não significa que as razões oferecidas pela regra não possam ser concludentes no disciplinamento da postura do aplicador ao caso concreto: na maioria dos casos o são[24].

A análise desse segundo argumento será retomada mais adiante. Por ora, fixar-nos-emos ao teor do primeiro dos argumentos para esclarecer que, em vez de adotar o termo "regra *prima facie*", optaremos pela seguinte terminologia:

[24] Denunciando esse problema, FREDERICK SCHAUER aponta que esse termo pode levar à confusão, pois "sugiere que la razón que la regla suministra se desvanece cuando es superada por una razón más fuerte. Pero hay tan poco fundamento para suponer esto como para suponer que mi abrigo desaparece cuando lo atraviesa un viento helado. Ocurre sencillamente que la protección del abrigo, como la razón que la regla suministra, no siempre es suficiente. Aun sí, la insuficiencia de la regla respecto de ciertos casos no es inconsistente con que resulte en el presente suficiente para muchos otros, ni tampoco con su aptitud para elevar el umbral de fuerza que *cualquier* razón en contrario debe alcanzar para prevalecer. En la medida en que el término *prima facie* oscurece esta fuerza actual, resulta más equivoco do que útil" (op. cit., p. 62).



a) *regras decorrentes do processo de construção de sentido*: produto do processo descrito no item 5.5.1, *supra*, apresentam-se como resultado de atividade interpretativa que percorre diversos segmentos de enunciados do direito positivo para, ao final, agrupar as significações em estrutura hipotético-condicional. Os vetores axiológicos, presentes em vários espaços do direito positivo, também são levados em consideração, delimitando e moldando as proposições conotativas que integram a regra jurídica. *O traço marcante desse processo é a sua possibilidade de realização em abstrato, sendo imune às informações trazidas pela linguagem que relata o fato concreto*;

b) *regras decorrentes do processo de reconstrução de sentido*: a reconstrução, conforme sugere a terminologia adotada, toma como ponto de partida o produto da atividade interpretativa que acabamos de descrever, desafiando-o. Para tanto, é necessário testar a regra diante do caso concreto (linguagem das provas que relatam determinada situação factual) e, também, à luz de determinado vetor axiológico que serve como base de justificação da regra. Desse cotejo podem ocorrer as chamadas experiências recalcitrantes, ou seja, pode ser verificada a sub ou sobreincludência da regra. Essa constatação, todavia, não leva, necessariamente, à reconstrução da regra: depende do grau de sensibilidade de dado campo de regulação jurídica a esse tipo de medida, conforme iremos explicar nos tópicos seguintes. Contudo, se for o caso de deslocamento da regra originária, não será o caso de se aplicar, diretamente, um princípio, mas de construção de uma nova regra, apta a ser aplicada à situação concreta.

Para facilitar o discurso, na descrição das regras formadas a partir desses dois tipos de procedimento interpretativo, adotaremos, em lugar da oposição entre regra *prima facie* e regra *a posteriori*, criticada linhas acima, a terminologia "regra construída" e "regra reconstruída", quando o próprio contexto já não sugerir tal distinção.

### 5.5.2.1 Generalização e justificação

Uma vez completado o percurso de geração de sentido, descrito no tópico 5.5.1, *supra*, o intérprete haverá construído uma

norma do tipo abstrata e geral. Abstrata, porque a sua hipótese é formada por proposições conotativas, i.e., demarcações de critérios para a identificação de um fato de possível ocorrência. Projeta-se para o futuro, com o propósito de surpreender potenciais ocorrências, no plano factual, que se subsumam a seus requisitos. Geral, porque o seu consequente é composto por proposições conotativas para a moldagem de uma relação jurídica. Nessa relação, pelo menos um dos termos-sujeitos é ainda indefinido, de modo que a regra possa valer para uma generalidade de destinatários[25].

Conotação (ou intensão), importa recordar, é o estabelecimento de conjuntos mediante o apontamento de critérios, propriedades seletoras, traços, características; denotação (ou extensão), por sua vez, opera pela indicação, em pormenores, dos indivíduos, elementos, situações particulares, objetos ou coisas que possuem as características recortadas no plano conotativo. Assim, podemos definir um conjunto conotativamente, dizendo: "homem = animal racional". Também podemos definir, denotativamente, o conjunto dos homens, afirmando: "homem = Pedro, Paulo, Henrique, Maria e Juliana". Neste caso, o conjunto denotativo foi formado mediante o apontamento de indivíduos que atendem aos critérios do conjunto conotativo. Importa observar que, quanto maior a

[25] É da aplicação da norma abstrata e geral que surgirá a chamada norma concreta e individual. Seu suporte literal são os enunciados prescritivos produzidos pelo agente dotado de competência para a aplicação da regra ao fato concreto. Este ato de fala é também chamado de atividade de enunciação, cujo resultado são veículos introdutores como as sentenças, os atos administrativos etc. Da linguagem produzida pelo ato de aplicação será possível construir a norma concreta e individual, moldada pela redução denotativa das proposições conotativas da regra abstrata e geral. Seu antecedente trará a descrição de um fato concreto, relatado com apoio na linguagem das provas, consoante os critérios da hipótese abstrata; seu consequente, a prescrição de uma relação jurídica concreta, em que os termos sujeitos (sujeito ativo e sujeito passivo) estarão precisamente denotados. Reitere-se que, sempre, para que ocorra a incidência de uma regra abstrata e geral, será necessária a realização de um ato de aplicação.



conotação (mais critérios), menor a denotação correspondente (menos elementos). Desse modo, se definirmos, por exemplo, "homem" enquanto "animal racional, *do sexo masculino*", serão excluídos do conjunto denotativo correspondente os elementos "Maria e Juliana". Em termos lógicos dizemos que o conjunto denotativo subsume-se aos critérios do conjunto conotativo[26].

As regras abstratas e gerais, por conterem proposições conotativas, se projetam sempre para o futuro, selecionando propriedades para a identificação de uma classe de fatos, imputando a esta uma classe de relações jurídicas. Outra forma de descrever essa mesma característica, porém com distinta terminologia, é dizer que tais regras contêm generalizações[27]. A respeito das generalizações, como estratégia para a construção de regras, assim leciona FREDERICK SCHAUER:

> Las generalizaciones son, pues, selectivas, pero así como son inclusiones selectivas, las generalizaciones son también exclusiones selectivas. Al concentrarse en un número limitado de propiedades, una generalización simultáneamente *suprime* otras propiedades, incluso aquellas que marcan diferencias reales entre los individuos que las propiedades seleccionadas tratan como semejantes[28].

Nesse sentido, observe-se que a seleção de propriedades se atém àquelas que o legislador considerou relevantes para regular

[26] Sobre conotação *vs.* denotação, confira-se: HEGENBERG, Leônidas. *Definições: termos teóricos e significado*. São Paulo: Cultrix, 1974, p. 20-21; GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*. 3. ed. 2. reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2001, p. 57-60.

[27] Generalização, aqui, não mais se refere tão somente à característica da hipótese normativa, mas ao caráter conotativo da própria regra, em sua integridade estrutural. Ao longo da obra de FREDERICK SCHAUER, que iremos analisar adiante, o emprego de "generalização" é abrangente, sem prejuízo de que, em certas passagens, utilize para descrever o "predicado fático da regra" que, em sua terminologia, significa o mesmo que "hipótese normativa".

[28] Op. cit., p. 80.

dada conduta. Exemplificando, se o legislador faz referência, puro e simplesmente, à propriedade "veículo automotor" para assinalar determinado tratamento tributário (ex.: pagamento de IPI à alíquota de 50%), estará suprimindo as propriedades que distinguem caminhonetes, tratores, veículos de passeio, jipes, caminhões e ambulâncias. Suprimem-se, em dado contexto, propriedades que poderiam ser relevantes em outros. Não foi considerado relevante, desse modo, que a ambulância tem a finalidade de prestar serviços de saúde, podendo salvar vidas; que os tratores são veículos utilitários, imprescindíveis à atividade agrícola; que os veículos de passeio podem ser subdivididos em carros populares e carros de luxo, e assim sucessivamente.

Não se está, neste ponto, formulando algum tipo de crítica ao processo de generalização, pois se trata de recurso necessário a qualquer tipo de comunicação[29]. No caso da comunicação jurídica, é expediente fundamental para que se possa projetar determinada expectativa normativa para o futuro. Mesmo que determinada generalização procure especificar, ao máximo, as características relevantes na formação de dado conjunto conotativo, sempre haverá excluído algumas propriedades. Dando sequência ao exemplo acima, poderia uma regra estabelecer que "veículos automotores, de passeio, populares" serão tributados pelo IPI à alíquota de 30%. Note-se que, ainda que seja mais específica que a formulação anterior, a regra em questão não considerou o fato de que há veículos, neste conjunto, que possuem "potência acima de 2000 cc" e "potência abaixo de 2000 cc", "movidos a gasolina", "a álcool", "a diesel", "a gás" ou "multicombustível".

[29] Conforme destaca SCHAUER, "si al hablar se nos exigiese incorporar todas las precisiones concebibles en cada momento, la conversación sería imposible. Una conversación se desarrolla con la facilidad que damos por sentada solo porque sus participantes continuamente simplifican, abrevian y despliegan generalizaciones (...)" (op. cit., p. 100).



As generalizações prescritivas incluirão e excluirão determinadas propriedades sempre no propósito de delimitar um grupo de situações de possível ocorrência, para que se associe, por imputação normativa, dada consequência jurídica (proibição, permissão ou obrigatoriedade de dado comportamento). Preside este processo de escolha as chamadas "justificações" que, em termos simplificados, representam "o mal que se pretende erradicar ou a meta que se pretende alcançar"[30]. Consubstanciam, portanto, o aspecto axiológico do ordenamento jurídico, i.e., os valores inerentes a dado sistema de direito positivo. A toda regra corresponde um valor (princípio, em dada acepção) que se pretende realizar.

### 5.5.2.2 *Subincludência e sobreincludência: o caráter subótimo das regras*

O expediente de formular inclusões e exclusões de propriedades em dada hipótese de incidência e conectar, a esse pressuposto, determinada consequência jurídica possui, como já dito, o propósito de realizar dada justificação (valor subjacente à regra). Em boa parte dos casos, a aplicação da regra se dará de modo alinhado a esses valores. Todavia, como se costuma dizer, as regras são subótimas com relação às justificações subjacentes. Isso se deve a limitações lógicas inerentes aos recortes conceptuais. Como se trata de redutores de complexidades, sempre poderão ser desafiados perante dado caso concreto que

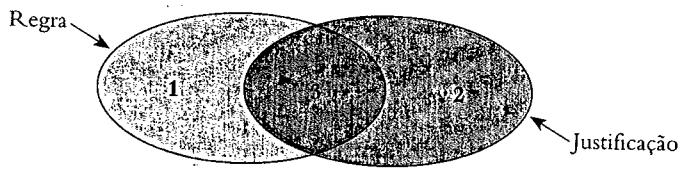
a) esteja fora do alcance do conceito da hipótese de incidência, porém dentro do alcance da justificação (subincludência da regra); ou

b) esteja dentro do alcance do conceito da hipótese de incidência, porém fora do alcance da justificação (sobreincludência da regra).

[30] SCHAUER, Frederick. Op. cit., p. 84.

Tomemos um exemplo formulado por SCHAUER, com pequenas adaptações, para ilustrar a ideia. Imagine-se a seguinte regra: *se* dirigir em rodovia federal (hipótese), *então deve-ser* a proibição de ultrapassar a velocidade de 100 km/h (consequência). A justificação que ampara esta regra consiste em manter a segurança nas estradas e, em última análise, evitar que se coloque a vida das pessoas em risco. Contudo, poderia ocorrer que, sob certas circunstâncias e em certos trechos das rodovias, dirigir a 120 km/h seja tão ou mais seguro do que em velocidade inferior ao limite estipulado pela regra; poderia acontecer ainda que uma ambulância esteja trafegando em velocidade superior a esse limite justamente para que possa salvar a vida de determinada pessoa. Nestes casos, diz-se que a regra é *sobreincludente* com respeito à sua justificação, i.e., o conceito da hipótese de incidência inclui, para efeitos de proibição, mais situações do que efetivamente contempla o âmbito de justificação da regra. Pode ocorrer, sem embargo, a circunstância de que uma pessoa venha a dirigir em velocidade muito lenta em uma curva fechada e acabe causando risco para os demais veículos. Estará, nessa hipótese, cumprindo a regra, mas confrontando a justificação subjacente. Nessa circunstância, diz-se que a regra é *subincludente*, ou seja, contempla, para efeitos de proibição, um número menor de situações do que exigiria sua justificação.

Podemos ilustrar essas noções com o seguinte diagrama:




Considerando a primeira elipse como o campo das situações contempladas pelo espectro semântico da regra e a segunda como aquelas que se encontram amparadas pela justificação, constata-se: o *campo (1)* representa as situações de *sobreincludência*, ou seja, a regra contemplando situações não amparadas pela justificação; o *campo (2)*, as hipóteses de *subincludência*, vale dizer, situações que, sob o prisma do valor que se pretende realizar, deveriam ter sido contempladas pela regra, mas não foram; e o *campo (3)* representa a *situação ideal* de interseção entre as elipses, i.e., as situações contempladas pela regra e, ao mesmo tempo, amparadas pela sua justificação.



Outro exemplo, bastante utilizado pelo autor, narra os problemas que se apresentam diante da seguinte regra: *se* entrar em restaurantes (hipótese), *então deve-ser* a proibição de levar consigo cães (consequente). A justificação dessa regra consistiria em evitar tumultos nos restaurantes e, consequentemente, transtornos aos demais clientes, propiciando o bem-estar geral dos frequentadores. Poderia acontecer, todavia, de um cego tentar entrar acompanhado de um cão-guia, asseado e muito bem treinado para não causar transtornos a terceiros, ou, ainda, de policiais precisarem ingressar no recinto acompanhados de cães farejadores, no intuito de checar uma ameaça de bomba. Nesses casos, se tomada a orientação da regra, não será permitida a entrada no restaurante, pois o elemento "cão" se faz presente. Sob o prisma da justificação, observa-se que se trata de regra *sobreincludente*. Suponha-se, agora, que alguém deseja entrar no restaurante com um urso. Nesse caso, segue SCHAUER afirmando:

> Si el predicado fáctico de la regla fuese tomado como atrincherado, los osos, al no ser perros y, por ende, no estar comprendidos dentro de ese predicado, no serían excluidos del restaurante (o al menos no serían excluidos en virtud de esta regla). La no exclusión de los osos, sin embargo, no sería con toda claridad el resultado indicado por la aplicación directa de la justificación que subyace a la regla[31].

O exemplo do urso ilustra, por sua vez, um caso de subincludência, visto que a regra deixará de proibir circunstância que, se considerada a justificação consistente em não causar transtornos aos demais clientes, haveria de ser proibida.

---

[31] Op. cit., p. 109.

Esses conceitos representam a tensão entre regras e justificações (princípios, na acepção de diretivas axiológicas) diante de casos concretos. O modo de resolver esse conflito depende do tipo de modelo decisório a ser adotado. SCHAUER distingue três modelos distintos: (a) o modelo baseado em regras (ou atrincheirado); (b) o modelo particularista (ou conversacional); e (c) o modelo particularista sensível a regras.

O *modelo baseado em regras* toma as regras construídas como razões opacas para as decisões, ainda que sejam desafiadas perante o caso concreto. Não se admite, nesta forma de decidir, o afastamento (reconstrução) da regra em nome de uma justificação subjacente[32].

O *modelo particularista* tende a ser transparente com relação às regras, quando desafiadas pelo caso concreto, à vista da justificação. É chamado também de conversacional por suportar uma revisão contínua das generalizações inscritas nas regras, de modo a contemplar novas situações subincluídas ou excluir situações sobreincluídas[33].

Por fim, *o modelo particularista sensível a regras* tende a ser uma síntese entre os anteriores. Esta concepção decisória, um pouco mais complexa que as demais, labora com dois tipos de justificação: justificação substantiva e justificação para geração de regras[34]. A *justificação substantiva* é aquela a que vimos nos referindo até então: o fundamento valorativo que ampara a eleição de determinadas propriedades em dada hipótese normativa para se imputar certa consequência jurídica. A *justificação para a geração de regras*, por sua vez, seria o motivo que levou o tratamento daquele tema na forma de regra, quando se poderia ter simplesmente a justificação substantiva. Em outras palavras, coloca em questão por que a justificação substantiva foi especificada em forma de regra.

[32] Idem, p. 138-140.

[33] Idem, p. 137-138.

[34] Idem, 154-160.



Neste modelo, aquele que for tomar uma decisão particular, ao examinar as justificações que subjazem à regra, deverá considerar os dois tipos de justificação acima, de modo a ponderá-las entre si, diante do caso concreto. Não se trata de simplesmente reconhecer que as regras sempre deverão ser obedecidas mesmo sobre ou subincludentes. Os valores relativos à existência da regra, como a certeza jurídica, a confiança e a possibilidade de predizer resultados é algo que, enquanto justificação, será ponderado com a própria justificação substancial da regra. Enfim, diverge do modelo baseado em regras, que impede que se busque, sob influxo do caso concreto, justificações subjacentes, no modelo particularista sensível às regras tudo entra em pauta de consideração, inclusive as vantagens e desvantagens de se ter uma regra.

O fato de o modelo que acabamos de descrever ser uma síntese dos anteriores não deve levar a uma conclusão peremptória de que tal modelo supera os demais (ainda que esta seja a primeira impressão). Na realidade, SCHAUER acaba se inclinando para o primeiro dos modelos por entender que, em adição à *possibilidade de predizer resultados*, há outros fundamentos que demonstram a vantagem do modelo de decisões baseado em regras, como, por exemplo, liberação do aplicador da norma ao caso concreto do dever de considerar todas as razões subjacentes que poderiam ser relevantes, se considerados todos os pormenores da situação concreta, além daqueles filtrados pela generalização da norma. Trata-se do *argumento de eficiência*, pois simplifica a tomada de decisões, permitindo maior agilidade neste processo. Em paralelo, defende que as experiências recalcitrantes (i.e., aqueles casos que desafiam a norma, se confrontada com a justificação) constituem *casos excepcionais*, se considerada a universalidade de situações que serão regidas pelas regras. Em outras palavras, na média, as regras operam em alinhamento às respectivas justificações.

O argumento que o próprio autor, todavia, considera decisivo em favor da tomada de decisão baseada em regras é o de que consistem elas em *mecanismos de distribuição de poder*. Dessa perspec-

tiva, as regras funcionam como mecanismo de contenção da autoridade, vale dizer, impedem que determinado agente considere justificações e peculiaridades que ultrapassam os limites da própria regra. Possibilitar ao agente esta sorte de considerações (como acontece nos demais modelos) implica autêntica delegação de poder para que se possa decidir, em cada caso concreto, se é o caso de aplicar ou não a regra: tudo estaria aberto à consideração do decisor particular. Em última análise, estaria em aberto a própria aplicação das regras que distribuem jurisdição (regras formais de competência) entre os agentes, de modo que, sopesar, em cada caso, as justificações das regras formais levaria a constantes casos de conflito de atribuições normativas.

Podemos perceber que, num primeiro momento, institutos como o do abuso de direito, da fraude a lei, do desvio de poder e o da desconsideração da personalidade jurídica surgiram para os países de tradição *Civil Law* justamente como alternativas para se flexibilizar a rigidez das regras, diante de determinadas situações em que a sua aplicação, da forma em que concebidas em abstrato, poderia gerar conflitos com determinados valores. Assim, os sistemas jurídicos, de per si, levavam os aplicadores à tomada de decisões atrincheiradas em regras. Eventuais relativizações surgiram por força de empenho dos julgadores no sentido de dar vazão às justificações normativas e à complexidade do caso concreto, sendo que esse esforço foi se consolidando paulatinamente através da jurisprudência[35].

[35] A respeito da figura do abuso de direito, destacam ATIENZA e MANERO que esta surgiu por reação jurisprudencial à rigidez do Código napoleônico nas questões relativas ao direito de propriedade que, à época, era visto como "o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta" (art. 544), surgindo problemas com relação ao interesse de terceiros. As primeiras manifestações judiciais nesse sentido se deram em 1855 (Corte de Colmar) e em 1913 (Tribunal de Compiègne). Neste segundo julgado, a manifestação ocorreu em um caso conhecido com "Clement Bayard", em que se afirmou "que el titular de un derecho no puede ejercerlo para un fin distinto de aquel para el que le há sido



Não é o caso de enaltecer ou abominar, sem ponderações, referida tendência decisória, mas apenas de constatar que, na medida em que se afastara do *modelo baseado em regras*, deixava de lado as características que fundamentam a existência de regras que descrevemos há pouco, como a previsibilidade das decisões, a certeza do direito, a eficiência na tomada de decisões e o próprio mecanismo de distribuição de poder[36].

Modernamente, contudo, há de se constatar que alguns segmentos da regulação jurídica incorporaram, ao próprio direito positivo, os institutos antes descritos (que, no cenário histórico anterior, consubstanciavam uma forma de relativizar o próprio direito positivo). Parece-nos, nesse contexto, que a incorporação dessas modalidades representam formas de delegação, ao agente aplicador da regra ao caso concreto, da possibilidade de avaliar a riqueza da situação factual à sombra da regra e das respectivas justificações para, em caso de sub ou sobreincludência, formular a "solução adequada". Nesse sentido, o próprio direito positivo acaba indicando pautas valorativas acerca dos tipos de justificações

reconocido por el legislador". Formava-se o germe daquilo que, posteriormente, se rotulara por abuso de direito. Destacam estes autores, ainda, que nos sistemas jurídicos de *Common Law* não se desenvolveu a figura do abuso de direito como instituto jurídico, provavelmente em função da faculdade de *distinguishing* que esse sistema confere a todo juiz, permitindo "apartarse de la regla bajo la que habría que subsumir el caso y adoptar una solución distinta, si el caso presenta propiedades adicionales a las contempladas en la regla bajo la que habría que subsumirlo y si dichas propiedades adicionales justifican tal solución distinta". Essa possibilidade tornava desnecessário o desenvolvimento da figura do abuso de direito nestes sistemas (cf. ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Op. cit., p. 33-36).

[36] Foi essa a constatação de ROLF SERICK, relatada no item 5.5, *supra*, acerca do panorama jurisprudencial que vinha se consolidando, em vista dos inúmeros julgados analisados e sistematizados pelo autor, em tema de desconsideração, até a década de 1950.

que devam ser considerados em certas hipóteses (ex.: critérios do art. 50 do CC, sobre desconsideração da personalidade jurídica, ou do art. 187, sobre abuso de direito). Nada impede, todavia, que se critiquem tais preceitos à luz de justificações *para a existência de regras*, ou seja, do prisma da eventual falta de previsibilidade e certeza ocasionado pelo emprego de pautas decisórias tão elásticas.

Pensamos que, enfim, a opção entre esses modelos e, consequentemente, a forma de se posicionar perante determinado conflito entre regra e justificação não decorre, pura e simplesmente, da avaliação de argumentos abstratos formulados no âmbito de dada teoria, mas das próprias características de dado setor de regulação jurídica – direito positivo – com as regras e justificações (princípios) que lhe são peculiares. No direito penal, por exemplo, em face do princípio da tipicidade cerrada ou estrita legalidade (não basta que o veículo introdutor do "tipo penal" seja exclusivamente a lei, havendo a necessidade de determinação de todas as características relevantes para a delimitação da conduta proibida), há forte tendência à preservação do *modelo decisório baseado em regras*[37]. No direito civil, em contrapartida, em face da positivação da figura do abuso de direito, acaba havendo um espaço de delegação ao aplicador para a determinação de algumas propriedades relevantes, diante do caso concreto, ocorrendo uma inclinação ao *modelo decisório particularista*[38]. Nesse sentido, será de relevo em nosso trabalho cotejar as pautas valorativas inerentes ao direito societário (e, de certo modo, ao direito civil em geral) e ao direito tributário, para saber em que medida se comunicam e se extremam, quando o tema é a possibilidade ou não de se desconsiderar a personalidade jurídica para efeitos de responsabilização.

---

[37] Exceções ocorrem, na esteira do sistema "garantístico" que rege o direito penal, quando a relativização se der no sentido de beneficiar o réu, *e.g.*, nos casos de "ausência de antijuridicidade" da conduta.

[38] Cf. ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Op. cit., p. 40-41.



### 5.5.2.3 *Subincludência, sobreincludência e ilicitude atípica*

Os exemplos descritos no tópico precedente, trazidos da obra de FREDERICK SCHAUER, cuidam de casos que recebem a marca da ilicitude (carro trafegando acima da velocidade / entrada no restaurante com um cão) no contexto de regras, mas que, em confronto com as justificações subjacentes, poderiam ser re-qualificados como lícitos. ATIENZA e MANERO descreveriam essas situações como hipóteses de *licitude atípica*.

Bons exemplos desse conceito poderiam ser colhidos no direito penal quando, apesar de haver tipicidade, estão presentes as chamadas "causas excludentes de antijuridicidade" (ex.: estado de necessidade). Como costumam descrever os penalistas, um caso dessa natureza consubstanciaria um fato típico (ilícito, do ponto de vista da regra), porém não antijurídico (não coberto pelo âmbito da justificação do tipo penal). Na terminologia daquele autor, seriam hipóteses de sobreincludência da generalização presente na norma penal que tipifica o ilícito. Segundo o modo de descrever desses autores, a circunstância exige o afastamento da regra originária e a construção de uma nova regra, que não mais tomaria o fato como ilícito. Por isso, *licitude atípica*.

Interessa-nos, contudo, para entender o fenômeno do abuso de direito (e, após, o da desconsideração), o contraconceito daquele que acabamos de expor: o da *ilicitude atípica*. Segundo observam os autores, ocorre fato ilícito quando há ofensa a uma norma. Como as normas (*lato sensu*) se classificam em regras e princípios, haverá ilícito típico nos casos de ofensa a determinada regra e ilícito atípico quando for afrontado um princípio. Melhor explicando, na *ilicitude típica*, há infração a determinada *regra construída* e, na *ilicitude atípica*, a conduta está em conformidade com a *regra construída*, porém ofende a determinado princípio que justifica essa regra. Nesses casos, para que se caracterize a ilicitude, será necessário formular uma *regra reconstruída*, como pressuposto ao subsequente ato de aplicação ao caso concreto.

A noção de *ilicitude atípica*, como já se mencionou acima, é formulada por ATIENZA e MANERO justamente a partir da rede conceptual oferecida pelo trabalho de FREDERICK SCHAUER, a conferir:

> (...) En relación con el segundo tipo de ilícitos (atípicos), se trata de supuestos en los que – usando la terminología de SCHAUER – una regla permisiva resulta supraincluyente en relación con las exigencias de los principios que constituyen su justificación subyacente o con las exigencias de otros principios del sistema: la restricción en el alcance o ámbito de aplicación de una regla permisiva (que caracteriza tanto al abuso como al fraude o a la desviación de poder) se produce porque se trata de acciones que, aun siendo *prima facie* subsumibles en una regla permisiva, respecto de ellas no resulta aplicable la justificación subyacente de dicha regla permisiva, o esta se ve desplazada por algún otro principio que, en relación con el caso, tiene un mayor peso[39].

Nesses termos, tanto o abuso de direito, a fraude a lei e o desvio de poder podem ser explicados como problemas de sobre ou subincludência de regras. O primeiro dos conceitos é o que se relaciona com maior proximidade aos nossos propósitos especulativos. Concentraremo-nos, destarte, à sua análise.

### 5.5.2.4 *Ilicitude atípica e abuso de direito*

ATIENZA e MANERO, em síntese definitória do conceito de abuso de direito, relatam tratar-se de "acciones *prima facie* permitidas pero que finalmente resultan, *consideradas todas las cosas*, prohibidas"[40]. Trazendo a contribuição dos autores à terminologia que demarcamos anteriormente, tem-se que a descrição de abuso de direito pode se dar, em linhas gerais, da seguinte forma:

[39] Op. cit., p. 28-29.

[40] Idem, p. 58-59.



a) mediante processo de geração de sentido (item 5.5.1, *supra*), o intérprete formula uma regra com a seguinte estrutura: *se acontecer determinado fato lícito* (hipótese), *então deve-ser determinada relação jurídica de cunho permissivo com relação a dada conduta – modal deônico Pp* (consequência). Trata-se de *regra construída*, que atribui determinado *direito subjetivo* a alguém. Enquadra-se no gênero das normas primárias dispositivas;

b) determinada pessoa, ao exercitar este direito, o faz de tal maneira que as características de sua conduta possuem todas as propriedades delimitadas pela regra. Todavia, possuem propriedades adicionais, não contempladas na regra, que caracterizam afronta ao valor (justificação) subjacente a esta. Diz-se, portanto, que esta regra, perante o caso concreto, é *sobreincludente*, pois encampa, no âmbito das condutas permitidas, mais do que deveria;

c) o aplicador – o juiz, no direito brasileiro –, diante do reconhecido desalinho axiológico (caso concreto → regra → justificação), deverá proceder a um processo de reconstrução de sentido, derivando outra nova regra abstrata e geral[41] segundo a qual a conduta figura como um fato ilícito. Esta será a *regra reconstruída* a ser aplicada. Possuirá a seguinte estrutura: *se acontecer determinada conduta (abusiva) ilícita* (hipótese), *então deve-ser o dever de recompor as coisas ao estado originário, em face daquele que sofreu o dano, ou indenizá-lo*. Esta regra enquadra-se no gênero das normas primárias sancionadoras[42].

[41] Dizemos que esta norma é abstrata e geral no sentido de que é a delimitação conotativa prévia dos critérios que serão empregados no ato de aplicação, na formação da norma individual e concreta. Isso não significa, contudo, que possua generalidade de destinatários, pois seu âmbito de aplicação restringe-se àquela situação em particular.

[42] A esta regra estará logicamente pressuposta uma outra regra, que resulta da reconstrução da norma descrita na letra "a", *supra*, de modo a transformar a permissão originária (Pp) em proibição (Php). Desse modo, o consequente da norma primária dispositiva trará uma proibição, sendo este o pressuposto para que o antecedente da norma primária sancionadora traga um fato ilícito, representando o descumprimento daquela proibição.

Destaque-se que a conduta inicialmente avaliada não pode se subsumir a nenhuma outra *regra construída* enquanto conduta ilícita, caso em que se trataria de ilícito típico, não sendo o caso de se recorrer à figura do abuso de direito.

No direito brasileiro, a figura encontra-se disciplinada no art. 187 do CC, nesses termos:

> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Depois de todo o exposto, parece-nos que esse enunciado pode ser tomado como ponto de partida para a construção de uma regra (em sentido estrito) sobre abuso de direito. É viável essa formulação enquanto regra imediatamente direcionada aos particulares, no sentido de que, se for exercitar um direito, é proibido fazê-lo de modo abusivo. *Todavia, parece-nos de maior poder explicativo a concepção de uma regra de competência direcionada ao aplicador do direito, no sentido de que, uma vez verificado o estado de coisas descritos nas letras "a" e "b"*, supra, *há o dever por parte do magistrado*[43] *em tomar a providência descrita na letra "c". Trata-se de autêntica delegação de competência para que se "recrie" a regra sob os influxos do caso concreto.*

O vocábulo "abuso de direito" no direito brasileiro, de modo semelhante ao direito espanhol, é definido em função de propriedades valorativas[44], de modo que dizer que ocorrerá abuso

[43] Lembre-se que todo dever Op implica, por subalternação lógica, uma permissão Pp: (Op → Pp). Desse modo, dizer que o magistrado possui o dever de exercer dada competência, implica reconhecer também a sua prerrogativa em fazê-lo.

[44] Conforme destacam ATIENZA e MANERO, o dispositivo que define a locução "abuso de direito" naquele ordenamento (art. 7.2 do CC espanhol) aponta que ocorre abuso de direito quando alguém "sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de um derecho" (op. cit., p. 37-39). Criticam que essa definição é simples, correta, porém inútil, deixando o problema mais ou menos da mesma forma que antes de se consultar o enunciado.



de direito quando alguém, "ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"[45], pouco ajuda na compreensão do assunto. O problema das definições valorativas, na linha da observação de ATIENZA e MANERO, dá-se no sentido de que remetem a valorações do intérprete sem precisar os critérios de aplicação do vocábulo definido. Segundo explicam,

> las propiedades valorativas no son, la diferencia de otras como los colores, propiedades simples. Un automóvil, por ejemplo, puede diferir de otro automóvil únicamente en que el primero es amarillo y el segundo no lo es, pero no puede darse el caso de que únicamente difieran que el primero es bueno y el segundo no lo es (...). Tiene que haber, al menos, alguna otra propiedad que se dé en el primero y no en el segundo (o que se dé en mayor grado en el primero que en el segundo) y que justifique el que consideremos al uno bueno (o mejor) y al otro no bueno (o peor)[46].

Pouco conformados com essa constatação, relativa definição de abuso de direito, indicam que a definição valorativa tem de ser desdobrada em termos de "critérios de aplicação do conceito", com o intuito de lhe conferir maior objetividade, para que se saiba, enfim, que propriedade há em determinada ação que a qualifica como abusiva, e não há em outra, qualificada como não abusiva. Seguem, nesse propósito, laborando ao longo da obra no esforço de desdobrar a primeira definição em outras definições mais precisas, que indiquem, o mais claramente possível, os tais critérios de aplicação do conceito. Todavia, constata-se que os desdobramentos definitórios, ainda que consigam especificar um pouco

[45] Observe-se, contudo, que o art. 187 do CC não associa o *definens* (explicitação verbal do sentido do termo a ser definido), propriamente, ao termo "abuso de direito" enquanto *definiendum* (termo a ser definido). Todavia, a doutrina civilista indica que o conceito que está sendo definido naquele dispositivo é, efetivamente, o de abuso de direito.

[46] Op. cit., p. 40.

melhor as ideias, acabam resvalando para outros termos valorativos. Afirmam assim que

> si fuera posible una enunciación completa de las propiedades descriptivas que deban constituir las condiciones necesarias y suficientes de aplicación de estas palabras que designan propiedades valorativas más específicas, el "abuso del derecho" dejaría de ser un concepto jurídico *indeterminado*: dicha enunciación constituiría la *determinación* del concepto. Y, en tal caso, la reglamentación del abuso del derecho habría abandonado en el de las reglas. (...) Tal cosa no parece posible y, además, no seria deseable[47].

Com efeito, o "abuso de direito" se apresenta como um mecanismo de ajustamento de regras a pautas valorativas, diante da complexidade dos valores e do caso concreto, delegando ao juiz a possibilidade desta apreciação. A superação da indeterminação do conceito atrincheiraria (em neologismo schaueriano) essa possibilidade. Segundo nossa percepção do assunto, eventuais pré-delimitações ocorrem da identificação (a) do tipo de direito subjetivo, objeto de análise e (b) das justificações peculiares que, no plano valorativo, embasam esse tipo de direito. Aproximando-se do caso concreto, restam as inumeráveis complexidades fáticas confrontadas aos cambiantes *critérios valorativos do aplicador* (horizonte cultural) acerca dos *critérios valorativos do direito positivo* (princípios). Importa reiterar que o ajustamento que se procura fazer, não obstante a inafastável subjetividade do aplicador, não se dá do ponto de vista de diretrizes de um sistema moral, mas de princípios jurídicos, elementos do direito positivo carregados de peso valorativo.

### 5.5.3 Desconsideração da personalidade jurídica, com apoio nas noções precedentes

O grau de indeterminação que cerca a ideia de "abuso de direito" sofre alguma redução quando se define o "direito" a ser

[47] Idem, p. 42.



tado como ponto de partida, objeto de eventual "abuso". Isso ocorre com relação ao *abuso da personalidade jurídica* que pode dar ensejo à desconsideração. Nesse caso, o direito subjetivo em questão encontra-se delimitado, vale dizer, o direito à personalidade jurídica, independente da dos sócios.

Partindo de LOURIVAL VILANOVA, para quem a personalidade jurídica é um fenômeno relacional[48], pódemos identificar o "ser pessoa jurídica" enquanto relação jurídica uniplurívoca, vale dizer, da nova personalidade em face de um conjunto determinado de sujeitos. Dado tratar-se de uma relação, sua posição sintática se dá no consequente de determinada regra jurídica. Logo, no caso das sociedades personificadas (foco de nossa análise), podemos identificar a seguinte *regra de personificação*:

*Hipótese*: se houver um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, ou manifestação de vontade de uma só pessoa (no caso de pessoa jurídica constituindo uma subsidiária integral), no sentido de constituir uma sociedade personificada,

Então, deve ser:

*Consequente*: uma relação jurídica, em cujo polo ativo estará, em caráter inaugural, uma pessoa jurídica com o direito subjetivo de ser sujeito autônomo de direitos, de modo não coincidente com os sócios, e em cujo polo passivo figurará toda coletividade, onde se encontram os sujeitos portadores do dever jurídico de respeitar essa condição.

Essa relação possui um caráter bastante peculiar, pois confere o direito subjetivo de ter direitos subjetivos. De modo sintético, portanto, *personalidade é o direito de ter direitos*, em caráter autônomo.

Mantendo nossa premissa que afasta a possibilidade de incidência sem a adequada consubstanciação linguística, tem-se que esta só ocorrerá no átimo da aplicação, vale dizer, quando celebrado o contrato ou estatuto social (veículo introdutor), seguido do

[48] Confiram-se, neste sentido, as considerações feitas nos itens 4.2.1 e 4.2.2, *supra*.

competente registro (publicidade que estabelece o processo comunicacional em relação a um grupo indeterminado de destinatários)[49].

A partir dessa incidência primeira, em sentido lógico, mas não necessariamente cronológico, abre-se a possibilidade de incidência de diversas outras regras jurídicas que irão conferir direitos e deveres mais variados a esta sociedade. Analiticamente, podemos distinguir um grupo inicial de regras, configuradoras da identidade e tipo societário. Seguem-se, nesses termos, os seguintes exemplos destas *regras de configuração*, todas com semelhante antecedente (indicação do fato consistente no acordo de vontades entre os sócios), porém com diversas relações jurídicas no consequente:

a) regra que, a partir da estipulação consensual dos sócios, atribui um nome à sociedade. A relação prevista no consequente desta regra é também do tipo uniplurívoca, visto impor à coletividade o dever de respeitar essa prerrogativa. Daí a proteção jurídica do nome empresarial ou da denominação das sociedades não empresariais[50];

b) regra de atribuição de capital social, que estabelece, em seu consequente, as primeiras relações de cunho pecuniário titularizadas pela sociedade. Tratando-se de capital meramente subscrito, terá como sujeitos passivos os sócios, portadores do dever jurídico de entregar à sociedade o valor a que se comprometeram. Já na situação de capital já integralizado, todos os valores indicados (bens ou dinheiro) se encontram sob o domínio da sociedade, de modo que no polo passivo da relação de cunho patrimonial se encontra uma generalidade de destinatários (relação uniplurívoca de direito real)[51].

c) regras de nomeação de administradores, que indicarão os sujeitos, pessoas naturais, cuja manifestação de vontade represen-

[49] Confira-se, sobre o tema, nossas considerações no item 4.2.2, *supra*.

[50] Cf. arts. 997, II, 1.155, 1.166 e 1.167 do CC.

[51] Cf. arts. 997, III, IV e V, 1.055 a 1.059 do CC, dentre outros.



a vontade da própria sociedade, nos atos de gestão. Há mais um tipo dessas regras: um deles estabelece em seu consequente uma relação também de múltiplos destinatários no polo passivo, indicando o dever geral no reconhecimento das prerrogativas de administradores nos sujeitos ativos desta relação[52]. Outro tipo estatui relação entre a sociedade e o(s) administrador(es), indicando os direitos e deveres recíprocos, o modo de exercício dos atos de gestão, as atribuições, a remuneração etc.[53].

A partir desse núcleo básico de relações, seguir-se-ão outros atos de exercício do direito subjetivo à personalidade jurídica, instaurado com a incidência da *regra de personificação*, acima descrita. Passa a ser possível que a sociedade celebre negócios jurídicos com os mais variados atores (clientes, fornecedores, empregados, sócios, bancos etc.), surgindo direitos e deveres recíprocos.

Tudo em exercício do direito subjetivo à personalidade jurídica.

Resta saber quais os limites, estabelecidos pelo direito positivo, para o exercício desse direito, para que se possa falar em abuso.

Dois tipos de limitações ao exercício desse direito devem ser considerados, distinguindo-se por decorrerem de:

a) regras jurídicas que estabelecem, conotativamente, potenciais condutas ilícitas, aptas a serem praticadas por pessoas jurídicas ou pelas pessoas físicas que as representam;

b) princípios que justificam, no plano valorativo, a existência do direito subjetivo à personalidade jurídica.

De modo semelhante ao já consignado no item precedente, não cabe falar em abuso de direito nas hipóteses em que a conduta estiver em desacordo à outra regra do direito positivo, visto que, nestas circunstâncias, estaremos tratando de *ilicitude típica*. Portanto, só será caso de abuso de direito, ou, mais precisamente, de exer-

[52] Cf. art. 997, VI, do CC.

[53] Cf. arts. 1.010-1.021 e 1.060-1.065 do CC, dentre outros.

cício abusivo do direito subjetivo à personalidade jurídica, quando a conduta exercida no caso concreto for (a) contrária à própria justificação da regra que confere personalidade jurídica a determinado tipo societário, ou (b) consoante à justificação desta regra, porém dissonante a uma outra justificação que, em confronto com a primeira, se mostre prevalecente, por ponderação de valores.

Importa tecermos algumas considerações sobre qual seria esta justificação, embasadora do direito à personalidade jurídica.

Em capítulo dedicado ao estudo do "sentido e valor da pessoa jurídica", FÁBIO KONDER COMPARATO assinala que a personalização de coletividades cumpre um aspecto funcional característico, consistente na formação de um centro de interesses autônomo, distinto dos interesses das próprias pessoas que a compõem. Essas as suas palavras:

> Toda pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais. A função geral da personalização de coletividades consiste na criação de um centro de interesses autônomo, relativamente às vicissitudes que afetam a existência das pessoas físicas que lhe deram origem, ou que atuam em sua área: fundadores, sócios, administradores. As funções específicas variam, conforme as diferentes categorias de pessoa jurídica e, ainda, dentro de cada categoria, de coletividade a coletividade, em razão de seus atos constitutivos, estatutos ou contratos sociais[54].

Este elemento valorativo, normalmente rotulado como "finalidades da personalidade jurídica", é claramente perceptível quando se observam as características de uma separação de personalidades, enquanto fenômeno jurídico (item 4.2, *supra*), podendo ser descrito, de modo sintético, nos seguintes tópicos:

a) os propósitos a serem perseguidos pela pessoa jurídica, apesar de conectados aos propósitos dos sócios (*v.g.*, a maximização de retorno do capital investido numa sociedade), não devem se

[54] *O poder de controle na sociedade anônima*, 4. ed., p. 356.



confundir com estes, nem com o dos membros que atuam em seu nome, como os administradores. Esses propósitos da pessoa jurídica encontram uma formulação indicativa no seu objeto social, podendo variar de sociedade para sociedade;

b) a separação patrimonial, como visto no item 4.2.3, *supra*, decorrência necessária da separação de subjetividades, visto que, enfrentado o eixo de confluência das relações jurídicas em geral, verifica-se também a confluência das relações jurídicas de cunho patrimonial (ativas e passivas)[55]. Desse aspecto, identifica-se que a personalidade jurídica cumpre o papel de delimitar um patrimônio autônomo, apto à realização dos propósitos da sociedade, inconfundíveis com os dos sócios.

Esses dois motes axiológicos aparecem, de certo modo, na redação do art. 50 do CC, quando indica a possibilidade de desconsideração nas hipóteses de "abuso de forma", vale dizer, quando a configuração em personalidade jurídica não demonstra a formação efetiva de um núcleo de interesses autônomo, ou de "confusão patrimonial", i.e., quando não resta clara a consolidação de um conjunto patrimonial afeto à determinada finalidade social específica.

Confira-se o teor do aludido preceito:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

[55] Nada impede, evidentemente, que uma regra expressa do direito positivo estabeleça pontes entre os aludidos centros de imputação, como ocorre nos casos de sociedades sem limitação de responsabilidade dos sócios. Destaque-se, contudo, que a separação de esferas patrimoniais (bem como de responsabilidades) é decorrência, pura e simples, da separação de subjetividades. Aliás, é justamente por isso que se procura, mediante a relativização da personalidade jurídica, responsabilizar sócios e/ou administradores.

Da mesma forma que afirmamos com relação ao enunciado do art. 187 do CC, supracitado (trata genericamente do abuso de direito), cabe destacar, com relação ao art. 50, agora transcrito, que o modo mais adequado de descrever a regra (em sentido estrito) passível de construção a partir desses enunciados prescritivos se dá no sentido de identificar uma regra direcionada ao aplicador do direito (o juiz, exclusivamente). Assim, uma vez verificado que a situação concreta apresenta propriedades que, à luz das justificações apontadas, demonstram que a regra de personalização permite mais do que deveria (sobreincludência), deverá formular uma *regra reconstruída* a fim de relativizar, episodicamente, os efeitos da personalização.

Nesses casos, ausente o anteparo da personalização, a conduta exercida passará a ser interpretada como uma conduta própria de dada pessoa natural, para quem apontará a relação jurídica em questão (de cunho pecuniário ou não pecuniário). Tratando-se de relação jurídica de cunho pecuniário e de débito, teremos hipótese de responsabilização de sócio ou administrador por dívida da sociedade.

Constata-se que, em tais casos, o próprio direito positivo confere ao magistrado a possibilidade de tomada de decisões *no modelo particularista sensível a regras*, tomando aqui de empréstimo a terminologia de FREDERICK SCHAUER, antes descrita[56]. Em outras palavras, permite ao aplicador superar a aplicação rigorosa da regra construída (no caso, a de personalização) e checar se a conduta concreta se encontra também amparada pelos valores que justificam substancialmente essa regra. Todavia, ante a excepcionalidade que há de ser conferida a essa medida[57], não basta a verificação de que a *justificação substantiva*[58], que ampara a regra de personalização, foi afrontada; também não basta, por exemplo, constatar que a finalidade de determinada regra contratual (no exemplo de contrato celebrado com um terceiro) foi igualmente frustrada. Deve ser também ponderada, no contexto dessas justificações, *a justificação para a geração de regras*, ou seja, devem ser sopesados os prejuízos causados em termos de segurança jurídica, previsibilidade, confiança das relações, caso se resolva afastar a *regra de personalização*[59].

[56] Sobre as justificações que orientam a tomada de decisões *no modelo particularista sensível a regras*, *vide* nossas observações no item 5.5.2.2, *supra*.

[57] Sobre a excepcionalidade que deve guiar a medida, confira-se: REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica ("disregard doctrine"). In: *Aspectos modernos de direito comercial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 83-84.



### 5.5.4 Diferença de técnicas decisórias: desconsideração em sentido estrito *vs.* responsabilização baseada em regras construídas

Conforme pudemos constatar nos tópicos precedentes, a técnica da desconsideração da personalidade jurídica, formulada com apoio na noção de abuso de direito, reflete um modelo de decisão *particularista sensível a regras*. Parte da constatação de que, diante de certos casos concretos, a conduta praticada, consistente

[58] Sobre a definição de *justificação substantiva* e de *justificação para a geração de regras*, *vide* também o item 5.5.2.2, *supra*.

[59] Relatando essa tensão no plano valorativo, pontua ROLF SERICK que "no basta alegar que si no se descarta la forma de la persona jurídica no podrá lograrse la finalidade de una norma o de un negocio jurídico (...) su desestimación suscitaría serias reservas al prescindir el juez de la estructura en la que pueden confiar cuantos intervienen de buena fe en el tráfico jurídico y con la cual también todos han de contar. La necesidad, por un lado de respetar la voluntad del legislador que ha tenido buenas razones para configurar de una determinada manera la institución jurídica de la sociedad, y la de seguridad jurídica, por otra, en relación con la justificada confianza en esa configuración, obligan a estimar inadmisible que se adopten medidas de penetración hasta el substrato de la persona jurídica para la realización de una finalidad normativa de carácter general" (cf. SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica, p. 246-246).

no exercício do direito à personalidade jurídica, revela propriedades que demonstram a sobreincludência da permissão conferida pela regra de personalização, demandando a sua reconstrução à luz de determinadas justificações.

Se estivermos no campo da desconsideração para fins de responsabilização, o juiz constrói nova regra, corretiva da situação de sobreincludência, imputando determinada relação de cunho pecuniário diretamente aos sócios e/ou administradores da sociedade. Observa-se, nesse movimento: regra construída → tensão regra/justificações, diante do caso concreto → regra reconstruída.

Fenômeno bastante diverso ocorre na imputação de responsabilidade diretamente com base em *regra construída*. Nesses casos, o aplicador toma como ponto de partida os enunciados prescritivos do direito positivo e, em processo de construção de sentido, erige a regra abstrata e geral a ser aplicada ao caso concreto. Por mais tortuoso que seja tal processo de construção, ele é imune às informações obtidas no plano factual. A tomada de decisão é guiada por um *modelo baseado em regras*, bastante para identificar uma situação em que um sócio ou administrador será responsabilizado por débitos da sociedade.

Em sentido mais rigoroso, diferençando desconsideração de imputação normativa de responsabilidade, confira-se a seguinte ponderação do comercialista português PEDRO CORDEIRO:

> A desconsideração assume, por conseguinte, significado, enquanto instituto jurídico autônomo, quando uma consequência jurídica *não resulta da aplicação de qualquer norma*, mas, apenas e imediatamente, da *constatação de um abuso de instituto* (i.e., abuso de direito relativo à personalidade jurídica). A desconsideração é, pois, uma *correção de uma primeira imputação*, enquanto que a aplicação de normas é, pelo contrário, *um problema de primeira imputação*[60].

[60] A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais. Lisboa: AAFDL, 1989, apud MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário – poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 175 (esclarecemos entre parênteses).



Apesar de empregar terminologia distinta da que adotamos no presente trabalho, esse autor destaca a técnica da desconsideração como uma forma de "correção de uma primeira imputação", o que guarda um paralelo exato com a ideia de sobreincludência da regra construída (relativa à personalização), de modo a gerar a reconstrução do seu sentido diante do caso concreto e das justificações subjacentes. Por outro lado, aquilo que chama de "primeira imputação de norma" equivale ao que entendemos como "aplicação da norma construída", vale dizer, aquela passível de formulação a partir dos enunciados do direito positivo, sem eventuais ajustes provocados pelo contato com os enunciados factuais. CALIXTO SALOMÃO FILHO[61], em levantamento da doutrina alemã, também chega a apontar a distinção entre "problemas de mera aplicação de normas" e "problemas de desconsideração em sentido próprio"[61].

É, todavia, intrigante a constatação de que, apesar de ser relativamente uniforme a descrição do fenômeno da desconsideração com apoio na ideia de abuso de direito que, por sua vez, se baseia na dualidade entre regras e justificações[62], larga parcela da

[61] *Direito societário – poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 175 (esclarecemos entre parênteses).

[61] *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 218.

[62] Importa observar que a dualidade entre regras e valores, à luz do caso concreto, *sempre esteve presente nas formulações em torno do abuso de direito*. O que se alterou foi o referencial de crítica das regras: isso fica claro com a obra de ATIENZA e MANERO, referenciada neste trabalho. Uma vertente mais remota abordava o abuso de direito como uma forma de heterocorreção do direito positivo, vale dizer, de uma perspectiva moral, ou extrajurídica. A partir do momento em que se percebe com clareza que o próprio ordenamento jurídico contempla vetores axiológicos, na forma de princípios, que servem de ponto de apoio para a construção ou reconstrução de regras jurídicas, o abuso de direito passa a ser um modo de ajuste das regras a partir de critérios intrasistêmicos – autocorreção do direito positivo. Esta terminologia – heterocorreção e autocorreção – para designar os pontos de referência para ajuste das regras jurídicas é adotada por ATIENZA e MANERO, quando destacam o papel dos princípios jurídicos nesta tarefa (op. cit., p. 60).

doutrina (quase unanimidade, em realidade) aponta as decisões que estabelecem imputação de responsabilidade a partir de "dispositivo legal expresso", melhor dizendo, com base em *regras construídas* como casos de desconsideração. Talvez seja esse um dos maiores equívocos provocados pelo uso desmedido de metáforas que obrigam a um olhar mais analítico sobre o tema.

Nessa linha, é frequente a indicação de dispositivos como o art. 2º, § 2º, da CLT, ou mesmo o art. 135, III, do CTN como "exemplos paradigmáticos de desconsideração". O próprio RUBENS REQUIÃO, apontado como pioneiro na abordagem do tema no contexto brasileiro, inspirando fortemente toda a doutrina subsequente, comete, *data maxima venia*, esse deslize classificatório das fenomenologias, ainda que haja explicado a desconsideração com apoio na ideia de abuso de direito[63]. A consagração jurídico-positiva da ambiguidade relativa à expressão "desconsideração da personalidade jurídica" se deu, na experiência brasileira, a partir da criação do Código do Consumidor que, em seu art. 28, empregou o referido rótulo da descrição das mais variadas técnicas de responsabilização em benefício do consumidor. Confira-se:

[63] Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica ("disregard doctrine"), p. 79. Alguns autores vão ainda além, dizendo que o art. 135, III, do CTN foi o primeiro dispositivo brasileiro a "positivar a teoria da desconsideração jurídica" (dentre outros, nesse sentido, FREITAS, Elisabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica*: análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 78). Há duplo equívoco nessa observação: o primeiro reside no fato de que o preceito em questão cuida de mera imputação de responsabilidade, não se confundindo, como já visto, com a técnica da desconsideração, estritamente considerada; o segundo decorre da circunstância de que a redação do preceito tributário é fortemente inspirada em dispositivos pretéritos, bastando conferir o art. 10 do Decreto n. 3.708/19 e o art. 121 do Decreto-Lei n. 2.627/40, não havendo nada de inaugural na técnica empregada pelo Código Tributário (*vide* nossas considerações no item 5.6.3, *infra*, onde demonstramos que o legislador tributário praticamente "importou" a redação utilizada nos referidos preceitos de direito societário).



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.

§ 1º (*Vetado.*)

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são *subsidiariamente responsáveis* pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 3º As sociedades consorciadas são *solidariamente responsáveis* pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

Do dispositivo em referência pode ser observado com bastante clareza que a técnica decisória prescrita pelo *caput* se diferencia sobremaneira da prescrita pelo § 5º: enquanto aquele conduz a um *modelo particularista* (ou conversacional)[64], neste há indicação de um *modelo baseado em regras* (ou atrincheirado) que, por si, já garante a responsabilização de terceiros que não a própria sociedade. Este parágrafo, apesar de disfarçar o teor da mensagem prescritiva com o rótulo da "desconsideração", dá margem, em realidade, à autên-

[64] Parece que no caso do Código de Defesa do Consumidor temos um modelo decisório particularista puro e simples, pois indica a prevalência necessária do valor consistente na proteção do consumidor que, por disposição do próprio direito positivo, supera a *justificação para a geração da regra* de personalização. Não se trata, neste ponto, do chamado *particularismo sensível a regras* que, em nossa opinião, deve ser o modelo adequado para os casos genéricos de desconsideração compreendidos pelo art. 50 do CC. O diploma consumerista atua em flagrante desprestígio valorativo ao instituto da personalidade jurídica, ao assumir uma técnica que sobrevaloriza a proteção ao consumidor.

tica *regra construída* de responsabilidade subsidiária por fato lícito com a seguinte estrutura: *se* determinado dano, causado ao consumidor, não puder ser reparado pela pessoa jurídica, *então deve-se* a responsabilização dos sócios, ou de outras empresas do grupo, pelo ressarcimento dos prejuízos causados.

Observa-se, portanto, que há uma tendência doutrinária moderna, refletida em alguns segmentos do direito positivo, no sentido de se designar com a expressão "desconsideração da personalidade jurídica" situações diversas. Em outras palavras, apesar de inapropriada, consagrou-se pelo uso a denominação de situações de responsabilização baseada em *regras construídas* como hipóteses de "desconsideração". Sobre o significado cambiante de algumas palavras ou expressões, em razão do uso, assim se manifestam BULYGIN e MENDONCA:

> Sería ingenuo, sin embargo, creer que a cada palabra le corresponde una entidad única que es su sentido y que nosotros podemos aprehender esa entidad por medio de algún tipo de intuición intelectual. El sentido, en verdad, depende del uso que se les da a las palabras, y como este puede variar de grupo a grupo y de momento a momento, sería ilusorio buscar *el* sentido de una palabra o expresión[65].

Deste modo, em vez de tentarmos, em vão, rotular de incorreto o emprego do termo em dadas circunstâncias, importa diferençar "desconsideração em sentido amplo" de "desconsideração em sentido estrito" e destacar que distintas são as técnicas decisórias. Assim, só cabe dizer que o art. 135, III, do CTN cuida da "desconsideração da personalidade jurídica" se estivermos empregando o termo em um "sentido amplo" e absolutamente desprometido com o rigor terminológico. Trata-se, em realidade, de verdadeira regra de imputação de responsabilidade, cujo conteúdo semântico buscaremos delimitar nos tópicos subsequentes.

[65] *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 17.



## 5.5 Da inaplicabilidade do modelo decisório inserto no art. 50 do CC de 2002 às questões de responsabilidade tributária

Ao longo dos tópicos precedentes procuramos demonstrar que há distintas maneiras de se posicionar perante determinada *regra construída*, em um processo de aplicação ao caso concreto. Uma dessas posturas reside em tomar as regras como "razões opacas" para a tomada de decisões, vale dizer, não cabe ao intérprete, impressionado por eventual sub ou sobreincludência da regra, efetuar um processo de reconstrução de sentido para que se alinhe a complexidade do caso concreto às justificações que amparam a regra. Mesmo porque, tratando-se de incursões no plano valorativo, é difícil saber, muitas vezes, qual seria essa justificação. Trata-se do que chamamos de *modelo baseado em regras* (ou atrincheirado)[66]. Outra postura, mais sensível à preocupação de sanear eventuais inconsistências valorativas, é aquela que segue o *modelo particularista* (ou conversacional). Nessa perspectiva, as regras são tomadas como "razões transparentes" para a tomada de decisões, havendo a possibilidade de que o aplicador proceda à sua reconstrução, diante do caso concreto que represente uma experiência recalcitrante.

Também já nos posicionamos no sentido de que a opção por um desses modelos não decorre, pura e simplesmente, de preferências pessoais do julgador ou do cientista do direito que descreve as vicissitudes do processo de tomada de decisão. Reconhecer tal possibilidade de opção implicaria a própria negação da força das regras como razões a serem levadas em conta, ampliando demasiadamente o espaço de discricionariedade do julgador. Por esse mesmo motivo que, ademais, cuidamos de criticar a terminologia "regras *a priori*", pois sugere uma derrotabilidade necessária das regras, como se o que contasse, no final das contas, fossem os

[66] Sobre essa terminologia, formulada por FREDERICK SCHAUER, *vide* considerações no item 5.5.2.2, *supra*.

princípios, como únicas razões concludentes. Assim, pensamos, o tipo de modelo decisório que orientará a conduta do sujeito credenciado à produção de normas concretas e individuais dependerá do específico ramo de regulação jurídica, com os princípios, características que lhe são inerentes.

Nessa linha, observa-se que o art. 50 do CC de 2002, ao permitir a desconsideração da personalidade jurídica com apoio em pautas valorativas, procede, em realidade, a uma autêntica delegação de competência, conferindo ao magistrado a possibilidade de reconstruir, episodicamente, o sentido da regra que confere personalidade jurídica a determinadas sociedades. Implanta, assim, no âmbito das relações privadas, um *modelo particularista sensível a regras*[67]. Esse modelo possui a vantagem de otimizar as decisões, no sentido de que farão valer a consistência entre caso, regra e justificação. Em outras palavras, efetua-se uma compensação no caráter subótimo das regras.

Parece-nos, todavia, que fenômeno distinto ocorre no direito tributário, cuja característica principal é a regulação de relações, não mais entre agentes privados, mas entre Estado-Fisco e cidadãos, no sentido de retirar parcela de suas riquezas. Tratando-se de ramo do direito que tem por objetivo primário excepcionar o direito ao patrimônio, sem qualquer consideração acerca do ajuste de vontades entre as partes, foram conferidas algumas garantias em âmbito constitucional, sempre no intuito de estabelecer certo equilíbrio entre os polos da relação. Daí as noções de legalidade estrita, de anterioridade, irretroatividade etc. Há um forte apelo no sentido de conferir previsibilidade acerca das decisões que serão tomadas. Por isso, este sub-ramo do direito, didaticamente autônomo, a que chamamos de direito tributário, pauta as decisões por um *modelo baseado em regras*.

O processo de *construção de sentido* (item 5.5.1), ainda que possa ocorrer em universos culturais diferenciados, fazendo com

[67] Confira-se, sobre essa terminologia, os apontamentos do tópico precedente.



aplicadores diferentes promovam formulações díspares acerca da mensagem legislada, parte de um dado comum: os enunciados do direito positivo, postos intersubjetivamente no processo comunicacional em que se realiza o fenômeno de produção legislativa de caráter geral. A objetividade, nesse sentido, não significa mais que a intersubjetividade. Dessa forma, há um mínimo de significação comum, inerente ao emprego das palavras que compõem o discurso do direito positivo, mesmo que se saiba que as palavras muitas vezes são vagas e ambíguas e que a linguagem do legislador permeada de imprecisões (linguagem técnica, não científica).

O processo de *reconstrução de sentido* pautado, em parte, por regras e, em parte, por complexidades factuais e valorativas, não compatível com a exigência de intersubjetividade mínima para se assegurar o grau de previsibilidade que deve permear as relações com o cidadão. É essa a deficiência marcante do modelo particularista (ou mesmo do particularista sensível a regras).

HUMBERTO ÁVILA, para se referir a esses dois tipos de modelos decisórios, utiliza as expressões "modelo de concreção" e "modelo de previsibilidade": aquele é o modelo do novo Código Civil; este, o do direito tributário. Segundo seu entendimento, tal diferenciação decorre de determinações jurídico-positivas, plantadas em nível constitucional. Em suas palavras:

> O novo Código Civil introduz um modelo de "concreção". O que é socialidade? O julgador vai definir no caso concreto. O que é eticidade? O julgador vai definir no caso concreto. O que são bons costumes e boa-fé? O julgador vai decidir no caso concreto. Assim, esses conceitos indeterminados não têm um conceito mínimo anterior ao próprio processo de aplicação individual. Fazem parte de um modelo de concreção. Um modelo por meio do qual conhecemos as obrigações depois, não antes. O modelo tributário instaurado pela Constituição não é um modelo de concreção, mas um modelo de previsibilidade, ou pelo menos é um modelo de previsibilidade mínima. Se forem conjugados os princípios da segurança jurídica, do Estado de Direito, da legalidade, da irretroatividade, da anterioridade etc., verificar-se-á uma opção por um

modelo, não de concretização *a posteriori*, mas de conhecimento prévio e mínimo das obrigações a que o particular estará sujeito no futuro"[68].

Os enunciados prescritivos do Código Tributário Nacional sobre responsabilidade tributária dos administradores, mesmo que sejam de controvertida delimitação semântica, devem ser passíveis de determinação de seu sentido a partir de processo de interpretação sistemática, o que implica reconhecer que o intérprete não conseguirá depreender satisfatoriamente o seu teor com uma mera interpretação literal, mas também não poderá ir tão longe, no sentido de reconstruir a regra de acordo com vicissitudes do caso concreto.

## 5.6 Construção de sentido das regras sobre responsabilidade tributária dos administradores

### 5.6.1 Enunciados prescritivos a serem tomados como ponto de partida

Nas linhas precedentes chegamos à conclusão de que a responsabilização, no contexto das regras e dos princípios tributários, deve pautar-se por um *modelo baseado em regras, não num modelo particularista*. Em outras palavras, deve ser possível a construção de sentido dessa regra com base nos enunciados gerais e abstratos do direito positivo, sendo vedada a reconstrução de sentido a partir do caso concreto, fundado em pretenso desajuste às justificações subjacentes à regra.

Cabe demonstrar, portanto, o percurso gerativo de sentido apto a surpreender a composição lógico-semântica dessa(s) regra(s) de responsabilização pessoal dos administradores de sociedades, pelo crédito tributário.

[68] Eficácia do novo Código Civil na legislação tributária. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord.). *Direito tributário e o novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 78.



No propósito de delimitar o nosso foco de abordagem no presente capítulo, e, portanto, o próprio conjunto de enunciados a serem tomados neste processo formativo de significação, indica-se que a análise a ser feita tomará como *ponto de partida* os dispositivos insertos na Seção III do Capítulo V do Código Tributário Nacional – "responsabilidade de terceiros", sendo importante destacar que

a) os enunciados prescritivos que cuidam da responsabilidade de terceiros, que não administradores de sociedades (*v.g.*, art. 134, I a VI), possuem relevância secundária neste processo, contribuindo apenas enquanto elementos de análise subsidiária ou comparativa;

b) os enunciados que tratam da responsabilidade dos sócios no caso de liquidação da sociedade de pessoas (art. 134, VII) serão analisados em contexto próprio, quando formos analisar a responsabilidade na dissolução de sociedades (Capítulo 7);

c) os enunciados dispersos pelos arts. 136 a 138 do CTN, que cuidam de "responsabilidade por infrações", tratam daquilo que entendemos por responsabilidade sancionadora-punitiva, vale dizer, cuidam da responsabilização em "paradigma penal", e as regras ali informadas possuem a finalidade ou de imputar o dever de pagar multas (infrações administrativas) ou de determinar a submissão de alguém a dada pena restritiva de liberdade ou direitos (infrações penais). Nesse sentido, não são determinantes para a construção de regras relativas à responsabilidade sancionadora-ressarcitória, vale dizer, as regras dali obtidas não se aplicam para responsabilizar alguém pelo ressarcimento do crédito tributário decorrente de conduta de outrem.

Insta consignar que essa demarcação inicial apenas informa o nosso ponto de partida no processo de construção de sentido, sendo certo que muitos dos dispositivos do Código Tributário Nacional possuem abertura semântica para outros segmentos enunciativos do direito positivo, a serem considerados enquanto experiência colateral. Assim, quando o art. 135, *caput*, do CTN, por