

2015

Desconsideração da Personalidade Jurídica em Favor de Credores Comerciais

Bruno Meyerhof Salama
Alberto Barbosa Jr.

Novas reflexões sobre o **PROJETO DE CÓDIGO COMERCIAL**

Fábio Ulhoa Coelho
Tiago Asfor Rocha Lima
Marcelo Guedes Nunes

coordenadores

Adilson Simonis • **Afonso de Paula Pinheiro Rocha** • Alberto Barbosa Jr. • **Alexandre Reis Siqueira Freire** • Alfredo de Assis Gonçalves Neto • **Ana Frazão** • André Dias Fernandes • **Arnoldo Wald** • Breno Garbois • **Bruno Dantas** • Bruno Meyerhof Salama • **Cássio Cavalli** • Cassio Scarpinella Bueno • **Cleantho de Moura Rizzo Neto** • Clovis Cunha da Gama Malcher Filho • **Daniel Beltrão de Rossiter Correia** • Eduardo Montenegro Serur • **Elias Marques de Medeiros Neto** • Fábio Ulhoa Coelho • **Felipe Lückmann Fabro** • Francisco Barros Dias • **Godofredo Mendes Vianna** • Ives Gandra da Silva Martins • **Jairo Saddi** • João Otávio Noronha • **João Rafael Furtado** • José Vicente Guzmán • **Leonardo Albuquerque Marques** • Luciano de Souza Godoy • **Luís Felipe Galante** • Luiz Henrique P. de Oliveira • **Marcelo Andrade Féres** • Marcelo Guedes Nunes • **Marcia Carla Pereira Ribeiro** • Márcio Souza Guimarães • **Maria Eugênia Finkelstein** • Milena Donato Oliva • **Mônica Pimenta Júdice** • Nelson Cavalcante e Silva Filho • **Newton de Lucca** • Oksandro Gonçalves • **Osmar Brina Corrêa-Lima** • Paulo de Moraes Penalva Santos • **Rabih A. Nasser** • Renan Calheiros • **Renato Buranello** • Ricardo Lupion Garcia • **Ricardo Olivera García** • Rodrigo R. Monteiro de Castro • **Tiago Asfor Rocha Lima** • Uinie Caminha • **Werner Braun Rizk**



**ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRE, BRUNO DANTAS E
LEONARDO ALBUQUERQUE MARQUES**

A desconsideração da personalidade jurídica no projeto de Novo
Código Comercial: contextualização e perspectivas, 277

ANDRÉ DIAS FERNANDES

Dissolução irregular e desconsideração da personalidade jurídica, 299

JOÃO RAFAEL FURTADO

A sociedade limitada, a Eireli e a teoria da desconsideração da
personalidade jurídica: aplicação, abusos e avanços, 321

BRUNO MEYERHOF SALAMA E ALBERTO BARBOSA JR.

Desconsideração da personalidade jurídica em favor de credores
comerciais, 343

SÉTIMA PARTE CONTRATOS EMPRESARIAIS

UNIE CAMINHA E AFONSO DE PAULA PINHEIRO ROCHA

Assimetrias contratuais, dependência empresarial e o *ethos*
comercial no projeto de Código Comercial (PLS 487/2013), 355

RODRIGO R. MONTEIRO DE CASTRO

O contrato fiduciário no PLS 487/2013, 371

RICARDO OLIVERA GARCÍA

Contrato Fiduciário en el proyecto de Código Comercial brasileño:
reflexiones desde el derecho comparado, 385

MILENA DONATO OLIVA

O contrato fiduciário previsto no Projeto de Lei do Senado 487/2013:
titularidade fiduciária e a separação patrimonial, 405

RABIH A. NASSER

A compra e venda mercantil: diversidade de regimes jurídicos, 431

Desconsideração da Personalidade Jurídica em Favor de Credores Comerciais*

BRUNO MEYERHOF SALAMA**

ALBERTO BARBOSA JR.***

Uma das questões mais litigadas hoje no Brasil é a responsabilização de sócios por dívidas da empresa¹. O tema se põe em diversas esferas, e tem dado causa a perplexidades variadas na teoria e na prática do direito. Este texto defende o argumento de que é adequado, do ponto de vista econômico, preservar a limitação de responsabilidade dos sócios frente aos credores comerciais de sociedades em situação de insolvência².

Como tal posição é consistente também com a legislação em vigor e com a tradição do Direito Privado brasileiro, sustentamos que a desconsideração da personalidade jurídica de sociedades limitadas devedoras deva ser permitida apenas em resposta a condutas ilícitas ou fraudulentas por parte dos sócios, desde que demonstrada sua ocorrência em contraditório processual. Dessa forma, o texto justifica o regime de responsabilidade social já estabelecido no Código Civil ("CC")³, bem como as disposições sobre desconsideração

* Para uma visão completa e exaustiva sobre o tema, cf. SALAMA, Bruno M. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil: história, direito e economia*. São Paulo: Malheiros, 2014.

** Professor da FGV Direito SP.

*** Mestrando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP e *Fox Fellow* pela Yale University.

¹ É o que se pode concluir pelo estudo empírico promovido pelo Ministério da Justiça (cf. CALIENDO, Paulo et al. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. *Série Pensando o Direito do Ministério da Justiça*, v. 29, 2010).

SALAMA, Bruno M. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil: história, direito e economia*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 426.

³ Art. 50, CC: "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".

da personalidade jurídica previstas nos projetos do novo Código Comercial ("NCCom")⁴.

I. Externalização de riscos e voluntariedade do crédito

A limitação de responsabilidade dos sócios em certos tipos societários pode ser entendida como uma técnica de alocação de risco empresarial⁵. Como se sabe, em sociedades cujo regime de responsabilidade patrimonial é ilimitado, o descumprimento de suas obrigações permite que os efeitos do inadimplemento⁶ sejam estendidos também para seus sócios, submetendo seu patrimônio pessoal à solvência dos débitos da empresa. Nesta situação, os riscos inerentes à atividade econômica são suportados principalmente pelos empresários, a despeito da autonomia da pessoa jurídica frente a seus componentes subjetivos, i.e., seus sócios.

Em sociedades sujeitas ao regime de responsabilidade limitada, entretanto, a separação patrimonial entre pessoa jurídica e pessoa dos sócios é, em regra, absoluta, de modo que as dívidas sociais são solvidas sempre até o limite do patrimônio da sociedade. Nesta segunda situação, parte do risco empresarial, originalmente suportado pelos sócios, é transferida para os credores da sociedade, já que a insolvência desta não permite que se impute aos sócios a responsabilidade pelos débitos da pessoa jurídica.

Percebemos assim que a limitação de responsabilidade implica, em certa medida, a exteriorização dos riscos da empresa, os quais incidem sobre terceiros

externos à organização societária, sob responsabilidade limitada, adidas pelas dívidas sociais diante da personalidade jurídica mediante con-

O sentido dessa construção do crédito a partir de uma perspectiva pessoal é o nosso argumento: a voluntariedade significa dizer que, conforme a vontade dos sócios deva ser considerada a responsabilidade não do crédito detido contra a sociedade.

Denominamos crédito pessoal a autonomia privada dos sócios⁸. Portanto, o crédito pessoal tratou com a sociedade. Já o direito patrimonial decorre dos danos causados pelo ato ilícito praticado pela sociedade, a vontade na formação do crédito.

4 Sobre as recentes propostas legislativas para o NCCom e suas disposições relativas à desconsideração da personalidade jurídica, cf. Projeto de Lei n. 1.572/2011, art. 128 e ss., e Projeto de Lei do Senado 487/2013, art. 196 e ss.

5 A primeira versão desse argumento foi proposta por Richard Posner em 1976. Cf. POSNER, Richard. The rights of creditors of affiliated corporations. *University of Chicago Law Review*, v. 43, 1976, p. 499-526; e POSNER, Richard. *Economic analysis of law*, 8. ed. New York: Aspen Publishers, 2011, p. 535-539. Há também autores nacionais que adotam essa mesma abordagem. Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. As teorias da desconsideração. In: TORRÊS, Heleno T.; QUEIROZ, Mary E. *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 267-271; e SZTAJN, Rachel. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, v. 762, 1999, p. 92. Opondo-se, ainda que parcialmente, à aplicação do modelo de Posner, cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 208-247; e CEOLIN, Ana Caroline S. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 105-106.

6 Referimo-nos aqui ao inadimplemento definitivo da obrigação, ou seja, à inexecução culposa e irreversível da prestação devida na forma, lugar e prazo estipulados, de modo que os efeitos da simples *mora debitoris* sejam convertidos na responsabilização do devedor inadimplente por perdas e danos (cf. art. 389 e art. 395, parágrafo único, CC).

7 Para uma discussão jurídica sobre o crédito no mercado financeiro e de capitais.

8 Referimo-nos aqui principalmente aos atos unilaterais de vontade voltados para a formação de títulos de crédito. Os débitos dos sócios podem estar inseridos em um contrato de preço acordado. Razão pela qual o crédito pessoal reflete a expectativa de crédito do sujeito. De qualquer modo, o crédito pessoal é um documento para terceiros e o crédito está funcionalmente vinculado à sociedade.

9 Consideramos ato ilícito em sentido estrito a conduta inerente à contravenção. Nesse sentido, consideramos ilícito na esfera da tutela interesses alheios (cf. art. 186, CC) e a atividade de risco (cf. art. 186, CC) pressupostos típicos da modalidade de ato ilícito *lato sensu*, cf. CAVALLI, Paulo. São Paulo: Atlas, 2009, p. 1.

10 Ao lado do negócio jurídico, os atos jurídicos lícitos dotados de eficácia jurídica, negócios, pagamento indevido, são considerados neste texto do ponto de vista do mecanismo de formação do crédito.

novo Código Comercial

o crédito

os tipos societários pode
o empresarial⁵. Como se
patrimonial é ilimitado,
feitos do inadimplemen-
tando seu patrimônio
ação, os riscos inerentes
pelos empresários, a des-
componentes subjetivos,

e limitada, entretanto, a
s sócios é, em regra, ab-
re até o limite do patri-
risco empresarial, origi-
redores da sociedade, já
ócios a responsabilidade

e implica, em certa me-
ncidem sobre terceiros

disposições relativas à des-
.572/2011, art. 128 e ss., e

ner em 1976. Cf. POSNER,
rsity of Chicago Law Review,
zw, 8. ed. New York: Aspen
adotam essa mesma abor-
o. In: TORRÊS, Heleno T.;
tória tributária. São Paulo:
consideração da persona-
se, ainda que parcialmen-
to. *O novo direito societário*,
na Caroline S. *Abusos na*
Horizonte: Del Rey, 2002,

o, ou seja, à inexecução
izo estipulados, de modo
onsabilização do devedor
fo único, CC).

externos à organização societária⁷. Sendo esta a regra básica do regime de res-
ponsabilidade limitada, admite-se, excepcionalmente, que os sócios respondam
pelas dívidas sociais diante da prática de atos ilícitos, como abuso de personali-
dade jurídica mediante confusão patrimonial ou desvio de finalidade.

O sentido dessa construção pode ser esclarecido examinando-se o direito de
crédito a partir de uma perspectiva específica, que se tornará a variável-chave do
nosso argumento: a voluntariedade na constituição da relação obrigacional. Isto
significa dizer que, conforme detalhado adiante, a limitação de responsabilidade
dos sócios deva ser considerada a partir da verificação da origem voluntária ou
não do crédito detido contra a sociedade devedora.

Denominamos crédito voluntário o direito patrimonial decorrente do exer-
cício da autonomia privada mediante a realização de contrato ou outros negócios
jurídicos⁸. Portanto, o credor voluntário seria, essencialmente, aquele que con-
tratou com a sociedade. Já o crédito involuntário, nesta tipologia, consiste no
direito patrimonial decorrente do delito civil, colateral ao dever de indenizar os
danos causados pelo ato ilícito⁹. O credor involuntário seria, assim, a vítima do
ato ilícito praticado pela sociedade e contra a qual, a despeito da ausência de
vontade na formação do crédito, faz jus à indenização pelos prejuízos sofridos¹⁰.

7 Para uma discussão jurídica sobre a alocação de riscos, cf. YAZBEK, Otavio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 29-50.

8 Referimo-nos aqui principalmente aos negócios jurídicos cambiários, isto é, declarações unilaterais de vontade voltadas à constituição de títulos de crédito. Equiparamos os beneficiários dos títulos de crédito a credores voluntários, porque os documentos cambiários podem estar inseridos em contextos contratuais, atuando como forma de pagamento do preço acordado. Razão pela qual, nesses casos, poder-se-ia supor que seu conteúdo monetário reflete a expectativa de risco de inadimplemento a que o credor-beneficiário estaria sujeito. De qualquer modo, essa suposição torna-se injustificável a partir da circulação do documento para terceiros não participantes do contrato anterior, ao qual o título de crédito está funcionalmente vinculado.

9 Consideramos ato ilícito em uma perspectiva ampla, enquanto um sinônimo da antijuridicidade inerente à contrariedade a regras e valores que compõem o ordenamento. Por isso, consideramos ilícito não apenas a ofensa a direito subjetivo ou violação à norma que tutela interesses alheios (cf. art. 186 CC), mas também o abuso de direito (cf. art. 187 CC) e a atividade de risco (cf. art. 927, parágrafo único, CC). Sendo as duas últimas situações pressupostos típicos da modalidade de responsabilidade civil objetiva. Sobre o conceito de ato ilícito *lato sensu*, cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11.

10 Ao lado do negócio jurídico, a doutrina civilista inclui entre as fontes das obrigações outros atos jurídicos lícitos dotados de eficácia obrigacional: promessa de recompensa, gestão de negócios, pagamento indevido e enriquecimento sem causa. Esses institutos não serão considerados neste texto devido à sua menor relevância explicativa quanto ao funciona-
mento do mecanismo de alocação de risco empresarial. Entretanto, por coerência, dado

A nota distintiva entre credores voluntários e involuntários é, portanto, a possibilidade de deliberar-se sobre a constituição da obrigação, definindo o conteúdo do direito de crédito e, principalmente, o sujeito passivo da relação (i.e., a sociedade devedora). Isso é importante para o regime de responsabilidade limitada, porque a liberdade de escolha do credor torna relevante sua percepção quanto ao risco empresarial da sociedade com que contrata. Entende-se que o futuro credor exerce sua vontade negocial quando da celebração de um negócio jurídico para estipular um preço, ou outro corresponsivo patrimonial, que reflita a expectativa de insolvência do devedor. É assim razoável conceber que o credor voluntário possa obter uma compensação *ex ante facto* pelo risco de inadimplemento assumido com a contratação, o que estará sempre condicionado à sua capacidade pessoal de “precificação” de riscos.

A possibilidade de compensação *ex ante facto* pelo credor voluntário pode ser melhor compreendida a partir de um exemplo numérico estilizado¹¹. Suponhamos que uma sociedade busque um financiamento de R\$ 1.000.000,00 junto a um determinado banco. Para facilitar, suponhamos também que os sócios dessa sociedade sejam ricos e tenham bom histórico de crédito em seus compromissos financeiros¹². Nesta hipótese, segue nosso exemplo estilizado, suponhamos então que o banco esteja disposto a conceder um financiamento mediante juros de 10% ao ano, desde que os sócios ofereçam uma garantia pessoal para o pagamento do empréstimo.

Por outro lado, suponhamos agora que os sócios não estejam dispostos a oferecer parte de seu patrimônio para garantir a dívida da empresa. Nesta segunda hipótese, o banco apenas concederia o financiamento mediante juros mais elevados, cujo cálculo depende da probabilidade de não pagamento do empréstimo pela empresa¹³. Suponhamos também que o banco seja capaz de estimar que a sociedade em questão ofereça um risco de inadimplemento de 20%, restando, portanto, 80% de chances de pagamento. Por simplicidade, consideremos também que não seja possível a renegociação da obrigação inadimplida e tampouco a execução bem-sucedida da parte inadimplente¹⁴.

que o elemento “vontade consensual” não é determinante na definição do conteúdo dos efeitos jurídicos desses atos, não poderíamos considerar que os direitos deles decorrentes fossem classificados como voluntários.

11 SALAMA, Bruno M. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil: história, direito e economia*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 408.

12 O exemplo seria válido mesmo que os sócios não fossem tão ricos. Contudo, os números utilizados na demonstração tornar-se-iam mais complicados.

13 As taxas de juros bancários dependem também de outros fatores, como explicado em SALAMA, Bruno M. Vetores da jurisprudência na interpretação dos contratos bancários no Brasil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 57, jul./set. 2012.

14 Novamente, essas suposições visam apenas tornar a demonstração numérica mais acessível, já que as conclusões teóricas não se alteraram com a flexibilização desses pressupostos.

Neste cenário, concorda a hipótese (empréstimo) valor monetário esperado de R\$ 1.100.000,00¹⁵, na qual o valor da garantia pessoal dos sócios é o mesmo da referência acima (80% do que se infere a aplicação de juros comparando os juros de 10% com 27,5%¹⁷ na taxa praticada pelos bancos com os sócios como garantia do risco de inadimplemento).

Vejam as conclusões dos empréstimos bancários. O valor do credor voluntário da compensação pela limitação o fez simplesmente aumentado. Ou seja, nesse caso o banco pela cessão dos riscos também um instrumento.

Generalizando, o que em princípio negociar e contraprestações patrimoniais somos simplesmente um preço, hipótese, cobrar um preço dos sócios, da qualidade de inadimplemento ou inadimplência há uma compensação ex ante facto de responsabilidade do contrato¹⁸.

15 Trata-se aqui do valor do empréstimo, o que corresponde ao resultado da aplicação de juros.

16 Isso porque $0,8 \times R\$ 1.300.000,00 = R\$ 1.040.000,00$.

17 $37,5\% - 10\% = 27,5\%$.

18 A compensação *ex ante facto* pelo risco de inadimplemento do impacto que o não pagamento teve para a empresa, foram recuperadas pelo pagamento da obrigação, podemos dizer que a obrigação do mesmo modo.