



**Universidade de Brasília
Faculdade de Direito**

Mariana Rocha Tomaz

**A SUBCAPITALIZAÇÃO SOCIETÁRIA COMO FUNDAMENTO DA
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

**Brasília
2017**

Mariana Rocha Tomaz

**A SUBCAPITALIZAÇÃO SOCIETÁRIA COMO FUNDAMENTO DA
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Orientadora: Professora Doutora Ana Frazão.

**Brasília
2017**

Tomaz, Mariana Rocha
TT655s A subcapitalização societária como fundamento da
desconsideração da personalidade jurídica / Mariana
Rocha Tomaz; orientador Ana Frazão. -- Brasília, 2017.
60 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade
de Brasília, 2017.

1. Capital social. 2. Limitação da
responsabilidade. 3. Socialização do risco
empresarial. 4. Subcapitalização. 5. Desconsideração
da personalidade jurídica. I. Frazão, Ana, orient.
II. Título.

Mariana Rocha Tomaz

**A SUBCAPITALIZAÇÃO SOCIETÁRIA COMO FUNDAMENTO DA
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Orientadora: Professora Doutora Ana Frazão.

Data da defesa: 29/06/2017.

Resultado: Aprovada.

Nota/Menção: 10 (SS).

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Ana Frazão (FD-UnB)
Orientadora

Professor Doutor Paulo Burnier da Silveira (FD-UnB)
Examinador

Professor Mestre Leandro Oliveira Gobbo (FD-UnB)
Examinador

Mestre Rafael da Silva Santiago
Suplente

Aos meus pais, Décio e Rosa.

Ao meu irmão, Mateus.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a **Jesus Cristo**, meu Deus e Salvador, por ter um dia me encontrado em alguma feliz estação de minha vida, ter inflamado meu coração e mudado para sempre a minha história. Obrigada, Senhor, por Vossa misericórdia e por Vossa fidelidade. Obrigada, Senhor, por me desconcertar com Vosso amor. Obrigada, Senhor, por sempre me indicar o caminho de forma tão pedagógica e bondosa.

Agradeço aos meus pais, **Décio** e **Rosa**, pelo infinito amor e acolhimento a mim dedicados, e por todo o investimento envolvido em minha formação. Agradeço, sobretudo, pela educação recebida dentro de casa, pelos exemplos diários de honestidade e bom caratismo, pelas demonstrações de altruísmo e generosidade, pelos ensinamentos de luta e perseverança. Foi observando vocês, todos os dias, que me tornei a pessoa que sou hoje. Obrigada, meus exemplos de vida.

Agradeço ao meu irmão, **Mateus**, pelo carinho e companheirismo ao longo de toda a minha jornada, e por muito me ensinar com seu jeito apaixonado e autêntico de viver. Apesar das constantes brigas, sei que nosso amor é inabalável. Obrigada, meu eterno amigo.

Agradeço à minha madrinha, **Dilmar**, minha segunda mãe, exemplo de superação e de dedicação aos estudos. Agradeço aos meus tios **Cida** e **Renilson**, presentes em cada pedaço de minha história. Agradeço ao meu primo, **Guilherme**, por nossa bonita amizade. Agradeço aos meus avós, **Ana**, **Sebastião**, **Olinda** e **Dionísio** (*in memoriam*), por todas as lições de vida, frutos de sabedoria e experiência. Obrigada, meus queridos familiares.

Agradeço aos muitos e valiosos amigos que fiz na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, especialmente a **José Amauri Neto**, **Naiane Marques** e **Paula Santa Catarina**, por terem dado um toque fraternal à minha vivência universitária. Obrigada, meus companheiros. Sem vocês nada teria graça!

Agradeço a **Ana Frazão**, minha orientadora e exemplo de jurista, por ter me acolhido neste momento tão importante de minha trajetória acadêmica. Obrigada, professora, por ter conduzido o meu trabalho com a solicitude, presteza, e assertividade de sempre.

Agradeço aos queridos professores **Paulo Burnier**, **Leandro Gobbo** e **Rafael Santiago**, pelas excelentes aulas durante a graduação e por gentilmente terem aceitado o convite de fazer parte da banca examinadora.

Agradeço ao **Igor**, por estar ao meu lado como parceiro de vida, por cuidar tanto de mim e todos os dias me ensinar algo novo.

*“Esse é, na verdade, o mais alto atributo do
Direito: sua finalidade social. ”*

Rubens Requião, 1969.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a possibilidade de a subcapitalização societária servir como fundamento da desconsideração da personalidade jurídica. A pessoa jurídica é instituto que possibilita o agrupamento de pessoas físicas para a criação de um sujeito distinto, titular de direitos e obrigações e dotado de patrimônio autônomo. A limitação da responsabilidade eleva a autonomia patrimonial à sua plenitude, determinando a incomunicabilidade entre os bens da sociedade e os bens dos sócios, de modo que os patrimônios particulares destes não respondam pelas dívidas sociais. A contrapartida deste benefício legal é a manutenção de um capital social adequado à atividade empresarial, de modo que a socialização do risco permaneça equilibrada e os credores da sociedade sejam devidamente garantidos. A subcapitalização societária representa justamente a situação contrária, em que o excesso de financiamento por capital de terceiros gera um quadro de sobreendividamento e irrisoriedade do capital social, com transferência do risco empresarial para os credores. A partir disso, buscar-se-á demonstrar o enquadramento da subcapitalização societária como desvio de finalidade da pessoa jurídica apto a fundamentar a desconsideração desta, a fim de imputar responsabilidade aos sócios ou administradores que deram causa à subcapitalização.

PALAVRAS-CHAVE: Capital social. Pessoa jurídica. Limitação da responsabilidade. Socialização do risco. Subcapitalização. Financiamento. Desconsideração.

ABSTRACT

This study aims to analyse the possibility of the undercapitalization serving as a basis for disregarding the corporate entity. The legal entity is an institute that allows the grouping of natural persons to create a distinct subject, holder of rights and obligations and endowed with autonomous patrimony. The limited liability raises the entity shielding to its fullness, determining the incommunicability between the assets of the company and the assets of its members, so that the private equity of these do not respond for social debts. The counterpart of this legal benefit is the maintenance of a corporate capital suitable for the business activity, so that the socialization of the risk remains balanced and the creditors of the company are duly guaranteed. The undercapitalization represents the opposite situation, in which the excess of financing by third-party capital creates a scenario of over-indebtedness and negligible corporate capital, with a transfer of corporate risk to creditors. Therefore, this research will demonstrate the framework of corporate undercapitalization as a deviation from the purpose of the legal entity, able to justify its disregard, in order to attribute responsibility to the partners or administrators that gave rise to undercapitalization.

KEYWORDS: Corporate capital. Legal entity. Limited liability. Socialization of the risk. Undercapitalization. Financing. Disregard.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO TEMÁTICA	1
CAP. 1: O CAPITAL SOCIAL	3
1.1. CAPITAL SOCIAL E PATRIMÔNIO	3
1.2. FUNÇÕES DO CAPITAL SOCIAL	6
1.3. PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A NOÇÃO DE CAPITAL SOCIAL	7
1.4. O DEBATE ACERCA DO CAPITAL SOCIAL MÍNIMO	9
CAP. 2: O CAPITAL SOCIAL E A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE	15
2.1. HISTÓRICO DE SURGIMENTO DA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE	15
2.2. A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE E A SOCIALIZAÇÃO DO RISCO	17
2.3. O CAPITAL SOCIAL COMO CONTRAPARTIDA À LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE.....	20
2.4. OS PARÂMETROS DA ADEQUADA CAPITALIZAÇÃO	21
CAP. 3: SUBCAPITALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE	25
3.1. SUBCAPITALIZAÇÃO MATERIAL	25
3.2. SUBCAPITALIZAÇÃO NOMINAL	27
3.3. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	28
3.4. A SUBCAPITALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	35
3.5. SOLUÇÃO PARA A SUBCAPITALIZAÇÃO	38
CAP. 4: ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA POR SUBCAPITALIZAÇÃO SOCIETÁRIA	39
4.1. MOMENTO DE IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE	39
4.2. SUJEITO ATIVO: A ANÁLISE DOS CREDORES	39
4.3. ÔNUS DA PROVA	43
4.4. SUJEITO PASSIVO	44
4.5. EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE	45
CAP. 5: A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA POR SUBCAPITALIZAÇÃO SOCIETÁRIA	47
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO TEMÁTICA

A teoria da personalidade jurídica é uma das mais significativas conquistas do pensamento jurídico moderno, exercendo papel fundamental no âmbito da iniciativa privada e das relações comerciais. Se o direito, em um primeiro momento, voltou-se para a regulamentação das pessoas naturais, logo se percebeu a necessidade de mecanismos legais que permitissem a reunião dessas pessoas, de modo a desenvolver empreendimentos complexos a partir de esforços comuns.

A personificação jurídica possibilitou a criação de um sujeito distinto das pessoas físicas que o compõem, o qual adquire direitos e contrai obrigações em nome próprio, e possui patrimônio autônomo. Todo este aparato respondeu muito bem aos anseios do mercado, pois possibilitou que os investidores se agrupassem para a realização de empreendimentos, protegidos por trás da personificação corporativa.

A limitação da responsabilidade acabou levando a autonomia patrimonial à sua plenitude, eis que, nas sociedades de responsabilidade limitada, os patrimônios da sociedade e dos sócios, em regra, são inconfundíveis e incomunicáveis entre si. Tal limitação tem o relevante efeito de socializar parcialmente o risco empresarial, servindo de incentivo aos empreendedores, os quais, cientes de que seus patrimônios particulares não responderão pelas dívidas da sociedade, sentem-se mais inclinados a apostar em negócios ousados.

Assim, um dos institutos jurídicos que mais causou perplexidade ao redor do mundo, ao surgir na jurisprudência inglesa no século XIX, foi o da desconsideração da personalidade jurídica, pois desafia justamente um dos princípios mais caros à iniciativa privada: a separação patrimonial entre sociedade e sócios.

Conforme o título deixa a entender, o presente trabalho não aborda, propriamente, a teoria da *disregard doctrine* em si. O tema desta monografia é, na verdade, um fundamento específico da desconsideração da personalidade jurídica, que não vem reconhecido em nosso Código Civil, mas que, já há tempos, motiva o levantamento do véu corporativo no direito estrangeiro e instiga (infelizmente não muitos) doutrinadores: a subcapitalização societária.

Partiu-se das seguintes perguntas: É possível que, no direito brasileiro, a personalidade jurídica de uma sociedade seja desconsiderada em virtude de capital social insuficiente? Afinal, o que é capital social? Quais seriam os parâmetros de uma adequada capitalização societária, dado que o ordenamento jurídico pátrio nem sequer exige capital social mínimo? Quais são os efeitos jurídicos e mercadológicos da subcapitalização societária?

O objetivo geral do trabalho é investigar se a subcapitalização societária, em suas variadas formas, configura desvio de finalidade da personalidade jurídica apto a ensejar a desconsideração desta mesma personalidade, com o fim de satisfazer os direitos dos credores através da responsabilização dos sócios e/ou administradores.

Tal objetivo se justifica diante de três fatores: (i) a subcapitalização é fenômeno comum na prática empresarial; (ii) a subcapitalização ainda é um tema relativamente pouco desenvolvido pela doutrina e jurisprudência; (iii) a legislação brasileira, ao tratar da desconsideração da personalidade jurídica, é omissa em relação à subcapitalização.

A pesquisa é qualitativa. Far-se-á uma revisão bibliográfica doutrinária acerca do tema, além do estudo dos dispositivos legais a ele relacionados, concentrados majoritariamente no Código Civil e na Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76). Haverá, eventualmente, análise de jurisprudência.

No primeiro capítulo, é feito um estudo detalhado da figura do capital social no direito empresarial: suas diversas acepções conceituais; a relação com o patrimônio; funções; princípios que o norteiam; e o debate acerca do regime de capital social mínimo.

No segundo capítulo, expõe-se a relação entre o capital social e a limitação da responsabilidade: como a limitação da responsabilidade surgiu diante da necessidade de socialização de risco empresarial, e em que medida o capital social atua como contrapartida a essa limitação. Também serão delineados os parâmetros da adequada capitalização societária.

O terceiro capítulo traz o conceito de subcapitalização societária em suas diversas modalidades e esclarece quais são os seus principais efeitos. Neste capítulo é, ainda, feito um apanhado geral da teoria da desconsideração da personalidade jurídica: o contexto histórico de seu surgimento, sua recepção no Brasil, suas ocorrências na legislação e os pressupostos de sua aplicação. Por fim, as duas partes do capítulo são relacionadas para, enfim, justificar-se em que medida a subcapitalização societária pode constituir fundamento para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

No quarto capítulo, são abordados aspectos procedimentais da desconsideração da personalidade jurídica por subcapitalização societária, como o momento de imputação da responsabilidade; sujeitos ativo e passivo; ônus da prova; extensão da responsabilidade.

No quinto e último capítulo, é feita uma análise da jurisprudência dos tribunais brasileiros a respeito da desconsideração da personalidade jurídica por subcapitalização societária.

CAPÍTULO 1 O CAPITAL SOCIAL

1.1 CAPITAL SOCIAL E PATRIMÔNIO

Na economia capitalista, aqueles que se propõem a empreender devem se submeter aos riscos inerentes do mercado. A regra é a mesma para todos os que visam ao lucro, desde o pequeno comerciante dono de um negócio familiar, até o acionista especulador da bolsa de valores: deve-se investir uma quantia inicial que, inevitavelmente, estará sujeita à sorte ou ao azar do empreendimento.

Em uma sociedade empresária, o cenário não é diferente. Se a empresa é definida como atividade econômica organizada, uma sociedade que se presta a exercê-la necessitará de fundos, maquinário, trabalhadores e tecnologia. Os sócios são os responsáveis por prover os recursos necessários ao início da atividade através dos aportes feitos quando da constituição da sociedade, recebendo, em contrapartida, suas respectivas participações sociais (quotas, ações, etc.). Estes aportes, somados, deverão alcançar a cifra estabelecida como capital social no instrumento de constituição da sociedade. O capital social serve, portanto, como “medida da contribuição dos sócios”¹, nas palavras de Fábio Ulhôa Coelho.

Aqui, há que se apontar a diferença entre capital social subscrito e integralizado. Enquanto o primeiro constitui a soma de recursos prometidos pelos sócios à sociedade, o segundo abrange aqueles recursos prometidos e efetivamente transferidos ao patrimônio social. Essa diferenciação importa porque existe liberdade na fixação da forma e do tempo de realização das contribuições sociais, que poderão ser imediatamente adimplidas, diferidas em prestações, ou até mesmo consistentes na entrega futura de bens. Assim, não necessariamente todo o capital subscrito será integralizado no momento da constituição da sociedade. Em alguns tipos societários, é permitido, inclusive, que a contribuição dos sócios consista em serviços, dando origem às figuras denominadas pela doutrina como sócios de indústria.

O importante é que a cifra, o tempo e o modo de realização do capital social constem no instrumento de constituição da sociedade, e que os sócios se comprometam a honrar suas obrigações. Como o capital social vem expresso no contrato ou estatuto, seu valor é, em regra,

¹ COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial, v. 2: direito de empresa**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 183.

fixo, só podendo ser alterado posteriormente através de deliberações que o aumentem ou reduzam.

Partindo desse contexto, podemos nos ver tentados a aderir à definição doutrinária que iguala o capital social aos aportes feitos pelos sócios. Tal definição, apesar de lógica e didática, tem os seus defeitos. José Tadeu Neves Xavier argumenta que ela é simplista, pois se concentra apenas no modo de constituição do capital social, deixando de levar em consideração as diversas funções deste, além de não abranger as situações legais nas quais ele poderá ser aumentado ou reduzido.² Gustavo Saad Diniz observa que o conceito também deixa de incluir as entradas de indústria e os sócios remissos.³ Fábio Ulhôa Coelho por sua vez, aponta uma situação na qual o capital social não mede toda a contribuição dos sócios: no caso das ações subscritas a um preço superior ao valor nominal, o valor excedente (ágio) é contabilizado como reserva de capital, e não como capital social. Além disso, o mesmo autor observa que o capital social pode ser aumentado através de recursos provenientes dos lucros e das reservas, e não necessariamente de aportes feitos pelos sócios.⁴

Uma segunda acepção de capital social é chamada pela doutrina de nominalista ou abstrata, e se fundamenta na diferença entre capital social e patrimônio. Neste ponto, cumpre conceituar patrimônio. Leciona Gustavo Saad Diniz que o patrimônio é “o conjunto de relações jurídicas passíveis de apreciação econômica agregado a uma pessoa, sujeito de direitos e obrigações”⁵. O patrimônio societário abrange, portanto, o total de ativos (bens e direitos) e de passivos (obrigações), sendo o patrimônio líquido calculado através da subtração do passivo em relação ao ativo. Assim, o patrimônio líquido consiste nos fundos econômicos de que a sociedade dispõe para realizar as atividades correspondentes ao objeto social, após a subtração do passivo do exercício social vigente. O patrimônio varia, assim, segundo os resultados (positivos ou negativos) da empresa.

Segundo a acepção nominalista, o capital social constitui uma cifra, fixa e imutável, que representa parte desse patrimônio. Ele serve para indicar o valor mínimo de recursos próprios que a sociedade deve possuir para seguir existindo e exercendo suas atividades. O capital social seria, portanto, uma mera abstração, um índice, um indicativo, de existência de direito, mas não de fato. Essa concepção apresenta um aspecto evolutivo em relação à teoria

² XAVIER, José Tadeu Neves. Considerações sobre a necessidade de resgatar o conceito de capital social: análise da crise (ou redefinição) da noção de capital social. In: **Revista Síntese – Direito Empresarial**. Ano VIII, nº 42, jan/fev 2015. p. 136.

³ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 93.

⁴ COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial, v. 2: direito de empresa**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 184.

⁵ DINIZ, Gustavo Saad, op. cit., p. 96.

dos aportes, que é o de diferenciar o capital social do patrimônio. Peca, porém, ao continuar sendo “essencialmente reducionista à especificação de montante no contrato social”⁶. Além disso, acaba focando em um aspecto do capital social puramente abstrato, formal e “descomprometido com a realidade econômica da entidade”⁷.

Temos, por fim, a concepção dualista, a qual, em nossa opinião, é a que melhor contempla a complexidade da noção de capital social. Tal aceção considera o capital social como uma realidade una, e, ao mesmo tempo, composta por duas facetas: a do capital social nominal e a do capital social real. Explicam Eli Loria e Hélio Mendes, didática e assertivamente:

Se o capital social for considerado uma cifra e aí constar do lado direito do balanço, implica que no ativo (lado esquerdo do balanço) existem bens que cobrem, no mínimo, aquela cifra. Dessa forma, o capital social expressa não somente a cifra, mas também os bens da sociedade destinados a cobri-la, ou seja, a sua outra face, o capital real. É possível, então, perceber que o capital social real é a quantidade de bens que a sociedade tem de manter intacta, porquanto se destina a cobrir o valor do capital social nominal inscrito no lado direito do balanço.⁸

Em nossa opinião, o capital social real é, substancialmente e materialmente, patrimônio, apesar de ser diferenciado deste conceitualmente, por razões didáticas. Isso porque o capital social real corresponde à fração do patrimônio líquido destinada a cobrir o valor do capital social nominal. Assim, todas as vezes que nos referirmos, neste trabalho, ao capital social em seu sentido material, de bens, de recursos efetivos (e faremos isso ao tratarmos das funções de produtividade e garantia, por exemplo), estaremos nos referindo ao capital social real, e, por consequência, ao próprio patrimônio líquido.

Observa José Tadeu Neves Xavier que a noção dualista tem a vantagem de promover uma adequação hermenêutica das regras referentes ao capital social, permitindo uma identificação do real sentido deste termo nas diversas regras do direito societário, além de ser a concepção que vincula o capital social à suas principais funções, as quais serão exploradas a seguir.⁹

1.2 FUNÇÕES DO CAPITAL SOCIAL

⁶ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 93.

⁷ XAVIER, José Tadeu Neves. Considerações sobre a necessidade de resgatar o conceito de capital social: análise da crise (ou redefinição) da noção de capital social. In: **Revista Síntese – Direito Empresarial**. Ano VIII, nº 42, jan/fev 2015. p. 138.

⁸ LORIA, Eli; MENDES, Hélio Rubens de Oliveira. Capital social: noções gerais. In: **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Revista dos Tribunais: vol. 58, out-dez 2012. pp.349-386.

⁹ XAVIER, José Tadeu Neves, loc. cit.

Uma das funções do capital social, chamada de função de organização, diz respeito à determinação da qualidade de sócio e ao reconhecimento dos direitos políticos e patrimoniais decorrentes desta condição^{10 11}. Quando, no momento da constituição da sociedade, os sócios fornecem recursos para a formação do capital social, recebem, como contrapartida às suas contribuições, quotas (ou participações) sociais. Essas quotas são bens incorpóreos que podem ser objetos de relações jurídicas, e garantem uma série de direitos políticos e patrimoniais: deliberação; fiscalização, votação; direito de retirada; recebimento de dividendos; dentre outros.

Outra importante função do capital social, de acordo com Alfredo de Assis Gonçalves Neto, é servir como parâmetro do sucesso (ou insucesso) financeiro da sociedade.¹² A sociedade inicia suas atividades se valendo das contribuições injetadas pelos sócios no ato de sua constituição. Se, ao final do exercício, o patrimônio tiver superado o valor do capital social, significa que os resultados foram positivos e que haverá lucros a distribuir. Caso contrário, a sociedade terá apresentado déficit. O capital social serve, assim, como um orientador contábil, um “termômetro” da situação financeira da sociedade ao término de cada exercício.

A doutrina também costuma elencar a produtividade como uma função do capital social, sob o argumento de que ele encerraria os recursos necessários ao desenvolvimento da atividade empresarial.¹³ Tal assertiva apenas é verdadeira ao se partir da acepção dualista do capital social, levando-se em conta sua faceta real, ou seja, aquela equivalente aos bens patrimoniais necessários para cobrir a correspondente cifra nominal. No fim das contas, portanto, a função de produtividade cabe, na verdade, ao próprio patrimônio.

Por fim, o capital social serve como garantia aos credores. Sendo um medidor do sucesso financeiro da sociedade, o capital social indica que só poderá haver distribuição de

¹⁰ Neste sentido: NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. O menosprezado capital social. In: **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Edição 01, Agosto de 2016. p. 7; DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 102; GARCÍA, Ricardo Olivera. Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 3, vol. 10, jul-ago./2015. pp. 137-138; XAVIER, José Tadeu Neves. Considerações sobre a necessidade de resgatar o conceito de capital social: análise da crise (ou redefinição) da noção de capital social. In: **Revista Síntese – Direito Empresarial**. Ano VIII, nº 42, jan/fev 2015. pp. 148-149; e FIGUEIREDO, Raif Daher Hardman de. O capital social e a atividade empresarial. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 4, vol. 13, jan-fev./2016. p. 132.

¹¹ José Tadeu Xavier Neves, seguindo os ensinamentos de Paulo de Tarso Domingues, separa as funções do capital social entre os planos interno e externo, e considera a função de atribuição de qualidade do sócio como uma função interna. A essa mesma sistematização recorre o autor Raif Daher de Figueiredo.

¹² NETO, Alfredo de Assis Gonçalves, loc. cit.

¹³ Neste sentido, GARCÍA, Ricardo Olivera, op. cit., p. 138; XAVIER, José Tadeu Neves, op. cit, p. 149; e FIGUEIREDO, Raif Daher Hardman de, loc. cit.

lucros quando o patrimônio líquido da sociedade superar seu valor. Ou seja, atua como uma cifra de retenção, que preserva ou bloqueia parte do patrimônio social. A doutrina, porém, é unânime em observar que o capital social atua, na verdade, como garantia indireta aos credores, na medida em que é o patrimônio que efetivamente responde pelas obrigações sociais.¹⁴ A garantia será direta apenas se levarmos em conta a acepção real do capital social.

1.3 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A NOÇÃO DE CAPITAL SOCIAL

Para explorar os princípios que delimitam o conceito de capital social, utilizar-nos-emos da sistematização proposta por José Tadeu Neves Xavier¹⁵, que, por sua vez, inspira-se nas linhas orientadoras do jurista português Paulo de Tarso Domingues, elencando um total de oito princípios. Eventualmente, haverá comentários acerca da opinião de outros doutrinadores sobre um ou outro princípio. Escolhemos tal base bibliográfica pelo fato de não existir uniformidade na doutrina quantos aos princípios do capital social, sendo Xavier, inspirado em Domingues, o acadêmico brasileiro que destrinchou o tema de forma mais detalhada.

O primeiro princípio, o da determinação, implica que o valor do capital social deve vir expresso no ato constitutivo da sociedade, como um dos elementos essenciais deste, conforme previsto no inciso III do artigo 997 do Código Civil. Esse mesmo dispositivo consagra também o princípio da unidade, segundo o qual deve constar no ato constitutivo societário apenas um valor de capital social. O capital social deve, portanto, ser único.

O princípio da estabilidade põe em relevo a qualidade de fixidez do capital social, em contraposição ao patrimônio, que é variável. Apesar de o capital social poder ser modificado, ele é, de fato, estável, eis que só pode ser aumentado ou reduzido em situações específicas e desde que cumpridas certas formalidades legais. Para que se aumente o capital social das sociedades limitadas, por exemplo, exige-se que ele esteja totalmente integralizado (artigo 1.081 do Código Civil) e que os sócios tenham preferência (artigo 1.081, §1º); para que se diminua, é necessário ocorrer uma das seguintes hipóteses: perdas irreparáveis após a

¹⁴ Neste sentido: NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. O menosprezado capital social. In: **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Edição 01, Agosto de 2016. pp. 8-9; DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 100-102; GARCÍA, Ricardo Olivera. Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 3, vol. 10, jul-ago. /2015. pp. 136-137; XAVIER, José Tadeu Neves. Considerações sobre a necessidade de resgatar o conceito de capital social: análise da crise (ou redefinição) da noção de capital social. In: **Revista Síntese – Direito Empresarial**. Ano VIII, nº 42, jan/fev 2015. p. 145; e FIGUEIREDO, Raif Daher Hardman de. O capital social e a atividade empresarial. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 4, vol. 13, jan-fev. /2016. pp. 130-132.

¹⁵ XAVIER, José Tadeu Neves, op. cit., pp. 139-148.

integralização (artigo 1.082, I) ou constatação de excessividade em relação ao objeto social (artigo 1.082, II). Em relação às sociedades anônimas, as regras são mais detalhadas, havendo um capítulo inteiro da Lei nº 6.404/76 que trata apenas da modificação do capital social, estendendo-se dos artigos 166 a 174.

O princípio da publicidade do capital social resulta da obrigatoriedade de se registrar o instrumento constitutivo da sociedade. A publicidade é de grande relevância para aqueles que têm interesse em negociar com a sociedade, haja vista que podem ter conhecimento do valor do capital social e, a partir dele, dimensionar os riscos envolvidos em potenciais transações. José Tadeu Neves Xavier observa, porém, que este princípio não é de todo eficaz em seu objetivo de garantir segurança às relações mercantis. Como a publicidade apenas faz referência à cifra expressa no contrato ou estatuto social, limita-se a abranger o aspecto abstrato ou nominalista do capital, quando, na verdade, é o capital real, definido pela teoria dualista, que serve de efetiva garantia aos credores negociais.

Segundo o princípio da exata formação do capital social - também conhecido como princípio da integralidade -, a cifra indicada no ato constitutivo da sociedade como capital social deve ter um correspondente patrimonial efetivo, ou seja, deve ser totalmente preenchida pelos recursos ou bens aportados pelos sócios. Conforme já visto, não é necessário que a integralização de todo o capital subscrito se dê no momento da constituição da sociedade, pois pode haver certa flexibilidade quanto às condições de cumprimento dessa obrigação. O importante é que a legislação exige que os sócios forneçam suas contribuições na forma e no prazo previstos no contrato ou estatuto social, sob pena de serem considerados sócios remissos e arcarem com os ônus decorrentes de tal condição, nos termos do artigo 1.004, *caput* e parágrafo único, do Código Civil.

O princípio da exata formação guarda estreita relação com o princípio da efetividade do capital social. O primeiro exige que a cifra do capital social seja coberta pelo patrimônio líquido, isto é, exige o total preenchimento do valor do capital social com recursos ou bens sociais. O segundo visa garantir que esses recursos ou bens sejam efetivamente idôneos para a garantia dos credores da sociedade. Há vários dispositivos do direito societário brasileiro que aplicam o princípio da efetividade. O artigo 1.005 do Código Civil, eg., prevê que o sócio que transferir domínio, posse ou uso de bens à sociedade a título de contribuição responderá pela evicção, assim como aquele que transferir crédito responderá pela solvência do devedor. Em relação às sociedades limitadas, o parágrafo 1º do artigo 1.055 do Código Civil aduz que os sócios respondem solidariamente pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social, até o prazo de 5 anos após a data do registro da sociedade. Em relação às sociedades

anônimas, há um dispositivo parecido, o art. 8º da Lei nº 6.404/76, que exige a avaliação, por peritos ou empresas especializadas, dos bens destinados a compor o capital social.

O princípio da intangibilidade visa garantir que o capital social real se mantenha íntegro. Nas palavras de Neves Xavier, “significa que o capital real, entendido como a fração ideal do ativo que se destina à cobertura da cifra do capital nominal, não poderá descer abaixo do valor nominal, em virtude de operações que visem ao benefício dos sócios”. Assim, a intangibilidade apenas permite que haja distribuição de dividendos ou outras verbas aos sócios se o patrimônio líquido superar a cifra do capital social, ou seja, se houver lucro. Coíbe, portanto, a distribuição indevida de recursos aos sócios em contexto de déficit, de forma a evitar o esvaziamento da garantia que o capital social representa para os credores. A intangibilidade do capital social está prevista no artigo 1.059 do Código Civil, que dispõe que os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital.

Por fim, temos o princípio da congruência, o qual nos informa que o capital social deve ser adequado à realização do objeto social, ou seja, deve guardar correspondência com a complexidade da atividade empresarial desenvolvida pela sociedade. Alfredo de Assis Gonçalves Neto chama este princípio de suficiência do capital social, argumentando que é implícito no ordenamento jurídico e que a ele não se tem dado a merecida atenção. O autor aponta alguns dispositivos de lei dos quais ele pode ser extraído, como o artigo 1.058 do Código Civil, que faculta aos sócios a tomada das quotas do sócio remisso para si ou sua transferência para terceiros, e o artigo 1.082, II, do Código Civil, que possibilita a redução do capital social, quando excessivo.¹⁶

É sobre o princípio da congruência ou da adequação do capital social que se estruturarão as discussões do próximo tópico deste capítulo.

1.4 O DEBATE ACERCA DO CAPITAL SOCIAL MÍNIMO

Na tentativa de dar efetividade ao princípio da congruência ou da adequação, alguns ordenamentos jurídicos ao redor do mundo adotam o regime de capital social mínimo.

¹⁶ NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. O menosprezado capital social. In: **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Edição 01, Agosto de 2016. p. 12.

Na Itália¹⁷, o artigo 2463 do *Codice Civile* determina que, para que a sociedade limitada (*società a responsabilità limitata*) seja constituída, é necessário capital social não inferior a € 10.000 (dez mil euros); já o artigo 2327 estabelece capital social mínimo de € 50.000 (cinquenta mil euros) para as sociedades por ações (*società per azioni*).

Na Alemanha¹⁸, o §5 da lei GmbHG fixa um capital social mínimo de € 25.000 (vinte e cinco mil euros) para as sociedades limitadas; enquanto o §7 da lei AktG o fixa em € 50.000 (cinquenta mil euros) para as sociedades por ações.

Na França¹⁹, de acordo com o artigo L223-2 do *Code de Commerce*, não há exigência de capital social mínimo para as sociedades de responsabilidade limitada (*sociétés à responsabilité limitée*), o qual pode ser livremente estipulado pelo estatuto. Para as sociedades anônimas (*sociétés par actions*), porém, o artigo L224-2 exige capital mínimo de € 37.000 (trinta e sete mil euros).

No Reino Unido²⁰, o *Companies Act 2006*, em seu artigo 763 (1), exige das *Public Limited Companies* (que correspondem às nossas sociedades anônimas abertas) capital social mínimo de £ 50.000 (cinquenta mil libras esterlinas) ou o equivalente em euros.

Na Argentina²¹, o Decreto nº 1331/2012 alterou o artigo 186 da Lei nº 19.550 (*Ley de Sociedades Comerciales*), elevando o capital social mínimo das sociedades anônimas

¹⁷ Redação atualizada do Código Civil (*Codice Civile*) italiano:

Art. 2327 - Ammontare minimo del capitale

La società per azioni deve costituirsi con un capitale non inferiore a cinquantamila euro.

Art. 2463 – Costituzione

La società può essere costituita con contratto o con atto unilaterale.

L'atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico e deve indicare:

4) l'ammontare del capitale, non inferiore a diecimila euro, sottoscritto e di quello versato.

¹⁸ Redação atualizada da Lei das Sociedades de Responsabilidade Limitada alemã, a GmbHG (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*):

§ 5 Stammkapital; Geschäftsanteil

(1) Das Stammkapital der Gesellschaft muß mindestens fünfundzwanzigtausend Euro betragen.

Redação atualizada da Lei das Sociedades Anônimas alemã, a AktG (*Aktiengesetz*):

§ 7 Mindestnennbetrag des Grundkapitals

Der Mindestnennbetrag des Grundkapitals ist fünfzigtausend Euro.

¹⁹ Redação atualizada do Código Comercial francês (*Code de Commerce*):

Article L223-2: Le montant du capital de la société est fixé par les statuts. Il est divisé en parts sociales égales.

Article L224-2: Le capital social doit être de 37 000 € au moins.

²⁰ Redação atualizada do *The Companies Act 2006*:

763 The authorised minimum

(1) “The authorised minimum”, in relation to the nominal value of a public company’s allotted share capital is—

(a) £50,000, or

(b) the prescribed euro equivalent.

²¹ Redação atualizada da *Ley de Sociedades Comerciales*:

(*sociedades anónimas*) de \$ 12.000 (doze mil pesos argentinos) para \$100.000 (cem mil pesos argentinos).

No Brasil, como regra, não há a exigência de capital social mínimo para a constituição de sociedades, podendo a cifra ser livremente estipulada no contrato social ou estatuto. Alfredo de Assis Gonçalves Neto explica que, antes do Código Civil de 2002, existiram propostas, rejeitadas, de reforma à antiga legislação das sociedades limitadas, na tentativa de se adotar capital social mínimo para a constituição destas sociedades.²²

A exposição de motivos do projeto de Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), por sua vez, explica o porquê de não se ter adotado o regime de capital social mínimo para esse tipo societário específico:

O Projeto não exige capital mínimo na constituição da companhia porque não pretende reservar o modelo para as grandes empresas. Entende que, embora muitas das pequenas companhias existentes no País pudessem ser organizadas como sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, não há interesse em limitar arbitrariamente a utilização da forma de companhia, que oferece maior proteção ao crédito devido à publicidade dos atos societários e das demonstrações financeiras.²³

Não obstante a regra seja a de liberdade na fixação do capital social, há valores mínimos previstos para sociedades que desempenham certos tipos de atividades, as quais, em razão de sua natureza, dependem de autorização ou se submetem a alguma outra forma de controle estatal. São elas: (i) as instituições financeiras privadas, cujo capital mínimo é fixado e revisto pelo Conselho Monetário Nacional a cada dois anos (Lei nº 4.595/1964, art. 4º, inc. XIII); (ii) as seguradoras, que têm seu capital fixado pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (Decreto-Lei nº 73/66, art. 32, inc. VI); (iii) as sociedades de trabalho temporário, as quais devem ter capital social de pelo menos cem mil reais (art. 6º, III, da Lei nº 6.019/74, incluído pela Lei nº 13.429/2017); (iv) as sociedades corretoras de valores, cujo capital mínimo deve ser estatuído pelo Conselho Monetário Nacional (Lei nº 4.728/1965, art. 8º); (v) as empresas particulares exploradoras de serviços de vigilância e de transporte de valores, com capital mínimo de cem mil Ufirs (Lei nº 7.102/1983, art. 13); (vi) as sociedades de crédito imobiliário sob forma de sociedade anônima, as quais tiveram capital mínimo fixado em cem milhões de cruzeiros em moeda corrente (Lei nº 4.380/1964, art. 35, §2º); (vii) as

ARTICULO 186. — El capital debe suscribirse totalmente al tiempo de la celebración del contrato constitutivo. No podrá ser inferior a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000). Este monto podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo, cada vez que lo estime necesario.

²² NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. O menosprezado capital social. In: **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Edição 01, Agosto de 2016. p. 13.

²³ Disponível em < <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis/anexos/EM196-Lei6404.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

sociedades anônimas abertas em geral, se a Comissão de Valores Mobiliários exigir capital social mínimo para registro de emissões (Lei nº 6.385/1976, art. 19, § 6º).²⁴

Outro interessante capítulo desta discussão diz respeito à Empresa de Responsabilidade Individual Limitada (EIRELI), criada pela Lei nº 12.441/2011. Esta lei inseriu o inciso VI ao artigo 44 do Código Civil, colocando a EIRELI no rol de pessoas jurídicas reconhecidas pelo direito civil brasileiro, além de ter adicionado o artigo 980-A, e seus parágrafos 1º a 6º, ao livro de empresa. O *caput* do art. 980-A exige um capital mínimo para a EIRELI de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no país, além de estabelecer a necessidade de prévia integralização para o início de suas atividades.

Tal exigência tem provocado uma série de debates na doutrina comercialista. Aponta-se que a exigência de capital social mínimo para a EIRELI resultaria em um desestímulo à sua constituição, mormente se se levar em conta que tal modalidade de pessoa jurídica foi criada para impulsionar a atividade de pequenos empreendedores individuais. Especificamente quanto ao valor do capital social mínimo da EIRELI, critica-se sua discricionariedade e a falta de qualquer critério científico para sua determinação. Por fim, fazendo um cotejo com o texto da Constituição Federal de 1988, alguns autores acreditam que a exigência de capital social mínimo viola o princípio da livre iniciativa insculpido no artigo 170 da Carta Magna, e, ainda, contraria o inciso IV do artigo 7º, que veda expressamente a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim. Esses dois últimos argumentos, inclusive, fundamentam uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) perante o Supremo Tribunal Federal, a ADIN nº 4.637, pendente de julgamento.²⁵

Já outros doutrinadores são mais otimistas. José Tadeu Neves Xavier, por exemplo, afirma que a imposição de capital social mínimo é prática comum e já consolidada em diversos outros países que adotam empresas individuais de responsabilidade limitada, além de o capital mínimo atuar como indício de maior segurança jurídica apto a validar a popularização desse novo tipo empresarial, que ainda padece de desconfiças no mercado. Na opinião do jurista, é válido, por ora, deixar a regulamentação do capital social da EIRELI subsistir em sua forma original, pois as reações do mercado fomentarão as mudanças legislativas que se mostrarem necessárias.²⁶

²⁴ Neste sentido: DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 116 e NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. O menosprezado capital social. In: **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Edição 01, Agosto de 2016. pp. 13-14.

²⁵ Neste sentido: SAFFARO, Mateus Alves; TEIXEIRA, Tarcisio. A EIRELI e suas controvérsias pendentes. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: vol. 13, jan-fev/2016. pp. 79-102.

²⁶ XAVIER, José Tadeu Neves. Reflexões sobre a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI). In: **Revista de Direito Privado**. Revista dos Tribunais: vol. 54, abr-jun/2013. pp. 197-233.

Para além da discussão específica em torno da EIRELI, há um debate mais amplo, no meio acadêmico do direito societário, acerca da conveniência da imposição estatal de capital social mínimo para a constituição dos tipos societários em geral.

Os autores que defendem o regime do capital social mínimo geralmente o fazem com o intuito de salvaguardar a existência da responsabilidade dos sócios, da função de garantia aos credores e da seriedade e idoneidade do empreendimento.²⁷ Alfredo de Assis Gonçalves Neto, por exemplo, argumenta que, na ausência de tal regime, tendem a existir no mercado “sociedades fictícias, que mascaram a pluralidade de sócios, sociedades sem estrutura para cumprir as atividades sociais, sociedades que nascem endividadas por não possuírem patrimônio compatível com o que é necessário para o desenvolvimento das atividades sociais”²⁸

Por outro lado, a principal crítica ao regime do capital social mínimo é que esta exigência, por si só, não garante a adequada capitalização da sociedade. Isto é comprovado pelas seguintes situações: (i) inexistência de uma fórmula contábil que determine o capital social apropriado para cada tipo específico de sociedade; (ii) possibilidade de posterior inadequação entre o capital mínimo inicialmente exigido e as reais necessidades da atividade empresarial, consubstanciada pelo objeto social; (iii) desgaste inflacionário.²⁹

García vai além, argumentando que a decisão acerca da estrutura de financiamento da sociedade é própria dos sócios e dos órgãos sociais internos, os quais determinarão a proporção entre recursos próprios e recursos de terceiros de acordo com o tipo de atividade empresarial desenvolvida. Na opinião do autor, deve ser afastada qualquer tentativa estatal de controle legislativo neste sentido. Ele argumenta que não há razoabilidade em se impor um capital social mínimo, pois esta é uma solução que se utiliza de critério geral e impreciso, não levando em conta as atividades específicas que cada sociedade desenvolve, e que, além disso, desconsidera que a subcapitalização não necessariamente se produz no momento de constituição da sociedade, podendo se manifestar posteriormente.³⁰

²⁷ LORIA, Eli; MENDES, Hélio Rubens de Oliveira. Capital social: noções gerais. In: **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Revista dos Tribunais: vol. 58, out-dez 2012. p. 349-386.

²⁸ NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. O menosprezado capital social. In: **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Edição 01, Agosto de 2016. p. 15.

²⁹ Neste sentido: DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 115-116 e XAVIER, José Tadeu Neves. Considerações sobre a necessidade de resgatar o conceito de capital social: análise da crise (ou redefinição) da noção de capital social. In: **Revista Síntese – Direito Empresarial**. Ano VIII, nº 42, jan/fev 2015. pp. 155-157.

³⁰ GARCÍA, Ricardo Olivera. Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 3, vol. 10, jul-ago./2015. pp. 147-150.

Concordamos com as críticas exploradas nos dois itens anteriores. De fato, o regime do capital social mínimo pouco tem a contribuir para a solução do problema explorado neste trabalho, que é a subcapitalização societária, ou seja, a existência de um baixo nível de recursos sociais próprios aptos a sustentar a atividade empresarial. O capital social mínimo, se muito, presta-se a resolver apenas o problema da subcapitalização originária, aquela que se verifica no momento da constituição da sociedade. Mas, conforme veremos, existe a modalidade de subcapitalização superveniente, que pode se manifestar em momento posterior da vida societária. Além disso, mesmo dentro da subcapitalização originária, há o subtipo nominal, que o regime do capital social mínimo é incapaz de solucionar.

Concluído o estudo a respeito da figura do capital social (conceito; funções; princípios; regime de capital social mínimo), exploraremos, no próximo capítulo, sua relação com a limitação da responsabilidade: como a limitação da responsabilidade surgiu diante da necessidade de socialização do risco empresarial, e em que medida o capital social atua como contrapartida a essa limitação. Também serão delineados os parâmetros da adequada capitalização societária.

CAPÍTULO 2

O CAPITAL SOCIAL E A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

2.1 HISTÓRICO DE SURGIMENTO DA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

É lugar comum na doutrina o fato de o conceito de capital social ter sido introduzido no direito comercial juntamente com o instituto da limitação da responsabilidade dos sócios, por volta do século XIX.³¹ É importante, pois, que se faça um breve mapeamento histórico do surgimento da responsabilidade limitada, de forma a entender como o capital social se relaciona com tal instituto.

Não obstante a atividade comercial da Idade Média tivesse como protagonistas os mercadores individuais, as sociedades comerciais mais antigas datam desse período. Inicialmente, eram firmadas com base na própria família, sendo que a totalidade do patrimônio familiar respondia pelas obrigações assumidas por seus membros. Constituía as chamadas sociedades em nome coletivo, marcadas por forte *intuiti personae* e pela responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios. Ainda não conheciam a personificação jurídica nem a separação patrimonial. Aos poucos, foram admitindo outros sócios, sem vínculo de parentesco.³²

À medida que as transações comerciais foram envolvendo mais e mais riscos, contudo, a responsabilidade ilimitada e solidária passou a constituir um empecilho para a atividade mercantil, mormente levando-se em consideração o contexto de expansão do comércio marítimo.

O modelo societário da *commenda* constituiu uma saída para o desenvolvimento de grandes empreendimentos que precisavam contar com uma flexibilização da responsabilidade. Neste tipo societário, uma das partes do contrato era um capitalista que, permanecendo em sua terra, fornecia capital a um viajante (geralmente, o próprio capitão do navio) para que este se engajasse em uma expedição e voltasse com lucros, a serem divididos entre os dois. O

³¹ Neste sentido: GARCÍA, Ricardo Olivera. Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 3, vol. 10, jul-ago./2015. p. 136; LORIA, Eli; MENDES, Hélio Rubens de Oliveira. Capital social: noções gerais. In: **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Revista dos Tribunais: vol. 58, out-dez 2012. p. 2; e XAVIER, José Tadeu Neves. Considerações sobre a necessidade de resgatar o conceito de capital social: análise da crise (ou redefinição) da noção de capital social. In: **Revista Síntese – Direito Empresarial**. Ano VIII, nº 42, jan/fev 2015. p. 132.

³² Neste sentido: DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 45-46 e FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. pp. 11-14.

sócio *commendator* funcionava como um aplicador de recursos, assumindo, junto com o viajante, o risco do insucesso do empreendimento. A diferença é que, enquanto o *commendator* tinha responsabilidade limitada, ou seja, só poderia perder até o limite daquilo que havia investido, o viajante tinha responsabilidade ilimitada, além de se encarregar da gerência da atividade. O contrato de *commenda* originou a sociedade em comandita.³³

Explica Ana Frazão que as sociedades em comandita passaram a ser largamente usadas na Idade Moderna, inclusive na modalidade por ações. Porém, como ainda havia um regime dual de responsabilidade, na prática aconteciam muitas fraudes, com a criação de sociedades em comandita sem sócios comanditados. Isso denunciava uma necessidade natural do mercado por tipos societários com total limitação de responsabilidade, o que, segundo a autora, só viria a acontecer com a criação das companhias de exploração colonial, a partir do século XVII, as precursoras das sociedades anônimas.³⁴

Ainda segundo Frazão, em um contexto de grandes navegações europeias, a criação de companhias com limitação da responsabilidade dos sócios possibilitou duas coisas: a socialização do investimento e a socialização do risco empresarial.³⁵

A socialização do investimento possibilitava reunir o montante de capital necessário ao custeio das navegações coloniais. Dessa forma, mesmo aqueles que não pertencessem à classe de mercadores, tendo recursos, poderiam investi-los na atividade sem o comprometimento de seu patrimônio pessoal, podendo, ainda, transacionar suas participações societárias quando e se lhes conviesse.³⁶

A socialização parcial do risco, por outro lado, significava que os patrimônios pessoais dos sócios não mais estavam sujeitos a responder pelo insucesso do empreendimento: “a socialização do risco era consequência do reconhecimento implícito de que as atividades mercantis beneficiavam a sociedade como um todo, motivo pelo qual, se a companhia não tivesse patrimônio para responder pelas suas dívidas, os credores suportariam o prejuízo”.³⁷

A limitação da responsabilidade, porém, ainda era uma exceção na Idade Moderna, sendo as companhias coloniais criadas por lei ou por autorizações estatais. Apenas após as revoluções liberais do século XIX é que houve o reconhecimento formal das sociedades de capitais privadas, inicialmente dependentes de autorização estatal, mas que depois passaram

³³ Neste sentido: DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 45-46 e FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. pp. 14-16.

³⁴ FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 17.

³⁵ Ibid., p. 18.

³⁶ Ibid., p. 18.

³⁷ Ibid., p. 18.

por um período de liberalização e democratização, tornando-se o tipo societário mais importante do sistema capitalista.³⁸

2.2 A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE E A SOCIALIZAÇÃO DO RISCO

A partir do histórico traçado no item anterior, pode-se concluir que a limitação da responsabilidade surgiu a partir de uma necessidade do mercado por fórmulas societárias que permitissem a concretização de grandes investimentos, de interesse público, e envoltos em riscos. É importante que se explique, porém, que a limitação da responsabilidade não é intrínseca à ideia de autonomia patrimonial.

A autonomia ou responsabilidade patrimonial é, segundo Fábio Ulhôa Coelho, um dos efeitos da personalização das sociedades empresárias, juntamente com a titularidade obrigacional e a titularidade processual.³⁹

A titularidade obrigacional quer dizer que a sociedade, por ser dotada de personalidade própria, participa de relações jurídicas com terceiros e é titular de direitos e obrigações, tanto contratuais como extracontratuais. Os sócios, individualmente considerados, não precisam desenvolver quaisquer atividades por si mesmos e em nome próprio, sendo verdadeiramente protegidos atrás do véu da pessoa jurídica que constituíram.⁴⁰

A titularidade processual, por sua vez, consiste na legitimidade conferida à sociedade para atuar em juízo, tanto no polo ativo quanto no polo passivo de demandas judiciais.⁴¹

Por autonomia patrimonial, entende-se o fato de a sociedade possuir um patrimônio próprio, o qual, não obstante seja constituído através da colaboração dos sócios, é distinto dos patrimônios pessoais destes. Os bens sociais pertencem unicamente à sociedade, e os sócios não exercem sobre eles qualquer relação de comunhão ou condomínio. Em regra, é apenas o patrimônio social que responde pelas obrigações resultantes da atividade empresarial.⁴²

Explica Oksandro Gonçalves que a autonomia patrimonial poderá ser completa ou

³⁸ FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 19.

³⁹ COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial, v. 2: direito de empresa**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 32.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 32.

⁴¹ *Ibid.*, p. 33.

⁴² *Ibid.*, pp. 33-34.

incompleta, conforme esteja associada, ou não, à limitação da responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade. Isso vai depender, essencialmente, do tipo societário adotado.⁴³

Nas sociedades simples, por exemplo, que trazem a regência supletiva de todos os demais tipos societários, a regra é a responsabilidade subsidiária e ilimitada: se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, os sócios respondem pelo saldo restante – qualquer que seja ele –, na proporção em que participam das perdas sociais.⁴⁴

Nas sociedades limitadas, por sua vez, a responsabilidade do sócio é reduzida ao pagamento do valor da própria quota e à garantia da realização das quotas dos demais sócios, sob pena de com eles responder solidariamente pela integralização do capital social. Uma vez integralizado o capital, porém, cessa a responsabilidade dos sócios, e eles, em regra, não responderão por qualquer obrigação social.⁴⁵

Nas sociedades anônimas, a responsabilidade dos sócios ou acionistas é limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.⁴⁶

Veja-se, portanto, que a limitação da responsabilidade não é decorrência automática da personalização e da autonomia patrimonial. No caso do Brasil, as sociedades empresárias podem se revestir de 5 (cinco) tipos possíveis, reconhecidos pelo Código Civil, sendo que apenas dois deles – a sociedade limitada e a sociedade anônima – contam com regime único de responsabilidade limitada. É interessante que se investigue o porquê de esses dois tipos serem justamente os mais utilizados no país. A resposta a essa pergunta passa por uma característica essencial da limitação da responsabilidade, já citada nos itens acima, e que constitui uma vantagem ao empresariado: a socialização do risco.

A empresa é atividade econômica organizada que tem como finalidade a produção de lucro e, em virtude disso, envolve uma série de riscos. O empresário deverá reservar uma determinada quantidade de recursos para o exercício de sua atividade, pois necessitará montar o estabelecimento, contratar trabalhadores e fornecedores e investir em tecnologia. Uma vez iniciada a atividade, enfrentará as dificuldades impostas pelas oscilações do mercado de seu ramo específico, podendo, eventualmente, ser afetado por diversos outros eventos econômicos, como aumento da taxa de juros ou de câmbio, a concorrência sobre seu negócio,

⁴³ GONÇALVES, Oksandro. Os princípios gerais do direito comercial: autonomia patrimonial da pessoa jurídica, limitação e subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. In: **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Revista dos Tribunais: vol. 58, out/2012. p. 183.

⁴⁴ Código Civil, Art. 1.023: “Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.”

⁴⁵ Código Civil, Art. 1.052. “Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.”

⁴⁶ Lei nº 6.404/76, Art. 1º: “A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.”

etc. Ao final, espera que os resultados sejam positivos e que seus ganhos superem as perdas, o que nem sempre acontecerá.

Um empresário pode atuar de forma individual ou constituir uma sociedade com outros sócios. Ao se optar por um tipo societário com limitação de responsabilidade, a separação patrimonial da sociedade em relação aos sócios será plena, e então os riscos da empresa serão suportados pelo patrimônio autônomo da sociedade, o qual responderá pelas dívidas sociais. Os riscos que ultrapassarem o limite da responsabilidade dos sócios serão transferidos para os terceiros que contratam com a sociedade.

É o que acontece nas sociedades limitadas e anônimas. Há algumas diferenças entre os regimes de uma e de outra, mas, de modo geral, pode-se afirmar, em relação às duas, que a responsabilidade dos sócios está limitada à realização de suas respectivas contribuições. Coletivamente, portanto, os sócios respondem pela integralização do capital social. Este capital social, em sua acepção real – conforme explicado no primeiro capítulo – servirá como garantia aos credores da sociedade. Se as dívidas sociais ultrapassarem seu valor, os credores é que terão de amargar os prejuízos advindos do inadimplemento.

A limitação da responsabilidade tem, portanto, o relevante efeito de externalizar uma parcela dos riscos da atividade empresarial, transferindo-a para os terceiros credores da sociedade (fornecedores, trabalhadores, instituições financeiras, credores por ilícitos extracontratuais, etc.).

Esse mecanismo de socialização de riscos funciona como incentivo à atividade empresarial. A certeza de que seus patrimônios particulares não responderão pelas dívidas da sociedade é o que faz com que investidores se sintam mais inclinados a apostar em empreendimentos ousados. Rachel Sztajn explica bem essa racionalidade de autopreservação dos agentes econômicos:

Exceto por espírito aventureiro, dificilmente alguém compromete em investimentos econômicos, a totalidade de seus recursos ou bens. Se há risco de ganho existe o de perda, e apenas considerando-se um elemento subjetivo - aversão ou propensão ao risco - é que se poderia levar adiante certos empreendimentos econômicos.⁴⁷

Em um contexto mercadológico no qual os agentes atuam com racionalidade, buscando sempre potencializar ganhos e diminuir perdas em um ambiente de incertezas, a estrutura societária delineada pela legislação serve como um parâmetro seguro de cálculo dos

⁴⁷ SZTAJN, Rachel. Terá a personificação das sociedades função econômica? In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. vol. 100. São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67664/70272>>. Acesso em: 9 maio 2017.

riscos do empreendimento. A regra da limitação da responsabilidade, presente em alguns tipos societários, é especialmente eficiente nesse sentido, possibilitando que os investidores tenham a certeza de que seus patrimônios pessoais não responderão pelas dívidas das sociedades empresárias que integram, e que as eventuais perdas serão compartilhadas com terceiros.⁴⁸

2.3 O CAPITAL SOCIAL COMO CONTRAPARTIDA À LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

Vimos que a limitação da responsabilidade tem o efeito de externalizar uma parcela dos riscos da atividade empresarial, transferindo-a para os terceiros credores da sociedade. Isso acontece porque apenas o patrimônio da sociedade, em regra, é que responde pelas dívidas sociais, e, se estas ultrapassam a capacidade de adimplemento da sociedade, os credores terão de suportar os prejuízos.

Ora, se a limitação da responsabilidade é uma benesse concedida pela legislação a alguns tipos societários, e uma benesse que traz potenciais efeitos negativos para os credores da sociedade, naturalmente haverá alguma contrapartida exigida dos sócios.

Concordamos com José Tadeu Neves Xavier que a limitação da responsabilidade só será legítima se houver a constituição e conservação de um patrimônio capaz de suportar os riscos econômicos da atividade empresarial, de forma que os credores sejam minimamente garantidos.⁴⁹ Explica García que, se os recursos próprios da sociedade são insuficientes para custear o negócio que ela se propõe a desenvolver, a divisão de riscos fica desequilibrada, e os riscos dos sócios diminuem, enquanto os dos credores aumentam.⁵⁰

Assim, a contrapartida da limitação da responsabilidade é a existência e a permanência de um capital social que guarde adequação com a atividade empresarial exercida. O problema é que as sociedades têm, cada vez mais, atribuído valores excessivamente baixos ao capital social, fazendo com que sua função de garantia se esvazie e que haja um crescente desequilíbrio na distribuição dos riscos da atividade empresarial. Nas palavras de Gustavo Saad Diniz:

⁴⁸ SABIÃO, Thiago Moreira de Souza; TEIXEIRA, Tarcísio. Reflexões sobre a importância da limitação da responsabilidade nas sociedades limitadas. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: vol. 1, out/2016, pp. 39-64.

⁴⁹ XAVIER, José Tadeu Neves. Considerações sobre a necessidade de resgatar o conceito de capital social: análise da crise (ou redefinição) da noção de capital social. In: **Revista Síntese – Direito Empresarial**. Ano VIII, nº 42, jan/fev 2015. p. 158.

⁵⁰ GARCÍA, Ricardo Olivera. Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 3, vol. 10, jul-ago./2015. p. 139.

Este capital transferido à sociedade, que se presta à formação da barreira de limitação de responsabilidade, passou a mudar de figura no momento em que teve seu valor real baixado a patamares insignificantes ou então quando deixou de corresponder exatamente à atividade desempenhada. Em vez de capital próprio, a sociedade passou a se valer de capitais de terceiros para o financiamento da atividade, fazendo com que o patrimônio existente para satisfação dos credores perdesse o seu papel de referibilidade.⁵¹

Este fenômeno é chamado de subcapitalização, e será explorado em maior profundidade no próximo capítulo.

2.4 OS PARÂMETROS DA ADEQUADA CAPITALIZAÇÃO

Se a existência de um capital social adequado é a contrapartida do regime de limitação da responsabilidade, cabe perguntar: quais são os parâmetros de uma adequada capitalização societária?

O jurista uruguaio Ricardo García adverte que, muito embora a técnica mais difundida de diagnóstico da subcapitalização seja através da comparação entre capital social e objeto social, este procedimento pode não ser o mais adequado. Isto porque há uma tendência de se constituir sociedades com objetos sociais muito complexos e que abrangem múltiplas atividades potenciais. Daí não ser o objeto social o melhor parâmetro para se determinar a adequação do capital social. Segundo o autor, a melhor forma de se determinar se uma sociedade é ou não subcapitalizada é através do cotejo entre as atividades por ela efetivamente exercidas e o montante de recursos próprios que financiam tais atividades.⁵²

Assim, para que uma sociedade permaneça adequadamente capitalizada, é importante que ela não apenas tenha um valor de capital social nominal condizente com as atividades que exerce, mas também que esse capital, em sua acepção real, seja preenchido majoritariamente por recursos da própria sociedade.

A atividade empresarial societária pode ser financiada de duas formas: através de recursos próprios ou de terceiros. Os recursos próprios são constituídos pelas contribuições (aportes) dos sócios, pelas reservas e pelos resultados positivos que possibilitam reinvestimento. Já os recursos de terceiros são aqueles originários de financiamento externo. O capital próprio é assim chamado porque encerra recursos que efetivamente integram o patrimônio da sociedade e não estão sujeitos aos custos do mercado ou à devolução. Já o

⁵¹ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 33.

⁵² GARCÍA, Ricardo Olivera. Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 3, vol. 10, jul-ago./2015. p. 135.

capital de terceiros é uma fonte de recursos que gera endividamento, uma vez que a sociedade tem de remunerá-los e devolvê-los.⁵³

A decisão acerca da estrutura de financiamento da sociedade é própria dos sócios e dos órgãos sociais internos. É importante salientar que é normal e válido a sociedade se apoiar em recursos de terceiros para financiar parte de suas atividades, de modo a suprir custos e impulsionar o giro econômico da produção. Nas palavras de Gustavo Saad Diniz, “o capital de terceiros – especialmente o financeiro – é motor para acelerar o processo produtivo e se mostra essencial à empresa.”⁵⁴ O problema ocorre quando o uso de capital de terceiros passa a ser excessivo, resultando em um quadro de sobreendividamento e subcapitalização.

Em um outro estudo, Diniz conclui que, de todos os tipos societários existentes em nosso ordenamento jurídico, o das sociedades anônimas é aquele que conta com a maior diversidade e sofisticação de instrumentos de capitalização – além do aumento de capital social por entrada dos sócios, contam com a oferta pública de ações, emissão de debêntures e *comercial papers*. Aos demais tipos, muitas vezes, não resta alternativa que não o financiamento da atividade empresarial através de capital de terceiros, o que pode corroborar para o quadro de sobreendividamento.⁵⁵

Por fim, poder-se-ia perguntar se o regime do capital social mínimo auxilia, em alguma medida, para a adequada capitalização das sociedades. Já tratamos deste assunto no item 1.4 do capítulo anterior, razão pela qual repetiremos as conclusões às quais chegamos naquela oportunidade.

Na verdade, a exigência do capital social mínimo, por si só, não garante a adequada capitalização da sociedade. Isto é comprovado pelas seguintes situações: (i) inexistência de uma fórmula contábil que determine o capital social apropriado para cada tipo societário específico; (ii) possibilidade de posterior inadequação entre o capital mínimo inicialmente exigido e as reais necessidades da atividade empresarial; (iii) desgaste inflacionário.⁵⁶

De fato, o regime do capital social mínimo pouco tem a contribuir para a solução do problema explorado neste trabalho, que é a subcapitalização societária, ou seja, a existência de um baixo nível de recursos sociais próprios aptos a sustentar a atividade empresarial. O capital social mínimo, se muito, prestar-se-ia a resolver apenas o problema da

⁵³ DINIZ. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 121-122.

⁵⁴ Ibid., p. 230.

⁵⁵ DINIZ, Gustavo Saad. Instrumentos de capitalização societária. In: **Revista de Direito Privado**. Revista dos Tribunais: ano 13, vol. 49, jan-mar./2012. pp. 313-330.

⁵⁶ Neste sentido: DINIZ, Gustavo Saad, op. cit., pp. 115-116 e XAVIER, José Tadeu Neves. Considerações sobre a necessidade de resgatar o conceito de capital social: análise da crise (ou redefinição) da noção de capital social. In: **Revista Síntese – Direito Empresarial**. Ano VIII, nº 42, jan/fev 2015. pp. 155-157.

subcapitalização originária, aquela que se verifica no momento da constituição da sociedade. Mas, conforme veremos, existe a modalidade de subcapitalização superveniente, que pode se manifestar em momento posterior da vida societária. Além disso, mesmo dentro da subcapitalização originária, há o subtipo nominal, que o regime do capital social mínimo é incapaz de solucionar pelo fato de não entrar na discussão a respeito da qualidade do capital. De nada adianta a sociedade ter um valor de capital social nominal condizente com a atividade se a integralização for feita total ou majoritariamente através de empréstimos de sócios, que, como veremos, constituem, na verdade, capitais de terceiros.

Por tudo que foi dito neste item, podemos concluir que os parâmetros de uma adequada capitalização são, na verdade, um tanto quanto vagos. A regra geral de correspondência do capital social com a atividade empresarial exercida traz mais perplexidades do que certezas, mas é natural que assim seja, pois, em nosso sistema comercial, há uma grande liberdade de determinação da estrutura de financiamento da sociedade, além de inexistir qualquer equação que determine o capital social apropriado para cada tipo societário.

A grande questão, como explica García, é que o juízo acerca da subcapitalização societária é sempre feito *a posteriori*, quando a sociedade, em virtude de sua estrutura de financiamento, deixa de cumprir suas obrigações e produz prejuízos a terceiros.⁵⁷ Com ele concorda Ivens Henrique Hübert, ao afirmar que “os problemas referentes à subcapitalização no direito societário manifestam-se de modo claro apenas quando a sociedade torna-se insolvente”⁵⁸

Portanto, ao menos para as finalidades deste trabalho, não importa tanto uma investigação preventiva acerca da adequada capitalização societária. Como bem resume Gustavo Saad Diniz, existe um tempo propício para a análise da desproporção que caracteriza a subcapitalização, e este tempo “não é coincidente com o instante em que a sociedade, apesar do excesso de capital de terceiros, suporta e produz rendimentos para arcar com os custos e adimplir todas as obrigações assumidas”.⁵⁹ Sendo assim, nossa atenção está focada em um momento superveniente, qual seja, o de inadimplemento em virtude da subcapitalização, e nos mecanismos legais de responsabilidade que podem ser usados para resolver este problema.

⁵⁷ GARCÍA, Ricardo Olivera. Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 3, vol. 10, jul-ago./2015. pp. 149-150.

⁵⁸ HÜBERT, Ivens Henrique. **Sociedade empresária e capital social**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 105.

⁵⁹ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 201.

No próximo capítulo, estudaremos o conceito de subcapitalização societária em suas diversas modalidades e veremos quais são os seus principais efeitos. Será feito, ainda, um apanhado geral da teoria da desconsideração da personalidade jurídica: o contexto histórico de seu surgimento, sua recepção no Brasil, suas ocorrências na legislação e os pressupostos de sua aplicação. Ao final, as duas partes do capítulo serão relacionadas para, enfim, justificar-se em que medida a subcapitalização societária pode constituir fundamento para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

CAPÍTULO 3

SUBCAPITALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE

3.1 SUBCAPITALIZAÇÃO MATERIAL

A subcapitalização material ocorre quando o capital social é manifestamente insuficiente para o desenvolvimento da atividade empresarial, e a sociedade, dotada de um baixo nível de recursos próprios, sustenta-se em financiamentos de terceiros para exercer seus negócios, resultando em um quadro de sobreendividamento.

Segundo Saad Diniz, para que se caracterize a subcapitalização material, é necessária a ocorrência dos seguintes fatores: “ (a) tipo societário com limitação de responsabilidade; (b) inexistência de capitais próprios suficientes para financiamento das necessidades da atividade; (c) utilização de capitais de terceiros em desequilíbrio com capitais próprios. ”⁶⁰

O fator (a) se justifica pela importância do capital social como contrapartida à limitação da responsabilidade, como já exploramos no capítulo passado. Como explica García, embora o fenômeno da subcapitalização, em tese, possa ocorrer em qualquer sociedade, ele requer mais atenção naqueles tipos societários em que há limitação da responsabilidade, ou seja, em que a responsabilidade social, em regra, não atinge os patrimônios pessoais dos sócios, a exemplo das sociedades anônimas e limitadas.⁶¹

A subcapitalização material se distingue em dois subtipos: a originária e a superveniente.

Na subcapitalização material originária, há desproporção entre o capital social e a atividade empresarial desde o início da vida societária. Nas palavras de García, isso significa que, no momento de constituição da sociedade, “no existe un aporte de capital [...] o un compromiso cierto y efectivo de aportación (suscripción) que resulte suficiente para atender las necesidades financieras de la actividad propuesta.”⁶² Já Diniz define a subcapitalização material originária como “a falta de adequação entre capital e objeto social no momento da constituição da sociedade e o financiamento *ab initio* com capital de terceiros.”⁶³

⁶⁰ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 182.

⁶¹ GARCÍA, Ricardo Olivera. Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 3, vol. 10, jul-ago./2015. pp. 133-134.

⁶² *Ibid.*, p. 141.

⁶³ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 186.

A subcapitalização material superveniente, por sua vez, é posterior ao momento da constituição da sociedade, e pode ocorrer por diversos fatores: ampliação do objeto social sem o respectivo aumento do capital; inesperada complexificação das atividades sociais; retirada excessiva de recursos para distribuição indevida de dividendos; etc. Nesta linha, explica Diniz que “após a constituição da sociedade, o aumento da dimensão da atividade ou um desequilíbrio financeiro podem ser fatores de motivação da subcapitalização material.”⁶⁴ Já para García, a subcapitalização material superveniente se produz por uma das seguintes causas: “o bien como consecuencia de un cambio en las condiciones de mercado o en la actividad de la propia sociedad; [...] o bien de una excesiva extracción de recursos sociales por socios o accionistas, a través de la distribución de dividendos o de otros mecanismos”.⁶⁵

Pergunta-se: qual será o ponto crítico de desproporção entre recursos próprios e recursos de terceiros apto a caracterizar a subcapitalização material?

Conforme visto no capítulo 2, a atividade empresarial societária pode ser financiada de duas formas: através de recursos próprios ou de terceiros. Os recursos próprios são constituídos pelas contribuições (aportes) dos sócios, pelas reservas e pelos resultados positivos que possibilitam reinvestimento. Já os recursos de terceiros são aqueles originários de financiamento externo. O capital próprio é assim chamado porque encerra recursos que efetivamente integram o patrimônio da sociedade e não estão sujeitos aos custos do mercado ou à devolução. Já o capital de terceiros é uma fonte de recursos que gera endividamento, uma vez que a sociedade tem de remunerá-los e devolvê-los.⁶⁶

Não obstante existam, na legislação brasileira, comandos que visem a concretização do princípio da congruência do capital social, não há qualquer norma cogente que exija dos sócios a integralização de um montante de capital social proporcional à atividade societária, de modo a que a sociedade seja dotada de um nível mínimo de recursos próprios.⁶⁷ Os sócios e os órgãos sociais internos contam, pois, com grande liberdade na fixação da estrutura de financiamento societária.

É normal e, muitas vezes, necessário que a sociedade se apoie em recursos de terceiros para financiar parte de suas atividades, de modo a suprir custos e impulsionar o giro econômico da produção. A própria contabilidade das sociedades já incorpora cálculos de

⁶⁴ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 187.

⁶⁵ GARCÍA, Ricardo Olivera. Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 3, vol. 10, jul-ago. /2015. pp. 141-142.

⁶⁶ DINIZ, Gustavo Saad, op. cit., p. 121-122.

⁶⁷ Neste sentido: CORDEIRO, Pedro. **A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais**. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2005. p. 67; DINIZ, Gustavo Saad, op. cit., p. 201; HÜBERT, Ivens Henrique. **Sociedade empresária e capital social**. Curitiba: Juruá, 2009. pp. 98-99.

custo de capital tomado através de empréstimos, um modo de financiamento que pode resultar mais barato do que a manutenção de capitais próprios.

Assim, conforme já explicado, os parâmetros de uma adequada capitalização são, na verdade, um tanto quanto vagos, e, ao menos para as finalidades deste trabalho, não importa tanto uma investigação preventiva acerca da adequada capitalização societária. Como explica García, o juízo acerca da subcapitalização societária é sempre feito *a posteriori*, quando a sociedade, em virtude de sua estrutura de financiamento, deixa de cumprir suas obrigações e produz prejuízos a terceiros.⁶⁸ Com ele concorda Ivens Henrique Hübert, ao afirmar que “os problemas referentes à subcapitalização no direito societário manifestam-se de modo claro apenas quando a sociedade torna-se insolvente”⁶⁹.

Logo, o ponto crítico de desproporção entre recursos próprios e recursos de terceiros apto a caracterizar a subcapitalização material, é, segundo Diniz, “o momento de desequilíbrio financeiro da sociedade, com constatação de inidoneidade creditícia e insuficiência de capital para arcar com as necessidades financeiras”.⁷⁰ Essa regra também vale para a subcapitalização nominal, que veremos a seguir.

3.2 SUBCAPITALIZAÇÃO NOMINAL

A subcapitalização nominal caracteriza a situação na qual os sócios fornecem à sociedade os recursos necessários ao desenvolvimento da atividade empresarial, fazendo-o, porém, total ou parcialmente, a título de empréstimo, de modo a se tornarem eles mesmos credores da sociedade.

Na subcapitalização nominal, a exemplo da material, subsiste o quadro de insuficiência de recursos próprios da sociedade e de excesso de recursos de terceiros. Isso porque, não obstante tenham sido os sócios os responsáveis por aportar recursos, não o fizeram a título de aporte de capital, tendo, na verdade, outorgado crédito à sociedade. Como explica Ivens Hübert, “embora provenha dos sócios, trata-se de capital de terceiros, na medida em que, à sociedade, tais valores não pertencem, havendo por parte dela a obrigação de restituir o principal, acrescido eventualmente dos respectivos juros.”⁷¹

⁶⁸ GARCÍA, Ricardo Olivera. Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 3, vol. 10, jul-ago. /2015. pp. 149-150.

⁶⁹ HÜBERT, Ivens Henrique. **Sociedade empresária e capital social**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 105.

⁷⁰ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 201-202.

⁷¹ HÜBERT, Ivens Henrique, op. cit., p. 100.

A subcapitalização nominal pode ser originária ou superveniente. É originária quando, no momento da constituição da sociedade, os sócios decidem emprestar à sociedade os recursos dos quais ela precisa para desenvolver sua atividade, ao invés de aportá-los como capital social. É superveniente quando a sociedade, em momento posterior ao da constituição, necessita de mais recursos próprios, e os sócios, ao invés de promoverem um aumento de capital social, transferem recursos à sociedade a título de empréstimo.

O intuito dos sócios, com tal conduta, é concorrer com os demais credores sociais em caso de insucesso do empreendimento. Ao transferir recursos para a sociedade não na forma de aporte de capital, mas na forma de empréstimos, evita-se que esses ativos componham o patrimônio da sociedade, e, conseqüentemente, que sejam usados como fundo de pagamento aos credores. Assim, em caso de insolvência da sociedade, os sócios, na posição de credores, poderão tentar recuperar os recursos que eles mesmos transferiram à sociedade. Resume Saad Diniz:

Constata-se que a subcapitalização nominal ocorre por endividamento excessivo com empréstimos dos sócios e com a posterior utilização do empréstimo para romper a intangibilidade do capital social e tentar retirar, antes dos credores, o patrimônio da sociedade com necessidade de capital.⁷²

Explica García que o crédito dos sócios conta com um relevante privilégio, o qual reside na assimetria entre as informações que eles, *insiders*, possuem sobre a real situação financeira da sociedade, e as informações às quais os demais credores, *outsiders*, têm acesso.

⁷³ Além disso, como explica Diniz, os sócios, através de deliberações ou de influências sobre as decisões dos administradores, podem determinar o reembolso preferencial de seus empréstimos.⁷⁴

No próximo item, faremos um apanhado geral da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, explicando as características básicas do instituto, suas raízes históricas, sua recepção no Brasil e os pressupostos de sua aplicação, para, em seguida, analisarmos a relação da subcapitalização societária com tal teoria.

3.3 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

⁷² DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 161-162.

⁷³ GARCÍA, Ricardo Olivera. Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 3, vol. 10, jul-ago. /2015. p. 146.

⁷⁴ DINIZ, Gustavo Saad, op. cit., p. 161.

A teorização da personalidade jurídica é uma das mais significativas conquistas do pensamento jurídico moderno, exercendo, dentro de suas várias aplicações práticas, papel fundamental no âmbito da iniciativa privada e das relações comerciais. Se o direito, em um primeiro momento, voltou-se para a regulamentação das pessoas naturais, logo se percebeu a necessidade de mecanismos legais que permitissem a reunião de tais pessoas, de modo a desenvolver empreendimentos complexos a partir de esforços comuns.

A personificação jurídica, então, possibilitou a criação de um sujeito distinto das pessoas físicas que o compõem, dotado de autonomia patrimonial e titularidade obrigacional e processual, o qual participa de relações jurídicas, adquire direitos e contrai obrigações em nome próprio, demanda e é demandado em juízo, e responde com patrimônio próprio por seus débitos.

Todo este aparato da pessoa jurídica respondeu muito bem aos anseios do mercado, pois possibilitou que os investidores se reunissem para a realização de empreendimentos, sem simplesmente entregarem seus recursos para que outros os administrassem. Eles mesmos puderam atuar na direção do negócio, mas se protegendo por trás da personificação corporativa: sem responder em nome próprio pelos atos da pessoa jurídica e sem comprometer a totalidade de seus patrimônios pessoais pelas dívidas desta. Depois de longo percurso histórico, surgiram, então, as sociedades empresárias personificadas, as quais tiveram papel fundamental no desenvolvimento da atividade econômica.

A limitação da responsabilidade – a qual, pelo menos no direito brasileiro, não é decorrência automática da personificação – veio para levar a autonomia patrimonial à sua plenitude, eis que, nas sociedades de responsabilidade limitada, os patrimônios da sociedade e dos sócios, em regra, são inconfundíveis e incomunicáveis entre si. Tal limitação tem o relevante efeito de socializar parcialmente o risco empresarial, servindo de incentivo aos empreendedores, os quais, cientes de que seus patrimônios particulares não responderão pelas dívidas da sociedade, sentem-se mais inclinados a apostar em negócios ousados.

Não obstante sua importância para a iniciativa privada, a consolidação da pessoa jurídica como sujeito de direito autônomo, dotado de patrimônio próprio, gerou preocupação com a sua possível má utilização para o acobertamento de situações antijurídicas. Percebeu-se uma tendência de as pessoas físicas se protegerem por trás do aparato corporativo, utilizando a pessoa jurídica para fins contrários àqueles buscados pelo direito, perpetrando uma série de abusos e fraudes. Assim, surgiu o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, na tentativa de coibir tais práticas.

O instituto da desconsideração parte do pressuposto de que a separação patrimonial só deve ser protegida enquanto a sociedade operar segundo os fins para os quais foi criada. A partir do momento em que os sócios fazem uso abusivo dos privilégios decorrentes da pessoa jurídica, ou a manipulam para fraudar terceiros, ocultando suas próprias responsabilidades pessoais, a proteção conferida pela lei cessa, havendo a sustação episódica da autonomia patrimonial e a imputação de responsabilidade às pessoas físicas.

Nas palavras de Fábio Ulhôa Coelho, “cabe aplicar a teoria da desconsideração apenas se a personalidade jurídica autônoma da sociedade empresária antepõe-se como obstáculo à justa composição dos interesses”.⁷⁵ Se a autonomia patrimonial da sociedade não impedir a responsabilização direta dos sócios e administradores, ou seja, se os atos forem imputáveis a essas pessoas diretamente por lei, não há necessidade de desconsideração. É o caso, por exemplo, da responsabilidade do administrador de sociedade anônima por excesso de poder, prevista no inciso II do art. 158 da Lei nº 6.404/76. Em situações como esta, a pessoa jurídica não foi manipulada nem utilizada como véu acobertador. Na verdade, a pessoa física agiu de forma ilícita, sem se ocultar, e tem de responder pelo ato de má-gestão. É necessário observar, portanto, que a teoria da desconsideração somente é aplicável em relação a atos aparentemente lícitos. Ainda citando Fábio Ulhôa Coelho, “cabe invocar a teoria quando a consideração da sociedade empresária implica a licitude dos atos praticados, exurgindo a ilicitude apenas seguida à desconsideração da personalidade jurídica dela.”⁷⁶

Também há que se esclarecer que a desconsideração está no plano da eficácia, e não é sinônimo de anulação da personalidade jurídica: consiste em medida episódica e excepcional, que não dissolve a pessoa jurídica, apenas declara seu ato constitutivo ineficaz em relação a certos atos, levantando o véu corporativo para imputar responsabilidade às pessoas físicas que realmente conceberam os atos abusivos ou fraudulentos. Sendo uma imputação direta de responsabilidade, não há que se falar em benefício de ordem, ou seja, os sócios não respondem apenas se os bens sociais forem insuficientes (subsidiariedade): só os sócios respondem, e não a sociedade.

A doutrina costuma destacar o caso *Salomon vs. Salomon & Co.*, julgado pela Corte Inglesa em 1897, como o primeiro caso (*leading case*) de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Neste caso, o comerciante individual Aaron Salomon, que atuava no ramo de tratamento de peles e manufatura de botas já há muitos anos,

⁷⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial, v. 2: direito de empresa**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 65.

resolveu constituir uma *limited company* (correspondente à nossa sociedade anônima fechada), transferindo o fundo de comércio a essa sociedade. Ele próprio tinha 20 mil ações na companhia, e os outros seis sócios, todos membros de sua família, tinham cada um uma só ação. Pouco tempo depois de constituída, a sociedade se tornou insolvente e entrou em liquidação. Assim, Aaron Salomon, pessoa física comerciante individual, que havia cedido o fundo de comércio à companhia com o estabelecimento de garantias, acabou se tornando, ele próprio, credor privilegiado da sociedade.

Representando os interesses dos credores não-privilegiados, o liquidante pleiteou a responsabilização de Aaron Salomon e a execução de seu patrimônio pessoal para satisfazer das dívidas da sociedade, argumentando que a criação da *Salomon & Co.* constituiu artifício fraudulento destinado a limitar a responsabilidade do sócio majoritário.

O juízo de primeiro grau e a Corte de Apelação deram provimento ao pedido do liquidante, desconsiderando a personalidade jurídica para responsabilizar Aaron Salomon pessoalmente, considerando que a sociedade por ele constituída, era, na verdade, uma extensão de sua atividade como comerciante individual. Não obstante a decisão tenha sido reformada pela instância superior, seu julgamento lançou as bases de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, orientando as decisões do sistema da *common law*.

O responsável por sistematizar tal teoria no modelo da *civil law* foi o alemão Rolf Serick, em sua tese defendida na Universidade de Tubigen, em 1953. O italiano Piero Verrucoli também escreveu importante trabalho, em 1964, no qual comparou a aplicação teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos sistemas da *common law* e *civil law*.

No Brasil, foi Rubens Requião o primeiro doutrinador a tratar do tema, em conferência da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná datada de 1969, cuja versão escrita é intitulada “Abuso e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*)”. Outros dois importantes trabalhos a respeito do tema são as obras “Poder de controle na sociedade anônima”, de Fábio Konder Comparato, e “A dupla crise da pessoa jurídica”, de Lamartine Corrêa de Oliveira, datadas, respectivamente, de 1976 e 1979. Os autores Calixto Salomão Filho e Fábio Ulhôa Coelho também representam importantes figuras nacionais no estudo do assunto.

No âmbito legislativo, o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, foi a primeira lei a dispor sobre a desconsideração da personalidade jurídica, normatizando-a em seu artigo 28. Em 1994, a Lei Antitruste, em seu artigo 18, praticamente repetiu a redação do código consumerista, mas, tendo sido revogada, foi substituída pela atual Lei nº 12.529/2011, que

prevê a desconsideração em seu artigo 34. A terceira referência à teoria da desconsideração da personalidade jurídica veio com o artigo 4º da Lei nº 9.605/98, a Lei do Meio Ambiente.

Por fim, o Código Civil de 2002 trouxe a previsão geral da desconsideração da personalidade jurídica em seu artigo 50:

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.

Apesar de a redação tortuosa do artigo 50 dar a entender que o desvio de finalidade e a confusão patrimonial seriam subtipos do abuso da personalidade jurídica, sendo este o critério geral de aplicação da teoria, a doutrina tem entendido que, na verdade, é o próprio desvio de finalidade o pressuposto fundamental da desconsideração da personalidade jurídica⁷⁷, o qual se manifestaria em casos de fraude, abuso de direito e confusão patrimonial.

O desvio de finalidade consiste na utilização da pessoa jurídica para fins estranhos à sua atividade empresarial, contrariando o contrato social ou estatuto de regência, e, em última instância, a própria lei. Como já explicado, a pessoa jurídica foi criada para permitir o surgimento de um sujeito distinto das pessoas físicas que lhe deram origem, dotado de titularidade obrigacional, capacidade processual e patrimônio próprio. Na seara comercial, a função do instituto pessoa jurídica é, portanto, limitar o risco empresarial, possibilitando a propulsão da atividade econômica e o desenvolvimento social. Qualquer uso da pessoa jurídica que contrarie tais finalidades caracterizará desvio de finalidade.⁷⁸

A fraude envolve todo e qualquer meio ardiloso, empregado em negócio jurídico unilateral ou bilateral, com o propósito de prejudicar terceiros, em benefício próprio ou alheio. A má-fé é, portanto, pressuposto da fraude, embora também se entenda que a intenção

⁷⁷ Neste sentido, dentre outros autores: KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 76; SILVA, Alexandre Couto. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 76; e TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o código de defesa do consumidor e o novo código civil. In: **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. Revista dos Tribunais: vol. 5, abr/2001, pp. 1331-1356.

⁷⁸ Neste sentido: KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante, loc. cit; MADALENO, Rolf. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009; e XAVIER, José Tadeu Neves. A evolução da teoria da desconsideração da personalidade jurídica: aspectos materiais e processuais. In: **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 19, n. 75, jul-set 2016. pp. 56-85.

de lesar terceiros não seja necessária para sua configuração, bastando a consciência de se estar produzindo um dano.⁷⁹

O abuso de direito, por sua vez, consiste em uma má-utilização de um direito. É o agir “dentro da lei” que, no entanto, extrapola os limites econômico-sociais do direito subjetivo exercido, ou a boa-fé e os bons costumes, desviando-se dos fins previstos pelo ordenamento jurídico.⁸⁰ O abuso de direito está regulamentado no artigo 187 da parte geral do Código Civil, que assim dispõe: “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. ”. Aqui, não há, especificamente, uma trama deliberada contra terceiro, a exemplo do que ocorre na fraude. O núcleo do conceito está no uso irregular do direito.

As hipóteses de fraude e de abuso de direito compõem o que se convencionou chamar de formulação subjetiva da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, porque, em tais casos, a desconsideração fica adstrita à prova do elemento subjetivo, ou seja, à demonstração, no caso concreto, da intenção do agente de lesar terceiros em benefício próprio, ou, ao menos, de sua conduta culposa.⁸¹

O terceiro elemento apto a fundamentar a desconsideração da personalidade jurídica é a confusão patrimonial, verificada nos casos em que não há distinção clara entre os patrimônios dos sócios e da sociedade. Essa hipótese foi incluída no artigo 50 do Código Civil em decorrência da obra de Fábio Konder Comparato, consistindo na formulação objetiva da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. O diferencial da formulação objetiva é a facilitação da prova em juízo, pois, em casos de confusão patrimonial, a fraude é presumida, e dispensa-se a prova do elemento subjetivo.⁸²

⁷⁹ Neste sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol. 1: introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pp. 450-451.

⁸⁰ Neste sentido: LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 312-315 e PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., pp. 562-565.

⁸¹ Gustavo Saad Diniz observa, porém, que o abuso positivado no artigo 50 do Código Civil é diferente do abuso contido no artigo 187, pois este último, de natureza delitual, não contemplaria toda a atividade societária apta a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica. Para o autor, o abuso previsto no artigo 50 deve ser compreendido em seu aspecto objetivo, “minimizando os efeitos da culpa e sobrepunjando a antijuridicidade do excesso do exercício do direito”. De forma ainda mais abrangente, mas na mesma linha, o professor Gustavo Tepedino, ao comentar o artigo 187 do Código Civil, argumenta que o legislador não foi feliz ao definir o abuso de direito como ato ilícito, pois tal conformação exige a comprovação de culpa, sendo que “no direito civil contemporâneo [...] a aferição de abusividade no exercício de um direito deve ser exclusivamente objetiva, ou seja, deve depender tão-somente da verificação da desconformidade concreta entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional”. Cf. DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 207 e TEPEDINO, Gustavo et al. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 187.

⁸² Neste sentido: COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial, v. 2: direito de empresa**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Para além das formulações subjetiva e objetiva, é de se destacar a consolidação de duas vertentes da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, propostas originariamente por Fábio Ulhôa Coelho: a teoria maior e teoria menor. A teoria maior seguiria os moldes do artigo 50 do Código Civil, admitindo a desconsideração apenas em casos de abuso, fraude ou confusão patrimonial; enquanto a teoria menor exigiria do credor a mera demonstração de insolvência da pessoa jurídica, responsabilizando o sócio ou administrador pela simples insatisfação do crédito.

Curiosamente, porém, o próprio Fábio Ulhôa Coelho acabou abandonando a referência a essas duas teorias, com a seguinte justificativa:

Em 1999, quando era significativa a quantidade de decisões judiciais desvirtuando a teoria da desconsideração, cheguei a chamar sua aplicação incorreta de “teoria menor”, reservando à correta a expressão “teoria maior”. Mas a evolução do tema na jurisprudência brasileira não permite mais falar-se em duas teorias distintas, razão pela qual esses conceitos de “maior” e “menor” mostram-se, agora, felizmente, ultrapassados.⁸³

No entanto, como explica José Neves Tadeu Xavier que “a formulação parece ter alçado vida própria, e continua sendo corrente tanto em nível doutrinário como pretoriano”.⁸⁴ Segundo a interpretação dominante na doutrina e na jurisprudência, a teoria menor é efetivada no §5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe o seguinte: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. ”. A lei de responsabilidade por lesões ao meio ambiente, Lei nº 9.605/98, em seu artigo 4º, também efetiva a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, ao estabelecer que a pessoa jurídica poderá ser desconsiderada sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

A lei brasileira mais recente a contemplar a desconsideração da personalidade jurídica é a Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013, que, em seu artigo 14, prevê a aplicação do instituto para a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Há que se observar, por fim, que o Código de Processo Civil, atendendo aos anseios da doutrina e da jurisprudência, cuidou da regulamentação processual da desconsideração,

⁸³ COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial, v. 2: direito de empresa**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 70.

⁸⁴ XAVIER, José Tadeu Neves. A evolução da teoria da desconsideração da personalidade jurídica: aspectos materiais e processuais. In: **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 19, n. 75, jul-set 2016. pp. 56-85.

classificando-a como incidente processual próprio, previsto entre os artigos 133 e 137, dispensável, porém, caso a desconsideração seja requerida na petição inicial.

Após esse apanhado teórico do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, em que tentamos resumir o contexto histórico de seu surgimento, suas características básicas, sua recepção no Brasil, suas ocorrências na legislação e os pressupostos de sua aplicação, estudaremos, a seguir, em que medida a subcapitalização societária pode constituir fundamento para aplicação da *disregard doctrine*.

3.4 A SUBCAPITALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A subcapitalização societária, tanto em sua modalidade material como nominal, consiste em um quadro de sobreendividamento caracterizado pela utilização excessiva de recursos de terceiros para o financiamento da atividade empresarial. Em tal situação, o patrimônio social carece de solidez, eis que preenchido por um diminuto montante de recursos próprios. Consequentemente, o capital social tem seu valor real baixado a um patamar irrisório, e sua função de garantia aos credores é esvaziada.

Sendo assim, a principal consequência da subcapitalização é a transferência indevida e desproporcional do risco empresarial para os credores.⁸⁵ Se os recursos próprios da sociedade são insuficientes para custear o negócio que ela se propõe a desenvolver, a divisão de riscos fica desequilibrada, e os riscos dos sócios diminuem, enquanto os dos credores aumentam.⁸⁶

A questão é que a transferência integral ou preponderante do risco empresarial aos credores, superior àquela permitida pelo instituto da limitação da responsabilidade, esbarra em um problema maior: o desvio de finalidade da pessoa jurídica⁸⁷, encerrando, conforme cada caso, conduta fraudulenta ou abusiva.

Sabe-se que a função da limitação da responsabilidade é a socialização *parcial* do risco empresarial. O intuito por trás dessa benesse concedida pelo Estado a alguns tipos

⁸⁵ Neste sentido: DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. passim; FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. pp. 382-385; GARCÍA, Ricardo Olivera. Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 3, vol. 10, jul-ago. /2015. pp. 139-141; e XAVIER, José Tadeu Neves. Considerações sobre a necessidade de resgatar o conceito de capital social: análise da crise (ou redefinição) da noção de capital social. In: **Revista Síntese – Direito Empresarial**. Ano VIII, nº 42, jan/fev 2015. p. 158.

⁸⁶ GARCÍA, Ricardo Olivera, op. cit., p. 139.

⁸⁷ Neste sentido: DINIZ, Gustavo Saad, op. cit., p. 207 e FRAZÃO, Ana, op. cit., p. 382.

societários é a proteção de investidores e o incentivo à atividade empresarial. Como contrapartida, exige-se a existência de um capital social que guarde adequação com a atividade empresarial e que seja capaz de suportar os custos econômicos dela advindos, de modo que os credores sejam minimamente garantidos.

Portanto, ao constituir a sociedade, os sócios devem abrir mão de parte de seus recursos particulares e investi-los na atividade que pretendem exercer, de modo a constituir o patrimônio autônomo da sociedade e formar um capital social real que servirá de garantia aos credores. Se os sócios correm o risco de investir uma quantia que pode não dar o retorno esperado, os credores, por sua vez, correm o risco de o patrimônio autônomo da sociedade ser insuficiente para satisfazer seus créditos, sendo que os patrimônios particulares dos sócios, em regra, não poderão ser atacados para esse fim.

Essa distribuição harmônica do risco empresarial fica desequilibrada quando a sociedade ampara sua estrutura de financiamento majoritariamente em capitais de terceiros, e não em recursos próprios. Em tal situação, o patrimônio social fica desprovido de solidez, e o capital social real é baixado a um valor irrisório e incapaz de fazer frente à função de garantia aos credores. Consequentemente, instala-se um quadro de transferência *integral* ou *preponderante* do risco empresarial aos credores, que constitui utilização fraudulenta ou abusiva da pessoa jurídica. Explica Gustavo Saad Diniz:

A limitação da responsabilidade, em determinados tipos societários, seria direito-função, a ser exercido pelos sócios de acordo com a estrutura jurídica essencial desse esquema de capitais próprios da sociedade. Desempenhar a atividade societária com capital de terceiros pode ser fator preponderante para a transferência de riscos para fora da sociedade, abusando da personalidade jurídica usada somente para limitar a responsabilidade.⁸⁸

Assim, apesar de não expressamente prevista, a subcapitalização societária está, em nossa opinião, abarcada pelo artigo 50 do Código Civil - que trata das situações autorizadas da desconsideração da personalidade jurídica -, eis que constitui nítido caso pelo desvio de finalidade da pessoa jurídica. Neste sentido, leciona Ana Frazão:

Dessa forma, poder-se-ia, por meio da desconsideração, tornar os controladores e administradores pessoalmente responsáveis por obrigações da companhia em hipóteses nas quais a transferência do risco empresarial para os credores foi manifestamente superior àquela permitida pela personalização, o que revelaria a existência de desvio de finalidade. Afinal, a função da pessoa jurídica de responsabilidade limitada é a de socializar parcialmente o risco empresarial, mas não a de transferi-lo integral ou primordialmente para os credores.⁸⁹

⁸⁸ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 208.

⁸⁹ FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 382.

Com esta tese também concorda Calixto Salomão Filho. Para o autor, na subcapitalização qualificada, ou seja, naquela em que o capital social é irrisório e nitidamente insuficiente para o desenvolvimento da atividade empresarial, “o perigo criado pelo (s) sócio (s) no exercício do comércio é suficiente para caracterizar a responsabilidade.”⁹⁰

A subcapitalização, a nosso ver, poderá constituir fraude ou abuso. A subcapitalização nominal tende a se enquadrar mais como fraude, pois as consequências práticas da conduta dos sócios e/ou administradores fazem crer existir a intenção dolosa de prejudicar terceiros em benefício próprio. Como já vimos, a concessão de empréstimos à sociedade coloca os sócios em posição de credores privilegiados, e com poder de informação diferenciada, o que lhes permite retirar o patrimônio da sociedade com muita facilidade em caso de insolvência. Já uma hipótese de subcapitalização material superveniente, por exemplo, pode se enquadrar como abuso de direito. Os sócios, diante da liberdade na fixação da estrutura de financiamento da sociedade, podem decidir dotá-la majoritariamente de recursos de terceiros, sem necessariamente ter a intenção de lesar credores. Estarão, porém, exercendo tal direito sem se atentar para os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, ignorando os malefícios que podem advir para os credores sociais.

Os enquadramentos da subcapitalização feitos no parágrafo anterior são exemplificativos, podendo haver diversas combinações possíveis. Por mais que a subcapitalização nominal tenda a configurar fraude, pode também se limitar a um abuso de posição jurídica em determinado caso concreto. Assim como a subcapitalização material pode constituir fraude, e não apenas abuso, se configurado o dolo. Esse preciosismo, na verdade, não é tão relevante. O que importa é que a subcapitalização notória, seja fraudulenta, seja abusiva, sempre constituirá desvio de finalidade, que é o fundamento básico e primordial da desconsideração da personalidade jurídica.

Creemos, pois, que o instituto da desconsideração deve ser utilizado em caso de subcapitalização societária, no qual a sociedade, sobreendividada e dotada de montante irrisório de recursos próprios, já não consegue adimplir as obrigações contraídas junto a terceiros em virtude da artificialidade do fluxo de valores disponível para garantir os credores, transferindo, pois, o risco empresarial total ou majoritariamente para a comunidade. Nas palavras de Rubens Requião, “se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do Estado objetivando [...] a realização de um fim, nada mais procedente do que se

⁹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 91.

reconhecer ao Estado [...] a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. ”⁹¹

3.5 SOLUÇÃO PARA A SUBCAPITALIZAÇÃO

Baseado no que foi dito até aqui, conclui-se que a solução para a subcapitalização material é a descon sideração da personalidade jurídica da sociedade, com relativização episódica da separação de patrimônios e a mudança do centro de imputação de responsabilidade, de forma a atingir sócios, acionistas e/ou administradores, conforme o caso, pela insuficiência de recursos próprios para o desenvolvimento da atividade.

Para subcapitalização nominal, a solução também é a descon sideração da personalidade jurídica da sociedade, com “requalificação forçada do empréstimo dos sócios, considerando que esses créditos dos sócios ficam sujeitos à equiparação das entradas de capital para fim de garantia a credores. ”⁹²

Fazendo uma análise retrospectiva, vimos até aqui: a importância da figura do capital social no direito comercial brasileiro; a relação do capital social com a limitação da responsabilidade e com a socialização do risco empresarial; o conceito de subcapitalização e suas modalidades; e o desequilíbrio de mercado provocado pela subcapitalização, consistente na transferência integral ou majoritária do risco empresarial para os credores. Todo esse aparato teórico possibilitou o atingimento do objetivo central do presente trabalho, que é investigar se a subcapitalização societária, em suas variadas formas, configura desvio de finalidade apto a ensejar a descon sideração da personalidade jurídica, sendo nossa conclusão em sentido positivo.

No próximo capítulo, exploraremos alguns aspectos procedimentais da descon sideração da personalidade jurídica por subcapitalização societária, tais como o momento de imputação da responsabilidade; sujeitos ativo e passivo; ônus da prova; extensão da responsabilidade. O intuito é mais enumerar tais aspectos para o leitor, a título de provocação e reflexão futura, do que propriamente fazer uma análise profunda a respeito de cada um deles.

⁹¹REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 58, n. 410, p. 12-24, dez. 1969.

⁹² DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 176.

CAPÍTULO 4

ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA POR SUBCAPITALIZAÇÃO SOCIETÁRIA

4.1 MOMENTO DE IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

Conforme já vimos, o quadro de excesso de recursos de terceiros e de insuficiência de recursos próprios, com conseqüente transferência indevida do risco empresarial para os credores, não configura necessariamente a responsabilidade por subcapitalização. Para isso, é necessário que haja um prejuízo efetivo aos credores, consistente na impossibilidade de recuperarem seus créditos. Como explica García:

Si bien el magistrado sentenciante no estará seguramente en condiciones de fallar sobre cuánto hubieran sido exactamente las necesidades de recursos propios de la sociedad, sí lo estará para establecer cuando los mismos resultaron notoriamente insuficientes para la actividad que la sociedad efectivamente desarrolló. El juicio de responsabilidad por infracapitalización provendrá siempre de una constatación de los hechos *ex-post*, cuando la sociedad dejó de cumplir con sus obligaciones o produjo otros perjuicios a terceros.⁹³

A responsabilidade por subcapitalização surge, portanto, quando a sociedade já não consegue mais adimplir suas obrigações perante terceiros.

4.2 SUJEITO ATIVO: A ANÁLISE DOS CREDITORES

Em sua obra “O poder de controle na sociedade anônima”, Fábio Konder Comparato faz interessantíssimo estudo acerca dos efeitos econômico-jurídicos da desconsideração da personalidade jurídica⁹⁴, o qual nos será útil para determinar quais credores da sociedade poderão se valer desta medida em caso de subcapitalização societária.

O autor inicia sua análise retomando as ideias de Richard Posner, jurista norte-americano responsável pelos estudos originais sobre os custos da responsabilidade limitada e sua desconsideração.

⁹³ GARCÍA, Ricardo Olivera. Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 3, vol. 10, jul-ago. /2015. p. 150

⁹⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 481 et seq.

Em resumo, Comparato explica que, para Posner, a responsabilidade limitada teria dois pressupostos: a plena informação de todos os agentes, e a possibilidade de que os agentes, devidamente informados, podem negociar os riscos livremente com a sociedade. A teoria de Posner justifica a responsabilidade limitada a partir da regra da eficiência, a qual prega que as normas jurídicas são eficientes na medida em que permitem a maximização da riqueza global, mesmo que haja prejuízo a um agente econômico específico. Em se tratando, portanto, da regra da limitação da responsabilidade, eventuais prejuízos sofridos pelos credores em virtude da ausência de responsabilidade dos sócios seriam malefícios normais do mercado. Os riscos de insolvência da sociedade devem correr, então, por conta do credor, pois ele sabe em que focar sua atenção na hora de contratar, exigindo contraprestações que remuneram o risco assumido, como maior taxa de juros ou garantias. Dentro dessa perspectiva, portanto, a desconsideração agiria negativamente sobre a expectativa das partes, interferindo em uma distribuição de riscos livremente negociada.

Comparato, é, porém, crítico de tal teoria. Ao contrário da visão liberal, ele vê a responsabilidade limitada não como uma regra, mas como uma exceção que provoca externalidades negativas, e que se justifica pela necessidade macroeconômica de socialização do risco, sem a qual a atividade comercial não seria possível. Nas palavras do autor “a responsabilidade limitada é, portanto, uma distribuição de riscos, forçada, mas necessária, feita pelo legislador”.⁹⁵

Levando-se em conta a real situação da maior parte dos credores sociais, que não possuem acesso à informação nem poder de negociação de riscos, o autor conclui que a responsabilidade limitada não atua em um contexto de perfeita concorrência, pelo contrário, provoca várias imperfeições de mercado. A essa conclusão também chega Ana Frazão, ao afirmar que “a responsabilidade limitada acaba gerando muitas distorções, sendo perversa para os pequenos credores e para os credores involuntários, enquanto não tem grandes repercussões para os grandes credores.”⁹⁶

Comparato argumenta que, diferentemente da ideia de Posner, a desconsideração da personalidade jurídica não interfere negativamente em uma distribuição de riscos livremente negociada entre as partes, constituindo, na verdade, um mecanismo de redistribuição dos riscos, de modo a se voltar à situação ideal desejada pelo legislador, aliando justiça distributiva à eficiência econômica.

⁹⁵ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 487.

⁹⁶ FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 390.

Para Comparato, ao se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, é necessário fazer uma distinção entre os tipos de credores. O primeiro grupo seria constituído por credores profissionais ou institucionais, geralmente instituições financeiras, em relação aos quais é possível pressupor o acesso à informação e o poder de negociação de riscos. O segundo grupo seria composto dos credores aos quais não se pode aplicar a hipótese de concorrência perfeita, em virtude da falta de informação e de poder de barganha: seriam os credores de ato ilícito, pequenos fornecedores e empregados.

A diferenciação de credores afeta diretamente a determinação dos beneficiários da desconsideração da personalidade jurídica. Explica Comparato:

Essa distinção de credores tem influência direta sobre a desconsideração. Em face dela, pode-se sustentar uma aplicação mais restritiva da desconsideração com relação àqueles credores, como os credores institucionais (profissionais) que têm o dever de verificar a situação econômica do devedor e têm a possibilidade de negociar uma taxa de risco.⁹⁷

O jurista uruguaio Ricardo García também aborda os efeitos jurídico-econômicos da desconsideração da personalidade jurídica, mais especificamente no caso de subcapitalização. O autor explica que a regra da eficiência é contrária à tese de imputação de responsabilidade aos sócios ou administradores por subcapitalização societária, pois enaltece o princípio da autonomia da vontade supostamente presente nas relações travadas entre a sociedade e os credores sociais. Segunda tal regra, o estado de subcapitalização da sociedade e sua maior probabilidade de insolvência seriam internalizados pelo credor ao estabelecer seus interesses e exigir garantias, ou seja, ao fixar as condições de contratação. O próprio mercado, portanto, naturalmente dissiparia o desequilíbrio provocado pela insuficiência de capital social. Estabelecer um regime de responsabilidade por subcapitalização seria, pois, economicamente ineficiente, pois se buscaria indenizar os credores por um prejuízo que eles, na verdade, não sofreram.⁹⁸

Concordamos com Comparato e com García que, por mais que em alguns casos existam credores que tenham acesso à informação e poder de negociação suficiente para internalizar o risco transferido pela subcapitalização, este não é o cenário mais observado na

⁹⁷ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 492.

⁹⁸ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 490-491; e GARCÍA, Ricardo Olivera. Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 3, vol. 10, jul-ago./2015. p. 143.

prática. Existem várias situações nas quais é impossível aos credores incluir o risco a eles indevidamente transferido nas condições de contratação com a sociedade subcapitalizada.⁹⁹

As instituições financeiras constituem um tipo de credor com nível diferenciado de análise das informações lançadas no balanço patrimonial da sociedade, além de possuírem poder de barganha. Assim, são capazes de avaliar o grau de liquidez da sociedade, exigindo contrapartidas à concessão de crédito, como taxas de juros e garantias. Ao menos em tese, essa espécie de credor não é, portanto, afetada pelo desequilíbrio provocado pela subcapitalização, pois consegue dimensionar os riscos do negócio jurídico e dissipá-los através das condições de contratação.¹⁰⁰

Alguns outros tipos de credores contratuais não possuem essa mesma capacidade de análise de riscos e de exigência de benefícios. Como exemplo, podemos citar trabalhadores, pequenos fornecedores e consumidores. É impossível, para eles, avaliar a estrutura de financiamento da sociedade e constatar uma possível situação de inidoneidade creditícia. Esses tipos de credores sofrem, portanto, todos os efeitos negativos da transferência do risco empresarial advindo da subcapitalização, e a eles é plenamente aplicável a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, com imputação de responsabilidade aos sócios.¹⁰¹

Por fim, temos os credores involuntários ou extracontratuais, aos quais se aplicam as mesmas conclusões dos credores contratuais do parágrafo anterior.¹⁰²

Assim, concordamos com a conclusão de Gustavo Saad Diniz que “o tipo de credor da sociedade deve ser analisado para que se compreenda a ocorrência de subcapitalização motivadora da modificação do centro de imputação”.¹⁰³

De acordo com o Código de Processo Civil, a desconsideração da personalidade jurídica tanto pode ser requerida como um incidente processual (artigo 133, *caput*, do CPC) - sendo, neste caso, uma modalidade de intervenção de terceiros-, como pode ser requerida na petição inicial, hipótese na qual o incidente fica dispensado (artigo 134, §2º, do CPC). Em qualquer destas situações, o sujeito ativo de tal requerimento apenas poderá ser o credor efetivamente prejudicado pelo desequilíbrio provocado pela subcapitalização societária, incapaz de dimensionar os riscos do negócio jurídico e de internalizá-los através das condições de contratação. Esses credores quase sempre serão pequenos credores, como fornecedores e trabalhadores, ou credores involuntários, como os credores por atos ilícitos.

⁹⁹ GARCÍA, Ricardo Olivera, op. cit., p. 144.

¹⁰⁰ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 232-233.

¹⁰¹ Neste sentido: DINIZ, Gustavo Saad, op. cit., pp. 233-234 e GARCÍA, Ricardo Olivera, op. cit., p. 145.

¹⁰² Neste sentido: DINIZ, Gustavo Saad, op. cit., p. 234 e GARCÍA, Ricardo Olivera, op. cit., p. 144.

¹⁰³ DINIZ, Gustavo Saad, op. cit., p. 232.

Porém, mesmo os grandes credores poderão ser beneficiários da desconsideração da personalidade jurídica por subcapitalização societária, desde que ela seja superveniente e imprevista. Aderimos ao pensamento de Fábio Konder Comparato, que afirma que, para os credores institucionais (profissionais), “será admissível a desconsideração apenas com base em um aumento superveniente e imprevisível dos riscos, de modo a modificar substancialmente a situação inicial”.¹⁰⁴

4.3 ÔNUS DA PROVA

A identificação do sujeito ativo encerra importante repercussão no que diz respeito ao ônus da prova. Sabe-se que o nosso Código de Processo Civil traz a regra de que o dever de provar incumbe a quem alega o fato constitutivo de seu direito (artigo 373). Neste sentido, poder-se-ia concluir que sempre será ônus do credor insatisfeito comprovar o quadro de subcapitalização da sociedade devedora. Este é, aliás, o posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco, que, em consulta a ele dirigida por uma sociedade empresária, afirma que, no que tange à desconsideração da personalidade jurídica, a eventual fraude cometida pelo devedor é fato constitutivo do direito do credor, cabendo o ônus da prova da fraude a este último.¹⁰⁵

A adoção de tal conclusão para casos de desconsideração por subcapitalização societária, porém, impõe algumas dificuldades. Como vimos, apenas algumas categorias específicas de credores podem requerer tal medida excepcional, os quais, em sua maior parte, carecem de acesso e/ou poder de análise das informações financeiras da sociedade subcapitalizada, além de não possuírem poder de barganha ou negociação. Assim, a demonstração em juízo da situação de desequilíbrio financeiro da sociedade provocada pelo excesso de financiamento por capitais de terceiros, de modo a se fundamentar a utilização fraudulenta ou abusiva da limitação da responsabilidade pelos sócios, é sobremaneira difícil, senão impossível, a tais credores.

Acreditamos, portanto, haver da necessidade de inversão do ônus da prova em tais casos, de modo que seja a sociedade a comprovar, a partir de seus balanços, dados e informações patrimoniais, a eventual idoneidade de sua estrutura de financiamento e sua aptidão para adimplir os débitos com recursos próprios. Neste sentido, o professor Luiz Guilherme Marinoni, também atuando como parecerista em caso concreto de

¹⁰⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 492.

¹⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Desconsideração da personalidade jurídica. Fraude e ônus da prova. In: **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, t. 2. p. 1187.

desconsideração, explica que “deve ter o ônus de provar [...] aquele que está na condição mais favorável para produzir a prova. Isso quer dizer exatamente que nas situações em que o autor não pode provar o que alega, o juiz deve inverter o ônus da prova”.¹⁰⁶

Em relação aos grandes credores eventualmente legitimados a requerer a desconsideração da personalidade jurídica por subcapitalização, porém, deve ser mantido o dever de fazer prova em juízo. Se tais credores foram capazes de analisar as condições de contratação iniciais, dimensionar os riscos e concluir pela vantagem de ingressar em uma relação jurídica com a sociedade, é de se concluir que são igualmente capazes de demonstrar o aumento superveniente e imprevisível de riscos decorrente do quadro posterior de subcapitalização societária.

4.4 SUJEITO PASSIVO

Quanto ao sujeito passivo, a doutrina aceita a regra geral de que apenas podem ser responsabilizados aqueles sócios e/ou administradores que efetivamente tenham participado das decisões que resultaram na subcapitalização, ou que tenham se beneficiado de tal manipulação patrimonial.¹⁰⁷ Essa regra é condizente com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, conforme se segue:

“Os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica somente alcançam os sócios participantes da conduta ilícita ou que dela se beneficiaram, ainda que se trate de sócio majoritário ou controlador.”

(REsp 1325663/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 24/06/2013)

“Nos termos do art. 50 do CC, o decreto de desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade somente pode atingir o patrimônio dos sócios e administradores que dela se utilizaram indevidamente, por meio de desvio de finalidade ou confusão patrimonial.”

(REsp 1412997/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 26/10/2015)

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Desconsideração da personalidade jurídica. In: **Soluções práticas – Marinoni**. Revista dos Tribunais: vol. 2. Out / 2011. pp. 319 – 357.

¹⁰⁷ Neste sentido: DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. passim. e GARCÍA, Ricardo Olivera. Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 3, vol. 10, jul-ago. /2015. pp. 160-162.

Assim, na subcapitalização originária, tanto material como nominal, é razoável que todos os fundadores da sociedade devam ser responsabilizados¹⁰⁸, pois todos participaram do contrato de constituição da sociedade e, em conjunto, geraram a situação de ausência de garantia aos credores em virtude da escolha de financiar a sociedade, desde seu início, com montante excessivo de capitais de terceiros.

Já na subcapitalização superveniente, tanto material como nominal, o juízo de responsabilidade é mais complexo. Diniz propõe três interessantes critérios de análise: “a) nível de acesso ao poder de decisão; b) possibilidade de modificação da decisão que subcapitalizar a sociedade; c) postura proativa do sócio para concretizar a subcapitalização ou vantagem obtida com a transferência do capital próprio”.¹⁰⁹ Explica o autor, ainda, que o nível de acesso dos sócios à estrutura de poder varia de acordo com o tipo societário em questão, sendo que tal nível decresce em se tratando de sociedade limitada, sociedade anônima fechada e sociedade anônima aberta, nesta ordem.¹¹⁰ O jurista uruguaio Ricardo García concorda com essa análise casuística para imputação de responsabilidade, afirmando que “diferentes matices presenta la atribución de responsabilidad en el caso de la infracapitalización superveniente. En este caso, deberá determinarse a quién correspondió efectivamente la decisión de infracapitalización.”¹¹¹

4.5 EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE

A doutrina e a jurisprudência não costumam entrar em muitos detalhes a respeito da extensão da responsabilidade em casos de desconsideração da personalidade jurídica. Limitam-se a afirmar a regra geral de que os sócios e/ou administradores responsáveis pelo desvio de finalidade serão responsabilizados solidariamente até que toda a dívida decorrente da fraude, do abuso ou da confusão de patrimônios seja adimplida.

No caso da subcapitalização, porém, a aplicação dessa regra deve ser excepcionada, em nossa opinião. Concordamos com Gustavo Saad Diniz que, no que diz respeito ao montante patrimonial dos sócios e/ou administradores que deverá ser atingido uma vez superada a personalidade jurídica da sociedade em virtude de subcapitalização, “a extensão será medida pela quantidade de capital que deveria ser aportado para a sociedade

¹⁰⁸ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 153 e GARCÍA, Ricardo Olivera. Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 3, vol. 10, jul-ago. /2015. p. 160.

¹⁰⁹ DINIZ, Gustavo Saad, op. cit., p. 237.

¹¹⁰ Ibid., p. 154.

¹¹¹ GARCÍA, Ricardo Olivera, op. cit., p. 161.

para que o nível de utilização de capital de terceiros se equilibrasse com o capital próprio, fazendo frente aos débitos sociais inadimplidos.”¹¹²

A justificativa para que a medida da responsabilidade, em casos de subcapitalização, não seja feita a partir da dívida, é simples. É que pode acontecer que o crédito de determinado credor seja superior à quantidade de recursos que deveriam ser aportados para que o nível de capital de terceiros se equilibrasse com nível de capital próprio. O credor, porém, deverá ser indenizado só até o limite do valor do capital que seria adequado, devendo suportar eventual diferença. Para além disso, estar-se-ia criando vantagens indevidas e frustrando a própria finalidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica por subcapitalização societária, que é o de reequilibrar a distribuição do risco empresarial.

O esforço do presente capítulo foi o de enumerar alguns aspectos procedimentais da desconsideração da personalidade jurídica por subcapitalização societária, sem, contudo, neles nos aprofundarmos. Conforme explicamos, o objetivo geral do presente trabalho, já atingido, encontra-se em um marco anterior, qual seja, o da construção de um aparato teórico que permita investigar se a subcapitalização societária configura desvio de finalidade apto a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica. No próximo capítulo, o último, faremos uma análise de como a jurisprudência dos tribunais pátrios tem enfrentado o tema, se é que o tem enfrentado.

¹¹² DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 238.

CAPÍTULO 5
A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E A DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA POR SUBCAPITALIZAÇÃO SOCIETÁRIA

A pesquisa de jurisprudência nacional no tema de desconsideração da personalidade jurídica por subcapitalização societária é um tanto quanto frustrante, pelo fato de o assunto praticamente não ser abordado pelos tribunais pátrios. Não há, por exemplo, qualquer precedente do Superior Tribunal de Justiça especificamente sobre o tema, o que seria desejável à nossa análise, haja vista se tratar de corte superior responsável pela uniformização da interpretação da lei federal no país.

Partindo, então, para a pesquisa na instância inferior, constata-se haver pouquíssimos julgados de Tribunais de Justiça sobre o tema, sendo praticamente todos eles tribunais da região Sudeste ou Sul. Traremos, como objeto de análise, três desses julgados, sendo um do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), e dois do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS).

O primeiro caso é uma apelação cível julgada pelo TJSP em 2015, com a seguinte ementa:

DISSOLUÇÃO - SOCIEDADE LIMITADA – Ação de dissolução de sociedade c/c reconhecimento da qualidade de sócio do corréu WALTER – Determinação, em primeiro grau, da dissolução total da empresa BR ROCHA SILVA – Procedência – Elevada subcapitalização desta – Débitos exorbitantes junto à Fazenda Estadual – Inadimplemento de contribuição social e PIS – Inexequibilidade dos fins sociais caracterizada – Art. 1034, inciso II – Propriedade do maquinário utilizado pela empresa – Recibos em nome do sócio autor – Ausência de evidências de integralização destes bens – Valor do maquinário que supera em muito o capital social subscrito – Recurso desprovido.
 (TJSP, Relator (a): Rui Cascaldi; Comarca: Franca; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/06/2015; Data de registro: 11/06/2015)

Trata-se de apelação contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido reconvenicional de dissolução parcial de uma sociedade, desta retirando o autor-reconvindo e procedendo à apuração de seus haveres, concluindo-se pela propriedade exclusiva do autor-reconvindo quanto ao maquinário utilizado pela sociedade.

A apelante, uma outra sócia, insurgiu-se contra a dissolução total da sociedade, bem como contra o reconhecimento da propriedade do apelado quanto ao maquinário. Argumentou não ser devida a dissolução total, mas sim parcial, e também que as máquinas teriam sido

compradas pelo apelado como forma de participação societária, integralizando-as ao patrimônio social, razão pela qual pertenceriam à própria sociedade.

O ponto central das razões recursais, gira, portanto, em torno da verificação do preenchimento dos requisitos para a dissolução da sociedade, bem como da investigação a respeito do real proprietário das máquinas. É o primeiro ponto que nos interessa, pois nele o acórdão trata da subcapitalização.

Trazendo o artigo 1.034 do Código Civil¹¹³, que elenca as hipóteses de dissolução judicial da sociedade a requerimento dos sócios, o Relator conclui que o caso sob análise se enquadraria no inciso II, pois seria o caso inexecuibilidade do fim social. Neste ponto, argumenta:

Tem-se claro que o ordenamento jurídico não pode tolerar a atuação de sociedades temerárias, dotadas de pequena porção patrimonial totalmente insuficiente para atender aos encargos contratuais assumidos e aos riscos oriundos do desenvolvimento da sua atividade.

Desse modo, o Código Civil dispõe sobre a possibilidade de dissolução total da sociedade nos casos de inexecuibilidade do fim social.

[...]

Um dos casos de inexecuibilidade especificados pela doutrina é o da infracapitalização ou subcapitalização material, explanado por Jorge Lobo: “Configura-se a infracapitalização real ou material quando a sociedade não possui recursos próprios e de terceiros indispensáveis ao exercício de suas atividades, podendo verificar-se quando da assinatura do ato constitutivo ou em virtude de reiterados prejuízos (...)” (Lobo, Jorge Joaquim. “Sociedades Limitadas”, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004).

Observa-se das consultas ao sítio da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo juntadas às fls. 315/369, que os débitos da empresa corré com a Fazenda Estadual sobrepujam sobremaneira seu capital social de R\$60.000,00 (fl. 29), de forma que resta evidente a impossibilidade econômica desta continuar suas atividades e adimplir com as referidas dívidas. (grifos nossos)

Veja-se, portanto, que o Relator entendeu ser o caso de dissolução da sociedade em virtude da inexecuibilidade do objeto social, enquadrando a subcapitalização como razão desta inexecuibilidade.

Algumas críticas merecem ser tecidas a esse acórdão.

Primeiramente, há uma confusão conceitual na definição de subcapitalização, que, conforme já explicamos, trata-se de um desequilíbrio na estrutura de financiamento da sociedade, marcado pela escassez de recursos próprios e pelo excesso de recursos de terceiros, e não de uma situação de total ausência de recursos financeiros.

¹¹³ Código Civil, Art. 1.034: “A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando: (...) II - exaurido o fim social, ou verificada a sua inexecuibilidade.”

Em segundo lugar, a conclusão a que chega o acórdão, *data venia*, leva a um absurdo. Não nos parece coerente a ideia de os sócios fazerem uso abusivo da personalidade jurídica e da limitação da responsabilidade, dotando a sociedade de um baixíssimo nível de recursos próprios e transferindo o risco empresarial do negócio para os credores, e depois ser a estes mesmos sócios dada a possibilidade de requerer judicialmente a dissolução da sociedade em virtude do desequilíbrio que eles próprios causaram.

A inexecutabilidade do fim social apta a fundamentar a dissolução da sociedade é advinda de fatores externos e alheios à vontade dos sócios, ou então de um quadro grave de conflito de interesses interno.¹¹⁴ A subcapitalização obviamente não se enquadra em nenhuma dessas hipóteses, eis que constitui uso abusivo e consciente da personalidade jurídica pelos sócios, em detrimento dos credores.

A solução mais correta, portanto, levaria em conta a responsabilidade pessoal dos sócios pelo abuso cometido, e, em respeito ao princípio da preservação da empresa e de sua função social, promoveria a desconsideração episódica da personalidade jurídica da sociedade, de modo a atingir os patrimônios pessoais dos sócios para fazer frente aos débitos fiscais.

O segundo caso é um agravo de instrumento julgado pelo TJRS em 2003, assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRECLUSÃO. USO ABUSIVO. Possível ao julgador o reexame da aplicabilidade da desconsideração, pois a matéria é tratada no Código de Defesa do Consumidor como um poder-dever do magistrado, sujeito à análise valorativa de pressupostos, alterável ao longo da causa. Importa em uso abusivo da personalidade jurídica e autoriza o direcionamento da execução aos bens da agravante o fato de inexistir a necessária distinção entre seu patrimônio e o da empresa que administrava, bem como a insuficiência do capital social da sociedade para cobrir os riscos inerentes ao seu objeto. Também a circunstância de ser a recorrente detentora de 99% das quotas sociais, pertencendo o outro 1% ao seu filho, menor impúbere, está a apontar para a manipulação do instituto. Agravo IMPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70006350797, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 25/09/2003)

¹¹⁴ O professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto exemplifica: “Às vezes, o objeto social pode não ser cumprido por fato superveniente e alheio à vontade da sociedade e dos sócios, como é o caso do advento de uma legislação protecionista do mercado interno contendo proibição de importação de insumos indispensáveis para o exercício da atividade rural desenvolvida pela sociedade constituída com esse único escopo. Outras vezes – e aí tomado o exemplo de uma sociedade empresária – o produto fabricado não tem mais procura (saiu de moda) e ela não tem como substituí-lo por outro equivalente. [...] Nesse quadro merece ser inserida a grave desarmonia entre os sócios, quando sua intensidade seja tal que inviabilize a continuidade da empresa exercida pela sociedade.” Cf. NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. **O Direito de Empresa – comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pp. 306-307.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que desconsiderou a personalidade jurídica da sociedade executada, uma creche, a fim de responsabilizar pessoalmente a sócia majoritária por pretensão indenizatória decorrente do descumprimento do dever de guarda de uma criança.

Foi mantida a decisão de primeira instância, mas por fundamentos diversos. Enquanto a sentença entendera pelo afastamento da personalidade jurídica em virtude da inadimplência fiscal e da dissolução irregular, o acórdão adotou a confusão patrimonial como causa primordial do direcionamento da execução aos bens da agravante, apontando a subcapitalização da sociedade como um reforço do quadro de abuso da personalidade jurídica:

Contudo, **autoriza o direcionamento da execução aos bens da agravante o fato de inexistir a necessária distinção patrimonial entre sua pessoa e aquela que administrava, bem como a insuficiência do capital social para cobrir os riscos inerentes à atividade desenvolvida**, configurando-se a abusividade na utilização da personalidade jurídica.

Veja-se, inicialmente, que a empresa estabeleceu-se em local de propriedade dos pais da sócia majoritária, não havendo notícia da existência de contrato oneroso a justificar o uso.

Com o falecimento dos genitores - após a condenação da sociedade ao pagamento de indenização à ora exequente -, firmou-se contrato de locação com o espólio (p. 171 e 172), no qual se previu a venda futura do imóvel, contrariando-se a expectativa de que ele permaneceria com a recorrente que, afinal, há muito dele se utilizava para exploração comercial.

Ou seja, parece ter havido uma tentativa de desvincular o estabelecimento empresarial do complexo de bens da agravante, pois tal situação é fortemente indicativa da **ausência de autonomia financeira da pessoa jurídica**.

Deve-se referir, de outra parte, que a sociedade extinguiu inúmeros contratos de trabalho (p. 54 a 61), procedimento sabidamente oneroso, sem que dispusesse sequer de conta corrente em nome próprio, a ser indicada anteriormente para penhora, presumindo-se que os valores correspondentes tenham provindo de sócios.

Tal situação se subsume no que a doutrina vem entendendo por confusão patrimonial.

[...]

De outra parte, não se há admitir que uma pessoa jurídica, cujo objeto social constitui-se na guarda de crianças - importando obviamente em riscos, a serem cobertos pela fornecedora -, possua capital social de R\$ 2.000,00, incapaz de atender a mais ínfima pretensão indenizatória.

[...]

Destarte, nessas hipóteses, em que o capital é obviamente insuficiente para cobrir os riscos inerentes à atividade, verificando-se, ainda, a confusão patrimonial entre sociedade e sócios, é imperativo o reconhecimento do uso abusivo do da personalidade jurídica, coibindo-se a burla à lei e aos direitos de credores.

Note-se, ainda, que, no caso em tela, a recorrente detém 99% das quotas sociais, enquanto seu filho, menor impúbere, possui o outro 1% (p. 241), **circunstância que demonstra se tratar a agravante de verdadeira comerciante individual, para quem, aliás, a responsabilidade pessoal pelos débitos é ilimitada, apontando-se, novamente, para a manipulação do instituto.** (grifos nossos)

Como se observa, a subcapitalização atuou, neste caso, como uma espécie de reforço argumentativo em prol da desconsideração da personalidade jurídica, haja vista ter se

configurado em meio a uma situação de confusão patrimonial. Além disso, figurava no caso concreto um quadro de inadimplência fiscal, dissolução irregular, e, ainda, sociedade fictícia para mascarar exercício de comércio individual. De qualquer forma, por se tratar de relação de consumo, nenhum desses fundamentos teria sido necessário para motivar a desconsideração da personalidade jurídica. Conforme já vimos, na seara consumerista se aplica a teoria menor, bastando a demonstração de insolvência da pessoa jurídica a fim de responsabilizar o sócio ou administrador pela simples insatisfação do crédito.

O terceiro e último caso é uma apelação cível julgada pelo TJRS em 2010, com a seguinte ementa:

IMPUGNAÇÃO. EXECUÇÃO CONTRA EMPRESA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Estando a empresa sem exercer atividades por mais de cinco anos, não possuindo sede, maquinário ou equipamentos, tem-se como dissolvida, por equiparação. Ausência de comprovação de o capital social descrito no contrato haver sido efetivamente integralizado. Evidente confusão entre a pessoa jurídica, prestadora de serviços, e seus sócios integrantes. Abuso de direito. Inexistência de adequação do capital aos recursos necessários para o desempenho seguro da atividade social e para suportar os riscos de sua atividade. Desconsideração do ente jurídico para haver crédito em vista de acidente de trabalho. Responsabilidade reconhecida por ato da empresa (acidente de trabalho). Irrelevante a alegação de que o sócio não exercia poderes de administração. Recurso desprovido. Unânime. (Apelação Cível Nº 70030774590, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 24/06/2010)

Trata-se apelação contra decisão de primeiro grau que julgou improcedente pedido de impugnação à execução de sentença, ajuizada por sócio em face de dois credores trabalhistas (acidente de trabalho). O sócio teve seus bens particulares executados em virtude de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade subcapitalizada.

Argumenta o apelante não haver evidência de tal quadro de subcapitalização societária, eis que oscilações naturais de mercado teriam causado o insucesso do empreendimento, e, argumenta, ainda, ser apenas sócio-quotista, sem poder de gerência, razão pela qual não poderia ter promovido os necessários aumentos de capital.

O acórdão negou provimento à apelação, com unanimidade. Vejamos alguns argumentos utilizados pelo relator:

Apesar da veracidade das informações do recorrente que não detinha poder de administração, **a sua responsabilidade remanesce porque a pessoa jurídica foi condenada a indenizar os exequentes por conduta da empresa (acidente de trabalho) e não por ato da gerência. Somente nesse caso é que a responsabilidade do sócio, sem poderes de administração, poderia ser afastada.**
[...]

Dessa forma, sendo o apelante também responsável pela subcapitalização da empresa, deve responder igualmente com os seus bens pessoais.

Estou, pois, por reafirmar os termos da sentença de lavra do Dr. Juiz de Direito [...] o qual, com percuciência e propriedade bem dirimiu à lide, em judicioso provimento, que vai transcrito como fundamentos de decidir aqui, *verbis*:

“Embora não haja no direito brasileiro regra genérica sobre a exigência de capital mínimo para a constituição e funcionamento das sociedades comerciais, **não se pode entender que uma sociedade possa funcionar sem um valor de capital mínimo para exercer a atividade a que se destina.**

Nas palavras de Antônio Menezes Cordeiro no seu livro ‘O levantamento da personalidade coletiva: no direito civil e comercial’ (p. 118), verifica-se a subcapitalização, para fins de descon sideração da personalidade jurídica, sempre que uma sociedade tenha sido constituída com um capital insuficiente. A insuficiência é aferida em função do próprio objeto ou de sua atuação, surgindo, assim, “como tecnicamente abusiva”.

[...]

No caso concreto, verifica-se que a empresa estava em atividades há mais de 05 anos, demonstrando que há uma dissolução irregular, **com reduzido capital**, que na época equivalia à Cr\$ 50.000,00, ou seja, em torno de R\$ 23.000,00.

Ora, onde se encontram estes fundos? Percebe-se que efetivamente **os fundos da empresa, materialmente considerados** – não sabendo onde estão – **são insuficientes para o seu objeto, que está descrito no contrato social, evidenciando atividade de risco social.**

A empresa subcapitalizada de forma material [...] presta-se a proteger a atividade dos sócios que não respondem pelos riscos que assumiram.

Desta forma, **levando-se o caso da subcapitalização, mais o fato de que a empresa não vem mais operando, verifica-se que o sócio esconde-se atrás desta para encobrir a sua responsabilidade patrimonial. Não constitui exercício regular de direito atuar em atividade de risco, em sociedade descapitalizada em atividades de risco.**

Assim, não há que prosperar o presente pedido. ”

Isso posto, estou por negar provimento ao recurso. (grifos nossos)

Neste caso concreto, observamos terem sido preenchidos corretamente todos os requisitos da subcapitalização: sociedade com limitação de responsabilidade; recursos próprios insuficientes para o desempenho da atividade empresarial; capital social irrisório; transferência do risco empresarial para o credor; credor com impossibilidade de análise das informações patrimoniais da sociedade e de internalização do risco empresarial a ele transferido.

A sentença e o acórdão tiveram, portanto, sucesso na tentativa vanguardista de incorporar a subcapitalização como causa de descon sideração da personalidade jurídica.

O único ponto que poderia, e, na verdade, deveria ter sido melhor desenvolvido, em virtude de sua relevância e complexidade, diz respeito à efetiva contribuição do sócio para o quadro de subcapitalização, ou do benefício obtido a partir dela, fatores determinantes para a sua responsabilização pessoal.

Não se pode afirmar, categoricamente, como feito pelo relator, que a responsabilidade do sócio-quotista só pode ser afastada quando se tratar de ato de gerência. Como já vimos, a

regra geral aceita pela doutrina é a de que apenas podem ser responsabilizados aqueles sócios e/ou administradores que efetivamente tenham participado das decisões que resultaram na subcapitalização, ou que tenham se beneficiado de tal manipulação patrimonial.

Algumas conclusões podem ser tiradas a partir da análise desse três julgados exemplificativos, as quais se repetem nos poucos outros casos existentes na jurisprudência:

- Os tribunais brasileiros percorrem um caminho ainda incipiente na análise da desconsideração da personalidade jurídica por subcapitalização societária, havendo um baixíssimo número de julgados a respeito deste assunto;
- Quando o tema da subcapitalização aparece em julgados de direito empresarial¹¹⁵, percebe-se haver ainda algumas confusões conceituais, além de uma tendência de enquadramento jurídico equivocado do instituto¹¹⁶;
- Geralmente, a subcapitalização aparece ao lado de outras condutas de desvio de finalidade da pessoa jurídica, como a confusão patrimonial, o que dificulta seu estudo em separado e a sua consolidação como fundamento autônomo da desconsideração da personalidade jurídica;
- A subcapitalização também costuma aparecer em casos envolvendo relação de consumo, o que, novamente, dificulta sua consolidação como fundamento autônomo da desconsideração da personalidade jurídica, eis que na seara consumerista se aplica a teoria menor, bastando a demonstração de insolvência da pessoa jurídica para se responsabilizar sócios ou administradores;
- Nos casos em que o único desvio identificado é a subcapitalização, e seu enquadramento jurídico é correto, peca-se ao deixar de se atentar para alguns aspectos procedimentais relevantes da desconsideração, como, por exemplo, a efetiva contribuição do sócio ou administrador para o quadro de subcapitalização ou o benefício obtido a partir dela, fatores que devem ser analisados casuisticamente para a correta imputação de responsabilidade.

¹¹⁵ O tema da subcapitalização é, na verdade, mais conhecido e explorado na área do Direito Tributário. A preocupação, nesta seara, é evitar a prática de diminuição da base de lucros tributáveis das sociedades, pelo excesso de endividamento e dedução de despesas de juros pagos em remuneração de empréstimos de sócios residentes no exterior.

¹¹⁶ Além do caso julgado pelo TJSP que enquadrou a subcapitalização como causa de inexecutabilidade do fim social da empresa, apta a fundamentar sua dissolução, há, por exemplo, um julgado do TJRS (Apelação Cível 70010566529, 1ª Câmara Cível, Relator Irineu Mariani, julgado em 07/12/2005) que reconhece que a insuficiência de capital social caracterizaria hipótese de responsabilidade civil dos sócios.

CONCLUSÃO

A decisão acerca da estrutura de financiamento da sociedade é própria dos sócios e dos órgãos sociais internos, e se relaciona profundamente com o conceito de capital social. Por mais que existam, na legislação brasileira, comandos que visem a concretização do princípio da congruência do capital social, não há qualquer norma cogente que exija dos sócios a integralização de um montante de capital social proporcional à atividade societária, de modo a que a sociedade seja dotada de um nível mínimo de recursos próprios.

Os sócios e os órgãos sociais internos contam, pois, com grande liberdade na fixação da estrutura de financiamento da sociedade. O exercício de tal poder diretivo quanto ao arranjo societário, porém, deve sempre se ater às finalidades da pessoa jurídica. Como se sabe, a função do instituto da personalidade jurídica é limitar o risco empresarial, de forma a harmonizar as condições de mercado e permitir o desenvolvimento da atividade econômica, contribuindo, em última instância, para o desenvolvimento social.

A eventual escolha de uma estrutura de financiamento apoiada excessivamente em recursos de terceiros pode levar ao perigoso quadro da subcapitalização societária. Neste cenário, a sociedade se encontra sobreendividada e dotada de montante irrisório de recursos próprios, sendo incapaz de adimplir as obrigações contraídas junto a terceiros em virtude da artificialidade do fluxo de valores disponível para garantir os credores.

Há, assim, transferência do risco empresarial, total ou majoritariamente, para a comunidade, especialmente para os credores mais vulneráveis, como pequenos fornecedores, trabalhadores e credores involuntários, o que, nitidamente, contraria as finalidades socioeconômicas que o direito idealiza para a pessoa jurídica.

É impressionante que a insuficiência de capital social - essa figura tão pouco tratada pela doutrina comercialista e tão pouco discutida nas salas de aula das faculdades de Direito - resulte em tão importante efeito mercadológico e jurídico, a ponto de constituir fundamento para a drástica e excepcional medida de desconsideração da personalidade jurídica, perfeitamente enquadrável nos pressupostos do artigo 50 do Código Civil.

Este trabalho se propôs a contribuir para o ainda incipiente debate acerca do enquadramento jurídico da subcapitalização societária e das soluções que o nosso ordenamento possibilita para a correção deste grave problema, o qual, não obstante costume vir disfarçado em meio a outros desvios societários, merece estudo em separado e sistematização teórica sólida, em virtude de seus relevantes efeitos jurídico-econômicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGA, Rodrigo Bernardes. Subcapitalização nas sociedades anônimas, estruturas societárias piramidais, expropriação de minoritários e credores e desconsideração da personalidade jurídica. In: **Finanças Corporativas – aspectos jurídicos e estratégicos**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016. pp. 639-667.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial, v. 2: direito de empresa**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CORDEIRO, Pedro. **A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais**. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Desconsideração da personalidade jurídica. Fraude e ônus da prova. In: **Fundamentos do processo civil moderno**. 3a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, t. 2.

DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Instrumentos de capitalização societária. In: **Revista de Direito Privado**. Revista dos tribunais: ano 13, vol. 49, jan-mar./2012. pp. 313-330.

FIGUEIREDO, Raif Daher Hardman de. O capital social e a atividade empresarial. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 4, vol. 13, jan-fev./2016. pp. 123-143.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GARCÍA, Ricardo Olivera. Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: ano 3, vol. 10, jul-ago./2015. pp. 131-174.

GONÇALVES, Oksandro. Os princípios gerais do direito comercial: autonomia patrimonial da pessoa jurídica, limitação e subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas

obrigações sociais. In: **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Revista dos Tribunais: vol. 58, out/2012, p. 183.

HÜBERT, Ivens Henrique. **Sociedade empresária e capital social**. Curitiba: Juruá, 2009.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LORIA, Eli; MENDES, Hélio Rubens de Oliveira. Capital social: noções gerais. In: **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Revista dos tribunais: vol. 58, out-dez 2012. p.349-386.

MARINONI, Luiz Guilherme. Desconsideração da personalidade jurídica. In: **Soluções práticas – Marinoni**. Revista dos Tribunais: vol. 2. Out / 2011. pp. 319 – 357.

NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. O menosprezado capital social. In: **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Edição 01, Agosto de 2016. Disponível em: < <http://admin.oabpr.org.br/imagens/revistajuridica/artigos/1/9.pdf> >.

_____. **O Direito de Empresa – comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol. 1: introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pp. 450-451.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 58, n. 410, p. 12-24, dez. 1969.

SABIÃO, Thiago Moreira de Souza; TEIXEIRA, Tarcisio. Reflexões sobre a importância da limitação da responsabilidade nas sociedades limitadas. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: vol. 1, out/2016, pp. 39-64.

SAFFARO, Mateus Alves; TEIXEIRA, Tarcisio. A EIRELI e suas controvérsias pendentes. In: **Revista de Direito Empresarial**. Revista dos Tribunais: vol. 13, jan-fev/2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Alexandre Couto. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SZTAJN, Rachel. Terá a personificação das sociedades função econômica? In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. vol. 100. São Paulo, 2005. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67664/70272> >.

TEPEDINO, Gustavo et al. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 187.

TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o código de defesa do consumidor e o novo código civil. In: **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. Revista dos Tribunais: vol. 5, abr/2001, pp. 1331-1356.

XAVIER, José Tadeu Neves. A evolução da teoria da desconsideração da personalidade jurídica: aspectos materiais e processuais. In: **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 19, n. 75, jul-set 2016. pp. 56-85. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista75/revista75_56.pdf >.

_____. Considerações sobre a necessidade de resgatar o conceito de capital social: análise da crise (ou redefinição) da noção de capital social. In: **Revista Síntese – Direito Empresarial**. Ano VIII, nº 42, jan/fev 2015. pp. 130-167.

_____. Reflexões sobre a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI). In: **Revista de Direito Privado**. Revista dos Tribunais: vol. 54, abr-jun/2013.

LEGISLAÇÃO CITADA

ALEMANHA. **Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)**. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 10. Mai 2016 (BGBl. I S. 1142) geändert worden ist. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/BJNR004770892.html>>.

_____. **Aktiengesetz (AktG)**. Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das durch Artikel 8 des Gesetzes vom 11. April 2017 (BGBl. I S. 802) geändert worden ist. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/BJNR010890965.html>>.

ARGENTINA. **Ley nº 19.550 (Ley de Sociedades Comerciales)**. Disponível em: <<http://www.mecon.gov.ar/concursos/biblio/LEY%2019550-%2084%20DE%20SOCIEDADES%20COMERCIALES.pdf>>.

BRASIL. **Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União, Poder Executivo. Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>.

_____. **Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo. Brasília, DF, 12. set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>.

_____. **Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo. Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>.

_____. **Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Poder Executivo. Brasília, DF, 11. jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>.

_____. **Lei Federal nº 12.441, de 11 de julho de 2011**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Diário Oficial da União, Poder Executivo. Brasília, DF, 11. jul. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/12441.htm>

_____. **Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Diário Oficial da União, Poder Executivo. Brasília, DF, 1º nov. 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>.

_____. **Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 1º ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>.

FRANÇA. **Code de Commerce.** Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379>>.

ITÁLIA. **Codice Civile.** Disponível em: <<http://www.gazzettaufficiale.it/anteprima/codici/codiceCivile>>.

REINO UNIDO. **Companies Act 2006.** Disponível em: < http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf>.

DECISÕES JUDICIAIS CITADAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.325.663/SP**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 11/06/2013, Diário da Justiça de 24/06/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.412.997/SP**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 08/09/2015, Diário da Justiça de 26/10/2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 0036760-59.2011.8.26.0196**, Relator Des. Rui Cascaldi, 1ª Câmara de Direito Privado, julgado em 09/06/2015, Diário da Justiça de 11/06/2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70006350797**, Relator Des. Luiz Ary Vessini de Lima, 10ª Câmara Cível, julgado em 25/09/2003.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70030774590**, Relator Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, 10ª Câmara Cível, julgado em 24/06/2010.