

## **A SUBCAPITALIZAÇÃO COMO POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

Giovani Penido Coutinho, Mateus Tamura Aranha, e-mail: giovanipenido@outlook.com

### **1 INTRODUÇÃO**

A atribuição de personalidade e patrimônio próprios às sociedades empresárias favoreceu aqueles empreendedores que, visando a “blindagem” de seus bens, utilizaram-se dos tipos societários de responsabilidade limitada dos sócios para a prática de atos ilícitos e para lesionar terceiros. Deste modo, surgiu a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica com o objetivo de transpor o obstáculo constituído pela personalidade autônoma das sociedades empresárias para que os que se utilizassem da referida sociedade fossem responsabilizados e tivessem seus patrimônios atingidos.

A subcapitalização será abordada em diversos aspectos, levando-se em consideração sua origem decorrente do financiamento da atividade-fim com investimentos próprios dos sócios sob a forma de mútuo ou advinda de excessivos empréstimos tomados com terceiros.

Tudo isso tem razão de ser, vez que o tema é pouco abordado pela comunidade acadêmica brasileira, tendo repercussão nos Tribunais pátrios em intensidade semelhante. Ademais, conforme se demonstrará, as abordagens do assunto objeto deste trabalho são deveras divergentes, motivo pelo qual a subcapitalização como uma possibilidade para a desconconsideração da personalidade jurídica faz *jus* a uma análise pormenorizada.

### **2 METODOLOGIA**

Para a confecção do presente estudo, utilizou-se dos métodos de investigação científica dialético, uma vez que resta claro a grande controvérsia da matéria, e dedutivo, consubstanciado na análise de premissas maiores para se chegar a proposições específicas relativas aos assuntos aqui tratados. A pesquisa bibliográfica foi empreendida com base em técnicas de investigação teórica de natureza qualitativa, por intermédio de técnicas conceituais (artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado e doutrinas) e normativas (legislação).

### 3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Em que pese a história demonstrar que a utilização das pessoas jurídicas, vinculada ao princípio de sua autonomia patrimonial, proporcionou notável desenvolvimento econômico e social, igualmente revelou-se que tais fatores poderiam ensejar abusos, resultando em distorções decorrentes da utilização indevida da sociedade empresária pelos sócios, uma vez que, por diversas ocasiões, a limitação da responsabilidade patrimonial é utilizada como forma de enriquecimento ilícito às custas do patrimônio social ou como instrumento de fraude contra credores.

Com o objetivo de resguardar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, evitando seu uso abusivo e desvinculado de sua finalidade, elaborou-se a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, a qual aplicar-se-ia quando se verificasse o uso abusivo da personalidade jurídica em detrimento de terceiros.

O que restou consolidado foi a possibilidade de se afastar os efeitos oriundos da personalidade jurídica das sociedades empresárias nos casos em que a pessoa jurídica fosse utilizada de forma abusiva, especialmente com o fito de prejudicar os interesses dos credores sociais.

Como se depreende da redação do art. 50, *caput*, do CC, a desconsideração da personalidade jurídica é possível em se tratando de abuso da personalidade jurídica, o qual pode se dar nas modalidades desvio de finalidade e confusão patrimonial. Ao presente trabalho, basta isso.

Prosseguindo, cumpre definir capital social. De modo simples, o capital social pode ser estabelecido como o conjunto de bens e recursos financeiros que os sócios se comprometem a disponibilizar à sociedade empresária para que ela esteja apta a realizar a atividade econômica que tem por objeto social.

Parte-se, então, para a subcapitalização. Dentre diversas definições, chama atenção pela simplicidade e precisão a de Stefano Donassolo (2011, p. 52), para quem a subcapitalização nada mais é que “a ausência de compatibilidade entre o capital e atividade sociais previstos no estatuto da sociedade”.

A classificação mais relevante é aquela que distingue entre subcapitalização nominal e subcapitalização material. Em definição técnica, a subcapitalização nominal é a “requalificação forçada do mútuo dos sócios para a sociedade, considerando-o capital

próprio da sociedade para satisfação dos débitos em caso de insolvência” (DINIZ, 2012, p. 161). Configurar-se-á a subcapitalização nominal quando os sócios realizarem consideráveis empréstimos, com capital próprio, para que a sociedade empresária realize a atividade econômica organizada erigida à condição de objeto social e, em caso de malogro da pessoa jurídica, tenham preferência aos credores sociais para satisfazerem seus créditos no patrimônio autônomo da sociedade, de modo a lesionar os legítimos interesses dos credores.

Por outro lado, a subcapitalização material é conceituada como um “desequilíbrio efetivo de capital próprio para financiamento da atividade da sociedade com limitação de responsabilidade, transferindo para os credores os riscos próprios dos sócios” (DINIZ, 2012, p. 182). Ou seja, nada mais é do que a ausência de meios próprios de financiar a consecução do objeto social da sociedade empresária por parte dos sócios, hipótese em que se recorre a recursos advindos de terceiros.

Cumprе ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro não exige capital social mínimo como requisito para a constituição de sociedades empresárias, de modo que, igualmente, não prevê capital nominal adequado para a consecução do objeto social (DINIZ, 2012).

No Brasil, a voz mais significativa a embasar a desconsideração da personalidade jurídica é Gustavo Saad Diniz (2012). O acadêmico pondera que, por ser o contrato social o ato constitutivo de uma sociedade com limitação de responsabilidade dos sócios, a ausência de capital próprio ou o financiamento da atividade exclusivamente com capitais alheios desvirtua o próprio contrato de sociedade, de modo a afastar a limitação de responsabilidade:

(...) a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica por subcapitalização ocorre pela destruição da relação de dependência entre patrimônio e limitação de responsabilidade, tendo como consequência a transferência do risco da atividade (...) a formação de patrimônio autônomo e a sua preservação em patamares suficientes e adequados para a satisfação das necessidades da atividade, sem transferir riscos para os credores, é o fundamento da proteção promovida pelo ordenamento jurídico – com a possibilidade de modificação do centro de imputação de responsabilidade pela subcapitalização. (DINIZ, 2012, p. 105)

Contrariamente à utilização da subcapitalização societária como uma possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, Taís Cardoso Lavouras sustenta que:

(...) o fato de a sociedade não ter sido ou não estar sendo dotada dos meios suficientes para o desenvolvimento da sua atividade seria um problema de gestão da sociedade, devendo ser aplicado o conjunto de normas que trata da responsabilidade dos membros da administração, uma vez que eles são os responsáveis por gerir a sociedade, de modo que seriam destes o dever de arranjar meios de financiamento para prossecução da atividade social ou então, em não havendo meios, apresentar a sociedade a insolvência. (2019, p. 23)

Salienta-se que a legislação pátria já possui sedimentada a responsabilidade de administradores e sócios que, com seus atos, violem a lei ou o estatuto, cometam atos ilícitos e lesem terceiros, especialmente em se tratando da coletividade de credores.

Como se percebe, a opção do legislador brasileiro foi a de não incluir a subcapitalização como uma das hipóteses aptas a embasar a desconsideração da personalidade jurídica. Logo, por si só, a subcapitalização societária não legitima a utilização do instituto da desconsideração para atingir o patrimônio pessoal dos sócios e obrigá-los a responder pelas dívidas sociais, uma vez que, em que se admita que a sociedade enfrente um quadro de incongruência entre capital e objeto sociais, imprescindível será demonstrar a atuação maliciosa dos sócios ou administradores.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em que pese a legislação não elencar a subcapitalização como uma das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, há quem defenda essa possibilidade sob o fundamento de que o ordenamento jurídico exige uma relação de congruência entre o capital e o objeto sociais, além do fato de que, estando subcapitalizada, a sociedade empresária transferirá os riscos da atividade, próprios dos sócios, a terceiros (os credores sociais).

Contudo, demonstrou-se que o legislador optou por não incluir a subcapitalização dentre as hipóteses de aplicação da *Disregard Doctrine*. Ademais, por não haver exigência de capital social mínimo para a constituição das sociedades empresárias, tampouco existirem parâmetros seguros que indiquem um capital suficiente de acordo com a atividade-fim, é temerário criar uma nova possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração, desconsiderando o fato de que é imprescindível a atuação dolosa

daqueles que se aproveitam da pessoa jurídica para auferir vantagens pessoais por intermédio da prática de atos ilícitos ou da causação de prejuízos a credores sociais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 03 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm). Acesso em: 05 jul. 2024.

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

DONASSOLO, Stefano. **A subcapitalização como fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica.** 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. (Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/36502>. Acesso em: 03 jul. 2024).

LAVOURAS, Taís Cardoso. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica em Portugal e no Brasil: Breve análise doutrinal e jurisprudencial.** 2019. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2019. (Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/30408/1/Texto%20integral%20da%20Disserta%c3%a7%c3%a3o.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2024).