

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO

STEFANO DONASSOLO

A SUBCAPITALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA  
PERSONALIDADE JURÍDICA

PORTO ALEGRE

2011

STEFANO DONASSOLO

A SUBCAPITALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA  
PERSONALIDADE JURÍDICA

Trabalho de Conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Klein Zanini

Porto Alegre

2011

STEFANO DONASSOLO

A subcapitalização como fundamento para a desconsideração da  
Personalidade Jurídica

Trabalho de Conclusão do Curso de Ciências  
Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito  
da Universidade Federal do Rio Grande do  
Sul, como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Porto Alegre, 16 de dezembro de 2011.

Conceito atribuído: A

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Carlos Klein Zanini - Orientador  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

---

Prof. Césio Sandoval Peixoto  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

---

Prof. Dr. Luiz Carlos Buchain  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

## **AGRADECIMENTOS**

Não apenas estas pessoas contribuíram direta ou indiretamente para que esse estágio inicial da minha formação se concluísse. Entretanto, ante a dificuldade de enumerar todos, gostaria de aqui manifestar minha gratidão:

A meus pais, Célia e Carlos, que me ensinaram o valor do estudo e do esforço como meio para atingir a satisfação pessoal. A toda a minha família, que sempre se fez presente nos principais momentos, felizes ou não, desta minha caminhada.

Aos professores da Faculdade de Direito, que contribuíram para minha formação e que tanto me ajudaram a crescer. Em nome deles, agradeço, em especial, ao Prof. Dr. Carlos Klein Zanini, não só por suas aulas – que despertaram em mim o interesse no estudo de Direito Comercial –, mas também por ter depositado em mim, a despeito de suas limitações de tempo, a confiança de elaborar esta monografia

Aos colegas do escritório Cabanellos Schuh, que, além dos conhecimentos transmitidos e da convivência, concederam-me o espaço e o tempo necessários para a elaboração desse trabalho.

A Clarissa, por estar a meu lado.

*any court must start from the general rule that the corporate entity should be recognized and upheld, unless specific, unusual circumstances call for an exception...Care should be taken on all occasions to avoid making the entire theory of the corporate entity useless.*

Koch v. First Union Corporation  
Court of Philadelphia

## RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade de desconsiderar a pessoa jurídica nos casos de subcapitalização. A pessoa jurídica é o instrumento pelo qual é possível atribuir a um sujeito de direito um patrimônio autônomo, podendo o direito conceder a determinados tipos societários o privilégio da limitação da responsabilidade. Apesar da questionável função de o capital social tutelar terceiros, é ele que indicará se a empresa possui as mínimas condições de realizar o objeto social com a mínima segurança exigida em relação a terceiros e a sua própria atividade. Por isso, entende-se que há um dever implícito de o sócio capitalizar adequadamente a sociedade, sob pena de responder pessoalmente pelas dívidas sociais. Portanto, entende-se que a subcapitalização pode ser considerada como um fundamento para a aplicação da teoria da desconsideração no direito brasileiro.

**Descritores:** Desconsideração. Personalidade Jurídica. Subcapitalização.

**Título:** A subcapitalização como fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica.

## **ABSTRACT**

*This study analyses the possibility of disregarding the legal entity in cases of undercapitalization. The corporate entity is an instrument that enables assigning an autonomous patrimony to the corporation and granting it the privilege of limited liability. Despite the questionable role of the corporate capital to protect third parties, it is the capital itself that indicates whether the corporation is able to do its own business in a proper way. Hence it is understood that the corporation shall be as much capitalized as the nature and the hazards of its business, under the risk of incurring the shareholders the liability for corporate debts. Therefore, it is understood undercapitalization is one of the many factors that can allow Court to pierce the corporate veil.*

**Descriptors:** *Corporation. Legal entity. Disregard. Undercapitalization.*

**Title:** *Inadequate capitalization as a factor to pierce the corporate veil.*

## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2.</b>	<b>A PERSONALIDADE JURÍDICA COMO PRESSUPOSTO DA AUTONOMIA DO CAPITAL SOCIAL</b> .....	11
<b>2.1.</b>	<b>A personalização jurídica</b> .....	11
2.1.1.	Visão histórica.....	12
2.1.2.	Teoria ficcionista da pessoa jurídica .....	15
2.1.3.	Teoria orgânica da pessoa jurídica .....	16
2.1.4.	Teorias do patrimônio de afetação.....	18
<b>2.2.</b>	<b>Capital social e sua função</b> .....	19
2.2.1.	Definição .....	20
2.2.2.	A integridade do capital social como pressuposto da limitação da responsabilidade dos sócios. ....	23
2.2.3.	Garantia em face de credores e de terceiros .....	27
2.2.4.	A limitação da responsabilidade como fator de progresso.....	29
<b>3.</b>	<b>A SUBCAPITALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA</b> .....	32
<b>3.1.</b>	<b>A desconsideração da personalidade jurídica</b> .....	32
3.1.1.	Precedentes históricos.....	32
3.1.1.1.	<i>Bank of United States v. Deveaux</i> [1809] 9 U.S. 61 .....	33
3.1.1.2.	<i>Salomon v. Salomon &amp; Co. Ltd.</i> [1897] AC 22.....	34
3.1.2.	Teoria unitarista .....	35
3.1.3.	Teoria dos centros de imputação .....	37
3.1.4.	A desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil de 2002 .....	38
3.1.5.	<i>A disregard doctrine</i> nos Estados Unidos da América. ....	42
3.1.5.1.	Casuística americana da <i>disregard doctrine</i> .....	42

3.1.5.2. Abuso da pessoa jurídica .....	48
3.1.5.2.1. Fraude .....	48
3.1.5.2.2. Instrumentalização da pessoa jurídica .....	49
<b>3.2. A caracterização do capital social insuficiente.....</b>	<b>53</b>
3.2.1. Subcapitalização legal .....	54
3.2.1.1. Direito comparado .....	56
3.2.1.2. Previsão no Brasil. ....	59
3.2.2. Subcapitalização substancial .....	60
3.2.2.1. Incongruência entre o capital e o objeto sociais.....	60
3.2.2.1.1. Subcapitalização nominal.....	63
3.2.2.1.2. Subcapitalização material.....	65
3.2.3. Subcapitalização inicial ou originária .....	66
3.2.4. Subcapitalização sucessiva .....	67
<b>3.3. A desconsideração da personalidade jurídica nos casos de subcapitalização .....</b>	<b>68</b>
3.3.1. A subcapitalização como fundamento único para a desconsideração da personalidade jurídica .....	68
3.3.2. A subcapitalização como desvio de finalidade. ....	71
3.3.3. A subcapitalização como confusão patrimonial.....	72
3.3.4. Subcapitalização Legal .....	74
3.3.5. Subcapitalização simples e qualificada.....	75
3.3.6. Responsabilidade contratual e extracontratual .....	78
<b>4. CONCLUSÃO .....</b>	<b>81</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>83</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O dinamismo e a forte vinculação histórica tornaram o Direito Comercial uma disciplina ímpar e autônoma, incapaz de ser regulada pelo Direito Comum. A multiplicidade de operações mercantis e a ampla autonomia da vontade concedida aos comerciantes fez desse ramo do Direito o mais indicado para o desenvolvimento econômico, inclusive em função de sua relativa estabilidade se comparado a outros ramos do Direito, como o Tributário, por exemplo.

Entretanto, um dos temas que continua a causar perplexidade tanto na doutrina quanto na jurisprudência é o da desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque essa técnica desenvolvida no direito anglo-saxão, em tese, contrariaria um dos princípios mais importantes para o desenvolvimento econômico: a limitação da responsabilidade dos sócios. A aplicação desmedida da *disregard doctrine* acabaria por desestabilizá-lo. Entretanto, as reiteradas decisões judiciais na última década finalmente firmaram, pode-se afirmar, a premissa da excepcionalidade desse instituto.

O presente trabalho aborda, por conseguinte, não a teoria da desconsideração em si, pois tal assunto, a par de já exaurido na doutrina, encontra-se em voo de cruzeiro nos tribunais brasileiros; trata, em verdade, de um fundamento específico que historicamente enseja o “*piercing the veil of corporate entity*” no direito estrangeiro, mas que não está previsto no Código Civil como hipótese para desconsideração e tampouco é explorado com profundidade na doutrina e na jurisprudência brasileira: a subcapitalização societária.

Enfim, a personalidade jurídica de uma sociedade pode ser desconsiderada apenas em virtude de seu capital social insuficiente? Como admitir essa possibilidade em um ordenamento que, ao contrário de muitos outros, não exige sequer um capital mínimo para a constituição da sociedade? Foram essas perguntas que serviram de incentivo para a elaboração dessa dissertação.

No primeiro momento do trabalho, faz-se necessário realizar uma breve retrospectiva histórica acerca da pessoa jurídica, pois é justamente a aceitação desse instituto como sujeito de direito que permite a atribuição de limitação de responsabilidade aos sócios e, por óbvio, sua supressão. As principais teorias da

pessoa jurídica serão abordadas, dando ênfase a qual interesse social predomina em cada concepção desse sujeito de direito.

Ao depois, serão analisadas as características do capital social e sua importante missão à existência do princípio da responsabilidade limitada às sociedades. Esta análise permitirá, outrossim, que se compreenda a importância de um capital social adequado para o desenvolvimento de uma atividade econômica.

Na segunda parte dessa monografia, a par de analisarmos brevemente a evolução da teoria da desconsideração da personalidade e sua posição no Código Civil de 2002, dar-se-á especial ênfase à aplicação dessa teoria nos Estados Unidos da América. Isso porque a jurisprudência desse país é uníssona ao aceitar a subcapitalização como fundamento para a aplicação da *disregard doctrine* e sua teorização pode ser adaptada ao ordenamento jurídico de nosso país.

Por fim, haverá a exposição das modalidades de subcapitalização existentes no nosso ordenamento e no direito comparado, bem assim o pressuposto legal que exige das sociedades com limitação de responsabilidade a devida e a adequada capitalização, a fim de que o capital social esteja em consonância com a atividade econômica explicitada no objeto social. Ao último ponto caberá, enfim, a tarefa de demonstrar as situações que, no Brasil, permitem a desconsideração da personalidade jurídica, a fim de admitir a supressão do princípio de responsabilidade limitada nos casos de subcapitalização societária.

Portanto, a despeito da pouca discussão acadêmica e jurisprudencial desta matéria e da nossa escolha legislativa em não adotar um regime de capital mínimo para as sociedades com responsabilidade limitada, o intuito desse trabalho é (i) demonstrar que é possível aplicar a teoria da desconsideração da pessoa jurídica quando constatada a insuficiência de capital social para o desempenho da atividade e (ii) verificar em quais hipóteses isso é possível.

## 2. A PERSONALIDADE JURÍDICA COMO PRESSUPOSTO DA AUTONOMIA DO CAPITAL SOCIAL

### 2.1. A personalização jurídica

Quando a organização entra em relações com terceiros, é obviamente possível dar um passo ulterior, isto é, ver nela uma pessoa jurídica; conceber o patrimônio da pessoa jurídica como separado ou, até, como completamente separado, dos patrimônios de seus membros; os seus bens como bens da pessoa jurídica, e não como bens em condomínio dos participantes; as suas dívidas como dívidas da pessoa jurídica, e não como dívidas dos que dela participam (...)<sup>1</sup>

Este capítulo não se propõe a buscar a definição de pessoa jurídica, tampouco almeja diferenciá-la do que se entende por pessoa física. Até porque tal intenção esbarraria inevitavelmente no que FREGE chamou de “símbolos incompletos”<sup>2</sup>, ou seja, expressões que não indicam nada com precisão fora de determinado contexto normativo.<sup>3</sup>

Desse modo, torna-se assaz difícil saber o real significado de conceitos jurídicos, vez que eles não são descritos por regras semânticas, mas sim atribuídos por normas do próprio direito.<sup>4</sup> Daí porque é “sem sentido indagar o que é o direito, o que é o Estado, ou o que é a pessoa jurídica isoladamente considerados, como se fossem arquétipos ou entes em si mesmos”<sup>5</sup>.

A despeito da abstração da expressão “pessoa jurídica” quando desacompanhada da norma jurídica que lhe determina, mostra-se pertinente

---

<sup>1</sup> ASCARELLI, Tullio. Contrato Plurilateral. In: **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Saraiva e Cia. Livraria Acadêmica, 1945, p. 313.

<sup>2</sup> FREGE, G. Grundgesetze der arithmetik, I, Jena, Verlag Hermann Pohle, 1893, e Funktion und Begriff, Jena, 1894, *apud* COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2005, p. 341.

<sup>3</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2005, p. 341.

<sup>4</sup> COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 340.

<sup>5</sup> COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 340.

demonstrar a origem e a evolução dessa “crise doutrinária”<sup>6</sup>. Isso porque é justamente a origem dogmática da pessoa jurídica que possibilitará a compreensão da limitação da responsabilidade dos sócios, da autonomia do capital social e, por óbvio, da sua própria desconsideração.

### 2.1.1. Visão histórica

Remonta à antiguidade a atribuição de uma relação jurídica a um grupo de pessoas. Os romanos já diferenciavam situações que se referiam a apenas um indivíduo das que se referiam a um conjunto de pessoas, qualificando-as como *universitas*. O *populus romanus*, a *civitas* e o *municipium* são claros exemplos de situações jurídicas atribuídas a mais de uma pessoa, enfatizando essencialmente a ideia de grupo em detrimento da de indivíduo.<sup>7</sup> A partir do Direito romano se criou a ideia de que são “pressupostos necessários à existência da sociedade a mais perfeita confraternidade e a mais completa cooperação mútua, entre os sócios.”<sup>8</sup>

A despeito disso, não havia entre os romanos o senso de que o grupo era concebido como uma entidade completamente diversa da de seus membros, pois predominava à época uma visão objetiva do direito. Em verdade, a *universitas* era uma coletividade de homens, e não homens que formavam uma nova coletividade.<sup>9</sup>

O Direito Romano, portanto, desconhecia o instituto que hoje chamamos de pessoa jurídica; havia, contudo, entre eles a preocupação de diferenciar – através da nomenclatura, e não do direito – situações jurídicas que, para existir, fazia-se necessária uma coletividade.

Posteriormente, excetuados os estudos da Escola dos Glosadores e Comentadores que se detinham mais atentamente aos estudos do Digesto justinianeu, coube aos estudiosos do Direito Canônico dar o primeiro passo na

---

<sup>6</sup> COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 319.

<sup>7</sup> TONELLO, Matteo. **L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali**. Padova: CEDAM, 1999. p. 12.

<sup>8</sup> ESTRELLA, Hernani. **Curso de direito comercial**. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1973, p. 272.

<sup>9</sup> TONELLO, 1999, p. 13.

evolução da pessoa jurídica, cujo ápice caberia à escola pandectística alemã, já no século XIX.

O ponto de partida dos canonistas foi a busca de uma solução para a legitimação da regra da maioria utilizada na escolha do Líder da Igreja. Necessitava-se, à época, legitimar a autoridade do Santo Padre mesmo que nem todos os Cardeais tivessem escolhido determinado Papa para ser o representante de Cristo na Terra. A decisão não unânime, portanto, colocaria em risco a unidade cristã e da Igreja.<sup>10</sup> As acirradíssimas disputas para alcançar-se a hierarquia máxima daquela Instituição poderiam por em cheque a autoridade papal e da Santa Igreja. Por isso, os juristas canônicos<sup>11</sup> encontraram uma solução um tanto quanto semelhante ao que chamamos hoje de teoria realista de GIERKE:

*la volontà della Chiesa, intesa como comunità fedeli, non è la semplice somma aritmetica delle volontà dei suoi appartenenti, e non è nemmeno la volontà del Santo Patrono che la rappresenta, bensì è la volontà superiore di quella congratio fidelium che San Paolo chiamò 'corpus mysticum Chirsti'.<sup>12</sup>*

Ou seja, a “vontade superior” da entidade não se confunde com a soma das vontades de seus membros, caracterizando, *cum grano salis*, a existência de uma corporificação de indivíduos dotada de vontade própria.

Paralelamente a isso, o tráfico mercantil nas cidades italianas na Idade Média teve fundamental influência na evolução do que hoje chamamos de pessoa jurídica. Sem teorias e abstrações, como o Direito Canônico, um novo direito dinâmico e ágil, com forte influência dos usos e costumes, começa a alterar consideravelmente o formato da atividade econômica. O deslocamento do eixo econômico do campo para as cidades, notadamente as italianas, alterou, sem volta, a economia. No início, as corporações de ofício e o surgimento de uma nova classe social – os comerciantes – acabaram por diversificar a economia. O mercado de câmbio, criado nessa época,

---

<sup>10</sup> TONELLO, 1999, p. 13.

<sup>11</sup> Conforme Matteo Tonello (1999, p. 14), coube a Sinibaldo dei Fieschi (Papa Inocêncio IV) a concretização da teoria da personalização da Igreja, dotada de vontade própria e apartada da de seus membros. Inclusive, atribuiu-se a Sua Santidade a criação da expressão “*universitas fingatur esse una persona*”.

<sup>12</sup> TONELLO, 1999, p. 13-14.

também alternou consideravelmente o modo de fazer comércio.<sup>13</sup> Mas adiante, começam a surgir grandes empresas mercantis, com nome, com sede e com contabilidade diversa da de seus sócios.<sup>14</sup> A companhia, assim como a conhecemos hoje, começa a se desenhar no curso da história. A atividade desenvolvida por essas sociedades representava “a realização de operações vultuosas e duradouras, acabando por sobrepair aos seus criadores”<sup>15</sup>, que, juntamente com a teoria capitalista, acabaria alterando a estrutura econômica para sempre. O resultado é o que temos hoje.

A escola jusnaturalística (Século XVII) também teve fundamental importância para o desenvolvimento da pessoa jurídica, vez que, a partir da noção de que a vontade individual do homem é um direito natural, modificou “o eixo em torno do qual até então todo o sistema jurídico havia girado, movendo-o da norma objetiva à nova figura *subjectum juris*”<sup>16</sup>. Isto é, a ênfase do direito voltou-se à subjetividade jurídica – a pessoa –, buscando justificar a existência de sujeitos de direito além do ser humano.<sup>17</sup>

Mais adiante, o filósofo racionalista Samuel von Pufendorf foi o responsável por inaugurar a ideia unitária de *persona moralis*, independentemente de se tratar de um (pessoa simples) ou de mais seres (pessoas compostas). A partir desse pensamento é que pela primeira vez foi atribuído a uma coletividade os princípios da liberdade e de vontade própria.<sup>18</sup>

Coube, finalmente, à escola Pandectística, já no século XIX, formular definitivamente a teoria da pessoa jurídica, com “situações jurídicas diretamente relacionadas não ao homem individualmente, mas a uma pluralidade de homens”<sup>19</sup>. Os Pandectas encontraram, então, duas possibilidades para justificar a existência de sujeitos de direito diferentes do sujeito do homem, quais sejam, a de que o homem é

---

<sup>13</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**, volume 1: Teoria geral das sociedades - As sociedades em espécie do código civil. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35-40.

<sup>14</sup> ESTRELLA, 1973, p. 289.

<sup>15</sup> ESTRELLA, 1973, p. 290.

<sup>16</sup> MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. Pessoa jurídica: questões clássicas e atuais (abuso – Sociedade Unipessoal - Contratualismo). In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio grande do Sul**. Porto Alegre. Vol. 22 (set. 2002), p. 309.

<sup>17</sup> COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 346.

<sup>18</sup> TONELLO, 1999, p. 16.

<sup>19</sup> MAC-DONALD, 2002, p. 310.

o único sujeito de direito real (e todos os outros são sujeitos artificiais) e a de que todos os sujeitos de direito são reais, e não só o homem.<sup>20</sup> É justamente a partir dessas duas visões de pessoa jurídica que se criaram as teorias da ficção e da realidade.

### 2.1.2. Teoria ficcionista da pessoa jurídica

A proposta de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) sobre a personalidade jurídica procura justificar a existência da pessoa jurídica em uma conjuntura em que o racionalismo jurídico vinha ganhando força, mas que o homem ainda continuava a ser o centro natural de direitos e obrigações. Tentando, então, conciliar o racionalismo jurídico com a importância ainda concedida à figura do homem no direito, von Savigny cria a teoria da ficção.<sup>21</sup>

Para tal teoria, a pessoa jurídica é uma construção técnica jurídica, isto é, um sujeito de direitos e deveres (capacidade jurídica) que inexistia senão por criação do direito. Contudo, justamente por ser uma ficção, o direito atribuiu-lhe apenas a capacidade necessária para que tal instituto cumprisse com suas finalidades econômicas e sociais, dotando-a de autonomia patrimonial. Em suma, enquanto a pessoa jurídica é um sujeito de direito por lei, limitada àquilo que o direito quis; a pessoa física é um sujeito de direito por natureza, com capacidade plena.<sup>22</sup>

A concessão legal de capacidade jurídica, mesmo que restrita às pessoas jurídicas, deveu-se eminentemente à situação econômica da Alemanha à época (não unificada e pré-industrial). A escassez de créditos e a ausência de um mercado nacional e de um sistema bancário sólidos para amparar a industrialização exigiram a invenção do instituto da capacidade patrimonial, com a consequente captação de recursos e sua unificação em um sujeito de direito.<sup>23</sup> Sua importantíssima missão, entretanto, não lhe foi capaz de atribuir um elemento essencial que continuava

---

<sup>20</sup> COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 346-347.

<sup>21</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 215.

<sup>22</sup> TONELLO, 1999, p. 21.

<sup>23</sup> SALOMÃO FILHO, 2002, p. 216.

restrito apenas ao homem – a vontade própria. O Direito a criou em função de sua aptidão de captar recursos por meio de sua capacidade patrimonial própria, mas não para lhe conceder o elemento volitivo. Afinal, como atenta TONELLO:

*È il legislatore che, per soddisfare esigenze imprescindibile della realtà contingente e, in particolare, del commercio giuridico, finge l'esistenza di una sorta di uomo artificiale avente, al pari di quelli veri, attitudine alla titolarità di diritti e doveri.*<sup>24</sup>

Essa ausência de vontade da pessoa jurídica possui outro desdobramento: a íntima relação com a concepção contratualista do interesse social.

O contratualismo, bastante difundido entre os juristas italianos, é a percepção segundo a qual o interesse social se identifica com o de seus membros, de modo que o interesse social não seja “hierarquicamente superior aos dos sócios”<sup>25</sup>. Afinal, se o ente inventado é composto por pessoas dotadas de vontade, e só estas a tem, nada mais do que natural que o interesse social seja aquele que os sócios deliberarem.

Assim, a vinculação entre contratualismo e a teoria da ficção dá-se em função de o direito não ter concedido às pessoas jurídicas uma vontade própria, transformando-as em verdadeiro instrumento de realização dos objetivos dos sócios, estes sim dotados de capacidade jurídica plena e real.

### 2.1.3. Teoria orgânica da pessoa jurídica

Em oposição à teoria da ficcionista *supra* abordada, mas a tendo como ponto de partida, Otto von Gierke (1841-1921) desenvolve a chamada teoria realista ou orgânica da pessoa jurídica.<sup>26</sup>

Para tal concepção, a associação de pessoas ou os entes coletivos possuem vontade própria, transcendente a de seus membros, de modo que o direito apenas

---

<sup>24</sup> TONELLO, 1999, p. 19.

<sup>25</sup> SALOMAO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 26.

<sup>26</sup> Conforme SALOMÃO FILHO (2002, p. 218), é incorreto atribuir a GIERKE a criação de uma teoria específica acerca da pessoa jurídica, pois a pessoa jurídica em si não é o centro de sua teoria, mas sim a concepção de que uma associação de pessoas é capaz de ter vontade própria.

reconhece seu *status* de sujeito de direito, tal como com os homens. Enquanto na teoria ficcionista o direito não concedeu o elemento volitivo à sociedade, por esta ser mero instrumento de realização dos objetivos de seus membros, “Gierke identifica o elemento que confere vontade própria à sociedade na pluralidade de seus componentes”<sup>27</sup>, isto é, a vontade social é diversa da de seus membros justamente em razão do fenômeno associativo.

Inegável, por conseguinte, não vincular a concepção orgânica ao institucionalismo. Isso porque, do mesmo modo que se reconhece uma vontade própria do ente associativo – justamente por o ser –, o interesse social não é aquele de seus membros (únicos com capacidade jurídica plena), mas sim um interesse que lhe é diverso e transcendente. O institucionalismo busca complementar a ideia orgânica, pois, a par de a sociedade ter vontade própria, esta vontade está acima aos interesses dos sócios, assumindo, conforme observou ZANINI, “*munus* de natureza quase pública, uma vez que o interesse da empresa se aproxima ao da comunidade”.<sup>28</sup>

Em suma, pode-se referir que para a teoria de SAVIGNY a sociedade era tida como heterogênea, compreendendo não só pessoas naturais (sócios) mas também uma entidade artificial (sociedade) cujo interesse coincide ao daqueles; já para a teoria de GIERKE, a associação criava uma sociedade orgânica homogênea dotada de vontade própria, real e transcendente aos de seus integrantes. Entretanto, “*la teoria della finzione e della realtà sono solitamente presentate come due modo contrapposti de intendere il fenomeno degli enti collettivi*”<sup>29</sup>. Isso porque a teoria realista não deixa de adotar uma premissa ficcionista, já que, ao fim, compete ao legislador definir e estipular os limites do reconhecimento da vontade própria desse novo ente.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> SALOMÃO FILHO, 2002, p. 218.

<sup>28</sup> ZANINI, Carlos Klein. **A dissolução judicial da sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 95.

<sup>29</sup> TONELLO, 1999, p. 29.

<sup>30</sup> SALOMÃO FILHO, 2005, p. 218.

#### 2.1.4. Teorias do patrimônio de afetação

As teorias do patrimônio de afetação foram desenvolvidas principalmente por Brinz e Bekker a partir da mesma premissa adotada pela teoria da ficção: “a existência de patrimônios que não podem ser atribuídos aos homens”.<sup>31</sup> Além disso, também possuem os autores forte vinculação com o princípio naturalístico de que apenas os homens são sujeitos de direitos e obrigações. Entretanto, a despeito de forte vinculação com a proposição de Savigny, tais autores não admitem que a simples invenção legislativa de um novo sujeito de direito dotado de capacidade patrimonial seja a solução para o problema naturalístico de que apenas o homem deve ter atenção do direito.

Desse modo, não só a existência de bens basta para a existência de um patrimônio, mas também a relação de atribuição entre os bens e algum fim. Isto é, os patrimônios individuais em nada se assemelham com um patrimônio destinado a um fim, pois este, a par de não pertencer a ninguém, serve exclusivamente para a realização de uma função. Portanto, a distinção essencial agora não é a de pessoas, mas sim de patrimônios.<sup>32</sup>

Brinz foca, por conseguinte, toda a sua teoria sobre o patrimônio e sua vinculação a algum fim, admitido, inclusive, a personificação desse patrimônio. Neste ponto, importante frisar que a personificação é elemento posterior e subordinada à existência de um patrimônio afetado, e não contrário, de modo que as coisas pertencem a um fim, e não a algum ente. Vale citar as palavras de TONELLO a esse respeito:

*La persona giuridica è un'unità patrimoniale che trova la sua ragion d'essere in un fine; il fine può essere sia individuale che collettivo: dunque la persona giuridica può essere tanto una collettività di uomini che un uomo singolo: dunque il diritto non conosce che persone giuridiche!*<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> SALOMAO FILHO, 2002, p. 145.

<sup>32</sup> TONELLO, 1999, p. 25.

<sup>33</sup> TONELLO, 1999, p.25.

Bekker, todavia, relativiza a noção de que o patrimônio destinado a um fim não possui titularidade. Uma interessante contribuição desse autor é justamente a relação de vinculação entre o fim do patrimônio e o fim de seu titular. Em uma sociedade anônima, por exemplo, a separação patrimonial entre o titular e o patrimônio destinado a um fim (sociedade) é máxima, podendo-se, portanto, cogitar em limitação de responsabilidade; já no caso de um comerciante individual, a relação entre finalidade patrimonial e finalidade particular é tão íntima que não se pode concluir pela responsabilidade limitada.<sup>34</sup>

Por fim, não se poderia deixar de referir a contribuição de Bonelli para o desenvolvimento dessas teorias. Para esse autor, a autonomia patrimonial é a característica fundamental da personalidade, de modo que a personificação é justamente a atribuição de autonomia patrimonial à realização de um propósito específico, por meio de uma criação legal.

## 2.2. Capital social e sua função

*Esso [capital social] compie la funzione di moderatore legale e contabile della vita sociale.*<sup>35</sup>

Este capítulo encontra-se após a abordagem das teorias da pessoa jurídica e sua evolução não por acaso. Foi justamente em razão do desenvolvimento deste novo *sujeito de direito* é que lhe foi possível imputar a titularidade de um patrimônio distinto do de seus sócios. Os credores da sociedade, pois, deverão executar exclusiva ou preferencialmente o patrimônio social, e não mais o patrimônio individual dos sócios. Como muito bem refere GARRIGUES, “a concessão da personalidade jurídica se traduz necessariamente em outro dado muito importante: a

---

<sup>34</sup> SALOMAO FILHO, 2002, p. 147.

<sup>35</sup> VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**, volume 2. 5.edriv.ampl. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1922-1926. 4 v. p. 192.

autonomia patrimonial, que se combina com o princípio da fixidez do capital social, estabelecido como garantia dos credores”.<sup>36</sup>

Antes de se examinar mais detalhadamente a importância do capital e patrimônio sociais, bem assim seus pressupostos e fundamentos, cumpre-se pontuar duas observações indispensáveis para a adequada compreensão da matéria:

Por primeiro, a atribuição da personalidade jurídica no direito brasileiro, constituída a partir do registro na junta comercial, não pressupõe a limitação da responsabilidade, mas sim a existência de um patrimônio diverso do dos sócios.

Por segundo, a existência de um patrimônio distinto não implica, em absoluto, em limitação da responsabilidade dos sócios. Apenas em alguns tipos societários é que o direito, excepcionalmente, confere o privilégio de os sócios não responderem com seu patrimônio pessoal por débitos das sociedades. Nas sociedades a que não é concedido tal benefício, o patrimônio individual dos sócios será executado subsidiariamente, apenas se o patrimônio social for insuficiente para adimplemento das obrigações societárias.

Visto isso, por que, afinal, a autonomia patrimonial e sua integridade são elementos indispensáveis para que se tenha o princípio da limitação da responsabilidade?

### 2.2.1. Definição

As sociedades comerciais buscam desenvolver uma atividade econômica e, por consequência, gerar lucro. Para isso, bens e recursos financeiros são os instrumentos básicos para a consecução dessa importante missão. O capital social, portanto, assume fundamental posição tanto na constituição de uma sociedade como também durante sua vida, pois ele corresponde justamente ao valor estimado pelos sócios que permitirá a realização do objeto social. Conforme CARVALHOSA, capital social é a “parcela do valor das ações subscritas que os acionistas vinculam,

---

<sup>36</sup> GARRIGUES. Joaquim. **Problemas atuais das sociedades anônimas**. Tradução: Norberto Caruso Mac-Donald. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 1982, p. 41.

na constituição e em cada aumento (arts. 13 e 14), ao negócio empresarial que constitui o objeto da companhia.”<sup>37</sup>

Entretanto, não se pode confundir a ideia de capital social com a de patrimônio da empresa, visto que tanto contábil quanto juridicamente suas diferenças são imensas. Imprescindível, pois, diferenciar a noção de **patrimônio social** e **capital social**, para o quê vale-se das palavras de GALGANO:

*La prima indica um complesso di beni, siano essi denaro o, come nel caso di conferimenti in natura, altri beni mobili o immobili; la seconda designa, invece, una entità numerica, la quale esprime in termini monetari il valore complessivo dei conferimenti promessi (capitale sottoscritto) o eseguiti dai soci (capitale versato); ed una entità numérica cui la legge attribuisce il carattere di elemento essenziale dell'atto costitutivo delle società: l'art. 2328, n. 4<sup>38</sup> (...). A differenza del **patrimonio sociale**, che varia nel tempo in conseguenza delle vicende economiche della società, il **capitale sociale** é una entità rigida: occorre, per modificarlo, una deliberazione assembleare che riformi l'atto costitutivo.*<sup>39</sup>

Por isso, afirma-se que o patrimônio social corresponde a uma universalidade de direitos passível de variação no tempo – dinâmico –, e o capital social é o montante fixo subscrito pelos sócios na constituição da sociedade.

Dessarte, os sócios, assim que integralizado o capital nominal, poderão convertê-lo em bens indispensáveis para o desenvolvimento da atividade social (capital real), composto por caixa, ativo imobilizado, ativo mobilizado, bens diversos, etc. Isso tudo corresponderá ao ativo da sociedade. No que tange ao capital nominal, este constará do balanço financeiro na coluna dos passivos<sup>40</sup>, justamente

---

<sup>37</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 101.

<sup>38</sup> Corresponde ao disposto no artigo 1.088 do Código Civil brasileiro e nos artigos 5º e 6º da Lei das Sociedades Anônimas, Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976:

“**Art. 1.088.** Na sociedade anônima ou companhia, o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir.”

“**Art. 5º** O estatuto da companhia fixará o valor do capital social, expresso em moeda nacional.

Parágrafo único. A expressão monetária do valor do capital social realizado será corrigida anualmente (artigo 167).”

“**Art. 6º** O capital social somente poderá ser modificado com observância dos preceitos desta Lei e do estatuto social (artigos 166 a 174)”

<sup>39</sup> GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale**. 4.ed. Padova : CEDAM, c2004. v.3,t.2., p. 12. Grifou-se.

<sup>40</sup> Em verdade, sob a ótica contábil, o capital social será inserido no campo patrimônio líquido, este sim inserido na coluna dos passivos do balanço financeiro.

por ser ele a salvaguarda dos interesses de terceiros e da própria sociedade, como meio de conservação de parte do patrimônio social, em obediência aos princípios da integridade do capital social, da fixidez do capital social contratualmente estipulado e da subscrição integral do capital social. Nesse sentido refere PORTALE:

*Il principio della fissità e quello de sua iscrizione nella colona del passivo dello stato patrimoniale hanno portato il capitale nominale ad assumere una funzione determinante nella struttura organizzativa dell'attività sociale come strumento di controllo dei mezzi ad essa destinati dai soci. E ciò in funzione di salvaguardia sia dell'interesse dei terzi (e del mercato) [...]*<sup>41</sup>

Outro aspecto que se merece destacar é a relação existente entre capital nominal e patrimônio durante a vida social. Pode-se afirmar que apenas na constituição da sociedade é que o capital nominal será idêntico ao capital real. Isso porque com o desenvolvimento da atividade social, os balanços sucessivos podem indicar **(i)** a obtenção de lucro (hipótese em que o capital real será maior que o capital nominal: patrimônio líquido positivo) ou **(ii)** a existência de prejuízo (hipótese em que o capital real será menor que o capital nominal: patrimônio líquido negativo).

No Brasil, não há a exigência de que para se constituir uma sociedade de um capital nominal mínimo ou de um capital máximo<sup>42</sup>. Compete aos sócios averiguar o montante adequado para a possível realização do objeto social. Tal ponto será oportunamente tratado na segunda parte deste trabalho, pois está intrinsecamente relacionado aos casos de subcapitalização legal, item 3.2.1. *infra*.

O Capital social representa não só funções internas à sociedade como também funções externas. Conforme VERÇOSA<sup>43</sup>, **(i) internamente** o capital nominal desempenha a função (a) de produção – utilização do capital social para

---

<sup>41</sup> PORTALE, Guiseppe B. Capitale sociale e società per azione sottocapitalizzata. In **Rivista delle Società**; Anno 36, Fasc., 1, genn. /febr. 1991, p. 8.

<sup>42</sup> Exceção à regra é a recente e salutar possibilidade de se constituir empresa individual de responsabilidade limitada, em que há a expressa determinação de que o capital social mínimo seja social superior a 100 (cem) salários mínimos. A Lei Federal nº 12.441 de 11 de julho de 2011 inclui no Código Civil de 2002 o artigo 980-A, com seguinte redação:

**“Art. 980-A.** A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.”

<sup>43</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**, volume 1 : Teoria geral das sociedades - As sociedades em espécie do código civil. 2. ed. rev. atual. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 122-123.

desenvolvimento da atividade prevista no objeto social a fim de propiciar a geração e lucros – e (b) de organização, vez que ele representa a formação do poder político dentro da sociedade, porquanto é justamente o modo de divisão do capital nominal que constituirá o poder de controle e as minorias; **(ii) externamente**, todavia, pode-se afirmar que o capital social serve de garantia mínima<sup>44</sup> aos credores e aos terceiros, já que, como o capital social este inscrito no passivo da sociedade, para que haja distribuição de lucros, o capital real ativo deve superar o capital real passivo em pelo menos o valor do capital nominal, de modo que haja lucro líquido no exercício.

### 2.2.2. A integridade do capital social como pressuposto da limitação da responsabilidade dos sócios.

Entende-se, de modo simplista, por limitação da responsabilidade o impedimento de os credores executarem o patrimônio dos sócios por dívidas da sociedade. Entretanto, isso não quer dizer que o sócio não seja responsável pela efetiva integralização das quotas ou das ações por ele subscritas.

O princípio da integridade do capital social representa o pressuposto básico para que o direito conceda e permita a limitação da responsabilidade dos sócios, porquanto ele é o meio capaz de garantir e tutelar minimamente terceiros. A esse respeito, cristalinos são os ensinamentos de ZANINI ao afirmar que “é preciso ter claro que a tutela da integridade do capital social representa uma contrapartida a um dos mais caros princípios do direito societário, o da limitação da responsabilidade

---

<sup>44</sup> Em verdade, é o capital real a verdadeira garantia dos credores e de terceiros, normalmente superior ao capital nominal em sociedades bem sucedidas em suas atividades. Entretanto, o capital nominal serve de garantia suplementar, pois como ele consta registrado como uma “*cifra de retenção*” no passivo (balanço), é o valor mínimo com os quais os credores sociais podem contar para exigir seus créditos (VERÇOSA, 2010, p. 122-123). Ainda, GARRIGUES (1982, p. 41) nos lembra que “*quando falamos, pois, de responsabilidade limitada, pensamos nos acionistas, não na sociedade. Dizer que a sociedade anônima é uma sociedade limitada induz, talvez, em um equívoco que convém desfazer. A sociedade anônima não responde limitadamente por suas dívidas; responde ilimitadamente com todos os seus bens presentes e futuros, como diz o artigo 1911 [Código Civil italiano] de nosso Código Civil. São os sócios que respondem limitadamente com a contribuição trazida à sociedade; se a fizeram, não respondem por mais nada; se não a fizeram, terão de fazê-la para completá-la.*”

dos sócios”<sup>45</sup>, deixando mais claro ainda ao aduzir que “a tutela da integridade do capital social e o princípio da responsabilidade limitada seriam, dessarte, como que o verso e o averso de uma moeda.”<sup>46 47</sup>

Por essa razão o direito dispõe de regras que visam a proteger o capital nominal de eventuais práticas indesejáveis dos sócios, em detrimento da sociedade, dos demais sócios e, eminentemente, dos credores sociais. Neste ponto, pode-se citar a proibição de distribuição de dividendos que não decorram de lucro efetivamente realizado<sup>48</sup>; a obrigatoriedade de constituição de uma reserva legal e de uma retenção de lucros<sup>49</sup>; a existência de normas que tutelam os credores sociais em caso de redução de capital nominal<sup>50</sup>, etc. Todas essas disposições visam a

<sup>45</sup> ZANINI, 2005, p. 131.

<sup>46</sup> ZANINI, 2005, p. 131.

<sup>47</sup> Ao encontro das observações de ZANINI, Giuseppe PORTALE refere em sua obra que o capital é considerado “*come un complesso di beni destinate, già nel momento della costituzione della società e poi per tutta la durata di questa, alla garanzia diretta dei creditori sociali, come rimedio al beneficio della limitazione della responsabilità di tutti i soci*” (PORTALE, 1992, p. 15).

<sup>48</sup> Nesse sentido, é a disposição do artigo 201 da Lei das Sociedades Anônimas, que autoriza a distribuição e dividendos apenas em caso de realização e lucro líquido:

**“Art. 201.** *A companhia somente pode pagar dividendos à conta de lucro líquido do exercício, de lucros acumulados e de reserva de lucros; e à conta de reserva de capital, no caso das ações preferenciais de que trata o § 5º do artigo 17.*

**§ 1º** *A distribuição de dividendos com inobservância do disposto neste artigo implica responsabilidade solidária dos administradores e fiscais, que deverão repor à caixa social a importância distribuída, sem prejuízo da ação penal que no caso couber.”*

<sup>49</sup> Na forma do artigo 193 da Lei das Sociedades Anônimas, 5% por cento do lucro deverá ser reservado para a constituição da reserva legal:

**Art. 193.** *Do lucro líquido do exercício, 5% (cinco por cento) serão aplicados, antes de qualquer outra destinação, na constituição da reserva legal, que não excederá de 20% (vinte por cento) do capital social*

(....)

**§ 2º** *A reserva legal tem por fim assegurar a integridade do capital social e somente poderá ser utilizada para compensar prejuízos ou aumentar o capital.*

<sup>50</sup> Por força do artigo 174 da Lei das Sociedades Anônimas, os credores detentores de títulos anteriores à redução do capital social, poderão opor-se à redução:

**Art. 174.** *Ressalvado o disposto nos artigos 45 e 107, a redução do capital social com restituição aos acionistas de parte do valor das ações, ou pela diminuição do valor destas, quando não integralizadas, à importância das entradas, só se tornará efetiva 60 (sessenta) dias após a publicação da ata da assembléia-geral que a tiver deliberado.*

**§ 1º** *Durante o prazo previsto neste artigo, os credores quirografários por títulos anteriores à data da publicação da ata poderão, mediante notificação, de que se dará ciência ao registro do comércio da sede da companhia, opor-se à redução do capital; decairão desse direito os credores que o não exercerem dentro do prazo.*

**§ 2º** *Findo o prazo, a ata da assembléia-geral que houver deliberado à redução poderá ser arquivada se não tiver havido oposição ou, se tiver havido oposição de algum credor, desde que feita a prova do pagamento do seu crédito ou do depósito judicial da importância respectiva.*

garantir que o patrimônio líquido não seja menor que o capital nominal, já que “a responsabilidade limitada do acionista (...) é fundada no princípio da integridade do capital social, como margem mínima de solvabilidade da companhia”.<sup>51</sup>

O princípio da responsabilidade limitada mostra-se como excepcional no ordenamento jurídico, porquanto a limitação da responsabilidade contrasta com o princípio geral de que cada um deve responder com a totalidade de seu patrimônio por suas dívidas.<sup>52</sup> Tanto que apenas três tipos societários a admitem: sociedade anônima, sociedade limitada (aqui compreendida a recente empresa individual de responsabilidade limitada) e a sociedade em comanditas por ações, quanto aos sócios não administradores. Já entre as sociedades que não admitem a limitação da responsabilidade temos: a sociedade em comum, sociedade em conta de participação, sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade cooperativa. Ao empresário individual também não é concedido o direito de limitação de responsabilidade.<sup>53</sup>

A excepcionalidade de se permitir a constituição de um patrimônio separado e autônomo deve-se a concessão de um privilégio, derivado de ato Estado para sua viabilidade jurídica. Desde a criação das Companhias das Índias no século XVII, é que tal privilégio é permitido em razão de atos legislativos especiais, em detrimento de normas gerais que preveem a responsabilidade integral do homem por seus próprios atos.<sup>54</sup>

Para ASCARELLI, tanto a atribuição de personalidade jurídica quanto a autonomia patrimonial são meros instrumentos necessários para que seja reconhecida a responsabilidade limitada.<sup>55</sup> É o que diz o autor:

Afinal, cumpre não esquecer que, atrás da sociedade, há os sócios; que a personalidade da sociedade e o patrimônio separado

---

**§ 3º** *Se houver em circulação debêntures emitidas pela companhia, a redução do capital, nos casos previstos neste artigo, não poderá ser efetivada sem prévia aprovação pela maioria dos debenturistas, reunidos em assembléia especial.*

<sup>51</sup> COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 448.

<sup>52</sup> ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 464.

<sup>53</sup> VERÇOSA, 2010, p. 72-73.

<sup>54</sup> GALGANO, Francesco. **La globalizzazione nello specchio del diritto**. Bologna: Saggi, 2005, p. 158.

<sup>55</sup> ASCARELLI, 2001, p. 465.

constituem afinal, meios técnicos para disciplinar o exercício do comércio por parte dos sócios com responsabilidade limitada.<sup>56</sup>

A ideia de que a responsabilidade limitada é fruto da criação ou do reconhecimento da pessoa jurídica não é verdadeira. Isso porque “a concepção de uma sociedade como pessoa jurídica não constitui o fundamento da limitação da responsabilidade, mas sua justificação teórica dada *a posteriori*”<sup>57</sup>. Até porque, no direito brasileiro, há sociedades dotadas de personalidade jurídica em que não lhes são concedidas um patrimônio autônomo e independente. Ademais, quando se fala de uma sociedade anônima, pode-se superar, conforme MAC-DONALD, citando GALGANO<sup>58</sup>, a ideia de limitação de responsabilidade como um privilégio, pois a pessoa jurídica, por si só, transforma-se na aplicação do princípio da limitação da responsabilidade.<sup>59</sup>

Outro pressuposto para a concessão da responsabilidade limitada é “o sistema de publicidade” exigido pelo direito para alguns atos societários.<sup>60</sup> A limitação da responsabilidade patrimonial é proporcional ao nível de publicidade exigida, a fim de que quanto maior a limitação conferida, maior a publicidade exigida.

A constituição de um patrimônio separado e a integridade do capital social dependem eminentemente de um sistema que propicie a terceiros informações suficientes acerca das condições econômicas e institucionais da sociedade. O “sistema de publicidade” atinge, na sociedade anônima, o seu auge, já que na Sociedade por Ações é possível a alteração do quadro societário independentemente de reforma de seu estatuto e, principalmente, em virtude da facilitada circulação das ações por meio de títulos de crédito.<sup>61</sup>

---

<sup>56</sup> ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo : Saraiva, 1947, p. 151.

<sup>57</sup> MAC-DONALD, 2002, 313.

<sup>58</sup> GALGANO, Francesco. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, p. 105-106.

<sup>59</sup> MAC-DONALD, 2002, p. 313: “Graças ao conceito de pessoa jurídica, a responsabilidade limitada do acionista pôde não mais ser considerada, como foi um tempo, um benefício em sentido próprio, ou seja, um privilégio, uma exceção ao princípio geral da ilimitada responsabilidade patrimonial. Transforma-se, ela própria, em aplicação do princípio geral: possibilita argumentar que, em uma sociedade por ações, o sócio não responde pelas obrigações sociais com seu patrimônio pela natural razão de se tratar de obrigação alheia, isto é, pela mesma razão que um cidadão ‘A’ não responde pelas obrigações do cidadão ‘B’.”

<sup>60</sup> ASCARELLI, 2001, p. 465.

<sup>61</sup> ASCARELLI, 1947, p. 145-146.

Na defesa da integridade do capital nominal, a publicidade permite que terceiros e os próprios sócios tenham maior controle sob a gestão da sociedade (principalmente se consideramos os acionistas minoritários como sócios indiferentes à “marcha da sociedade”,<sup>62</sup> unicamente interessados em investir suas economias do modo mais rentável possível).

A tutela do capital social possui outra função: reduzir a dificuldade existente entre garantir que terceiros e os próprios acionistas tenham conhecimento acerca do desenvolvimento da atividade social e a contínua variação do patrimônio social. É que, ante a inviabilidade técnica de se publicizar o capital real, o capital nominal, **íntegro e fixo**, baliza justamente aquele impasse. Por esse motivo que ASCARELLI, brilhantemente, assim refere:

Será, então, possível, de um lado, tutelar terceiros quanto às variações do patrimônio social, de outro lado, proporcionar-lhes um meio de acompanhar a gestão da sociedade, respeitada, entretanto, a necessária elasticidade dessa e evitada a interferência dos terceiros ou de autoridades de controle no que lhe diz respeito.<sup>63</sup>

Portanto, a excepcionalidade da concessão da limitação patrimonial dos sócios por dívidas sociais pelo Estado somente é viável ante a existência de um capital nominal íntegro e fixo, tutelado pelo princípio de sua publicidade e por diversas normas jurídicas existentes para garantir tal objetivo.

### 2.2.3. Garantia em face de credores e de terceiros

De tudo afirmado acima, inquestionável que o capital social desempenha a importante missão de tutelar suplementarmente terceiros, oferecendo-lhes um mínimo de capital exclusivamente destinado a garantir as dívidas sociais. Até porque, como já dito, é o patrimônio social que responde pelas dívidas sociais, e não o capital social.

---

<sup>62</sup> GARRIGUES, 1982, p. 26.

<sup>63</sup> ASCARELLI, 2001, 466-467.

Não obstante, a doutrina mais moderna e especializada, relativiza, e muito, a concepção de que o capital é a garantia principal dos credores. Isso porque haveria a “possibilidade de serem integralizados bens insuscetíveis de expropriação por eventuais credores sociais, e do fato de que tais bens poderiam, com o passar do tempo, ter seu valor reduzido em relação ao valor de ingresso”.<sup>64</sup> Ora, já se viu que existem normas explícitas no ordenamento jurídico brasileiro a tutelar o capital social, mas, com efeito, não há no Brasil regras no sentido de exigir (i) que os bens aportados pelos sócios sejam expropriáveis<sup>65</sup> e (ii) que sejam realizadas avaliações periódicas dos bens (exceto dinheiro e crédito) subscritos a fim de averiguar eventuais desvalorizações monetárias ou do próprio mercado sobre os bens. Essa fragilidade aumenta mais ao se considerar que inexiste no direito brasileiro obrigação de os sócios complementarem o capital social em caso de o capital nominal atingir um valor inferior ao patrimônio líquido, ou seja, em caso de prejuízo.

Interessante trazer a lume a disposição do artigo 20 expressa no Código das Sociedades Comerciais de Portugal, em que se determina (i) a subscrição de bens suscetíveis de penhora e (ii) o aporte de capital:

Artigo 20.º  
(Obrigações dos sócios)

Todo o sócio é obrigado:

- a) A entrar para a sociedade com bens susceptíveis de penhora ou, nos tipos de sociedade em que tal seja permitido, com indústria;
- b) A quinhoar nas perdas, salvo o disposto quanto a sócios de indústria.<sup>66</sup>

Não fosse isso, há ainda outra agravante à ineficácia da função externa do capital social – “a alavancagem das companhias consistente na concentração do financiamento das atividades sociais através da contratação de dívidas, ao invés de se utilizarem recursos próprios provenientes de aportes dos sócios”, referida por ZANINI.<sup>67</sup> Nesse sentido, atualmente tem-se percebido que as sociedades comerciais vêm financiando seus futuros projetos não por meio de capitalização

---

<sup>64</sup> ZANINI, 2005, p. 138.

<sup>65</sup> PORTALE, 1991, p. 16-17.

<sup>66</sup> Decreto-Lei n.º 262/86, de 02 de setembro de 1986. Código das Sociedades Comerciais. Diário da República.

<sup>67</sup> ZANINI, 2005, p. 140.

societária, mas sim por meio de financiamentos obtidos para a realização de um fim específico.<sup>68</sup> Desse modo, a garantia dos credores que antes se alocava exclusivamente no patrimônio da sociedade, agora se translada para a “viabilidade do projeto”. É isso o que a doutrina vem cunhando de *project finance*.<sup>69</sup>

*The term Project finance is used to refer to a wide range of financing structures which have one feature in common: the financing is not primarily dependent on the credit support of the sponsors or the value of the physical assets involved. In a project financing, those providing the senior debt place a substantial degree of reliance on the performance of the project itself.*<sup>70</sup>

Ante todo o exposto, mesmo se admitindo as pertinentes e substanciais críticas elencadas por PORTALE e por ZANINI ao refugar a ideia de que o capital social desempenha eminentemente a função de tutelar terceiros, não se pode olvidar que o capital nominal representa uma mínima garantia aos credores. Isso porque, mesmo que não na intensidade defendida por parte da doutrina, ele ao menos confere aos credores um “índice da solvabilidade social”<sup>71</sup>, na medida em que ele demonstra e gradua a diferença entre ativo e passivo sociais.

#### 2.2.4. A limitação da responsabilidade como fator de progresso

Como visto, não se pode cogitar de limitação da responsabilidade dos sócios sem que se tenha um capital social íntegro e autônomo, pois é justamente essa combinação que permitiu, principalmente no casos das sociedades anônimas, o

---

<sup>68</sup> Até mesmo no Brasil o *project finance* vem ganhando força. Apenas a título de exemplificação, o financiamento concedido por grupos econômicos às recentes construções no estádio do Grêmio e do Internacional em Porto Alegre apenas tornaram-se possíveis em razão (i) da viabilidade do projeto – haja vista que ambos os clubes de futebol jamais teriam condições de garantir o pagamento dos valores envolvidos, ante suas fragilidades econômicas e patrimoniais, e (ii) da concessão do direito de uso e de fruição de parte das novas instalações para o ente financiador, seja por meio da participação de lucros, seja por meio de exploração de atividades econômicas, como hotéis, shoppings centres, etc.

<sup>69</sup> ZANINI, 2005, p. 140.

<sup>70</sup> CHANCE, Clifford (org.). *project finance*. London: IFR, *apud* ZANINI, 2005, p. 140.

<sup>71</sup> ASCARELLI, 1947, p. 153.

grande desenvolvimento econômico que vimos desde os anos 1800.<sup>72</sup> No mesmo sentido é o brilhante ensinamento de COMPARATO, defendendo que “a responsabilidade limitada é fator de progresso econômico, pois, permitindo um maior fluxo de capitais para as atividades produtivas, contribui para uma redução relativa de custos e preços”.<sup>73</sup>

A revolução industrial do século XIX somente acarretou grandes mudanças econômicas em virtude da difusão das sociedades com responsabilidade limitada, principalmente as sociedades anônimas. É que apenas este tipo societário é capaz de conciliar diversos elementos indispensáveis para o progresso econômico, como (i) o recolhimento de grandes somas de dinheiro das mais diversas camadas sociais, (ii) o desenvolvimento de um mercado de capitais, (iii) a livre circulação de ações, (iv) a mitigação dos riscos e, por óbvio, (v) a limitação da responsabilidade ao montante subscrito pelo sócio.<sup>74</sup>

A industrialização e a criação de instalações industriais apenas tornam-se possíveis com a unificação de recursos aportados por indivíduos ou pequenos grupos societários, os quais não teriam condições de, isoladamente, constituir uma sociedade com tal ambição.<sup>75</sup> Consequentemente, é a limitação da responsabilidade que permitirá com que pessoas desconhecidas (sem qualquer *affectio societates*) unam-se em prol de uma sociedade que nem por eles será administrada. Isso porque, em uma sociedade capitalista, apenas a concessão da responsabilidade permite reduzir custos da separação entre propriedade e controle, porquanto mitiga substancialmente o controle (i) dos acionistas entre si e (ii) da própria gestão da sociedade.<sup>76</sup>

Não menos importante é existência de um título valor – a ação – que confira titularidade de uma fração ideal desta sociedade ao acionista. Isso porque esse verdadeiro título cambial, a par de criar um mercado de capitais, possibilita sua livre circulação independentemente de responsabilidade. Afinal, sendo a ação um típico

---

<sup>72</sup> Neste ponto, importante ressaltar que a generalização das sociedades anônimas também foi fruto, desde o Código napoleônico, de sua constituição independentemente da permissão do Estado ou de um ato legislativo especial, sendo que a mera obediência à forma prescrita em lei permitiria a constituição de uma sociedade anônima (ASCARELLI, 2001, p. 464).

<sup>73</sup> COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 447.

<sup>74</sup> MAC-DONALD, 2002, p. 315.

<sup>75</sup> ASCARELLI, 1947, p. 144

<sup>76</sup> MAC-DONALD, 2002, p. 316.

título de crédito, é pressuposta da livre negociação e circulação a garantia de que o endossatário não responda por dívidas e obrigações do endossante, assim como o adquirente de uma ação não responda pelas obrigações do alienante – o que apenas é viável em função da limitação de responsabilidade.<sup>77</sup>

Não fosse tudo isso, a existência de um título de crédito por de trás da constituição da sociedade permite ainda a efetiva limitação de riscos ao investidor. A limitação da responsabilidade àquilo (quantidade de ações subscritas) que o próprio sócio estipulou é fator fundamental e indispensável para que a sociedade empresária cumpra sua missão – a geração de riqueza. A prévia estipulação pelo sócio do montante que ele deseja investir serve de verdadeiro estímulo a sua participação e a sua vontade de contribuir financeiramente com a sociedade, pois, a par de socializar o risco e os custos dos investimentos – viabilizando o desenvolvimento de uma atividade impossível de ser desenvolvida individualmente, ele saberá previamente que, em caso de insucesso, seu patrimônio individual não estará comprometido.

Por conseguinte, a limitação da responsabilidade e a autonomia do capital social são elementos indispensáveis para o desenvolvimento econômico e social, de modo que compete ao direito incentivá-las. Entretanto, esses mesmos pressupostos responsáveis pela transição de uma economia feudal para uma industrial e tecnológica, muitas vezes são utilizados como instrumento para enriquecimento ilícito dos sócios, em detrimento da própria sociedade<sup>78</sup> e, principalmente, de terceiros, seja por práticas abusivas seja por confusão patrimonial. Por isso que o próprio ordenamento jurídico criou mecanismos hábeis a (i) incentivar a responsabilidade limitada e, concomitantemente, (ii) coibir seus desvios, por meio da técnica da *disregard doctrine*.

---

<sup>77</sup> ASCARELLI, 1947, p. 144

<sup>78</sup> Ainda mais se considerada a concepção institucionalista (com presença no direito brasileiro) que relaciona a função da empresa com interesses não só dos sócios, mas com um interesse que lhes transcende e que se aproxima de um verdadeiro interesse público.

### 3. A SUBCAPITALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

#### 3.1. A desconconsideração da personalidade jurídica

*The issue in piercing the corporate veil cases is whether a shareholder should be held personally liable for a corporate obligation.*<sup>79</sup>

Após breve análise da evolução história da personalidade jurídica e de sua importância para conceitos como o de autonomia patrimonial e de responsabilidade limitada, é necessário referir que, eventualmente, a pessoa jurídica é utilizada não com o intuito de contribuir com a geração de riqueza, mas sim a fim de fraudar a lei e causar danos a terceiros. Em vista dessas situações especiais é que surgiram movimentos no sentido de “*lift the corporate veil*”, ou seja, retirar momentaneamente a eficácia da separação patrimonial e da limitação da responsabilidade a fim de se promover justiça.<sup>80</sup> Afinal, “somente partindo da afirmação da validade geral da *limited liability doctrine* é possível encarar o *lifting the veil* como seu corolário, ou seja, como resposto do ordenamento às exigências de justiça substancial.”<sup>81</sup>

Por isso, foi justamente no âmbito do Common Law que surgiram os primeiros casos em que houve a superação do véu societário. Antes mesmo da primeira sistematização da teoria da Disregard Doctrine por Rudolf Serick, já em meados do século passado.

##### 3.1.1. Precedentes históricos

---

<sup>79</sup> HAMILTON, Robert W. **Cases and materials on corporations: including partnerships and limited liability companies**. 8th. ed. Saint Paul, Minn.: Thomson, c2004, p. 321.

<sup>80</sup> MAC-DONALD, 2002, p. 316.

<sup>81</sup> MANES, Paula. La teoria del lifting the veil of incorporation in Inghilterra. *Contratto e Impresa*, Padova, v. 15, nº 2, p. 718-829, magg.-ago, 1999, *apud* MAC-DONALD, 2002, p. 316.

### 3.1.1.1. *Bank of United States v. Deveaux* [1809] 9 U.S. 61

Conforme KOURY<sup>82</sup>, o primeiro caso em que houve a efetiva desconsideração da personalidade jurídica foi o de *Bank of United States v. Deveaux*. Mesmo que a questão central da lide residisse na determinação da competência federal ou estadual para julgar o caso, era justamente a manutenção ou a desconsideração da personalidade jurídica do Banco dos Estados Unidos que determinaria a competência.

O *Bank of United States*, incorporado sobre as leis do Estado da *Pennsylvania*, ingressou com ação em face de Roberto Deveaux, cidadão do Estado da *Georgia*, por suposta apropriação ilegal de três mil dólares em prata de propriedade do Banco. O réu, em sua defesa, alegou a incompetência da Corte Federal para julgar o caso, visto que a maioria dos sócios do banco, assim como ele, era originária do Estado da *Georgia*, não sendo determinante o fato de a incorporação ter-se dado em outro estado. Isso porque a lei americana dispõe que compete às Cortes federais o julgamento de questões envolvendo cidadãos de diferentes estados federativos e às Cortes estaduais envolvendo cidadãos de mesmo estado. Portanto, caso fosse declarada a competência federal, a Corte estaria reconhecendo a personalidade jurídica da empresa. Entretanto, caso fosse reconhecida a competência estadual, a Suprema Corte estaria superando sua personalidade jurídica.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, tendo como Relator o Juiz Marshall, acolheu a argumentação de *Deveaux*, decidindo que a ação deveria ter sido intentada na Corte Estadual, pois tanto o Réu quanto os sócios da empresa submetiam-se às normas do Estado da *Georgia*, porquanto “*a corporation aggregate cannot, in its corporate capacity, be a citizen*”.<sup>83</sup> Mesmo sem ter usado a expressão desconsideração da personalidade jurídica, a Suprema Corte americana acabou por

---

<sup>82</sup> KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002., p. 64

<sup>83</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Bank of the United States v. Deveaux**, 9 U.S. 61 (1809).

dar preferência às normas a que os sócios da sociedade estão submetidos, em detrimento daquelas em que a própria pessoa jurídica foi constituída.<sup>84</sup>

### 3.1.1.2. *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* [1897] AC 22

Bastante referido na doutrina como o precursor da *disregard doctrine*<sup>85</sup> é o precedente *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, julgado em última instância pela *House of Lords* do parlamento britânico.

Em julho de 1892, Aeron Salomon e sua família (sua esposa e seus cinco filhos) constituíram uma empresa de responsabilidade limitada em conformidade com a *Companies Act 1844*. A sociedade foi incorporada com 20.007 ações (detendo Aeron 20.001 ações e seus familiares as outras 6 ações), cuja principal atividade era comercializar produtos de couro e calçados. A empresa foi registrada sob ao nome de *Salomon & Co. Ltd.* Para a constituição da sociedade, Aeron, que já negociava artigos de couro, vendeu à recém criada companhia seu antigo fundo de comércio, recebendo, em contrapartida, dinheiro e debêntures. Sucessivas greves e instabilidade econômica no ramo de atividade da empresa acabaram por torná-la insolvente. Verificou-se, posteriormente, que nenhum dos credores da sociedade receberia nada, vez que o próprio acionista majoritário – Aeron – possuía um crédito (originado pelas debêntures) perante sua sociedade que preferia ao daqueles.

O juiz Vaughan Williams J., de forma inovadora no Reino Unido, entendeu que a sociedade Salomon Co. Ltd. era na verdade um mero instrumento utilizado por Aeron para ter lucro sem qualquer risco<sup>86</sup> e para fraudar os seus credores<sup>87</sup>,

---

<sup>84</sup> *The Court feels itself authorized [...] to look to the character of the individuals who compose the corporation, and it thinks that the precedents of this Court, though they were not decisions on argument, ought not to be absolutely disregarded.* Ibidem.

<sup>85</sup> COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 452.

<sup>86</sup> Isso se extrai do seguinte excerto da decisão *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, da *House of Lords*: *...the company was only an "alias" for Salomon; that, the intention being that he should take the profits without running the risk of the debts, the company was merely an agent for him, and, having incurred liabilities at his instance, was, like any other agent under such circumstances, entitled to be indemnified by him against them.* REINO UNIDO. *House of Lords. Salomon v Salomon & Co Ltd* [1897] AC 22.

<sup>87</sup> "Mr. Salomon's scheme is a **device to defraud** creditors." Ibidem. (Grifou-se).

determinando que as dívidas da sociedade eram, de fato, de seu antigo fundo de comércio. Tanto a *Cort of Appeal* quanto a *High Court of Justice* mantiveram a decisão de Vaughan Williams J.

Entretanto, curiosamente para um precedente tido como precursor da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em última instância, já na *House of Lords*, o julgamento foi revertido. Os *Peers*<sup>88</sup> entenderam que não houve fraude por parte de Aeron e que a sociedade preenchia todos os requisitos legais para a manutenção da responsabilidade limitada, de modo que a personalidade jurídica deveria ser mantida.<sup>89</sup> A Corte ponderou que a confiança de Aeron na empresa e sua boa-fé deveriam ser consideradas em seu favor, pois, a despeito de todas as dificuldades econômicas da época, Aeron realizou diversos empréstimos à companhia visando a sua recuperação.<sup>90</sup> Tal entendimento foi fundamental para a decisão, porquanto “a boa ou a má-fé do controlador exerce, de fato, uma influência preponderante sobre julgamentos nessa matéria”.<sup>91</sup>

### 3.1.2. Teoria unitarista

A teoria unitarista foi lançada por Rolf Serick no ano letivo de 1952/1953 na Alemanha, sendo considerada a primeira sistematização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no ocidente.<sup>92</sup> O unitarismo dessa proposição refere-se (i) à visão de que a pessoa jurídica é concebida como um ente

---

<sup>88</sup> Assim também são chamados os integrantes da *House of Lords*.

<sup>89</sup> “If it was a real thing; if it had a legal existence, and if consequently the law attributed to it certain rights and liabilities in its constitution as a company, it appears to me to follow as a consequence that it is impossible to deny the validity of the transactions into which it has entered. [...] If there was no fraud and no agency, and if the company was a real one and not a fiction or a myth, every one of the grounds upon which it is sought to support the judgment is disposed of.” Ibidem. (Grifou-se).

<sup>90</sup> “The purpose for which Mr. Salomon and the other \*53 subscribers to the memorandum were associated was ‘lawful.’ The fact that Mr. Salomon raised 5000l. for the company on debentures that belonged to him seems to me strong evidence of his good faith and of his confidence in the company.” Ibidem. (Grifou-se).

<sup>91</sup> COMPARATO, 2005, p. 452.

<sup>92</sup> Sua tese foi apresentada na Universidade de Tübingen, intitulada “*Rechtsform und Realität juristischer Personen – Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person*”. Cf. OLIVEIRA, 1979, p. 296.

pré-jurídico e pleno e (ii) à indiferença entre os tipos de pessoa jurídica existentes para aplicação da teoria da *disregard doctrine*.<sup>93</sup>

Portanto, dever-se-ia considerar a pessoa jurídica como um sujeito de direito pleno, assim como a pessoa física, sendo aquela desconsiderada apenas em casos excepcionais.<sup>94</sup> Essa premissa é referida como o esquema “regra-exceção”<sup>95</sup> de Serick, pois se pressupõe a personificação como regra e a desconsideração como exceção. Entretanto, Serick afirma que os Tribunais (principalmente os da Alemanha) vinham aplicando a *disregard doctrine* de modo cada vez mais amplo e contumaz, constituindo verdadeira “exceção à regra, pois a regra é o respeito ao princípio da separação patrimonial entre pessoa jurídica e pessoa-membro”.<sup>96</sup>

A partir da concepção unitária da pessoa jurídica – e de sua desconsideração –, contudo, é possível identificar a existência de duas visões antagônicas: a objetiva e a subjetiva. A primeira busca justificar a desconsideração da personalidade jurídica a partir de situações pré-definidas, mas nem tão claras e objetivas como o nome faz crer. “A utilização contrária aos estatutos, à função ou ao objetivo da pessoa jurídica” são tidos como os três elementos que poderiam justificar a desconsideração da separação patrimonial.<sup>97</sup> Como se percebe, mesmo sendo um rol taxativo e pré-definido, o que em tese unificaria a aplicação da teoria em casos análogos, a definição de cada situação não é tão simples, pois dependente do livre arbítrio do intérprete para a significação de conceitos amplos e abstratos, como “função” e “objetivo” da pessoa jurídica. Já a segunda – subjetiva – induz à aplicação da teoria da *disregard doctrine* apenas na ocorrência de atos fraudulentos pelos sócios da sociedade comercial ou de utilização societária para fins diversos do estatuto. Dentro desta segunda subdivisão inclui-se o próprio Serick.<sup>98</sup>

GALGANO criticou o unitarismo em relação ao aspecto “regra/exceção” lançado por Serick, pois entendia que a adoção de tal critério apenas seria possível

---

<sup>93</sup> SALOMÃO FILHO, 2002, p. 177/178.

<sup>94</sup> “A regra seria como o reconhecimento da pessoa jurídica como sujeito de direito de pleno valor, sujeito de direito a mesmo título que o ser humano” (OLIVEIRA, 1979, p. 358).

<sup>95</sup> SALOMÃO FILHO, 2002, p. 177.

<sup>96</sup> OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 298.

<sup>97</sup> O principal adepto da visão unitária-objetiva é o alemão Ulrich Immenga (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 176).

<sup>98</sup> SALOMÃO FILHO, 2002, p. 176.

a partir de conceitos indeterminados como o de equidade e o de justiça. Para isso desenvolveu sua própria visão do conteúdo necessário para se admitir a desconsideração: somente é possível atribuir responsabilidade a sujeito diverso que ao do devedor quando existente abuso ou fraude. Ou seja, sua proposta é tão subjetiva, unitária, ampla e indeterminada quanto a de Serick, de modo que, a partir de premissas diversas, chegam ambos ao mesmo resultado.<sup>99</sup>

### 3.1.3. Teoria dos centros de imputação

A teoria dos centros de imputação contrapõe-se àquela desenvolvida por Rolf Serick – antiunitária. Isso porque se refuta a concepção de pessoa jurídica como um ente equivalente à pessoa física e, por conseguinte, o esquema regra/exceção. MÜLLER-FREIENFELS, principal responsável por essa segunda corrente doutrinária, critica veementemente a posição de Serick por entender que não se pode admitir a identidade entre pessoa jurídica e pessoa natural. É que, consoante LAMARTINE OLIVEIRA, “as pessoas jurídicas não são redutíveis a uma mesma espécie de unidade real”<sup>100</sup>, isto é, há diversos tipos societários que preveem diversas formas de se conceber a responsabilidade limitada dos sócios, de modo que, em absoluto, é admissível uma visão unitária acerca desse instituto.<sup>101</sup>

MÜLLER-FREIENFELS, então, propõe que a análise da personalidade jurídica se faça a partir da interpretação e da situação concreta que o legislador concebeu ao regime de separação patrimonial. A desconsideração deixa de ser, portanto, uma resposta a uma atuação fraudulenta, transformando-se numa técnica de interpretação e de aplicação das normas elaboradas pelo legislador.<sup>102</sup> Como se percebe, nega-se tanto o unitarismo tanto ao aspecto subjetivo – fraude – quanto à visão de que a pessoa jurídica é um ente pré-jurídico.

---

<sup>99</sup> SALOMÃO FILHO, 2002, p. 176.

<sup>100</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 360.

<sup>101</sup> Pertinente as observações de MÜLLER-FREIENFELS ante as claras diferenças entre uma sociedade em nome coletivo e uma sociedade anônima, por exemplo. Ambas são sociedades personificadas, mas o regime de separação patrimonial é completamente diverso de uma para a outra.

<sup>102</sup> SALOMÃO FILHO, 2002, p. 182.

Enquanto GALGANO direcionava o conceito de desconsideração à existência ou não de atos fraudulentos, a teoria dos centros de imputação busca interpretar a norma a fim de determinar a qual sujeito ela deverá ser aplicada. É a finalidade e a função da norma específica que deve determinar os casos passíveis de desconsideração, observando as diversas funções econômicas que desempenham, independentemente da existência de abuso ou de fraude. Em outras palavras, se a personalidade jurídica estiver sendo utilizada de modo a violar a finalidade de outras normas jurídicas, pertinente é sua desconsideração.

SALOMÃO FILHO exemplifica a teoria ora discutida com a sociedade unipessoal. Antes de sua admissão no ordenamento jurídico alemão, a sociedade de um sócio só era considerada como “um problema típico de atribuição de normas”, em que não havia uma completa separação entre o sócio e a sociedade, mas sim uma “individualidade própria”, conforme a finalidade da norma análoga e pertinente. Entretanto, após sua inclusão como sociedade mercantil típica, o tratamento que lhe atinge é o idêntico às demais normas gerais de desconsideração.<sup>103</sup>

#### 3.1.4. A desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil de 2002

A personalidade jurídica no Brasil foi disposta pela primeira no Código Civil de 1916, dispondo em seu artigo 20 que “as pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros”. Todavia, o legislador não cuidou de dispor acerca dos casos em que seria possível superar momentaneamente a separação patrimonial para fins de responsabilidade. Tampouco o então Código Comercial dispunha expressamente sobre os casos em que seria possível lançar mão da *disregard doctrine*. Portanto, excetuando-se as sociedades anônimas e a comandita por ações – quanto aos sócios comanditário – o patrimônio da sociedade representava mera referência para os credores, pois a responsabilidade dos sócios era “subsidiária, solidária e ilimitada” pelas obrigações sociais.<sup>104</sup> Nesse sentido, era o teor do revogado Código Comercial, em seu artigo 350 – “os bens particulares dos sócios não podem ser

---

<sup>103</sup> SALOMÃO FILHO, 2002, 184.

<sup>104</sup> VERÇOSA, 2010, p. 95

executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais.”

Já a desconsideração da personalidade jurídica vem expressa no Código Civil de 2002 no artigo 50, cujo teor se transcreve:

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.

A partir de uma leitura do referido dispositivo legal, conclui-se que é possível a desconsideração da pessoa jurídica quando houver (i) desvio de finalidade da sociedade mercantil ou (ii) confusão entre os patrimônios dos sócios e da pessoa jurídica. Apenas essas hipóteses estão previstas na lei civilista para que se configure a utilização abusiva da pessoa jurídica. Contudo, importante a observação de MAC-DONALD, defendendo que aplicação da desconsideração da personalidade jurídica não está restrita aos casos referidos no Código Civil (bem assim como no Código Tributário Nacional, na Consolidação das Leis do Trabalho, no Código de Defesa do Consumidor), pois o juiz “está autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela for fraudulentamente manipulada para frustrar interesse legítimo do credor.”<sup>105</sup>

Ainda, há casos em que a finalidade imediata da desconsideração não é atingir os bens pessoais dos sócios – como previsto no código civil –, mas sim evitar que a pessoa jurídica seja utilizada como instrumento para burlar obrigações legais ou contratuais. Para exemplificar, pode-se citar a criação de uma sociedade por sócios que anteriormente haviam assinado pacto de não concorrência com outra sociedade.<sup>106</sup>

Percebe-se da leitura do artigo acima transcrito que o legislador não utilizou o termo desconsideração, mas sim abuso da personalidade jurídica. Isso deve ser compreendido como abuso de direito, caracterizado, consoante artigo 187 do diploma civil em vigor, pelo excesso manifesto dos limites impostos pelo seu fim

---

<sup>105</sup> MAC-DONALD, 2002, p. 361.

<sup>106</sup> MAC-DONALD, 2002, p. 370.

econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.<sup>107</sup> COMPARATO critica essa limitação, pois entende que há casos em que se admite a desconsideração independentemente de abuso.

Em suma, é possível a desconsideração a da separação patrimonial em caso de abuso de direito. Entretanto, o desvio de finalidade e a confusão patrimonial já são, *ope legis*, considerados automática e previamente como casos que ensejam a desconsideração.<sup>108</sup>

O desvio de finalidade ocorre quando se utiliza a pessoa jurídica como instrumento não para se afastar a forma lei, mas para se afastar o espírito da lei.<sup>109</sup> Já a confusão patrimonial constata-se quando a autonomia patrimonial não é respeitada pelo sócio, ao utilizar bens da sociedade com fins particulares, ou vice-versa. Como visto, a principal consequência da personalidade jurídica é a concessão da autonomia patrimonial de modo a permitir a limitação da responsabilidade (em alguns casos) e a criar um patrimônio exclusivo destinado a execução de uma atividade. Por isso, COMPARATO considera a confusão patrimonial como critério fundamental para a desconsideração da pessoa jurídica. Afinal, se o sócio, o maior interessado na manutenção da separação patrimonial, não o respeita, por que o Estado deveria respeitá-lo?<sup>110</sup>

A opção de permitir desconsideração da pessoa jurídica em caso de abuso de direito, ou seja, ato ilícito, possui outra consequência importantíssima: sua ocorrência acarreta a ineficácia relativa do preceito de autonomia patrimonial, a qual é afastada provisoriamente. Em outras palavras, conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho, “a decisão judicial que desconsidera a personalidade jurídica da sociedade não desfaz o seu ato constitutivo, não o invalida. (...) Trata apenas e, rigorosamente, da suspensão episódica da eficácia desse ato.”<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> MAC-DONALD, 2002, p. 366.

<sup>108</sup> “É, talvez, por essa razão que uma larga corrente teórica e jurisprudencial tem procurado justificar esse afastamento da personalidade com as noções de abuso do direito ou de fraude à lei. A explicação não nos parece inteiramente aceitável. Ela deixa de lado os casos em que a ineficácia da separação patrimonial ocorrer em benefícios do controlador, sem qualquer abuso ou fraude, como por exemplo, na interpretação ampliativa feita pela jurisprudência brasileira, (...) de modo a permitir a retomada do imóvel na locação de prédio de fundo de comércio, pela sociedade cujo controlador não é proprietário do prédio.” (COMPARATO, 2005, p. 356).

<sup>109</sup> MAC-DONALD, 2002, p. 367.

<sup>110</sup> COMPARATO, 2005, p. 450

<sup>111</sup> COELHO, 2002, p. 40.

Existe, na doutrina e na jurisprudência, a tendência em classificar a *disregard doctrine* em função da presença do elemento intencional dos sócios.

A teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica permite sua aplicação apenas em caso de comprovação do uso fraudulento do sócio ou verificado o uso abusivo da sociedade. Esta corresponde àquela desenvolvida por Rudolf SERICK, em que a personalização é a regra e sua desconsideração exceção (item 3.1.2.). Já a teoria menor levanta o véu societário pela mera situação de insolvência da sociedade.<sup>112</sup>

A jurisprudência do Superior de Justiça, recentemente, assentou-se no sentido de que a teoria escolhida pelo legislador de 2002 é a maior, sendo necessária a comprovação de utilização abusiva da pessoa jurídica ou de intuito fraudulento dos sócios. O simples inadimplemento da sociedade não é capaz, via de regra, em permitir a excepcional supressão do princípio da limitação da responsabilidade.<sup>113</sup> Todavia, no mesmo julgado houve ressalva expressa no sentido de que em situações extraordinárias, mormente em casos em que haja aplicação de lei especial (como o Código de Defesa do Consumidor), pode lançar-se mão da teoria menor.<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> MAC-DONALD, 1992, p. 327.

<sup>113</sup> Nesse sentido, REsp 970.635/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 01/12/2009, cujo excerto da ementa se transcreve:

*(...) A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva. Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. (...)*

<sup>114</sup> Essa é a posição consignada no REsp 279273/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2003, DJ 29/03/2004, p. 230, cuja parte da ementa se cita:

*(...)A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.(...)*

Por fim, cumpre registrar nossa crítica ao artigo 50 do Código Civil no que se refere à extensão dos efeitos da desconsideração da pessoa jurídica ao patrimônio pessoal dos administradores. Isso porque não há confundir a desconsideração da personalidade jurídica – que visa eminentemente a atingir os bens dos sócios – com a responsabilidade civil dos administradores, expressamente prevista nos artigos 1.015 e seguintes do Código Civil e artigo 158 da Lei das Sociedades Anônimas.

### 3.1.5. A *disregard doctrine* nos Estados Unidos da América.

#### 3.1.5.1. Casuística americana da *disregard doctrine*

A jurisprudência dos tribunais da Common Law é uma grande fonte de casos em que se aplica a teoria da *disregard of corporate entity*, sendo também, como visto supra, a precursora na aplicação dessa teoria. A desconsideração da personalidade jurídica vista como uma “válvula de segurança” encontrada pelo direito anglo-saxão a fim de evitar a aplicação intransigente do princípio da limitação de responsabilidade a fim de propiciar a concretização da justiça substancial.<sup>115</sup>

A expressão *piercing the corporate veil* ou *lifting the corporate veil* é utilizada no Direito americano e britânico para representar a ideia, também presente no âmbito do direito continental, de suspensão momentânea da eficácia do princípio da limitação da responsabilidade.

O direito americano reconhece duas grandes classificações das sociedades: as não corporificadas (*general parterships*, equivalentes à sociedade em nome coletivo; *limited parterships*, equivalentes à sociedade em comandita; e as *sole proprietorships*, sociedade unipessoal com responsabilidade ilimitada, que pode ser comparada, no que couber, à noção de Empresário Individual) e as corporificadas (*corporations*). Apenas a estas é que se reconhece a personalidade jurídica e, via de

---

<sup>115</sup> TONELLO, 1999, p. 82.

consequência, a limitação da responsabilidade. Daí porque a partir de agora trataremos exclusivamente deste tipo societário.

Consoante os ensinamentos de ZANINI, não existe nos Estados Unidos da América uma sociedade intermediária entre as *partnerships* e as *corporations*, a que se equivaleria a nossa sociedade por responsabilidade limitada.<sup>116</sup> Daí porque, conforme os mesmo autor, desenvolveu-se a “disciplina jurídica própria das *close corporations*”<sup>117</sup> (também chamada de “*C Corporation*” nos Estados Unidos e de “*Private Limited Company*” no Reino Unido) de modo a fazer como que as nossas sociedades anônimas fechadas e a sociedade limitada identifiquem-se quanto a esse aspecto.

As “*closely held corporations*” caracterizam-se pelo pequeno número de acionistas, com grande *affectio societatis* entre eles, pela ausência de negociação pública das ações, pelo restrito regime de circulação de ações e pela participação ativa dos sócios na gestão mercantil.<sup>118</sup> Em oposição, temos as “*S Corporation*” nos Estados Unidos e a “*Public Limited Company*” no Reino Unido, com as quais se identifica a nossa Sociedade Anônima aberta, cujas dimensões e número de acionistas são muito mais significativos.<sup>119</sup>

A incorporação é o benefício concedido aos sócios para que possam, calculando o risco de empreendimento, limitar sua responsabilidade ao montante da contribuição individual do acionista no momento de constituição da sociedade – participação societária. Há casos, todavia, em que o princípio da incorporação é afastado de modo a permitir que o patrimônio individual dos sócios complemente o patrimônio social para adimplir as obrigações sociais.

Ademais, indispensável referir que a desconsideração da personalidade jurídica nem sempre refuta a integridade do princípio da limitação da responsabilidade, como se visasse a situar os sócios em manifesta desvantagem em relação aos credores sociais. Ao contrário, a desconsideração visa a responsabilizar aqueles sócios que desempenham e exerçam algum tipo de poder de controle na sociedade. Consoante TONELLO:

---

<sup>116</sup> ZANINI, 2005, p. 115.

<sup>117</sup> ZANINI, 2005, p. 115.

<sup>118</sup> ZANINI, 2005, p. 117.

<sup>119</sup> TONELLO, 1999, p. 90-91.

*La ratio dell'istituto è, invero, la repressione di un abuso che non necessariamente coinvolge tutti i soci e che non si traduce, sempre, in un documento per tutti i creditori. Sotto il primo profilo, in particolare, l'abuso della responsabilità limitata presuppone un comportamento colpevole (e solitamente positivo) da parte di chi ha – ovvero si arroga – un ruolo primario nella organizzazione e nella gestione dell'attività sociale.<sup>120</sup>*

Já que o sistema da Common Law preconiza eminentemente a aplicação da *disregard doctrine* a partir da rica casuística levada aos Tribunais norte-americanos, quais são, então, os casos em que se habitualmente supera a personalidade jurídica nos Estados Unidos?

No julgamento de *Baatz v. Arrow Bar*<sup>121</sup>, a Suprema Corte de Dakota do Sul elencou os principais fatores que permitem a “superação do véu societário” pelos Tribunais:

*Factors that indicate injustices and inequitable consequences and allow court to pierce the corporate veil are:*

- 1) *fraudulent representation by corporation by corporation directors;*
- 2) *undercapitalization;*
- 3) *failure to observe corporate formalities;*
- 4) *absence of corporate records;*
- 5) *payment by the corporation of individual obligations; or*
- 6) *use of the corporation to promote fraud, injustice, or illegalities.<sup>122</sup>*

A Suprema Corte de Illinois, no caso *Gallagher v. Reconco Builders Inc.*, decidiu que a aplicação da *disregard doctrine* pode ocorrer em casos (i) de fraude ou (ii) de algum elemento de presente injustiça, aduzindo que normalmente a desconsideração da personalidade jurídica fundamenta-se não só em um único fator, mas sim uma combinação de elementos que convençam o Tribunal da efetiva necessidade de excepcionar o princípio da limitação da responsabilidade:

---

<sup>120</sup> TONELLO, 1999, p. 92

<sup>121</sup> O caso **Aztec Motel Inc. v. State Ex Rel. Faircloth** também descreve as principais causas de aplicação da *disregard doctrine* nos Estados Unidos da América: “*So it is that courts will look through the screen of corporate entity to the individuals who compose it in cases in which the corporation is a mere device or sham to accomplish some ulterior purpose, or is a mere instrumentality or agent of another corporation or individual owning all or most of its stock, or where the purpose is to evade some statute or to accomplish some fraud or illegal purpose.*” FLORIDA. Supreme Court of Florida. **Aztec Motel Inc. v. State Ex Rel. Faircloth**, 251 So.2d 849 (1971).

<sup>122</sup> HAMILTON, 2004, p. 328.

*The decision to disregard the corporate entity does not generally rest on a single factor but involves the consideration of many factors such as inadequate capitalization, failure to issue stock, failure to observe corporate formalities, nonpayment of dividends, insolvency of the debtor corporation at the time, nonfunctioning of other officers or directors, absence of corporate records and whether in fact the corporation is only a mere facade for the operation of the dominant stockholders; in addition, in the absence of fraud, the particular situation must generally present an element of injustice or fundamental unfairness.*<sup>123</sup>

Matteo Tonello<sup>124</sup> também esquematiza os principais precedentes norte-americano que ensejam a superação da personalidade jurídica. Pode-se sintetizar, a título exemplificativo, as situações em que os Tribunais tendem desconsiderar a personalidade jurídica:

- (i) Quando haja uma participação e um comportamento positivo do sócio que seja capaz de gerar dano;
- (ii) Lança-se mão da *disregard doctrine* mais facilmente quando o dano é causado a credores extracontratuais do que a credores contratuais;
- (iii) Quando a sociedade simula ou falsifica sua própria condição financeira;
- (iv) É mais comum a responsabilização da sociedade controladora pelos débitos da controlada do que a responsabilização individual dos sócios das sociedades coligadas;
- (v) Em casos em que a sociedade tenha desatendido importantes procedimentos formais, como as exigências para emissão de ações, para eleição da diretoria e dos administradores;
- (vi) Em situações em que os sócios não tenham respeitado a autonomia patrimonial da empresa, confundindo os patrimônios sociais e individuais;
- (vii) Quando o capital social não é compatível com os riscos inerentes à atividade social; e

---

<sup>123</sup> ILLINOIS. Appellate Court of Illinois. **Gallagher v. Reconco Builders Inc.**, 91 Ill. App.3d 999 (1980).

<sup>124</sup> TONELLO, 1999, p. 89-90.

(viii) Quando o patrimônio social é falsamente representado, pois é a garantia primeira dos credores sociais.

Merecem destaque dois aspectos quanto à aplicação da teoria da *disregard of legal entity* nos Estados Unidos: a desconsideração da personalidade jurídica em casos de responsabilidade extracontratual e a inobservância das formalidades na constituição ou no desenvolvimento das atividades sociais.

No primeiro, a relevância se justifica por haver expressiva diferença entre credores voluntários e involuntários. Como *supra* referido, os juízes tendem a desconsiderar a personalidade jurídica mais comumente quando se trata de um credor extracontratual.<sup>125</sup> Isso porque não se lhe permitiu a alternativa de ser ou não credor, com a devida possibilidade de análise da situação financeira da empresa e de mensuração de risco de seu investimento. É justamente a existência de um dano injusto, sem qualquer envolvimento ativo do terceiro, que acaba por sensibilizar os tribunais a forçarem os sócios da empresa, caso esta não tenha condições, a repararem o dano causado pela empresa da qual participam.<sup>126</sup> Entretanto, é mister referir que a mera existência de dano derivado de relação extracontratual não acarreta a automática desconsideração da forma societária. É que, se a empresa for regularmente constituída e contiver uma adequada capitalização, não há motivos para a desconsideração. Mesmo que ela não tenha possibilidade de reparar o prejuízo causado em sua integralidade. Afinal, eventos infelizes e tragédias derivadas de força maior ou caso fortuito são situações inerentes à vida social, com as quais nem o direito é capaz de evitar completamente. Assim como ninguém está livre de ficar doente, não há garantia alguma de que todo aquele que nos causar algum tipo de dano será obrigado a ter condições de arcar com o prejuízo da vítima. O que compete sim ao direito é (i) buscar prevenir que terceiros fiquem completamente desprotegidos – como a exigência de um capital social íntegro e fixo – e (ii) reparar danos injustamente causados que poderiam ser evitados com o mínimo de diligência, como a contratação de seguro, a ausência de capitalização, etc. Tais situações serão melhor analisadas no item 3.3.6. *infra*, pois interligada com o tema deste trabalho.

---

<sup>125</sup> TONELLO, 1999, p. 95.

<sup>126</sup> TONELLO, 1999, p. 97.

No segundo, porque são comuns os casos de desconsideração por não cumprimento de formalidades legais. Tanto a criação de uma empresa quanto a sua gestão exigem que se observem certas formalidades jurídicas, como a sua inscrição na junta comercial, a eleição dos administradores, a emissão de novas ações, a abertura e o aumento de capital, a integralização das ações, a convocação das assembleias ordinárias e extraordinárias, a manutenção da escrituração contábil, etc.<sup>127</sup> Tais formalidades nada mais são do que a contrapartida exigida pelo Estado para a concessão do “privilégio”<sup>128</sup> da responsabilidade limitada. À medida em que aumenta a limitação – com seu auge na Sociedade Anônima –, aumentam também as exigências formais seja na constituição seja durante a vida sociais. Isso tudo para que credores e, eventualmente, terceiros tenham o mínimo de informações possíveis acerca da atividade social desenvolvida. Não fosse isso, seu eventual descumprimento pode ser visto como um indicativo de que a sociedade está tentando fraudar seus credores, como, por exemplo, a incorreta demonstração financeira para os credores, induzindo-os em erro quanto à saúde econômica empresarial.<sup>129</sup> Portanto, eventual transgressão pode sim acarretar a suspensão da limitação da responsabilidade dos sócios por débitos sociais, sancionando-os.

Após esse breve apanhado de situações que comumente levam os tribunais dos Estados Unidos da América a permitir a ilimitada responsabilidade dos sócios por débitos sociais, TONELLO tenta, reconhecendo a dificuldade de tal intenção, sistematizar a ampla gama de precedentes americanos e a elaboração conceitual da *disregard doctrine* no direito norte-americano. Todavia, tal síntese resume-se apenas a caso em que constatado o abuso da pessoa jurídica, isto é, quando esta é utilizada com o fim de contrariar o direito e em prejuízo de terceiros. Refere o Autor que existe abuso da pessoa jurídica quando configurada (1) a fraude ou (2) a instrumentalização da pessoa jurídica.<sup>130</sup>

---

<sup>127</sup> TONELLO, 1999, p.99.

<sup>128</sup> Vide item 2.2.2.

<sup>129</sup> TONELLO, 1999, p. 100.

<sup>130</sup> TONELLO, 1999, p. 99-101.

### 3.1.5.2. Abuso da pessoa jurídica

#### 3.1.5.2.1. Fraude

Assim como no Direito Continental, a noção de fraude na Common Law também está relacionada a uma conduta que, consciente ou dolosamente, visa a causar prejuízo a credores.

Caio Mário, define fraude como o ato imbuído de má-fé, realizado com o fim de impor prejuízo a terceiro,<sup>131</sup> o que pode ser confundido com a simulação. A esse respeito, a pesar de ambos esses institutos consistirem na prática de um ato malicioso, na “simulação a declaração de vontade se disfarça na consecução de um resultado que tem a aparência de um ato negocial determinado, enquanto que na fraude o ato é real, a declaração de vontade está na conformidade do querer íntimo” do agente.<sup>132</sup> A fraude, portanto, está intrinsecamente relacionada à vontade de causar dano a terceiros e a credores. Daí porque sua relação com a desconsideração da personalidade, cujo eminente objetivo é justamente a tutela de terceiros em face da concessão da excepcional regra de limitação da responsabilidade.

O direito não poderia ficar inerte a situações em que os sócios, lançando mão da importante e indispensável responsabilidade limitada, utilizam o escudo societário para obter vantagens ilícitas e em prejuízo de terceiros. Por conseguinte, qualquer ato fraudulento, seja a fim de obter crédito seja por meio de qualquer vantagem ilícita, enseja a aplicação da *disregard doctrine*. Do mesmo modo, o descumprimento de uma formalidade pode ser um indicativo de uma tentativa de fraudar os credores.<sup>133</sup> Isso normalmente ocorre quando a situação financeira da empresa não permite a obtenção regular de crédito, sendo a prática de atos fraudulentos o único

---

<sup>131</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume 1, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 6 v., p. 342-343.

<sup>132</sup> PEREIRA, 1999, p. 343.

<sup>133</sup> TONELLO, 1999, p. 100.

expediente possível para a obtenção de investimentos ou aumento de receita da sociedade.<sup>134</sup>

Nesse sentido, pode-se citar excerto do julgamento de *Humphrey v. Argraves* (1958), em que o tribunal ratificou a possibilidade de descon sideração em casos em que se constate fraude: "*It is true that courts will disregard legal fictions, including that of a separate corporate entity, when they are used for fraudulent or illegal purposes.*"<sup>135</sup>

Não se pode negar que a amplitude e generalidade do conceito de fraude acaba por esvaziar a sistematização ora proposta, no mesmo sentido da ferrenha crítica da teoria dos centros de imputação à teoria unitarista – principalmente àquela desenvolvida por Galgano. Entretanto, em um sistema baseado na equidade e com a finalidade de concretizar a justiça substancial ao caso, como o dos Estados Unidos, a antiga discussão unitária perde relevância.

#### 3.1.5.2.2. Instrumentalização da pessoa jurídica

A instrumentalização ou *alter ego* da pessoa jurídica é a utilização da sociedade para alcançar-se fins exclusivamente pessoais e privados, absolutamente estranhos à atividade econômica formalmente estipulada.<sup>136</sup> Pier Giusto JAEGER refere que, nesses casos, "*la società non ha una propria anima, ma è un mero strumento nelle mani di altri*".<sup>137</sup>

Como já foi abordado, a função da limitação da responsabilidade não é beneficiar exclusivamente os sócios ou tutelar seu patrimônio patrimonial. Seu verdadeiro objetivo é sem dúvida permitir o desenvolvimento de atividades econômicas complexas por meio da alavancagem de recursos populares e de investidores, o que só é possível quando lhes é permitido mensurar o quanto de seu patrimônio pode ser comprometido nessa nova empreitada. Daí porque a teoria de

---

<sup>134</sup> TONELLO, 1999, p. 101.

<sup>135</sup> CONNECTCUT. Supreme Court of Connecticut. **Humphrey v. Argraves** 145 Conn. 350 (1958).

<sup>136</sup> TONELLO, 1999, p. 101.

<sup>137</sup> JAEGER, Pier Giusto. **Appunti di diritto commerciale**. 3.ed. Milano : Dott. A. Giuffrè, 1994, p. 237.

desconsideração da personalidade jurídica coíbe o uso do escudo societário que não desempenha minimamente a função econômica para a qual a empresa foi criada.

Muito comum em casos de desconsideração de grupos de sociedade,<sup>138</sup> a instrumentalização normalmente indica uma completa dominação da sociedade controlada pela controladora<sup>139</sup>. TONELLO aduz as circunstâncias que indicam a ocorrência desse tipo de abuso: a sociedade controladora detém a totalidade ou quase todas as ações de controle, a identidade de controladores entre sociedade controlada e controladora, a sociedade controladora financia a controlada, a controlada possui inadequada capitalização, a controladora paga os salários dos funcionários da controlada e arca com os prejuízos desta, a controlada não negocia com outra sociedade que não a controladora.<sup>140</sup>

Do mesmo modo, a *Supreme Court of Connecticut*, no julgamento de *Zaist v. Olson*, estabeleceu três critérios para a constatação da instrumentalização da pessoa jurídica em grupos de sociedade:

*The instrumentality rule requires, in any case but an express agency, proof of three elements:*

- (1) Control, not mere majority or complete stock control, but complete domination, not only of finances but of policy and business practice in respect to the transaction attacked so that the corporate entity as to this transaction had at the time no separate mind, will or existence of its own;*
- (2) that such control must have been used by the defendant to commit fraud or wrong, to perpetrate the violation of a statutory or other positive legal duty, or a dishonest or unjust act in contravention of plaintiff's legal rights; and*
- (3) that the aforesaid control and breach of duty must proximately cause the injury or unjust loss complained of.<sup>141</sup>*

---

<sup>138</sup> Matteo Tonello inclusive afirma que a instrumentalização é o principal fator que enseja a desconsideração da pessoa jurídica em grupos societários.

<sup>139</sup> *"It is reached where the claim asserted is void or voidable because the vote of the interested director or stockholder helped bring it into being or where the history of the corporation shows dominancy and exploitation on the part of the claimant. It is also reached where on the facts the bankrupt has been used merely as a corporate pocket of the dominant stockholder, who, with disregard of the substance or form of corporate management, has treated its affairs as his own."* UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of United States. *Pepper v. Litton* 308 U.S. 295 (1939).

<sup>140</sup> TONELLO, 1999, p. 142.

<sup>141</sup> CONNECTICUT . Supreme Court of Connecticut. **Zaist v. Olson** 154 Conn. 563 (1967).

A sistematização proposta por Matteo Tonello, após análise dos precedentes norte-americanos e de suas tendências, refere que a instrumentalização da pessoa jurídica pode se dar ou por meio da confusão patrimonial ou por meio da subcapitalização.<sup>142</sup>

#### 3.1.5.2.2.1. Confusão patrimonial

A confusão patrimonial ocorre quando o sócio utiliza ou recursos próprios para pagamentos de débitos sociais ou recursos da empresa para pagamentos de dívidas pessoais – “*misuse of corporate assets*”<sup>143</sup> –, ou seja, o princípio da autonomia do patrimônio é relativizado pelo próprio sócio ou controlador. SALOMÃO FILHO, entretanto, ao invés de analisar apenas o aspecto patrimonial, vai além ao referir que “a confusão de esferas caracteriza-se em sua forma típica quando a denominação social, a organização societária ou o patrimônio da sociedade não se distinguem de forma clara da pessoa do sócio”.<sup>144</sup>

Pela confusão da denominação social, podemos citar o exemplo bastante comum quando a sociedade controladora, em razão de sua marca bastante reconhecida, fornece à sociedade controlada denominação assaz semelhante, de modo a induzir terceiros de que se estão contratando com a sociedade controladora (que em tese poderia oferecer maiores garantias do que a controlada) ao contrário da sociedade com que efetivamente se está negociando. Já a confusão da organização societária pode ocorrer quando os atos de gestão e de negócios da empresa identificam-se com o do sócio, como a ausência de separação de administração e contabilidade, por exemplo.

Com efeito, é o aspecto patrimonial o mais importante. A par de mais comum, é justamente na relativização da autonomia do patrimônio social em que tudo termina. Como já abordado, quanto maior a separação patrimonial existente entre sócio e sociedade, maior a responsabilidade limitada àquele concedida. Por isso, a

---

<sup>142</sup> TONELLO, 1999, p. 100.

<sup>143</sup> TONELLO, 1999, p. 101.

<sup>144</sup> SALOMÃO FILHO, 2002, p. 186.

ocorrência de fatos como o pagamento de dívidas pessoais dos sócios pelo caixa da empresa, o comodato de bens sociais aos sócios, a compra de bens do sócio pela empresa por preço maior que o de mercado, entre outros, são um forte indicativo de que a empresa está sendo utilizada para consecução de objetivos estritamente pessoais e estranhos ao objeto social. Daí porque TONELLO inclui a confusão patrimonial como uma espécie do gênero instrumentalização da pessoa jurídica.

COMPARATO, outrossim, afirma, sobre o princípio da autonomia patrimonial, que “se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio descumpre-o, na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral”.<sup>145</sup> Calca-se aí a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica a fim de reestabelecer a ordem natural e a regra geral de que todos respondem com a integralidade de seu patrimônio por seus débitos, sejam contratuais ou extracontratuais.

Não fosse isso, do mesmo modo que indica a possibilidade de existência de atos fraudulentos, a inobservância de formalidades pode sugerir a confusão patrimonial, ensejando a aplicação da *disregard doctrine*.<sup>146</sup>

#### 3.1.5.2.2.2. Subcapitalização

A outra espécie de instrumentalização da pessoa jurídica, conforme sistematização de TONELLO da jurisprudência norte-americana, é a inadequada capitalização da companhia.<sup>147 148</sup>

Entende-se por subcapitalização a ausência de compatibilidade entre o capital e a atividade sociais previstos no estatuto da sociedade<sup>149</sup>, podendo, em algumas

---

<sup>145</sup> COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 450.

<sup>146</sup> TONELLO, 1999, p. 102.

<sup>147</sup> TONELLO, 1999, p. 103.

<sup>148</sup> No julgamento de *Weisser v. Mursam Shoe Corporation*, a Corte de Nova Iorque consignou que a existência de uma empresa subsidiária subcapitalizada, dominada pela controladora, enseja a aplicação da *disregard doctrine*: *the doctrine hardly seems challenged that a representation that the liability of the subsidiary is the same as that of its parent or affiliate will result in a piercing of the corporate veil of a subsidiary which is in fact undercapitalized, dominated and used as an instrument of the parent*.(...). NEW YORK. Circuit Court of Appeals of New York City. **Weisser v. Mursam Shoe Corporation**, 127 F.2d 344 (1942).

circunstâncias ensejar a sua desconsideração para fins de tutelar terceiros. *"An obvious inadequacy of capital, measured by the nature and magnitude of the corporate undertaking, has frequently been an important factor in cases denying stockholders their defense of limited liability."*<sup>150</sup>

A questão da subcapitalização de forma alguma se esgota neste item, cuja única finalidade é demonstrar, de um modo geral, que a inadequada capitalização nos Estados Unidos da América enseja a responsabilidade pessoal dos sócios, na medida em que caracteriza a instrumentalização da sociedade a fim de privilegiar o interesse particular do sócio em detrimento do da própria empresa:

*Accordingly, undercapitalization, disregard of corporate formalities and the like, coupled with an element of injustice, fraud or fundamental unfairness have been regarded fairly uniformly as constituting a basis for imposition of individual liability.*<sup>151</sup>

### 3.2. A caracterização do capital social insuficiente

*Indubbiamente più articolato è invece il discorso che resguarda il fattore della inadeguatezza della capitalizzazione.*<sup>152</sup>

É chegado, pois, o momento de verticalizar a análise, examinando os principais aspectos que ensejam a desconsideração da pessoa jurídica com fundamento em sua subcapitalização, bem assim os principais requisitos para sua configuração.

A complexidade da caracterização de uma sociedade subcapitalizada já se inicia com a genérica e com a abstrata noção de capital social insuficiente, porquanto inexistem critérios específicos e uniformes para a sua constatação; a situação agrava-se, ainda, em virtude da multiplicidade de formas que a subcapitalização pode se apresentar, seja sob um aspecto temporal

<sup>149</sup> PORTALE, 1991, p. 29.

<sup>150</sup> ILLINOIS. Appellate Court of Illinois. **Gallagher v. Reconco Builders Inc.**, 91 Ill. App.3d 999 (1980).

<sup>151</sup> *Ibidem.*

<sup>152</sup> TONELLO, 1999, p. 102.

(subcapitalização inicial ou sucessiva) seja sob um aspecto formal (subcapitalização legal) ou ainda sob um aspecto substancial (subcapitalização em razão da incongruência entre capital e objeto sociais).

Não fosse isso, a questão do capital social inadequado transborda a questão da possibilidade de desconconsideração da personalidade jurídica quando presente a hipótese de insuficiência do capital social. A questão da obrigatoriedade de um capital mínimo para a constituição de determinado tipo societário ou para a realização de determinada atividade transcende a matéria jurídica para questões de conveniência política e econômica, competindo ao direito apenas sua regulação.<sup>153</sup>

Ante essas afirmações, seguindo a doutrina de Giuseppe PORTALE, Matteo TONELLO e Carlos ZANINI, a subcapitalização assume a seguinte multiplicidade de formas:

### 3.2.1. Subcapitalização legal

Como visto no item “2.2.”, quando os sócios não respondem com seu patrimônio pessoal por dívidas sociais, o direito, a despeito da questionável eficácia deste instituto, visa a tutelar o capital nominal. Algumas legislações, entretanto, além de tutelarem-no por meio de normas destinadas a este fim específico (princípio da intangibilidade, da integridade e da fixidez do capital social), vão além, fixando um capital mínimo como requisito para a concessão da personalidade jurídica a alguns tipos societários – notoriamente àqueles com maior limitação de responsabilidade. Em outras palavras, só se permite a constituição de uma sociedade se o capital social for igual ou superior ao disposto na lei.<sup>154</sup>

Em ordenamentos jurídicos em que haja expressa disposição de lei sobre a necessidade de capital mínimo, não há maiores dificuldades para a constatação de

---

<sup>153</sup> TONELLO, 1999, p. 102.

<sup>154</sup> COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 451: “Como os acionistas não respondem, em princípio, pelos débitos sociais, é em torno do capital social que se organiza a proteção legal dos direitos dos credores. Por isso, algumas legislações não se limitam a preservar a integridade desse capital, mas ainda fixam-lhe um valor mínimo.”

uma empresa subcapitalizada sob este aspecto formal.<sup>155</sup> Bastaria a redução do capital social para valor aquém do previsto em lei para que se verificasse, automaticamente, o capital inadequado.

Nesse caso, há uma presunção *jure et de jure* de que a sociedade está subcapitalizada.<sup>156</sup> Essa hipótese ensejaria a dissolução da sociedade pela impossibilidade de preencher seu fim.<sup>157</sup> Obviamente a contestação do capital social inadequado sob a ótica da subcapitalização legal se dá quando o capital é reduzido no desenvolvimento da atividade social (subcapitalização sucessiva). Isso porque sequer seria outorgada personalidade jurídica a uma sociedade que, já em sua constituição, não obedece ao regime mínimo de capital estipulado por lei.<sup>158</sup>

Admitindo a hipótese de que o capital social tem por precípua finalidade a tutela de terceiros<sup>159</sup>, tem-se que adoção de um capital mínimo pode oferecer maior tutela a credores sociais.

ZANINI, abordando o tema da conveniência de a lei regulamentar o capital social mínimo, conclui pela sua ineficácia, pelo menos no que se refere às sociedades anônimas<sup>160</sup>. Os fundamentos do autor são os seguintes: (i) inexistência de mandamento legal no sentido de que os bens aportados pelos sócios sejam expropriáveis<sup>161</sup>, (ii) ausência de disposição no sentido de obrigar a realização de avaliações periódicas dos bens imobilizados subscritos, (iii) a ausência de atualização legislativa do valor mínimo acabaria por fazer com que a inflação esvaziasse sua finalidade, (iv) a legislação não dá conta de estipular um capital mínimo de acordo com cada tipo de atividade econômica, sendo simplista a solução de um capital mínimo genérico para todas as sociedades anônimas, (v) a habitual

---

<sup>155</sup> Importante se frisar que nas legislações em que haja a referência a um capital mínimo, a verificação de um capital social inferior ao previsto lei não é a única forma de subcapitalização. Podemos ter, por exemplo, uma sociedade anônima com o capital social idêntico ao mínimo legal, mas cuja atividade econômica oferece tamanho risco a terceiros e a credores que, a despeito de estar em conformidade com a lei no que se refere ao capital mínimo, pode-se verificar uma situação de subcapitalização.

<sup>156</sup> ZANINI, 2005, p. 142.

<sup>157</sup> ZANINI, 2005, p. 141.

<sup>158</sup> ZANINI, 2005, p. 133.

<sup>159</sup> Cf. ASCARELLI, 2001, p. 466-467; GARRIGUES, 1982, p. 41; VERÇOSA, 2010, p. 122-123; PORTALE, 1992, p. 8. Quanto a este último autor, no desenvolver de sua obra, ele acaba por relativizar a ideia de que o capital social cumpre adequadamente a função de tutelar terceiros, inclusive a criticando (PORTALE, 1992, p. 15-18).

<sup>160</sup> ZANINI, 2005, p. 141.

<sup>161</sup> PORTALE, 2002, p. 16-17.

preferência por obtenção de financiamentos pela sociedade para o desenvolvimento de um empreendimento específico à capitalização da sociedade pelos próprios sócios (*project finance*<sup>162</sup>) e (vi) a ausência de previsão expressa e mandamental no sentido de reduzir o capital social em caso de realização de prejuízos.<sup>163</sup>

Como visto, além de muitas, são sólidas as razões a rejeitar a adoção de um regime de capital mínimo. Entretanto, não são poucos os países que o adotam, como se verifica a seguir:

### 3.2.1.1. Direito comparado

A despeito das considerações supra referidas, todas pertinentes e justificadas, não se pode negar que a obrigatoriedade de um regime mínimo para o capital social possui alguma finalidade. Não se consegue crer que a maioria dos países europeus – pelo menos quanto aos mais desenvolvidos –, com toda sua tradição e experiência no campo do direito comercial, acabaria por exigir o requisito de uma capitalização mínima nas sociedades com limitação de responsabilidade sem qualquer objetivo.

A crítica aduzida por ZANINI e PORTALE, contudo, vai muito mais de encontro com a sempre referida função do capital social de tutelar terceiros do que com qualquer outra ideia. A exigência de um capital mínimo tenha “talvez a única utilidade de (...) impedir a adoção desse tipo societário [Sociedade Anônima] por empreendimentos de reduzidos porte(...)”<sup>164</sup>, ou, ao menos, facilitar a constatação de um sociedade subcapitalizada.

A título de demonstração, com base nas legislações de alguns países europeus, pode-se afirmar que:

Em Portugal<sup>165</sup>, o Código das Sociedades Comerciais exige, para a constituição de uma sociedade por quotas, equivalente a nossa sociedade limitada,

---

<sup>162</sup> Vide Item 2.2.3.

<sup>163</sup> ZANINI, 2005, p. 138-141.

<sup>164</sup> ZANINI, 2005, p. 141.

<sup>165</sup> Artigos 201 e 276 do Código das Sociedades Comerciais:

um capital mínimo de €5.000 (cinco mil euros) – art. 201; para a constituição de uma sociedade anônima, por sua vez, o capital mínimo é de €50.000 (cinquenta mil euros) – art. 276.

Em França<sup>166</sup>, não há regime de capital mínimo para as sociedades de responsabilidade limitada (*sociétés à responsabilité limitée*), cabendo ao estatuto sua fixação, conforme artigo L223-2 do Código de Comércio. Ao contrário, quanto às sociedades anônimas (*sociétés anonymes*), há exigência de um capital mínimo de €37.000 (trinta e sete mil euros), nos termos do artigo L224-2.

Na Alemanha<sup>167</sup>, a exigência para a constituição de uma sociedade limitada (*Gesellschaften mit beschränkter Haftung*) é um capital social não inferior a €25.000

**“Artigo 201: (Montante do capital)**

*A sociedade por quotas não pode ser constituída com um capital inferior a 5000 euros nem posteriormente o seu capital pode ser reduzido a importância inferior a essa.*

**Artigo 276: (Valor nominal do capital e das acções:**

*3 - O valor nominal mínimo do capital é de 50 000 euros.”*

<sup>166</sup> Artigos 223-2, 223-43 e 224-2 do Código de Comércio francês:

**“Article L223-2**

*Le montant du capital de la société est fixé par les statuts.*

**Article L224-2**

*Le capital social doit être de 37 000 € au moins.*

*La réduction du capital social à un montant inférieur ne peut être décidée que sous la condition suspensive d'une augmentation de capital destinée à amener celui-ci à un montant au moins égal au montant prévu à l'alinéa précédent, à moins que la société ne se transforme en société d'une autre forme. En cas d'inobservation des dispositions du présent alinéa, tout intéressé peut demander en justice la dissolution de la société. Cette dissolution ne peut être prononcée si, au jour où le tribunal statue sur le fond, la régularisation a eu lieu.*

*Par dérogation au premier alinéa, le capital des sociétés de rédacteurs de presse est de 300 euros au moins lorsqu'elles sont constituées sous la forme de société anonyme.”*

<sup>167</sup> Conforme a Lei das Sociedades de Responsabilidade Limitada alemã (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*):

§ 5 Capital inicial; participação no negócio

(1) O capital inicial da Sociedade deve ser de, no mínimo, vinte e cinco mil euros.

Quanto às Sociedades Anônimas alemãs (*Aktiengesetz*):

§ 7 Valor nominal mínimo do capital inicial

O valor nominal mínimo do capital inicial é cinquenta mil euros.

A tradução foi gentilmente realizada por Sílvio Aloysio Rockenbach, cujos trechos originais da GmbHG e da Aktiengesetz são, respectivamente:

*“§ 5 Stammkapital; Geschäftsanteil*

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

(vinte cinco mil euros), na forma do § 5 da *GmbHG*, ao passo que para a sociedade anônima deve ser superior a €50.000 (cinquenta mil euros), conforme a *Aktiengesetz*.

Na Itália<sup>168</sup>, a sociedade limitada - *società a responsabilità limitata* – deve contar com, ao menos, €10.000 (dez mil euros); a sociedade anônima (*società per azioni*), a seu turno, com no mínimo €120.000 (cento e vinte mil euros). Originariamente, antes da adesão à zona do Euro, os valores eram, respectivamente, vinte milhões e duzentos milhos de liras. Nesse ponto, ZANINI, comprovando a ineficácia da adoção de um regime de capital mínimo, observa que entre 1942 e 1977 o valor do capital mínimo ficou estagnado na Itália, “reduzido-se a uma cifra simbólica”<sup>169</sup>, em razão da inflação.

Na Grã-Bretanha<sup>170</sup>, a *Public Limited Company (Plc)*, equivalente a nossa sociedade anônima aberta, possui, para sua constituição, a exigência de um capital

“§ 7 Mindestnennbetrag des Grundkapitals  
Der Mindestnennbetrag des Grundkapitals ist fünfzigtausend Euro.”

<sup>168</sup> Redação original do Código Civil italiano de 1942:

**“Art. 2474 Capitale sociale:**

*La società deve costituirsi con un capitale non inferiore a 20 milioni di lire (2250, 2496).*

**Art. 2327 Ammontare minimo del capitale**

*La società per azioni deve costituirsi (2445) con un capitale non inferiore a 200 milioni di lire (att. 215).”*

Redação do Código Civil com alteração do Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6. "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 17 del 22 gennaio 2003:

**“Art. 2327 (Ammontare minimo del capitale).**

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

**Art. 2463 (Costituzione).**

*La società puo' 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;”*

<sup>169</sup> ZANINI, 2005, p. 139.

<sup>170</sup> Conforme a *Companies Act de 2006*, capítulo 46, parte 20, capítulo 01, parágrafo 763:

**“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.”*

mínimo de £50.000 (cinquenta mil libras esterlinas) ou o equivalente em euros. Tal exigência não se aplica a *Private Limited Company (Ltd)*, cuja correspondente seria a nossa sociedade limitada ou sociedade anônima fechada.

Na Europa<sup>171</sup>, a criação da Sociedade Europeia, permitida após o advento do Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, para casos de a sociedade anônima constituída tratar-se de uma sociedade supra nacional ou que atue em mais de um país da União Europeia, exige um capital social mínimo de €120.000 (cento e vinte mil euros).

### 3.2.1.2. Previsão no Brasil.

Não há, via de regra, exigência de capital mínimo para a constituição de sociedades no Brasil. Os sócios são livres para estipular no estatuto social o montante que entendam adequado para a realização do objeto social.

Há, todavia, duas hipóteses em que a legislação brasileira prevê a existência de um capital mínimo, cujo não atendimento poderia acarretar a subcapitalização legal.

A primeira delas são as instituições financeiras em geral e seguradoras, cuja Resolução nº 2607 do Banco Central do Brasil<sup>172</sup> e Resolução CNSP nº 155 do

---

<sup>171</sup> Conforme Artigo 4º do Estatuto da Sociedade Europeia:

**“Artigo 4º**

1. O capital da SE é expresso em euros.
2. O capital subscrito deve ser de, pelo menos, 120000 euros.”

<sup>172</sup> “Art. 1º Os limites mínimos de capital realizado e patrimônio líquido abaixo especificados devem ser permanentemente observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil:

- I - R\$17.500.000,00 (dezessete milhões e quinhentos mil reais): banco comercial e carteira comercial de banco múltiplo;
- II - R\$12.500.000,00 (doze milhões e quinhentos mil reais): banco de investimento, banco de desenvolvimento, correspondentes carteiras de banco múltiplo e caixa econômica;
- III - R\$7.000.000,00 (sete milhões de reais): sociedade de crédito, financiamento e investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedade de arrendamento mercantil e correspondentes carteiras de banco múltiplo;
- IV - R\$3.000.000,00 (três milhões de reais): companhia hipotecária;

Conselho Nacional de Seguros Privados<sup>173</sup>, respectivamente, estipulam os valores mínimos do capital social.

A segunda hipótese é a recém-criada Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, que finalmente permitiu a constituição de uma empresa unipessoal com responsabilidade limitada. Na forma do artigo 980-A do Código Civil, incluído pela Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011 (que entrará em vigor a partir de meados de janeiro de 2012), o capital mínimo integralizado para sua constituição deve ser de, no mínimo, 100 (cem) salários-mínimos nacionais.

### 3.2.2. Subcapitalização substancial

#### 3.2.2.1. Incongruência entre o capital e o objeto sociais

*In the piercing area, inadequate capitalization usually means a capitalization that is very small in relation to the nature of the risks the business of the corporation necessarily entails.*<sup>174</sup>

V - R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais): sociedade corretora de títulos e valores mobiliários e sociedade distribuidora de títulos e valores (...).

VI - R\$550.000,00 (quinhentos e cinquenta mil reais): sociedade corretora de títulos e valores mobiliários e sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários que exerçam atividades não incluídas no inciso anterior;

VII - R\$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais): sociedade corretora de Câmbio”.

<sup>173</sup> “A parcela fixa do capital base será de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais). A parcela variável do capital base será determinada de acordo com a região em que a sociedade seguradora foi autorizada a operar, conforme tabela a seguir:

Tabela da Parcela Variável por Região

Região	Estados	Parcela Variável (em Reais)
1	AM,PA,AC,RR,AP,RO	120.000,00
2	PI,MA,CE	120.000,00
3	PE,RN,PB,AL	180.000,00
4	SE,BA	180.000,00
5	GO,DF,TO,MT,MS	600.000,00
6	RJ,ES, MG	2.800.000,00
7	PR,SC,RS	1.000.000,00
8	SP	8.800.000,00

Observação: O capital base para operar em todo país é de R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais).”

Há necessidade de somar os valores de capital base e capital variado, conforme a região de atuação, para encontrar-se o capital mínimo necessário para a constituição das sociedades seguradoras.

Ao contrário da subcapitalização legal, facilmente constatada a partir do momento em que o capital social torna-se inferior ao montante limite previsto em lei, a subcapitalização substancial ocorre quando o capital social não é proporcional ao objeto social previsto no estatuto, em desobediência ao princípio da adequação do capital social.<sup>175</sup>

PORTALE eleva a obrigatoriedade de congruência entre (i) capital social e (ii) objetivo social e dimensão da atividade econômica à categoria de princípio imperativo, de modo que sua infringência acarretaria não a nulidade da sociedade, mas sim a responsabilidade direta dos sócios, com a desconsideração do privilégio da limitação da responsabilidade.<sup>176 177</sup>

A adequação entre objeto e capital social, para PORTALE, está embasada indiretamente na interpretação conjunta dos artigos 2445 e 2448, nº 2, do Código Civil italiano<sup>178</sup>, que preveem, respectivamente, a redução do capital social quando este se torna excessivo para o desempenho do objeto social e a possibilidade de dissolução da sociedade quando da impossibilidade de esta alcançar o seu objeto social. Isso porque a primeira norma cria uma regra de proporção entre capital e objeto sociais<sup>179</sup> e a segunda por exigir do sócio uma capitalização adequada para o desenvolvimento do objeto social.<sup>180</sup>

<sup>174</sup> HAMILTON, Robert W. **The law of corporations: in a nutshell**. Saint Paul, Minn.: West, 2003, p. 142.

<sup>175</sup> PORTALE, 1991, p. 30.

<sup>176</sup> PORTALE, 1991, p. 33.

<sup>177</sup> PORTALE refere que a subcapitalização não poderia ensejar a nulidade da sociedade, como já foi defendido por outros doutrinadores alemães. A doutrina alemã mais recente, conforme o autor italiano, entende que a solução mais severa (nulidade da pessoa jurídica) não deve mais ser aplicada, “*sia perchè [a solução moderna] lascia ai soci un ampio margine di discrezionalità circa la modalità di finanziamento della società; sia perchè minimizza la situazione di incertezza giuridica*” (1991, p. 34).

<sup>178</sup> “**Art. 2445** *Riduzione del capitale esuberante*

*La riduzione del capitale, o quando questo risulta esuberante per il conseguimento dell'oggetto sociale, può (2412) aver luogo sia mediante liberazione dei soci dall'obbligo dei versamenti ancora dovuti (2344), sia mediante rimborso del capitale ai soci, nei limiti ammessi dagli artt. 2327 e 2412.*

**Art. 2448** *Cause di scioglimento*

*La società per azioni si scioglie:*

*2) per il conseguimento dell'oggetto sociale o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo;”*

<sup>179</sup> PORTALE, 1991, p. 46.

<sup>180</sup> PORTALE, 1991, p. 57.

Adaptando a argumentação do autor italiano ao ordenamento jurídico brasileiro, pode-se extrair a mesma conclusão no sentido de que o objeto social deve ser condizente com o objeto e os riscos da atividade empresária. Tanto o artigo 1.082, inciso II, do Código Civil<sup>181</sup> quanto o artigo 173<sup>182</sup> da Lei das Sociedades Anônimas exigem a congruência *capital x objeto* sociais. Isso porque há previsão expressa autorizando a redução do capital social quando constatado seu excesso. É que, considerando o método de interpretação segundo o qual a lei não contém palavras inúteis, é evidente que o excesso refere-se e relaciona-se ao objeto social, de forma a permitir a redução do capital quando constatada sua incompatibilidade com o objeto.<sup>183</sup>

Não fosse isso, PORTALE ainda argumenta que não é por coincidência que o objeto social deve vir precisamente especificado, não bastando sua descrição genérica.<sup>184</sup> Conforme o artigo 2º, §2º, da Lei das Sociedades Anônimas, “o estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo”. A determinação de um objeto preciso possui, pois, também a função de permitir a análise e a comparação entre capital social e objeto.

Os sócios, ao constituírem uma sociedade, devem ter em mente que a concessão da responsabilidade limitada pressupõe sua participação nos riscos que qualquer atividade econômica representa. Isso porque quem almeja obter as inúmeras vantagens oferecidas pela limitação da responsabilidade deve suportar também seus eventuais infortúnios, sendo-lhes vedada a transferência dos riscos a terceiros.<sup>185</sup> Daí porque há um dever indireto de a sociedade constituída oferecer as condições mínimas de exequibilidade do objeto definido pelos sócios, começando por um capital adequado, pois, como sustenta PORTALE:

*Il capitale sociale che i soci devono apportare e conservare serve ad impedire una translazione unilaterale del rischio sui creditori sociali;*

---

<sup>181</sup> “**Art. 1.082.** Pode a sociedade reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato:

*II - se excessivo em relação ao objeto da sociedade.”*

<sup>182</sup> “**Art. 173.** A assembleia-geral poderá deliberar a redução do capital social se houver perda, até o montante dos prejuízos acumulados, ou se julgá-lo excessivo.”

<sup>183</sup> ZANINI, 2005, p. 143.

<sup>184</sup> PORTALE, 1991, p. 59.

<sup>185</sup> PORTALE, 1991, p. 32-33.

*pertanto, l'insufficiente dotazione di mezzi propri comporta un abuso del diritto.*<sup>186</sup>

Lamartine Corrêa, citando KALTER<sup>187</sup>, ainda destaca a diferença entre subcapitalização e sub-balanço. Aquela seria a “desproporção entre o âmbito ou volume de negócios e o capital próprio, de modo que o capital seria demasiadamente pequeno, gerando perigo de iliquidez”<sup>188</sup>; este ocorreria quando “o patrimônio líquido da sociedade não mais atingisse a cifra do capital nominal”.<sup>189</sup>

Portanto, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro também exige a conformidade entre o capital social e a atividade empresária descrita no objeto empresarial (princípio da adequação do capital social).<sup>190</sup> Eventual descompasso dá ensejo à subcapitalização substancial, a qual pode, por sua vez, caracterizar-se de duas formas:

#### 3.2.2.1.1. Subcapitalização nominal

Tem-se a subcapitalização nominal quando, para a manutenção da congruência entre o capital próprio e as necessidades da atividade social, os sócios, ao invés de integralizarem novos bens à sociedade, realizam empréstimos diretos ou indiretos à sociedade. Sobre o assunto, assim conceituou PORTALE:

*L'impresa sociale è dotata sí dei mezzi necessari al suo esercizio, ma questo si realizza – non attraverso l'apporto di mezzi propri (= conferimenti imputati in capitale: « capitale proprio » o « capitale di rischio »), che anzi è effettuato in misura del tutto inadeguata –, ma con la concessione diretta o indiretta di prestiti (« capitale di credito ») da parte dei soci.*<sup>191</sup>

---

<sup>186</sup> PORTALE, 1991, p. 97.

<sup>187</sup> KALTER, Einige Gedanken zur unterkapitalisierten GmbH – Ein Fall der Durchgriffshaftung, in Konkurs, Treuhand und Schiedsgerichtswesen, out. 1970, cad, p. 269.

<sup>188</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 412-413.

<sup>189</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 412-413.

<sup>190</sup> No mesmo sentido é a posição de COMPARATO. Este sustenta que “o dever de capitalização da empresa é um princípio geral do direito mercantil”. (COMPARATO, 2005, p. 451)

<sup>191</sup> PORTALE, 1991, p. 29.

A continuidade da exploração econômica pela sociedade não se dá pelo êxito da própria sociedade, mas sim via concessão de crédito pelos próprios sócios, de modo que a harmonia entre o capital próprio e a atividade social é artificial e indiretamente mantida pelos partes. Consequência disso é a translação do risco do empreendimento para os credores sociais. Cria-se, nessa hipótese, a possibilidade de os próprios sócios, em eventual insucesso de seu próprio negócio, participarem da liquidação da sociedade como credores concursais, dependendo até com status privilegiado e preferencial, de sua própria empresa.<sup>192</sup> Há, em verdade, o aumento do patrimônio da empresa sem o correspondente aumento da responsabilidade dos sócios.

Em suma, a capitalização, ao invés de ocorrer por meio de aumento do capital próprio, realiza-se por meio de capital de crédito dos próprios sócios. Ora, se a empresa necessita de empréstimos dos sócios para que a congruência capital-atividade seja mantida, a caracterização da subcapitalização nominal é manifesta.

Entre as práticas comuns e as situações que caracterizam a subcapitalização nominal temos: (i) um desequilíbrio entre as fontes de financiamento internas (meios próprios de financiamento: reserva de capital, capital de risco, etc.) e externas da sociedade; (ii) a habitual e excessiva concessão de aval ou garantia pelos sócios por dívidas da sociedade, visto que o capital social não é suficiente para tal; (iii) a usual doação e aporte de valores pelos sócios à sociedade para cobrimento de prejuízos ou para o desenvolvimento das atividades sociais; (iv) a desproporção entre aporte financeiro dos sócios e capital social;<sup>193</sup> (v) “a atribuição de valor excessivo aos bens com que o sócio contribuiu para a formação do capital social”.<sup>194</sup>

A solução encontrada, originariamente pela jurisprudência alemã e norte-americana, é a equiparação dos empréstimos concedidos a aporte de capital, com base no princípio geral de que é dever dos sócios promover a adequada capitalização da sociedade,<sup>195</sup> bem assim na proibição de transferência do risco inerente à atividade empresarial para os credores, em benefício dos sócios.<sup>196</sup>

---

<sup>192</sup> PORTALE, 1991, p. 30-31.

<sup>193</sup> TONELLO, 1999, p. 246-249.

<sup>194</sup> OLIVEIRA, 1976, p. 414.

<sup>195</sup> ZANINI, 2005, p. 145.

<sup>196</sup> PORTALE, 1999, p. 31.

O famoso precedente *Salomon v. Salomon Inc.* analisado supra é o típico exemplo de subcapitalização nominal, visto que o Mr. Salomon efetuou diversos empréstimos a sua sociedade para que a continuação de sua fábrica de botas de couro fosse possível. Após o fracasso da sociedade, ele habilitou-se como credor preferencial em detrimento dos demais credores sociais.

### 3.2.2.1.2. Subcapitalização material

A subcapitalização material é o conceito estrito de incongruência entre o capital social e o objeto da sociedade, não havendo, sequer, a realização de mútuo por parte dos sócios a fim de manter a aparência de adequada capitalização. Não é demais referir os ensinamentos de PORTALE, ao afirmar que uma sociedade é materialmente subcapitalizada quando “*dotada di un capitale del tutto sproporzionato rispetto all’oggetto sociale, non è coperto nemmeno con prestiti dei soci*”.<sup>197</sup>

Giuseppe MAGGIORE afirma que a expressão subcapitalização surge na Alemanha e, no mesmo sentido de PORTALE, refere a existência de duas modalidades de capital inadequado, brilhantemente diferenciando-as:

(...) **sottocapitalizzazione nominale**, in cui l’esercizio sociale si attua oltre che con mezzi propri, recorrendo al capitale di rischio, mediante prestiti dei soci, che possono assumere la forma di finanziamenti (capitale de credito) o di **sottocapitalizzazione materiale**, in cui il capitale è insufficiente per il raggiungimento dell’oggetto sociale e rimane insufficiente, anche ricorrendo ai prestiti dei soci.<sup>198</sup>

A subcapitalização legal e a material são independentes. Em países em que haja um regime de capital mínimo, por exemplo, a constituição de uma sociedade com o capital superior ao exigido pela lei, mas inadequado para o desenvolvimento daquela atividade econômica, pode significar a ocorrência da subcapitalização material. Isso porque para a sua constatação deve-se avaliar a proporção do

---

<sup>197</sup> PORTALE, 1991, p. 29-30.

<sup>198</sup> MAGGIORE, Giuseppe Ragusa. **Trattato delle società**. Padova: CEDAM, 2003, p. 198-199. (Grifou-se).

binômio capital-objeto, e não se o capital mínimo foi atingido. Pier Giusto JAEGER exemplifica essa situação, afirmando que uma sociedade dotada de um capital social equivalente ao mínimo legal não poderia gerir uma central nuclear.<sup>199</sup>

Não obstante, a caracterização do capital social insuficiente é assaz difícil de demonstrar, ainda mais se inexistente o parâmetro do capital mínimo. Genericamente, pode-se afirmar que é dever do sócio fornecer à sociedade os meios adequados para o desenvolvimento da atividade econômica descrita detalhadamente no estatuto, segundo sua *natureza, dimensão e risco social*.<sup>200</sup>

### 3.2.3. Subcapitalização inicial ou originária

A subcapitalização pode também ser vista sob o ponto de vista temporal.

Há subcapitalização inicial quando a empresa, desde a sua constituição, não é dotada de capital próprio suficiente para o adequado desempenho de sua atividade.

A partir dessa premissa, pode-se presumir que, se a sociedade já foi constituída de modo a inviabilizar desempenho objeto social, os sócios buscavam tão-só o privilégio da responsabilidade limitada, não oferecendo, em contrapartida, os elementos mínimos para o desempenho da atividade econômica formalmente descrita no estatuto ou contrato social. Daí porque há de se cogitar no uso da pessoa jurídica com intuito meramente pessoal, caracterizando sua instrumentalização.<sup>201</sup> Nesse caso, deve ser atribuída responsabilidade pessoal a todos os sócios fundadores, pois a todos pode ser imputada a insuficiência de capital.<sup>202</sup>

---

<sup>199</sup> O exemplo de JAEGER constitui-se em uma sociedade de responsabilidade limitada com capital social de 20 milhões de liras (mínimo exigido à época para este tipo societário) cujo objeto é a exploração de uma atividade nuclear. Vê-se que não há falar em subcapitalização legal, mas apenas em subcapitalização material. (JAEGER, 1994, p. 237).

<sup>200</sup> PORTALE, 1991, p. 36.

<sup>201</sup> TONELLO, 1999, p. 102-103 e p. 242.

<sup>202</sup> PORTALE, 1991, p. 104.

### 3.2.4. Subcapitalização sucessiva

Já a subcapitalização sucessiva ocorre no desenvolvimento da vida social. Ao invés de demonstrar somente o uso da sociedade como *alter ego* dos sócios, há a possibilidade de os sócios utilizarem de meios fraudulentos para obter crédito de terceiros em nome da sociedade, com a posterior insuficiência da sociedade de quitar os débitos contraídos.<sup>203</sup>

A sociedade, ao ser constituída, detém um capital próprio adequado à natureza, à dimensão e aos riscos inerentes ao objeto social. A despeito disso, com o passar do tempo, a sociedade vai lentamente perdendo a proporção outrora existente. A descapitalização sucessiva pode ocorrer por meio de pagamentos de remuneração aos sócios, distribuição irregular de dividendos ou qualquer outra forma de concessão, pela sociedade, de prestações em dinheiro, *in natura* ou de garantia fiduciária em benefício dos sócios e em detrimento da sociedade.<sup>204</sup>

A garantia fundamental de adequação capital-objeto é sucessivamente (pluralidade de atos) ignorada, de modo que uma sociedade antes capitalizada e apta a desenvolver sua atividade, bem assim obter crédito, torna-se mero instrumento nas mãos dos sócios, por meio do “furto” dos lucros pelos sócios (*milking* ou *siphning of profits*).<sup>205</sup>

Matteo TONELLO, por fim, adverte que a averiguação da subcapitalização sucessiva, a par de complexa, necessita ainda da avaliação geral do momento econômico por que passa a empresa. Períodos de recessão econômica, instabilidade ou imprevisibilidade de mercado, problemas de gestão, etc., devem ser devidamente avaliados a fim de não culpar os sócios simplesmente pelo insucesso de sua atividade. Neste ponto, cabe inclusive destacar que já no século XIX, quando do julgamento do famoso *case Salomon v. Salomon Inc.*, a *House of Lords* consignou que as condições econômicas contribuíram para o infortúnio da sociedade, colaborando para a situação de subcapitalização nominal constatada na empresa de Mr. Salomon:

---

<sup>203</sup> TONELLO, 1999, p. 242.

<sup>204</sup> TONELLO, 1999, p. 240.

<sup>205</sup> TONELLO, 1999, p. 242.

*Shortly after it was started there seems to have come a period of great depression in the boot and shoe trade. There were strikes of workmen too; and in view of that danger contracts with public bodies, which were the principal source of Mr. Salomon's profit, were split up and divided between different firms. The attempts made to push the business on behalf of the new company crammed its warehouses with unsaleable stock.*<sup>206</sup>

Quanto aos responsáveis por esta modalidade de subcapitalização, entende-se que a supressão do princípio da responsabilidade limitada deve atingir aos sócios controladores. Isso porque *“la responsabilità deve incidere sui soci che hanno provocato [a subcapitalização] o che avvevano il potere di decidere un aumenyo del capitale o la cessazione dell’attività”*.<sup>207</sup>

### **3.3. A desconsideração da personalidade jurídica nos casos de subcapitalização**

#### **3.3.1. A subcapitalização como fundamento único para a desconsideração da personalidade jurídica**

Após uma breve análise da evolução do conceito de pessoa jurídica, bem como sua importância para a concepção do princípio da limitação de responsabilidade e da autonomia patrimonial, abordaram-se, genericamente, as principais teorias da desconsideração da pessoa jurídica. Quanto à teoria da *disregard doctrine*, foi dada especial ênfase à casuística norte-americana, ante sua importância para o reconhecimento da subcapitalização como fundamento para a superação da responsabilidade limitada dos sócios. Ao depois, com base na doutrina de PORTALE e ZANINI, classificaram-se as diversas modalidades de subcapitalização, para que, neste momento, responda-se aos seguintes questionamentos: o ordenamento jurídico brasileiro aceita a desconsideração a

---

<sup>206</sup> Salomon v. Salomon Inc.

<sup>207</sup> PORTALE, 1991, p. 105-107.

personalidade jurídica quando constatada a incongruência entre o capital social e o objeto social? Em quais casos é possível sua aplicação?

É possível desconsiderar a personalidade jurídica em casos de subcapitalização, mesmo que nem o artigo 50 do código civil nem os demais diplomas legais (Código Tributário Nacional, Código de Defesa do Consumidor) prevejam-no.

Como afirmado no item 3.1.4., o diploma civilista prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em casos de abuso de direito, sendo considerado, *ope lege*, modalidades de exercício abusivo da pessoa jurídica o *desvio de finalidade* e a *confusão patrimonial*. Mas a possibilidade de tornar momentaneamente ineficaz o princípio da limitação de responsabilidade não se restringe apenas a essas duas hipóteses.

MAC-DONALD<sup>208</sup>, citando Fábio Konder COMPARATO<sup>209</sup> e Judith MARTINS-COSTA<sup>210</sup>, aduz que a regra exposta no artigo 50 do Código Civil é uma regra genérica e aberta. As cláusulas gerais, justamente pela imprecisão de sua *fattispecie* e pela utilização de termos vagos e indeterminados, permitem que a desconsideração da pessoa jurídica seja utilizada como um “modelo jurídico” facilmente adaptável às exigências da sociedade, não sendo restrita apenas quando constatado o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial. Certamente tal amplitude não pode ser comparada a “*prevention of injustice*” ou a solução dos conflitos com base na “*equity*”, como nos tribunais da Common Law, mas a dinamicidade ofertada pela indeterminação do conceito legal do artigo 50 do Código Civil certamente possibilita a aplicação dessa teoria em uma ampla e variada gama de situações.

Portanto, a utilização dessas cláusulas abertas permite a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica sempre que utilizada em desconformidade com o próprio direito, como, *e.g.*, (a) confusão patrimonial, (b) pelo desvio de finalidade, (c) pela ofensa à boa-fé objetiva ou bons costumes ou, ainda, (d) pelo

---

<sup>208</sup> MAC-DONALD, 2002, p. 365-366.

<sup>209</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>210</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre v. 15, p. 129-154, 1998.

excesso dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, (e) pela fraude a credores ou a terceiros e nas mais diversas circunstâncias que podem vir a requerer a utilização desse instituto, como a constatação de um capital social inadequado.<sup>211</sup>

A subcapitalização, por conseguinte, pode ser considerada como uma das mais diversas situações aptas ensejar a aplicação da *disregard doctrine*, tendo em vista a opção de nosso legislador de permitir que a norma do artigo 50 do Código Civil seja vista como uma cláusula genérica. A existência de uma sociedade subcapitalizada vai de encontro, pois, com (i) o princípio da adequação do capital social e (ii) com o benefício da limitação da responsabilidade, porquanto o privilégio deste apenas é concedido quando a sociedade possui meios razoavelmente suficientes para garantir terceiros e credores dos riscos inerentes à atividade econômica. Apenas isso já permite que a “superação do véu societário”, como bem ilustra PORTALE:

*In altri termini, la questione della sottocapitalizzazione (...) deve essere vista, come problema di responsabilità dei soci in quanto tali, a prescindere, pertanto, dal concorso di altri possibili fenomeni patologici, alteranti la struttura della società (ad es.: forme di «tirannia» da parte dei soci o di «confusione» o di «osmosi» tra il patrimonio della società e quello dei soci.<sup>212</sup>*

Não fosse isso, para aqueles que não admitem a aplicação da *disregard doctrine* em casos de subcapitalização, como Fábio Ulhoa Coelho, vale referir que uma sociedade cujo capital próprio é insuficiente para o desenvolvimento de seu objeto social pode, por exemplo, criar uma conjuntura, a par de propícia a fraudar credores, contrária ao fim econômico e social da sociedade. Outrossim, pode uma sociedade com capital inadequado indicar a ocorrência de uma circunstância perfeitamente subsumível à *fattispecie* do desvio de finalidade e da confusão patrimonial, nos casos de subcapitalização material e da subcapitalização nominal.

---

<sup>211</sup> MAC-DONALD, 2002, 360-370.

<sup>212</sup> PORTALE, 1991, p. 84.

### 3.3.2. A subcapitalização como desvio de finalidade.

Com base nas lições de PORTALE, pode-se admitir que o capital social deixa de ser apenas um instrumento de garantia de terceiros<sup>213</sup>, cuja função daquele passa a ser “*il conseguimento dell’equilibrio economico-finanziario dell’impresa (...) nell’ambito di tutti i mezzi di cui la società ha bisogno per conseguire l’oggetto sociale*”.<sup>214</sup>

A sociedade empresária, analisada tanto sob o aspecto contratualista quanto institucionalista, possui a função de desenvolver uma atividade econômica. A diferença entre ambas as correntes é quanto à “titularidade do *interesse social*”<sup>215</sup>. Não obstante, é inegável que o *interesse social* mínimo (coincidente para as duas teorias) é que a empresa é constituída para (i) desenvolver uma atividade econômica e (ii) gerar lucros.

Irrelevante discutir “a quem se atribui a titularidade do interesse social”; o indispensável, contudo, é registrar que o interesse social propriamente dito é a **manutenção** da atividade econômica.<sup>216</sup>

Portanto, se é função do capital social possibilitar o desenvolvimento de uma atividade econômica, é evidente que seu montante deve ser adequado para consecução de tal atividade.<sup>217</sup> Daí porque se pode admitir a existência um desvio de finalidade em uma sociedade subcapitalizada, visto que seu capital social não

---

<sup>213</sup> Até mesmo pela ineficácia do capital social em garantir terceiros, conforme itens 2.2.3 e 3.2.1.

<sup>214</sup> PORTALE, 1991, p. 19.

<sup>215</sup> ZANINI, 2005, p. 93.

<sup>216</sup> No institucionalismo, a atividade econômica deve ser preservada não só em prol dos sócios, mas também em prol (i) da própria pessoa jurídica e (ii) de toda a sociedade; no contratualismo, o desenvolvimento do objeto social deve ser buscado em prol dos interesses dos sócios.

<sup>217</sup> A título de demonstração, o artigo 116, parágrafo único, da Lei das Sociedades Anônimas, refere que o acionista controlador deve buscar não só realizar o objeto social, mas também cumprir a *função social* da companhia:

“**Art. 116.** Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

**Parágrafo único.** O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.” (Grifou-se).

permite – por si só – o desenvolvimento do objeto<sup>218</sup> a que a sociedade se dispusera a cumprir. Essa posição vai ao encontro da doutrina germânica, que, com base na teoria da finalidade normativa<sup>219</sup>, considera a “deficiente capitalização da companhia como desvio de função ou finalidade do instituto”.<sup>220</sup>

Importante advertir que o simples fato de a sociedade ser ou estar subcapitalizada não induz nem faz presumir existência de desvio de finalidade. Como será visto a seguir (*itens* 3.3.5. e 3.3.6.), apenas em alguns casos a subcapitalização **pode** indicar o desvio de finalidade – ensejando excepcionalmente a aplicação da *disregard doctrine*, quando comprovado que a sociedade não foi constituída para o desenvolvimento da atividade econômica prevista no estatuto.

### 3.3.3. A subcapitalização como confusão patrimonial

A subcapitalização nominal, por sua vez, valendo-se desde já da mesma observação do parágrafo imediatamente anterior, pode também indicar estar a sociedade defronte a uma situação de confusão patrimonial. Não por coincidência que Fábio Konder COMPARATO aborda a subcapitalização dentro do capítulo intitulado “*Confusão Patrimonial entre titular do controle e sociedade controlada*”.<sup>221</sup>

Como outrora estudado, a empresa nominalmente subcapitalizada distingue-se da materialmente subcapitalizada justamente em função de que aquela possui os

---

<sup>218</sup> A finalidade da sociedade anônima não se confunde com seu objeto. A extensão do conceito deste é abordado por ZANINI (2005, Capítulo IV, p. 71-111), referindo a posição da doutrina espanhola e italiana sobre o tema. Para a doutrina espanhola, fim social e objeto social não se confundem: “a consecução do objeto social integraria, inequivocamente, o fim da sociedade; mas não seria o bastante. Somados à realização do objeto social teriam de estar outros elementos para que se pudesse falar, a rigor, que a sociedade estaria a cumprir seu fim.” (2005, p. 83). A doutrina italiana, por sua vez, também acaba por atribuir ao objeto social duas concepções: “Na primeira [ampla], nele [no objeto] se divisa a atividade econômica desenvolvida pela empresa tomada em sentido abstrato; na segunda [restrita], considera-se atividade concreta praticada pela sociedade, com a enunciação do segmento específico por ela explorado, *verbis gratia*, a fabricação de móveis” (2005, p. 84).

A despeito da complexa noção se a função das sociedades (muito mais presentes na sociedade anônima) é desenvolver seu objeto amplo (fim social) ou seu objeto estrito, certo é que a sociedade busca desenvolver uma atividade econômica.

<sup>219</sup> A teoria dos centros de imputação previa justamente a possibilidade de desconsideração quando a finalidade e a função da norma não fossem cumpridas. Vide item 3.1.3.

<sup>220</sup> COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 452.

<sup>221</sup> Capítulo III da Terceira Parte (COMPARATO, 2005, p. 433-510).

meios adequados para a o exercício de seu objeto social, não em virtude dos meios próprios – como o aumento do capital social –, mas sim em razão das prestações dos sócios ou de crédito. Ora, se existe um princípio do dever da adequada capitalização por parte dos sócios, e estes o fazem por meio inadequado e em prejuízo dos credores, está-se diante de uma situação de confusão patrimonial.

A confusão patrimonial normalmente ocorre quando os sócios utilizam-se do patrimônio da sociedade pra fins pessoais. Neste caso, ao contrário, é a sociedade que utiliza do patrimônio pessoal dos sócios. A peculiaridade é que, por exigência do próprio objeto social, os sócios deveriam aportar bens a fim de promover a capitalização societária, e não via concessão de empréstimos.

Nosso ordenamento não proíbe a concessão de empréstimos dos sócios às sociedades, mas isso não impede que certos valores aportados à sociedade na qualidade de comodato ou mútuo sejam considerados como aumento de capital. É que, se a sociedade depende desse crédito para desempenhar sua atividade, está-se diante de uma situação de subcapitalização, e não de apenas de um empréstimo pontual para a realização de um ato isolado.

Por conseguinte, se averiguado que a sociedade depende exclusivamente dessas prestações financeiras dos sócios, realizados de forma habitual, é possível examinar a subcapitalização nominal sob o aspecto da confusão patrimonial, a fim de justificar a desconsideração da pessoa jurídica nesses casos.<sup>222</sup>

Não se poderia deixar de registrar a opinião de PORTALE, para quem não há de se confundir subcapitalização com confusão patrimonial.<sup>223</sup> O autor, entretanto, não aprofunda o tema.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua vez, teve a oportunidade de afirmar, não expressamente, é verdade, que a subcapitalização pode indicar a confusão patrimonial.<sup>224</sup>

No caso, a sociedade limitada Parques Temáticos Administração LTDA. (cujo capital social era de R\$900,00 (novecentos reais) e objeto social consistia na

---

<sup>222</sup> COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 494-495.

<sup>223</sup> PORTALE, 1991, p. 100.

<sup>224</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 2008.002.30061**, 18ª Câmara Cível, Relator Rogerio de Oliveira Souza, julgado em 14/10/2008, Diário de Justiça de 17/10/2008, p. 173/179.

“*administração, operação, coordenação, controle, e gerenciamento de empreendimentos imobiliários em geral, podendo ainda participar em outras sociedades como sócia ou acionista*”) detinha uma dívida de fornecimento de energia elétrica no valor de 4 milhões de reais. A dívida era oriunda da atividade prestada pela sociedade anônima Parques Temáticos S.A., com capital social de R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais) e objeto social “*a incorporação, instalação e operação de um parque de diversões*”, coligada com a primeira e com mesmo quadro societário e de administração.

Ao aplicar a teoria da desconsideração, o Relator dispôs no sentido de que a contração da dívida pela sociedade com capital social irrisório para o desempenho da atividade da sociedade coligada caracterizava-se como abusivo e com a finalidade de causar prejuízos a terceiros, configurando a confusão patrimonial:

A confusão patrimonial salta aos olhos.

A manobra utilizada pelas sociedades, cuja estrutura social é praticamente a mesma, revela-se injustificável, mormente quando se verifica que uma sociedade de capital ínfimo, nos autos de uma concordata requerida por “*sociedade diversa*”, assume o pagamento de quantia de tamanho vulto.<sup>225</sup>

#### 3.3.4. Subcapitalização Legal

A subcapitalização legal não enseja a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. No momento em que o capital social torna-se aquém do mínimo legal, a sociedade simplesmente desfaz-se, ou seja, despersonaliza-se. COMPARATO brilhantemente diferencia a técnica da desconsideração da de despersonalização. Aquela é suspensão momentânea do princípio da limitação de responsabilidade, de modo que a “*autonomia subjetiva*” da pessoa jurídica é mantida, mas provisoriamente paralisada; nesta (despersonalização), a pessoa jurídica desaparece com ente autônomo.<sup>226</sup>

---

<sup>225</sup> Agravo de Instrumento nº 2008.002.30061.

<sup>226</sup> COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 353.

Merecem destaques as observações de ZANINI a esse respeito. Nos casos de subcapitalização legal no direito comparado, não há a imediata dissolução da sociedade. Ao contrário, oferece-se-lhe uma última chance de promover sua capitalização, tendo em vista o princípio da preservação da empresa. No direito brasileiro, a seu turno, a redução abaixo do mínimo legal acarreta a liquidação extrajudicial da sociedade, quanto às financeiras e securitizadoras,<sup>227</sup> quanto à Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, é caso de dissolução.

### 3.3.5. Subcapitalização simples e qualificada

Um dos poucos doutrinadores brasileiros que trata da possibilidade de aplicação do método da desconsideração aos casos de subcapitalização, Calixto SALOMÃO FILHO, em uma breve passagem, julga necessário diferenciar a subcapitalização simples da qualificada:

Na última, o capital inicial é claramente insuficiente ao cumprimento dos objetivos e da atividade social e conseqüentemente o perigo criado pelo(s) sócio(s) no exercício do comércio é suficiente para caracterizar a responsabilidade. Quando, ao contrário, a subcapitalização não é evidente, é necessário demonstrar o elemento subjetivo, ou seja, a culpa ou o dolo do(s) sócio(s) em não prover o capital suficiente à atividade social.<sup>228</sup>

Para o comercialista brasileiro, portanto, caberia a desconsideração da personalidade jurídica em caso de subcapitalização quando a incongruência entre o objeto social e o capital social fosse facilmente demonstrada – subcapitalização qualificada. Noutro sentido, quando a subcapitalização não fosse tão evidente, far-se-ia necessário comprovar a culpa ou o dolo em constituir uma sociedade que, por si, não possui condições de desenvolver sua atividade fim. SALOMÃO FILHO justifica sua posição ao ponderar que o ordenamento jurídico brasileiro não exige um capital mínimo para a criação de uma sociedade empresária com responsabilidade.

---

<sup>227</sup> ZANINI, 2005, p. 136-137.

<sup>228</sup> SALOMÃO FILHO, 2002, p. 186.

Por isso, “seria difícil exigir do sócio que faça a previsão correta no momento da constituição da sociedade”.<sup>229</sup>

PORTALE compartilha a opinião de SALOMÃO FILHO, afirmando que apenas a “*sottocapitalizzazione qualificata*” e a “*sottocapitalizzazione manifesta*” permitem a sanção jurídica. Conforme o autor italiano, “*il giudizio non è più di «congruità» ma di «manifesta incongruità»*”.<sup>230</sup>

A atribuição de responsabilidade aos sócios não é uma solução eminentemente de direito comercial. O direito civil também possui normas capazes de atribuir responsabilidade aos sócios por dívidas sociais, corroborando o afirmado por SALOMÃO FILHO no que se refere à subcapitalização simples. PORTALE explica que determinadas condutas dos sócios podem ser consideradas como ato ilícito.<sup>231</sup> É possível, conseqüentemente, provar a culpa ou o dolo dos sócios que causem dano a terceiros. Nesse sentido, PORTALE diz que a subcapitalização, por exemplo, poderia ser vista sob a ótica de lesão ao patrimônio de terceiros (credores sociais).<sup>232</sup> Essa concepção de ato ilícito, aplicável aos casos de subcapitalização simples, atribui aos credores o ônus de prova quanto ao elemento subjetivo do ato ilícito e o nexo de causalidade entre o capital inadequado e o dano.<sup>233</sup> Daí porque o autor brasileiro refere a dificuldade da aplicação da *disregard doctrine* nos casos de subcapitalização simples.

No que se refere à subcapitalização nominal, SALOMÃO FILHO aduz que é mais vantajoso considerar os aportes financeiros dos sócios como aumento de capital, com base em uma “visão realista e ampla do capital social”, do que desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica.<sup>234</sup> PORTALE, no mesmo sentido, refere que é possível tal concepção, desde que as prestações efetuadas pelo sócios sejam feitas em benefício da sociedade, e não em prejuízo dos credores.<sup>235</sup>

---

<sup>229</sup> SALOMÃO FILHO, 2002, p. 187.

<sup>230</sup> PORTALE, 1991, p. 70.

<sup>231</sup> PORTALE, 1991, p. 88.

<sup>232</sup> PORTALE, 1991, p. 90.

<sup>233</sup> “*non può non restare a carico dei terzi deneggiati (=creditori sociali) l'onere della prova sia per quanto attiene all'elemento soggettivo del fatto illecito (colpa o dolo) sia per quanto attiene alla prova del nesso di causalità tra sottocapitalizzazione e danno subito*” (PORTALE, 1991, p. 93.)

<sup>234</sup> SALOMÃO FILHO, 2002, p. 187.

<sup>235</sup> PORTALE, 1991, p. 109.

Entretanto, o doutrinador italiano admite que, em regra, a jurisprudência vem entendendo essa situação como um caso típico de atribuição de responsabilidade aos sócios.<sup>236</sup> Isto é, estando-se diante de uma subcapitalização nominal qualificada, é o caso de desconsideração da pessoa jurídica, a menos que a simples requalificação dos empréstimos seja suficiente para satisfazer e não prejudicar terceiros. Nesta última hipótese, será que a mera requalificação não seria a aplicação *ipso facto* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica?

COMPARATO entende sim, opinião com a qual se concorda. Ora, viu-se que há um dever implícito em nosso direito de que o objeto social deve guardar relação o capital social, de modo que este seja um instrumento hábil e capaz de concretizar a atividade econômica prevista no estatuto. Para o Autor, ainda, o controlador, ao invés de financiar a sociedade por meio de mútuos, deve fazê-lo por meio de aumento de capital, sob pena de burlar o sistema de limitação de responsabilidade – via desenvolvimento de atividade econômica sem a participação em seus inerentes riscos. Isso se extrai das seguintes palavras do mestre:

Um dos deveres do controlador, em relação aos credores sociais, é o de prover adequadamente a companhia de capital, tendo em vista o fato de que este representa a principal garantia do passivo social. Nessas condições, se a sociedade necessita de um incremento de recursos próprios, para continuar a exercer, satisfatoriamente, a sua atividade empresarial, não compete ao controlador fazer-lhe empréstimos, mas subscrever e integralizar aumentos de capital. Ao colocar-se na posição de credor mutuante, e não de subscritor de novas ações, ele quis, sem dúvida, furtar-se ao risco do investimento. Mas este constitui uma das regras essenciais do jogo. A lei não pode coonestar a sua supressão.<sup>237</sup>

Não fosse isso, situações como essas podem indicar uma tentativa de fraudar credores, na medida em que os sócios, em eventual caso de insolvência da sociedade, poderão ingressar no processo na qualidade de credores concursais. A simulação de que a sociedade possui capital social suficiente para o desenvolvimento de sua atividade, quando na realidade depende de empréstimos do sócio, é uma situação muito grave que merece a aplicação desse instituto

---

<sup>236</sup> PORTALE, 1991, p. 111.

<sup>237</sup> COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 495.

excepcional.<sup>238</sup> Até porque a finalidade da *disregard doctrine* é atingir, em raras ocasiões, o patrimônio dos sócios para saldar obrigações sociais. A requalificação de empréstimos a aumento de capital social é exatamente isso. A subcapitalização nominal, por fim, pode ser analisada sob a ótica da boa-fé objetiva, à luz dos implícitos princípios de proibição de *venire contra factum proprium* e *exceptio doli generalis*.<sup>239</sup> Quanto ao primeiro, pode-se afirmar que o reiterado ato (atividade) dos sócios em aportar indiretamente valores à sociedade pelo meio equivocado pode induzir os credores legitimamente crer que o continuarão a fazer; quanto ao segundo, pode-se dizer que a má-fé dos sócios em emprestar – e não capitalizar a sociedade – não lhes pode favorecer.

Em suma, conforme a doutrina mais especializada, temos que tanto SALOMÃO FILHO quanto PORTALE concordam que a subcapitalização pode ensejar a responsabilidade pessoal dos sócios quando for manifesta a incongruência entre o capital social e o objeto social (subcapitalização qualificada). Isso porque a subcapitalização qualificada é considerada, por si só, uma infringência ao direito. Em casos de subcapitalização simples – em que não haja a manifesta incongruência –, faz-se necessário comprovar o dolo ou a culpa dos sócios, conforme SALOMÃO FILHO. É possível utilizar-se também de fundamentos do direito civil para amparar a aplicação da *disregard doctrine*, de acordo com o caso.

### 3.3.6. Responsabilidade contratual e extracontratual

Após a análise dos casos em que é possível desconsiderar a personalidade jurídica de sociedades com o capital insuficiente, a natureza da responsabilidade – se contratual ou extracontratual – da sociedade também pode ser um fator determinante para a aplicação ou não da *disregard doctrine*.

A espécie de responsabilidade modifica substancialmente a ótica sob a qual devemos explorar a teoria da desconsideração. Isso porque enquanto na responsabilidade contratual o credor da sociedade tem a oportunidade de deliberar

---

<sup>238</sup> TONELLO, 1999, p. 103.

<sup>239</sup> PORTALE, 1991, p. 111-112.

acerca do risco em oferecer crédito a uma sociedade subcapitalizada, na responsabilidade extracontratual não há falar nessa oportunidade. Essa é a posição de HAMILTON:

*Several cases involving contractual liability accept the argument that a third party who knowingly and voluntarily agrees to deal with a marginally financed corporation without requesting assurances from the shareholders personally cannot hold the shareholders personally liable.*<sup>240</sup>

E complementa o mesmo Autor, em outra obra: “*in a tort case, on the other hand, there is usually no element of voluntary dealing*”.<sup>241</sup> Já no que se refere aos casos de responsabilidade extracontratual, não é oferecido ao credor a possibilidade de escolha. Daí porque os Tribunais americanos vêm aplicando a *disregard doctrine* nesses casos com maior frequência, como forma da concretização da justiça substancial.<sup>242</sup>

Compartilhando a opinião do autor americano, não deve ser aplicada a teoria da desconsideração em casos em que o credor, por vontade própria, assumiu o risco de negociar com uma sociedade com capital inadequado. Ao credor caberia requerer o oferecimento de garantia idônea se houver preocupação acerca da insolvabilidade da companhia, sem sequer requerer a prestação de garantia idônea. Se não o fez, não se vê outra alternativa senão admitir que o credor assumiu o risco de não ter seu crédito adimplido.<sup>243</sup> Daí porque entende-se que não deve o Judiciário interferir na autonomia da vontade de partes capazes, ainda mais se considerada sua condição de comerciante. Nesse sentido, vale trazer, novamente, excerto do não por acaso famoso precedente britânico, em que a *House of Lords* consignou que os credores tiveram sua parcela de culpa ao negociar:

*The unsecured creditors of A. Salomon and Company, Limited, may be entitled to sympathy, but they have only themselves to blame for their misfortunes. They trusted the company, I suppose, because they had long dealt with Mr. Salomon, and he had always paid his way; but they had full notice that they were no longer dealing with an*

---

<sup>240</sup> HAMILTON, 2004, p. 323.

<sup>241</sup> HAMILTON, 2000, p. 139.

<sup>242</sup> HAMILTON, 2000, p. 139.

<sup>243</sup> HAMILTON, 2000, p. 138.

*individual, and they must be taken to have been cognisant of the memorandum and of the articles of association.*<sup>244</sup>

Registre-se que para imputar aos credores o dever de diligência necessário para averiguar as condições financeiras da sociedade e, por conseguinte, o nível de capitalização desta, ambos os contratantes devem estar em condições de isonomia material. A exigência do dever de cautela aplica-se, pois, a contratantes em pé de igualdade, sendo descabido este requisito quando existente relação de consumo ou manifesta vulnerabilidade de uma das partes contratantes, já que a autonomia da vontade de um deles é reduzida.

Em casos de culpa ou dolo, por evidente, como nos casos em que os sócios de modo fraudulento induzem em erro os credores contratuais, essa exceção não deve ser considerada.

Outra característica considerada nos casos de credores involuntários é a existência de seguro. Nessa situação, “*liability insurance should count as capitalization*”<sup>245</sup>, porquanto há uma clara demonstração da sociedade em mitigar os riscos inerentes do desenvolvimento de sua atividade econômica.

Outrossim, se a subcapitalização for simples, mas sem existência de dolo ou de culpa grave, também se entende, conforme SALOMÃO FILHO, que não é caso de desconsideração. Isso porque é da vida social a aceitação de prejuízos em casos em que a parte devedora, desde que de boa-fé, não tenha condições de arcar patrimonialmente com os danos causados. Ninguém está livre de não ser indenizado em casos em que o devedor, com todo o seu patrimônio, não possui condições de satisfazer seu débito. Isso deve ser ponderado tanto quando o devedor é pessoa jurídica ou pessoa física.

Portanto, em casos de subcapitalização qualificada sem a presença de dolo ou culpa, conclui-se que apenas em caso de responsabilidade extracontratual é de se cogitar da aplicação da *disregard doctrine*; em casos de responsabilidade contratual, a seu turno, tendo em vista que o credor sabia ou deveria saber que estava contratando com uma sociedade marginalmente capitalizada, não há falar em desconsideração.

---

<sup>244</sup> Salomon v. Salomon Inc.

<sup>245</sup> HAMILTON, 2000, p. 139.

#### 4. CONCLUSÃO

Independente se visto como um ente fictício, real ou pré-jurídico, com interesse próprio ou interesse relacionado a seus membros, a pessoa jurídica é instituto pelo qual se permite reconhecer a existência de um novo sujeito de direito, com patrimônio autônomo e destinado a um fim específico. Essa atribuição de finalidade a um patrimônio independente é que permitirá a concessão do tão importante benefício da limitação da responsabilidade a alguns tipos societários. Todavia, para que seja outorgado esse privilégio, faz-se mister a existência de um rígido regime de separação patrimonial e um capital social íntegro capaz de permitir o desenvolvimento do objeto social.

A *disregard doctrine*, por sua vez, é para o princípio da limitação da responsabilidade como um lado e outro de uma moeda, pois é vista como resposta do direito à utilização abusiva e disfuncional desse benefício criado unicamente a fim de concretizar o progresso econômico e social. A evolução histórica desse instituto sempre teve a intenção de salvaguardar interesses de terceiros quando o benefício da limitação da responsabilidade fosse utilizado em desconformidade com o direito, de modo fraudulento ou abusivo.

Há no direito brasileiro o postulado segundo o qual o capital social deve ser proporcional à atividade econômica prevista no estatuto da sociedade, de modo que haja uma congruidade entre capital e objeto social. Um dos principais motivos para tal exigência é a vedação de os sócios transferirem a terceiros os riscos da atividade que desempenham através da sociedade. Eventual descompasso entre tais fatores, portanto, pode indicar, consoante a teorização da casuística americana aos casos de *piercing the veil of corporate entity*, o uso instrumental da pessoa jurídica, como meio de atingir fins diversos do que os previstos no estatuto ou de desenvolver uma atividade econômica sem a devida cautela quanto a seus inerentes riscos. Tal instrumentalização, por consequência, consubstancia-se na utilização abusiva da pessoa jurídica, principal fundamento para a aplicação da *disregard doctrine* no Brasil.

Por conseguinte, a subcapitalização é um dos possíveis fatores para a aplicação da *disregard doctrine*.

O artigo 50 do Código Civil é uma cláusula geral e aberta que admite a aplicação da teoria da desconsideração nos mais variados casos em que verificada a utilização contrária ao direito a ao princípio da separação patrimonial. Assim, a mera subcapitalização societária, pode ser capaz de ensejar a aplicação desse instituto. Entretanto, pode também ser vista a inadequada capitalização como um indicativo das situações expressamente previstas no referido dispositivo legal, seja pelo desvio de finalidade seja pela confusão patrimonial.

A multiplicidade de espécies de subcapitalização, o elemento subjetivo do sócio em permitir que o capital social seja ou torne-se insuficiente, bem como o elemento volitivo do credor em contratar com a sociedade marginalmente capitalizada são fatores importantíssimos para que se admita a desconsideração da personalidade jurídica por tal fundamento. Até porque o ordenamento jurídico prevê, acertadamente, que não basta o mero inadimplemento ou insolvência da sociedade para a aplicação da *disregard doctrine*. É requisito essencial para a desconsideração da personalidade jurídica sua utilização em desconformidade com o direito, na forma da teoria maior majoritariamente aplicada.

Portanto, coordenando as regras de desconsideração, bem como as modalidades de subcapitalização existentes no direito brasileiro, pode-se resumir às seguintes situações em que é viável a desconsideração da personalidade jurídica nos casos de incongruência entre capital social e objeto social:

- (i) Subcapitalização simples ou qualificada com a presença de dolo ou culpa grave: é possível a desconsideração tanto em casos de responsabilidade extracontratual quanto de responsabilidade contratual.
- (ii) Subcapitalização simples sem o elemento subjetivo: não é possível a aplicação da *disregard doctrine*.
- (iii) Subcapitalização qualificada sem dolo: o *pierce the corporate veil* deve ser aplicado apenas em casos de responsabilidade extracontratual, e não em casos em que os credores conheciam e tinham consciência da situação da sociedade.

## REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. **Contrato Plurilateral**. In: Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado. São Paulo: Saraiva e Cia. Livraria Acadêmica, 1945.

\_\_\_\_\_. **Panorama do direito comercial**. São Paulo : Saraiva, 1947.

\_\_\_\_\_. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. Campinas: Bookseller, 2001.

\_\_\_\_\_. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARRETO FILHO, Oscar. **Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento**. In Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, n. 2, jul./dez. 1966. Disponível em [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20620/sociedade\\_credito\\_financiamento\\_investimento.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20620/sociedade_credito_financiamento_investimento.pdf?sequence=1), acessado em 12 out. 2011.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 101.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código civil e alterações da LSA São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2005.

ESTRELLA, Hernani. **Curso de direito comercial**. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1973.

GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale**. 4.ed. Padova : CEDAM, 2004. v.3,t.2.

\_\_\_\_\_. **La globalizzazione nello specchio del diritto**. Bologna: Saggi, 2005.

GARRIGUES. Joaquim. **Problemas atuais das sociedades anônimas**. Tradução: Norberto Caruso Mac-Donald. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 1982.

HAMILTON, Robert W. MACEY, Jonathan R. **Cases and materials on corporations: including partnerships and limited liability companies**. 8th. ed. Saint Paul, Minn.: Thomson, 2004.

HAMILTON, Robert W. **The law of corporations: in a nutshell**. Saint Paul, Minn.: West, 2000.

JAEGER, Pier Giusto. **Appunti di diritto commerciale**. 3.ed. Milano : Dott. A. Giuffrè, 1994.

KORIS-LINDNER, Amy. **International Legal English**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. **Pessoa jurídica: questões clássicas e atuais (abuso – Sociedade Unipessoal - Contratualismo)**. *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio grande do Sul. Porto Alegre. Vol. 22, 2002, p. 300-375.

MAGGIORE, Giuseppe Ragusa. **Trattato delle società**. Padova: CEDAM, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre v. 15, p. 129-154, 1998.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume 1, 19. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999. 6 v.

PORTALE, Guisepe B. Capitale sociale e società per azione sottocapitalizzata. *In* **Rivista delle Società**; Anno 36, Fasc., 1, genn. /febr. 1991. p. 03-124

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed.atual. São Paulo : Saraiva, 2003. v.1.

SALOMAO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TONELLO, Matteo. **L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali**. Padova : CEDAM, 1999.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**, volume 1 : Teoria geral das sociedades - As sociedades em espécie do código civil. 2. ed. rev. atual. São Paulo : Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito comercial**, volume 2 : Teoria geral das sociedades - As sociedades em espécie do código civil. 2. ed. rev. atual. São Paulo : Malheiros, 2010.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**, volume 2. 5.ed. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1922-1926. 4 v.

WORMSER, I. Maurice. **Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems**. Washington, DC : BeardBooks, 1927.

ZANINI, Carlos Klein. **A dissolução judicial da sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

### Decisões Judiciais Referidas

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 279273/SP**, Rel. Ministro Ari Pargendler, Relatora para Acórdão Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 04/12/2003, Diário da Justiça de 29/03/2004, p. 230.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 970.635/SP**, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 10/11/2009, Diário da Justiça de 01/12/2009, p. 163.

CONNECTCUT. Supreme Court of Connecticut. **Humphrey v. Argraves 145 Conn. 350 (1958)**. Disponível em <[http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?page=1&xml doc=1958495145Conn350\\_1442.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985&SizeDisp=7](http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?page=1&xml doc=1958495145Conn350_1442.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985&SizeDisp=7)>, acessado em 01 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Supreme Court of Connecticut. **Zaist v. Olson** 154 Conn. 563 (1967). Disponível em <[http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?page=1&xmlidoc=1967717154Conn563\\_1646.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985&SizeDisp=7](http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?page=1&xmlidoc=1967717154Conn563_1646.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985&SizeDisp=7)>, acessado em 01 out. 2011.

FLORIDA. Supreme Court of Florida. **Aztec Motel Inc. v. State Ex Rel. Faircloth**, 251 So.2d 849 (1971).. Disponível em <[http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?page=1&xmlidoc=19711100251So2d849\\_1843.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985&SizeDisp=7](http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?page=1&xmlidoc=19711100251So2d849_1843.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985&SizeDisp=7)>, acessado em 01 out. 2011.

ILLINOIS. Appellate Court of Illinois .**Gallagher v. Reconco Builders Inc.**, 91 Ill. App.3d 999 (1980), 415 N.E.2d 560. Disponível em <[http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlidoc=1980109091IllApp3d999\\_1939.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985](http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlidoc=1980109091IllApp3d999_1939.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985)>, acessado em 08 out. 2011.

NEW YORK. Circuit Court of Appeals of New York City. **Weisser v. Mursam Shoe Corporation**, 127 F.2d 344 (1942). Disponível em <[http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlidoc=1942471127F2d344\\_1353.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985](http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlidoc=1942471127F2d344_1353.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985)>, acessado em 08 out. 2011.

PENNSYLVANIA. Court of Common Pleas of Philadelphia. **Koch v. First Union Corp.**. 2002 WL 372939 (Pa. Common Pleas Jan. 10, 2002). Disponível em <<http://www.courts.phila.gov/pdf/cpcvcomprg/eif.pdf>>, acessado em 15 out. 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 2008.002.30061**, 18ª Câmara Cível, Relator Rogerio de Oliveira Souza, julgado em 14/10/2008, Diário de Justiça de 17/10/2008, p. 173/179.

UNITED KINGDOM. House of Lords. **Salomon v Salomon & Co Ltd** (1897) AC 22. Disponível em <[http://oxcheps.new.ox.ac.uk/new/casebook/part5\\_19.php](http://oxcheps.new.ox.ac.uk/new/casebook/part5_19.php)>, acessado em 18 set. 2011.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Bank of the United States v. Deveaux**, 9 U.S. 61 (1809). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/9/61/case.html>>, acessado em 17 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Supreme Court of United States. **Pepper v. Litton** 308 U.S. 295 (1939) No. 39. Disponível em <[http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlidoc=1939603308US295\\_1577.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985](http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlidoc=1939603308US295_1577.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985)>, acessado em 09 out. 2011.

## Legislação Citada

ALEMANHA. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2509) geändert worden ist. Disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/BJNR004770892.html>>, acessado em 10 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 9. Dezember 2010 (BGBl. I S. 1900) geändert worden ist. Disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/BJNR010890965.html>>, acessado em 10 out. 2011.

BRASIL. Lei Federal Nº 556, de 25 de junho de 1850. **Código Comercial**. CLB de 1850 T.11, Pág. 57-238, RJ, 25 de junho de 1985. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L0556-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm)>, acessado em 24 set. 2011.

\_\_\_\_\_. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>, acessado em 18 set. 2011.

\_\_\_\_\_. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm)>, acessado em 18 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil**., Diário Oficial da União, Poder Executivo. Rio de Janeiro, RJ, 05 jan. 1916. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>, acessado em 18 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 2607 do Banco Central do Brasil. **Estabelece limites mínimos de capital realizado e patrimônio líquido das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil**, altera disposições da Resolução nº 2.212, de 16 de novembro de 1995, e modifica a regulamentação aplicável aos Postos de Atendimento Bancário (PAB). Disponível em <[http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1999/pdf/res\\_2607\\_v1\\_P.pdf](http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1999/pdf/res_2607_v1_P.pdf)>, acessado em 12 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Resolução CNSP nº 155, de 2006 do Conselho Nacional De Seguros Privados. **Dispõe sobre o capital mínimo requerido para autorização e funcionamento das sociedades seguradoras e dá outras providências.** Disponível em <<http://www.susep.gov.br/textos/resol155.pdf>>, acessado em 12 out. 2011.

FRANÇA. **Code de Commerce.** Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006146045&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20111009>>, acessado em 09 out. 2011.

ITÁLIA. R.D. 16 marzo 1942, n. 262. **Codice Civile Italiano.** Approvazione del testo del Codice Civile. Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942). Disponível em <[http://www.jus.unitn.it/cardoza/obter\\_dictum/codciv/Codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/cardoza/obter_dictum/codciv/Codciv.htm)>, acessado em 09 out. 2011.

\_\_\_\_\_. **Decreto Legislativo 17 gennaio 2003**, n. 6. "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 17 del 22 gennaio 2003 - Supplemento Ordinario n. 8. Disponível em <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/03006dl.htm>>, acessado em 09 out. 2011.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 262/86, de 02 de setembro de 1986. **Código das Sociedades Comerciais.** Diário da República nº 63, Série I-A, 1º Suplemento. Disponível em <<http://www.legix.pt/docs/CSC.pdf>>, acessado em 11 set. 2011.

REINO UNIDO. **Companies Act 2006**, chapter 46. Disponível em <[http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga\\_20060046\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf)>, acessado em 09 out. 2011.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001. **Estatuto da Sociedade Europeia (SE).** Jornal Oficial nº L 294 de 10/11/2001 p. 0001 – 0021. Disponível em <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R2157:PT:HTML>>, acessado em 09 out. 2011.