

A SUBCAPITALIZAÇÃO COMO POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA



<https://doi.org/10.22533/at.ed.975132505056>

Data de aceite: 28/05/2025

Giovani Penido Coutinho

Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú (FIJ). Estagiário no Gabinete da 1ª Vara da Comarca de Bariri (TJSP).

Mateus Tamura Aranha

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), MBA em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Especialista em Direito de Família pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Advogado, Vice-Presidente da OAB-Jaú, Coordenador da Escola Superior de Advocacia (ESA), Contador e Professor de Direito Empresarial e de Direito Civil nas Faculdades Integradas de Jaú (FIJ).

RESUMO: Este estudo se propõe a, no âmbito do Direito Empresarial, verificar se, com base na legislação, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, a subcapitalização societária das sociedades empresárias constitui uma possibilidade ou não para a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Partindo-se deste pressuposto, utilizou-se dos métodos de investigação científica dialético, uma vez que resta claro a grande controvérsia

da matéria, e dedutivo, consubstanciado na análise de premissas maiores para se chegar a proposições específicas relativas aos assuntos aqui tratados. Este trabalho se propõe a apresentar um breve histórico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, apresentar a desconsideração da personalidade jurídica como um instituto desenvolvido para evitar abusos, definir os conceitos de capital social e subcapitalização para, com base nessas definições, verificar os posicionamentos favoráveis e contrários à aplicação da Disregard Doctrine em casos de sociedades subcapitalizadas. Por fim, filia-se ao entendimento de que, em virtude de a lei brasileira não exigir capital social mínimo para a constituição de sociedades e da aplicação excepcional do instituto da desconsideração no ordenamento jurídico pátrio, a subcapitalização societária não deve ensejar o “levantamento do véu”, consubstanciado na personalidade e no patrimônio autônomos das pessoas jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: subcapitalização; desconsideração da personalidade jurídica; capital social; autonomia patrimonial.

UNDERCAPITALIZATION AS A POSSIBILITY FOR DISREGARDING LEGAL PERSONALITY

ABSTRACT: This study proposes, within the scope of Business Law, to verify whether, based on Brazilian legislation, doctrine and jurisprudence, the corporate undercapitalization of business companies constitutes a possibility or not for the application of the institute of disregard of legal personality. Based on this assumption, dialectical scientific research methods were used, since the great controversy of the matter remains clear, and deductive, embodied in the analysis of major premises to arrive at specific propositions relating to the subjects discussed here. This work proposes to present a brief history of the patrimonial autonomy of legal entities, present the disregard of legal personality as an institute developed to avoid abuses, define the concepts of social capital and subcapitalization to, based on these definitions, verify the favorable positions and contrary to the application of the Disregard Doctrine in cases of undercapitalized companies. Finally, it is supported by the understanding that, due to Brazilian law not requiring minimum share capital for the constitution of companies and the exceptional application of the institute of disregard in the Brazilian legal system, corporate undercapitalization should not give rise to the “raising of the veil”, embodied in the autonomous personality and assets of legal entities.

KEY-WORDS: undercapitalization; disregard of legal personality; share capital; patrimonial autonomy.

INTRODUÇÃO

No decorrer da história, as sociedades empresárias de responsabilidade patrimonial dos sócios limitada revelaram-se mecanismos imprescindíveis para o estímulo ao desenvolvimento de atividades econômicas organizadas, fomentando a produção e a circulação de riquezas, bem como promovendo o desenvolvimento econômico e social das sociedades capitalistas.

Tal fenômeno se deve, em grande parte, à atribuição de personalidade e patrimônio próprios a essas sociedades, o que resulta na titularidade de direitos e obrigações próprios, pelos quais, a princípio, o patrimônio pessoal dos sócios não responderá em caso de malogro da atividade-fim.

Contudo, tais mecanismos favoreceram aqueles empreendedores que, visando a “blindagem” de seus bens, utilizaram-se dos tipos societários de responsabilidade limitada dos sócios para a prática de atos ilícitos e para lesionar terceiros, notadamente os credores sociais. Deste modo, surgiu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica com o objetivo de transpor o obstáculo constituído pela personalidade autônoma das sociedades empresárias para que os que se utilizassem da referida sociedade fossem responsabilizados e tivessem seus patrimônios atingidos.

Assim, um dos objetivos deste trabalho é compreender o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, a sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro e os seus requisitos de aplicabilidade, de modo a evitar a banalização do instituto.

Em seguida, proceder-se-á à análise do capital social, buscando defini-lo e expor suas principais funções e características. Conforme se verificará, a legislação nacional não exige cifra de capital social mínimo para a constituição de sociedades empresárias, em regra. Diante deste panorama, buscar-se-á elucidar o conceito de subcapitalização.

A subcapitalização será abordada em diversos aspectos, levando-se em consideração sua configuração de acordo com o decurso do tempo de operação da pessoa jurídica, como também sua origem decorrente do financiamento da atividade-fim com investimentos próprios dos sócios sob a forma de mútuo ou advinda de excessivos empréstimos tomados com terceiros.

Após, serão apresentados os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que embasam a possibilidade de se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica às sociedades subcapitalizadas. Não obstante, serão colacionados os posicionamentos contrários, indicando as alternativas empregadas por aqueles que sustentam não ser a subcapitalização uma hipótese de aplicação da *Disregard Doctrine*.

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

A AUTONOMIA PATRIMONIAL E A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS NAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

Inicialmente, cumpre esclarecer o que se entende por pessoa jurídica. Dentre as várias teorias possíveis, filia-se à teoria da realidade técnica, que assevera ser a pessoa jurídica uma reunião de pessoas ou de patrimônios, voltada à consecução de certas finalidades, à qual a ordem jurídica outorga a qualidade de sujeito de direitos e de obrigações (DINIZ, 2023).

Dispõe o art. 49-A, *caput*, do Código Civil que a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios ou administradores, dentre outros. Complementando, enuncia o parágrafo único do artigo supra referido, incluído pela Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019):

A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

Pois bem. O artigo 982, *caput*, da codificação material privada cuida de fornecer um importante critério de auxílio na identificação da sociedade empresária: “Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais”.

Primeiro, cumpre remontar à noção de empresário individual, compreendido como aquele que desenvolve profissionalmente atividade econômica organizada, articulando os meios de produção (insumos, capital, mão de obra e tecnologia), para a produção ou a circulação de bens e/ou de serviços, conforme exegese do art. 966, *caput*, do Código Civil.

Por consequência, em regra, a sociedade empresária será aquela que desenvolver atividade econômica organizada destinada a produzir ou fazer circular bens ou serviços. Assim, as sociedades que desenvolverem as demais atividades econômicas (aquelas que não envolvem a articulação dos fatores de produção) serão consideradas sociedades simples (art. 982, *caput*, *in fine*, CC/02).

Não basta, contudo, o exercício de atividade econômica organizada para que a sociedade empresária adquira personalidade jurídica e goze das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe atribui. É necessário, deste modo, a inscrição no órgão de registro (Registro Público de Empresas Mercantis), na forma da lei, de seu ato constitutivo (arts. 45, *caput*, 985 e 1.150, todos do Código Civil).

Dentre os principais efeitos da aquisição da personalidade jurídica, pode-se citar: i) titularidade negocial e processual; ii) individualidade própria; e iii) autonomia e responsabilidade patrimonial.

Interessam, aqui, a autonomia e a responsabilidade patrimonial, noções fundamentais e indissociáveis das sociedades empresárias. Autonomia patrimonial significa, a princípio, que a pessoa jurídica, em virtude de sua personalidade própria, possui um patrimônio próprio, destinado à realização de seu objeto social (TOMAZ, 2017). Como decorrência, é esse patrimônio da sociedade que responderá ilimitadamente pelas obrigações contraídas.

A responsabilidade patrimonial dos sócios, por sua vez, é subsidiária, o que decorre do art. 1.024 do Código Civil, *in verbis*: “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”. Assim o sendo, a responsabilidade dos sócios poderá ser limitada ou ilimitada, a depender do tipo societário adotado.

Quanto à responsabilidade patrimonial ilimitada dos sócios, uma vez esgotados os bens da sociedade, os credores poderão buscar a satisfação das dívidas sociais integralmente no patrimônio pessoal dos sócios. É o que ocorre na sociedade em nome coletivo, de acordo com o art. 1.039, *caput*, *in fine*, do Código Civil. Igualmente incorrem aqui os sócios comanditados, nas sociedades em comandita simples (art. 1.045, *caput*, do CC/02); e os acionistas diretores, nas sociedades em comandita por ações (arts. 1.091, *caput*, do CC e 282, *caput*, da LSA).

Quanto à responsabilidade patrimonial limitada dos sócios, por sua vez, em um primeiro momento, o patrimônio pessoal dos sócios não poderá ser executado por obrigações da sociedade empresária. Em sendo possível a execução de bens particulares dos sócios, após esgotados os bens sociais, haverá um máximo de responsabilidade, consubstanciado na quota parte de cada um quanto ao capital social.

São exemplos de sociedades empresárias em que os sócios possuem responsabilidade patrimonial limitada: a sociedade limitada (art. 1.052, *caput*, do CC); a sociedade anônima (art. 1º, da LSA); a sociedade em comandita simples, relativamente aos sócios comanditários (art. 1.045, *caput, in fine*, do CC); e a sociedade em comandita por ações, quanto aos acionistas não-diretores (interpretação a *contrario sensu* dos arts. 1.091, *caput*, do CC e 282, *caput*, da LSA).

A limitação da responsabilidade dos sócios nos tipos societários acima elencados é fator preponderante a explicar sua preferência pelos empreendedores no Brasil, sendo fator de estímulo ao desenvolvimento econômico do país, uma vez que é justamente por saberem que seus bens pessoais não responderão pelas dívidas sociais que os empreendedores se sentem compelidos a investirem em negócios arrojados (TOMAZ, 2017).

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

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

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

Trata-se de construção jurisprudencial dos países de *Common Law*, notadamente da atuação dos tribunais norte-americanos e ingleses, recebendo a denominação de *Disregard of Legal Entity*, conforme Suzy Elizabeth Cavalcante Koury (2011) e Rubens Requião (1971).

O que restou consolidado dos precedentes jurisprudenciais foi a possibilidade de se afastar os efeitos oriundos da personalidade jurídica das sociedades empresárias, notadamente no que tange à autonomia patrimonial e à limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios, nos casos em que a pessoa jurídica fosse utilizada de forma abusiva, especialmente com o fito de prejudicar os interesses dos credores sociais.

Todavia, não se pode mais falar em doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro em diversos diplomas legais, a saber: art. 28, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor); art. 4º, da Lei nº 9.605/1998 (regula os crimes ambientais); art. 50, da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica); e art. 34, da Lei nº 12.529/2011 (dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica).

Interessa a este trabalho a previsão do Código Civil de 2002, em seu artigo 50, com a redação determinada pela Lei nº 13.874/19 (Lei da Liberdade Econômica), merecendo análise inicial o *caput* do dispositivo legal:

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

A disposição contida no artigo supracitado é a regra geral acerca da desconsideração no ordenamento jurídico pátrio, sendo de observação obrigatória em todos os casos que não envolvam relações de consumo, infrações à ordem econômica e delitos ambientais, que possuem regulamentação própria nos demais diplomas normativos suso referidos.

Pois bem. Como se depreende da redação do art. 50, *caput*, do CC, a desconsideração da personalidade jurídica é possível em se tratando de abuso da personalidade jurídica, o qual pode se dar nas modalidades desvio de finalidade e confusão patrimonial. Ademais, a desconsideração não pode ser reconhecida de ofício pelo magistrado, devendo ser requerida pela parte ou pelo *Parquet*, nas hipóteses em que lhe caiba intervir no feito.

O § 1º do art. 50 do CC/02, incluído pela Lei da Liberdade Econômica, define o que se entende por desvio de finalidade: “Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”.

O dispositivo é claro ao descrever que a conduta caracterizadora do desvio de finalidade é aquela que possui o propósito de lesar credores ou praticar atos ilícitos. Assim, imprescindível é a comprovação do ato doloso do sócio ou administrador para que reste incontroverso o abuso da personalidade jurídica na modalidade desvio de finalidade.

Não obstante, o § 5º do art. 50 do CC ressalva que a mera expansão ou alteração da finalidade da atividade econômica específica da pessoa jurídica não configura, de *per si*, desvio de finalidade.

Ademais, o art. 50, § 4º, do Código Civil, é hialino ao dispor que a mera existência de grupo econômico, sem a presença dos requisitos estabelecidos no *caput* do artigo, não basta para que se permita a desconsideração da personalidade jurídica.

Por sua vez, a confusão patrimonial é definida como a ausência de separação de fato entre o patrimônio social e o patrimônio pessoal dos sócios (art. 50, § 2º, do CC). A codificação material civil cuidou de apontar três hipóteses em que resta caracterizada a confusão patrimonial, *in verbis*:

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I – cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II – transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III – outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

Suprimindo a lacuna legislativa até então existente, a Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) positivou a desconconsideração inversa no ordenamento jurídico pátrio: “O disposto no *caput* e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica” (art. 50, § 3º, do CC/02).

Aprofundando o tema, a doutrina especializada:

Há duas formulações para a teoria da desconconsideração: a maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial. (COELHO, 2024, p. 35)

A teoria maior associa-se ao previsto no artigo 50 do Código Civil, pelo qual apenas admite-se a desconconsideração restando comprovado o abuso da personalidade jurídica, seja pelo desvio de finalidade, seja pela confusão patrimonial, obedecendo aos requisitos elencados no corpo do dispositivo legal. A teoria menor, por sua vez, tem incidência nas relações consumeristas (art. 28, § 5º, do CDC) e nos casos de delitos ambientais (art. 4º, da Lei nº 9.605/98), em que o mero prejuízo ao credor autoriza a desconconsideração de sua personalidade.

Por fim, a desconconsideração da personalidade jurídica é medida excepcionalíssima no ordenamento jurídico brasileiro, apenas tendo lugar quando preenchidos os requisitos legais atinentes à temática da relação de direito material que se estabelece, sob pena de banalização do instituto.

O CAPITAL SOCIAL E A SUBCAPITALIZAÇÃO

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

Modesto Carvalhosa (2007, p. 101) afirma ser o capital social a “parcela do valor das ações subscritas que os acionistas vinculam, na constituição e em cada aumento (arts. 13 e 14), ao negócio empresarial que constitui o objeto da companhia”. Carvalho de Mendonça (1954, p. 27-28), por sua vez, afirma ser o capital social o “fundo constituído para a base de operações”.

Prosseguindo, cumpre ainda distinguir o capital social subscrito do capital social integralizado. De acordo com a lição de Mariana Rocha Tomaz (2017, p. 03): “Enquanto o primeiro constitui a soma de recursos prometidos pelos sócios à sociedade, o segundo abrange aqueles recursos prometidos e efetivamente transferidos ao patrimônio social”.

O capital social deve ser expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação pecuniária, abrangendo bens móveis e imóveis, materiais ou imateriais (arts. 997, III, e 1.054, do CC e arts. 5º, 7º e 166, § 1º, da LSA).

Inclusive, de se consignar que o capital social é parte integrante do contrato social, uma vez que a transmissão de patrimônio dos sócios para a sociedade (a cifra inicial representativa do capital social) é parte da estrutura da sociedade empresária, constituída com limitação de responsabilidade, a partir de um patrimônio distinto (DINIZ, 2012).

O capital social, deste modo, constitui-se como inibidor à distribuição excessiva de lucros:

Quando o patrimônio líquido excede o capital social, a sociedade pode distribuir esse excesso aos sócios, como lucro, ou conservá-lo como reserva ou lucros acumulados. Encontrando-se o patrimônio líquido aquém do capital social, nenhuma distribuição de lucros se efetivará. O princípio da intangibilidade do capital social inibe qualquer distribuição que não se apoie em excesso patrimonial, uma vez que o capital social é a garantia dos credores. (BORBA, 2015, p. 72)

Gustavo Saad Diniz (2012) atribui ao capital social duas funções: (i) garantia indireta aos credores, uma vez que a legislação exige a integralização do capital para que se tenha a limitação da responsabilidade dos sócios, além de dispor de mecanismos destinados a manter íntegro o capital nominal; e (ii) instrumento de atribuição de direitos e deveres proporcionais à participação dos sócios, como participação nas deliberações sociais e distribuição de lucros (art. 1.007 do CC e art. 202 da LSA).

Quanto às características do capital social, destacam-se a certeza e a intangibilidade. A certeza se justifica pela exigência de que a cifra do capital social deve ser indicada de forma precisa no contrato social (arts. 997, III, e 1.054, do CC e arts. 5º e 166, § 1º, da LSA). Não só. Os bens *in natura* devem corresponder precisamente ao valor disposto no contrato social, sob pena de responderem solidariamente os sócios (art. 1.055, § 1º, do CC e art. 8º, § 6º, da LSA). Ademais, justifica-se a certeza pela possibilidade de alteração do capital social apenas nas hipóteses taxativamente previstas em lei.

Por sua vez, a intangibilidade do capital social refere-se à obrigação dos sócios da sociedade empresária de manter o capital nominal íntegro, pois uma vez constituída a pessoa jurídica, torna-se impossível restituir aos sócios os bens outrora particulares que destinaram ao patrimônio autônomo da sociedade (art. 1.059 do CC e arts. 17, § 3º, 44, 48, § 3º, 58, § 4º, 201, 214 e 215 da LSA).

Parte-se, então, para a subcapitalização. Dentre diversas definições, chama atenção pela simplicidade e precisão a de Stefano Donassolo (2011, p. 52), para quem a subcapitalização nada mais é que “a ausência de compatibilidade entre o capital e atividade sociais previstos no estatuto da sociedade”. Outra definição que se destaca é a fornecida pelo espanhol Toledo Quintana (1997, p. 106), que afirma a subcapitalização como:

(...) aquela anormal desproporção, objetivamente evidente, entre a cifra de capital de responsabilidade fixado nos Estatutos de uma sociedade capitalista, e o nível de risco da empresa ou empresas de que a mesma seja titular, atribuível à incapacidade financeira da sociedade para desenvolver adequadamente a sua atividade empresarial.

A subcapitalização, por sua vez, comporta subdivisões importantes. Inicialmente, proveitoso é diferenciar subcapitalização originária da subcapitalização superveniente. Naquela, a inadequação entre o capital e o objeto sociais se faz presente quando da constituição da sociedade, uma vez que os sócios não dotam a sociedade de recursos adequados à consecução de sua atividade-fim (HÜBERT, 2007). Esta, por sua vez, dá-se quando o capital social, inicialmente suficiente para a consecução do objeto social almejado, é reduzido a níveis insuficientes, quiçá irrisórios, impossibilitando o desenvolvimento satisfatório da atividade econômica organizada (NUNES, 2018).

A classificação mais relevante, todavia, é aquela que distingue entre subcapitalização nominal e subcapitalização material. Em definição técnica, a subcapitalização nominal é a “requalificação forçada do mútuo dos sócios para a sociedade, considerando-o capital próprio da sociedade para satisfação dos débitos em caso de insolvência” (DINIZ, 2012, p. 161). Configurar-se-á a subcapitalização nominal quando os sócios realizarem consideráveis empréstimos, com capital próprio, para que a sociedade empresária realize a atividade econômica organizada erigida à condição de objeto social e, em caso de malogro da pessoa jurídica, tenham preferência aos credores sociais para satisfazerem seus créditos no patrimônio autônomo da sociedade, de modo a lesionar os legítimos interesses dos credores.

Por outro lado, a subcapitalização material é conceituada como um “desequilíbrio efetivo de capital próprio para financiamento da atividade da sociedade com limitação de responsabilidade, transferindo para os credores os riscos próprios dos sócios” (DINIZ, 2012, p. 182). Ou seja, nada mais é do que a ausência de meios próprios de financiar a consecução do objeto social da sociedade empresária por parte dos sócios, hipótese em que se recorre a recursos advindos de terceiros. Donassolo (2011, p. 65) vai além quando propõe que “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”.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COM BASE NA SUBCAPITALIZAÇÃO SOCIETÁRIA: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Neste momento, cumpre ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro não exige capital social mínimo como requisito para a constituição de sociedades empresárias, de modo que, igualmente, não prevê capital nominal adequado para a consecução do objeto social (DINIZ, 2012). Existem exceções, especialmente quanto a certas sociedades dependentes de autorização, porém irrelevantes para o que se propõe este estudo.

Acertada é a posição do legislador pátrio ao permitir a constituição de sociedades empresárias, em especial as sociedades limitadas e as sociedades por ações, sem a necessidade de integralização de uma cifra mínima como capital social. A uma, porque é natural que a dinâmica inflacionária corroa o real valor do capital social, o que faria com que os valores pré-definidos perdessem seu real sentido de ser. A duas, porque é terreno incerto a fixação de valores tidos por adequados para cada ramo de atividade econômica que as sociedades empresárias proponham-se a desenvolver.

Ademais, como bem pontua Rafaela Garcez Nunes (2018, p. 58-59):

A necessidade de capital compatível com as atividades de alto risco pode prejudicar o empreendedorismo e a criatividade. Com isso, seria aplicada uma forma de seleção sobre os agentes econômicos e apenas aqueles dispostos a dispendar capital e esforço na atividade, mesmo tendo conhecimento dos riscos inerentes a ela, seriam considerados aptos a atuar no mercado.

No Brasil, a voz mais significativa a embasar a desconsideração da personalidade jurídica é Gustavo Saad Diniz (2012), professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Inicialmente, o ilustríssimo acadêmico pondera que, por ser o contrato social o ato constitutivo de uma sociedade com limitação de responsabilidade dos sócios (caso das sociedades limitadas e por ações), a ausência de capital próprio ou o financiamento da atividade exclusivamente com capitais alheios desvirtua o próprio contrato de sociedade, de modo a afastar a limitação de responsabilidade:

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

Saad Diniz (2012) sustenta a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica das sociedades empresárias nos casos de subcapitalização nominal sob o argumento de que os sócios podem realizar negócios jurídicos com a sociedade, mas não podem, com isso, vulnerabilizar os interesses dos credores sociais, uma vez que são os sócios que devem suportar os riscos do empreendimento, não terceiros.

Quanto à subcapitalização material, Diniz (2012, p. 208) sustenta que:

Desempenhar a atividade societária com capital de terceiros pode ser fator preponderante para a transferência dos riscos para fora da sociedade, abusando da personalidade jurídica usada somente para limitar a responsabilidade. Consequentemente, ocorre proteção contra o desvio do fim da norma quando o sócio modificar a função e a utilização do privilégio da limitação de responsabilidade, com insuficiente nível de capital próprio e financiamento preponderante com capitais de terceiros.

Entende o referido autor que utilizar excessivamente capital de terceiros para financiar o desenvolvimento da atividade econômica por parte da sociedade empresária configura transferência excessiva de riscos aos credores, de modo que se viola a finalidade da limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios, o que justifica a alteração objetiva do centro de imputabilidade, sendo desnecessária a comprovação de fraude.

Igualmente sustentando a possibilidade de se decretar a desconsideração da personalidade jurídica com base na subcapitalização societária, Stefano Donassolo (2011) considera que a regra geral da desconsideração no ordenamento pátrio, o art. 50 do Código Civil, contém cláusulas abertas quanto às noções de desvio de finalidade e confusão patrimonial, de modo que a insuficiência de capital nominal pode ser perfeitamente caracterizada como abuso da personalidade.

Por fim, há ainda o entendimento de que o ordenamento jurídico pátrio contém uma exigência implícita de adequação entre o capital e o objeto sociais, o que pode ser inferido dos artigos 173 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações) e 1.082, inciso II, do Código Civil, uma vez que ambos permitem a redução do capital social quando este for considerado excessivo em relação à atividade-fim da sociedade.

(...) o objeto [aqui, leia-se: capital] social deve ser condizente com o objeto e os riscos da atividade empresária (...). 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. (DONASSOLO, 2011, p. 62)

Na jurisprudência, por sua vez, encontram-se ressonâncias da possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica das sociedades empresárias com base na subcapitalização. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em decisão monocrática no REsp nº 1.129.424/RS, a Ministra Regina Helena Costa elenca a subcapitalização como uma das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica:

Doutrina e jurisprudência admitem a desconsideração da pessoa jurídica basicamente em quatro hipóteses: (a) situações de alter ego (megassócio ou super-sócio); (b) situações de abuso de direito (abuso na utilização da forma societária); (c) situações de fraude (utilização da sociedade para lesar terceiros, também chamada desconsideração inversa); e (d) situações de subcapitalização (capital social insuficiente para a atividade e riscos inerentes a ela).

(STJ, REsp 1.129.424/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 16/09/2016, DJe 20/09/2016)

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por sua vez, deparou-se frontalmente com a matéria, aplicando o instituto da desconsideração da personalidade jurídica diante de sociedade subcapitalizada:

AGRAVOS DE INSTRUMENTO INTERPOSTOS PELOS EX-SÓCIOS SUSCITADOS. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. JULGAMENTO CONJUNTO. 1. PRELIMINAR EM SEDE DE CONTRARRAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. OFENSA AO DISPOSTO NO ART. 1.016 DO CPC. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. INOCORRÊNCIA. - O confronto direto à sentença e o pedido de novo pronunciamento preenche os requisitos legais trazido no artigo 1.016 do CPC, permitindo o conhecimento do recurso e afastando a pretendida afronta ao princípio da dialeticidade. 2. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE SANEAMENTO DO FEITO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. DISPENSA EXCEPCIONAL. JULGAMENTO ANTECIPADO PLEITEADO PELAS PRÓPRIAS PARTES. INCONFORMISMO COM A DECISÃO QUE LHE FOI DESFAVORÁVEL. - O saneamento do feito não é indispensável, sobretudo quando as partes pugnam expressamente pelo julgamento antecipado da lide, em manifestação acobertada pela preclusão, revelando-se, então, impertinente a alegação de cerceamento de defesa por inoportunidade de dilação probatória. 3. MÉRITO. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. MANUTENÇÃO. ENCERRAMENTO IRREGULAR E ALTERAÇÃO DE QUADRO SOCIETÁRIO MEDIANTE A SAÍDA DA MAIORIA DOS SÓCIOS E PAGAMENTO PARCIAL DAS COTAS INTEGRALIZADAS E PROPORCIONAL REDUÇÃO DO CAPITAL SOCIAL EM 80% SEM PRÉVIA LIQUIDAÇÃO DAS DÍVIDAS. DESVIO DE FINALIDADE CONFIGURADO PELO EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE RETIRADA COM EXCESSOS E EM BENEFÍCIO ILÍCITO DOS EX-SÓCIOS ANTE A OCORRÊNCIA DE SUBCAPITALIZAÇÃO. ESVAZIAMENTO PATRIMONIAL E INSUFICIÊNCIA DO CAPITAL REMANESCENTE PARA ATENDER AO FIM SOCIAL E RISCOS INERENTES À ATIVIDADE. CONDUTA CAPAZ DE CARACTERIZAR FRAUDE A CREDORES E FRAUDE À EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS SUSCITADOS PELA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA EXEQUENDA.- A prova documental é hábil a revelar o encerramento irregular e o esvaziamento patrimonial em continuidade à dissolução parcial com pagamento parcial das quotas integralizadas e redução abusiva de capital (80%) sem prévia liquidação das dívidas da pessoa jurídica.- Verifica-se a ocorrência subcapitalização diante da redução do capital social mediante a retirada da maioria dos sócios, restando apenas o sócio administrador com capital social insuficiente para atender o fim social e os riscos inerentes à atividade empresarial antes, durante e depois da construção do empreendimento habitacional no endereço do domicílio da pessoa jurídica executada.- O desvio de finalidade (art. 50, § 1º, do CC) restou configurado pela prática de ato ilícito caracterizado pelo abuso de direito perpetrado em conluio pelos suscitados (art. 187, do CC) ao exercerem o direito de retirada excedendo os limites impostos pelo fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes próprios da atividade econômica (art. 170, do CF/88) ante o propósito de lesar credores com a intenção de minimizar os prejuízos individuais que deveriam ser suportados pelo risco inerente ao negócio.- Impõe-se a responsabilidade solidária dos ex-sócios ao pagamento da integralidade da dívida exequenda, justamente porque, uma vez desconsiderada a personalidade jurídica, não

há que se falar em limitação da responsabilidade pela condenação de forma proporcional à participação societária. Recursos não providos.

(TJPR, Ag 0115104-19.2023.8.16.0000, Rel. Des. Pericles Bellusci de Batista Pereira, 18ª Câmara Cível, j. 20/03/2024, DJe 21/03/2024)

No caso concreto, verificou-se que a subtração de parcela significativa do capital social por parte dos sócios que se retiraram do quadro societário, sem a prévia liquidação das dívidas sociais, configurou abuso da personalidade jurídica, uma vez que a cifra restante do capital nominal foi entendida como insuficiente para o desenvolvimento do objeto social. Como se percebe, tratou-se de subcapitalização nominal superveniente que legitimou a desconconsideração da personalidade jurídica.

O Tribunal de Justiça gaúcho igualmente já se manifestou pela possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica utilizando a subcapitalização como fundamento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA. GRUPO ECONÔMICO CONFIGURADO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ABUSO DE DIREITO. SUBCAPITALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ART. 50 E 187 DO CÓDIGO CIVIL. 1. As empresas Exafan S.A. e SKA S.P.A. devem ser consideradas como pertencentes ao mesmo grupo econômico, a primeira espanhola e a segunda italiana, associaram-se à empresa EXAFAN SKA DO BRASIL - INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., situada no Brasil. A empresa brasileira foi constituída inicialmente com o capital social de R\$ 50.000, no ano de 1999. Após, em duas oportunidades, nos anos de 2000 e 2005, a Exafan SL e a SKA S.P.A ingressaram no quadro social da Falida, cada uma possuindo 32,605% do capital social da empresa brasileira. 2. É fato notório que o nome empresarial da empresa brasileira nada mais é que a junção dos nomes das empresas associadas. Ademais, o objeto social de todas as empresas era o mesmo, isto é, comercializar os produtos do ramo aviário produzidos pelas empresas estrangeiras. Assim, ao fim e ao cabo, a atividade da empresa brasileira era importar os produtos produzidos por suas controladoras e vendê-los em nosso país. 3. Assim, as três empresas, sendo a brasileira controlada pelas estrangeiras, combinavam recursos e esforços para realização dos respectivos objetos, bem como para participação em atividades em comum. Portanto, mais que evidente a formação do grupo econômico no caso em exame. 4. Ainda, no caso em tela, a falida acumulou dívidas que alcançavam R\$ 700.000,00, desde o ano de 2009 até a data do pedido de autofalência, em fevereiro de 2011. Ocorre que ainda no ano de 2009, em auditoria realizada nas contas da falida, foi indicado o aporte de capitais, o que não foi atendido pelas empresas controladoras, de acordo com o teor do documento de fl. 628 dos autos. 5. Dessa forma, evidente o abuso do direito por parte das empresas sócias controladoras, ante a clara subcapitalização havida pela não manutenção do capital necessário para o pleno cumprimento do objeto social da falida. 6. Portanto, em sendo constatado o abuso de direito pelas empresas administradoras, também sócias da falida, necessária a desconconsideração da personalidade jurídica desta, de sorte a estender os efeitos da responsabilidade pelas dívidas da empresa quebrada àquelas, as quais deverão suportar o pagamento dos débitos da falida, caso esta não disponha de recursos para tanto. Inteligência dos arts. 50 e 187 do Código Civil. Negado provimento ao agravo de instrumento.

(TJRS, Ag 70060447281, Rel. Des. Jorge Luiz Lopez do Canto, 5ª Câmara Cível, j. 26/04/2017, DJe 02/05/2017)

Contudo, o TJSP foi o que construiu uma jurisprudência mais sólida e robusta, sobretudo entre os anos de 2006 e 2012, elencando a subcapitalização como uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. São inúmeros os acórdãos que listam a subcapitalização societária ao lado de outras causas de aplicação do instituto, dentre os quais, ressaltando que a subcapitalização pode ser entendida como desvio de finalidade, modalidade de abuso da personalidade apta a atrair a incidência do art. 50 do CC, destaca-se:

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS – DESVIO DE FINALIDADE – SUBCAPITALIZAÇÃO – EFEITOS DA REVELIA. I - Juiz que indeferiu a desconsideração da personalidade jurídica da empresa agravada, por entender que estão ausentes os requisitos do art. 50 do CC - II Hipótese em que há indícios concretos de que a empresa agravada encerrou irregularmente suas atividades, vez que não foi localizada no endereço da sua sede cadastrado perante a Jucesp - Certidão de oficial de justiça que revela que no local está situada outra pessoa jurídica distinta, com informação do próprio representante legal da executada, no sentido que foram paralisadas as atividades em 2010 - Tentativas frustradas de localização de bens passíveis de penhora, através dos sistemas Renajud, Infojud e Bacenjud – Sentença proferida em 2011, e fase de cumprimento de sentença iniciado em 2019, sem pagamento ou localização de bens penhoráveis - III - Presentes elementos indicativos de desvio de finalidade, em detrimento do direito do credor, em razão da presumida dissolução irregular da sociedade, através da aplicação da Súmula nº 435 do C. STJ - Aplicação da teoria maior, inserta no art. 50 do CC - Admissibilidade de alcance dos bens pessoais dos sócios, ante a existência de elementos indicativos de confusão patrimonial, dissolução irregular e ausência de patrimônio da sociedade - IV Efeitos da revelia que não incidem sobre as provas dos autos, mas somente em face da matéria fática - Inteligência do art. 344, do NCPC - Precedentes deste E. TJSP - Decisão reformada para incluir os sócios no polo passivo da lide, respondendo solidariamente pelo débito executado - Agravo provido.

(TJSP, Ag 2264966-22.2021.8.26.0000, Rel. Des. Salles Vieira, 24ª Câmara de Direito Privado, j. 27/10/2022, DJe 27/10/2022)

Isto posto, analisa-se, neste momento, os posicionamentos contrários à possibilidade de aplicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica tomando por fundamento a subcapitalização.

Fábio Ulhoa Coelho (2024) argumenta que, nos casos de subcapitalização material, seja ela originária ou superveniente, não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica, tampouco em responsabilidade pessoal dos sócios, ainda que se tratando de falência. Relativamente à subcapitalização nominal, sustenta que os empréstimos dos sócios à sociedade empresária configuram espécie de mútuo, de modo que devem ser tidos por regulares, independentemente de a sociedade estar subcapitalizada ou não.

Taís Cardoso Lavouras igualmente sustenta a impossibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica para atingir os sócios em caso de subcapitalização, pois:

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

Não poderia ser de outro modo, justamente porque, em se tratando de uma sociedade subcapitalizada (o que, ressalta-se, é de difícil definição, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não exige capital social mínimo), os sócios não receberão lucros, ao contrário dos administradores, que continuarão percebendo seus rendimentos.

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

Dispõe o art. 1.016 do Código Civil, relativamente às sociedades limitadas, que os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos que causarem atuando de forma culposa, seja perante a própria sociedade, seja perante terceiros. Não só. Nas assembleias dos sócios, ainda a respeito das sociedades limitadas, respondem ilimitadamente os sócios que expressamente aprovarem toda e qualquer deliberação que infrinja a lei ou o contrato social (art. 1.080, do CC).

Ainda, o art. 117 da Lei das Sociedades por Ações estabelece que os acionistas controladores respondem pelos danos causados em decorrência de atos praticados com abuso de poder. Em que pese não ser pessoalmente responsável pelas obrigações contraídas em nome da sociedade e em virtude de atos regulares de gestão, o administrador responde civilmente pelos prejuízos que causar, se atuar com dolo ou culpa, ou se violar o estatuto social ou a lei (art. 158, *caput*, I e II, da Lei nº 6.404/76).

Ademais, conforme demonstrado anteriormente, a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) incluiu cinco parágrafos ao artigo 50 do Código Civil, dentre os quais o § 1º, prescrevendo expressamente o que deve ser entendido por desvio de finalidade: a utilização da sociedade para lesar credores e praticar atos ilícitos, ou seja, é imprescindível a demonstração do ânimo subjetivo (dolo ou culpa) de se utilizar da sociedade empresária como um escudo apto a ensejar o desvirtuamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica mediante a prática de atos que violem seu fim social.

Como se percebe, a opção do legislador brasileiro foi a de não incluir a subcapitalização como uma das hipóteses aptas a embasar a desconsideração da personalidade jurídica. Logo, por si só, a subcapitalização societária não legitima a utilização do instituto da desconsideração para atingir o patrimônio pessoal dos sócios e obrigá-los a responder

pelas dívidas sociais, uma vez que, em que se admita, excepcionalmente, que a sociedade enfrente um quadro de incongruência entre capital e objeto sociais, imprescindível será demonstrar a atuação maliciosa dos sócios ou administradores, com a finalidade inequívoca de causar prejuízo aos credores sociais ou praticar atos ilícitos de qualquer natureza.

Ainda que assim não o fosse, a jurisprudência nacional parece se firmar neste sentido. Desde 2017, embora o tema não tenha sido analisado por nenhuma das turmas do Superior Tribunal de Justiça, as decisões monocráticas dos Ministros da corte superior não mais elencaram a subcapitalização dentre as hipóteses autorizadoras da desconsideração da personalidade jurídica.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios manifestou-se no sentido de que a subcapitalização, de *per si*, não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, conforme segue:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ALEGAÇÃO DE SUBCAPITALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DE DESVIO DE FINALIDADE (FRAUDE OU ABUSO DE DIREITO) OU OCORRÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Para que seja desconsiderada a personalidade jurídica de empresa executada deve haver indícios de abuso da personalidade, seja pelo desvio de finalidade, seja pela confusão patrimonial (art. 50 do CC, com a redação do art. 7º da Medida Provisória nº 881/2019, que institui a Declaração de Direito de Liberdade Econômica).

2. Em que pese a possibilidade de haver a desconsideração da personalidade jurídica em razão da subcapitalização, a legislação pátria não exige a integralização de capital social mínimo no momento da constituição da sociedade, ou requisitos para que haja a integralização sucessiva, de modo que tal fato isoladamente não conduz à conclusão de que houve fraude ou abuso de poder.

3. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. Unânime.

(TJDFT, Ag 0728090-39.2022.8.07.0000, Rel. Des. Fátima Rafael, 3ª Turma Cível, j. 26/01/2023, DJe 03/02/2023)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, construiu sólida jurisprudência nos últimos anos, superando aquela anteriormente mencionada, consolidando o entendimento de que a subcapitalização não é hipótese apta a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, vez que não configura desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - DECISÃO DE IMPROCEDÊNCIA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - DESVIO DE FINALIDADE E CONFUSÃO PATRIMONIAL NÃO VISLUMBRADOS - MERA SUBCAPITALIZAÇÃO DA EMPRESA QUE NÃO TEM O CONDÃO, POR SI SÓ, DE ENSEJAR A DECRETAÇÃO DA "DISREGARD" DA SOCIEDADE EMPRESARIAL - HIPÓTESE DE INADIMPLÊNCIA OU AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS

E ENCERRAMENTO IRREGULAR INAPTOS A FUNDAMENTAR A MEDIDA – PRECEDENTE - ÔNUS DA AGRAVANTE DE INSTRUIR OS AUTOS COM PROVAS DO ABUSO SUSCITADO DO QUAL NÃO SE DESINCUMBIU - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJSP, Ag 2070622-70.2023.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, 31ª Câmara de Direito Privado, j. 23/05/2023, DJe 25/05/2023)

Agravo de instrumento. Recurso interposto contra a r. decisão que deferiu a desconsideração da personalidade jurídica. Preliminar. A carta de citação do agravante Gustavo foi enviada para o endereço que ele próprio declinou à Junta Comercial, e recebida, sem ressalvas, por funcionário da portaria do condomínio edilício. Inteligência do art. 248, § 4º, do CPC/15. Conclui-se, assim, pela validade do ato, até porque o comprovante do novo endereço onde o agravante Gustavo alega residir sequer está em seu nome. Mérito. Inteligência dos arts. 133, § 1º e 134, § 4º, ambos do CPC/15 e art. 50 do CC/02. Para que ocorra a desconsideração da personalidade jurídica, faz-se necessária a segura demonstração do abuso da personalidade jurídica, seja por desvio de finalidade, fraude ou por confusão patrimonial, não mais se admitindo o redirecionamento da execução para os sócios na hipótese de mero encerramento das atividades ou dissolução irregular da sociedade empresária. Precedentes jurisprudenciais do C. STJ e deste E. TJSP. In casu, alegações genéricas de dissolução empresarial irregular, subcapitalização e insuficiência patrimonial não justificam o deferimento da medida extrema. A falta de pagamento ou de patrimônio disponível para constrição não induz, automaticamente, confusão patrimonial, sendo irrelevante, para a finalidade pretendida, eventual inatividade empresarial, mesmo com pendência de dívidas. Decisão reformada. Agravo de instrumento parcialmente provido.

(TJSP, Ag 2266385-48.2019.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Dias Motta, 26ª Câmara de Direito Privado, j. 28/02/2020, DJe 28/02/2020)

Como se depreende, embora existam aqueles que defendem a possibilidade de se aplicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica em casos de subcapitalização societária, conforme os argumentos outrora expostos, este não foi o posicionamento adotado pela jurisprudência pátria, que parece ter caminhado justamente no sentido oposto: o de que a subcapitalização não constitui um fundamento, não é uma possibilidade de aplicação do instituto da *Disregard*.

CONCLUSÃO

Viu-se que a pessoa jurídica, entendida como um conjunto de pessoas ou de patrimônio voltado à consecução de determinada finalidade, é dotada pelo ordenamento jurídico de personalidade própria, que lhe permite ser sujeito de direitos e deveres. Com a personalidade autônoma, surge também o patrimônio autônomo, que permite a limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios em determinados tipos societários, fator indispensável para estimular o empreendedorismo e o desenvolvimento, seja ele econômico ou social.

Todavia, a dotação de personalidade e patrimônio próprios às sociedades empresárias originou uma série de abusos por parte de seus sócios, o que motivou o desenvolvimento, inicialmente jurisprudencial, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Com amplo aceite doutrinário, o instituto foi implementado no ordenamento jurídico pátrio, como regra geral, no artigo 50 do Código Civil, o qual prevê expressamente o cabimento da desconsideração em casos de abuso da personalidade jurídica, que ocorre sob as modalidades desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Constatou-se que o ordenamento jurídico brasileiro não exige capital social mínimo para a constituição de sociedades empresárias, salvo poucas exceções. O capital social nada mais é do que o conjunto de recursos e bens que os sócios destinam à pessoa jurídica para a consecução de seu objeto social.

Verificou-se, por sua vez, que a subcapitalização ocorre quando o capital social é tido por incongruente em relação ao objeto social, sendo considerado insuficiente para o desenvolvimento da atividade econômica a que se destina a sociedade. Ademais, analisou-se que a subcapitalização pode ser nominal, quando decorrente de significativos empréstimos feitos pelos sócios à sociedade, ou material, quando se origina de vultuosos empréstimos de capital de terceiros.

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

Contudo, demonstrou-se que o legislador optou por não incluir a subcapitalização dentre as hipóteses de aplicação da *Disregard Doctrine*. O instituto da desconsideração é de aplicação excepcional, em respeito ao princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas. Ademais, por não haver exigência de capital social mínimo para a constituição das sociedades empresárias, tampouco existirem parâmetros seguros que indiquem um capital suficiente de acordo com a atividade-fim, é temerário criar uma nova possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração, desconsiderando o fato de que é imprescindível a atuação dolosa daqueles que se aproveitam da pessoa jurídica para auferir vantagens pessoais por intermédio da prática de atos ilícitos ou da causação de prejuízos a credores sociais.

Não obstante, embora com posicionamentos iniciais simpáticos à utilização da subcapitalização como um fundamento para desconsiderar a personalidade jurídica, a jurisprudência dos tribunais pátrios, notadamente do STJ e do TJSP, caminhou no sentido de não recepcionar a subcapitalização societária como uma hipótese que, de *per si*, justifica a aplicação da *Disregard*.

Por fim, existem mecanismos próprios que a legislação coloca à disposição dos interessados para responsabilizar diretamente os administradores ou sócios que violem os atos constitutivos da sociedade ou a lei, cometam atos ilícitos ou causem prejuízos a terceiros. Tais mecanismos devem ser utilizados como forma de se atingir aqueles que, com sua atuação, conduziram à subcapitalização societária, preservando-se o instituto da desconsideração apenas para hipóteses em que a lei não preveja outras sanções.

REFERÊNCIAS

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 05 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 07 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 07 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 03 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 07 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.129.424/RS**. Relatora Ministra Regina Helena Costa. Brasília, DF: Diário da Justiça Eletrônico, 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=%28%28+%28RESP+1129424+RS%29..PART.%29+e+%28+%40SEQ%3D%221129424%22%29%29+E+%2215106+65259281%22.COD.&thesaurus=&p=true&operador=E>. Acesso em: 19 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm. Acesso em: 05 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3ª Turma Cível). **Agravo de Instrumento 0728090-39.2022.8.07.0000**. Relatora Desembargadora Fátima Rafael. Brasília, DF: Diário da Justiça Eletrônico, 2023. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 21 jul. 2024.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. v. 2. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. v. 1. 40. ed. rev. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

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

HÜBERT, Ivens Henrique. **O capital social e suas funções na sociedade empresária**. 2007. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. (Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7388/1/lvens%20Henrique%20Hubert.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2024).

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine) e os grupos de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LAVOURAS, Taís Cardoso. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica em Portugal e no Brasil: Breve análise doutrinal e jurisprudencial**. 2019. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2019. (Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/30408/1/Texto%20integral%20da%20Disserta%20a7%20a30.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2024).

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

NUNES, Rafaela Garcez. **A desconsideração da personalidade jurídica nos casos Bhopal e Samarco: a subcapitalização como causa de desconsideração da personalidade jurídica**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. (Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/179701/001061830.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 jul. 2024).

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (18ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento 0115104-19.2023.8.16.0000**. Relator Desembargador Pericles Bellusci de Batista Pereira. Curitiba, PR: Diário da Justiça Eletrônico, 2024. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000027290161/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0115104-19.2023.8.16.0000#integra_4100000027290161. Acesso em: 19 jul. 2024.

QUINTANA, Toledo. **Abuso de Personificación, Levantamiento del Velo y Desmascaramiento**. Madrid: Colex, 1997.

REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1971.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (5ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento 70060447281**. Relator Desembargador Jorge Luiz Lopez do Canto. Porto Alegre, RS: Diário da Justiça Eletrônico, 2017. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 19 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (26ª Câmara de Direito Privado). **Agravo de Instrumento 2266385-48.2019.8.26.0000**. Relator Desembargador Carlos Dias Motta. São Paulo, SP: Diário da Justiça Eletrônico, 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13361403&cdForo=0>. Acesso em: 22 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (24ª Câmara de Direito Privado). **Agravo de Instrumento 2264966-22.2021.8.26.0000**. Relator Desembargador Salles Vieira. São Paulo, SP: Diário da Justiça Eletrônico, 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16191426&cdForo=0>. Acesso em: 19 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (31ª Câmara de Direito Privado). **Agravo de Instrumento 2070622-70.2023.8.26.0000**. Relator Desembargador Francisco Casconi. São Paulo, SP: Diário da Justiça Eletrônico, 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16781918&cdForo=0>. Acesso em: 22 jul. 2024.

TOMAZ, Mariana Rocha. **A subcapitalização societária como fundamento da desconsideração da personalidade jurídica**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017. (Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/18460/1/2017_MarianaRochaTomaz.pdf). Acesso em: 23 jul. 2024).