

GUSTAVO SAAD DINIZ

Paula A. Forgiom  
*Prefácio*

SUBCAPITALIZAÇÃO SOCIETÁRIA  
FINANCIAMENTO E RESPONSABILIDADE

Belo Horizonte

 **EDITORA  
Fórum**

2012

## SUBCAPITALIZAÇÃO MATERIAL

### 30 Problemática

A subcapitalização material tem raízes na inexistência de meios de financiamento da sociedade, buscando capital de terceiros para esse fim. Ao contrário do que ocorreu com a subcapitalização nominal, o legislador alemão não positivou a matéria, que ainda está em plena construção jurisprudencial. No direito brasileiro, o assunto também não teve qualquer disciplina, se analisada a literalidade do art. 50 do CC. Por isso, o equacionamento do problema foi deixado exclusivamente ao intérprete.

Em verdade, é preciso constatar que é da essência das sociedades que o sócio contribua com bens ou serviços e concorra com os riscos comuns do negócio. São riscos próprios do tráfico mercantil, inclusive em relação a terceiros. Surge também o sistema de limitação da responsabilidade do sócio como privilégio juridicamente construído para atrair capitais para a sociedade e para atribuir previsibilidade aos riscos do investimento feito pelo sócio. Com esse sistema de limitação de responsabilidade, visualiza-se a transferência da avaliação do montante de risco para o terceiro que negocia com a sociedade. Quanto maiores o patrimônio e os meios próprios em relação à atividade, mais liquidez e solvabilidade tem a sociedade. A proporção inversa determina a instituição de garantias acessórias ao negócio, taxas de juros e multas compensatórias maiores ou o desestímulo à pactuação com a sociedade — retomando a advertência de Wiedemann de que nenhuma parte é forçada a contratar [i. 25].

Já foi analisado que o capital social e o patrimônio têm funções estruturais da sociedade e que o patrimônio tem a dupla função de

em) de instrumento para a atividade e garantia para os credores (17/2). Diante disso, a dissipação do patrimônio ou o prosseguimento da atividade sem que se tenha o lastro de capital próprio podem determinar transferência de riscos da atividade societária, desestabilizando o próprio equilíbrio do mercado e a segurança de quem contrata com a sociedade. Assim, com a insuficiência de capital próprio adequado à atividade, pode-se qualificar a ocorrência de sociedade materialmente subcapitalizada que usa indevidamente a limitação da responsabilidade adstrita ao capital social integralizado. Assim será preciso fundamentar, no direito brasileiro, a possibilidade de disfunção do limite de responsabilidade da sociedade a partir da inexistência de capitais próprios para financiamento da atividade.

A subcapitalização material pode então ser conceituada nesta fase para que se tenha um pressuposto das análises que serão aprofundadas doravante. Trata-se de fatispécie composta dos seguintes elementos: (a) tipo societário com limitação de responsabilidade; (b) inexistência de capitais próprios suficientes para financiamento das necessidades da atividade; (c) utilização de capitais de terceiros em desequilíbrio com os capitais próprios. Obtidos os elementos nucleares, conceitua-se a subcapitalização material como *desequilíbrio efetivo de capital próprio para financiamento da atividade da sociedade com limitação de responsabilidade, transferindo para os credores os riscos próprios dos sócios*.

### 31 Qualificação jurídica

O capital social nominal é critério insuficiente para garantir segurança a terceiros que negociam com a sociedade limitada. Por sua vez, o patrimônio líquido é de difícil mensuração e liquidação, a ponto de permitir a avaliação da capacidade de réditos da sociedade. Para completar, pode ser que a sociedade sequer tenha patrimônio próprio para se financiar. Gera-se um perigo e um potencial prejuízo que podem motivar a superação da pessoa jurídica, para responsabilização pessoal dos sócios e, eventualmente, do administrador que provocou a subcapitalização. Não se pode, por outro lado, responsabilizar sócios e administradores quanto à insuficiente capitalização na constituição da sociedade, porque o CC e a LSA não exigem valores mínimos no momento inicial<sup>605</sup> — o que somente existe no ordenamento brasileiro

em caráter excepcional. É risco integralmente transferido ao credor que negocia com empresa criada<sup>606</sup> e que demonstra a insuficiência do capital social como exclusiva medida de garantia dos credores.

Para Thomas Eckhold, na subcapitalização material a sociedade com insuficiente capital inicial não tem à disposição capital próprio. É a subcapitalização por não capitalização (*Unterkapitalisierung durch Nichtkapitalisierung*).<sup>607</sup> Nesse caso, a consequência jurídica seria a responsabilidade do sócio, uma vez que o pressuposto de análise de Eckhold é a dependência da proporção do capital próprio aplicado na atividade.<sup>608</sup>

Wiedemann tem outro ponto de vista. Afirma que o sócio dominante da pessoa jurídica não pode se valer da limitação da responsabilidade com um capital próprio que não seja correspondente ao fim negocial e à amplitude do negócio (*Geschäftszweck und Geschäftsumfang*).<sup>609</sup> O mesmo autor repete os argumentos de inexistirem dispositivos com-pelindo à fixação de capital adequado na constituição da sociedade, uma

proporcional ao risco demonstrado pela atividade (muito embora o autor cite Ascarelli na questão do papel do patrimônio como garantia dos credores). Se a sociedade se constituir com capital inferior ao mínimo, não será considerada como de responsabilidade limitada, porque as regras são de ordem pública (HALPERIN, Isaac. *Sociedades de responsabilidade limitada*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1951. p. 49-52. Também sobre o assunto no direito argentino: RAMÍREZ BOSCO. *Responsabilidad por infracapitalización... op. cit.*, p. 103). No direito brasileiro, o que se pode indicar é que para garantia dos adquirentes de ações de companhia, exige-se como requisito preliminar de constituição da sociedade a obtenção a "realização, como entrada, de 10% (dez por cento), no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro", conforme dispõe o art. 80, inciso II, da Lei nº 6.404/76. Nas sociedades limitadas não há essa exigência, a não ser a responsabilidade de todos os sócios pela integralização das quotas do sócio eventualmente remisso.

<sup>605</sup> Galgano esclarece que a limitação de responsabilidade das sociedades já transfere parte dos riscos da atividade para os terceiros que negociam com a sociedade. Isto porque, parte do risco está garantida pelo capital social subscrito e integralizado, mas o que exceder a esse limite será transferido para o credor social (GALGANO, Francesco. *La società per azioni*. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. Padova: CEDAM, 1988. v. 7. p. 7. Também: GALGANO, Francesco. *Diritto commerciale*. La società. 2ª ed. Bologna: Zanichelli, 1977. p. 203). No mesmo sentido: DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do capital social*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 218-219.

<sup>606</sup> ECKHOLD, Thomas. *Materielle Unterkapitalisierung*. München: Heymanns, 2002. p. 8. No original: "Bahingegen spricht man heute von materieller Unterkapitalisierung, wenn über das unzureichende Stammkapital hinaus von den Gesellschaftern überhaupt keine Mittel, also weder hinreichendes Bingen – noch – im Krisenfall eingetragkapitalserwerbendes – Fremdkapital zur Verfügung gestellt wurden (>) Unterkapitalisierung durch Nichtkapitalisierung (>".

<sup>607</sup> ECKHOLD. *Materielle Unterkapitalisierung*, op. cit., p. 12.

<sup>608</sup> WIEDEMANN, Herbert. *Geschäftsrecht*. Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts. München: Beck, 1980. Band I, p. 225. "Die Mitglieder einer juristischen Person können sich auf den Grundsatz beschränkter Haftung nach §1 Abs. 1 Satz 2 AktG, §13 Abs. 2 GmbHG und §2 GenG nicht berufen, wenn sie die von ihnen beherrschte Person nicht mit einem dem Geschäftszweck und dem Geschäftsumfang entsprechendem Eigenkapital ausstatten".

<sup>609</sup> É interessante notar, na doutrina do argentino Isaac Halperin, a preocupação com as razões legislativas para adoção do capital inicial mínimo, que representaria uma garantia de crédito

vez que a formação do capital seria norma de segurança dos limites da pessoa jurídica.<sup>610</sup> Para Wiedemann e Frey, a subcapitalização material se manifesta pela insuficiência de capital próprio para atender ao fim e âmbito negociais, devendo a sociedade se valer de crédito de terceiros para cobrir diretamente e sem prazo as necessidades financeiras.<sup>611</sup>

Por sua vez, Karsten Schmidt explica que a subcapitalização é uma situação jurídica (*Tatbestand*) de adequação da capacidade econômica da sociedade, que não se confunde com perda patrimonial (*Vermögenslosigkeit*),<sup>612</sup> excesso de endividamento como causa de insolvência (*Überschuldung*)<sup>613</sup> ou balanço deficitário (*Unterbilanz*).<sup>614</sup> Trata-se, para utilizar o conceito adotado pelo autor, de uma insuficiência do capital próprio para uma efetiva atividade societária (*Gesellschaftsfähigkeit*), que não se realiza sem a cobertura de créditos de terceiros. Para Schmidt, a subcapitalização material é causadora do problema da penetração da personalidade jurídica (*Durchgriffsprobleme*), porque as emergências da sociedade não se realizam,<sup>615</sup> permanecendo os débitos sociais à custa de financiamentos diretos (através de contratos de mútuo) e indiretos (através do fornecimento de mercadorias), sem os meios suficientes de satisfazer os credores (a quem se transfere o risco empresarial).<sup>616</sup> Além

disso, o mesmo autor ainda relaciona a qualificação da subcapitalização com a inidoneidade creditícia (*Kreditunwürdigkeit*).<sup>617</sup>

Complementa-se a doutrina alemã com Barbara Grunewald, para quem a subcapitalização material leva o credor ao insucesso por alegação de normal andamento dos negócios (*Geschäftsvverlauf*), reduzindo aparentemente o risco corrente da empresa e utilizando o privilégio da limitação de responsabilidade através de uma suposta cifra de capital originário como garantia do credor.<sup>618</sup>

Posiciona-se com ecletismo Peter Ulmer. Para tanto, em sua qualificação jurídica ele combina o critério de amplitude do negócio (*Geschäftsumfang*) de Wiedemann, o excesso de capital de terceiros (*Fremdkapital*) preponderante em Schmidt e acrescenta a necessidade financeira (*Finanzbedarf*) da sociedade para compor seu suporte fático. Assim, a subcapitalização material se compõe da insuficiência de capital próprio para satisfação da necessidade financeira da sociedade, cobrindo-a com capitais de terceiros.<sup>619</sup> Em outro estudo, Ulmer ainda aponta que as regras de proteção dos credores (na *GmbH*) se sustentam na certeza da contabilidade e aumento de capital e a violação da regra traz a redução teleológica<sup>620</sup> do §13, Abs. 2, da GmbHG para a responsabilização pela efetivação correta das finanças.<sup>621</sup>

Observa-se claramente a insuficiência do capital próprio, a incongruência entre o capital e o objeto social e o excesso de capital de terceiros.

Quanto a esse mérito, porque no Brasil não há a regra similar e apesar de posicionamento contrário,<sup>622</sup> Calixto Salomão Filho discorre

<sup>610</sup> WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*..., op. cit., p. 226.

<sup>611</sup> WIEDEMANN, Herbert; FREY, Kaspar. *Gesellschaftsrecht*. 6. Aufl. München: Beck, 2002. p. 273.

<sup>612</sup> Há perda patrimonial quando a sociedade não tem patrimônio ativo para satisfazer os credores (SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*. 4. Aufl. München: Heymanns, 2002. p. 330).

<sup>613</sup> O sobre-endividamento (*Überschuldung*) e a incapacidade de pagamento (*Zahlungsunfähigkeit*) são condições de caracterização de insolvência no direito alemão (§§17 e 19 da *InsO*). No primeiro caso, o patrimônio da sociedade não cobre as dívidas. No segundo tipo, constitui-se a incapacidade de pagamento com a presunção e durável falta de patrimônio, consequentemente, falta de meios de pagamento de obrigações vencidas (SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, op. cit., p. 322-323; ECKHOLD, *Materielle Unterkapitalisierung*, op. cit., p. 52-54).

<sup>614</sup> O patrimônio líquido da empresa (ativo deduzindo o passivo) é inferior ao capital nominal inicial (SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, op. cit., p. 1 135).

<sup>615</sup> No original: "Unterkapitalisierung ist ein Tatbestand, der sich auf die Fähigkeit der Gesellschaft zu angemessenen Wirtschaften bezieht. Unterkapitalisierung ist nicht identisch mit Vermögenslosigkeit (...), Überschuldung (...) oder Unterbilanz (...). Unter zahlreichen Definitionsversuchen ragt derjenige von Peter Ulmer heraus-> Eine Gesellschaft ist unterkapitalisiert wenn das Eigenkapital nicht ausreicht um den nach Art und Umfang der angestrebten oder tatsächlichen Geschäftsfähigkeit unter Berücksichtigung der Finanzierungsmethoden bestehenden, nicht durch Kredit Dritter zu deckenden mittel- oder langfristigen Finanzbedarf zu befriedigen<. Vergleich man diesen Tatbestand mit dem aus dem Kapitalerstattungsrecht bekannten Merkmal der Kreditwürdigkeit (...), so läßt sich sagen: Eine konstitutionell kreditunwürdige Gesellschaft ist unterkapitalisiert" (SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*. 4. Aufl. München: Heymanns, 2002. p. 240-241).

<sup>616</sup> OLIVEIRA, J. Larmarine Corrêa. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 407. Também: ASCENSAO, José de Oliveira. *Direito comercial*, sociedades comerciais, 1993. v. 4, p. 61.

<sup>617</sup> SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, op. cit., p. 240.

<sup>618</sup> GRUNEWALD, Barbara. *Gesellschaftsrecht*. 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. p. 372. Incorporando esse conceito no direito português: CORDEIRO, Antonio Menezes. *O tratamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 118. DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do capital social*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 223.

<sup>619</sup> ULMER, Peter. *Gesellschaftsrecht* und Unterkapitalisierung bei GmbH und GmbH & CO KG. In: PAWLOWSKI, H. M. et al. *Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag*. München: Beck, 1977. p. 670-671.

<sup>620</sup> Ulmer se valeu do conceito de redução teleológica de Larenz: LARENZ, Karl. *Methodologie der ciência do direito*. Tradução José Lamago. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 473-480. [v. 33.1.2].

<sup>621</sup> ULMER, Peter. Die GmbH und der Gläubigerschutz. *GmbHRundschau*, Köln, ano 75, n. 10, p. 256-264, 1984. p. 257 e 262.

<sup>622</sup> Fábio Ulhoa Coelho afirma, sem sistematiza, que o acionista não responde pela subcapitalização nas sociedades anônimas, porque a responsabilidade do acionista é limitada ao preço das ações e a capitalização inadequada não poderia excepcionar essa regra (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2, p. 173). A análise apresenta falhas pela generalidade e por deixar de estudar o exercício do poder societário como critério preponderante de modificação do centro de imputação de responsabilidade.

acerca da admissibilidade da descon sideração da personalidade jurídica por conta da subcapitalização, restringindo os casos que ele chama de subcapitalização simples (pela insuficiência de meios para atividade societária e pela dificuldade em transportar requisitos da economia alemã para a brasileira), mas admite o seguinte:

se o legislador não impõe obrigação de capital mínimo, é difícil exigir do sócio que faça a previsão correta no momento de constituição da sociedade. O mais correto parece ser considerar a fixação do montante do capital como componente da *business judgment rule* do sócio e admitir a descon sideração somente nos casos em que a subcapitalização for extremamente evidente (qualificada).<sup>623</sup>

Para Calixto Salomão, é preciso que haja visão mais ampla do capital, considerando como componentes os empréstimos feitos pelo sócio à sociedade.<sup>624</sup> A bem da verdade, trata-se da disciplina da subcapitalização nominal, conforme analisado no capítulo anterior.

Com semelhante orientação, Penalva Santos indica como fundamento para subcapitalização o capital "manifestamente insuficiente" para desempenho da atividade, acrescentando um "grau de endividamento temerário".<sup>625</sup>

### 31.1 Subcapitalização material originária

A doutrina qualifica como subcapitalização originária a falta de adequação entre capital e objeto social no momento da constituição da sociedade e o financiamento *ab initio* com capital de terceiros.

Para todos, no entanto, a solução não está na nulidade do contrato social ou estatuto [i. 15], posto que há menção ao capital social e não

existem fundamentos jurídicos para esta sanção jurídica. Em verdade, relativiza-se a separação entre os patrimônios e altera-se o centro de imputação de responsabilidade, atingindo o sócio pela insuficiência de capital para realização da atividade.

### 31.2 Subcapitalização material superveniente

Após a constituição da sociedade, o aumento da dimensão da atividade ou um desequilíbrio financeiro podem ser fatores de motivação da subcapitalização material.

A solução para a incongruência entre o capital e a atividade também é a alteração do centro de imputação de responsabilidade, transferindo-o para o sócio, sócios ou administradores que, detentores do poder de controle, provocaram a inviabilidade da empresa, desvirtuaram a limitação de responsabilidade do patrimônio autônomo e, finalmente, tornaram inadequado o capital próprio em relação à atividade [i. 18.2].

Isso pode ocorrer com uma sociedade limitada que é criada com capital de 10.000 e que tem faturamento da ordem de 5 milhões. É possível que ocorra uma desproporção entre o capital social e o passivo da sociedade. Por óbvio que o patrimônio líquido da sociedade é alterado e nem se pode falar em capital social real a servir de garantia para os credores. Assim é que, no desequilíbrio financeiro, a garantia indireta do capital social é irrisória e a garantia direta do patrimônio social líquido nem pode ser identificada numa situação volátil e irreal de suporte da atividade.

Se o capital social é menos irrisório do que no exemplo acima, pode ocorrer disparidade entre as dívidas e o valor do capital social, determinando a perda do capital social real. As dificuldades também existem nos sistemas societários que já dimensionam com maior maturidade a subcapitalização para proteção dos interesses dos credores e manutenção de equilíbrio funcionamento dos modelos societários de responsabilidade limitada. Assim sendo, na estrutura alemã, por exemplo, Eckhold diz que a subcapitalização superveniente está associada à incapacidade de financiamento e à inidoneidade creditícia da sociedade.<sup>626</sup>

A questão que se coloca e que será retomada adiante é da existência de um critério que estabeleça uma relação ótima entre atividade e capital social, fazendo com que se transite entre a segurança do credor

<sup>623</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 132-133. Também: SALOMÃO FILHO. *O novo direito societário*, op. cit., p. 91. Para Calixto Salomão, a subcapitalização qualificada é marcada pela insuficiência do capital social para a realização da atividade societária. Para os casos de subcapitalização simples ou que não está evidente, seria necessária a comprovação de elemento subjetivo de não cobertura de capital suficiente para a atividade social. Todavia, o autor anota a dificuldade da prova da culpa como óbice à responsabilização do sócio (SALOMÃO FILHO. *O novo direito societário*, op. cit., p. 90).

<sup>624</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 463.

<sup>625</sup> SANTOS, Joaquim Antonio de Vizeu Penalva. Sociedade anônima, subcapitalização, descon sideração da personalidade jurídica da sociedade anônima. *Revista de EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 14, p. 74-77, 2001, p. 74. Os elementos deduzidos pelo autor são sustentados na obra de Lamartine Corrêa de Oliveira, especialmente na "desproporção entre o âmbito ou o volume dos negócios e o capital próprio".

<sup>626</sup> ECKHOLD, J. *Materielle Unterkapitalisierung*, op. cit., p. 119.

e o arbítrio da exigência. Se o sistema belga de exigência de plano de negócios pode revelar alguma eficiência no ato da constituição, não se pode falar o mesmo em relação a uma possível subcapitalização superveniente (após três anos da constituição da sociedade na Bélgica).

No direito brasileiro, eleger um ponto ótimo como critério normativo seria criar um tipo formal ideal, que aniquilaria determinadas situações de mercado e de negócio. Melhor seria a aferição objetiva do caso concreto, tomando como referência a adequação de subcapitalização.

## 32 Fundamento jurídico

Há grande controvérsia doutrinária acerca do fundamento jurídico adequado para aplicação da subcapitalização material. A disputa ocorre, sobretudo, entre os que apresentam fundamentos de responsabilidade civil e aqueles que utilizam argumentos societários lastreados na teoria *Normzwecklehre*.<sup>627</sup>

### 32.1 Teses civilistas

#### 32.1.1 Argumentos de responsabilidade civil

A interpretação feita com base civilista utiliza fundamento de responsabilidade civil por ato ilícito, compreendendo não somente a lesão do direito (pela informação incorreta do capital social), mas também a lesão a interesses protegidos.

No direito brasileiro a base da responsabilidade pode ser analisada com a caracterização genérica do ilícito prevista no art. 186 do CC, demonstrando-se que a suposta ação subcapitalizadora da sociedade seria causa do dano aos credores, ou seja, a subcapitalização material seria um ilícito. O argumento não se sustenta — e a refutação serve de base para afastar os posicionamentos de direito comparado. Para a caracterização do ilícito e da responsabilidade dos arts. 186 e 927 do CC, devem estar associados: (a) conduta comissiva ou omissiva; (b) voluntariedade e culpabilidade em sentido estrito como elementos subjetivos da conduta; (c) violação de direito com consequente prejuízo; (d) nexo de causalidade. Não se trata de um ilícito, porquanto não seja propriamente

um único ato antijurídico: consequentemente, é a atividade da empresa que pode levar à subcapitalização, prejudicando o estabelecimento de causalidade entre a conduta e o suposto dano. Ademais, é improvável que se tenha o rompimento do nexo de causalidade com a incidência de excludentes, como estado de necessidade ou legítima defesa, próprios da responsabilidade civil, porque na lógica empresarial a assunção de riscos é inerente ao negócio.

No direito italiano o art. 2043 do *Codice Civile* restringe a reparação ao dano injusto, excluindo interesses juridicamente protegidos. Dispõe a lei italiana “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altrui un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (Cod. Pen. 185)”.<sup>628</sup> Todavia, as restrições ao fundamento persistem.

Em Portugal, Menezes Cordeiro vê na subcapitalização uma justificativa de levantamento da personalidade jurídica em caso de constituição de sociedade com um capital insuficiente (e a insuficiência seria apurada a partir da relação com o objeto social).<sup>629</sup> Entretanto, “suficiência” não pode ser fundamento jurídico e por isso o autor português se remete para os critérios civilistas da jurisprudência alemã, especialmente o apelo aos bons costumes e à boa-fé,<sup>630</sup> que no direito português são tuteladas pelo art. 483º em combinação com o art. 334º do Código Civil daquele país.<sup>631</sup>

Na Alemanha, os que utilizam os argumentos civilistas, sobretudo na jurisprudência, fazem aplicação dos §§823 e 826 do BGB. (a) o §823, Abs. 1, especifica a responsabilidade genérica pelo dano, a ser ressarcido por aquele que dolosa ou culposamente violou direito de outrem; (b) o §823, Abs. 2, trata das normas de proteção (*Schutzgesetze*) contra infração da lei de tutela da vítima do dano; (c) já o §826 determina a reparação dos danos por aquele que atenta contra os bons costumes (*guten Sitten*).<sup>632</sup>

<sup>628</sup> Esse seria o fundamento civilista genérico na legislação italiana, segundo ensina Portale. PORTALE. *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, op. cit., p. 88-89.

<sup>629</sup> CORDEIRO. *O levantamento...*, op. cit., p. 118.

<sup>630</sup> CORDEIRO. *O levantamento...*, op. cit., p. 121.

<sup>631</sup> Sobre a adoção da teoria objetiva do abuso do direito no direito português: VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973, v. 1, p. 422-423.

<sup>632</sup> Sobre a “interpretação generosa” do §826 do BGB: WIEDERMANN. *Gesellschaftsrecht...*, op. cit., p. 570. DRAX, Manfred. *Durchgriffs- und Konzernhaftung der GmbH-Gesellschafter*, ein Vergleich. München: VVP, 1992, p. 44. PORTALE. *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, op. cit., p. 90, 94. Descrevendo com muita precisão o posicionamento civilista: CASTELON, Maria Oliveros. *Aktuelle Reformfragen im Gesellschaftsrecht – Kapitalmarkt- und Steuerrecht: Reform des Kapitalmarktzrechts in der GmbH*, 57 f. Monografia – Ludwig-Maximilians Universität, München, 2006, f. 29-30.

<sup>627</sup> Descrevendo os diferentes suportes fáticos de disputa doutrinária: KAHLER, Ulrich. *Die Haftung des Gesellschafters im Falle der Unterkapitalisierung einer GmbH*. *Berichts-Berater – Zeitschrift für Recht und Wirtschaft*, Heftelberg, ano 40, n. 19, p. 1429-1434, 1985, p. 1431.

É pertinente esclarecer que as normas de proteção da cláusula geral<sup>653</sup> do §823, Abs. 2, do BGB tutelam interesses alheios e o próprio tráfico econômico, com uso de interpretação sistêmica.<sup>654</sup> Aplicam-se as *Schutzgesetze* quando ocorre violação de norma de proteção de interesse de particular e que também faça parte de um conjunto de interesses que a lei dispensou a proteção especial.<sup>655</sup> Para Canaris, a caracterização da norma de proteção tem três elementos fundamentais: (a) convicção de um bem protegido diferenciado (*differenzierenden Rechtsgüterschutz*), que inclui a vida, a saúde, liberdade de locomoção e patrimônio, permitindo a todos a formação de certeza na vida econômica; (b) princípio da imputabilidade (*Zurechnungssprinzip*), incluindo regras penais;<sup>656</sup> (c) responsabilidade por ligações especiais (*Sonderverbindung*) por lesão a pretensões (*Forderungsverletzung*) e responsabilidade por culpa *in contrahendo*.<sup>657</sup> Entram na qualidade de *Schutzgesetze* para preenchimento do §823, Abs. 2, do BGB, disposições de direito penal e direito falimentar, todas normalmente com sanção à utilização abusiva do crédito e com tutela específica do fim da norma.

De outro lado, verifica-se que a jurisprudência alemã tentou objetivar a aplicação da subcapitalização material, através de interpretação e aplicação extensiva do §826 do BGB. Argumenta-se que o abalo ao crédito e transferência de riscos aos credores é atentado ao tráfico e também aos bons costumes que presidem as práticas das sociedades. Para tanto, bastaria mero dolo eventual<sup>658</sup> para se determinar a responsabilidade pessoal do administrador ou do sócio. E para a caracterização do comportamento doloso, haveria a necessidade de compreender que o sócio tem o compromisso de saneamento da sociedade para cobertura dos riscos dos credores,<sup>659</sup> deixando somente para a sociedade o compromisso de evitar a desventura e o insucesso. Com isso, o §826 do BGB somente cobriria parte da “porta do iceberg” do problema, para usar a expressão de Eckhold, para quem o dispositivo não é suficiente para fixar um “número ético-social” para responsabilizar o sócio por subcapitalização.<sup>660</sup> Na mesma linha crítica se posiciona Drax,

entendendo que o tratamento das hipóteses de descon sideração como delito não retrata fielmente a responsabilidade societária e nem serve isoladamente como suporte fático para aplicação de normas de análise do poder societário.<sup>661</sup>

Não obstante as críticas, a concepção da subcapitalização material com a avaliação de conduta prejudicial a credores — e com a consequência do dever de indenizar — pautada a jurisprudência alemã. É clara a influência civilista quando são analisadas as decisões do BGH nos casos envolvendo o julgamento de grupos societários fáticos [l. 34]. Em suma, as decisões caminham para a ênfase da admissibilidade de penetração da pessoa jurídica em caso de contradição com o fim das normas, considerando-se aplicáveis os dispositivos do BGB (especialmente os §§823 e 826).

Ainda é possível ver essa aplicação de dispositivo do BGB também em casos de sociedades não grupadas, como se pode exemplificar com a decisão do OLG Düsseldorf<sup>662</sup> de 25 de novembro de 1996. Já sob a influência da decisão TBB [l. 34.4], considerou-se que o fundamento da responsabilidade do administrador de sociedade limitada era o §823, Abs. 2, do BGB, como norma de proteção do §263 do StGB e concluindo que a responsabilidade estava atrelada à insuficiência do capital inicial da sociedade, de modo que as perdas da empresa eram transferidas aos credores. Além do notável sobre-entendimento (*Überschuldung*) determinante da falência, ainda se acrescentou essa regra de proteção do tráfico para responsabilidade do administrador da GmbH. O caso ainda trouxe a peculiaridade de uma subcapitalização nominal, com aplicação do ainda vigente §32a da GmbHG para requalificação do empréstimo do sócio como capital próprio à disposição da sociedade.

Essa sorte de argumentos igualmente se encontra no julgamento de 10 de fevereiro de 2000, proferida pelo OLG Oldenburg.<sup>663</sup> Aplicou-se o §826 do BGB como fundamento de responsabilidade do sócio único de uma GmbH, que utilizou a separação de patrimônio somente com o escopo de estabelecer diversas relações contratuais de construção civil, posteriormente descumpridas com caracterização da violação contra os bons costumes.

De outro enfoque, também se colhe o afastamento da responsabilidade pessoal do sócio na jurisprudência alemã e com base nos argumentos civilistas de excludentes fundadas na imprevisibilidade da

<sup>653</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten. In: CANARIS, Claus-Wilhelm; DIEDERICHSEN, Uwe. *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*. München: Beck, 1983. p. 27-110, p. 35, 45.

<sup>654</sup> CANARIS, Schutzgesetze..., *op. cit.*, p. 47-48.

<sup>655</sup> CANARIS, Schutzgesetze..., *op. cit.*, p. 30.

<sup>656</sup> A aplicação concreta pode ser verificada no caso *Bremer Vulkan* [l. 34.5].

<sup>657</sup> CANARIS, Schutzgesetze..., *op. cit.*, p. 30-34.

<sup>658</sup> Nesse sentido: PORTALE, Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata, *op. cit.*, p. 90.

<sup>659</sup> ECKHOLD, *Materielle Unterkapitalisierung*, *op. cit.*, p. 135.

<sup>660</sup> ECKHOLD, *Materielle Unterkapitalisierung*, *op. cit.*, p. 136.

<sup>661</sup> DRAX, *Durchgriff- und Konzernhaftung*..., *op. cit.*, p. 44.

<sup>662</sup> ALEMANNHA, *Oberlandesgericht Düsseldorf*, Ss 303/96. Düsseldorf, j. 25.11.1996. GmbHRundschau, 88. Jahrgang 1997, p. 126-128.

<sup>663</sup> ALEMANNHA, *Oberlandesgericht Oldenburg*, U 187/99, Oldenburg, j. 10.02.2000. Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG), Jahresregister 2000, p. 555-559.

situação financeira de crise. Tal decisão foi tomada em 03 de novembro de 1998 pelo BAG,<sup>644</sup> ponderando que para a OHG (de responsabilidade limitada) persiste a vinculação do patrimônio dos sócios com as dívidas sociais, inclusive de ordem trabalhista. De outro lado, considerando-se que posteriormente um dos sócios da OHG criou uma GmbH unipessoal no mesmo endereço para tentar prosseguir as atividades, a simples crise financeira não foi suficiente para atingir o patrimônio do sócio. O critério de exclusão foi a previsibilidade da insolvência, de modo que a sociedade não continuou suas atividades em prejuízo dos credores — excluindo o abuso da personalidade, a violação das regras de proteção do tráfico e a confiança dos credores.<sup>645</sup>

Ainda que haja críticas acentuadas de parte da doutrina, a jurisprudência alemã vem seguindo a posição civilista sem critérios uniformes.<sup>646</sup> Seria a vinculação do direito comum, mencionada por Portale.<sup>647</sup>

<sup>644</sup> ALEMANNHA. *Bundesoberster Gericht*. AZR 189/97. Erfurt. j. 03.09.1998. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 20. Jahrgang, 1999, p. 24-28. Comentário a influência da decisão do caso TBB sobre BAG: SCHMIDT, Karsten. Gesellschaftshaftung und "Konzernhaftung," bei der GmbH. *Bemerkung zum "Bremer Vulkan"-Urteil des BGH vom 17.9.2001. Neue juristische Wochenschrift*, ano 54, p. 3577-3581, dez. 2001, p. 3577.

<sup>645</sup> Os mesmos fundamentos foram usados pelo BAG em outro caso: ALEMANNHA. *Bundesoberster Gericht*. AZR 677/97. Erfurt. j. 10.02.1999. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 20. Jahrgang, 1999, p. 878-873. Interessantes as críticas feitas por Holger Altmeppen a esta decisão, posto que o BAG não teria fixado critérios claros para a qualificação da subcapitalização. Demonstrando que seriam absolutamente insuficientes os argumentos civilistas, Altmeppen deduziu que a subcapitalização não decorre de abuso de direito ou violação dos bons costumes, mas é medida pela condução da sociedade de capital e a consideração dos riscos da empresa (ALTMEPFEN, Holger. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 20. Jahrgang, 1999, p. 882-883).

<sup>646</sup> A jurisprudência austríaca segue o mesmo rumo dos posicionamentos alemães. O OGH (*Oberste Gericht*) decidindo com fundamentos civilistas, puniu com responsabilidade pessoal os dirigentes de sociedade que estava superendividada (*Illerschilder*). Apoiou-se a decisão no §1311 do BGB austríaco, com argumento de violação de normas de proteção (*Schutzgesetz*). São três decisões que podem servir à comprovação desse argumento. Na primeira delas de 1978, o OGH afirmou que a violação de *Schutzgesetz* não se restringe à incapacidade de pagamento, mas se estende ao superendividamento (*Überschuldung*) da sociedade: "Die §§83 Abs 2 AktG, §85 GmbHG, §84 Abs 2 GenG sind – wie §159 Abs 1 Z 2 StGB – Schutzgesetze zugunsten der Gläubiger im Sinne des § 1311 Abs 2 2. Fall ABGB und sehen – im Gegensatz zu diesem, der nur auf die Zahlungsmängigkeit des Schuldners abstellt – auch die Überschuldung der Gesellschaft bzw. Genossenschaft als eine die Konkursantragspflicht auslösende Voraussetzung" (OGH – 511/78 – Data da decisão: 13.06.1978. Disponível em: <http://www.wris.bka.gv.at/juss>. Acesso em: 19 out. 2006). Em 1986, decidiu-se ampliar o rol de regras componentes das leis de garantia: "Auch der Deliktbestand des §159 Abs 1 Z 1 StGB ist ein Schutzgesetz im Sinne des §1311 ABGB" (OGH – 525/86 – Data da decisão: 26.06.1986 – Publicado em SZ 59/116 [B] 1986,791. Disponível em: <http://www.wris.bka.gv.at/juss>. Acesso em: 19 out. 2006). Finalmente, em 2000, o mesmo OGH decidiu considerar como *Schutzgesetz* os dispositivos do §273 a 275 do HGB austríaco, que têm como escopo a garantia das perdas financeiras do patrimônio (*Vermögensschäden*) da sociedade: "Bei den §§273 bis 275 HGB handelt es sich um Schutzgesetze im Sinne des §1311 ABGB, die den Zweck haben, die gefährliche Gesellschaft vor Vermögensschäden zu schützen" (OGH – 141/991 – Data da decisão: 23.10.2000 – Publicado em SZ 73/157. Disponível em: <http://www.wris.bka.gv.at/juss>. Acesso em: 19 out. 2006).

<sup>647</sup> PORTALE. *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, op. cit., p. 87-88.

Em verdade, a diferença para o argumento de disfunção estrutural da sociedade (predominante na doutrina) está justamente no conteúdo probatório. No caso de aplicação do §823, Abs. 2, ou do §826, ambos do BGB, há necessidade de comprovação de culpa (em sentido genérico) da atuação do sócio ou do administrador ao subcapitalizar a sociedade, trazendo casística incerta decorrente das cláusulas gerais, conforme já advertia Müller-Freienfels.<sup>648</sup> Esse, aliás, o ponto em que Kahler constrói pragmática crítica ao fundamento de responsabilidade civil, afirmando que ocorre problema de causalidade, vez que aos credores da sociedade se torna impossível comprovar o necessário prejuízo voluntário.<sup>649</sup>

Na construção doutrinária estrutural, em contrapartida, a teoria *Normzwecklehre* exige somente a demonstração de desvio da finalidade normativa de utilização da sociedade.<sup>650</sup> Assim, referidos posicionamentos civilistas são criticados por Calixto Salomão Filho, quando analisa a relação entre desconstrução da personalidade jurídica e falência. Para o mencionado autor, o não pagamento de uma dívida não pode ser atribuído ao comportamento específico de um sócio, mas à atividade da sociedade. Por isso, a desconstrução da personalidade jurídica independentemente de demonstração do nexo causal entre a conduta e o inadimplemento, afastando o esquema de responsabilidade civil extracontratual como aplicável para explicação da subcapitalização.<sup>651</sup>

Ademais, Portale ainda critica a posição civilista da subcapitalização ocorrida na constituição da sociedade, argumentando que não se poderia deixar a cargo do credor prejudicado o ônus da prova da culpa ou dolo na causa do prejuízo ou transferência aos terceiros dos riscos da sociedade. Além disso, sustenta a possibilidade de culpa omissiva do administrador por "sottocapitalizzazione successiva dipendente da mancato adeguamento del capitale sociale alle nuove dimensioni dell'impresa societaria o da perdite rilevanti".<sup>652</sup>

Além desta crítica, o mesmo Portale ainda deduz que a generosa interpretação do §826 do BGB introduz presunção de agressão aos bons

<sup>648</sup> MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram. Zur Lehre vom sogenannten "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen, Mohr Siebeck, n. 156, p. 522-543, 1987, p. 543.

<sup>649</sup> KAHLER. Die Haftung des Gesellschafters.... op. cit., p. 1431. No original: "Das Hauptproblem im Rahmen einer Haftung aus §826 BGB ist nun, abgesehen von Kausalitätsproblemen, daß es den Gläubigern der Gesellschaft oftmals unmöglich sein wird, den erforderlichen Schädigungsvorsatz nachzuweisen".

<sup>650</sup> Com essa orientação: COMPARATO; SALOMÃO FILHO. *Poder de controle...*, op. cit., p. 452.

<sup>651</sup> COMPARATO; SALOMÃO FILHO. *Poder de controle...*, op. cit., p. 438.

<sup>652</sup> PORTALE. *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, op. cit., p. 93.



costumes, criando abertura para uma responsabilidade objetiva de um nexo causal *in re ipsa* ou quando muito a mera existência de dolo eventual,<sup>653</sup> bastando propósito específico.<sup>654</sup>

### 32.1.2 Outros fundamentos derivados da boa-fé objetiva

Ainda são utilizados outros argumentos de direito comum que precisam ser analisados e afastados como critérios exclusivos:

(a) A vedação de desrespeito à boa-fé objetiva se manifesta no comportamento contraditório da parte, ocorrente na constatação de *venire contra factum proprium*. São comportamentos da mesma pessoa, que se sucedem no tempo, um visando ao embargo da produção de efeitos do outro, num inadmissível exercício de direito. Em essência, o que se tem por objetivo é a proteção da confiança da parte contrária, para que não ocorram prejuízos com o comportamento contraditório do titular do direito subjetivo. Assim, os credores, confiantes na posição jurídica de existência de patrimônio suficiente para arcar com as dívidas sociais, seriam levados a uma situação de continuidade de negócios com a sociedade subcapitalizada.

Ainda há teorias afirmando serem fictícias as sociedades subcapitalizadas: apresentariam verdadeiro defeito de organização (*Organisationsfehler*) e teriam como fundamento a responsabilidade por violação de confiança (*Vertrauensstufung*). Mais uma vez se tem a retomada da influência de fundamentos de direito comum e esta posição é defendida por Canaris quando trata da tutela da proteção do tráfico com base na cláusula geral do §242 do BGB.<sup>655</sup> No ordenamento alemão, diz Canaris, há tutela contra os comportamentos contraditórios, aplicando-se a cláusula geral do §242 do BGB inclusive nos exemplos de participação em grupos de empresas, formando-se verdadeiro fundamento de pretensão, obtido a partir do direito positivo, para responsabilização do comportamento contraditório violador do dever de confiança.<sup>656</sup> O argumento não se sustenta. Wiedemann afasta esse raciocínio por inexistência de previsão no ordenamento positivo

alemão.<sup>657</sup> O comportamento da sociedade não é contraditório, porque inicialmente há capital — que realmente existe — mas que se trata de capital de terceiros. Assim, o comportamento posterior de eventual inadimplimento da dívida não tem por escopo embargar a posição anterior, porque houve apresentação de capital de terceiros e a utilização incorreta da separação do patrimônio e da limitação de responsabilidade.

Antonio Menezes Cordeiro fundamenta a reparabilidade contra o administrador em casos de assunção de negócios jurídicos com ocorrência de culpa *in contrahendo* ou casos em que pode invocar a teoria *venire contra factum proprium*<sup>658</sup> como base jurídica da reparação do dano. Entretanto, a hipótese é distinta e trata da qualificação jurídica de comportamento ilícito do administrador, inaplicável em verdadeiro desvirtuamento da limitação da responsabilidade decorrente da subcapitalização.

(b) Ainda no nosso ordenamento, deve ser afastada a previsão delitual do *abuso de direito* previsto no art. 187 do CC, que penaliza o manifesto excesso aos limites impostos pelo fim econômico ou social ou pela boa-fé e pelos bons costumes (art. 187 do CC). Em outros termos, seria a limitação de responsabilidade da sociedade empresária utilizada de modo a extrapolar os limites razoáveis da função econômica. Alega-se haver *abuso de direito*, com ruptura brutal do crédito ou *exceptio doli generalis*, com violação da boa-fé (nos moldes cláusula geral do §242 do BGB) ou a nossa boa-fé objetiva (art. 422 do CC). A insuficiência de dotação de meios próprios para os fins sociais determinaria um abuso de direito delitual, baseado nas regras do §1, Abs. 1, AktG e §13, Abs. 2, GmbHG<sup>659</sup> — do direito alemão — e nos arts. 1º da LSA e art. 1.052 do CC. Valeno-nos do ensinamento de Antonio Menezes Cordeiro, que é orientação geral sobre essa posição doutrinária:

O abuso do instituto da personalidade coletiva é uma situação de abuso do direito ou de exercício inadmissível de posições jurídicas, verificada a propósito da atuação do visado, através duma pessoa coletiva. No fundo, o comportamento que suscita a penação vai caracterizar-se por atentar contra a confiança legítima (*venire contra factum proprium, suppressio ou surrectio*) ou por defrontar a regra da primazia da materialidade subiacente (*tu quoque* ou exercício em desequilíbrio). É certo que todos os outros casos de levantamento traduzem, em última instância, situações

<sup>653</sup> PORTALE, Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata, *op. cit.*, p. 94.

<sup>654</sup> KAHLER, Die Haftung des Gesellschafters..., *op. cit.*, p. 1431.

<sup>655</sup> “§242. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”. Tradução livre: “O devedor está obrigado a executar a prestação com boa-fé, com respeito às exigências dos usos e costumes”.

<sup>656</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm, *Handelsrecht*, 23. Aufl. München: Beck, 2000, p. 119-120.

<sup>657</sup> WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*..., *op. cit.*, p. 571.

<sup>658</sup> CORDEIRO, *O levantamento*..., *op. cit.*, p. 92-93.

<sup>659</sup> No direito italiano, os dispositivos mencionados seriam equivalentes aos arts. 2325, 1 e 2472, 1 do *Codice Civile*.

de abuso; neste, porém, há uma relativa inorganicidade do grupo, que deixa, mais diretamente, a manifestação de levantamento, perante atuação inadmissível.<sup>660</sup>

Com esse fundamento se posiciona a doutrina argentina, suscitando Lucas Ramirez Bosco<sup>661</sup> que a sociedade subcapitalizada representa abuso de direito previsto no art. 1.071 do Código Civil argentino, porque transfere os riscos da sociedade aos credores.<sup>662</sup> Ademais, o mencionado autor apresenta sua tese nas teorias econômicas, preferindo assentar o conceito de subcapitalização tão somente na “manipulación del patrimonio social con el objeto de trasladar indebidamente el riesgo a los acreedores”.<sup>663</sup>

Com efeito, é inadmissível a exclusiva aplicação do abuso de direito na forma do art. 187 do CC. O abuso de direito é apresentado por Alvirio Lima — em texto clássico da literatura jurídica brasileira — como a atuação de alguém que “obedecendo apenas aos limites objetivos da lei, mas que o exercício do direito, que lhe confere o preceito legal, viola os princípios da finalidade econômica e social da instituição, dá sua destinação, produzindo o desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade, abuso de seu direito”.<sup>664</sup> Com esses elementos, o abuso de direito tem natureza essencialmente delitual pela violação da finalidade do direito<sup>665</sup> e como tal não contempla toda a atividade societária que pode qualificar a subcapitalização pelo uso de capital de terceiros em transferência dos riscos sociais.

(c) o escape final poderia ser a *teoria da aparência* como fundamento para a subcapitalização material: em outros termos, a violação da confiança e da lealdade da contraparte com prevalência externa da situação aparente de existência de capitais próprios, que embora não

<sup>660</sup> CORDEIRO. *O levantamento...*, op. cit., p. 123. No mesmo sentido: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito comercial: sociedades comerciais*. 1993. v. 4, p. 65-66.

<sup>661</sup> RAMÍREZ BOSCO, Lucas. *Responsabilidad por infracapitalización societaria*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 130.

<sup>662</sup> Dispõe a lei Argentina: “Art. 1071. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconoceros o al que exceda los límites impuestos por la buena fé, la moral y las buenas costumbres”.

<sup>663</sup> RAMÍREZ BOSCO. *Responsabilidad por infracapitalización...*, op. cit., p. 77.

<sup>664</sup> LIMA, Alvirio. Abuso de direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 53, n. 166, p. 25-51, jul./ago. 1956, p. 26. No direito português, comentando o art. 334º do Código Civil, expõe com semelhante argumento: VARELA. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 423.

<sup>665</sup> LIMA. Abuso de direito, op. cit., p. 31.

seja internamente real, demonstra-seável e se apresenta para a parte com todos os requisitos indutores da confiança. Com a utilização desse instrumento lastreado na boa-fé, seria possível argumentar que a aparência de capitais próprios da sociedade permite a extensão da eficácia subjetiva dos negócios com ela praticados. Uma vez constatada a inexistência de capital próprio da sociedade para adimplemento do negócio, os riscos seriam estendidos aos sócios, que responderiam pessoalmente por verdadeira assunção de riscos próprios da pessoa jurídica.

Trata-se de fundamento inaplicável para a subcapitalização material e que chega a ser forçado para sua incidência. Isso porque a avaliação do capital próprio não é feita por critérios aparentes ou não: são dados objetivos e que dependerão do nível de acesso dos credores às informações financeiras da sociedade. Além disso, não ocorre propriamente a avaliação da boa-fé dos sócios e a aparência de regularidade, obtendo-se critério de difusa, senão difícil comprovação. Finalmente, a extensão da eficácia de negócios jurídicos com base na aparência se torna aleatória e esquece que o problema não está nos efeitos do negócio jurídico, mas no seu cumprimento e executabilidade.

### 32.2 Teses de estrutura societária

O objeto é realizado em alguns tipos societários com a utilização de construção jurídica consistente na separação patrimonial (*Therungsprizip*), que culmina com a limitação da responsabilidade do sócio. As sociedades foram criadas para atuação no mercado e os credores que com ela negociam têm à sua disposição alguns sinais indicativos do nível de risco apresentado. Assim, a violação do fim da norma estaria no abuso das formas que sinalizam os riscos da sociedade.

Antes de trilhar os caminhos civilistas, em 1959 o BGH adotou tese de que a subcapitalização seria artifício para transferir os riscos para fora da sociedade, contrariando as finalidades da separação do patrimônio da pessoa jurídica.<sup>666</sup> Diante da intensa comunicação entre a doutrina e a jurisprudência, passaram a ser consideradas, em essência, as teses da teoria *Normzweck* e o desvio do fim da norma ganhou espaço no campo das decisões, seja da forma pura inicialmente proposta, seja com utilização mesclada com teses civilistas de deveres de proteção do tráfico. Diz Eckhold que ocorre a proteção contra o desvio do fim da norma quando o sócio modifica a utilização do privilégio da limitação

<sup>666</sup> ALEMANNHA. *Bundesgerichtshof Karlsruhe*, j. 14.12.1959, BGHZ, 31. Band., p. 258-279.

de responsabilidade em caso de insuficiente capitalização própria, imputando-se ao sócio os débitos dos credores sociais.<sup>667</sup>

No direito brasileiro, a influência da teoria subjetiva ainda pode ser sentida intensamente na doutrina e na jurisprudência. De todo modo, a subcapitalização pode ser aqui sustentada e compreendida também como ineficácia da limitação de responsabilidade do contrato associativo [1. 12. 1], posto que a organização é objeto essencial deste tipo de contrato, que ainda tem como componente a limitação de responsabilidade a partir do capital transferido para a sociedade. A disfunção provocada pela utilização da separação patrimonial como instrumento de transferência dos riscos da sociedade para terceiros é o argumento principal dos que defendem as teses societárias de fundamento da subcapitalização material.<sup>668</sup>

Com efeito, é possível buscar a fundamentação jurídica de direito societário em Wiedemann. Após reafirmar o que chamam de fundamentos experimentais de responsabilidade constitutiva do capital, no valoroso §10, IV, de sua obra, Wiedemann (a) afastou os argumentos da doutrina do abuso subjetivo (na linha de Serick); (b) afirmou insustentável por falta de previsão positivada a tese *Organisationsfehler*; (c) e atacou a teoria de declaração de responsabilidade com base na perda de confiança econômica na limitação de responsabilidade. Assim, Wiedemann sustenta que a restrição objetiva do §13, Abs. 2, da *GmbHG* e §1, Abs. 1, da *AKtG* conduz ao caminho da desconsideração da personalidade jurídica do sócio que retira o capital da sociedade,<sup>669</sup> eliminando-se o privilégio da limitação de responsabilidade.<sup>670</sup>

Outra tese foi trazida ao direito brasileiro por Walfrido Warde, para quem a alteração da imputação provocada pela subcapitalização seria decorrência da modificação da autonomia privada dos sócios que se apropriaram dos meios de produção da sociedade. Com isso, ocorreu alteração da forma de organização da empresa e, “em consequência, determina voluntariamente, a exemplo da assunção da responsabilidade pelo exercício da atividade, seus novos efeitos”.<sup>671</sup>

<sup>667</sup> ECKHOLD, *Materielle Unterkapitalisierung*, op. cit., p. 213.

<sup>668</sup> Nesse sentido foi o julgamento do caso *Autokran* pelo BGH, aplicando a teoria *Normzwecklehre* e com base na utilização da pessoa jurídica em contradição com as finalidades do ordenamento: Alemanha, *Bundesgerichtshof*, Autokran, Karlsruhe, j. 16.09.1985, BGHZ, 95, Band, p. 334, [1. 34. 1].

<sup>669</sup> WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*..., op. cit., p. 571-573.

<sup>670</sup> WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*..., op. cit., p. 221.

<sup>671</sup> WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. *A crise da limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004, f. 224.

Thomas Eckhold parte de outra análise. Seu pressuposto é a inexistência de capital próprio para financiamento da atividade, considerando que a especificação do tipo da subcapitalização (*Unterkapitalisierungstabelle*) tem fundamento na busca da função econômica do capital próprio, levando a uma disfunção das fronteiras do risco econômico da empresa.<sup>672</sup> Assim sendo, a sociedade está subcapitalizada quando o capital próprio é insuficiente se considerados os métodos de financiamento da atividade negocial, estabelecendo Eckhold dois pressupostos de análise: demanda financeira (*Finanzbedarf*) e a capacidade de crédito (*Kreditfähigkeit*) ou idoneidade creditícia (*Kreditwürdigkeit*).<sup>673</sup>

A demanda financeira acumula os critérios secundários de âmbito negocial (*Geschäftsumfang*), tipo negocial (*Geschäftsart*) e plano financeiro (*Finanzplan*). Assim, considera-se o nível de endividamento da empresa e o comprometimento do capital próprio com a atividade. Naturalmente que os critérios são apontados como secundários porque a dimensão do negócio não é indicativa do problema da subcapitalização, sobretudo porque os métodos de financiamento são variáveis, o que faz atrelar a busca de pressupostos de uma sociedade subcapitalizada com a capacidade de crédito. Ademais, é preciso que o capital de terceiros assumam função de capital próprio.

Reitere-se, segundo a linha de Eckhold, que deve ser cumulado a análise da demanda financeira com a capacidade de crédito (ou idoneidade creditícia), por ele chamada de “espelho da função do capital próprio”.<sup>674</sup> Para tanto, o autor apresenta dois grupos de riscos próprios da empresa: (a) risco negocial (*Geschäftsrisiko*), que é externo e tem relação com a realidade de mercado; (b) risco de estrutura de capital (*Kapitalstrukturrisiko*), esse interno, associado ao financiamento da sociedade e correlaciona capital próprio e capital de terceiros. Os dois grupos de risco estão reciprocamente ligados na medida em que um grande risco negocial pode ser compensado pelo risco de estrutura

<sup>672</sup> ECKHOLD, *Materielle Unterkapitalisierung*, op. cit., p. 28: “Es wurde festgestellt, daß die Präzisierung des Unterkapitalisierungstabellebestandes auf der Grundlage der wirtschaftliche Funktionen des Eigenkapitals zu suchen ist. Unterkapitalisierung bedeutet unzureichendes Eigenkapital, gleichsam eine (im oben verstandenen Sinne) Dysfunktionalisierung der wirtschaftlichen und risikobegrenzenden Funktionen des Eigenkapitals”. Após a descrição do conceito de Ulmer, que fixa os pressupostos da subcapitalização na demanda financeira (*Finanzbedarf*) e na capacidade de crédito (*Kreditfähigkeit*), Eckhold vincula a subcapitalização à dimensão do capital próprio, afirmando sua orientação antes descrita (p. 59).

<sup>673</sup> ECKHOLD, *Materielle Unterkapitalisierung*, op. cit., p. 26.

<sup>674</sup> ECKHOLD, *Materielle Unterkapitalisierung*, op. cit., p. 35.

de capital: torna-se apropriada uma contribuição de capital próprio para determinado perfil do risco da sociedade (função de lâmpada de aviso — *Warnlampenfunktion*, que se acende e se torna vermelha quando a sociedade tem fundamentos de insolvência previstos no §§17 e 19 da *InsO* e §64, Abs. 1, *ad GmbHG*).<sup>675</sup> Assim, Eckhold diferencia as condições de insolvência (incapacidade de pagamento — *Zahlungsunfähigkeit* e sobre-endividamento — *Überschuldung*) da idoneidade creditícia, considerando que nesta última a concessão de crédito em condições habituais de mercado não será liquidada por capital próprio.<sup>676</sup>

Com todos os pressupostos lançados, a laboriosa obra de Eckhold esboça os elementos da situação jurídica de subcapitalização material com base nos pressupostos da teoria do fim da norma (*Normzweck*), mas considerando outros princípios do direito alemão. Incluem-se nesse esboço: (a) a subcapitalização material qualificada desconSIDERA elementos subjetivos, porque é baseada em abuso de inexistência de apresentação de capital suficiente; (b) a subcapitalização poderá ser inicial ou posterior ao início das atividades; (c) modifica-se a imputabilidade (*Zurechenbarkeit*) de acordo com a medida de participação na condução da atividade; (d) a subcapitalização pode ter conexão com a insolvência, mas com ela não se confunde; (e) abstraem-se comportamentos com avaliação subjetiva, mas não se afasta a função protetiva do §826 do BGB, devendo-se formular uma “responsabilidade do sócio independente de comportamento” (*eine verschuldensunabhängige Gesellschaftshaftung*); (f) a subcapitalização tem conteúdo de subsidiariedade em relação aos tipos de caracterização de insolvência.<sup>677</sup>

### 32.3 Retomada do problema da proporcionalidade entre capital social e atividade

Conforme já se constatou, a proporção entre o capital social e a atividade não é critério econômico para determinação de disfunção da limitação de responsabilidade do sócio, nem tampouco existe exigência legislativa para isso. A necessidade do capital próprio (*Eigenkapitalbedarf*)

<sup>675</sup> ECKHOLD, *Materielle Unterkapitalisierung*, op. cit., p. 35. “Ein hohes Gesellschaftsrisiko verlangt danach einen hohen Eigenkapitalanteil. Das Eigenkapital ist aus diesem Grunde ein wichtiger Faktor zur Bestimmung des Risikoprofils der Gesellschaft, dem eine >>Warnlampenfunktion<< zukommt”. Nessa linha de argumentação: PEREIRA, João Azeite. *O contrato de suprimentos*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 15-16.

<sup>676</sup> ECKHOLD, *Materielle Unterkapitalisierung*, op. cit., p. 38.

<sup>677</sup> ECKHOLD, *Materielle Unterkapitalisierung*, op. cit., p. 214-218.

não é grandeza objetivamente determinável, diz Eckhold.<sup>678</sup> Nesse sentido, indica-se que o tipo do negócio (*Geschäftsart*), o fim do negócio (*Geschäftszweck*) e a dimensão do negócio (*Geschäftsumfang*) são critérios secundários, que podem influir na necessidade do capital social, mas não são indicativos de suficiência e tampouco servem de motivo para reconhecimento de sociedade materialmente subcapitalizada.<sup>679</sup>

É inafastável essa conclusão no ordenamento brasileiro, em que não se tem posituada qualquer relação ótima entre capital e atividade, nem tampouco o dever de capitalização pelo sócio<sup>680</sup> (e sim mera faculdade) [i. 27].

Todavia, existem alguns sinais indicativos da importância do capital próprio no financiamento da atividade, sendo estes sim disseminados no sistema brasileiro. Assim sendo, partindo da tese de disfunção da limitação de responsabilidade da sociedade determinante do abuso, bem se vê que a subcapitalização tem suporte fático marcado por critérios (a) temporal e (b) material, como condicionantes da análise da proporcionalidade do capital e da atividade.

(a) O tempo próprio para análise da desproporção determinante de subcapitalização não é coincidente com o instante em que a sociedade, apesar do excesso de capital de terceiros, suporta e produz rendimentos para arcar com os custos e adimplir todas as obrigações assumidas. Com isso, a desproporção ocorre no momento de desequilíbrio financeiro.<sup>681</sup>

<sup>678</sup> ECKHOLD, *Materielle Unterkapitalisierung*, op. cit., p. 25.

<sup>679</sup> ECKHOLD, *Materielle Unterkapitalisierung*, op. cit., p. 25. Diz o autor textualmente: “Die erörterten Vergleichsmaßstäbe haben sich allesamt als *unlänglich* erwiesen, die erforderliche Eigenkapitalausstattung zu bestimmen und auf diesem Wege das Phänomen Unterkapitalisierung für die rechtliche Handhabung hinreichend zu konkretisieren. Eine relation zwischen Fremdkapital beziehungsweise Anlagevermögen ist wegen fehlender Finanzierungsregeln unbrauchbar. Das theoretisch aussagekräftige (ertragswirtschaftliche) Unternehmensrisiko erscheint nicht justifiabel. Die Anknüpfung an Geschäftsart, Geschäftszweck und Geschäftsumfang greifen sekundäre Kriterien auf, die zwar den Eigenkapitalbedarf mit beeinflussen, aber keine abschließende Aussage über eine aus- oder unzureichende Eigenkapitalausstattung treffen. Allen gemein ist der Versuch, die Höhe des Eigenkapitals universell und objektiv zu ergründen. Gelingt es demnach nicht, eine Bezugsgröße zu extrahieren, die quantifiziert ist, objektiv die notwendige Höhe des Eigenkapitals abstrakt oder konkret zu bestimmen, so könnte die Lösung in der – justifiabler – Erfassung der Hintergründe und Auswirkungen der Unterkapitalisierung liegen”. Diferentemente, Manfred Drax prefere colorar o critério *Geschäftsumfang* ou volume negocial como preponderante e determinante da flexibilidade e variabilidade de caracterização da subcapitalização material. Para garantia do âmbito ou volume negocial, Drax associa o que chama de base de capital (*Kapitalbasis*, que é a dimensão do capital nominal) e a quantidade de capital próprio: DRAX, *Durchgriffs- und Konzernhaftung*, op. cit., p. 179 e 186.

<sup>680</sup> Basta observar os limites dos deveres de um liquidante no art. 210, V, da ISA e no art. 1.109, V, do CC.

<sup>681</sup> ECKHOLD, *Materielle Unterkapitalisierung*, op. cit., p. 215. Lamartine Corrêa de Oliveira prefere falar na caracterização de insolvência como índice para o critério temporal: OLIVEIRA, *A culpa crise...*, op. cit., p. 338.

da sociedade, com constatação de inidoneidade creditícia e insuficiência de capital para arcar com as necessidades financeiras. Perceba-se que, em se tratando de atividade, a subcapitalização pode ter início no momento em que a empresa prosseguia sustentada pelo capital de terceiros, repercutindo decisivamente no desequilíbrio, quando então os terceiros credores da sociedade não conseguem satisfazer seus créditos, por conta da transferência dos riscos. Enfatize-se: como se trata de uma atividade, os atos finalísticos praticados no passado, com excesso de financiamento de capital de terceiros — em desproporção com o capital próprio — podem repercutir no futuro, com a perda de função da limitação de responsabilidade.

Outra característica do critério temporal é que a utilização do capital de terceiros para a cobertura das necessidades financeiras da sociedade se dá sem limitação de prazo ou indefinidamente, desvirtuando a característica dos capitais de terceiros que é justamente ter um termo final para quitação.<sup>682</sup>

(b) Sob o ponto de vista material, a desproporção do capital próprio e da atividade serve de indicio de excesso de capital de terceiros no financiamento da sociedade,<sup>683</sup> desequilibrando a relação entre risco negocial e risco de estrutura de capital [i. 32-2]. Há uma atividade para ser sustentada por um patrimônio autônomo, violando-se a função da benesse da limitação de responsabilidade se uma sociedade não tem o meio suficiente para realização da atividade.

Ainda se combinam fatores (não exclusivos e somatórios, que auxiliam em matéria probatória na instrução processual): (a) o credor deve verificar a proporcionalidade entre capital próprio e a medida da finalidade societária (sendo este um critério secundário);<sup>684</sup> (b) é fundamental que se tenha identificação contábil da capacidade patrimonial, com elementos como réditos, liquidez, produtividade, elasticidade, economicidade, equilíbrio e invulnerabilidade, segundo proposta de Lopes de Sá;<sup>685</sup> (c) economicamente é possível verificar o quociente de classificação do capital, dividindo capital próprio pelo capital de terceiros (se o resultado for inferior a 1, significa maior participação de capital de terceiros); (d) o quociente de liquidez da sociedade pode indicar medida

da solvabilidade, ou seja, o ativo circulante e ativo fixo são divididos pelo passivo circulante: quanto maior o quociente, melhor a situação da empresa.

Outra categoria metajurídica a se mencionar — e que pode auxiliar em matéria probatória — é o chamado *economic value added* (EVA), que é técnica de referência para avaliação do desempenho da empresa, tomando como fatores a capacidade de geração de recursos e o nível de risco assumido com o endividamento. Em outras palavras, o retorno deve ser grande o suficiente para compensar o risco,<sup>686</sup> calculando-se o volume da dívida e do capital próprio em relação à estrutura de capital.<sup>687</sup> A opção do administrador poderá ser por financiamento exclusivo com capital de terceiros, montando a estrutura de capital suficiente para fazer frente ao débito e calculando os “custos de insolvência financeira” pelo excesso de endividamento.<sup>688</sup>

Tudo isso se relativiza mais ainda com os novos modelos empresariais decorrentes de empresas de novas tecnologias,<sup>689</sup> que dependem muito menos — ou independem — de ativos fixos imobilizados ou de recursos financeiros para desempenho de suas atividades. Vale aqui também a análise da insuficiência do capital, até porque é relativa a admissibilidade de intangíveis na composição do capital social, posto que deveriam estar associados ao processo produtivo, com possibilidade de apropriação pelo terceiro credor.<sup>690</sup>

### 33 Fundamentos no direito brasileiro

É fundamental compreender que na subcapitalização não se avallam atos isolados, mas sim a atividade da sociedade. Esse é pressuposto que auxilia na análise das consequências e também no afastamento das conclusões precipitadas e que podem ser confortavelmente baseadas em argumentos civílistas não adequadamente aplicáveis. Três pressupostos se colocam, antes de se propor a estrutura justificativa da subcapitalização material.

<sup>682</sup> WIEDERMANN; FREY. *Gesellschaftsrecht*, op. cit., p. 273.

<sup>683</sup> “A subcapitalização caracteriza-se pela existência de um capital social inferior aos meios próprios de financiamento, segundo uma proporção ótima entre estes e os meios externos” (PERRERA. *O contrato de suprimento*, op. cit., p. 17).

<sup>684</sup> ECKHOLD. *Materielle Unterkapitalisierung*, op. cit., p. 25.

<sup>685</sup> SA, Antônio Lopes de; SA, Ana M. Lopes de. *Dicionário de contabilidade*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 62, 442.

<sup>686</sup> EHRBAR, AL. EVA: the real key to creating wealth. New York: John Wiley & Sons, 1998. p. 1.

<sup>687</sup> YOUNG, S. David; O'BRYNE, S. F. EVA e gestão baseada em valor. Trad. Paulo Lustosa. Porto Alegre: Bookman, 2003. p. 149.

<sup>688</sup> YOUNG, O'BRYNE. EVA e gestão baseada em valor... op. cit., p. 167.

<sup>689</sup> ZANDA, Gianfranco. *La grande impresa. Caratteristiche strutturali e di comportamento*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 74.

<sup>690</sup> BARBOSA, Denis Borges. Da contenciosa de bens intangíveis ao capital das sociedades anônimas. *Revista de Direito Empresarial IBMEC*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 81-138, 2003. p. 98. PROVEDEL, Letícia. Considerações à incorporação de bens intangíveis ao capital social das empresas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 801, p. 78-91, jul. 2002. p. 81, 90.

Em primeiro lugar, não se pode falar em nulidade de um contrato social que apresente subcapitalização material originária. Em verdade, o direito brasileiro não exige o capital mínimo de constituição, salvo algumas exceções [i. 18.1]. Então, o preenchimento de exigências formais já permite o ingresso do contrato social no registro peculiar, com o efeito constitutivo da pessoa jurídica, do patrimônio autônomo e da limitação de responsabilidade nos tipos societários que se estruturam com esse modelo.

Por segundo, Galgano orienta que "assumere responsabilita limitata significa, in termini economici, non correr alto rischio se non di perder la somma o il bene conferito in società".<sup>691</sup> Portanto, usufruir o benefício da limitação de responsabilidade significa atender aos pressupostos econômicos de existência da sociedade, incluindo o fornecimento de garantias de solvabilidade e assumindo os próprios riscos, sem transferi-los a credores, o que caracteriza abuso da personalidade jurídica.<sup>692</sup>

Terceiro e último pressuposto é que a questão da garantia dos credores está muito mais no crédito (ou produtividade) do que no capital social nominal. A capacidade de produção de rendimentos da sociedade dá aos credores a medida dos riscos.

Valendo-se desses três pressupostos, o sistema brasileiro permite obter fundamentos suficientes para aplicação da subcapitalização material como qualidade a ser atribuída à sociedade que não tem capital próprio para o seu funcionamento. Esses fundamentos podem ser graduados em ordem de importância de acordo com critérios de pertinência e aplicabilidade imediata dos dispositivos legais invocados para interpretação do problema societário.

### 33.1 Critérios primários

#### 33.1.1 Fundamento constitucional

Primeiramente, é consequente que se tenha no art. 170 da CF/88 a base principiológica da análise,<sup>693</sup> sobretudo porque a ordem

<sup>691</sup> GALGANO, Francesco. *Diritto commerciale: La società*. 2ª ed. Bologna: Zanichelli, 1977. p. 186

<sup>692</sup> KAHLER, Die Haftung des Gesellschafters..., *op. cit.*, p. 1433

<sup>693</sup> O correlacionamento da ordem econômica com o direito societário é consequência da inserção dos textos legais sob coordenação do sistema constitucional. Trata-se de titular da atividade empresarial, que é organização de fatores econômicos e que se submete à aplicação deste capítulo do texto constitucional. No direito alemão, por exemplo, o reconhecimento da liberdade de associação está atrelado à função social das sociedades (WIEDERMANN).

econômica brasileira é estruturada na valorização da livre iniciativa, com o condicionamento de justiça social.<sup>694</sup> Como ensina Eros Grau, tem-se um conceito de justiça com um dado ideológico que, além da superação de injustiças com repartição do produto econômico, ainda tem ampla influência na interpretação da ordem econômica por possuir "extremada relevância enquanto [princípio] conformador, também, de todo exercício de atividade econômica".<sup>695</sup> Complementa-se com o estudo de Paulo Salvador Frontini, no sentido de se confirmar que o exercício da livre iniciativa "se subordina a um imperioso ajustamento às exigências da coletividade",<sup>696</sup> aqui especificada com a necessidade de proteção do crédito no sistema de limitação de responsabilidade dos sócios.

Esse sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado das empresas, orientando a sua interpretação justamente por estarem diretamente inseridas na ordem econômica. Trata-se de prescrição genérica no texto constitucional, mas que fornece requisitos para que se possa dizer que na justiça social está compreendida carga normativa de um princípio, a fim de permitir que se chegue à função própria dos institutos jurídicos envolvidos na garantia de certeza do

*Gesellschaftsrecht...*, *op. cit.*, p. 666. A propósito, é fundamental que se considere o §12 da obra de Wiedemann, dedicada à análise constitucional das sociedades e a visão da jurisprudência. Por questões metodológicas o tema não será especificamente abordado, mas fica anotada a influência do estudo e a importância da busca de efetividade do texto constitucional em matéria societária). No direito brasileiro, a mobilidade dos princípios também é reveladora, conforme sustentado em valioso estudo de Paulo Salvador Frontini. Para o autor, o "preciso âmbito de incidência das normas da legislação mercantil se subordina à organização político-econômica da nação", com necessidade de descoberta dos "pressupostos constitucionais que problem ou permitem, ampla ou limitadamente, a atividade negocial" (FRONTINI, Paulo Salvador. A atividade negocial e seus pressupostos econômicos e políticos. Sobre os fundamentos constitucionais do direito comercial e a função social da livre iniciativa. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, ano 14, n. 18, p. 31-38, 1975, p. 33).

<sup>694</sup> A justiça social é conceito fluido, mas que pode ser compreendida como princípio inserido no texto constitucional, portando força normativa no processo de interpretação/aplicação (sobre esses instrumentos usamos a influência do texto de Eros Grau: GRAU, Eros Roberto. *Estado e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005). Sobre o conceito de justiça social diz José Afonso da Silva: "um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política" (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 710). A valorização da justiça e da igualdade auxiliam no método de redução teleológica adiante mencionado [i. 33.1.2], conforme afirma Larenz, para exigência do escopo da norma: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 474.

<sup>695</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 204.

<sup>696</sup> FRONTINI, A atividade negocial..., *op. cit.*, p. 38. No direito italiano, com semelhante orientação: FORTALE, Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata, *op. cit.*, p. 74-75.

tráfico [i. 2]. Dessa forma, não é desarrazoada a assertiva de que as forças econômicas e políticas têm na Constituição Federal um fundamento de equilíbrio e de contenção, porque a estruturação do modelo econômico ocorreu principalmente na própria CF. Não se pode dizer que a livre iniciativa está sendo exercida com respeito à justiça social, se o funcionamento do mercado é atravancado ou distorcido pelo uso abusivo de esquemas societários de limitação de responsabilidade para frustrar o pagamento de credores. A transferência dos riscos da empresa afeta não apenas a massa dos credores, mas também — episódica ou generalizadamente — o equilíbrio econômico e social de uma região.

Existe, então, verdadeira política pública de construção da livre iniciativa com respeito à própria livre iniciativa: a ordem econômica também tem por escopo permitir a utilização dos instrumentos jurídicos construídos dinamicamente para que se tenha equilíbrio nas relações jurídicas e para que os direitos sejam exercidos reciprocamente sem abusos. Se o sistema possibilita o exercício de atividades econômicas através de sociedades que limitam os riscos e a responsabilidade a um montante de capital investido, é consequente que se tenha também a preocupação com a proteção jurídica das pessoas que transacionam com esta mencionada sociedade. Uma tal violação, que faça com que a sociedade somente trabalhe com capitais de terceiros, socializando os riscos, representa a verdadeira perda de função do instituto, desestabilizando a ordem econômica e gerando completa insegurança no mercado. Assim sendo, apesar de se tratar de fator exterior ao contrato de sociedade, o interesse do credor exerce influência na estrutura econômica concebida também para a proteção legal desse interesse.

### 33.1.2 Fundamentos positivos infraconstitucionais

Considerou-se insuficiente a teoria subjetiva como fundamento da desconsideração da personalidade jurídica e da subcapitalização material [i. 23]. Trata-se de posicionamento baseado nas consequências teóricas e práticas das opções jurisprudenciais brasileiras [i. 23.2] e também das consequências muitas vezes nefastas para a formação de um ambiente institucional de estímulo do tráfico [i. 2].

Conforme se verificou, a sociedade representa propriamente a formação de um patrimônio autônomo, que se presta como suporte da limitação da responsabilidade em alguns tipos societários. Esse capital próprio serve como instrumento para desenvolvimento da atividade, compondo essencialmente o chamado risco de estrutura de capital, para fazer frente ao risco negocial [i. 32.2]. Acontece que a sociedade pode

se valer de capitais de terceiros para auxílio na empresa e, em caso de desequilíbrio entre os valores de capitais próprios e de terceiros, pode ocorrer o desvio da função da limitação de responsabilidade ao capital da sociedade, com a transferência dos riscos para os credores (sobretudo os que não têm garantias para satisfação de seus créditos).

Não sendo suficientes ou pelo menos preponderantes as teses civilistas, pode-se raciocinar que houve uma perda da função da limitação de responsabilidade, porque não existe ou é desproporcional o capital próprio para fazer frente às despesas da sociedade. Materializam-se três fundamentos: (a) o abuso da personalidade, em sentido objetivo, gerador da disfunção e desvio de finalidade; (b) a redução teleológica de Larenz, com supressão das lacunas ocultas dos dispositivos legais que fundamentam a limitação da responsabilidade ao capital (patrimônio) da sociedade; (c) perda de eficácia da limitação de responsabilidade do contrato de sociedade, pela ausência de capital próprio.

(a) Apesar de não estar expressamente positivado, o tipo jurídico da subcapitalização material pode ser concretamente obtido a partir do art. 50 do CC, uma vez que a subcapitalização poderia ser enquadrada com o abuso da personalidade jurídica previsto no dispositivo como a base de sua aplicação. Mais uma vez, valemo-nos de Alvirno Lima: “A medida justa e verdadeira dos direitos individuais exige que se perscrute o fim econômico e social do direito, atendendo-se às considerações morais, políticas, sociais ou econômicas que se encontram envolvidas nos conflitos dos interesses em jogo”.<sup>697</sup> É preciso que se firme, desde já, que o abuso deve ser compreendido sob o aspecto objetivo,<sup>698</sup> minimizando os efeitos da culpa e sobrepujando a antijuridicidade<sup>699</sup> do excesso do exercício do direito. Não se trata tampouco de retomada de argumento civilista, vez que o abuso positivado no texto do art. 50 do CC é categoria separada daquela delitual prevista no art. 187 do CC.

A limitação de responsabilidade, em determinados tipos societários, seria direito-função<sup>700</sup> a ser exercido pelos sócios de acordo com

<sup>697</sup> LIMA. Abuso de direito, *op. cit.*, p. 31.

<sup>698</sup> Sobre a objetivação do abuso da pessoa jurídica, afirma Margal Justen Filho: “buscamos indicar que o descompasso entre a função vislumbrada pelo ordenamento jurídico para a pessoa jurídica e aquela atuação desenvolvida concretamente por (através de) uma sociedade personificada” (JUSTEN FILHO, Margal. *Desconsideração da personalidade jurídica societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 96).

<sup>699</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. atual. por Rui Bertold Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 682-683.

<sup>700</sup> Claramente Alvirno Lima reduz a importância das correntes doutrinárias que exigem elementos subjetivos para caracterização do abuso de direito, adotando concepção finalista em que se abusa da finalidade do direito independentemente de dolo ou culpa. LIMA. Abuso

a estrutura jurídica essencial desse esquema de capitais próprios da sociedade. Desempenhar a atividade societária com capital de terceiros pode ser fator preponderante para a transferência 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 [i. 23] 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 [i. 19 e 32.2].

No abuso, como consequência da sociedade subcapitalizada, é desnecessária qualquer demonstração de fraude, como requisito subjetivo que influencia a jurisprudência brasileira.<sup>701</sup> Conforme já se afirmou, a disfunção da limitação de responsabilidade provocada pelo financiamento da atividade com capitais de terceiros é fato determinante [i. 32.2], independentemente da demonstração de elementos subjetivos como a propalada fraude.

Em matéria de proteção do consumidor, uma vez demonstrado o óbice ao ressarcimento de prejuízos ao consumidor (art. 2º do CDC) ou pessoa relacionada (arts. 17 e 29 do CDC), aplica-se a cláusula geral prescrita no art. 28, §5º, do CDC, com desconsideração da personalidade jurídica da sociedade subcapitalizada [i. 24].

Semelhante ordem de argumentos se coloca em matéria de prejuízos causados ao meio ambiente, posto que a redação aberta do art. 4º da Lei nº 9.605/98 permite inserir a subcapitalização material [i. 24].

(b) Outro fundamento está na utilização do método de redução teleológica de Larenz para obtenção de restrições não contidas no texto do art. 1º da LSA, dos arts. 1.052 e 1.088 CC, art. 1094, I, do CC, para cooperativas com capital fixo e art. 993 de sociedades simples que limitam a responsabilidade ao capital. Não se trata de fundamento inovador, até porque Ulmer faz uso do método em seus argumentos no direito alemão.<sup>702</sup>

Larenz sustenta que certas regras jurídicas, em alguns casos, necessitam de interpretação contra o seu sentido literal, “mas de acordo

de direito, *op. cit.*, p. 32. No mesmo sentido: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 296.

<sup>701</sup> Somente para exemplificar, com discussão posterior do assunto [i. 23.2]: Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 63.652-SP, 4ª Turma, Relator Min. Barros Monteiro, Brasília-DF, j. 13.06.2000. RSTJ 140, p. 396. Na doutrina: JUSTEN FILHO, *Desconsideração...*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>702</sup> ULMER, Die GmbH und der Gläubigerschutz, *op. cit.*, p. 257 e 262. Aplicando o método no direito italiano: PORTALE, Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata, *op. cit.*, p. 100.

com a teleologia imanente à lei”, demandando uma restrição que não está contida no texto legal.<sup>703</sup> E continua Larenz:

A integração de uma tal lacuna efetua-se acrescentando a restrição que é requerida em conformidade com o sentido. Visto que com isso a regra contida na lei, concebida demasiado amplamente segundo o seu sentido literal, se reconduz e reduzida ao âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação ou a conexão de sentido da lei, falamos de uma <<redução teleológica>>.<sup>704</sup>

Por meio dessa “continuidade de interpretação transcendendo o limite do sentido literal possível” é que se alcança a interpretação exata do caso concreto, proibindo-se o uso apenas no limite de interesse preponderante de segurança jurídica — aí sim com manutenção da literalidade.<sup>705</sup>

O método de Larenz pode ser transportado para a nossa proposta quando são interpretados todos os dispositivos que limitam a responsabilidade de acionistas e sócios ao capital transferido para a sociedade. O sentido literal possível é muito claro e demasiadamente amplo, mas o escopo da regulação está justamente na estruturação da limitação de responsabilidade a partir da transferência de patrimônio. A redução teleológica ocorre com a negação do preceito geral lançado no texto do art. 1º da LSA e art. 1.052 do CC, por exemplo: a inexistência ou insuficiência de capital próprio da sociedade, preponderando capitais de terceiros para financiamento da atividade, determina a manutenção da essência do fim da regulação, que é a proteção dos credores da sociedade.

Transcende-se o limite literal possível, reduzindo-se o texto para chegar ao próprio fim da norma, decorrendo a consequência jurídica da sua proteção, com a superação da personalidade jurídica para atingir os sócios que utilizaram incorretamente a sociedade, qualificando-a como materialmente subcapitalizada.

(c) Conforme já foi deduzido [i. 11 e 14], há perda da função da limitação de responsabilidade ao capital, gerando ineficácia neste dispositivo do contrato de sociedade. Isto ocorre pela inexistência de capital próprio ou pelo excesso de capital de terceiros, em quantidade desproporcional e com transferência dos riscos da sociedade para os terceiros sem condição de avaliar o nível de endividamento da sociedade.

<sup>703</sup> LARENZ, *Metodologia...*, *op. cit.*, p. 473.

<sup>704</sup> LARENZ, *Metodologia...*, *op. cit.*, p. 473.

<sup>705</sup> LARENZ, *Metodologia...*, *op. cit.*, p. 474.



A comprovação se dá com a relação de incongruência entre o patrimônio e a atividade, determinante da busca de capitais de terceiros e tornando artificial o fluxo de valores disponíveis para satisfação dos credores [i. 32.3 e 36].

### 33.2 Critérios secundários

Os itens anteriores são secundados por critérios de ordem principiológica e cláusulas gerais do novo modelo unificado do direito privado brasileiro. Antes do enfoque de preconceito e da concorrência indevida entre civilistas e societaristas, a pesquisa científica demanda critérios técnicos de análise, sobretudo fazendo com que se tenha mobilidade na interpretação<sup>706</sup> e que o sistema fechado do direito positivo seja alimentado pelo sistema da ciência do direito.<sup>707</sup>

Com isso se quer dizer que não é possível, nem útil, fazer uma assepsia que afaste totalmente cláusulas gerais de direito civil (os pressupostos de operatividade), que podem auxiliar na caracterização da subcapitalização material. Falamos, ainda, de deveres secundários, anexos ou laterais,<sup>708</sup> consequência da boa-fé, que devem ser respeitados pelos sócios na condução dos negócios — possibilitando aqui a utilização da estrutura do contrato relacional [i. 12.3]. Se existe uma prestação (dar, fazer ou não fazer) como obrigação principal,<sup>709</sup> ela pode estar acompanhada por deveres laterais que asseguram o cumprimento perfeito da obrigação.<sup>710</sup> Dentre os deveres que podem ser classificados como

<sup>706</sup> Já advertia Margal Justen Filho sobre a multifacetada aplicabilidade da desconsideração: "não existe o pressuposto da desconsideração, mas há pressupostos para desconsideração, variáveis na medida em que variam as 'pessoas jurídicas' de que se cogita, os ramos do direito, os interesses tutelados" (JUSTEN FILHO, *Desconsideração...*, op. cit., p. 95).

<sup>707</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

<sup>708</sup> Os chamados deveres laterais (*Nebenpflichten*) são positivados pelo §241, Abs. 2, do BGB, que basicamente determina que a relação de débito pode obrigar a parte pelo seu conteúdo para que se respeitem os direitos, bens tutelados e interesses das outras partes ("Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten"). Antunes Varela aponta os deveres acessórios como decorrência da cláusula geral de boa-fé (§242 do BGB) e, no nosso caso, o art. 422 do CC (VARELA, João de Matos Antunes. *Dos obrigações em geral*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973, v. 1, p. 106).

<sup>709</sup> SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 102.

<sup>710</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Dos obrigações em geral*, op. cit., p. 104. SILVA, A obrigação como processo, op. cit., p. 103.

laterais, seguindo-se a doutrina de Clovis do Couto e Silva,<sup>711</sup> incluem-se o esclarecimento da situação patrimonial da sociedade e o nível de capital de terceiros que está movendo a atividade. E a cognição da situação de endividamento da sociedade por terceiro credor representa critério preponderante na desqualificação da sociedade como subcapitalizada [i. 35.2]. Portanto, esse é dever dependente da relação principal de correta utilização da limitação de responsabilidade, a partir do capital conferido à sociedade: o descumprimento do dever lateral dependente acarreta também o descumprimento do dever principal,<sup>712</sup> assim como no caso dos deveres acessórios de conduta geradores da reparação.<sup>713</sup> Antunes Varela inclusive aponta a frequência destes deveres acessórios em relações duradouras (contratos relacionais), indicando expressamente as relações obrigacionais de sociedade porque comprometeriam "a *personalidade* dos contratantes no correto cumprimento dos deveres contratuais".<sup>714</sup>

Classificamos este dever atrelado à boa-fé como secundário porque ele vincula sua análise à conduta do sócio. De modo algum retrocedemos à teoria subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica, porque o critério não é preponderante, nem tampouco suficiente e autônomo para justificar a subcapitalização. Ao contrário, conforme já se afirmou, a subcapitalização material se concretiza com o abuso decorrente da disfunção da limitação da responsabilidade e pelo excesso de capital de terceiros que retira do sócio os ônus do risco da sociedade. Portanto, a avaliação da conduta se torna secundária, mas não pode ser absolutamente desconsiderada. E ela é secundária também porque, dependendo do credor [i. 35.2], se pequeno fornecedor ou por ato ilícito, não há qualquer condição de esclarecimento da situação patrimonial da sociedade. Esse, aliás, o posicionamento da respeitada doutrina alemã, fazendo com que o critério do abuso do fim da norma seja acrescido facultativamente dos deveres laterais de proteção do tráfico com base na boa-fé.<sup>715</sup>

O que se comprova é que a jurisprudência brasileira está se posicionando com a avaliação das condutas em casos de manifesta subcapitalização [i. 23.1 e 34.7]. Com isso, transformou o critério secundário em principal ou, em outras palavras, o dever lateral foi elevado a

<sup>711</sup> SILVA, A obrigação como processo, op. cit., p. 115.

<sup>712</sup> SILVA, A obrigação como processo, op. cit., p. 119.

<sup>713</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Dos obrigações em geral*, op. cit., p. 107.

<sup>714</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Dos obrigações em geral*, op. cit., p. 106.

<sup>715</sup> Nesse sentido: KAHLER, Die Haftung des Gesellschafters..., op. cit., p. 1432.

obrigação principal descumprida, sendo que, na verdade, o que se tem é um pressuposto da perda da função da limitação da responsabilidade ao capital.

### 34 Paradigma da jurisprudência alemã sobre grupo de sociedades e a comparação com a jurisprudência brasileira

A busca da jurisprudência alemã como paradigma não tem como objetivo transportar, com retórica vazia, as bases jurídicas de uma ordem política e de estruturas econômicas completamente distintas da brasileira. Nem se quer dizer que a evolução jurídica tenha sido superior à nossa realidade, até porque existem problemas diferentes enfrentados pelos respectivos judiciários. Aliás, nunca se pode esquecer, inclusive para fins de análise das doutrinas de desconsideração da personalidade jurídica, que na Alemanha se admite a sociedade unipessoal sendo ela geradora de boa parte dos problemas de confusão de esferas e subcapitalização.<sup>716</sup> Todavia, o objetivo é justamente colher experiências externas e acompanhar os pontos e contrapontos que influenciaram a tomada de posição da jurisprudência, como sinal de referência para os investimentos econômicos e melhora das garantias dos credores, conforme sustentou Manfred Drax.<sup>717</sup> Aliás, esse objetivo já foi empreendido por Calixto Salomão Filho<sup>718</sup> em suas notas à obra de Fábio Konder Comparato, inclusive com advertência sobre a importância da reconstrução do direito de grupos societários brasileiros.

Em comparação de direitos, pode-se citar a lei alemã de sociedades por ações, que no §15 equipara o grupo (*Konzern*) a uma diminuição de sociedade independente por outra, seja qual for o meio contratual empregado.<sup>719</sup> Em relação à formação contratual de grupos de empresas, a *AktG* prevê nos §§15 a 19 a formação de empresas dependentes mesmo em casos meramente fundados em contrato.

O §15 dispõe sobre as empresas dependentes (*Verbundene Unternehmen*) em cláusula geral que específica serem autônomas

as empresas dependentes, que se relacionam entre si através de (a) posse de maioria de ações com maior participação em empresa (§16), (b) empresa dependente e dominante (§17), (c) empresas em grupo (*Konzernunternehmen*–§18), (d) empresas com participação mútua (§19) ou (e) com parte em contrato de empresa (§§291 e 292).<sup>720</sup>

O caso do §16 diz respeito ao direito de voto (*Stimmrechte*) e a dominação por propriedade de maioria de ações que garantem posição dominante. O §17, por sua vez, positiva a questão da influência na dominação da sociedade e direção única. Ambos os dispositivos legais encontram paralelo no direito brasileiro.

Distinção interessante, contudo, está no §18, referente às empresas em grupo (*Konzernunternehmen*). Na Abs. 1, é esclarecida a situação de dominação e dependência entre duas ou mais empresas, que caracteriza o *Konzern*. Já no Abs. 2, do §18, caracteriza-se o grupo mesmo que haja contrato de dominação (*Beherrschungsvortrag*), descrito no §291 da mesma *AktG*, através do qual uma empresa subordina a direção da sociedade a uma outra.

Esse tipo de organização determina três níveis: (a) *Eingliederung*, que é forma plena de dominação, antecedente à fusão (porque mantém a personalidade jurídica) e superior à dominação simples (porque o patrimônio da controlada está à disposição da controladora). Naturalmente, a obrigação perante credores é também da sociedade de comando (§322 da *AktG*), demonstrando a conexão entre patrimônio e atividade; (b) *Beherrschungsvortrag*, descrito no §291 da *AktG*, com sistema de imputação de responsabilidade para a sociedade de comando através de prestação de garantia (§303 da *AktG*) e por meio de reposição de perdas contábeis (§302 da *AktG*); (c) finalmente, o §301 da *AktG* dispõe sobre o *faktische Konzern*, em que a empresa dominante não pode usar seu controle para impor à dominada a conclusão de negócios danosos ou tomar decisões e incorrer em omissões que lhe sejam prejudiciais (salvo em caso de compensação das perdas). Caso não ocorra a recomposição dos prejuízos, respondem a controladora e seus acionistas perante a controlada (§311 da *AktG*). Apesar dos dispositivos, não é clara a disciplina da responsabilidade da controladora perante terceiros credores, remetendo o tema para grandes discussões jurisprudenciais nos Tribunais alemães, que vêm aproximando os grupos de fato dos grupos de direito e buscam aplicar o nível (b) no (c).<sup>721</sup>

<sup>716</sup> A advertência é de Eisenhardt: EISENHARDT, Ulrich. *Gesellschaftsrecht*. 12. Aufl. München: Beck, 2005. p. 440.

<sup>717</sup> DRAX, *Durchgriffs- und Konzernhaftung ...*, op. cit., p. 1.

<sup>718</sup> COMPARATO, SALOMÃO FILHO. *Poder de controle...*, op. cit., p. 414-432.

<sup>719</sup> PEREIRA NETO, Edmur de Andrade Nunes. Anotações sobre os grupos de sociedades. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, ano 30, n. 82, abr./jun. 1991.

<sup>720</sup> EISENHARDT, Ulrich. *Gesellschaftsrecht*. 12. Aufl. München: Beck, 2005. p. 487.

<sup>721</sup> SALOMÃO FILHO. *A sociedade unipessoal*, op. cit., p. 197.