

SOCIEDADE ANÔNIMA, SUBCAPITALIZAÇÃO, DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE ANÔNIMA

JOAQUIM ANTONIO DE VIZEU PENALVA SANTOS
Desembargador TJ/RJ

Em nosso trabalho “A aplicação do Princípio da Desconsideração da Personalidade Jurídica ao Direito Brasileiro nos Estudos”, em homenagem ao Professor Arnoldo Wald, arrolamos oito casos de desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade mercantil.

Na oitava hipótese, mencionamos a subcapitalização da sociedade, precisamente aquela na qual o capital é manifestamente insuficiente para o exercício da atividade empresarial, observada a tendência para configurar o abuso da personificação jurídica e do crédito e constituição ou fundamento da companhia com volume de capital próprio evidentemente insuficiente para os seus negócios e com grau de endividamento temerário.

Qual a razão de ser do fenômeno da subcapitalização?

A insuficiência do capital próprio é invocada para excluir a limitação da responsabilidade dos acionistas pelas dívidas da sociedade, pela simples razão de a sociedade, por se encontrar defasada no seu capital, não ter mais condições de desenvolver a sua normal atividade empresarial.

Em análise da questão, o Professor Fábio Konder Comparato, na obra **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, ed. p. 136 e 140, já assinalara com propriedade que, nos casos de capitalização insuficiente, a jurisprudência americana não tem admitido que o controlador, no caso de insolvabilidade da companhia, oponha o princípio da separação patrimonial para evitar a execução sobre os seus bens, pois um dos deveres do controlador é o de prover a sociedade, adequadamente, de capital.

Com a habitual proficiência, o comercialista Lamartine Correa de Oliveira na obra **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**, ed. Saraiva, 1797 p. 412 e ss. expõe a situação da subcapitalização (item 4.10), considerada como

a desproporção entre o âmbito ou o volume dos negócios (*Geschäftsumfang*) e o capital próprio, de forma a que o capital seja demasiado pequeno, gerando perigo de iliquidez .

Distingue o Professor Lamartine entre subcapitalização originária não intencional e subcapitalização intencional .

Entre os casos de subcapitalização em geral, citando Kalter, podem ser arrolados: o empréstimo de sócio à sociedade, quando se trate de sociedade intencionalmente dotada de capital inferior às suas necessidades e o caso em que sociedades de controle sucessivo, algumas dessas sociedades v.g., controladas, não integralizaram o restante dos respectivos capitais.

Em havendo desfalque de capital nessas sociedades, a responsabilidade pela sua integralização compete ao controlador da sociedade de controle.

Anota o jurista Lamartine que, à figura da subcapitalização não intencional é necessária a prova da culpa do acionista, na admissão de sua responsabilidade na integralização do capital da sociedade.

O risco, como evidente, é o de prejuízo aos credores (p. 413).

A responsabilidade do sócio que dotou a sua sociedade de capital próprio insuficiente surgirá somente quando os sócios deveriam ter reconhecido se aplicada a diligência necessária aos negócios que a sociedade estava descapitalizada e que portanto havia perigo de prejuízos para os credores.

A consequência da subcapitalização é precisamente a do estabelecimento de uma desproporção entre o âmbito e o volume dos negócios em relação ao capital, em consequência de crescimento das necessidades de capital ou de fortes perdas de capital.

O risco de subcapitalização pode ser eliminado se e quando o controlador da sociedade de controle fizer integralizar o capital das controladas.

O motivo está na imputação do controlador pelo princípio da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades nas dividas destas.

Para exemplificar, podemos mostrar o caso em que o controlador atribui valor excessivo aos bens na formação do capital social, fato que cria um descompasso entre o capital real e o capital aparente.

Na subcapitalização intencional, hipótese prevista no caso em exame, o fato de o controlador da *holding* não promover a integralização das ações das sociedades controladas leva à conclusão de se pôr em risco a

viabilidade da empresa, sendo a subcapitalização superveniente, no entendimento de J. Lamartine Correa de Oliveira (op. cit. p. 414) “responsáveis serão apenas os que tenham tido a possibilidade jurídica ou fática de afastar a subcapitalização através de elevação do capital nominal ou através de empréstimos, ou através de adaptação do âmbito de negócio ao capital existente e, além destes, os que, embora sem a mencionada possibilidade jurídica ou fática, tenham tido a possibilidade estatutária de promover a dissolução, ou da sociedade se retirarem.”

Agrega o mesmo autor o fato de a responsabilidade do sócio de uma sociedade subcapitalizada enquadrar-se como caso de penetração direta imputação a sócio de dívida da sociedade.

Arrola, ainda, Lamartine o caso relativo à super-avaliação dos bens, hipótese que refoge do exame do caso em estudo.

Essa regra se aplica, por extensão, às sociedades controladoras, *holdings*, na hipótese de o seu controlador não promover a capitalização adequada das sociedades controladas.

Em Resumo:

Se bem entendemos a hipótese, a partir do momento em que os acionistas que se encontram no controle da sociedade *holding* não levam a efeito a integralização das ações das sociedades controladas estarão a pôr em risco a estabilidade econômico-financeira destas, por força do fenômeno de sua subcapitalização, a menos que se retirem da sociedade ou tragam para as mesmas sociedades substanciais recursos que lhes dêem viabilidade suficiente para desenvolverem a sua atividade econômico-financeira.

De tal fato pode chegar-se à conclusão de serem os sócios co-responsáveis pelas obrigações sociais, dentro da linha de pensamento da teoria da descon sideração da personalidade jurídica das sociedades, caso seja esta aplicável.

Mais grave, ainda, se, por ventura, a subcapitalização é temerária, fato que poderia levar à inviabilização da empresa .

Essa figura foi por nós estudada no referido trabalho (p. 68), ao citarmos um estudo da Dra. Tania Negri Pascoal, “Sociedades Unipessoais”, **RF 287/147**) a qual se louvou em outro do ilustre Professor Bulhões Pedreira (“Noções de Economia e Finanças para Advogados”, p. 598).

A conclusão daqueles autores foi a seguinte: “sendo o capital manifestamente insuficiente para configurar o abuso da personificação jurídica

e do crédito e constituição ou fundamento da companhia com volume de capital próprio evidentemente insuficiente para os seus negócios e com grau de endividamento temerário, parece-nos que a situação merece exame acurado no que tange à *sua situação econômico-financeira*".

A nosso ver, a regra aplica-se aos grupos de fato (leia-se, ainda, Wilson de Souza Batalha, "Direito Processual Societário", R.F. 1986, p. 431-4).

O ilustre comercialista Rubens Requião, no trabalho "A Desconsideração da Personalidade Jurídica da Sociedade", p. 296, foi enfático:

*"Tão logo se verifique ou evidencie que, nas suas relações com terceiros - acionistas ou credores - o grupo societário se queira valer da autonomia das sociedades isoladamente consideradas que o compõem para, através dessa autonomia, obter vantagens indevidas ou descabidas, deve a personalidade ser desconsiderada, para se tratar o grupo como uma unidade econômica, sem distinções, como de fato é. Em suma: o fenômeno da subcapitalização de uma sociedade pode ser causa da aplicação da teoria da desconsideração da sua personalidade jurídica e, em razão disso, pode o credor levantar-lhe o véu da personalidade jurídica, a fim de responsabilizar o controlador da sociedade, por ter causado danos a terceiro, pela sua prática ilícita, designadamente pelo controlador da **holding**, o qual não forneceu o devido capital à sociedade controlada, deixando-a subcapitalizada."* ◆