



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 4

DIREITO COMERCIAL

COORDENAÇÃO DO TOMO 4

Fábio Ulhoa Coelho

Marcus Elidius Michelli de Almeida

São Paulo

2018

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITO COMERCIAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
José Manoel de Arruda Alvim
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz

Nelson Nery Júnior
Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO COMERCIAL | ISBN 978-85-60453-44-3

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo IV (recurso eletrônico)
: direito comercial / coords. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida -
São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018
Recurso eletrônico World Wide Web
Bibliografia.
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SUBCAPITALIZAÇÃO

Gustavo Saad Diniz

INTRODUÇÃO

No direito societário, a compreensão das acepções jurídicas e dos níveis de *capital* de uma sociedade é matéria que ainda deve despertar atenção, já que o patrimônio líquido ativo é a garantia direta de credores. Uma relação assimétrica entre risco da empresa e estrutura de capital, com excesso de capital de terceiros, pode transmitir ao mercado os riscos que são próprios dos sócios. Identifica-se, então o fenômeno da subcapitalização, que pode ser causa de desconsideração da personalidade jurídica (*subcapitalização material*) e de requalificação de créditos (*subcapitalização formal*).

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. As funções do capital	2
2. Subcapitalização nominal.....	3
3. Subcapitalização material.....	5
4. Subcapitalização material e insolvência.....	6
Referências	7

1. AS FUNÇÕES DO CAPITAL

A acepção do gênero *capital* comporta segmentação em três espécies:

- (a) cifra ou valor inscrito no passivo do balanço, representando montante fixo na constituição da sociedade e somente sendo passível de aumento ou redução seguindo rito legal. Cuida-se, outrossim, de garantia indireta e de

instrumento de atribuição de direitos políticos aos sócios em alguns dos tipos societários.

- (b) capital real, sob o ponto de vista financeiro, que é montante do patrimônio para cobertura do capital nominal lançado no passivo do balanço.
- (c) patrimônio ativo, que representa garantia direta (ou primária) dos credores e deve, de certa forma, guardar relação de correspondência com a atividade, na medida da identificação do capital próprio. Em outros termos, trata-se do suporte dos riscos da empresa, sendo essencial para limitação da responsabilidade dos sócios.¹

As três formas de compreensão do capital compõem o sistema cogente de garantia dos credores. Entretanto, é a existência de capital próprio na composição do patrimônio que determina o critério preponderante da subcapitalização material. Isso porque a relação insuficiente entre patrimônio e atividade é indiciária da subcapitalização, fazendo com que a sociedade busque o financiamento excessivo com capitais de terceiros, tornando irreal o fluxo de valores disponíveis para solvabilidade.² Consequentemente, esse desequilíbrio desnatura, progressivamente, a organização, a separação de patrimônio, a limitação de responsabilidade e a imputação.

Outra diferença importante diz respeito a capital próprio e a capital de terceiros. O capital próprio é investimento do sócio e tem característica de técnica de investimentos e de garantia econômica do crédito, com função de patrimônio da atividade e de fundo de responsabilidade. O capital de terceiros representa valor de financiamento externo. Trata-se de montante transferido para a sociedade com tempo determinado, contra remuneração fixa e independente de perdas da atividade empresária.³

2. SUBCAPITALIZAÇÃO NOMINAL

A subcapitalização nominal tem como causa o empréstimo de sócio, que numa insolvência não pode ser retirado antecipadamente da sociedade, já que ele perde a *causa mutui* e passa a ter *causa societatis*. Em outros termos, a subcapitalização nominal é a

¹ DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária: fundamento e responsabilidade*, p. 110.

² ECKHOLD, Thomas. *Materielle Unterkapitalisierung*, p. 18.

³ DINIZ, Gustavo Saad. *Op. cit.*, pp. 123-124.

requalificação forçada do mútuo dos sócios para a sociedade, considerando-o capital próprio da sociedade para satisfação dos débitos em caso de insolvência.⁴

Essa alteração ocorre porque, com o pagamento antecipado do empréstimo do sócio, em detrimento de outros credores, o sócio viola diretamente a intangibilidade do capital social antes da satisfação dos credores.

No direito alemão, o § 32 a e § 32 b da *GmbHG* previam a substituição de capital (*Kapitalersatz*), que foi modificada pela subordinação na falência, agora regida pelos §§ 39, 44 a e 135 da *Insolvenzordnung*. Nos EUA, o § 510 do *Bankruptcy Code* prevê a *equitable subordination*. No direito italiano, o art. 2467 do *Codice Civile* contempla o financiamento do sócio e no direito português foi positivado o contrato de suprimentos. Com algumas variações, todos são instrumentos que lidam com semelhante problema de empréstimos de sócios para a sociedade.

No direito brasileiro, a revogação do art. 349 do Código Comercial transferiu a regulação da matéria ao art. 83, inciso VIII, alínea “b”, da LREF, que classifica como subordinado o crédito do sócio.⁵

Assim, o empréstimo do sócio à sociedade é lícito, mas no momento de dificuldades da sociedade pode representar prejuízo aos credores se for retirado antes do pagamento dos débitos sociais. Com a necessidade de correto financiamento da empresa, o sócio deve suportar os riscos do empreendimento, com postura que envolve a perda do capital ou a transferência de mais recursos para fazer frente às despesas da atividade.

Ainda se permite outro raciocínio: (a) primeiro é preciso liquidar as obrigações externas e, posteriormente, as obrigações das conexões internas com os sócios; (b) o art. 1.059 do CC é aplicável para as sociedades limitadas, considerando o pagamento do empréstimo como quantia retirada, se feita em prejuízo do capital. Em consequência, haveria limitação de responsabilidade pela deliberação infringente do contrato e da lei (art. 1.080 do CC). Para a sociedade anônima, seria aplicável o art. 201, § 1º, LSA; (c) com respaldo na doutrina das regras de proteção, pode ser invocado o tipo do art. 168, IV, da LREF, que trata da simulação da composição do capital; (d) em esforço interpretativo, se o empréstimo feito pelo sócio tiver como escopo a burla da

⁴ DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária: fundamento e responsabilidade*, p. 176.

⁵ *Idem*, p. 172.

intangibilidade, ocorre negócio indireto visando ao resgate do patrimônio do sócio por meio dessa operação.

Quanto à eventual garantia e aos privilégios que conferem preponderância na falência, entende-se ser possível considerar ineficazes contra a massa, passando a concorrer como mero crédito quirografário. Daí a justificativa do que dispõe o art. 83, VIII, alínea “b”, da LF, classificando o crédito do sócio como subordinado.

3. *SUBCAPITALIZAÇÃO MATERIAL*

A subcapitalização material é qualificada como o desequilíbrio efetivo de capital próprio para financiamento da atividade da sociedade com limitação de responsabilidade, transferindo para os credores os riscos próprios dos sócios. Portanto, ocorre proteção contra o desvio do fim da norma quando o sócio modifica a função e a utilização do privilégio da limitação de responsabilidade, com insuficiente nível de capital próprio e financiamento preponderante com capitais de terceiros.⁶ A consequência é a imputação ao sócio de débitos da sociedade.

No direito brasileiro, como regra, não há exigência de capital mínimo para sociedades anônimas e limitadas (salvo algumas exceções como a EIRELI e algumas sociedades dependentes de autorização). Todavia, é possível qualificar a sociedade como originariamente subcapitalizada se, além da inadequação entre capital nominal inicial e objeto, for acrescido o financiamento excessivo e exclusivo com capital de terceiros.

Por outro lado, a subcapitalização superveniente decorre da necessidade financeira da sociedade e tem vinculação com o risco da empresa, que é determinado por dois grupos: risco negocial e risco de estrutura do capital. Quanto maior o risco negocial, maior será a compensação exigida do risco de estrutura de capital, conforme sustenta Thomas Eckhold, aumentando a demanda por capital próprio.⁷ Peter Ulmer trata a subcapitalização material como a insuficiência de capital próprio para satisfação da necessidade financeira da sociedade, cobrindo-a com capitais de terceiros.⁸ Assim, a

⁶ ECKHOLD, Thomas. *Materielle Unterkapitalisierung*, p. 213.

⁷ *Idem*, p. 38.

⁸ ULMER, Peter. *Gesellschafterdarlehen und Unterkapitalisierung bei GmbH und GmbH & CO KG. Festschrift für Konrad Duden zum 70. pp. 670-671.*

subcapitalização material é caracterizada por dois critérios: (a) o critério temporal é o momento do desequilíbrio financeiro. Isso não é coincidente com o instante em que a sociedade, apesar do excesso de capital de terceiros, tem capacidade de rédito para satisfazer suas obrigações. Sendo 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, rompendo a função da limitação de responsabilidade; e (b) o critério material é obtido a partir da desproporção do capital próprio e da atividade, que desequilibra a relação entre risco negocial e risco de estrutura de capital.⁹

Os fundamentos jurídicos primários do sistema brasileiro são o abuso da personalidade por desvio de finalidade, em sentido objetivo, gerado pela disfunção da limitação de responsabilidade, aplicando-se o art. 50 do CC e a redução teleológica de Larenz, com supressão de lacuna oculta do art. 1º da LSA, dos arts. 1052 e 1088 CC, art. 1094, I, do CC, para cooperativas com capital fixo e art. 993 do CC para sociedades simples que limitam a responsabilidade ao capital.

4. SUBCAPITALIZAÇÃO MATERIAL E INSOLVÊNCIA

A insolvência é estado fático presumido de preponderância do passivo sobre o ativo patrimonial.

No caso da subcapitalização material, a sociedade não tem capital próprio e o capital de terceiros é que tem a exclusiva função de financiamento da atividade. Isso permite constatar que a insolvência tem *conexão causal* com a subcapitalização, compondo-a, mas não como o único e exclusivo requisito.¹⁰

Assim sendo, além da insolvência, ainda se acrescenta o excesso de endividamento com capital de terceiros, transferindo os riscos exclusivamente para os credores, com possíveis reflexos em eventual recuperação da empresa.

⁹ DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária: fundamento e responsabilidade*, p. 206.

¹⁰ ULMER, Peter. *Gesellschafterdarlehen und Unterkapitalisierung bei GmbH und GmbH & CO KG. Festschrift für Konrad Duden zum 70*, p. 214. Também: DINIZ, Gustavo Saad. *Op. cit.*, p. 254.

REFERÊNCIAS

CANARIS, Claus-Wilhelm. Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten. *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*. Claus-Wilhelm Canaris e Uwe Diederichsen. Munique: Beck, 1983.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

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

CORDEIRO, Antonio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000.

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

_____. *Grupos de sociedades: da formação à falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do capital social*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2004.

ECKHOLD, Thomas. *Materielle Unterkapitalisierung*. Munique: Heymanns, 2002.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Regime jurídico do capital autorizado*. São Paulo: Saraiva, 1984.

KAHLER, Ulrich. Die Haftung des Gesellschafters im Falle der Unterkapitalisierung einer GmbH. Betriebs-Berater. *Zeitschrift für Recht und Wirtschaft*, nº 19, ano 40, Heidelberg, 1985.

MÜLLER-FREIENFELLS, Wolfram. Zur Lehre vom sogenannten “Durchgriff” bei juristischen Personen im Privatrecht. *Archiv für die civilistische praxis*, nº 156. Tübingen, Mohr Siebeck, 1957.

PORTALE, Giuseppe B. Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata. *Rivista delle società*, nº 1, ano 36. Milão, 1991.

_____. Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni. *Rivista delle società*. nº 1, ano 15. Milão, 1970.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica.

Revista dos Tribunais, nº 410, ano 58. São Paulo, 1969.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*. 4. ed. Munique: Heymanns, 2002.

SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milano: Giuffrè, 1966.

SILVA, Alexandre Couto e. Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação. *Revista dos Tribunais*, nº 780, ano, 89. São Paulo, 2000.

ULMER, Peter. *Gesellschafterdarlehen und unterkapitalisierung bei GmbH und GmbH & CO KG. Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag*. H.M. Pawlowski. Munique: Beck, 1977.

VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali. Nella common law e nella civil law*. Milão: Giuffrè, 1964.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.