

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA HIPÓTESE DE SUBCAPITALIZAÇÃO DA SOCIEDADE LIMITADA UNIPES- SOAL

*THE DISREGARD OF LEGAL PERSONALITY IN THE HYPOTHESIS OF SUBCAPITALIZA-
TION OF THE WHOLLY-OWNED LIMITED LIABILITY COMPANY*

Gabriel Kesting Wille*

Jorge Henrique Anoroza Coutinho**

RESUMO

O presente artigo estuda a Sociedade Unipessoal Limitada, a partir de sua funcionalidade como fomento ao desenvolvimento das atividades comerciais, e da relação dessa perspectiva com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Especificamente, analisa-se a hipótese de desconsideração por ocasião da subcapitalização societária. Nesse sentido, cabe destacar que inexistia previsão legal de capital mínimo para a constituição da sociedade limitada. A partir da possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração para as sociedades unipessoais limitadas, busca-se a delimitação de critérios objetivos para sua incidência na hipótese de subcapitalização.

PALAVRAS-CHAVE

Sociedade Unipessoal Limitada; personalidade jurídica; capital social; subcapitalização; desconsideração da personalidade jurídica.

ABSTRACT

This article intends to analyse the wholly-owned limited liability company, from its functionality as an incentive to the development of commercial activities, and the relation of this perspective with the disregard of legal entity doctrine. Specifically, the hypothesis of disregard on the occasion of thin capitalization is analyzed. In this sense, it is worth to mention that there is no legal provision for minimum capital stock for the incorporation of wholly-owned limited liability companies. Based on the broad possibility of applying the disregard theory to such companies, this article seeks to identify objective criteria for its incidence in the hypothesis of thin capitalization.

KEYWORDS

Sole proprietorship; legal entity; capital stock; thin capitalization; disregard of legal entity doctrine.

SUMÁRIO

1. A Sociedade Unipessoal na realidade jurídica brasileira. 2. A Sociedade Unipessoal e as Teorias da Personalidade Jurídica. 2.1. Sociedade, pessoa jurídica, sujeito de direito e capacidade jurídica. 2.2. A teoria da ficção legal ou da personificação em sentido estrito (Personificationstheorie): Savigny. 2.3. A teoria institucionalista: do organicismo de Gierke ao institucionalismo ontológico de José Lamartine. 2.4. A Teoria Normativista e a pessoa jurídica. 2.5. A personalidade jurídica como eficácia jurídica e a sociedade limitada unipessoal. 2.6. A Sociedade Unipessoal e a Crise da Pessoa Jurídica. 3. Capital Social. 3.1. Capital Social e Teoria do Fato Jurídico. 3.2. Definição de Capital Social. 3.3. Características, princípios e funções do Capital Social. 3.4. Capital Social e Sociedade Unipessoal Limitada. 4. Subcapitalização Societária. 4.1. Subcapitalização Formal ou Nominal. 4.2. Subcapitalização Societária Material. 5. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: percalços históricos e contemporaneidade. 5.1. As hipóteses para aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. 5.2. A desconsideração da personalidade jurídica na hipótese de subcapitalização da sociedade unipessoal limitada. Conclusão.

REFERÊNCIA: WILLE, Gabriel Kesting; COUTINHO, Jorge Henrique Anoroza. A desconsideração da personalidade jurídica na hipótese de subcapitalização da sociedade limitada unipessoal. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 5, n. 2, Porto Alegre, p. 135-167, dez. 2020.

1 A SOCIEDADE UNIPES- SOAL NA REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA

* Graduando em Direito na Universidade Federal do Paraná.

** Graduando em Direito na Universidade Federal do Paraná.

A inserção da sociedade unipessoal limitada no ordenamento comercial privado é antiga reivindicação dos agentes econômicos (MUSSI, 2019, p. 400). Em especial, a sua positivação vem ao encontro dos interesses dos comerciantes individuais de pequeno e médio porte, que até então não encontravam respaldo legal de figura que fornecesse a estrutura adequada para o exercício de sua empresa.¹

Nesse sentido, a limitação da responsabilidade – que se tornou, universalmente, um dos principais fomentos às atividades comerciais – do empresário individual, enquanto consequência lógico-jurídica da autonomia patrimonial que caracteriza a criação de uma nova pessoa jurídica societária², foi finalmente alcançada através da sociedade unipessoal, com a sua positivação na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (MPV 881/2019, posteriormente convertida na Lei nº 13.874/2019).

Nesse diapasão, o direito brasileiro – que já contemplava a unipessoalidade no que tange à subsidiária integral no âmbito das sociedades anônimas – agora se direciona ao pequeno e médio empresário, abrindo a possibilidade de limitação da responsabilidade pelo sócio único, mediante a criação de uma sociedade personificada³ (art. 1.052, §§ 1º e 2º, CC/2002⁴). Nas palavras de Rodrigo Xavier Leonardo e Otávio Luís Rodrigues Jr. (2020, n.p.):

A Lei da Liberdade Econômica e, antes dela, a Lei 12.411/2011 (que criou a Eireli – empresa individual de responsabilidade limitada), inseriu definitivamente o país em um caminho previamente trilhado em vários locais do planeta: para incentivar o desenvolvimento de atividades diversas, permite-se que alguém individualmente constitua uma pessoa jurídica, sem precisar recorrer a um sócio.

Contudo, ainda que houvesse a demanda econômica e a pressão doutrinária para que se trouxesse a figura da unipessoalidade societária ao ordenamento nacional – tendo em vista a

¹ Ainda que já houvesse a previsão da Eireli, enquanto modalidade de pessoa jurídica de natureza própria, a imposição de um capital mínimo de 100 (cem) salários mínimos impunha barreira intransponível ao pequeno e médio empresário individual, ao qual restavam duas opções: a um, (i) atuar no mercado sem limitação de responsabilidade, arriscando a totalidade de seu patrimônio particular; ou, a dois, (ii) se utilizar das sociedades limitadas “99-1”, nas quais, através da figura do sócio “fantasma” ou “espantalho” - que detinha parcela simbólica das quotas do capital social e não participava faticamente da empresa - o empresário buscava, então, a limitação de sua responsabilidade.

² Tal questão foi inclusive ressaltada pela Lei da Liberdade Econômica (art. 49-A, parágrafo único, CC/2002): “A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.”

³ Ainda que estruturalmente a figura da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Eireli), prevista no art. 980-A do Código Civil, se assemelhe à Sociedade Unipessoal Limitada, as figuras não se confundem, tendo a Eireli natureza jurídica peculiar (NETO, 2018, p. 134-135).

⁴ Inseridos pela Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019). Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 135-167, dez. 2020.

ampla aceitação na legislação estrangeira⁵ –, a fragilidade e brevidade do legislador na sua tratativa restou por levar a questão em direção oposta à racionalidade que orientou a sua positivação.

Explique-se. A desatenção às peculiaridades da sociedade unipessoal, em especial no que tange à sua estrutura jurídica e o regime jurídico que a ela deva ser aplicado – colocando em xeque o princípio da tipicidade societária – restou por trazer ampla insegurança jurídica ao mercado e ao Direito, o que prejudica o desenvolvimento das atividades comerciais. A ausência de previsão específica acerca do capital social da sociedade unipessoal limitada – como o é em grande parte das legislações estrangeiras⁶ – pode acarretar em diversos prejuízos no que tange à sua funcionalidade (MUSSI, 2019, p.413).

Tal fato é ainda mais grave na realidade brasileira, a qual é constantemente marcada pela subcapitalização societária.

Nesse sentido, em sendo a subcapitalização societária fator relevante para a caracterização do abuso de direito – a partir do qual se faz possível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que possui amplíssima previsão legislativa (art. 50 do Código Civil⁷) e jurisprudencial de incidência (LEONARDO, 2012, p. 86 e seg) –, a limitação da responsabilidade da sociedade unipessoal se encontra constantemente sobre ataque.

Não obstante tenha o legislador inserido a sociedade unipessoal no ordenamento com destinação aos pequenos e médios empresários – o que, naturalmente, leva a sociedades com o capital social minimamente necessário ao desenvolvimento de seu objeto social – a desconsideração por subcapitalização tende a ter larga aceitação na jurisprudência brasileira (MUSSI, 2019, p. 420), a qual historicamente adota posicionamento que garanta o adimplemento do crédito através da desconsideração, ainda em casos em que evidentemente não comportem sua aplicação.

⁵ A título de exemplo: a França (*Code de Commerce*, art. L223-1); a Itália (*Codice Civile*, art. 2.463); em Portugal (Código das Sociedades Comerciais, arts. 270º-A a 270º-F); a Alemanha (*GmbHG*, §1º).

⁶ A exemplo, no direito alemão, é possível a constituição de uma variação da sociedade limitada para empresas de pequeno porte, que podem ser constituída com o capital mínimo de 1 euro, com a condicionante de direcionar ao menos 25% dos rendimentos anuais a título de reserva legal para completar os 25 mil Euros exigidos pela sociedade limitada unipessoal (*Ein-Mann-GmbH*) (MUSSI, 2019, p. 416).

⁷ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

Tal partidarismo, em específico no espectro da sociedade unipessoal, justifica-se pelo fato de sua criação ligar-se intimamente à mera limitação da responsabilidade (pejotização) o que, de *lege ferenda*, é visto por ampla doutrina e jurisprudência como abuso de direito. Em outras palavras, o fato de o comerciante individual deliberadamente dar origem à sociedade unipessoal limitada para não ter o seu patrimônio comprometido, acarreta em errônea conclusão de que tal medida caracteriza abuso de direito, na exata medida em que se busca evitar o adimplemento dos débitos assumidos no contexto do desenvolvimento da atividade empresarial.

Nesse sentido, a política legislativa adotada – que consiste, justamente, em possibilitar que não seja comprometido o patrimônio do empresário individual, como modalidade de fomento econômico ao mercado – implica na tendenciosa e equivocada concepção de que a sociedade unipessoal serve apenas para que o sócio único escape ao adimplemento de suas dívidas – no caso, através de um baixo aporte ao capital social.

Frente a essas colocações e à possibilidade de uma massiva aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica em decorrência da subcapitalização para responsabilização do sócio único da sociedade limitada unipessoal – o que pode, inclusive, colocar em xeque o funcionalismo pensado quando de sua inserção no ordenamento – pretende-se, nas linhas que se seguem, por ampla análise doutrinária, estabelecer uma precisa e objetiva delimitação dos elementos do suporte fático que justifiquem seja a personalidade jurídica da sociedade unipessoal desconsiderada por ausência de capital social suficiente às suas atividades.

2 A SOCIEDADE UNIPESSOAL LIMITADA E AS TEORIAS DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A noção de unipessoalidade apresenta novos desafios no que tange ao próprio conceito de sociedade e de personalidade jurídica. Afinal, se Clóvis Bevilacqua (1940, p. 210), ao idealizar o Código Civil de 1916, simplificou a pessoa jurídica como sujeito de direito - sendo, do ponto de vista sociológico, uma realidade social de formação orgânica investida de direitos pela ordem jurídica a fim de realizar certos fins humanos – a complexificação das relações

sociais e econômicas trouxeram novos desafios ao âmbito jurídico, tornando imperiosa uma retomada dos estudos doutrinários sobre tema.⁸

Nesse sentido, é necessário para a compreensão do funcionalismo da sociedade unipessoal no direito brasileiro, uma breve releitura das teorias da personalidade jurídica – o que, consequentemente, dará fundamento às razões que justificariam a sua desconsideração.

2.1 Sociedade, Sujeito de Direito, Pessoa Jurídica e Capacidade Jurídica

Nesse sentido introdutoriamente, há de se diferenciar os conceitos de sociedade, de sujeito de direito, pessoa jurídica e capacidade jurídica.

De início, é nítida a necessidade de se afastar do clássico conceito de sociedade positivado na codificação civil (art. 981, CC/2002)⁹, o qual é “singelo, incompleto e arcaico” (NETO, 2016, p. 94). Ora, não há qualquer possibilidade de se tratar a sociedade como espécie do gênero contrato, nem de se exigir, para a sua qualificação a composição pluripessoal.

⁸ Há ainda que se constatar que o conceito de pessoa jurídica não é imutável no tempo e espaço. Ora, partindo do pressuposto que pessoa jurídica é instituto jurídico, e que o Direito é, por excelência, aquele enquadrado em determinada sociedade a determinado tempo, ou seja, fenômeno perceptível apenas em seu correspondente espaço-tempo, a pessoa jurídica terá diferentes significados em diferentes períodos históricos, assim como em diferentes ordenamentos jurídicos. Sequer é possível afirmar a identidade de significado do termo “pessoa jurídica” no mesmo ordenamento. Há uma grande distinção entre sociedades anônimas, fundações, Municípios. Cada categoria de pessoa jurídica é distinta, reunidas em um mesmo vocábulo, que, portanto, assume diversas significações. Afaste-se, portanto, de uma concepção unitarística da pessoa jurídica. Nas palavras de Marçal Justen Filho (1985, p.32): “A pessoa jurídica, enquanto expressão técnico-jurídica, refere-se a conceitos e a situações jurídicas que se inserem dentro de contextos históricos e com os quais estabelece interação.” Contudo, com o devido respeito e valor da obra de Marçal Justen Filho, em especial por identificar a historicidade e espacialidade do conceito de pessoa jurídica, este incorre no equívoco de adotar uma postura abdicatória, renunciando qualquer esforço conceitual. Soluções doutrinárias do tipo “realidade técnica” ou “expressão técnica-jurídica” nada resolvem. A própria expressão realidade técnica é uma contradição. A técnica jurídica é um conjunto de processos por meio dos quais a política jurídica se realiza. Do tom que, a realidade técnica nada explica se tem o significado de realidade jurídica, como se lhe empresta. Observe-se as palavras célebres de José Lamartine Corrêa de Oliveira (1979, p. 6): “O ceticismo conceitual leva ao refúgio na técnica, dentro da qual, e para os efeitos da qual, tão-somente, seria real a pessoa jurídica. No fundo, a atitude típica dos kelsenianismos de todos os matizes em sua preocupação de limparem o sistema de tudo que seja metajurídico e de descreverem os “pontos de imputação” a-ideológicos. Mas tudo isso acaba por levar de volta a uma atitude na linha da ficção, com toda a carga de individualismo e de negação do valor do coletivo que tal atitude, em matéria de pessoa jurídica, envolve. Paradoxalmente, hoje, como na primeira metade do século, a velha tese da ficção ainda encontra adeptos, resiste renitentemente, parece imortal, *unsterblich*. As explicações ficcionistas são e foram falsas, inadequadas e insatisfatórias”. No mesmo sentido também já escreveu Fábio Ulhoa Coelho (2016, p. 26-27): “É comum na doutrina comercialista, evitar a discussão acerca do conceito e da natureza da pessoa jurídica. Para alguns autores, o exame do complicado tema não é imprescindível à compreensão do direito positivo aplicável às sociedades (Requião, 1971, 1:278/279); para outros, tal exame pertence a capítulos distintos do conhecimento jurídico, como o direito civil ou a filosofia do direito (Borges, 1959:267). Não deixam de ter razão, em certo sentido. Observo, porém, que parte da crise em que se encontra o princípio da autonomia patrimonial, nos tempos que correm, talvez possa ser creditada à desqualificação doutrinária da discussão, à diluição da compreensão global do instituto, entre os tecnólogos do direito societário.”

⁹ Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Do mesmo modo, a definição legal de sociedade, em qualquer momento, cita a criação de uma nova entidade ou mecanismo, sujeito de direitos e obrigações para realizar os fins por ela almejados, elemento esse intrínseco à figura jurídica das sociedades.

Em assim sendo, em linhas gerais, conceitua-se sociedade como modalidade de negócio jurídico que pode se dar pluri ou unilateralmente, o qual objetiva a criação de um ser distinto e independente antes inexistente no ordenamento jurídico, que terá um patrimônio próprio, distinto e autônomo, e cuja funcionalidade reside na intermediação na realização de negócios com terceiros (COASE, p. 389, 1937) – interpondo-se entre esses e seu criador –, na facilitação do intercâmbio no mundo jurídico, otimização e organização das atividades econômicas da empresa, caracterizando-se, ainda, pelo seu objeto fim, qual seja a obtenção de lucro¹⁰.

De outro sentido, conceitua-se sujeito de direito aquele com aptidão a titularizar direitos e contrair obrigações. Desta sorte, trata-se de qualificação de determinado ente, pela simples e mera titularização de uma situação jurídica, por mais simplória que seja¹¹. Nesse sentido, “há mais sujeitos de direito que pessoas” (MELLO, 2012, p. 83)¹².

Nas palavras precisas de Rodrigo Xavier Leonardo (2011, p. 404):

A qualificação de sujeito de direito seria aplicável a todo e qualquer ente titular de alguma situação jurídica ativa ou passiva, por mais elementar que essa situação jurídica seja. A pluralidade de centros de imputações autônomos de direitos e de deveres (em sentido amplíssimo), fez com que se mostrasse necessário a adoção de um conceito formal de sujeito de direito, até mesmo para se resguardar ao conceito jurídico de pessoa um conteúdo particular [...]. Neste sentido, ‘sujeito de direito é todo ente, seja grupo de pessoas, sejam universalidades patrimoniais, a que o ordenamento

¹⁰ Nesse sentido, a sociedade não se confunde com a comunhão ou o condomínio, pois configura uma nova existência, que não imprescinde, para tanto, de uma declaração de vontade. Da mesma forma, afasta-se da noção de associação, que é entidade sem fins lucrativos. Da mesma sorte, não se confundem com as participações associativas (*e.g. shopping centers*), pois nestes não há a formação de um patrimônio próprio, a supressão da individualidade das partes ou a criação de um novo sujeito de direitos. Não se confunde, ainda, com a fundação, que, ao contrário da sociedade, é constituída exclusivamente de bens. No que tange à distinção de sociedade unipessoal e Empresa Individual de Responsabilidade Limitada da fundação, observe-se a lição de Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2016, p. 97): “Quando esses bens migram do patrimônio de uma só pessoa para a formação da fundação, esta se aproxima da sociedade unipessoal, isto é, da subsidiária integral (Lei 6.404/1976, art. 251), bem como da empresa individual de responsabilidade limitada, as quais, em sua essência, não deixam de ser, também, a afetação da parcela do patrimônio de uma pessoa para a realização de um determinado fim. Entretanto, na subsidiária integral e na empresa individual de responsabilidade limitada essa dotação patrimonial visa a produzir lucros, ao passo que na fundação o fim é, necessariamente, não lucrativo. No mais, a fundação, ao contrário do que ocorre com a sociedade, não se curva à vontade de um controlador; uma vez constituída, busca a realização dos seus fins, orientada por seu órgão gerencial, desprendido de qualquer interesse patrimonial próprio, sob aprovação do Ministério Público, quando se trata de mudança estatutária”.

¹¹ Pontes de Miranda já havia identificado tal problemática (MIRANDA, 2012, p. 402). Fiel às tradições romanísticas e a indispensável coerência da qual deve ser dotado um sistema jurídico, o jurista identifica o equívoco em existirem sujeitos de direitos não personificados que atuem na ordem jurídica. Contudo, oferece este, resposta distinta daquela adotada pelo legislador. Na lição ponteana, os sujeitos de direito são também personificados em certa medida, pois a possibilidade de titularizar direitos é, em si, um direito de personalidade.

¹² José Lamartine chega a sugerir que sujeitos de direito são pessoas jurídicas com capacidade reduzida, e só assim o legislador guardará a fidelidade axiológica do ordenamento jurídico (OLIVEIRA, 1979, p. 607-608).
Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 135-167, dez. 2020.

jurídico atribui capacidade jurídica (= capacidade de direito) e que, por isso, detém titularidade de posição como termo, ativo ou passivo, em relação jurídica de direito material (= ser titular de direito ou de dever, de pretensão ou de obrigação, de ação ou situação de acionado, de exceção ou de situação de excetuado) ou de direito formal (=ser autor, réu, embargante, oponente, assistente ou, apenas, recorrente), ou, mais amplamente, de alguma situação jurídica. Ser sujeito de direito, portanto, é ser titular de uma situação jurídica (lato sensu), seja como termo de relação jurídica, seja como detentor de uma simples posição no mundo jurídico.

Nesse sentido, as sociedades, no direito brasileiro, são sujeitos de direito, à exceção da sociedade em conta de participação.¹³

Conforme apontado, contudo, nem todo sujeito de direito será pessoa jurídica. A personalidade jurídica é eficácia particular do ordenamento, que só pode ser alcançada mediante o preenchimento de requisitos específicos. Nesse sentido, a pessoa jurídica vai além do sujeito de direito não personificado. Se estes só podem agir nos exatos termos que a lei expressamente lhes outorga, aquele que detém personalidade jurídica pode atuar livremente no espaço jurídico, estando limitado apenas pelas proibições da lei.

Em assim sendo, diferem-se pessoa jurídica de sujeito de direito pela sua capacidade jurídica. Em outras palavras, a capacidade é a medida da personalidade, o limite da potencialidade de adquirir direitos e contrair obrigações (GONÇALVES, 2017, p. 94). Portanto, trata-se de situação jurídica unissubjetiva (MELLO, 2015, p. 110), que se situa no plano da eficácia, por ser qualidade do sujeito de direito.

2.2 A Teoria da Ficção Legal ou da Personificação em Sentido Estrito (Personificationstheorie): Savigny

Entender a concepção de Savigny acerca da personificação das pessoas morais imprescinde da devida situação temporal e espacial da elaboração de sua teoria (LEONARDO, 2011, p. 390). Em 1835, sobretudo na Alemanha, ainda vigorava um modo de produção pré-industrial, que fortemente demandava a facilitação do tráfico econômico através da criação de novos centros de imputação de direitos e deveres e limitação da responsabilidade das pessoas físicas (FILHO, 1995, p. 17).

¹³ Por essa razão, não pode ser adotada integralmente a construção do conceito de sociedade feito por Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2016, p. 95): “A sociedade é um negócio jurídico que tem por propósito criar um novo sujeito de direito, distinto das pessoas (ou da pessoa) que o ajustam, capaz de direitos e de obrigações na ordem civil, para facilitar o intercâmbio no mundo jurídico, interpondo-se entre seus criadores (ou seu criador) e terceiros na realização de negócios”. A que se destacar, entretanto, que na concepção do renomado jurista, a sociedade em conta de participação não é, de fato, sociedade.

Ademais, juridicamente incumbia-se de uma sistemática científica fortemente antropocêntrica, fundada no princípio de que só o homem pode ser sujeito de direitos e deveres (Cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit). Em resumo, apenas o ser humano seria dotado de personalidade jurídica.

Desse modo, Savigny conclui que a personalidade atribuída à pessoa jurídica o seria feito por mera ficção – de onde advém o nome de sua teoria. Em outras palavras, quando o Direito Positivo altera o conceito de pessoa, limitando-o ou estendendo-o, o faz por uma simples ficção, atribuindo ou retirando capacidade jurídica.

Há de se destacar, portanto, que Savigny nunca negou a admissibilidade da pessoa jurídica. A ficção por ele mencionada se refere apenas à extensão atributiva de capacidade jurídica, que é intrínseca ao ser humano, a entes que não a detém naturalmente¹⁴. Não se ignora, portanto, em nenhum momento, o substrato sob o qual incidirá a qualificação. Savigny apenas o afasta, por não enxergar tal realismo como pertencente ao conceito de pessoa jurídica (FILHO, 1995, p. 16).

Contudo, duas críticas hão de ser feitas à doutrina ficcionista, a qual encontra larga recepção na doutrina brasileira¹⁵. A um, (i) ela caracteriza a pessoa jurídica como ser avolitivo,

¹⁴ “Mostra-se importante esclarecer, no entanto, que Savigny nunca ignorou a existência de um substrato que seria personificado. Os lindes da ficção proposta por Savigny sempre foram limitados à atribuição de algo que seria natural ao homem e apenas extensível para outras entidades (que, talvez, até pudessem, sob o viés social, ter uma existência real). O sentido que Savigny utiliza para a expressão ficção não poderia ser interpretado como o de uma criação de uma pessoa pela Lei. A ficção a que Savigny se refere diz respeito à atribuição de uma qualidade para entidades que, naturalmente, não a teriam, necessitando de uma ficção para este fim. Desta premissa errônea, por consequência, muitas objeções irônicas feitas à teoria da ficção de Savigny são destituídas de coerência com o próprio pensamento do autor que se pretendia objetar”. (LEONARDO, 2011, p. 391). Nesse diapasão, na teoria da ficção, o ato estatal autorizador do funcionamento da pessoa jurídica não equivale a uma verdadeira criação *ex-nihilo* da pessoa jurídica. O ato estatal não faz surgir um novo indivíduo na cena do mundo, que viverá nas nuvens da abstração, ainda que agindo neste mundo por intermédio de representantes de carne e osso. É imprescindível que se afastem as críticas de cunho quase sensacionalista que atribuem a tese da ficção legal a uma ficção legislativa, como se “seis linhas estampadas no diário oficial, e eis que um novo indivíduo surge do nada no mundo”. A ficção, nos dizeres de Savigny, significa a concessão de uma capacidade natural ao ser humano, a uma organização pré-existente, que naturalmente não a teria.

¹⁵ A opção se dá pela aproximação da doutrina nacional às concepções contratualistas. O contratualismo é a concepção do interesse social que sustenta ser ele esse último coincidente com o interesse do grupo de sócios. Antepõe-se, portanto, à noção institucionalista, a ser melhor estudada em linhas futuras. De imediato, basta menção de que duas vertentes se destacam à teoria contratualista: a) uma primeira, na qual o interesse social é depurado de elementos externos, sendo produto do interesse dos sócios atuais; b) uma segunda vertente, na qual se incluem os interesses dos sócios futuros, dando maior relevância ao próprio conceito de interesse social, de preservação da empresa, apartando-o da mera somatória (Σ) da vontade declarada dos sócios. Observe-se, nesta última vertente, que se aproxima do institucionalismo, percebe-se uma evidente separação entre vontade da sociedade e vontade dos sócios, afastando-se da noção de Savigny, que concebia uma pessoa jurídica avolitiva. Em ambas as acepções, pode-se perceber que é a sociedade um mero instrumento de passagem e organização dos interesses particulares dos sócios. Daí à adequação da teoria ficcionista, sendo a pessoa jurídica ficção necessária para a passagem dos interesses dos sócios (COMPARATO; FILHO, 2005, p. 332). Em seguindo às críticas às concepções ficcionistas, pela sua fragilidade e incapacidade em dar conta do grande arcabouço de atuação do conceito de pessoa jurídica,

mero centro para a consolidação de interesses de seus membros. Em outras palavras, a pessoa jurídica carece de vontade juridicamente relevante própria, não emitindo manifestações volitivas senão aquelas geradas pelos seus representantes, verdadeiros titulares do direito subjetivo, a que, física e psiquicamente, pode ser atribuída uma declaração de vontade.

A dois, (ii) grande crítica repousa acerca da teoria da ficção em relação à explicação do Estado como pessoa jurídica. Dizer que o Estado é uma ficção legal é o mesmo que dizer que o direito, que dele emana, também o é. O paradoxo instaurado abala o sustentáculo das concepções ficcionistas¹⁶.

2.3 A Teoria Institucionalista: do Organicismo de Gierke ao Institucionalismo Ontológico de José Lamartine

As teorias institucionalistas vieram a aprimorar uma nova vertente do direito germânico encabeçada por Otto von Gierke e a sua Teoria Organicista, que enxergava a pessoa jurídica como uma entidade dotada de realidade social e vontade própria¹⁷. Há de se destacar, entretanto,

resta trazer as devidas reflexões acerca da teoria contratualista em direito societário. De imediato, ainda que o Código Civil de 2002 tenha persistido no equívoco de tratar da matéria societária inserida no Direito Contratual, a ontologia social e funcional desses entes leva à conclusão de que: Contrato Social e Sociedade são elementos distintos e inconfundíveis. Ora, a Sociedade não se reduz a um mero contrato, sequer se aplicam a ela as normas da Teoria Geral Contratual. A Sociedade é um ente próprio, um organismo, com funcionalidade particular, sendo importante elemento à circulação e produção de riquezas. Ela detém, por si, um suporte fático, para que lhe incida a norma jurídica. Mas, a partir de seu surgimento, tem vida independentemente da manutenção deste suporte. Assim, a Sociedade não é a execução do Contrato Social. O Contrato Social é o mero elemento constitutivo da Sociedade, mas que com ela não se confunde. Tanto que, como já percebido até mesmo pela doutrina contratualista, interesse social e interesse dos sócios, “partes” do Contrato Social, não são necessariamente equivalentes. Isso prova a independência existencial da Sociedade. Ora, pense-se no seguinte exemplo: em uma sociedade limitada, de três sócios, com igual poder de voto, analisa-se a venda de determinado imóvel. Dois dos sócios, beneficiados privativamente pela venda, ainda que esta seja prejudicial ao desenvolvimento da Sociedade, votam pela realização do negócio. O terceiro sócio, nessa perspectiva, em defesa do interesse e manutenção da Sociedade poderá, por óbvio, anular a venda do bem em questão, ainda que tenham sido seguidos todas as normas do Contrato Social, por nítido conflito de interesses entre os sócios e a Sociedade. Isto, pois, a Sociedade não se confunde com o Contrato Social, assim como o interesse da sociedade não se resume à mera somatória do interesse dos sócios. E, portanto, não é a sociedade mero instrumento para passagem e organização de interesses. Daí à possibilidade de aplicação do art. 1.074, § 2º, mediante ação desconstitutiva de ato jurídico para a anulação de negócio jurídico de compra e venda de imóvel.

¹⁶ Daí à doutrina institucionalista, em sentido contrário, estabelecer que o Estado não promove ato de criação das pessoas e personalidades, mas sim, de confirmação das mesmas, tanto no que concerne à pessoa jurídica quanto à natural, tendo em vista que as pessoas apenas gozam do direito que a lei lhes confere (SILVA, 2007, p. 46).

¹⁷ Observe-se, portanto, que dois elementos centrais à compreensão da pessoa jurídica aqui se fazem presentes: (i) a realidade orgânica da pessoa jurídica, derivada de um surgimento espontâneo; (ii) a interpenetração entre os interesses dos sócios e da sociedade, sendo que esta última (*Gesamtwille*) se distingue da mera somatória de várias vontades autônomas, como decorrência de sua própria realidade. Tal compreensão já havia sido atingida por Zitelmann e Meurer, que explicam a distinção entre a vontade da pessoa jurídica da de seu(s) membro(s) a partir de uma fórmula matemática, de que $7+5 = 12$. O 12 é sintético, ainda que igual ao $7 + 5$ analítico, constitui, por outra forma, uma quantidade inteiramente nova (LIMA, 1960. p. 170).

que poucos doutrinadores institucionalistas conseguiram escapar de sua base voluntarista antropocêntrica, que já havia acarretado em problemáticas às teorias ficcionistas¹⁸.

Como principal expoente da teoria institucionalista, tem-se Hauriou, que identificava a realidade da pessoa jurídica a partir de três elementos: a) ideia diretriz, ou ideia de obra a realizar, ou ainda, ideia de empresa; b) poder de governo organizado, posto a serviço da ideia; c) manifestações de comunhão. Assim, o autor constatou um triplice movimento, que consiste na interiorização, incorporação e personificação. Trata-se de movimento espontâneo e natural, donde se concluir que a personificação dos grupos é também fenômeno espontâneo e natural, a partir da realidade das pessoas morais. É desta realidade que resulta a personalidade jurídica, enquanto estilização da personalidade moral, a qual decorre da escalada de um degrau ontológico-cronológico.

Há de ser reconhecido que o institucionalismo apresentou consideráveis avanços, tendo no Brasil seu principal percussor em José Lamartine Côrrea Oliveira e a sua teoria ontológico-institucionalista. Em linhas gerais, reconhece o jurista a pessoa jurídica como um ser, indiviso, individual e permanente. Contudo, diferencia-se da pessoa humana em um elemento imprescindível – qual seja, a substancialidade – o que não lhe retira de qualquer sorte a característica de um ser racional.

Em palavras resumidas, pode-se dizer que na construção ontológico-institucionalista de José Lamartine, a pessoa jurídica é um ser cuja realidade se dá em caráter accidental, o que lhe confere personalidade de forma análoga ao ser humano. Em assim sendo, a pessoa jurídica se equipara à natural quanto à sua racionalidade, individualidade e indivisibilidade. Contudo, diferencia-se no aspecto substancial, de sorte que também carece do elemento da dignidade.

Da ausência de substancialidade, a pessoa jurídica não possui também consciência e razão de si mesma, mas possui unidade de eficácia (*Wirkenseinheit*), que estabelece suas bases e limites (LARENZ apud OLIVEIRA, 1979, p. 19).

Não obstante seja de grande relevância à definição e construção de uma verdadeira teoria da pessoa jurídica, as teorias institucionalistas se mostraram insuficientes para abarcar o amplo arcabouço e desenvolvimento do instituto jurídico da pessoa jurídica. Como bem ressaltam Rodrigo Xavier Leonardo e Otávio Luiz Rodrigues Jr. (2020, n.p.), o Direito brasileiro tem cada vez mais se afastado do institucionalismo – o que, pela lição de José Lamartine, tem levado à crise da função da pessoa jurídica:

¹⁸ Tal o desenvolvimento e equiparação entre a figura do Estado e de entidades coletivas à do ser humano, que E. Bluntschli chega a desvendar o sexo do Estado – masculino; e o da Igreja – Feminino. (OLIVEIRA, 1962, p.58) Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 135-167, dez. 2020.

Para além do relevante debate doutrinário, no entanto, não se pode ignorar que o direito positivo brasileiro, ao longo do século XXI, consolidou uma compreensão oposta àquela sustentada pela escola institucionalista. A pessoa jurídica, em especial por escolhas legislativas, foi reduzida a uma eficácia jurídica que surge de fatos jurídicos compostos a partir de uma baixíssima diferenciação institucional entre o(s) criador(es) e a entidade criada.

A sociedade unipessoal limitada, nessa perspectiva, consagra o ápice do afastamento do institucionalismo, uma vez que, ao inexigir traços estruturais claros da sociedade, deixa cada vez mais tênue a linha que distingue o sócio da sociedade.

2.4 A Teoria Normativista e a Pessoa Jurídica

A teoria normativista encontra seu grande expoente em Kelsen, que, na sua Teoria Pura do Direito, afastou todo elemento meta-jurídico da conceituação de pessoa jurídica. Para o jurista austríaco, define-se a pessoa jurídica (personalidade jurídica) como a unidade de um complexo de deveres jurídicos (condutas que podem gerar sanções) e direitos subjetivos, os quais não se confundem com aqueles das pessoas físicas membros. Em linhas gerais, a teoria kelseniana enxerga a pessoa jurídica como criação da ciência jurídica, reduzindo-a a mero sujeito de direito.

Nesse contexto, entretanto, Kelsen sucede no equívoco de não vislumbrar diferença nenhuma entre as duas espécies de pessoa, a física e a jurídica¹⁹, sendo ambas conceitos auxiliares da ciência do direito; instrumentos para facilitar a descrição de complexas normas jurídicas (COELHO, 2016, p. 27). Ademais, sua teoria da personalidade jurídica não escapa às duras críticas da tentativa errônea em construir o direito em uma “torre de marfim”.

Seguindo a corrente normativista, é de se destacar a lição de Tullio Ascarelli²⁰. Para o célebre jurista italiano, a pessoa jurídica se configura como síntese de um conjunto de

¹⁹ “Só que nem sempre se infere disto sua última consequência. Essa consequência é que a pessoa física (natural) como sujeito de deveres e direitos não é o ser humano cuja conduta é o conteúdo desses deveres ou o objeto desses direitos, mas que a pessoa física (natural) é apenas a personificação desses deveres e direitos. Formulado mais exatamente: a pessoa física (natural) é a personificação de um conjunto de normas jurídicas que, por constituir deveres e direitos contendo a conduta de um mesmo ser humano, regula a conduta desse ser” (LEONARDO, 2011, p. 399).

²⁰ Em *terrae brasiliis*, Arnaldo Wald, por exemplo, se aproxima das concepções de Ascarelli, conceituando pessoas jurídicas como grupos sociais ou até massas de bens que titularizam direitos próprios, constituindo-se em unidades abstratas nas quais se enfeixam determinados direitos subjetivos e certas obrigações, ao mesmo passo em que reconhece a realidade ontológico da pessoa jurídica. Em verdade, o célebre jurista retoma os conceitos de direito subjetivo, como se depreende dos seguintes dizeres: “Não podemos conceituar a pessoa jurídica sem lembrar a finalidade do Direito. Se todo o Direito Subjetivo é um interesse socialmente protegido, devemos admitir que ao lado dos interesses individuais, que pertencem às pessoas físicas, existem também interesses sociais ou grupais

disposições legais - ou seja, o resumo de uma disciplina; uma noção destinada apenas a facilitar a referência a regras jurídicas complexas e esparsas (COELHO, 2016, p. 27).

Contudo, ao contrário da pessoa física, a pessoa jurídica não se reporta a nenhuma realidade preexistente²¹, senão apenas indica como determinados conflitos de interesses devem ser superados. Em outras palavras, na concepção de Ascarelli, a disciplina da pessoa jurídica corresponde aos interesses dos homens que as compõem (*uomini nati da ventre di donna*), de sorte que o interesse dos sócios se confunde como o interesse social - o que já havia sido afastado desde Zitelmann.

Em sua teoria da personificação, *contrario sensu*, Ascarelli resta por despersonalizar a pessoa jurídica, resumindo-a a mera ideia auxiliar na composição de interesses ou na solução de conflitos,²² conhecida unicamente no mundo jurídico (ASCARELLI, p. 300, 1945). Sua teoria da personalidade se apegue em excesso ao aspecto funcional/instrumental da pessoa jurídica, e ignora questões ontológicas essenciais a distinguir sócio de sociedade.

No direito brasileiro, por sua vez, se atribui a Pontes de Miranda a figura de principal expoente da teoria normativista. O mestre alagoano, ao inserir a personificação em sua teoria do fato jurídico, habilmente reconhece a inegável realidade ontológica da pessoa jurídica (suporte fático) – sendo que a personificação, enquanto qualidade do ser, assume a característica de eficácia jurídica. Explique-se. Constatada a necessidade da norma jurídica incidir sobre um suporte fático para a configuração de um fato jurídico, naturalmente se concebe a realidade da pessoa jurídica, na exata medida dos componentes de seu suporte fático. É justamente deste fato jurídico – o qual, maioria das vezes, se classifica como negócio jurídico – que decorre a eficácia jurídica correspondente à personificação.

Em outras palavras, a pessoa jurídica é, ao fim e ao cabo, a eficácia jurídica conferida a uma realidade a partir de um fato jurídico. Desta concepção, a pessoa jurídica – assim como a pessoa física - define-se como criação do Direito (MIRANDA, 2012, p. 399):

que merecem a proteção legal e cujo sujeito deve ser um grupo social ou seja uma pessoa jurídica. Assim, sendo a pessoa jurídica um grupo social com interesses próprios e apresentando um mínimo de organização, não pode o Estado deixar de reconhecê-la, como realidade social que repercute no campo do direito. [...] Realidades sociais, as pessoas jurídicas enfeixam interesses coletivos dignos de proteção legal, caracterizando-se pela existência de uma organização interna e de uma vontade própria, que se expressa por meio dos órgãos da pessoa jurídica.” (WALD, 1989, 128; 131-132).

²¹ Nesta seara, Ascarelli constrói duras críticas às teorias organicistas, ressaltando que estas não escapam à ficção que tanto buscaram combater ao firmar tese de que o legislador reconhece por analogia a personalidade macroantropóides.

²² Note-se, há uma mescla entre as noções de Kelsen e de Vareilles-Sommières, onde se vê a pessoa jurídica como complexo facilitador de realização de interesses e aplicação das normas jurídicas, ao mesmo passo em que se abstrai a pessoa jurídica da questão ontológica, como se fosse mera realidade técnica.

As pessoas jurídicas, como as pessoas físicas, são criações do direito, é o sistema-jurídico que atribui direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções a entes humanos ou a entidades criadas por esses, bilateral, plurilateral (sociedade, associações), ou unilateralmente (fundações). Em todas há o suporte fático; e não há qualquer ficção em se ver pessoa nas sociedades e associações (personificadas) e nas fundações: não se diz que são entes humanos; caracteriza-se mesmo, em definição e em regras jurídicas diferentes, a distinção entre pessoas físicas e pessoas jurídicas. [...] A discussão sobre serem reais, ou não, pessoa jurídica é em torno de falsa questão: realidade, em tal sentido, é conceito do mundo fático; pessoa jurídica é conceito do mundo jurídico.

2.5 A Personalidade Jurídica como Eficácia Jurídica e a Sociedade Limitada Unipessoal

Na vida em sociedade, é inegável que a pessoa jurídica, contemporaneamente, se apresenta como um mecanismo para que seus criadores atinjam determinados efeitos jurídicos supervenientes – não obstante a busca por esses efeitos esteja limitada pela função social da pessoa jurídica²³.

Constatada tal situação, doutrinadores da alçada de Marcos Bernardes de Mello, buscam desenvolver uma teoria da pessoa jurídica que compreenda todas as suas facetas: por vezes um suporte de realidade que se impõe sobre a norma, noutras apenas uma forma que justifica determinada eficácia jurídica. Desta sorte, seguindo a lição capitaneada pela teoria do fato jurídico, da pluralidade de feições que pode assumir, é possível se dizer que “sob o mesmo signo da pessoa jurídica se encontram figuras tão diferentes entre si que, aquilo que lhes é comum, se resume a uma eficácia jurídica” (LEONARDO, 2011, p. 408).

Tal construção, inclusive, corrobora o aqui já destacado: sociedade e associação não se confundem com a pessoa jurídica. Elas são seu substrato fático, sobre o qual se constrói a personalidade. Em resumo: o suporte fático – substrato – será dotado de realidade ou não, podendo este variar de uma associação, sociedade unipessoal, ou o próprio Estado; sendo que, enquanto elemento do mundo dos fatos, tal ontologia antecede a própria personificação (eficácia jurídica).

Dos elementos desta personificação, escreve Rodrigo Xavier Leonardo (2011, p. 409):

Trata-se de uma eficácia jurídica correspondente à: a) separação patrimonial (em graus diferenciados, conforme aquilo que é personificado); b) fixação de um centro de imputação de direitos e de deveres autônomos; e c) possibilidade do reconhecimento e proteção de bens jurídicos extrapatrimoniais.

²³ Especificamente no âmbito societário, a função social está expressamente prevista. Enquanto matéria inserta no Código Civil na matéria de contratos – reflexo de uma visão contratualista das sociedades –, os tipos societários estão sujeitos à aplicação do art. 421, CC. Da mesma sorte, a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), expressamente prevê em seu art. 154 que a atuação do administrador e da sociedade deverá ter baliza na sua função social.

Não apenas, mas sendo eficácia jurídica que atenta imediata e diretamente a uma única esfera jurídica (situações jurídicas unissubjetivas), decorrem dela três características: a) referibilidade a uma única esfera jurídica; b) oponibilidade erga omnes; e c) impositividade por via judicial (= por meio de ação) (MELLO, 2015, p. 111).

Nesses termos, concluindo esta breve exposição, pode se conceituar aquilo que se reconhece como pessoa jurídica, nada mais senão que um conjunto de efeitos os quais se agregam a fatos jurídicos, que, conforme o caso, podem constar maior ou menor realidade ontológica.

Nessa concepção, a sociedade unipessoal – e seus elementos constitutivos, e.g. capital social – configura-se como elemento nuclear do suporte fático sobre o qual incidirá a norma jurídica, movimento este que dará existência a um negócio jurídico unilateral (ato constitutivo), cuja eficácia jurídica resulta na personificação jurídica societária – a qual, por sua vez, confere à sociedade unipessoal existência autônoma e distinta de seu membro, com autonomia patrimonial, e lhe garante o reconhecimento e proteção de bens jurídicos extrapatrimoniais.

2.6 A Sociedade Unipessoal e a Crise²⁴ da Pessoa Jurídica

A sociedade unipessoal, enquanto tipo societário que coloca em constante xeque a separação entre sócio e pessoa jurídica, traz a necessidade de uma releitura da crise da pessoa jurídica desenvolvida por José Lamartine (1979), em especial no que tange à função das sociedades personificadas de responsabilidade limitada.

Entende-se como a função primordial das pessoas jurídicas a conciliação entre dois interesses opostos: (i) o dos membros, que desejam uma vinculação tão frouxa quanto possível, de modo a assegurar uma fácil dissolução e limitação de seu risco individual; e (ii) o interesse social de manutenção para a continuidade da sociedade, sua base financeira e mobilidade econômica.

Tal constatação, a seu turno, importa na inegável conclusão de que, ainda no caso da sociedade unipessoal, as esferas jurídicas da sociedade e do sócio devem estar bem delimitados e diferenciados, para que a eficácia da personificação seja devidamente atingida e não possa ser desconsiderada.

²⁴ A palavra crise deriva do grego *κρίσις*, significando ponto crítico, momento de decisão, de caráter decisivo, crucial. Trata-se de um período conjuntural, de sofrimento, que será seguido de um momento de vigor e segurança. Como se pode ver, “crise”, em sentido próprio, expressa algo positivo, criativo e otimista, que envolve mudança, nascimento após uma ruptura (BAWMAN; BORDONI, 2016, p. 9-11) Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 135-167, dez. 2020.

Somente assim, os efeitos da personificação, especificamente no que tange à autonomia patrimonial da pessoa jurídica - da qual a limitação da responsabilidade pode ser vista como a expressão máxima²⁵ -, estarão devidamente resguardados pelo ordenamento.

Do contrário, ou seja, em não estando nítida a distinção entre sócio e sociedade, estar-se-ia instaurada a crise da função pessoa jurídica, que tem como consequência a fragilização da eficácia buscada pelos seus membros ao momento da criação. Em outras palavras, a crise da função diz respeito à distinção entre pessoa física e pessoa jurídica²⁶, que, ao ser comprometida, pode dar ensejo à larga aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of the legal entity* ou *Durchgriff bei die juristischen Personen*) – e a conseguinte dilapidação das noções de autonomia patrimonial e limitação da responsabilidade.

Em resumo, a ausência de autonomia de vida e a nítida separação entre as esferas patrimoniais e os interesses da sociedade e dos membros (crise da função da pessoa jurídica) - à qual está mais suscetível a sociedade unipessoal – tem dado ensejo a uma progressão geométrica do número de casos em que se aplica o instituto da desconsideração (LEONARDO; RODRIGUES JR., 2019, n.p). Daí a se dizer que se passa da desconsideração da pessoa jurídica à pessoa jurídica desconsiderada, de sorte que a limitação da responsabilidade – norte da inserção da sociedade unipessoal no ordenamento pátrio - esteja cada vez mais fragilizada.

3 CAPITAL SOCIAL

A noção de capital social é fundamental no Direito Societário (MENÉNDEZ, 1989, p. 359), sendo pressuposto para se entender o conceito de determinadas figuras jurídicas (SIMONETTO, 1956, p. 48), como é o caso da subcapitalização societária. Diante disso, o

²⁵ Destaque-se, assim, não se confunde personalidade jurídica, autonomia patrimonial e responsabilidade limitada, ao mesos no sistema societário brasileiro. Há legislações, como a do Reino Unido, que associam a personificação da sociedade à limitação da responsabilidade dos sócios. Para tais sistemas, as sociedades em que os sócios respondem integralmente pelas obrigações sociais são despersonalizadas. (COELHO, 2016, p. 26).

²⁶ “Se a pessoa jurídica é um produto da norma jurídica, a sua criação e o seu desenvolvimento não dependeriam de um elevado nível de institucionalização, mediante diferenciação e autonomização daqueles que lhe constituíram. Bastaria uma adequação formal aos requisitos legais para o seu surgimento, ainda que no plano da realidade social verdadeiramente se mantivesse uma indistinção entre a entidade criada e o seu criador. Isso permitiria que mesmo diante da ausência duma realidade institucional efetiva, desde que observados os quadrantes das formas descritas em Lei, pudessem ser constituídas pessoas jurídicas para a prática de atos ilícitos (aqui tomado o termo em sentido amplíssimo). Nesses casos, por intermédio da separação patrimonial, a pessoa jurídica serviria como um anteparo que impediria a responsabilização daqueles que lhe criaram, como mera forma, para fruir economicamente desses atos ilícitos. Aí se encontraria a segunda crise. A atribuição da personalidade a entidades independentemente de uma realidade institucional que lhes desse suporte, a partir de uma concepção formalista de que a Lei seria a fonte constitutiva da personalidade, permitia que essa forma fosse utilizada para fins contrários ao ordenamento jurídico” (LEONARDO, 2012, p. 80)

presente capítulo se destina a analisar o instituto do capital social com intuito de (i) enquadrá-lo na Teoria do Fato Jurídico; (ii) atribuir-lhe uma definição; e (iii) apresentar suas características, princípios e funções.

3.1 Capital Social e Teoria do Fato Jurídico

O jurista pernambucano Marcos Bernardes de Mello, a partir de uma completa análise dos Tomos de Direito escritos por Pontes de Miranda, desenvolveu a Teoria do Fato Jurídico.²⁷ Em seu primeiro livro, o autor analisa o Plano da Existência, no qual afirma haver uma distinção entre o (i) mundo fático e o (ii) mundo jurídico. O primeiro, é constituído por todos os fatos – pertinentes ou não ao direito (MELLO, 2017, p. 42); o segundo, compõe-se apenas por fatos jurídicos²⁸ – pertinentes ao direito –, os quais são resultado da incidência²⁹ da norma jurídica³⁰ sobre o seu suporte fático³¹.

O suporte fático é constituído, essencialmente, por três elementos. Os dois primeiros se referem ao seu núcleo (composto pelo elemento cerne³² e elemento completante³³), o terceiro, chamado de elemento complementar, refere-se exclusivamente à perfeição dos elementos, que

²⁷ Atualmente, há três livros da Teoria do Fato Jurídico, que tratam do Plano da Existência, Validade e Eficácia. Ressalta-se que está sendo desenvolvida pelo autor a segunda parte do Plano da Eficácia.

²⁸ Fatos jurídicos, únicos aptos a atuar no mundo do direito, são consequência da incidência da norma sobre o suporte fático suficiente. (MELLO, 2017, p. 45)

²⁹ A incidência se caracteriza por ser o efeito da norma jurídica, o qual transforma o suporte fático (simples ou complexo) em um fato jurídico. Para receber a incidência da norma jurídica, o suporte fático deve ser suficiente, ou seja, todos os elementos que estão previstos na norma devem ocorrer. Assim, a suficiência do suporte fático é pressuposto de sua incidência. (MELLO, 2017, p. 145)

³⁰ A norma jurídica, enquanto considerada em si, como um comando da sociedade, não deixa de ser algo abstrato, mas que se refere à uma coisa concreta (os fatos) que, se ocorrer, deverá produzir determinada consequência no relacionamento inter-humano (efeito jurídico). Assim, caracteriza-se por ser uma previsão de uma hipótese em que se estima a ocorrência de certa situação fática. (MELLO, 2017, p. 47)

³¹ O Suporte Fático – fato valorado pela norma jurídica –, se define por ser o fato ou conjunto de fatos descritos pela norma jurídica ao qual se atribui uma consequência jurídica caso venha a se tornar realidade no mundo, caracterizando-se por sempre possuir referibilidade ao ser humano. O suporte fático normalmente se encontra na parte descritiva da norma jurídica. (MELLO, 2017, p. 54)

³² O elemento cerne do Suporte Fático é constituído por fatos cuja a presença é pressuposta em todas as normas que integram a respectiva instituição jurídica, sendo responsável por determinar a configuração final do suporte fático e por fixar, no tempo, a sua concreção. (mbm 95) A título de exemplo, pode-se citar (i) a manifestação consciente de vontade com poder de escolha eficaz, no caso dos negócios jurídicos, ou (ii) a conformidade ao direito, referindo-se aos fatos lícitos. (MELLO, 2017, p. 95)

³³ O elemento completante do suporte fático irá informar qual é a *fattispecie* do fato jurídico que se esta a tratar, como, por exemplo, ocorre na compra e venda e na doação, ambos negócios jurídicos – pois pressupõe manifestação consciente de vontade com poder de auto regramento –, mas que se diferenciam pelos elementos completantes, quais sejam: (i) disposição de certo objeto de modo gratuito (doação); (ii) disposição de certo objeto com pagamento de determinado preço (compra e venda). (MELLO, 2017, p. 97)

Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 135-167, dez. 2020.

podem ser relativos: (i) ao sujeito³⁴, (ii) ao objeto³⁵, ou (iii) à forma de manifestação de vontade³⁶.

A importância da referida distinção se encontra no fato de que quando houver ausência de elementos nucleares, o suporte fático se torna insuficiente, impossibilitando que a norma jurídica incida sobre ele, o que resulta na não existência do Fato Jurídico. Difere-se, assim, do que ocorre com o a falta de algum elemento complementar, cujas consequências são limitadas aos planos da validade (nulidade e anulabilidade) e/ou da eficácia (MELLO, 2017, p. 98).

Dessa forma, ao realizar a análise do capital social, entende-se que esse se classifica como um fato não jurídico, mas que pode vir a integrar o suporte fático de variados fatos jurídicos – como no caso do ato constitutivo de sociedade unipessoal limitada, em que o capital social.

3.2 Definição de Capital Social

Quanto a sua definição, o capital social pode ser analisado a partir de quatro perspectivas diferentes, quais sejam: (i) cifra contabilística; (ii) soma das entradas dos sócios; (iii) realidade dúplici – junção do capital social nominal com o capital social material; e (iv) apenas como capital social nominal (DOMINGUES, 2004, p. 35). Destaca-se que as três primeiras definições apresentadas não serão adotadas no presente artigo, pois se mostram insuficientes. É o que se passa a demonstrar.

A primeira, classifica o capital social como uma dívida da sociedade para com os sócios, o que não se apresenta correto, visto que esses, ao realizarem suas entradas – que irão compor o capital social – alienam em favor da sociedade os bens que constituem os seus *apports*, não tendo depois, nunca e em nenhuma circunstância, o direito de exigir a sua devolução. Nas situações a que os autores aludem que perfilham essa tese, nomeadamente na dissolução de sociedade, do que se trata é do direito do sócio à chamada quota de liquidação, ou seja, do direito a receber, se e quando a sociedade se dissolver ou reduzir seu capital social, uma parcela de bens do patrimônio líquido da sociedade proporcional à sua participação social.

³⁴ Elementos relativos ao sujeito: (i) capacidade de agir; (ii) a legitimação – poder ativo ou passivo de disposição; (iii) a perfeição da manifestação de vontade – ausência de erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo, simulação ou fraude contra credores; (iv) a boa-fé; (v) a equidade, esta, apenas nos negócios de consumo. (MELLO, 2017, p. 98)

³⁵ Elementos relativos ao objeto: (i) a licitude; (ii) a moralidade; (iii) as possibilidade física e jurídica; (iv) a determinabilidade. (MELLO, 2017, p. 98)

³⁶ Elementos relativos à forma de manifestação de vontade: o atendimento à forma quando prescrita ou não defesa em lei – é o caso, por exemplo, do ato constitutivo da Sociedade Unipessoal Limitada, que, segundo o artigo 997 do Código Civil, deve ser realizado na forma escrita. (MELLO, 2017, p. 98)

(DOMINGUES, 2004, p. 36). Além disso, referida doutrina desconsidera o papel de garantia indireta que o instituto exerce (DINIZ, 2012, p. 93).

A segunda hipótese apresentada afirma que o capital social se define por ser a soma das entradas dos sócios, havendo uma determinação direta entre o valor da entrada e o valor do capital social (DOMINGUES, 2004, p. 38). Todavia, em regra, o capital social é fixado a priori, fazendo com que sejam as entradas que se definam em sua função – e não o contrário (DOMINGUES, 2004, p. 43). Para além disso, referida perspectiva desconsidera as sociedades sem capitais, as entradas de indústria (nos casos em que se admite), o sócio remisso e a possibilidade de aumento do capital social – que não constitui entrada do sócio, mas que representa a formação da massa patrimonial de responsabilidade. (DINIZ, 2012, p. 93).

A terceira definição considera a existência de duas vertentes indissociáveis entre si (capital nominal e capital real), sustentando que a parte nominal se refere a uma cifra abstrata – noção que se apresenta correta –, e, a parte real, a um conjunto de bens que a sociedade não pode dispor em favor dos sócios (DOMINGUES, 2004, p. 52). Assim, poder-se-ia tratar de garantia indireta aos credores consubstanciada no patrimônio líquido – subtraindo o passivo do ativo. (DINIZ, 2012, p. 102).

Entretanto, como ensina Tavares Guerreiro (1984, p. 31), referida perspectiva não se mostra correta:

Frequentemente se afirma que os bens conferidos ao capital social constituem o capital no sentido real, ao passo que a contrapartida passiva da operação constituiria capital no sentido nominal. Quer-nos parecer que a colocação não é correta. Os bens objeto de conferência por parte do acionista integram-se no patrimônio social, alocando-se o seu valor avaliado à conta do capital social, como passivo exigível, não se podendo dizer que as ações emitidas em consequência da operação representem, individualmente, aqueles bens conferidos. Por conseguinte, os bens, em si mesmos considerados, não devem nem podem ser juridicamente qualificados como frações-alíquotas do capital, nem mesmo na condição de bens aptos a produzir frutos. Tal é uma concepção marcadamente civilista e de todo inadequada, ante a realidade econômica e jurídica do capital.

A quarta e mais apropriada definição do instituto é aquela que vislumbra o capital social como uma cifra abstrata, também denominada capital formal ou capital nominal, a qual é instrumentalizada por meio do ato constitutivo de sociedade.

Como ensina Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2018, p. 425):

É a expressão numérica em moeda nacional da somatória dos valores das contribuições (em bens ou em dinheiro) que os sócios trazem para formar o patrimônio da sociedade, seja no momento de sua constituição, seja em virtude de deliberações posteriores que o aumentam para atender seu crescimento pelo ingresso de novos recursos, ou que o reduzam, quer por perda significativa do mesmo patrimônio, quer

por se revelar excessivo aos fins sociais. Não ocorrendo nenhuma deliberação social (ou seja, nenhuma manifestação de vontade da sociedade, pela pessoa de seus sócios em maioria necessária) no sentido de alterar o seu capital social (aumentar ou diminuir), ele permanecerá sempre estável, como referencial do patrimônio que os sócios reputaram necessário possuir a sociedade para dar conta do objeto ajustado no contrato social.

Justifica-se como a explicação mais plausível do instituto, pois pressupõe uma precisa distinção entre o capital social e o patrimônio da sociedade³⁷, delimitando quais são suas respectivas características, princípios e funções desempenhadas no ordenamento jurídico.

3.3 Características, Princípios e Funções do Capital Social

O capital social, entendido a partir de agora como cifra abstrata, possui duas características cruciais, quais sejam, (i) estampa em dinheiro o valor do patrimônio que ingressou ou que deve ingressar na sociedade em razão da contribuição dos sócios, e (ii) refere-se ao patrimônio mínimo que a sociedade deve possuir para exercer sua atividade de forma lucrativa (NETO, 2018, p. 194).

Possui, essencialmente, quatro funções, sendo utilizado como (i) avaliador de desempenho da sociedade, visto que se o patrimônio social líquido for maior que o capital social, significará que houve auferição de lucro no desempenho de atividade. Importante destacar que, a rigor, trata-se de uma função interna, pois diz respeito ao interesse dos sócios, mas que pode se projetar para fora dos quadrantes da sociedade – quando serve de dado para cálculo de tributos, por exemplo (NETO, 2018, p. 195).

A segunda é a chamada função vinculativa, pois todo o montante das contribuições sociais deve ser destinados à atividade, ou seja, a sociedade utiliza seu patrimônio para a realização de seus fins. A terceira, chamada de função organizativa, dita que o capital social serve como um referencial dos direitos políticos e patrimoniais dos sócios. Assim, é com base nele que se determinam os centros de poder, a tomada de deliberações e se estabelecem normalmente as participações dos sócios nos resultados da empresa (NETO, 2018, p. 195).

³⁷ O patrimônio da sociedade, tal como o patrimônio de qualquer outra pessoa, pode – do ponto de vista do conteúdo – ser encarado sob três perspectivas: como patrimônio global, enquanto abrange o conjunto de todos os direitos e obrigações susceptíveis de avaliação pecuniária que a sociedade é titular em determinado momento; como patrimônio ilíquido ou bruto, enquanto engloba os elementos do activo da sociedade (bens e direitos) sem ter em conta o passivo; e finalmente, como patrimônio líquido – e é este o sentido que, as mais das vezes, quer significar com “patrimônio social”, por ser o que maior interesse prático tem – que consiste no valor do ativo depois de descontado o passivo. (DOMINGUES, 2004, p. 44)

A quarta função é a de garantia indireta dos credores, visto que o capital social não deixa de ser um instrumento jurídico destinado à defesa e tutela dos interesses de terceiros. Desse modo, por virtude de seu regime legal, os credores podem nele se balizar na expectativa de que os sócios nada receberão da sociedade enquanto ela tiver pendências a saldar em cada exercício social. Entretanto, não há, a partir do capital social, uma garantia direta aos credores, pois essa se encontra no patrimônio da sociedade, o qual varia de acordo com a atividade empresária desempenhada (NETO, 2018, p. 196). Não se pode, assim, cogitar da solvência ou lucratividade de uma sociedade levando em consideração apenas o capital social, pois esse nada tem a ver com aqueles. O capital social, como visto, apenas referencia o valor que os sócios julgaram necessário para iniciar e desenvolver a atividade empresária objeto da sociedade – e nada mais.

No que se refere aos princípios da capital social³⁸, pode-se citar que instituto possui dois principais. O princípio da efetividade, que afirma que o capital social deve corresponder aos valores em dinheiro ou em bens in natura a que os sócios trazem para a sua formação, e o princípio da intangibilidade, o qual dita que o capital deve permanecer sem alterações, se o contrário não determinar a lei ou não deliberarem os sócios (NETO, 2018, p. 197).

3.4 Capital Social e Sociedade Unipessoal Limitada

O capital social na sociedade unipessoal limitada é o valor que o sócio único estima ser necessário para o desenvolvimento da atividade social e que a ela se compromete a transferir no ato de constituição. Desse modo, é a partir da contribuição do sócio único que se formará o patrimônio inicial da sociedade limitada unipessoal (MUSSI, 2019, p. 413). Importante destacar que todas as características, princípios e regras anteriormente elencados são válidos tanto para as sociedades limitadas pluripessoais, como para as unipessoais.

Destaca-se que, por mais que a nova figura societária introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro exigisse uma regulamentação específica, isso não veio a ocorrer, o que será fonte de numerosas implicações práticas (MUSSI, 2019, p. 413), inclusive no que diz respeito à

³⁸ As seguintes previsões legais, todas referentes ao código civil brasileiro, garantem a efetividade de ambos os princípios: art. 1.052: define a regra de responsabilidade solidária dos sócios; art. 1.058: prevê providências para o recebimento do valor da contribuição do sócios remisso; art. 1.055, § 1º: prevê expressamente a responsabilidade dos sócios pela exata estimativa dada aos bens que trouxeram para a formação do capital social; art. 1.059: obriga a devolução dos lucros distribuídos sem que o patrimônio atinja a cifra do capital social; art. 1.081: proíbe o aumento do capital social sem sua prévia integralização; Art. 1.082 e 1.084: Normativiza, com salvaguardas, a sua redução. (NETO, 2018, p. 197)
Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 135-167, dez. 2020.

subcapitalização societária, bem como à desconsideração da personalidade jurídica sob esse fundamento.

Cita-se, a título exemplificativo, alguns dos possíveis problemas oriundos da ausência de uma disciplina específica para a sociedade limitada unipessoal – afetando, principalmente e de maneira negativa, o princípio da efetividade do capital social.

O primeiro problema refere-se ao fato de que o legislador não impôs como obrigação a integralização de todo o capital social no ato de constituição da sociedade – o que poderá incentivar os sócios únicos a, simplesmente, não integralizarem o capital social, visto que não haverá cobrança por parte de outrem³⁹.

O segundo problema diz respeito à avaliação dos bens integralizados ao capital social, ora, a regra que consta atualmente no Código Civil (art. 1.055, § 1º), prevê a responsabilidade solidária dos sócios pela exata estimação do valor correspondente em bens conferidos ao capital social, medida que se mostra inócua quando se está a tratar de uma sociedade que possui apenas um sócio (MUSSI, 2019, p. 414).

Nas palavras de Luiz Daniel Haj Mussi (2019, p. 414):

E, mais grave, nesse caso a responsabilidade está limitada ao prazo de cinco anos da data do registro da sociedade, o que por certo ensejará numerosos problemas. A rigor, está aberta a porta para a constituição de sociedades subcapitalizadas, por meio de conferências de bens subavaliados. A necessidade de se estabelecer regras específicas para a proteção do capital social em uma sociedade limitada unipessoal é relevante, justamente, para assegurar a efetivação da regra de limitação da responsabilidade.

Como terceiro ponto, e aqui não encarado necessariamente como um problema, cita-se a inexistência de um valor mínimo atribuído ao capital social das sociedades unipessoais limitadas – diferindo-se, assim, da regulamentação criada para a Eireli.⁴⁰

³⁹Sobre o assunto, comenta o professor Luiz Daniel Haj Mussi: O Código Civil, em linhas gerais, estabelece algumas regras para proteger a integridade do capital social. Em especial, quando assegura que, uma vez subscrito, o capital será integralizado (CC, art. 1.004). E aqui começamos os problemas da ausência de uma disciplina específica para a sociedade limitada unipessoal. É evidente que, para a constituição de uma sociedade unipessoal, deveria ter o legislador imposto como obrigação a integralização de todo o capital social, já no ato de constituição, como modo de assegurar sua efetividade. Ora, a aplicação da regra do art. 1.004 do Cód. Civil para as sociedades limitadas é inócua, pois a confusão de interesses entre sócio único e sociedade é indisputável. Não cumprida a obrigação de integralização, certamente, ninguém a exigirá, correndo-se o risco de ter-se uma sociedade perpetuamente sem o capital integralizado. É certo que isso também poderá ocorrer em sociedade pluripessoal, mas, se vier a ocorrer, todos os sócios responderão, solidariamente, pela integralização do capital social (CC, art. 1.052). Observe-se, ao disciplinar o capital social da Eireli, o legislador atentou a essa particularidade e, a partir de exigir um capital mínimo (o que será adiante comentado), exigiu a devida integralização já no ato de constituição (CC, art. 980-A). (MUSSI, 2019, p. 413.)

⁴⁰ Sobre o assunto, comenta Luiz Daniel Haj Mussi: Ao disciplinar a sociedade limitada unipessoal, não se estabeleceu qualquer regra específica quanto seu capital mínimo. Já à Eireli, conforme a regra do art. 980-A, caput, do Código Civil, permanece a exigência de capital social, devidamente integralizado, que não poderá ser inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País. (MUSSI, 2019, p. 414).

Dessa diferença normativa, surgem duas possíveis implicações práticas: (i) extensão da obrigação de capital mínimo a todas às sociedades unipessoais, ao se partir do pressuposto de que a Eireli é considerada uma sociedade e faz parte desse tipo societário; e (ii) a não extensão dessa obrigação, até porque, para parte da doutrina, a Eireli não é considerada uma sociedade. Do mesmo modo, aos que a consideram uma sociedade, seria a Eireli, no ordenamento pátrio, a única exceção que exigiria a observância do requisito do capital mínimo.⁴¹

Entretanto, é necessário, se não a adoção de um capital mínimo às sociedades unipessoais limitadas, ao menos, regras que disciplinem de maneira específica a matéria, com o intuito de desincentivar o mau uso das limitadas unipessoais.

Sobre o tema, Luiz Daniel Haj Mussi, ao citar Alfredo de Assis Gonçalves Neto, apresenta possíveis alternativas para regulamentar a matéria (NETO apud MUSSI, 2019, p. 414):

Por exemplo, na Alemanha, hoje é possível a constituição de uma variação de sociedade limitada a abrigar as empresas de pequeno porte, a qual pode ser constituída com o capital mínimo de 1 euro, com a condicionante de destinar ao menos 25% de seus rendimentos anuais a título de reserva legal para completar os 25 mil Euros exigidos para a sociedade limitada pluripessoal (GmbH) ou unipessoal (Ein-Mann-GmbH). Na Itália, onde se exige o capital social mínimo de 10 mil euros para a constituição de uma sociedade limitada, passou-se a permitir a constituição das chamadas sociedades de responsabilidade limitadas simplificadas, com o capital mínimo de 1 euro, o que veio acompanhado de regra apta a tutelar o credor em caso de subcapitalização societária. Em França e Portugal, por sua vez, a regra de capital mínimo foi integralmente abolida.

Deste modo, constata-se que as regras societárias que estão à disposição dos agentes econômicos que buscam constituir uma sociedade unipessoal limitada se mostram, atualmente, frágeis ou insuficientes, fazendo-se necessária a adoção de alguma medida regulatória, a exemplo dos casos europeus citados.

4 SUBCAPITALIZAÇÃO SOCIETÁRIA

A subcapitalização societária ocorre quando há um desvirtuamento do instituto do capital social, gerando um aumento de risco aos credores em decorrência do excesso de financiamento realizado pela sociedade (DINIZ, 2012, p. 146). Assim, a doutrina divide a subcapitalização em

⁴¹ Sobre o assunto, comenta Luiz Daniel Haj Mussi: “Ao disciplinar a sociedade limitada unipessoal, não se estabeleceu qualquer regra específica quanto seu capital mínimo. Já à Eireli, conforme a regra do art. 980-A, caput, do Código Civil, permanece a exigência de capital social, devidamente integralizado, que não poderá ser inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País.” (MUSSI, 2019, p. 414).
Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 135-167, dez. 2020.

duas principais formas – a depender da maneira com que os financiamentos que a geram ocorrem –, quais sejam: (i) subcapitalização nominal e (ii) subcapitalização material.

4.1 Subcapitalização Societária Formal ou Nominal

A subcapitalização societária nominal ocorre nos casos em que os sócios realizam empréstimos à sociedade para viabilizar a atividade empresária. A intenção é que tais ativos não sejam transpostos para o patrimônio real da sociedade, de forma que mesmo no caso de insucesso da atividade, os sócios possam concorrer com demais credores sociais. Deste modo, o endividamento excessivo com empréstimos dos sócios rompe a intangibilidade do capital social (DINIZ, 2012, p. 161-162). Vale destacar que, além desse fator, há um importante componente tributário, posto que quanto mais endividada a sociedade, a depender do regime tributário adotado, menor a base de cálculo dos tributos corporativos.

A capitalização nominal, quando usada como forma de mútuo em que o empréstimo não adentra o patrimônio da empresa, acaba criando uma visão artificial sobre a relação entre capital e objeto social, deslocando o risco para os demais credores sociais.

A partir desse problema passou-se a discutir o fenômeno da subcapitalização e seus possíveis efeitos. Dois argumentos foram centrais na questão: (i) na liquidação societária deve-se priorizar as obrigações exteriores — ou seja, não aquelas que envolvem os próprios sócios —, portanto, os credores sócios só receberiam seus haveres após a quitação de todos os outros débitos da sociedade (WIEDEMANN, 1980, p. 147); (ii) o sócio pode escolher não auxiliar a sociedade com problemas por meio da transferências de recursos, mas se fizer tal empréstimo deve ser requalificado, de forma a considerar como entrada de capital (PIC, 1913, p. 81-83)⁴².

4.2 Subcapitalização Societária Material

A subcapitalização material se verifica no caso em que a sociedade empresarial, insuficiente de capital próprio em relação a seu objeto social, passa a buscar financiamento de terceiros — que não os sócios. Assim, há uma verdadeira subversão da autonomia patrimonial; isso porque, ao passo que a sociedade empresária tem uma desproporção entre o capital próprio e o capital de terceiro, o risco da atividade passa a recair excessivamente aos credores sociais (DINIZ, 2012, p. 184).

⁴² PIC, 1913, p. 81-83

Conforme esclarece Gustavo Saad Diniz, são três os principais elementos que caracterizam a subcapitalização societária material (2012, p. 182):

(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 próprio dos sócios.

Importante mencionar a possibilidade das duas formas de subcapitalização material, quais sejam: (i) originária e (ii) superveniente. Basicamente, no tipo originário há uma inadequação entre o capital social e o objeto da atividade desde a constituição da sociedade. Em decorrência disso, passa-se de imediato a buscar a viabilização da atividade por meio de capital de terceiros (HUBERT, 2007, p. 186). Com relação ao tipo superveniente, há o aumento da dimensão da atividade ou um desequilíbrio financeiro em que a previsão inicial do capital social não é mais adequada com a situação real da sociedade (DINIZ, 2012, p. 187). Dessa forma, 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 (DINIZ, 2012, p. 187). Neste último caso, entra-se em uma seara mais complicada, pois não há um critério legal para estabelecer um ponto ótimo entre atividade e capital social, o que impõe a observância dos elementos no caso concreto (DINIZ, 2012, p. 188).

É relevante notar que o credor social se submete a determinados riscos naturais dos contratos empresariais, por isso, recomenda-se que, sempre que possível, se informe por outros meios sobre a capacidade patrimonial de determinada sociedade, para, com isso, obter maior segurança financeira e jurídica.

5 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: PERCALÇOS HISTÓRICOS E CONTEMPORANEIDADE

O surgimento da teoria da desconsideração da pessoa jurídica remonta ao direito norte-americano a partir da disregard of legal entity. Dentre os dados levantados, o caso inaugural de desconsideração se deu em 1809, sendo nomeado *Bank of the United States v. Devenaux*, contando com a relatoria do juiz Marshall – à época presidente da Suprema Corte dos Estados

Unidos (CASILLO, 1978, p. 13).⁴³ Se foi dentro do sistema jurídico anglo-americano que se fizeram as primeiras manifestações acerca da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, remonta ao direito alemão a principal construção doutrinária do tema, dando-se especial destaque à obra de Rolf Serick intitulada “Rechtsform und Realität juristischer Personen: ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person”.

Na obra acima referenciada, apresentou o autor relevante compilação de casos, através da qual, de forma inédita, estabeleceu os princípios para a aplicação da durchgriff. Enumere-se: a) utilização abusiva da Pessoa Jurídica; b) aplicação de norma de valor fundamental que não pode ser afastada pela forma da Pessoa Jurídica; c) aplicação de normas que se fundam em qualidades ou capacidades humanas que encontrem óbice na Pessoa Jurídica; d) utilização da Pessoa Jurídica para ocultar identidade de pessoa física que lhe integra.

Não obstante a relevância dos estudos, estes foram alvo de diversas críticas pela doutrina europeia. A título de exemplo, Müller-Freienfels, ao contrário de Serick, buscou estabelecer que a possibilidade de se desconsiderar a pessoa jurídica deve ser vista no caso concreto, sendo inviável a colocação de soluções amplas. O renomado jurista também tece duras críticas ao apego de Serick ao elemento subjetivo – o querer utilizar-se da forma da pessoa jurídica para lesar direito (CASILLO, 1978, p. 25). Nesse sentido, ressaltem-se as posições de Reinhardt e Ereinghagen, que desde logo, defenderam a utilização de critérios objetivos – o conflito entre a pessoa jurídica e sua finalidade - para a aplicação da desconsideração (SILVA, sem ano, p. 140). Trata-se de posição adotada pelo Tribunal Federal Alemão⁴⁴ (Bundesgerichtshof)⁴⁵.

⁴³ A discussão remontou à competência do Poder Judiciário federal em questão pendente entre cidadãos de Estados diferentes. Marshall não reconheceu a cidadania do Banco dos Estados Unidos, mas estabeleceu uma conexão com a cidadania dos indivíduos que compusessem a sociedade. Ainda que não tangesse especificamente o tema da *disregard of legal entity*, o julgado, extremamente criticado à época, serviu de base para fundamentação, no sistema norte-americano, das hipóteses de desconsideração em outros casos, *e.g. United States v. Reading Co.* (fraude à lei - 1920), *Luskenbac S.S. Co. Inc. v. W. R. Grade and Co. Inc.* (fraude ao contrato - 1920), *First National Bank of Chicago v. F. C. Treiben Co.* (fraude contra credores - 1865). Note-se que a discussão norte-americana do tema é inovadora, e demonstrou os aspectos gerais da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, e, desde logo, ignorou elementos subjetivos para sua aplicação (CASILLO, 1978, p.15).

⁴⁴ Interessante destacar que no direito alemão não há previsão legal específica seja no que tange à autonomia patrimonial da sociedade, seja na possibilidade de ser a personalidade desconsiderada, baseando-se a construção inteiramente nos tribunais (SILVA, ver ano, p. 139). Tal opção também é adotada pela maioria dos ordenamentos estrangeiros, que restringem a tratativa ao âmbito jurisprudencial, não obstante mantenham a excepcional aplicação da teoria da desconsideração (LEONARDO, 2012, p. 88).

⁴⁵ Bem ressalta Elaine Ramos da Silva que a desconsideração da pessoa jurídica no sistema alemão é excepcional, ao contrário do sistema brasileiro, em que o princípio da separação patrimonial é constantemente atacado pela legislação e jurisprudência (SILVA, ano, p. 136). São casos de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na Alemanha, especialmente, a) confusão de esferas (*Sphärenvermischung*); b) o controle de uma sociedade perpetrado por meio de uma pessoa física ou ainda no âmbito de grupo de empresas (*Beherrschung einer Gesellschaft*); c) subcapitalização (*Unterkapitalisierung*). (SILVA, ano, p. 141)

No que tange ao direito pátrio, a inserção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica se deu principalmente pela jurisprudência, após o início dos estudos da matéria em âmbito doutrinário⁴⁶ – em especial através das obras de Rubens Requião e José Lamartine Côrrea de Oliveira (LEONARDO; RODRIGUES JR., 2019, p. 274).

Nesse momento, em *terrae brasilis*, iniciou-se o embate entre as correntes subjetivista e objetivista na interpretação do exercício abusivo da eficácia personificante. As primeiras, fundando-se na ideia de uso abusivo ou fraudulento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, enquanto a objetivista privilegiava o desvio de finalidade (AGUIAR JÚNIOR, 2018, p. 328-330).

Com o passar do tempo, entretanto, gradativamente a utilização da desconsideração da personalidade jurídica deixava de ser medida excepcional, iniciando sua marcha também para casos de mera insolvência ou de malogro da atividade econômica (LEONARDO; RODRIGUES JR., 2019, p. 274) – em especial como decorrência de políticas legislativas (e.g. art. 28, §5º, CDC).

Não obstante, os tribunais e a doutrina tentam frear através de liames interpretativos e técnicas hermenêuticas a amplitude concedida à desconsideração. Nessa perspectiva, é valorosa a promulgação da Lei da Liberdade Econômica em ressaltar o caráter de excepcionalidade da desconsideração, ao passo que põe ênfase na separação patrimonial e na responsabilidade limitada como uma sanção positiva do empreendedorismo (LEONARDO; RODRIGUES JR., 2019, p. 276).

5.1 As Hipóteses para Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Como supra destacado, a legislação brasileira optou por ampliar as hipóteses para o cabimento da desconsideração da personalidade jurídica, sendo desnecessária, por vezes, qualquer abusividade da pessoa jurídica.

⁴⁶ De interesse que, a despeito de os primeiros julgados que aplicam a desconsideração da personalidade jurídica datarem das décadas de 70 e 80, apenas o Código de Processo Civil de 2015 restou por positivar o procedimento através do qual se buscava a responsabilização dos sócios que se escondiam sob o véu da pessoa jurídica. Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 135-167, dez. 2020.

Contudo, em geral, são hipóteses de cabimento da desconsideração da personalidade jurídica aquelas em que há o abuso de direito, constatado mediante: (i) desvio de finalidade⁴⁷; (ii) confusão patrimonial⁴⁸.

Nesse diapasão, a subcapitalização (dolosa) se insere como hipótese de abuso de direito – como modalidade de desvio de finalidade –, uma vez que tem no seu cerne o dolo de fraude contra os credores da sociedade. Em assim sendo, pode a subcapitalização acarretar a desconsideração da personalidade jurídica, mediante a responsabilização direta do sócio pelas obrigações da sociedade.

5.2 A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Hipótese de Subcapitalização da Sociedade Unipessoal Limitada

No que concerne à sociedade unipessoal limitada, ainda que o legislador tenha optado por não regular seu capital social⁴⁹, essa não está imune à desconsideração por subcapitalização, se identificados no suporte fático o intuito fraudulento característico do abuso de direito.

Assimilar a subcapitalização como elemento complementar do suporte fático (abuso de direito com intuito fraudulento) traz importante constatação: trata-se de questão a ser aferida no plano dos fatos (extrajurídico), mediante detalhada análise ontológica – ou seja, considerando as particularidades da atividade comercial desenvolvida – da ausência de capital social suficiente à desenvoltura da sociedade. Devendo-se, em caso de dúvida, em respeito à excepcionalidade da desconsideração da personalidade jurídica, ser utilizada a interpretação restritiva.

Entretanto, é de se destacar que a sociedade unipessoal não pode sofrer em demasia as mazelas da desconsideração simplesmente pelo simples e mero fato de possuir um único quotista. Se o legislador ocupou-se de garantir a limitação de responsabilidade do comerciante individual mediante a sociedade unipessoal, não há que se buscar a desconsideração única e

⁴⁷ Nos termos do Código Civil (art. 50, § 1º), “desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.”

⁴⁸ Nos termos do Código Civil (art. 50, § 2º), a confusão patrimonial é a ausência de separação de fato entre os patrimônios da sociedade e do sócio, que pode se caracterizar – embora não somente – pelo (i) cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; ou (ii) pela transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante.

⁴⁹ Ainda que larga doutrina tenha se posicionado pela morte da Eireli com o advento da sociedade unipessoal, a segurança jurídica levantada pela sua previsão acerca do capital social pode lhe conferir sobrevida no ordenamento jurídico nacional, uma vez que dificulta a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

simplesmente pela ausência de recursos da sociedade e/ou pela manifestação de vontade social se confundir com a do sócio único.

É esclarecedora a lição de Calixto Salomão Filho (1995, p. 155-156):

Traz a sociedade unipessoal algum custo adicional, digno de tutela especial através da desconsideração? A resposta de um liberal seria imediata: não. Um eventual risco mais elevado já estaria previsto na livre negociação entre as partes. Seria necessário apenas abaixar os custos de informação e reservar a desconsideração para aqueles casos nos quais a existência de um abuso posterior criasse um risco adicional, não previsto na negociação entre as partes. [...] Um sócio que queira assegurar-se de não ver seu patrimônio pessoal envolvido no insucesso do seu negócio deve dotar a sociedade do mínimo de capital necessário ao exercício de sua atividade, assegurar a rigorosa separação de sua esfera patrimonial pessoal da esfera social, bem como não usar da forma societária para benefício próprio. Deve, portanto, assegurar que a organização societária constitua realmente um centro autônomo de decisões, como presumido pelo ordenamento.

Em assim sendo, a sociedade unipessoal não pode apresentar uma pré-disposição a ter desconsiderada sua personalidade, sob pena de sua funcionalidade jurídica e econômica se restar prejudicada, senão completamente comprometida. Afinal, o simples uso da pessoa jurídica a fim de se obter vantagens econômicas (pejotização) não pode dar cabo à sua desconsideração⁵⁰, até mesmo porque o próprio ordenamento lhe confere tal prerrogativa.

Por outro lado, o sócio único deve se atentar em manter distintas sua esfera da social, assim como em conferir o capital social necessário ao desenvolvimento do objeto social quando realizar o ato constitutivo unilateral. Afinal, constatada a subcapitalização, essa poderá dar ensejo à desconsideração da personalidade, atingindo o patrimônio do sócio único.

CONCLUSÃO

Frente ao exposto, parece evidente a insegurança jurídica trazida pela ausência de previsão legal de elementos que definam especificamente o regime, estrutura e organização da sociedade unipessoal, em especial pelo completo limbo normativo no que tange ao seu capital social. Tal situação ainda se agrava pela constatação da sociedade unipessoal como ápice do afastamento do institucionalismo, o que coloca em conflito a possibilidade de autonomização do patrimônio para limitação da responsabilidade pelo comerciante individual.

⁵⁰ “É importante ressaltar, em sentido oposto a essa linha argumentativa, que o ordenamento jurídico brasileiro tem se encaminhado para uma concepção formal de personificação e de personalidade jurídica, compreendida como um conjunto de efeitos jurídicos que não exigem uma elevada medida de institucionalização para que se diferencie a criatura (a pessoa jurídica) do seu criador (a pessoa natural)” (LEONARDO; RODRIGUES JR., 2020, n.p.)
Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 135-167, dez. 2020.

Nesse diapasão, deve o sócio único da sociedade limitada unipessoal se atentar ao máximo em manter a distinção de sua figura da pessoa jurídica, criando uma estrutura específica, o que perpassa pela adequada capitalização social e pela condução da sociedade dentro dos limites de seu objeto social. Em outras palavras, deve o sócio único delimitar ao máximo onde termina sua esfera jurídica, e onde começa a esfera jurídica da sociedade.

No que tange à subcapitalização, trata-se de reconhecida hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, a qual não está imune a sociedade unipessoal, ainda que não exista qualquer delimitação de seu capital social. Pelo contrário, a desconsideração da personalidade tem tendências a ser amplamente aplicada à sociedade unipessoal, tornando a limitação da responsabilidade letra morta.

As concepções que levam a essa conclusão, conforme exposto, entretanto, são equivocadas, e vão de encontro à teleologia do legislador ao inserir a sociedade unipessoal no ordenamento brasileiro.

Para fins de desconsideração da personalidade jurídica, então, é necessária a detida (i) análise dos fatos para constatar se há ou não a subcapitalização – que não se confunde com o aporte mínimo suficiente –; assim como (ii) a caracterização do dolo ou intuito fraudulento, a ser constatado pela manifesta insuficiência do capital. Destaque-se que, em havendo dúvida da caracterização desses elementos do suporte fático, a interpretação deve ser restritiva, devendo ser afastada a desconsideração.

Em assim sendo, é necessária também a atenção dos magistrados brasileiros à conclusão de que a mera unipessoalidade em limitação da responsabilidade não pode ser tomada per se como ato ilícito abusivo que dê ensejo à desconsideração. Pelo contrário, foi escolha do legislador conferir tal prerrogativa ao comerciante individual, como forma de incentivo ao desenvolvimento de atividades diversas, sem precisar recorrer a um sócio.

Para fins de desconsideração da personalidade jurídica, portanto, não há que se estabelecer nenhuma diferença na tratativa de sociedades uni ou pluripessoais, em especial no que tange à hipótese de subcapitalização, sob pena de conferir tratamento desigual ao comerciante pelo simples fato de este não ter buscado a associação a outra pessoa física no momento da constituição da sociedade. Seria afastar grande parte das razões à inserção da sociedade unipessoal no ordenamento nacional, mantendo como mais vantajosa as sociedades na qual figuram os chamados “sócios espantalhos” ou “fantasmas”.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A desconsideração da pessoa jurídica: de Requião aos nossos dias. In. FACHIN, Edson; ABRÃO, Carlos Henrique; REQUIÃO, Rubens Edmundo (Coords). *O moderno Direito Empresarial no século XXI: estudos em homenagem ao centenário de Rubens Requião*. Rio de Janeiro: GZ, 2018, p. 321-353.

ASCARELLI, Tulio. *O Contrato Plurilateral*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/349354/mod_resource/content/1/3.%20ASCARELLI%20C%20O%20Contrato%20Plurilateral.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BAWMAN, Zygmund; BORDONI, Carlo. *Estado de Crise*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. 10. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1955.

CASILLO, João. *Desconsideração da pessoa jurídica*: Joao Casillo. Curitiba: [s.n.], [1978?]

COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. *Economica*, n. 4, p. 386-405, 1937.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v.2: Direito de Empresa. 20. Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder; FILHO, Calixto Salomão. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005.

DÉMARET, Sabine. *Le Capital Social*. Paris : Litec, 1989.

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

DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções*, Coimbra Editora, 2.^a ed., 2004;

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2017. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Regime jurídico do capital autorizado*. São Paulo: Saraiva, 1984.

JUSTEN FILHO, Marçal. *A Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. Tese apresentada na Universidade Federal do Paraná para concurso público de provas e títulos de professor titular de direito comercial. Curitiba, 1985

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A pessoa jurídica no direito privado brasileiro do século XXI. In.: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.); RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. O percurso e os percalços da teoria da pessoa jurídica na Universidade Federal do Paraná: da desconsideração da pessoa jurídica à pessoa jurídica desconsiderada, a partir de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. In. KROETZ, Maria Cândida (org.). *Direito civil: inventário teórico de um século*. Curitiba: Kairós, 2012, p. 75-98.

LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR. Otávio Luiz. *A “pejotização” e a esquizofrenia sancionatória brasileira*. “Parte 2” Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-10/direito-civil-atual-pejotizacao-esquizofrenia-sancionatoria-bras>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR. Otávio Luiz. A desconsideração da pessoa jurídica – alteração do art. 50 do Código Civil: Art. 7º. In. NETO, Floriano Peixoto Marques; RODRIGUES Jr., Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 271-292.

LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR. Otávio Luiz. *Pessoa jurídica, “pejotização” e a esquizofrenia sancionatória brasileira*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-03/direito-civil-atual-pessoa-juridica-pejotizacao-esquizofrenia-sancionatoria-brasileira>>. Acesso em: 03 fev. 2020.

LIMA, João Franzen de. *Curso de Direito Civil Brasileiro: introdução e parte geral* (v.1.). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENÉNDEZ, Aurelio. *Prefácio à obra de A. Pérez de La Cruz Blanco, La reducción del capital en sociedades anónimas e de responsabilidad limitada*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1973.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MUSSI, Luiz Daniel Haj. Art. 7º: Sociedade Unipessoal. Art. 1.052 do Código Civil. In. NETO, Floriano Peixoto Marques; RODRIGUES Jr., Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada e Sociedade de Pessoas. In.: CARVALHOSA, Modesto (coord). *Tratado de Direito Empresarial*. v. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Conceito de Pessoa Jurídica*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Paraná para concurso de livre docência de Direito Civil. Curitiba, 1962.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Dupla crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979

PIC, Paul. *Delle società commerciali*. Trad. A. Bruschetti. Milano: Società Editrice Libreria, 1913. v. 1.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário*. São Paulo, Quartier Latin, 2007.

SILVA, Elaine Ramos da. *Desconsideração da Personalidade Jurídica de Sociedades Comerciais: uma análise comparativa dos sistemas brasileiro e alemão*. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/72639/41111>>. Acesso em 12 jul. 2019.

SIMONETTO, Ernesto. Concetto e composizione del capitale sociale. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. Milano, 1956.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989.

WIEDEMANN, Herbert. *Gesellschaftsrecht: Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts*. Munchen: Beck, 1980. Band I.

Recebido em: 22/06/2020

Aceito em: 21/04/2021

