

irregular, mesmo que seja manifesta ou velada, subliminar, estilo promoção pessoal e justifica-se uma atuação célere e efetiva do juiz em notificar o candidato ou a empresa responsável pela divulgação da propaganda para inibir a sua publicação, sob pena de multa com fulcro no artigo 461 e seguintes do CPC.

Nessa seara o magistrado deve notificar o aludido infrator e a empresa de comunicação responsável para que cesse a propaganda em certo prazo, sob pena de desobediência e multa de astreintes, com base no artigo 461 e seguintes do CPC, pois a sua inação resulta no descumprimento de uma obrigação de não fazer, ou de não entrega, que tem o condão de ferir o princípio da igualdade dos candidatos.

(...)

Depreende-se, então, que o ordenamento jurídico pátrio é possível uma leitura diferenciada da súmula 18 do Tribunal Superior Eleitoral, enquanto o magistrado esteja investido do Poder de Polícia, pois a multa impeditiva do enunciado deve ser somente aquela aplicada após o julgamento de uma representação eleitoral". Grifei. (In: Revista Jurídica TRE-TO, Vol. 4, n. 1, jan/jul 2010)

Não há, por isso, fundamento jurídico para impedir que juízes eleitorais responsáveis pela fiscalização eleitoral ou pela Coordenação da Propaganda Eleitoral no período eleitoral de fixarem *astreintes* para a hipótese de descumprimento do seu comando decisório, desde que tal seja devidamente fundamentado à luz da circunstância concreta que se apresentar, tendo por fundamento, sempre, a intangibilidade do princípio da igualdade entre os candidatos que lancem ao pleito eleitoral.

4. Conclusão

Em conclusão das ideias lançadas neste artigo, entende-se que as *astreintes* não são instituto de utilização privativa do Poder Judiciário. Ao contrário, podem e devem ser utilizadas por todos os Poderes da República no exercício da função administrativa, como medida coercitiva de polícia administrativa.

As *astreintes* serão utilizadas, inclusive, no Direito Eleitoral, com o objetivo de garantir a efetividade de uma ordem de polícia que, na maioria das vezes, tem o condão de impedir a prática de condutas ilícitas. A adoção das *astreintes* não prescinde de previsão legal (ainda que genérica) e deve ser, sempre, objeto de decisão devidamente motivada, como soem ser as demais medidas que representam o poder geral de cautela administrativo.

PERDA GRAVE DE CAPITAL E OS SEUS REFLEXOS NA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE – BUSCA DE EQUILÍBRIO NA APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOALIDADE JURÍDICA

Gustavo Tavares Borba*
José Edwaldo Tavares Borba**

Sumário – 1. Do quadro atual; 2. Desprestígio das regras de proteção ao capital social e sua relação com a aplicação desordenada da teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica; 3. Conclusão.

1. Do quadro atual

O Direito, sendo uma ciência que regula as relações sociais, é influenciado pela realidade, uma vez que seu principal escopo, e própria razão de ser, consiste em dirimir os conflitos de interesses reais, que existem na sociedade.

Tal como a teoria da ação e reação, desenvolvida por ISAAC NEWTON para explicar os fenômenos físicos, no mundo jurídico sucede algo semelhante, porquanto as posturas adotadas pelas pessoas causam reações que influenciam tanto a criação do Direito como a sua aplicação (interpretação).

Por outro lado, as regras jurídicas também influenciam a postura adotada pelas pessoas¹, tanto para se amoldar aos ditames da lei, como para se proteger de algum efeito indesejável por ela determinado.

Assim, sempre que há alteração legislativa ou nova interpretação jurisprudencial, ocorre certa acomodação das relações sociais por ela afetadas, seja pela mera harmonização das condutas aos ditames da lei, seja pela adoção de atitudes que buscam minimizar as consequências eventualmente indesejadas – um exemplo evidente dessa segunda hipótese é o chamado “planejamento tributário”, que nada mais é do que a adoção, pelo sujeito passivo da obrigação fiscal, de medidas para reduzir a incidência de normas não desejadas.

Do mesmo modo, sempre que uma conduta social esteja causando conflito, afigura-se conveniente a edição de lei sobre a matéria, a fim de que essas tensões sociais sejam dissipadas. Por vezes, essa função é desempenhada pela Jurisprudência, que, sensível aos problemas apreciados em casos concretos, e diante da lacuna legislativa, acaba por resolver a questão através de interpretação que entende adequada.

Trata-se de um grande jogo de xadrez, no qual qualquer movimento pode causar uma reação de outra parte, de forma que só se poderá aquilatar as consequências

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Mestre em Direito Comercial pela PUC/SP

** Procurador do Estado do Rio de Janeiro aposentado.

¹ Sobre o tema, remete-se à clássica obra “A Força Normativa da Constituição” – Hesse, Konrad, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

desses movimentos por meio de uma visão panorâmica e perspicaz, que não se limite a verificar apenas as consequências imediatas de cada ato².

Um exemplo emblemático dessa interrelação entre disposição legal e conduta dos indivíduos pode ser verificada na aplicação da regra da limitação da responsabilidade dos sócios pelas dívidas das sociedades.

A limitação da responsabilidade jurídica dos sócios, característica da quase totalidade das sociedades atualmente utilizadas, constitui um poderoso instrumento de estímulo ao empreendedorismo, uma vez que os sócios podem aquilatar exatamente o montante de seu patrimônio que ficará afeto à sociedade, e, conseqüentemente, sujeito aos riscos do empreendimento. Caso a sociedade venha a se tornar inadimplente, os sócios, inexistente qualquer ilegalidade ou abuso, perderiam apenas o capital subscrito, sem riscos adicionais.

Não há dúvida de que a criação de novas sociedades aquece a economia, com todas as consequências salutares daí decorrentes, tais como geração de riqueza, novos empregos, aumento da arrecadação fiscal, etc.

Não se deve, portanto, desprezar a importância teleológica da regra legal da limitação da responsabilidade dos sócios, que foi um dos pilares do desenvolvimento econômico empresarial nos últimos séculos.

Em um mundo ideal, em que os empresários sempre agissem de forma proba, adequada e transparente, não haveria motivo algum para mitigar ou excepcionar a regra da limitação de responsabilidade dos sócios, pois, quando a sociedade não dispusesse de recursos para adimplir suas obrigações, isso decorreria apenas do insucesso empresarial, e não de abusos e condutas antijurídicas.

Isso, contudo, ocorreria em um mundo ideal, que se encontra muito distante da realidade empresarial brasileira atual.

Lamentavelmente, o que vemos hoje, em relação a uma parcela não desprezível do empresariado, é uma inversão de valores, onde aquela idéia de empresário honesto, probo e responsável, cuja palavra falada valia tanto quanto a escrita, fica cada vez mais longe da realidade, em virtude de uma parcela substancial de empresários que atua de forma espiciosa, inadimplindo voluntariamente obrigações líquidas e certas, postergando o cumprimento de obrigações, enganando consumidores, e adotando várias espécies de condutas reprováveis para escapar de suas obrigações.

Esse problema vem sendo agravado por certas circunstâncias históricas e opções legislativas, tal como a quase absoluta supressão das regras de preservação do capital social – tema que será abordado no próximo capítulo.

Como resposta a esse quadro fático em que vários empresários abusavam da proteção decorrente da limitação da responsabilidade e segregação patrimonial, o

² Como exemplo da influência produzida pela jurisprudência nas posturas adotadas na sociedade, podemos citar os benefícios que as empresas costumavam conceder aos empregados com posição de destaque, tais como o fornecimento de carro com combustível. Esses benefícios passaram a ser interpretados pela jurisprudência Trabalhista como sendo “salário indireto”, de forma que, no momento do rompimento do vínculo empregatício, tais benefícios deveriam ser considerados para fins de pagamento das verbas rescisórias.

Em reação a esse posicionamento, as empregadoras reduziram a concessão desses tipos de benesses, para não sofrerem as consequências preconizadas pela jurisprudência. Assim, nada obstante a intenção de proteger os empregados, essa interpretação, na essência, inibiu a concessão dessas vantagens laborais, o que, por uma análise ampla e geral, considerando os efeitos futuros e permanentes, foi prejudicial aos empregados.

Judiciário passou a adotar, de forma cada vez mais ampla, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que consistia (utiliza-se verbo no passado porque, atualmente, a teoria vem sendo aplicada com tamanha distorção que já não se pode precisar suas características) em excepcionar a regra da separação patrimonial entre sócio e sociedade para, no caso concreto, atingir os bens daqueles em virtude de dívida da sociedade, sempre que houvesse comprovação de abuso na utilização da personalidade jurídica ou confusão patrimonial.

Desta forma, apenas quando a sociedade fosse utilizada como mero instrumento para atingir propósitos pessoais dos sócios, afastando-se dos fins próprios da pessoa jurídica, poder-se-ia aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, levantando-se o véu para atingir o patrimônio do sócio ou de quem quer que tenha abusado da utilização da personalidade jurídica.

Nessa linha (que acreditamos ser a tecnicamente correta), não apenas os administradores e sócios poderiam ser responsabilizados pela aplicação da desconsideração, mas todo aquele que se beneficiasse com a utilização fraudulenta da personalidade jurídica. Conforme ensina LAMARTINE CORREA DE OLIVEIRA, não se deve descambar para *ficcionismos exagerados*, cumprindo perquirir, de forma realística, quem efetivamente se beneficiou da utilização abusiva da personalidade jurídica:

É exatamente porque nossa conclusão quanto à essência da pessoa jurídica se dirige a uma postura de realismo moderado - repudiados os normativismos, os ficcionismos, os nominalismos - que essa pergunta tem sentido. Se é em verdade uma outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que esta tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com que a imputação se faça com o predomínio da realidade sobre a aparência.³

Desta forma, a essência da questão relativa à aplicação da teoria da desconsideração deve consistir em saber se alguém, pessoa física ou jurídica, utilizou a personalidade jurídica de uma sociedade como um instrumento para atingir um fim antijurídico. Se afirmativa a resposta, deve-se desconsiderar a personalidade jurídica para atingir quem se beneficiou do abuso.

A teoria, contudo, tornou-se uma panacéia geral que vem sendo utilizada para resolver qualquer caso de inadimplência, através de uma visão estreita que parece desprezar todas as relevantes razões que embasaram a criação da regra da limitação de responsabilidade do sócio, a qual impulsionou o grande desenvolvimento empresarial dos últimos séculos, estimulando o aporte de recursos na atividade econômica.

Hoje, como se sabe, especialmente nas áreas trabalhista e fiscal, tenta-se aplicar a teoria da desconsideração em qualquer hipótese em que se torne difícil o recebimento de um crédito, descaracterizando-se por completo a regra legal da limitação da responsabilidade dos sócios.

³ OLIVEIRA, Lamartine Correa de. *A Dupla Crise da Personalidade Jurídica*, São Paulo: 1979, p. 613.

Na Justiça trabalhista, por exemplo, onde a situação atual, nesse particular, é gravíssima, existem critérios de “produtividade” que consideram a satisfação dos credores em execuções⁴, de forma que, no afã de atingir essas metas, juízes trabalhistas não se inibem em determinar a penhora *on-line* de contas de sócios minoritários sem ingerência na administração da sociedade, bem de controladores e administradores sem qualquer apuração de conduta irregular, tal como se investir em uma empresa configurasse uma espécie de pecado capital.

A situação é tão dramática que o investimento em sociedades de pequeno ou médio porte passou a configurar uma aplicação de altíssimo risco, uma vez que o investidor poderia perder não apenas o capital investido, mas sim todo seu patrimônio, porquanto, havendo inadimplência, todas as execuções poderiam ser redirecionadas para atingir o seu patrimônio particular, especialmente se algum credor descobrisse que, dentre os sócios, ele é o de maior solidez.

Confira-se, sobre o tema, a título de exemplo, a estarrecedora narrativa de ROBERTO SATURNINO BRAGA (ex-senador da República), em artigo publicado no Jornal “O Globo”, de 01/12/2010, sobre as consequências a que esteve submetido por ter apenas participado de uma ONG, sem o exercício de qualquer função de administração:

Faz uns oito anos fui chamado a participar como sócio de uma ONG ligada a um sindicato grande que operava com microcrédito voltado para os seus associados. Era uma iniciativa simpática, de finalidade social, realizada por gente amiga, não implicava em nenhum aporte financeiro nem em qualquer responsabilidade na gestão, não havia, enfim, nenhuma razão para não atender o convite.

(...) Até receber, na semana passada, uma intimação da Justiça do Trabalho para pagar uma quantia elevada, de dezenas de milhares de reais, a uma senhora reclamante de nome tal.

(...)

Dada a sentença, como a ONG não tinha recursos suficientes para pagar, a Juíza, a pedido do advogado da senhora, determinou a desconsideração da pessoa jurídica e, para tornar eficaz a sua sentença de pagamento à reclamante, escolheu, arbitrariamente, entre todos os associados, intervenientes ou não na administração, presentes ou não no momento do ato objeto da reclamação, escolheu arbitrariamente, completamente arbitrariamente, três dos associados para pagarem. (...)

Bem, pergunto, que justiça é esta? Por que eu, inocente, sou apenado, *tenho de pagar se não tive absolutamente nenhuma ingerência na gestão da ONG e na decisão que provocou a demanda da reclamante? Que critério é este que, para fazer justiça, comete uma flagrante injustiça de outro lado? Não seria o mesmo que roubar de alguém para ressarcir outro alguém que foi roubado?* Sinto-me espoliado e já fui informado de

⁴ Como exemplo, podemos citar a meta 17 do CNJ para 2012: “Aumentar em 10% o quantitativo de execuções encerradas em relação a 2011.”

que, se pagar, serei sempre o indicado em todas as outras ações supervenientes. Se não pagar, perco a cidadania bancária. (...)” (Jornal O Globo – 01/12/2010) “grifos do autor”.

O estarrecedor dessa história é que existem centenas, senão milhares, de casos semelhantes, em que pessoas sem qualquer ingerência na administração passam a ser responsabilizadas pelas dívidas das pessoas jurídicas das quais participam (ou participaram).

Essa aplicação desordenada e exagerada da teoria da desconsideração da personalidade jurídica configura um grande desserviço ao Direito e à economia do país, uma vez que inibe a aplicação dos recursos existentes em pequenas e médias empresas, que são essenciais para o crescimento do país, inclusive porque as pequenas e médias empresas de hoje podem se tornar grandes empresas no futuro.

Com a inibição da capitalização das pequenas e médias empresas através de aportes de capital por parte de investidores, remanesce apenas a possibilidade de essas empresas obterem recursos através de empréstimos bancários, o que, muitas vezes, inviabiliza o empreendimento em virtude do alto custo desse capital.

No contexto atual, as pessoas se sentem tranquilas para investir em grandes corporações (v.g., Vale do Rio Doce, Petrobras, Grupo Gerdau, Votorantim, etc.), adquirindo ações em bolsa de valores ou através de fundos de investimento, pois, em tais hipóteses, não existiria (pelo menos até o presente momento) risco de comprometimento de capital superior ao valor investido. Entretanto, em relação às pequenas e médias sociedades, o investidor pode se ver inserido em um pesadelo no qual todo o seu patrimônio, acumulado em uma vida de trabalho, fique, de uma hora para outra, totalmente comprometido.

A situação é tão séria que o mero exercício do cargo de conselheiro poderá resultar comprometimento do patrimônio pessoal, mesmo que inexista qualquer atuação irregular no desempenho dessa função, o que acaba por afastar profissionais competentes desses órgãos consultivos societários.

Parece existir uma miopia generalizada, especialmente na seara trabalhista, que impede a percepção de que a aplicação desordenada da teoria da desconsideração é prejudicial a toda a coletividade. De forma individualizada e imediata, a solução seria boa para o reclamante da ação trabalhista, que receberia seu crédito, mas, de maneira ampla e mediata, a solução seria danosa para o desenvolvimento econômico do país, pois a atividade empresária, ou pelo menos o volume de recursos que poderiam ser para ela direcionados, seria desestimulado.

Em resumo: a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não é, como acudiria aos que possuem uma visão maniqueísta, boa ou má, por si só. Ela será saudável ou prejudicial conforme seja ou não aplicada de forma adequada.

Se aplicada de forma generalizada, para promover a responsabilidade de todos os sócios em qualquer hipótese de inadimplência da sociedade – o que, a rigor, estaria mais para revogação da regra da limitação da responsabilidade do que para a aplicação da referida teoria – os efeitos nefastos desse entendimento seriam evidentes.

Se, por outro lado, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica for aplicada nas hipóteses em que houver abuso na utilização da personalidade jurídica, seja através de confusão patrimonial ou desvio de finalidade, não parece haver dúvida quanto à sua grande valia, devendo ser aplicada, sem receios, pelo Poder Judiciário,

de modo a evitar que qualquer pessoa – seja ela sócio, administrador ou terceiro – se beneficie de expedientes espúrios para fugir ao cumprimento de suas obrigações.

Entretanto, não se devem adotar generalizações, sob o equivocadamente entendido de que todos os empresários, administradores e sócios seriam desonestos, porquanto, esse tipo de mentalidade, além de preconceituosa e fora da realidade, configuraria injustiça a grande parte dos empresários, administradores e investidores, além de ser extremamente prejudicial ao desenvolvimento econômico do país.

Em síntese: os excessos cometidos por uma parcela dos empresários, que se utiliza de meios ardilosos para inibir o adimplemento de suas obrigações, não justificariam a aplicação desordenada e atécnicamente da teoria da desconsideração, que, no quadro atual, mais se assemelharia à mera aniquilação na regra da separação patrimonial (um dos princípios basilares da economia moderna). Os efeitos desse “entendimento” para a economia do país (denominado “custo Brasil”) são nefastos, especialmente quanto à alocação de investimentos em pequenas e médias empresas.

Afigura-se, portanto, necessário que haja uma convergência para um ponto de equilíbrio, a fim de que desconsideração atinja apenas administradores, sócios controladores e terceiros que tenham abusado da personalidade jurídica, mas preservando sempre os meros investidores, bem como os sócios e administradores que atuem de forma regular.

Só assim passaremos a ter um ambiente saudável para os negócios, onde os investidores fiquem tranquilos e estimulados para investir em pequenas e médias empresas, sem risco de comprometimento de todo o seu patrimônio, tal como é o propósito e a função da secular regra da limitação da responsabilidade dos sócios, tão cara ao desenvolvimento econômico.

Além disso, ficaria restabelecida a legalidade, posto que não seria razoável que alguém investisse em uma sociedade considerando a regra legal da limitação da responsabilidade (art. 1.052 do CC/02 e art. 1º da LSA), e depois o próprio Estado que editou a norma viesse a desconsiderar tal regra, através de um de seus braços (o Poder Judiciário), sem a apresentação de qualquer justificativa jurídica para tanto e nem mesmo declarar a inconstitucionalidade das referidas regras jurídicas, o que configura uma evidente agressão ao “princípio da confiança”⁵, à medida em que todo o patrimônio do investidor ficaria comprometido sem a observância a regra legal da limitação da responsabilidade.

O reencaminhamento aos trilhos dessa questão da limitação da responsabilidade, através da definição de um ponto de equilíbrio entre a limitação da responsabilidade e a satisfação dos credores, afigura-se essencial. Para tanto, como será exposto no capítulo seguinte, o caminho seria o fortalecimento das regras sobre preservação efetiva do capital social, a fim de regular a atuação de sociedades que não tenham condições econômicas mínimas para continuar no mercado, o que deveria vir acompanhada da reafirmação da regra da limitação da responsabilidade, uma vez que essas regras (preservação do capital social e limitação da responsabilidade) são dois lados complementares de uma mesma moeda, que se justificam e se fundamentam reciprocamente.

⁵ Sobre o tema, há excelente monografia “O Princípio da Proteção da Confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado” – Araujo, Walter Schuenquener de; Niterói: Impetus, 2009.

2. Desprestígio das regras de proteção ao capital social e sua relação com a aplicação desordenada da teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica

O Brasil, nas últimas décadas, vem progressivamente negligenciando, tanto no plano doutrinário como no legislativo, as regras de proteção efetiva do capital social, sob o argumento de que a real proteção dos credores estaria assegurada pelo patrimônio líquido.

O patrimônio líquido espelha, pela sua própria natureza (ativo menos passivo), a real situação da sociedade, sendo uma indicação evidente de sua pujança ou declínio, enquanto o capital social, por ser uma cifra contábil e estática, que permanece a mesma até que seja formalmente modificada, nada diz sobre a consistência econômica da empresa.

Deve-se, no entanto, atentar para a circunstância de que o patrimônio líquido não se encontra sujeito a qualquer barreira, de tal forma que a sociedade poderá, face ao insucesso das operações realizadas, ter esse patrimônio líquido amesquinhado até a exaustão, quando o seu resultado deixaria de ser positivo para se tornar negativo. A sociedade, nesse caso, tornar-se-ia deficitária, abrindo-se o caminho para a falência.

O patrimônio líquido assume grande importância para o efeito de analisar-se a empresa, no contexto de suas demonstrações financeiras e dos índices que nestas se apóiam. Os auditores e consultores em geral extraem dessas informações as suas avaliações e recomendações, que são relevantes para banqueiros, investidores e grandes fornecedores.

O público em geral, que se compõe de pequenos fornecedores, dos consumidores, dos empregados, e até mesmo do fisco, não tem como se valer de estudos ou avaliações do patrimônio líquido da sociedade, como pressuposto de sua decisão de se relacionar ou não com determinada empresa.

Além disso, os credores de uma empresa nem sempre o são por um ato de escolha. Às vezes o são por uma contingência da vida. Quem pleiteia uma indenização por responsabilidade civil de uma empresa, não o faz por escolha, mas pelos azares da sorte. A previdência social ou complementar, quando credora de uma sociedade, não o é por preferência eletiva, mas por uma imposição dos fatos e circunstâncias. O empregado que perdeu o seu emprego e tem uma indenização a receber, ou mesmo o que se encontra com os salários atrasados, não chegou a essa situação por negligência na avaliação da empresa, que veio se deteriorando ao longo dos anos.

Cabe, conseqüentemente, acentuar que o conceito de patrimônio líquido assume grande importância na avaliação das empresas, mas que não se constitui em garantia para os credores. O patrimônio líquido, na parte em que excede o capital social, pode, desde que respeitada a reserva legal, ser inteiramente distribuído aos acionistas.

A única garantia dos credores é, pois, o capital social, este sim uma barreira à distribuição de lucros aos acionistas. Esta barreira, contudo, é relativa, porquanto, embora o capital social não possa sofrer qualquer desfalque para o efeito de distribuição de lucros aos sócios ou acionistas, poderá ser inteiramente consumido pelas dívidas da sociedade. E, quando essas dívidas vão consumindo o capital social, a garantia dos credores vai se evaporando. Tem-se então a chamada perda de capital, que poderá ser leve ou grave, entendendo-se por grave aquela que alcança 50% ou mais do capital social.

Ocorre perda de capital sempre que o patrimônio líquido cai para um patamar abaixo do capital. Quando da constituição de uma sociedade, capital e patrimônio líquido se equivalem, pois o patrimônio encontra-se constituído pelos bens que os subscritores transferiram ou se obrigaram a transferir para a sociedade a título de integralização do capital. Ao iniciar a sua vida ativa, a sociedade contrai obrigações e realiza negócios que, no conjunto, poderão lhe trazer lucro ou prejuízo. Os lucros tornarão o patrimônio líquido superior ao capital – haverá ganho de capital. Os prejuízos tornarão o patrimônio líquido inferior ao capital – haverá perda de capital. Uma pequena perda de capital poderá ser revertida nos anos seguintes, mas uma perda grave tende a acender a luz vermelha quanto ao futuro da empresa.

A prática internacional tem indicado, a partir da experiência acumulada, que quando a perda de capital chega a 50%, a situação, em regra, tende a se tornar irreversível, de tal modo que, a partir desse ponto, a empresa caminha para a insolvência, com elevados prejuízos para os credores e para a economia como um todo.

O princípio da realidade do capital, que se encontra consagrado na legislação brasileira, destina-se a evitar a subavaliação dos bens conferidos à sociedade para o efeito de integralização de capital. Esses bens estão sujeitos a avaliação pelos sócios, nas sociedades em geral, e por peritos, nas sociedades por ações. Os titulares desses bens, assim como os sócios e os avaliadores, responderão civil e criminalmente pela avaliação desses bens.

Por outro lado, o princípio da intangibilidade do capital impede qualquer distribuição de lucros ou dividendos em prejuízo do capital. Vale dizer, sem que haja excesso patrimonial, nada pode ser distribuído; se existem prejuízos acumulados, o eventual lucro dos exercícios vindouros deverá primeiro compensar os referidos prejuízos, para, somente depois, e desde que atendidas, quando for o caso, as regras sobre reserva legal, e se houver saldo, poder-se pensar em distribuição de lucros.

Os princípios da realidade e da intangibilidade do capital, embora relevantes, não são, porém, suficientes para assegurar a efetividade do capital social, pois a acumulação de prejuízos, decorrentes das operações da empresa, poderá consumir esse capital até o ponto de sua completa exaustão.

Impõe-se, pois, atender ao princípio da efetividade do capital, mediante o estabelecimento de normas legais que o salvaguardem do risco de esvaziamento substancial. Ou seja, a sociedade, para operar, necessita de um capital, que é o seu fundo de atuação. Se esse fundo se esvazia, a empresa ingressa em uma situação de risco que afeta não apenas a sociedade e os seus acionistas, mas igualmente todos aqueles que com ela se relacionam.

Foi a partir dessa constatação que se estruturou o conceito de perda grave de capital, de tal modo a estabelecer-se um patamar mínimo de patrimônio líquido *vis à vis* o capital social. Convém lembrar que, enquanto o capital social se mantém íntegro, a sociedade, além dos ativos que cobrem o seu passivo, ainda conta com valores ativos equivalentes, no mínimo, ao seu capital social. O capital encontra-se, portanto, cheio. O capital começa, por outro lado, a se esvaziar, quando, considerados ativo e passivo, o saldo já não cobre o capital social – inicia-se, então, um processo de perda.

Essa questão afigura-se de extrema importância, até mesmo porque a responsabilidade limitada dos sócios ou acionistas, nas sociedades de responsabilidade limitada, funda-se na existência de um capital social. O capital social constitui a contrapartida da responsabilidade limitada dos sócios ou acionistas. Limita-se a

responsabilidade dos sócios porque a sociedade dispõe de um capital – um fundo social – que responde pelas obrigações da empresa. Destarte, se o capital social, em função das perdas acumuladas, já não oferece qualquer representatividade, desmonta-se um dos termos da equação – o fundo social – com o efeito de comprometer o outro termo dessa mesma equação – a limitação da responsabilidade.

Os sistemas jurídicos em geral procuram tutelar a efetividade do capital social, estabelecendo regras rígidas para as hipóteses de perda grave de capital. O nosso Código Comercial, de 1850, continha norma nesse sentido, ao prescrever (art. 336, 1) a dissolução da sociedade “nos casos de perda inteira do capital social, ou deste não ser suficiente”. A Lei nº 3.150, de 1882, que foi a nossa lei das sociedades anônimas até o advento do Decreto-lei nº 2.627/40, também era explícita ao prescrever (art. 17, 6º) que “no caso de perda de metade do capital social, os administradores devem consultar a assembléia geral sobre a conveniência de uma liquidação antecipada. No caso, porém, em que a perda seja de três quartos do capital social, qualquer acionista poderá requerer a liquidação judicial da sociedade”.

Dentro dessa linha de orientação, que busca não apenas a realidade e a intangibilidade do capital, mas igualmente a sua efetividade, assim se manifestou TULLIO ASCARELLI:

Já na vida da sociedade visa o direito garantir a efetiva subsistência do capital. Por isso é severamente proibida a distribuição de dividendos que não representem lucros realizados; por isso se ditam normas que tutelam os credores na hipótese de redução do capital ou de fusão e normas que visam, antes de mais nada, evitar as superavaliações; se impõe, qual ulterior garantia, a constituição de uma reserva legal; se proíbe a distribuição de dividendos, embora decorram de lucros, caso não esteja reintegrado o capital, anteriormente desfalcado por perdas; *se impõe a liquidação ou a falência da sociedade caso, em virtude de perdas, haja uma diminuição do capital que supere um limite legalmente predeterminado.*⁶ (grifos do autor).

Lamentavelmente, o Decreto-lei nº 2627/42, assim como a atual lei das sociedades anônimas (Lei nº 6.404/76), e igualmente o Código Civil de 2002, silenciaram completamente quanto a essa relevante questão.

A legislação brasileira, ao que tudo faz crer, passou a sofrer, a partir dos anos quarenta, uma forte influência do direito norte-americano, com isso se afastando dos parâmetros que sempre informaram e orientaram o direito latino-americano, assim como o direito europeu. Os Estados Unidos, na virada do Século XIX para o Século XX, começaram, com efeito, a se afastar do conceito jurídico de capital social como garantia dos credores, mas, em contrapartida, criaram outros mecanismos de proteção aos credores, que são típicos da *Common Law*, mas que não vigoram nem tampouco se adéquam ao sistema jurídico continental, ao qual nos filiamos.

As legislações latino-americanas e européias continuam a prestigiar e a reforçar a efetividade do capital social como garantia dos credores.

⁶ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*, São Paulo: 1947, p. 155.

No âmbito da União Européia, a matéria vem ganhando enorme relevância, inclusive com a edição da Diretiva 77/91/CEE, consolidada pela Diretiva 2012/30/CEE, do Parlamento Europeu e do Conselho, na qual ficou estabelecido (art. 19) que todos os estados membros devem inserir em suas legislações normas que obriguem a sociedade, nos casos de perda grave de capital (perda de cinquenta por cento ou mais do capital subscrito), a convocar uma assembléia geral na qual se decidirá a liquidação da sociedade ou a adoção de outras medidas que sejam capazes de corrigir essa aguda distorção.

Para tanto, as várias legislações européias têm adotado, como alternativa à liquidação, a recapitalização da sociedade, através de aumento de capital que a retire da faixa de risco, ou a redução do capital para um montante correspondente ao seu capital efetivo, de modo a afastá-la da situação enganosa em que se encontrava.

Cabe lembrar que, os países membros da União Européia, até também por exigência da mesma Diretiva já referida, encontram-se obrigados à existência de um capital mínimo, de tal forma que, atingido esse capital mínimo, nenhuma redução será possível, o que conduzirá a sociedade para a liquidação.

A matéria encontra-se regulamentada pelos vários membros da União Européia, às vezes com maior rigor (França, Itália), às vezes com menor rigor (Alemanha, Bélgica), sendo que a legislação mais flexível é a de Portugal, a qual permite, além das soluções já apontadas, uma solução apenas informativa, qual seja a de informar a perda grave de capital em todos os seus atos, publicações, contratos, correspondência e material publicitário, sob pena de responsabilidade pessoal dos respectivos controladores e administradores.

No Brasil, essa importante questão foi totalmente negligenciada, o que permitiu que sociedades com o capital inteiramente esvaziado (sociedades insolventes) continuassem a operar normalmente. Com isso, corrompeu-se a base da limitação da responsabilidade dos sócios, com acentuado comprometimento da disciplina da matéria.

O que se vem assistindo, entre nós, tem sido um paulatino dismantelamento da limitação da responsabilidade dos sócios, com uma quase revogação da separação patrimonial entre sócio e sociedade. A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, que se desenvolveu com o objetivo de sancionar o abuso da personalidade jurídica, ganhou no Brasil uma extensão que não tem paralelo em nenhum outro país. A explicação para tamanha distorção estaria, pode-se presumir, no também singular desrespeito ao princípio da efetividade do capital, que é pressuposto conceitual da limitação da responsabilidade dos sócios.

O próprio legislador, no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), prescreveu (art. 28) que a personalidade jurídica seria afastada sempre que viesse a representar um obstáculo ao ressarcimento do credor, extravagância esta que se repetiu na Lei do Cade (1994) e na Lei do Meio Ambiente (1998). A partir de então alguns juízes e, amplamente, os juízes trabalhistas passaram a agir como se não mais vigorasse entre nós o princípio de separação patrimonial, que informa a existência da pessoa jurídica.

No estágio em que o problema se apresenta, e como meio e forma de restaurar a normalidade institucional, impõe-se redisciplinar legislativamente esses institutos, a fim de restaurar o princípio de efetividade do capital e o seu corolário – a limitação da responsabilidade dos sócios.

3. Conclusão

Percebe-se, ao cotejar a regra da limitação da responsabilidade societária com a jurisprudência relativa à desconconsideração da personalidade jurídica, que o Brasil vive uma situação caótica nesse particular, uma vez que não se tem, no atual estágio, como precisar, minimamente, qual o grau de responsabilidade dos sócios e acionistas.

Esse quadro crítico de insegurança jurídica reclama providências legislativas imediatas, que equacionem adequadamente as regras societárias sobre a efetividade do capital social, e que, ao mesmo tempo, disciplinem, de forma abrangente, porém estrita, os casos e as condições em que a personalidade jurídica poderá ser desconconsiderada.