

MAURO RODRIGUES PENTEADO

*Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial pela USP. Professor
Associado de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo. Advogado, Parecerista e Árbitro.*

**AUMENTOS DE CAPITAL
DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS**

2^a EDIÇÃO ATUALIZADA E ANOTADA POR
ALFREDO SÉRGIO LAZZARESCHI NETO

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, primavera de 2012
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua Santo Amaro, 316 - Centro - São Paulo

Coordenação Editorial: Vinicius Vieira

Diagramação: Victor Guimarães Sylvio

Revisão Gramatical: Rafael Almeida

Capa: Eduardo Nallis Villanova

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Aumentos de Capital das Sociedades Anônimas. 2ª edição – atualizada e anotada por Alfredo Sérgio Lazzareschi Neto. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ISBN 85-7674-643-3

1. Direito Comercial. 2. Sociedades Anônimas. I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito Comercial
2. Brasil: Sociedades Anônimas

Contato: quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

CAPÍTULO I

CAPITAL SOCIAL E PATRIMÔNIO: NOÇÕES GERAIS

Sumário: 1. Noções gerais de capital social e patrimônio. 2. Críticas à noção de capital como garantia dos credores. 3. Aperfeiçoamento da disciplina do capital. O capital mínimo. 4. Capitalização adequada. 5. A recomposição do capital. 6. Função organizativa ou estrutural do capital social.

1. De uma maneira simplificada pode-se vislumbrar, no papel exercido pelo empresário, enquanto agente do sistema econômico, três funções básicas: *a)* a de organizar os fatores de produção, com a constituição ou expansão da empresa; *b)* a de administrar e gerir a empresa, com a direção das atividades sociais, organizadas com maior ou menor complexidade numa estrutura hierarquizada; *c)* a de assumir os riscos empresariais, inerentes à certeza da contraprestação a ser paga aos fatores de produção e à incerteza da receita auferida com a venda de bens e serviços produzidos.

Anotação de ASLN: Nos termos do art. 966 do Código Civil, “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, estabelecendo o seu parágrafo único que “não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Quando a atividade empresarial é exercida individualmente ou por poucos sócios, através das chamadas sociedades solidárias, as funções acima mencionadas se apresentam enoveladas, em razão da ausência de nítida distinção entre patrimônio individual e o patrimônio vinculado à empresa.

Já no modelo de sociedade anônima, pela sua vocação de organizar grupos empresariais numerosos, sobretudo os de grandes dimensões, com dezenas de milhares de acionistas, essas funções aparecem claramente diferenciadas. Enquanto a função de criar a empresa é atribuída pela lei aos fundadores da companhia – exsurgindo logo aí o problema da reunião dos cabedais que irão compor o capital – para a estruturação do exercício das demais funções o instituto do capital social assume papel fundamental, na medida em que permite, de

um lado, a transferência dos riscos da empresa para um patrimônio autônomo ou separado, com a limitação da responsabilidade dos sócios e, de outro, a organização e definição dos direitos patrimoniais e políticos destes últimos.

O conceito de capital social, bem como a sua tutela jurídica estiveram ligados, na sua formulação inicial, à constituição desse patrimônio separado, para a criação das sociedades em geral, procurando conciliar a limitação da responsabilidade dos sócios com a garantia dos credores, constituindo, no âmbito das sociedades anônimas, tal como salientou Ascarelli, "la chiave di volta delle norme destinate a proteggere i creditori sociali"²².

A palavra "patrimônio" designa, em sua acepção corrente, o conjunto de bens pertencentes a uma determinada pessoa. Em termos técnicos, seu significado é mais amplo e complexo, tanto que rendeu ensejo, no tocante à discussão sobre sua natureza jurídica, à elaboração de diversas teorias, que variam desde a concepção subjetivista – que considera o patrimônio como emanção da personalidade – às teorias objetivistas, estas admitindo patrimônios sem sujeito e reputando-os como uma conjunto de riquezas afetas a um fim. Luiz Gastão Leães, após resenhar as posições doutrinárias sobre o assunto, assinala que em seu sentido técnico, bem mais lato que o vulgar, a noção de patrimônio compreende o conjunto de valores de conteúdo econômico, positivos e negativos, vinculados a uma pessoa através de relações jurídicas definitivas, que compreende os seguintes dados fundamentais, de geral aprovação: "a) conjunto de relações jurídicas, tanto ativas quanto passivas; b) apreciáveis economicamente; c) coligadas entre si, por pertinentes a uma pessoa"²³.

22 Tullio Ascarelli, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 24.

23 Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *Do direito do acionista ao dividendo*, São Paulo, 1969, pp. 72-73.

Tendo como característica marcante a sua pertinência a uma pessoa, seu titular único, o patrimônio também pode estar adstrito a vários sujeitos em comum, sem prejuízo da titularidade única, o que não significa, como adverte Pontes de Miranda²⁴, que a cada pessoa corresponda um só patrimônio; ao lado do patrimônio geral podem coexistir patrimônios separados ou especiais, voltados a um determinado fim, concentrando as relações jurídicas ativas e passivas necessárias à sua consecução²⁵.

O problema da limitação da responsabilidade, nas sociedades empresárias, tem a ver com a constituição de um patrimônio separado ou autônomo, que passará a suportar com exclusividade a ação dos credores, nos limites de sua constituição, de acordo com a disciplina legalmente estabelecida para preservar a sua integridade.

A separação patrimonial pode ter como consectário a limitação da responsabilidade, na medida em que permite a circunscrição de uma massa de bens responsáveis; por tal motivo, patrimônio separado e responsabilidade limitada se conjugam em unidade permanente e indissolúvel, tal como "irmãos siameses", segundo a feliz expressão de Sylvio Marcondes²⁶.

O capital social aparece, assim, nos sistemas legais de filiação romano-germânica, como um instituto destinado a tornar possível a limitação da responsabilidade, mediante um conjunto de normas inderrogáveis, inclusive de natureza penal, que visam tutelar aquele patrimônio especial, subtraído do conjunto geral de bens dos sócios, para formar a base patrimonial da sociedade. É o capital, como

24 "Todo patrimônio é unido pelo titular único, ou por titulares em comum, mas únicos, isso não quer dizer que a cada pessoa só corresponde um patrimônio; há o patrimônio geral e os patrimônios separados ou especiais" (*apud* Leães, *Do direito*, cit., p. 73).

25 Leães exemplifica com a quota na herança, que não se funde completamente no patrimônio do herdeiro, o dote, os bens particulares dos cônjuges, o fideicomisso, o patrimônio dos sujeitos ao pátrio poder, a massa concursal e o patrimônio das sociedades não personificadas (*Do direito*, cit., pp. 73-74).

26 Cf. Sylvio Marcondes Machado, *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*, São Paulo, 1956, p. 272.

salientou Ascarelli, um ponto fixo de referência, que oferece a terceiros uma tutela no tocante à gestão da empresa, propiciando de outra parte, por meio da publicidade, a identificação de suas relações com o patrimônio social de que é titular a sociedade, este último em contínuo processo de mutação²⁷.

Ao contrário do patrimônio, sujeito a um contínuo processo de modificação, o capital social caracteriza-se pela fixidez; formado com as contribuições dos sócios, por ocasião da constituição da sociedade e ao longo da existência desta, e integrado, também, pelas reservas geradas internamente pela empresa, é representado por uma cifra constante do estatuto (Lei nº 6.404/76, art. 5º) ou consignada, mediante averbação, no registro do comércio (*idem*, art. 166, § 1º), cifra essa somente alterável nas hipóteses minuciosamente disciplinadas em lei.

Anotação de ASLN: São princípios do regime legal do capital social: a) Unidade: toda sociedade deve ter um único capital social, indicado no estatuto (art. 5º da Lei nº 6.404/76); b) Fixidez: o capital social somente pode ser modificado nos casos previstos na lei e com a observância das normas legais (art. 6º da Lei nº 6.404/76); c) Irrevogabilidade: os acionistas não podem ser dispensados da obrigação de realizar as entradas a que se obrigaram perante a companhia (arts. 106 e 107, § 1º, da Lei nº 6.404/76); d) Realidade: a cifra do capital social subscrito deve corresponder ao valor real das entradas feitas ou prometidas pelos acionistas (arts. 8º e 10 da Lei nº 6.404/76); e e) Intangibilidade: os acionistas não podem

27 "Occorre, da un lato, fornire ai terzi una tutela relativamente alla gestione delle società, dall'altro conciliare la pubblicità con la continua variazione del patrimonio sociale, trovando all'uopo un punto fisso di riferimento; sarà così possibile, da un lato, tutelare i terzi nei riguardi delle variazioni del patrimonio sociale, dall'altro fornire loro un mezzo per seguire la gestione della società, pur rispettando la necessaria elasticità e libertà di questa gestione. Perciò, specialmente nei sistemi romanistici, si andò elaborando il concetto di capitale sociale e vennero stabilite norme volte a tutelarne la integrità". (*Studi in tema di società*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 15).

“beliscar” o capital social (na feliz expressão do jurista português Abílio Neto, in *Código das Sociedades Comerciais – Jurisprudência e Doutrina*, 3ª ed., Lisboa, Ediforum, 2005, p. 128), ou seja, não podem tocar nesse fundo permanente enquanto a sociedade continua operando e os credores ainda não foram integralmente satisfeitos (arts. 6º, 30, 174 e 201 da Lei nº 6.404/76, e art. 177, § 1º, VI, do Código Penal).

O montante do capital social figura no passivo do balanço da sociedade, por representar um débito desta para com os sócios; mas como tal débito não pode ser saldado, em princípio, enquanto existente a companhia, esse passivo é qualificado como não exigível (integrando o patrimônio líquido, conforme Lei nº 6.404/76, art. 178, § 2º, “d”). Nessas condições, o capital funciona, perante o patrimônio da sociedade, como uma “cifra de retenção”²⁸, prendendo no ativo bens suficientes para equilibrá-la; os credores, com esse mecanismo, contam com um índice de garantia patrimonial, que mede a variação do patrimônio social em relação ao importe dos bens que os acionistas vincularam aos negócios que constituem o objeto social.

Anotação de ASLN: O capital social funciona como garantia dos credores porque a lei societária autoriza que se distribua aos sócios somente aquilo que transbordar dessa “caixa de retenção” (daí os norte-americanos o designarem de “measuring rod”).

Justamente para preservar essa “caixa de retenção” é que a companhia somente pode transferir bens do seu patrimônio para os sócios nas hipóteses previstas na lei (redução de capital, pagamento de dividendos, reembolso de ações, liquidação etc.), sob pena de infração ao princípio da intangibilidade.

²⁸ Cf. Manuel Broseta Pont, *Manual de derecho mercantil*, 2ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1974, p. 208.

A função do capital social é, pois, a de impedir que a companhia transfira livremente bens do seu patrimônio para os sócios em prejuízo dessa "caixa de retenção", garantia mínima dos credores e pilar de sustentação da limitação de responsabilidade dos acionistas.

Como bem registra Bulhões Pedreira, "se os sócios tivessem liberdade ilimitada de promover a transferência dos bens da sociedade para seus patrimônios, inclusive em prejuízo dos credores sociais, o regime de responsabilidade patrimonial deixaria de ser eficaz nas sociedades" (*Finanças e demonstrações financeiras da companhia*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 419).

As características próprias do capital social e do patrimônio – aquele marcado pela fixidez, este pela mutabilidade – explica a orientação legislativa que se veio desenvolvendo em dois sentidos: *a)* de um lado, procurando manter a congruência entre capital e patrimônio no momento da constituição da sociedade, mediante regras que, por exemplo, impõem a avaliação dos bens relativos às entradas de capital²⁹; *b)* de outro, com base no chamado "princípio da integridade do capital", editando uma série de normas que buscam a sua preservação durante a vida da sociedade³⁰.

Pelos motivos sinteticamente alinhados, a despeito das críticas que o instituto do capital social vem recebendo, a doutrina mais recente continua a considerá-lo como elemento essencial e indispensável na estruturação das sociedades, identificando-o como causa ou meio necessário à consecução dos fins lucrativos perseguidos pelos sócios em qualquer organização societária³¹. As sociedades desprovidas de capital,

29 A nova lei acionária brasileira, ao instituir o ágio, adotou, segundo Modesto Carvalhosa, um novo conceito de capital social, aproximado do *stated capital* do sistema norte-americano (*Comentários*, cit., vol. 1, p. 31), o que não deixa de constituir um avanço em relação à orientação referida no texto, na medida em que se traduz num acréscimo patrimonial em níveis superiores ao capital fixado.

30 Philomeno J. da Costa enumera nada menos do que 41 dispositivos que na Lei nº 6.404/76 procuram assegurar o princípio da integridade do capital social (*Anotações*, cit., p. 143).

31 Cf., entre outros, Ernesto Simonetto, *Concetto e composizione del capitale sociale*, *Rivista del Diritto Commerciale*, 54: 48-50, pt. 1, 1956; Anne Petitpierre Sauvain,

admitidas alhures e entre nós já proposta *de lege ferenda*³², constituem exceção que de certa forma confirma o que vem a ser exposto, na medida em que tais espécies societárias têm sido disciplinadas sem dar margem à limitação da responsabilidade, constituindo modalidade de patrimônio separado erigido em garantia primeira de seus credores, sem excluir a responsabilidade subsidiária e ilimitada dos sócios³³.

2. Concebido inicialmente para propiciar a devida tutela aos credores sociais, o instituto do capital social, pelas naturais imperfeições inerentes a um regime jurídico que se propõe a alcançar a ideal congruência entre uma cifra estática e um dinâmico conjunto de relações jurídicas, veio sendo submetido a críticas por parte da doutrina, que chegou a contestar a sua própria utilidade para realizar tal mister. Essas objeções provêm, de um lado, da forma unilateral e em princípio discricionária com que é fixado, sem que os credores sejam ouvidos sobre as decisões atinentes à sua modificação; sob esse prisma, questiona-se a ausência ou até mesmo a impossibilidade da existência de regras que imponham a composição de um capital adequado para a constituição e funcionamento das sociedades, dadas

Costituzione della società. II – Il capitale, in *I grandi problemi della società per azioni nelle legislazioni vigenti*, Padova, CEDAM, 1976, vol. 5-I; Fábio Konder Comparato, *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 149; Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *Direito comercial: textos e pretextos*, São Paulo, Atlas, 1978, pp. 93-96; José Alexandre Tavares Guerreiro, *Regime*, cit., pp. 1-2.

32 Cf. Anteprojeto de Lei que dispõe sobre as associações de interesse econômico, as quais podem ser constituídas com ou sem capital social (art. 2º, *caput*), respondendo as pessoas que delas participem solidária e ilimitadamente pelas suas dívidas, salvo estipulação em contrário com credor determinado (art. 2º, § 1º) (Anteprojeto publicado na Série Cadernos Técnicos, nº 15, editada pelo Conselho de Desenvolvimento Comercial do Ministério da Indústria e do Comércio, Brasília, 1983).

33 Em França a Ordonnance nº 67-821, de 23-9-1967, instituiu o *groupement d'intérêt économique* que "peut être constitué sans capital" (art. 1º, nº 2); todavia, "les membres du groupement sont tenus des dettes de celui-ci sur leur patrimoine propre. Ils sont solidaires, sauf convention contraire avec le tiers cocontractants" (art. 1º, nº 4); inspirados nestes últimos foram criados em Portugal pela Lei nº 4, de 4-6-1973, explicitada pelo Decreto-Lei nº 429, de 25-8-1973, os agrupamentos complementares de empresas, dotados de personalidade jurídica (Base IV), constituídos com ou sem capital (Base II, nº 1), sendo que as empresas neles agrupadas respondem solidariamente por suas dívidas (Base II, nº 2).

as realidades multiformes apresentadas pelas empresas³⁴. Do ponto de vista contábil, a “maquinaria” do capital social, construída em torno da cifra inscrita no balanço para fins de apuração do lucro, faz tábula rasa das prévias decisões contábeis que, facilmente fraudadas, podem distorcê-lo completamente; é patente a dificuldade que o sistema contábil encontra para registrar fidedignamente o dinâmico e mutável patrimônio social, à míngua de meios técnicos para tratar adequadamente em sua dimensão temporal os direitos e obrigações da companhia. Como ponderou Bayless Manning, “uma contabilidade que pretendesse resolver esses problemas cairia em debates conceituais à pior maneira dos teólogos medievais”³⁵.

As deficiências da disciplina do capital social enquanto garantia dos credores acabam por se traduzir, na praxe societária, em situações marcadamente injustas: ao passo que os credores economicamente fortes soem cercar-se de garantias adicionais, de natureza real ou fidejussoriamente prestadas pelos sócios ou administradores, os credores desprovidos desse poder de barganha – mormente os pequenos fornecedores, prestadores de serviços e mesmo os empregados – remanescem na singular posição de co-partícipes dos riscos empresariais.

Embora toda essa ordem de objeções tenha colocado em causa a própria “lógica” do capital social³⁶, considerado um instituto envelhecido e ultrapassado³⁷, continua ele onipresente na estrutura jurídica das

34 Cf. Francesco Galgano, *La società per azioni*, Padova, CEDAM, 1984, pp. 7-10.

35 *Apud* Alfredo Lamy Filho, A reforma da Lei de Sociedades anônimas, *RDM*, 1972, 7: 153; v. resenha dessas críticas, provenientes de Paulette Veaux Fournier e Bayless Manning no artigo citado e também na obra de Leães, *Direito Comercial*, cit., p. 273.

36 Cf. Michel Jeantin, La loi du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne, *Rivista delle Società*, 1983, 4-5: 1.073.

37 Cf. Jean Guyénot, Bilan du droit français des sociétés depuis 1980 jusqu'à la Loi n° 83-353 du 30 avril 1983, publicado na *Rivista delle Società*, 1983, 4-5: 1.003 e também na *RDM*, 1985, 58: 14: “les dispositions relatives au maintien du capital social des sociétés anonymes obéissent, dans la directive comme dans la loi de 1981, à une logique propre de renforcement de reconcept, à l'encontre d'une opinion qui a pu être professée, selon laquelle la notion de capital social correspondrait à une institution vieillote et dépassée”.

sociedades anônimas, valendo frisar que no direito continental europeu, onde essas críticas também vicejaram, tal mecanismo foi reforçado no âmbito da Comunidade Econômica Europeia, com a edição pelo Conselho das Comunidades, em 1976, da 2ª Diretiva, que confere uma atenção especial ao capital e suas modificações. Mesmo na Inglaterra – filiada ao sistema da *common law*, onde o significado do capital apresenta peculiaridades diversas – as necessidades de harmonização normativa comunitária conduziram à promulgação do *Companies Act* de 1980, que traçou uma disciplina para o capital social muito próxima da dos países da família romano-germânica.

3. Se é verdade que as críticas mencionadas não tiveram peso para levar à supressão do instituto em tela, não é menos exato que foram de grande serventia, ao chamarem a atenção para a necessidade de aprimorar a sua disciplina; afinal, se a defesa dos credores é imperfeita com a noção de capital, não significa isto que deva ser abandonada, cumprindo, antes disso, reforçá-la.

Nessa perspectiva devem-se examinar, inicialmente, as vantagens da exigência de capital mínimo para as sociedades, a exemplo do que ocorre em quase todas as legislações³⁸. Os autores do Anteprojeto que veio a converter-se na Lei nº 6.404/76, após declararem o seu propósito de manter, “na plenitude, a função do capital social como garantia dos credores”, procurando “aperfeiçoar o regime legal que assegura sua realidade e integridade”, afirmaram que deixaram de

38 V. g., art. 6 da 2ª Diretiva da Comunidade Econômica Europeia, de 13-12-1976: “The laws of the Member States shall require that, in order that a company may be incorporated or obtain authorization to commence business, a minimum capital shall be subscribed the amount of which shall be not less than 25,000 units of account”; na Itália, a Lei nº 904, de 16-12-1977, fixou para as sociedades por ações e em comandita por ações de capital mínimo de duzentos milhões de liras e, para as sociedades de responsabilidade limitada, de vinte milhões de liras (art. 11); esse mesmo artigo fixou um prazo de três anos para que as sociedades existentes elevassem seu capital até os referidos montantes, ou se transformassem em sociedade de outro tipo. Hoje, os arts. 2.327 e 2.474 do Código Civil italiano tratam da exigência de capital mínimo para as sociedades por ações e limitadas, respectivamente. Também as legislações alemã, belga e egípcia adotam o capital mínimo (cf. Giuseppe Niccolini, *Il capitale sociale minimo*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 10-13).

estabelecer um capital mínimo por não pretenderem reservar o modelo de sociedade anônima para as grandes empresas³⁹. Essa explicação não soa convincente, mormente se considerarmos que o Direito Comparado registra a fixação de bases mínimas diferenciadas de capital, para as companhias fechadas e abertas⁴⁰, servindo essa limitação para induzir a escolha de outros tipos societários. Os defensores dessa fórmula sustentam que “a lógica e a equidade conduzem à ideia de capital mínimo fixado imperativamente pela lei”, dado que, sem essa determinação legal, “os fundadores podem constituir uma sociedade de responsabilidade limitada com um capital tão insignificante que, de fato, permita a constituição de uma sociedade sem capital, sem responsabilidade dos sócios e sem regulamentação rigorosa”⁴¹. Essa tese, que já foi proposta entre nós *de lege ferenda*⁴², apesar da afirmação supra dos autores do Anteprojeto da vigente lei acionária, encontra abrigo expresso no art. 19, § 6º, da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, dela havendo referências indiretas na vigente lei acionária (art. 82, § 2º), ao atribuir competência à Comissão de

39 Cf. Exposição de Motivos encaminhada em 1975 ao Ministério da Fazenda pelos relatores Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, publicada na *RDM*, 1974, 15-16: 139 e segs.

40 A Lei francesa nº 81-1.162, de 30-12-1981, fixou em 250.000 francos o capital mínimo para as sociedades anônimas que não obtêm seus recursos junto ao público; para as que fazem emissões públicas de ações, o capital foi fixado em uma cifra seis vezes superior (um milhão e quinhentos mil francos). O art. 35 da Lei francesa nº 66-537, de 24-7-1966, fixou em 20.000 francos o capital mínimo para as sociedades limitadas.

41 Cf. Cañizares y Astiria, citados por Nelson Abrão, in *Nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa*, tese, São Paulo, 1984, p. 191.

42 Cf. Philomeno J. da Costa, *Anotações*, cit., p. 132; em um Simpósio sobre sociedades anônimas, realizado pela Associação Comercial de São Paulo, foi proposto um capital mínimo de NCr\$ 1.000.000,00, sob o argumento de que a S/A “é tipicamente uma grande empresa, que se destaca pelo capital inicial. Por isso, o capital não pode ser inferior a uma certa quantia (relativamente elevada), para combater a sociedade anônima de cunho familiar, que nada mais é do que a limitação da responsabilidade do comerciante individual” (*RDM*, 1972, 6: 114). Já no Seminário sobre a Reforma das Sociedades Anônimas, promovido em 1972 pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, foi proposta a “fixação de capital mínimo, em função das características regionais do país, a fim de reservar o campo para a grande empresa” (cf. relatório de Oscar Barreto Filho, publicado na *RDM*, 1972, 7: 119-121); o próprio Alfredo Lamy Filho sustentava, em 1972, que se deveria fixar “um capital mínimo para reservar as S/A abertas às grandes empresas” (*RDM*, 1972, 7: 1420).

Valores Mobiliários para denegar o registro de emissão de ações de companhia constituída por subscrição pública, por inviabilidade ou temeridade do empreendimento. Em nosso sistema legal, portanto, a inexigência de capital mínimo constitui regra geral no âmbito das sociedades anônimas, podendo a Comissão de Valores Mobiliários, com base no art. 19, § 6º, da Lei nº 6.385/76, subordinar o registro de emissões públicas de ações a que a companhia aberta emissora tenha determinado capital mínimo⁴³; a mencionada regra geral é excepcionada, igualmente, por leis especiais, relativamente a companhias que se dedicam a determinadas atividades, que, ou por se relacionarem com a movimentação das poupanças do público em geral, ou por se referirem a setores de serviços com alto grau de risco empresarial, estariam a requerer essa garantia adicional⁴⁴.

A ideia da fixação de um capital mínimo tem contra si, em primeiro lugar, a própria lógica do capital social; como observa Sylvio Marcondes, o que realmente interessa aos credores é que os valores passivos da sociedade não excedam os seus valores ativos por quantia superior ao capital social, não lhes importando o valor absoluto do capital e sim o valor daquele excesso em relação ao capital⁴⁵. Por outro lado, mesmo em países, como os Estados Unidos, onde a maior parte das legislações estaduais exige um capital mínimo, a questão dessa limitação tem sido considerada uma tentativa fútil de fazer frente ao problema da responsabilidade limitada⁴⁶.

43 Pela Instrução nº 480, de 7-12-2009, a CVM exige a prestação de informações sobre a estrutura de capital da companhia que emite valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados de valores mobiliários.

44 V. g., as instituições financeiras (Lei nº 4.595/64, art. 4º, inciso XIII); as sociedades seguradoras (Decreto-Lei nº 73/66, art. 32, inciso VI, com a redação dada pela Lei Complementar nº 126/07; e Lei nº 5.627/70); as sociedades de crédito imobiliário (Lei nº 4.380/64, art. 35); as sociedades de capitalização (Decreto-Lei nº 261/67, art. 1º); as empresas comerciais exportadoras (Decreto-Lei nº 1.248/72, art. 2º, III); as empresas de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74, art. 6º, b); as empresas de *leasing* (Resolução BACEN 351/75, art. 5º).

45 *Ensaio sobre a sociedade de responsabilidade limitada*, tese, São Paulo, 1940, p. 124.

46 Elvin R. Latty, após relatar que em cerca de 35 estados da federação americana o capital mínimo é fixado entre duzentos e mil dólares, acrescenta que "no state requires a substantial or realistic minimum capital, perhaps because no definitive figures could

A despeito da orientação acolhida pelo ordenamento comunitário europeu, Tantini – após criticar o capital mínimo linear, que se revela impróprio tanto para as companhias abertas ou fechadas, seja por ocasião da constituição da sociedade ou nos aumentos de capital, na medida em que não leva em linha de consideração o estágio de desenvolvimento da empresa – assinala a tendência existente nos países europeus de reduzir a cifra do capital mínimo, não tanto pela proliferação das pequenas empresas, mas pela estratégia dos grandes conglomerados de atuar mediante pequenas unidades, dispersando o risco empresarial⁴⁷. Parece-nos acertada, em conclusão, a observação do autor citado, no sentido de que o capital mínimo funciona efetivamente, mas de forma suplementar, como garantia dos credores, não sendo esta, contudo, a sua função própria, mas sim a de servir de instrumento de seleção pelo empresário na escolha do tipo societário. Longe de garantir meios adequados ao funcionamento da empresa – diz Tantini – aparece ele hoje mais como uma “caução” que o ordenamento impõe para a constituição de uma sociedade de capital⁴⁸.

4. Os debates em torno do capital mínimo se inserem no bojo de uma discussão maior, que diz respeito à adequada capitalização da empresa. Se a exigência legal de um capital mínimo é de inegável utilidade, não resolve ela o problema do capital adequado ou congruo

possibly be realistically responsive to the diverse needs of enterprise... the minimum capital requirements in American law above mentioned seem to be futile gestures in response to the problems raised by limited liability” (*Inchieste di Diritto Comparato*, vol. 4, t. 2: *Inchiesta Comparatistica sulle Società per Azioni*, Holanda, Kluwer, 1974, p. 851).

47 *Le modificazioni*, cit., p. 37: “C’è una tendenza nei paesi europei alla riduzione dei minimi di capitale. Ma questo, come si è osservato, non dipende da un aumento delle imprese medio-piccole, bensì dal fenomeno inverso, e cioè dalla propensione del grande o medio capitale industriale e commerciale... a frazionare le proprie iniziative economiche in una pluralità e spesso in una miriade di società per azioni tante quanti sono i rami o i settori dell’impresa. Con il risultato... di sottrarre al rischio d’impresa non solo il patrimonio personale, ma di sottrarre anche il capitale investito in ciascun ramo o settore dell’impresa ai rischi relativi a ciascun altro ramo o settore”.

48 *Verbis*, p. 37: “Lungi dal garantire mezzi adeguati al funzionamento dell’impresa, il minimo di capitale appare oggi più vicino ad una ‘cauzione’, sia pure qualificata, che l’ordinamento impone per la costituzione di una società di capitali”.

ao exercício de determinada empresa, a que se liga a questão da responsabilidade dos acionistas pela devida capitalização da sociedade.

Há, nesta matéria, como já foi salientado, uma evidente dificuldade, e talvez mesmo impossibilidade, de a legislação traçar critérios precisos e explícitos para definir o montante do capital, tendo em vista a miríade de realidades coberta pelas empresas, embora esteja na capitalização adequada a efetiva proteção aos credores atuais e futuros⁴⁹.

À míngua de normas explícitas que imponham aos acionistas da companhia a obrigação de promover a adequada capitalização da empresa, várias soluções têm sido ensaiadas por via pretoriana, visando ministrar proteção aos credores. Nos Estados Unidos, como preleciona Comparato, precedentes judiciais imputam ao acionista controlador a responsabilidade pelos débitos sociais no caso de insuficiente capitalização, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica. A construção utilizada é a de que quando o capital é manifestamente inadequado, o acionista controlador não pode evitar a execução dos créditos sociais sobre seus bens, no caso de insolvabilidade da companhia, opondo, para tanto, o princípio da separação patrimonial. Segundo essa argumentação, a manutenção da exploração mercantil, sem capitalização adequada, constituiria um *risco criado* deliberadamente perante terceiros, respondendo o controlador pelas respectivas consequências⁵⁰. Também na Alemanha a insuficiente

49 Galgano observa que a ausência de normas que prescrevam um capital adequado à realização do objeto social também encontra explicação na consideração de que toda empresa pode recorrer, além de seus próprios meios, a capitais de terceiros, sendo impossível predeterminar a relação entre uns e outros. Esse problema, que não é apenas de direito societário, poderia encontrar solução em sede da disciplina do crédito, chegando o referido autor a propor que se cogite, no tocante à homologação da constituição de sociedades com capital irrisório, a respeito da exigência de uma garantia *omnibus*, visando a proteção dos credores com menor poder econômico (*La società*, cit., p. 10).

50 Cf. Fábio Konder Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 343-346. Como destaca Henry Winthrop Ballantine, "if a corporation is organized and carries on business without substantial capital in such a way that the corporation is likely to have no sufficient assets available to meet its debt,

capitalização tem sido entendida pela doutrina como fator que justifica a desconsideração da personalidade jurídica, com fundamento na teoria da "finalidade normativa", que reputa a insuficiente capitalização da companhia como desvio da função ou finalidade do instituto, na economia societária; a jurisprudência germânica, contudo, prefere ficar com o tradicional princípio da responsabilidade aquiliana, cuja aplicação enseja dificuldades no tocante à prova da culpa do agente⁵¹. Já na Itália, os tribunais entendem que a espécie importa em nulidade do ato constitutivo, por originária impossibilidade de objeto, negando com isso a homologação do ato constitutivo de sociedade que, com capital exíguo, se proponha a explorar vastas atividades⁵².

Essa tendência jurisprudencial a doutrinária tende a abalar a ideia tradicional de que o acionista não tem dever algum de subscrever ações, visto que atribui ao controlador a responsabilidade pela adequada capitalização da empresa, responsabilidade essa que não pode ser obviada com a realização de empréstimos, excluídos da disciplina aplicável ao capital social. Nessa ordem de ideias, cabe mencionar que a Lei nº 6.404/76, por definir os deveres e responsabilidades do acionista controlador mediante o emprego de fórmulas amplas, parece indicar um caminho para a solução da questão aqui examinada; é o caso, por exemplo, do disposto no art. 116, parágrafo único, *verbis*: "O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar

it is inequitable that shareholders should set up such a flimsy organization to escape personal liability. The attempt to do corporate business without providing any sufficient basis of financial responsibility to creditors is an abuse of the separate entity and will be ineffectual to exempt the shareholders from corporate debts... If the capital is illusory or trifling compared with the business to be done and the risks of loss, this is ground for denying the separate entity privilege" (*Ballantine on corporations*, ed. revisada, Chicago, Callaghan and Co., 1946, pp. 302-303).

51 Cf. Comparato, *O poder*, cit., p. 346; no mesmo sentido, informa Niccolini que, não obstante essa orientação jurisprudencial alemã, já foi decidido, no caso de uma sociedade subcapitalizada financiada mediante empréstimos dos sócios, que tais financiamentos sujeitavam-se ao mesmo regime jurídico aplicável ao capital social, equiparados a verdadeiros e próprios aportes de capital, não considerados como créditos concorrentes com os de terceiros (*Il capitale*, cit., p. 17).

52 Cf. Galgano, *La società*, cit., p. 9, referindo-se a decisões recentes dos Tribunais de Roma, Avezzano e Udine.

o seu objeto". Ora, a capitalização inadequada constitui fator que dificulta ou mesmo impossibilita a realização do objeto da companhia, podendo importar, em determinadas circunstâncias, em violação do mencionado dever legal.

Anotação de ASLN: A inadequada capitalização da sociedade (também conhecida como "subcapitalização") tem despertado a atenção do legislador, principalmente em razão de suas implicações tributárias. A Lei nº 12.249/10 (fruto da conversão, em Lei, da Medida Provisória nº 472/09) efetuou importantes modificações na legislação tributária ao introduzir o regime de subcapitalização e estabelecer suas consequências fiscais.

5. O aprimoramento da disciplina do capital social em sua função de garantia deve ser conduzido, de outra parte, em direção a fórmulas que instalem – seja-nos permitido assim dizer – "sinais de alarme", mediante a imposição de obrigações, tanto aos administradores quanto aos acionistas, de adotar providências com vistas a proteger ou não agravar a posição dos credores, quando ocorrer o depauperamento do capital. Referimo-nos às soluções a seguir mencionadas – algumas das quais já figuraram como *jus positum* entre nós, outras encontradas no Direito Comparado e outras, ainda, cogitadas *de lege ferenda*.

O retrospecto histórico a respeito da legislação acionária brasileira revela que a perda integral ou parcial do capital social não deixou de preocupar o nosso legislador. O Decreto nº 2.711, de 19 de dezembro de 1860, por exemplo, considerava como hipótese de dissolução da sociedade anônima o fato de ela não poder "preencher o seu fim (art. 295 do Código do Commercio) ou de perda inteira, ou de dois terços do seu capital se menor limite não tiver sido marcado pelos respectivos estatutos, e o seu fundo de reserva não cobrir ou indenizar a mesma perda" (art. 35); nesses casos, todavia, a legitimidade para pleitear judicialmente a dissolução competia exclusivamente a qualquer

acionista (art. 36)⁵³. O Decreto nº 434, de 4 de julho de 1891, alterou ligeiramente essa disciplina, aproximando-a da prevista no art. 336, inciso I, do Código Comercial, que alinha entre os casos de dissolução judicial das sociedades “a perda inteira do capital, ou deste não ser suficiente”. Todavia, este mesmo decreto determinava, em seu art. 152, que “no caso de perda da metade do capital devem os administradores consultar a assembléia geral sobre a conveniência de uma liquidação antecipada”. A hipótese de dissolução a pedido de qualquer acionista foi mantida no art. 153, *verbis*: “si a perda, porém, for de três quartos ou mais do capital social, qualquer acionista poderá requerer a liquidação judicial da sociedade”. A partir da promulgação do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de dezembro de 1940, esses casos de dissolução foram expungidos da legislação societária⁵⁴. Subsiste, apenas, na atual Lei nº 6.404/76, a hipótese genérica de dissolução por decisão judicial, em ação proposta por acionistas que representem 5% ou mais do capital social, quando provado que a sociedade não pode preencher o seu fim (art. 206, II, b)⁵⁵.

Também a legislação falimentar brasileira procurou extrair explícitas consequências jurídicas da perda do capital. Na reforma da lei de falências procedida pela Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, a perda de três quartos ou mais do capital social foi erigida em hipótese

53 O Código Comercial português de 1888 reconhecia essa legitimidade aos credores da companhia, *verbis*: “Art. 120, § 4º – Os credores de uma sociedade anônima podem requerer a sua dissolução provando que, posteriormente à época de seus contratos, metade do capital social está perdido; mas a sociedade pode opor-se à dissolução sempre que dê as necessárias garantias de pagamento aos credores”.

54 Waldemar Ferreira sustentava, na vigência desse decreto-lei, cujo regime foi neste particular mantido pela vigente lei acionária, ser aplicável às companhias o art. 336, inciso I, do Código Comercial (*Tratado de direito comercial*, São Paulo, Saraiva, 1961, vol. 4, pp. 575-576).

55 Rachel Sztajn pondera, perante esse dispositivo da vigente lei acionária – que repete o que a respeito dispunha o decreto-lei derogado – que a perda do capital não constitui causa de dissolução da companhia: “será causa de dissolução da sociedade não a redução do capital em si, mas a impossibilidade de realizar a atividade a que se propõem os sócios se o capital for insuficiente” (*Direito de recesso*, tese, São Paulo, 1982, p. 233).

de decretação de falência (art. 3º, nº 3), a requerimento da própria sociedade ou de qualquer acionista (art. 9º, § 6º)⁵⁶.

O Direito Comparado também apresenta soluções interessantes, a começar pela *reintegração* do capital⁵⁷, cuja origem pode ser encontrada no art. 158, nº 5, do Código de Comércio italiano de 1882, que incluía entre as atribuições da assembleia geral, a de deliberar sobre “la reintegrazione o l’aumento del capitale stesso”⁵⁸. Em Portugal, onde tal categoria também é acolhida, define-a, com precisão, Pinto Furtado, como a “realização de contribuições suplementares destinadas a compensar perdas patrimoniais sofridas pela sociedade e reconduzir o *patrimônio* desta, expresso pela acepção *patrimônio líquido*, ao valor do *capital social* ou, em todo o caso, a um valor pelo menos igual ao limite de dissolubilidade (*reintegração parcial*)”⁵⁹. O referido

56 J. X. Carvalho de Mendonça afirmava que “para requerer a falência da sociedade sob esse fundamento, é essencial que esta tenha credores, e que se ache insolvente... Se a sociedade nada deve, isto é, se não tem credores ou se os tem em valor tal que nada podem sofrer com a redução do capital a um quarto, o caso é de liquidação judicial, previsto no Decreto nº 434, de 04.07.1891, e nunca de falência” (*Tratado*, cit., 6ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, vol. 7, p. 253).

57 J. X. Carvalho de Mendonça já referia-se a essa fórmula apartando-a dos aumentos de capital: “não se deve confundir o aumento com a reintegração do capital. Esta reintegração dá-se quando o capital é diminuído e a assembleia geral determina que seja completado com o fundo de reserva, ou com os meios que a assembleia geral sugerir” (*Tratado*, cit., 5ª ed., 1958, vol. 3, p. 389).

58 Alfredo de Gregorio esclarecia que a reintegração poderia operar-se de duas formas: “a) con obbligo imposto agli azionisti di versari una certa somma su le azioni; b) con la facoltà di reitegrazione da parte dei vecchi azionisti accompagnata dalla facoltà concessa al consiglio di collocare anche presso terzi le nuove azioni quando non vogliano assumerle i vecchi azionisti” (*Codice di Commercio commentato*, 1ª ed., Turim, UTET, 1938, vol. 4, p. 455). Adolfo Gambardella anotou que com tal instituto “il principio fondamentale pel quale, nella anonima, il socio è obbligato soltando per la quota od azione, riceve nella nostra legislazione uno strappo... quando si verifici lo stato di fatto di una parziale perdita del capitale sociale, possono i soci essere chiamati ad una ulteriore contribuzione concorrendo, in proporzione della loro compartecipazione, a riportare il capitale al prestino valore” (*Formazione e variazioni di capitale nelle società anonime*, Milano, Vallardi, s.d., p. 119).

59 *Código Comercial anotado*, vol. 2 - Das sociedades em especial, Coimbra, Almedina, 1979, t. 1, p. 191. O autor eludida, com clareza, que “reintegrar, como o prefixo da palavra denuncia, significa voltar a integrar: supõe, por conseguinte, que ocorreu uma deterioração que se intenta eliminar, restaurando a situação primitiva. Só que reintegração do capital social é, na verdade, uma denominação imprópria, porque não é o capital, como valor ou cifra do patrimônio correspondente à soma das contribuições sociais que se deteriorou, mas o próprio patrimônio em si”.

instituto constituiria, segundo Gambardella, uma exceção ao princípio fundamental pelo qual, nas anônimas, o acionista se obriga apenas pelo valor ou preço de emissões das ações que subscreveu. Exceção parcial, todavia, que prevalece no plano interno da sociedade, sem vincular o sócio à deliberação majoritária que determinou a reintegração; e isto porque aos dissidentes é conferido o direito de recesso, que, além de assegurar o reembolso, libera a sociedade para colocar as ações resgatadas junto a novos subscritores. No plano externo, o mencionado princípio vigora em sua inteireza, visto que terceiros não podem compelir os sócios a reintegrar o capital⁶⁰.

O instituto sob exame subsiste ainda em algumas legislações⁶¹ e, a despeito das críticas que lhe têm sido endereçadas⁶², parece-nos que ainda continua excogitável para compor um conjunto de regras visando ao aprimoramento da disciplina do capital social enquanto garantia dos credores, mormente se for adequadamente combinado com três outros mecanismos a seguir referidos: a redução obrigatória, a dissolução e a transformação compulsória do tipo societário.

Na Itália, com a adoção do regime de capital mínimo, a redução do capital abaixo desse piso constitui causa de dissolução da companhia (Código Civil de 1942, art. 2.448, n° 4), salvo se a assembleia geral não optar pelas seguintes alternativas: *a*) redução e contemporâneo aumento até o limite legal⁶³ ou *b*) transformação da companhia em

60 *Formazione*, cit., p. 120.

61 Em Portugal (Código das Sociedades Comerciais, art. 35°); Argentina (Decreto-Lei n° 19.550, de 1972, art. 96); Uruguai (Lei n° 16.060, de 1989, art. 288); Venezuela (Código de Comércio de 1955, art. 280).

62 Pinto Furtado, por exemplo, critica-o acerbamente: "esta categoria não suscita um tratamento específico. Ela foi, com efeito, banida das modernas legislações, mantendo-se entre nós como uma espécie de dinossauro jurídico, que subsiste unicamente no contexto duma legislação marcada pela senectude e que em muitos pontos, incluindo este, se encontra verdadeiramente arcaizada" (*Código*, cit., p. 190).

63 A jurisprudência italiana entende válida essa opção ainda que ocorra perda total do capital, admitindo o *azzeramento* e coetânea reconstituição, contra a opinião dominante na doutrina, que vislumbra na hipótese uma causa de dissolução por impossibilidade de realização do objeto social - art. 2.448, n° 2 (cf. Galgano, *La società*, cit., p. 351 e Giuseppe Auletta e Nicollò Salanitro, *Diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 197).

outro tipo societário (art. 2.447). Verificada a ocorrência dessa causa de dissolução, os administradores não podem realizar novos negócios, sob pena de incorrer, quanto a estes, em responsabilidade solidária e ilimitada (art. 2.449)⁶⁴.

A legislação peninsular, a par dessa disciplina, ligada ao capital mínimo, contém disposição de grande interesse que, privilegiando a continuidade da empresa, chega a admitir a redução do capital social por decisão judicial, sem a interveniência da assembleia geral. Trata-se do art. 2.446 do Código de 1942, que no caso de redução do capital em virtude de prejuízos superiores a um terço dele, impõe aos administradores, ainda que preservado o patamar do mínimo legal, o dever de convocar imediatamente a assembleia geral, “per gli opportuni provvedimenti”. Se no decorrer do exercício seguinte as perdas não forem reduzidas a menos de um terço, o dispositivo legal em exame comete aos administradores e conselheiros fiscais (*i sindaci*) a obrigação de requerer ao Tribunal que determine a redução do capital social em razão dos prejuízos constantes do balanço. O descumprimento dessa obrigação, por parte dos administradores e fiscais, configura uma das hipóteses em que os mesmos respondem perante os credores

64 Na Lei 81-1.162, de 30-12-1981, que harmonizou a legislação societária francesa com as disposições contidas na 2ª Diretiva da Comunidade Econômica Europeia, foram acolhidas parcialmente as soluções adotadas no direito italiano. Atendendo ao disposto no art. 34 da 2ª Diretiva, foi modificado o art. 71 da Lei de 1966, com a fixação de um prazo de um ano para que a companhia recomponha o capital mínimo, sem o que qualquer interessado pode requerer a sua dissolução, a menos que os acionistas optem por transformar a sociedade em outro tipo societário. Por imposição do art. 17 da referida Diretiva, foi disciplinado um procedimento de convocação obrigatória da assembleia para deliberar sobre a continuação da sociedade, no caso de prejuízo que comprometam o capital mínimo. Vale frisar que a Lei 66-537, de 24-7-1966, sanciona penalmente a omissão dos administradores em adotar as providências legalmente impostas, no caso de perda do capital (art. 459). O art. 17 da 2ª Diretiva a CEE tem o seguinte teor: Articolo 17 - 1. In caso de perdita grave del capitale sottoscritto, l'assemblea deve essere convocata nel termine previsto dalla legislazione degli Stati membri, per esaminare se sia necessario sciogliere la società o prendere altri provvedimenti. 2. La legislazione di uno Stato membro non può fissare a più di metà del capitale sottoscritto l'importo della perdita considerata come grave ai sensi del paragrafo 1°.

sociais, pela inobservância das obrigações inerentes à conservação da integridade do patrimônio social (arts. 2.394 e 2.407)⁶⁵.

Cabe mencionar, por derradeiro, que a instituição de regras tendentes a reforçar a função de garantia do capital social foi proposta, entre nós, no antigo Anteprojeto de Lei que dispõe sobre as instituições financeiras, define crimes financeiros e dá outras providências⁶⁶. Parte das sugestões contidas nesse documento foi construída em torno do capital mínimo obrigatório, que segundo sua Exposição Justificativa “constitui um dos instrumentos essenciais para assegurar a estabilidade das instituições financeiras”; reconheceram os projetistas, contudo, que “ele deixa de desempenhar sua função quando o controlador, sem capacidade para prover o capital próprio que a instituição deve manter, satisfaz (apenas formalmente) ao requisito legal mediante empréstimos que ainda mais agravam sua deficiência de recursos”. Por esse motivo, o Anteprojeto arrolava, entre causas de cassação da autorização para funcionamento da instituição financeira, o descumprimento, no prazo assinado pela autoridade, de determinação para repor o capital social mínimo absorvido por prejuízos (art. 5º, I, *b*). A cassação dessa autorização implica dissolução *pleno jure* da instituição financeira (art. 7º), podendo, igualmente, ensejar a liquidação forçada da sociedade (art. 121, inciso I). A determinação para repor o capital mínimo será efetuada mediante comunicação escrita, sempre que a autoridade fiscalizadora verificar que, em virtude dos prejuízos, o capital da instituição financeira foi reduzido a valor inferior ao mínimo fixado na regulamentação, tendo sido prevista a apresentação de defesa, bem

65 O Código de Comércio da Venezuela contém disciplina assemelhada: no caso de perda de um terço do capital, os administradores devem convocar os acionistas para deliberar sobre uma dentre as seguintes opções: *a*) reintegração; *b*) redução no importe da perda; *c*) liquidação da sociedade. A perda de dois terços do capital acarreta a dissolução automática da companhia, caso não sejam adotadas uma das deliberações acima referidas (art. 264). Os administradores são solidariamente responsáveis para com os acionistas e terceiros pelo descumprimento dessa obrigação legal (art. 266, nº 4).

66 O texto do Anteprojeto e de sua Exposição Justificativa, elaborado pela Comissão criada pelo Decreto nº 91.159/85, foi publicado, para o recebimento de sugestões, no *DOU*, 24-1-1986, pp. 1.299-1.378.

como a realização de audiência de instrução, para a produção de provas; contra a decisão que mantém a determinação de repor o capital cabe recurso administrativo à instância superior (art. 78).

Ao lado da disciplina vinculada ao capital mínimo, o Anteprojeto contém disposições penais de maior abrangência, que visam tutelar a integridade e a realidade do capital social, assinando penas de reclusão de um a quatro anos, além de multa, às fraudes verificadas na realização do capital⁶⁷, na avaliação dos bens⁶⁸, na distribuição de lucros fictícios (art. 243), na negociação com as próprias ações (art. 244), na emissão de ações por valor inferior ao nominal (art. 245), e na ilegal participação recíproca (art. 246). As penas previstas para os crimes capitulados nas normas mencionadas não se restringem às fraudes ocorridas nas companhias abertas, aplicando-se – e com aumento de até um terço – às pessoas que as praticarem em instituições financeiras que sejam companhias fechadas ou que não adotem a forma de sociedade anônima (art. 252).

Verifica-se, assim, que são em grande número as alternativas existentes com vistas à atualização da disciplina do capital social em sua função de garantia dos credores, sobressaindo-se, dentre elas, a que impõe aos administradores e conselheiros fiscais – em razão do seu conhecimento mais direto da real situação patrimonial da companhia – a obrigação de convocar prontamente os acionistas, no caso de perda significativa do capital, para deliberarem sobre a dissolução, redução ou recomposição do capital ou transformação do tipo societário⁶⁹.

67 “Art. 241. Fraudar, mediante artifício contábil, o pagamento do preço de emissão de ações subscritas na constituição ou em aumento de capital de companhia aberta. *Parágrafo único.* Na mesma pena incorre que fraudar a realização do capital social de companhia aberta mediante negócio jurídico que assegure ao subscritor quitação indevida, ou restituição, total ou parcial, do pagamento do preço das ações subscritas”.

68 “Art. 242. Firmar laudo de avaliação aprovado em assembleia de constituição de companhia aberta, ou em assembleia geral de acionistas, que fraudulentamente atribua a bem a ser contribuído para a formação do capital valor que excede ao real, entendido como tal o determinado segundo os critérios usuais de avaliação.” Nas mesmas penas incorrem o subscritor, o acionista ou o perito que firma o laudo, que fraudulentamente concorram para a subavaliação (parágrafo único, letras a e c).

69 Tullio Ascarelli participava desse ponto de vista, afirmando que “*de lege ferenda* poderia

6. A digressão desenvolvida nos itens precedentes pôs em destaque que o instituto do capital social, mesmo *externa corporis*, continua a desempenhar papel de relevo como medida da garantia patrimonial oferecida pela companhia a seus credores, tanto que o movimento legislativo mais recente se direciona no sentido de aprimorar a respectiva disciplina. As razões da subsistência desse mecanismo, como peça chave da estrutura jurídica das sociedades anônimas, advêm, outrossim, de outra relevantíssima função por ele exercida, no âmbito interno da companhia, qual seja, a de organizar as recíprocas relações entre os acionistas, bem como de dimensionar os direitos e obrigações destes, de natureza política ou patrimonial.

É interessante observar que a função ora examinada, inicialmente relegada a um plano secundário, passou a ser valorizada pela doutrina mais recente, a ponto de ser considerada como o papel realmente significativo desempenhado pelo capital social, em face das deficiências e das distorções suscitadas pela sua regulamentação em termos de proteção aos credores, referidas no item 2, acima. Pesquisando a praxe societária italiana, Donata Testi concluiu pela superação do conceito de capital como conjunto de bens idôneos à garantia dos credores, ao constatar uma tendência acentuada à subcapitalização, associada ao predomínio do aspecto pessoal, nas sociedades; em razão disso, o referido autor sustenta que a única função válida e insubstituível que o capital social efetivamente preenche é a de medir os direitos políticos e patrimoniais dos sócios, ao reverso do que sucede com as demais funções (de garantia, produtividade), que soem não ter alcance prático, embora remanesçam, *in abstracto*, nos limites da legislação vigente⁷⁰.

ser oportuno cogitar do dever dos diretores e dos fiscais de convocar a assembleia quando verificarem ter sido o capital social perdido em medida superior a um mínimo legalmente determinado (p. ex., 25%)” (*Problemas*, cit., 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969, p. 448).

70 Donata Testi, Il capitale sociale nella prassi statutaria, in *Giurisprudenza commerciale*, 1979, 4-I, pp. 567-585, também citado por Tantini, *Le modificazioni*, cit., p. 55; essa pesquisa foi efetuada com base em dados de 836 sociedades de responsabilidade limitada e 522 sociedades por ações, da província de Módena, no período de 1950 a 1973, nas quais preponderavam pequenas e médias empresas, de reduzida base

Parece-nos indubitosa, para o desenvolvimento do tema objeto deste estudo, a relevância da função estrutural ou organizativa do capital social, dadas as estreitas correlações entre os aumentos de capital mediante subscrição de ações e a posição do acionista. A preponderância desta função, na matéria, como bem observou Tantini, se deve ao fato de que é sobre a relação ação-capital que vem articulada toda a participação na gestão da empresa, na medida em que este último cumpre uma “funzione strutturale inerente al carattere (atomistico) della partecipazione... una volta disciplinato l’assetto di interessi del gruppo, modellando attraverso lo statuto l’assetto organizzativo della società, il capitale poteva fungere da mero simbolo, da unità di misura dei reciproci rapporti dei soci, al di fuori di altre funzioni”⁷¹. Essa função organizativa também foi posta em destaque por Paillusseau, em colocação harmônica com a concepção que esse autor tem da sociedade anônima, qual seja, a de constituir um conjunto de técnicas que organizam uma parte dos aspectos essenciais da empresa no plano jurídico, permitindo, de um lado, a acumulação do potencial econômico necessário ao seu funcionamento e, de outro, oferecendo meios adequados à sua administração, a par de servir de instrumento para a concentração empresarial: “la société ‘organisation-juridique’, est plus complète encore. Elle organise les droits des personnes

acionária. Nesse contexto, não muito diferente da realidade brasileira, mesmo considerando que a legislação italiana desconhece as ações sem valor nominal, não deixa de ser significativa a conclusão do autor, de que é “inevitabile ipotizzare una ‘terza dimensione’ del capitale, sempre esistita in verità, ma finora scarsamente valorizzata dalla dottrina troppo attenta alle altre due, quella cioè di ‘misura’ della partecipazione sociale dei singoli soci, indispensabile, al di là di qualsiasi altra funzione, ed in assenza di sistemi alternativi, dal momento che tutta la dinamica interna della società è basata su rapporti di quota” (p. 584).

71 *Le modificazioni*, cit., pp. 63-64. Após fazer referência à possibilidade de formação do patrimônio mediante o ingresso de valores outros que não são levados à conta do capital social (ágio, empréstimos não repetíveis), esse autor salienta que “la valutazione complessiva dei mezzi propri di cui l’impresa dispone in un dato momento deve essere fatta con riguardo ad un ‘insieme’ (capitale, riserve in senso tecnico, contributi in conto capitale) nel cui ambito il capitale svolge una funzione essenziale soprattutto come parametro delle singole partecipazioni, adempiendo cioè ad una funzione soprattutto organizzativa” (pp. 141-142).

qui ont apporté ou prêté des capitaux à l'entreprise. Ainsi, elle a aménagé les droits des actionnaires et ceux des obligataires"⁷².

Anotação de ASLN: Dentro dessa função organizativa, o capital social constitui um dos alicerces do princípio majoritário, regra fundamental de funcionamento da assembleia geral, órgão supremo da companhia.

Em razão desse papel relevante do capital social na determinação da posição do acionista na sociedade, a legislação constrói em torno dele as normas definidoras dos direitos dos sócios, a começar pelo direito de opção à subscrição de novas ações, que é diretamente proporcional à participação do acionista no capital (Lei nº 6.404/76, art. 171); se essa proporção representar meio por cento ou mais do capital, é facultado ao acionista solicitar a relação de endereços dos acionistas aos quais a companhia enviou pedidos de procuração, para o fim de remeter novo pedido (*idem*, art. 126, § 3º); a titularidade de ações correspondentes a cinco por cento ou mais do capital confere aos acionistas (a) o direito de propor ação de responsabilidade civil contra os administradores, se a assembleia deliberar não promovê-la (art. 159, § 4º), (b) o direito de pedir informações em assembleia geral ao administrador de companhia aberta (art. 157, § 1º), (c) o direito de convocar a assembleia geral, caso os administradores não atendam pedido de convocação fundamentado (art. 123, parágrafo único, *c*), (d) o direito de ser convocado por telegrama ou carta registrada, para as assembleias gerais das companhias fechadas (art. 124, § 3º) e (e) o direito de propor ação visando à dissolução da companhia, quando provado que não pode ela preencher o seu fim (art. 206, II, *a*); já aos acionistas detentores de no mínimo dez por cento do capital é facultado requerer a adoção do processo do voto múltiplo, na eleição para o preenchimento de cargos no conselho de administração (art. 141).

72 Jean Paillusseau, *La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Sirey, 1967, pp. 249-250 (grifos do original).