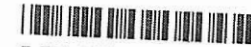


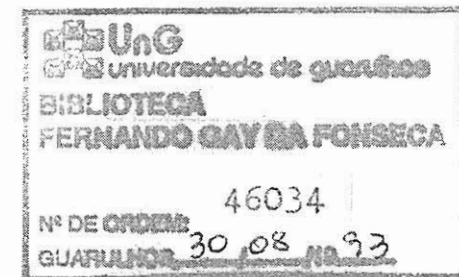
JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO



LIT 1884 Reg. 76922

Regime jurídico do capital aut
347.727.1(81) G96r

REGIME JURÍDICO DO CAPITAL AUTORIZADO



1984

 editora
SARAIVA

NOÇÃO E FUNÇÃO ECONÔMICA E JURÍDICA DO CAPITAL SOCIAL NAS SOCIEDADES COMERCIAIS

1. O CAPITAL SOCIAL COMO ELEMENTO NECESSÁRIO E INDISSOCIÁVEL DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

Sumário: 1.1 Necessidade do capital social. 1.2 Sociedades sem capital. 1.3 Capital, patrimônio e personalidade jurídica.

1.1 Necessidade do capital social

Toda exploração de atividade econômica com fins lucrativos sob a forma jurídica de sociedades comerciais pressupõe a formação do capital social. A bem dizer, trata-se de inafastável requisito da própria configuração da pessoa jurídica mercantil, enquanto organização destinada a cumprir as finalidades que lhe dão origem e que lhe explicam a razão de ser. Assim, não parece apropriado reduzi-lo a um conceito necessário tão-somente a *compreender* o mecanismo societário ou a explicar as múltiplas relações que dele emergem¹. Bem ao contrário, o capital social constitui elemento necessário e indissociável, a integrar a própria realidade ontológica da sociedade comercial, sem o qual esta não logra sequer se constituir validamente, por falta de meio imprescindível à consecução de seus objetivos.

Em qualquer procedimento humano, há que distinguir o *motivo* e a *finalidade*. Em termos concisos, Recaséns Siches identificou o

1. Cf. Ernesto Simonetto, *Concetto e composizione del capitale sociale*, *Riv. Dir. Comm.*, 1956, p. 48.

motivo à consciência de uma necessidade, assinalando que a *finalidade* traduziria o objeto com o qual se intenta satisfazer a necessidade. Sob tal perspectiva, os *meios* compreenderiam todas as ações e todos os objetos por meio dos quais se persegue ou se produz a finalidade².

Ora, a organização societária visa, no plano jurídico, realizar a empresa, inspirada pelo *animus lucrum faciendi*. Cuida-se, portanto, de finalidade determinada, desejada pelos sócios, na medida em que estes têm consciência de que necessitam do aparato corporativo para a realização da empresa. No sentido da produção da finalidade desejada, escopo comum dos interesses, a formação do capital social representa *meio necessário*, ou, se se preferir, *causa necessária* dos efeitos que os sócios intentam atingir.

Por isso pode-se afirmar, pelo menos no direito brasileiro e com a ressalva adiante manifestada, a impossibilidade de sociedade comercial desprovida de capital social, que constitui instrumento essencial ao desenvolvimento das atividades sociais e, por conseguinte, como ficou dito, elemento necessário e indissociável da pessoa jurídica mercantil. A indispensabilidade desse elemento se acha proclamada, de modo inequívoco, pelo Código Comercial de 1850, em seus arts. 287 e 302, n. 4, referindo-se ainda o estatuto imperial à obrigação de os sócios contribuírem para o *fundo social* (art. 289). No que tange às sociedades por ações, impõe o art. 5.º da Lei n. 6.404 que o estatuto da *companhia* fixe o valor do capital social, expresso em moeda nacional, norma extensível às *sociedades em comandita por ações*, *ex vi* do art. 280 da mesma lei. Já no que concerne às *sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, vale a mesma determinação do art. 302, n. 4, do Código Comercial de 1850, por força da referência que lhe faz o art. 2.º do Decreto n. 3.708, o qual, aliás, consigna expressamente o mandamento de fazer constar, no título constitutivo, a limitação da responsabilidade dos sócios à importância total do capital social.

1.2 Sociedades sem capital

A possibilidade de sociedades comerciais sem capital, que, como se registrou, incorre, em princípio, no ordenamento positivo nacional, não se reveste de interesse puramente acadêmico ou teórico. Ao

2. *Introducción al estudio del derecho*, p. 19.

revés, a experiência do direito comparado suscita, a propósito, mais de uma controvérsia.

Assim é que, na França, eliminada qualquer possível dúvida quanto às sociedades de responsabilidade limitada e às sociedades por ações, em face da necessidade de capital mínimo para umas e outras, determinada pela lei de 1966³, debateu-se a viabilidade jurídica de sociedades em nome coletivo (e de sociedades civis) desprovidas de capital⁴. Prevalece hoje, todavia, após a reforma de 1966, o princípio segundo o qual não seria concebível uma sociedade em nome coletivo (ou civil) constituída sem capital, por mínimo que fosse, ainda que não superior a um franco, dividido em duas partes⁵. Convém sublinhar, de outro lado, que o *groupement d'intérêt économique* pode ser constituído sem capital⁶, muito embora dotado de personalidade jurídica.

Perante a lei brasileira, à míngua de previsão expressa, não se há de cogitar do *capital do grupo de sociedades*, malgrado, nas respectivas demonstrações financeiras consolidadas, disciplinadas pelo art. 275 da Lei n. 6.404, deva ser indicada a somatória dos capitais das sociedades componentes. Tal indicação, porém, não significa *unidade de capital*, dada a distinção patrimonial entre as sociedades grupadas (art. 266). Nem estas, nem seus sócios ou acionistas detêm participações societárias no grupo, no sentido de que não lhes são atribuídas partes de capital *do grupo*. As respectivas relações internas se revestem de caráter convencional, para as finalidades previstas no art. 265, entre as quais não se objetiva a titularidade do capital comum, conservando cada sociedade personalidade e patrimônio

3. Lei n. 66-537, de 24-7-1966, arts. 35 e 71, respectivamente.

4. Cf. Hémard, Terré e Mabilat, *Sociétés commerciales*, t. 1, p. 128, n. 135.

5. Cf. Gaston Lagarde, *Droit commercial*, v. 2, t. 1, p. 34, n. 397. Referência expressa ao capital social passou a integrar o art. 1.835 do Código Civil de 1804, introduzida pela Lei n. 78-9, de 4-1-1978. Sobre as sociedades civis antes da reforma, v. Henry Hayem, *Les sociétés civiles*. No tocante às sociedades em nome coletivo, esclarece Roblot, na edição de 1980 do *Traité élémentaire de droit commercial*, de Ripert, que todas as contribuições dos sócios constituem o capital social, à *exception des apports en industrie* (v. I, p. 567, n. 830).

6. *Ordonnance*, n. 67-821, de 23-9-1967, art. 2.º: "Le groupement d'intérêt économique ne donne pas lieu pas lui même à réalisation et partage des bénéfices et peut être constitué sans capital".

distintos (art. 266 já referido), o que explica não só a irresponsabilidade *externa corporis* do grupo perante terceiros como, por igual, a irresponsabilidade de uma sociedade grupada em relação ao cumprimento de obrigações de outra.

Dessa forma, ainda que, como observa Fábio Konder Comparato, a convenção grupal seja um autêntico contrato de sociedade, e, não obstante, segundo o mesmo jurista, apresentar-se o grupo de sociedades como uma sociedade de sociedades, ou sociedade de segundo grau⁷, o art. 266 da Lei n. 6.404 arreda a hipótese do capital comum, tanto quanto repele a personalidade jurídica do grupo. Tem-se, na espécie, verdadeira exceção ao que se afirmou, em linha de princípio, acerca da impossibilidade, no direito brasileiro, de sociedade comercial desprovida de capital social.

Comparando nossa sistemática com a francesa, verifica-se que as respectivas legislações diferem fundamentalmente, quer no concernente ao reconhecimento da personalidade jurídica do grupo, quer no que respeita à sua possibilidade de contar com capital próprio. Releve-se, adicionalmente, no *groupement d'intérêt économique*, a solidariedade, como norma, entre os membros, *ad instar* do que sucede com os sócios da sociedade em nome coletivo⁸, sendo de

7. Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações, RDM, 23:98 (Nova Fase). A esse preciso respeito já escrevemos, em conjunto com Egberto Lacerda Teixeira: "Conquanto genericamente se diga que o grupo de sociedades é uma sociedade de sociedades, e sem embargo do reconhecimento que a lei lhe confere, não constitui ela uma pessoa jurídica diversa das empresas que o integram. Trata-se, assim, de grupos não personificados. Seu patrimônio não é comum, mas pertence individualmente a cada sociedade que dele faça parte. A unidade econômica subjacente não destrói a validade dessa assertiva. Coerentemente, não reconhecemos ao grupo de sociedades a qualidade de sujeito de direitos e obrigações" (*Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. 2, p. 791, n. 66). Contrariamente a essas posições, sustenta Jorge Lobo que o grupo tem personalidade jurídica, estranhando que a lei não preveja um "capital social do grupo" ou um "patrimônio social do grupo" (*Grupo de sociedades*, p. 119).

8. Cf. art. 4.º, 1.ª alínea, da *Ordonnance*, n. 67-821: "Les membres du groupement sont tenus des dettes de celui-ci sur leur patrimoine propre. Ils sont solidaires, sauf convention contraire avec le tiers cocontractant". No direito brasileiro, é inversa a regra: salvo norma expressa em contrário, não existe responsabilidade solidária passiva entre as empresas do mesmo grupo (cf. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. 2, p. 775, n. 266).

notar-se, com Lagarde, que, à falta de capital, os credores do *groupement* têm por garantia, de qualquer forma, os patrimônios individuais dos membros⁹.

1.3 Capital, patrimônio e personalidade jurídica

As anotações precedentes sugerem que se reflita acerca do inter-relacionamento conceitual entre a personalidade jurídica e a existência de um fundo patrimonial, formado pelos sócios, que constituiria o conjunto de meios econômicos necessários e suficientes para a realização do escopo comum. Havendo já deixado expresso o entendimento de que o capital social se coloca como elemento imprescindível à própria configuração da pessoa jurídica mercantil, cumpre, agora, precisar a extensão desse princípio. A possibilidade, aberta pela lei francesa, de atribuir personalidade jurídica a entidades sem capital coincide com a doutrina pandetística de Windscheid, agasalhada por Ferrara, que considera a pessoa jurídica simplesmente apta a deter um patrimônio próprio, negando, todavia, a necessidade desse pressuposto¹⁰. Para Bolaffi, seguidor dessa diretriz, o patrimônio deve ser considerado como um elemento normal, mas não essencial às pessoas jurídicas¹¹, o que vem contradizer, de modo radical, a conceituação do fundo comum como elemento patrimonial necessário e, por assim dizer, inerente à própria idéia de sociedade.

Essa vertente do pensamento jurídico se inspira, de modo nítido, na admissibilidade da constituição de sociedades exclusivamente mediante a contribuição de serviços pessoais dos sócios, sem qualquer afetação patrimonial, na esteira do direito romano clássico, que previa a figura da *societas universonum quae ex quaestu veniunt*, privada de capital¹². Tal possibilidade remanesce no vigente direito italiano, à vista da noção de sociedade ministrada pelo art. 2.247 do *Codice Civile* de 1942¹³.

9. *Droit commercial*, cit., v. 2, t. 1, p. 33.

10. Cf. Bolaffi, *La società semplice*, p. 10.

11. *La società*, cit., p. 101.

12. Cf. Bolaffi, *La società*, cit., p. 104.

13. "Art. 2.247 — Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili".

Ora, no ordenamento peninsular, nem sempre a sociedade se reveste de personalidade jurídica, como é o caso das sociedades de pessoas, segundo o magistério de Mario Ghidini, lastreado por unânime jurisprudência¹⁴. Entram na categoria das sociedades de pessoas a sociedade simples, a sociedade em nome coletivo e a sociedade em comandita simples, todas elas implicando a responsabilidade pessoal dos sócios em relação a terceiros, o que levou o mesmo Ghidini a afirmar que as *società personali*, no sistema da lei italiana, representam empresas cuja sorte se mostra substancialmente ligada às vicissitudes pessoais dos sócios¹⁵. Nessa perspectiva, entende-se por que as denominadas *societades simples*, sociedades de pessoas, de natureza civil, são (e podem ser) desprovidas de capital¹⁶.

O vínculo personalista, baseado na valorização da contribuição individual de cada sócio enquanto pessoa, apresenta-se, também no direito alemão, como fator determinante das relações entre a sociedade e o patrimônio afetado à consecução de seus fins. Com efeito, a *Gesamthandgemeinschaft*, de índole estritamente pessoal, como autêntica sociedade de pessoas, não é dotada de personalidade jurídica. Seu patrimônio, apesar de separado (*Sondervermögen*), não comporta a divisão em partes, atribuídas aos sócios, não se confundindo com o capital (*Grundkapital*) da sociedade por ações (*Aktiengesellschaft*), por pertencer, *em mão comum*, a todos os partícipes, segundo o princípio da *vinculação conjunta*, expresso no § 719 do BGB¹⁷.

Pelo que até aqui se verificou nessa rápida e superficial incursão pelo direito comparado, a personalidade jurídica determina, em regra, a pertinência do patrimônio social à pessoa da sociedade, diversa e distinta da pessoa dos sócios. *A contrário*, quando a sociedade não recebe do ordenamento positivo o reconhecimento como

14. *Società personali*, p. 194. Cf. também Brunetti, *Trattato del diritto delle società*, v. 1, p. 25, n. 8.

15. *Società personali*, cit., p. 56.

16. Cf. Ernesto Simonetto, *Concetto e composizione del capitale sociale*, *Riv. Dir. Comm.*, p. 133.

17. "§ 719 — *Vinculação em comum* — Um sócio não pode dispor da sua parte no patrimônio social e dos objetos singulares a este pertencentes; não está ele autorizado a exigir a partilha. Contra um crédito que pertence ao patrimônio social, não pode o devedor compensar um crédito que lhe cabe contra um sócio singularmente." Cf., a respeito, J. Lamartine Corrêa de Oliveira, *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 63.

pessoa jurídica, os bens integrantes do patrimônio social vinculam-se à pessoa dos sócios, quer sob regime de co-titularidade, como nas sociedades de pessoas, do direito italiano¹⁸, quer sob o já apontado regime de vinculação conjunta, que se verifica, na sistemática germânica, na hipótese da *Gesamthandgemeinschaft*.

Tais dados são de indiscutível relevância para uma exata colocação do problema do capital social nas sociedades comerciais, não obstante seja necessário acentuar, desde logo, que a noção de capital social e a de patrimônio não se apresentam necessariamente coincidentes, tornando-se necessário precisá-las devidamente, o que será feito adiante¹⁹.

Impende notar, pelo exposto, que, no direito brasileiro, à vista do art. 16, II, do Código Civil, as sociedades comerciais são pessoas jurídicas (à exceção, apenas, da sociedade de segundo grau, configurada pelo grupo, e da sociedade em conta de participação) e, portanto, são titulares de patrimônio próprio, inconfundível, conceitualmente, com o patrimônio individual dos sócios ou acionistas. Com a ressalva de que patrimônio não significa exatamente o mesmo que capital, pode-se dizer que, entre nós, o capital social constitui, com efeito, elemento necessário e indissociável das sociedades comerciais.

Deixaremos de lado, na presente exposição, a ampla problemática das sociedades comerciais irregulares e das sociedades de fato, às quais o sistema em vigor no Brasil não reconhece personalidade jurídica. Não nos deteremos, outrossim, na consideração da sociedade em conta de participação, por lhe faltar a verdadeira condição de sociedade. Tendo em vista a peculiaridade do instituto, que pertence à disciplina das sociedades anônimas, será a estas últimas que dedicaremos nossa atenção nos desenvolvimentos que se seguem²⁰.

18. Cf. Mario Ghidini, *Società personali*, cit., p. 197.

19. V. n. 5, *infra*.

20. Nada impede que o regime do capital autorizado se aplique, também, às sociedades em comandita por ações, à vista do disposto no art. 280 da Lei n. 6.404. A hipótese será, porém, desconsiderada neste trabalho, dada sua reduzidíssima relevância na prática negocial brasileira.

2. O CAPITAL SOCIAL E AS CONTRIBUIÇÕES DOS SÓCIOS

Sumário: 2.1 Conceitos de capital social. 2.2 Contribuição dos sócios. 2.3 O capital como entidade contábil.

2.1 Conceitos de capital social

A mais singela noção que se pode apresentar do capital social o indica como o montante das contribuições dos sócios para a consecução dos objetivos da sociedade, vale dizer, para a realização da empresa. A essa idéia elementar corresponde outra, no plano econômico, que se mostra, tanto quanto a primeira, de todo precária para a compreensão global do instituto sob a perspectiva jurídica. *Lato sensu*, afirma-se com freqüência que o capital vem a ser o conjunto dos recursos próprios com que conta a empresa para o desenvolvimento de suas atividades.

Da combinação desses conceitos pode-se partir, com alguma segurança, para a qualificação jurídica do capital social. As correntes doutrinárias que intentam construí-la tomando como ponto de referência único os aportes patrimoniais versados pelos sócios não logram captar toda a essência do capital social, uma vez que desconhecem, ou parecem desconhecer, as hipóteses de aumento por incorporação de reservas, que introduzem uma autêntica ruptura na pretendida equação entre contribuições dos sócios e valor do capital social. Muitas vezes, a focalização exclusiva do contributo pecuniário ou em bens, ou direitos, aportado pelos sócios, como origem da entidade

denominada capital social, recorre à ficção de que os aumentos por incorporação de reservas representariam, em última análise, uma verdadeira versão por parte dos sócios, na medida em que estes, titulares das reservas, a elas renunciariam, consentindo em sua capitalização.

Tal é, porém, uma visão errônea. Em primeiro lugar, por existir qualquer titularidade das reservas, por parte dos sócios, que pudesse implicar disponibilidade, em favor destes, dos valores respectivos¹. Em segundo lugar, porque, para a incorporação de reservas, em aumento de capital, basta a deliberação majoritária da assembléia geral, dispensado, na generalidade das legislações, o assentimento unânime dos sócios para concretizar a operação. Não se pode dizer, portanto, que, *in casu*, haja renúncia dos sócios à percepção dos lucros reservados e conseqüente destinação, por sua parte, à conta de capital social.

Ademais, o aumento deste, por incorporação de reservas, pode ser feito, no direito brasileiro, mediante o aproveitamento de reservas insuscetíveis de distribuição aos acionistas, como é o caso das reservas de capital (cf. Lei n. 6.404, art. 200), o que viria prejudicar de vez o argumento.

De qualquer forma, afigura-se-nos útil iniciar a análise do conceito de capital social justamente a partir das versões patrimoniais dos sócios.

2.2 Contribuição dos sócios

Essas colocações preliminares merecem ser ampliadas e discutidas. Em primeiro lugar, nem toda contribuição dos sócios significa, efetivamente, aporte de capital. Há que dizer, desde logo, que apenas as versões patrimoniais dos sócios enquanto sócios poderiam ter tal significado, uma vez que outras podem-se verificar, entre a pessoa dos sócios e a da sociedade, fundadas em relações jurídicas diversas da relação jurídico-societária. É o caso, *e.g.*, das alienações de bens

1. A esse respeito, veja-se Bermond de Vaulx (*Les droits latents des actionnaires sur les réserves dans les sociétés anonymes*, p. 35): "l'actionnaire n'a pas un droit direct de propriété sur les réserves: celles-ci appartiennent à la société".

ou das cessões de direitos pelos sócios à sociedade, as quais, embora relevantes para determinar conseqüências na esfera específica do direito societário², não emanam do *status socii*. A referência a essas relações jurídicas regidas pelo direito comum serve para demonstrar que o aporte de capital, no seu sentido preciso, não se qualifica em função da pessoa dos sócios, ou seja, não se determina a partir de uma consideração *ex parte subiecti* das versões patrimoniais em questão. Bem ao contrário, é o seu título jurídico que verdadeiramente importa, para o fim de caracterizar a contribuição de capital. Esta apenas existe quando deriva da relação jurídico-societária, sendo essencial para qualificá-la um título específico que, por sua vez, se funda em um estatuto particular, que é o que estabelece os direitos, as obrigações, os ônus e os poderes que, em seu conjunto, constituem a relação jurídico-societária. Esse complexo normativo, encimado pela lei, abrange os atos constitutivos e suas alterações, bem como as deliberações dos órgãos sociais revestidos da competência legal ou convencional de promover ou regulamentar os aportes de capital.

A nosso ver, estes se realizam sob um título próprio do direito das sociedades, especificando-se necessariamente em relação aos títulos jurídicos do direito comum. A finalidade dos negócios jurídicos que se passam entre sócios e sociedades lhes empresta essa titulação especial, quando se trata de ingressos de capital, refugindo assim esses mesmos negócios da disciplina normativa do direito comum. Não importa que, nas transferências patrimoniais em questão, o próprio direito societário recorra, freqüentemente, às categorias e às normas do direito privado em geral para lhes conferir o tratamento adequado. É o caso, por exemplo, da regra inserta no art. 9.º da Lei n. 6.404, segundo a qual, na falta de declaração expressa em contrário, os bens transferem-se à companhia a título de propriedade. Evidentemente, trata-se, aí, da *propriedade comum*, fundamentada na disciplina do Código Civil, o que, aliás, se comprova pela leitura do art. 10, que equipara, para fins de responsabilidade civil, o conferente de bens ao vendedor. Mas, já no pará-

2. É o caso, por exemplo, dos negócios de favorecimento ao acionista, controlador ou não, punidos outrossim pelo ordenamento tributário (Dec.-lei n. 1.598, de 1977, arts. 60 e 61, que tipificam as hipóteses de distribuição disfarçada de lucros, entre as quais se inclui a aquisição, por parte da sociedade, de bens de acionista por valor notoriamente superior ao de mercado).

grafo único do mesmo art. 10, excetua o legislador de 1976 a regra do art. 1.074 do Código Civil, dispondo que, quando a entrada consistir em crédito, o subscritor ou acionista responderá pela solvência do devedor.

Por aí se vê que, na relação jurídico-societária, as versões patrimoniais ganham contorno próprio no sistema de direito, subordinando-se, verdadeiramente, ao estatuto particular que antes referimos. Se resta claro, no direito brasileiro, que as relações dominiais presidem as conferências de bens, fica igualmente patente a possibilidade de um título diverso, como, *e. g.*, o usufruto, se assim o admite a sociedade e o declara o acionista-transferente. De outro lado, a regra imperativa que reclama a escritura pública nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis cede passo, no terreno societário, à expressa dispensa da formalidade, consoante a norma especial do art. 89 da Lei n. 6.404, segundo o qual a incorporação de imóveis para formação do capital social não exige escritura pública. Ainda mais, a inderrogável responsabilidade civil do subscritor ou acionista pela solvência do devedor, na transferência de crédito à sociedade como pagamento de capital, na medida em que se afasta do princípio dominante no direito civil, acentua a especificidade jurídica do título que ampara e afeiçoa os aportes do capital segundo seu estatuto peculiar e diferenciado.

As versões patrimoniais de bens, efetuadas pelos acionistas como aportes de capital, não ostentam o caráter de alienação, a nosso ver. Configuram, ao revés, negócio jurídico típico do direito societário.

Sabe-se ser controverso o conceito jurídico de alienação, cujas dificuldades remontam ao direito romano, em razão das variações de sentido que a *alienatio* sofreu após o período clássico. Neste, o vocábulo correspondia a toda espécie de transferência necessária ao respectivo conteúdo negocial ou volitivo. Já no período pós-clássico, o instituto passa a supor intenção subjetiva do agente, caracterizando-se a alienação, a partir de então, como disposição voluntária de determinado bem³. Há, por assim dizer, na história da alienação, uma constante de imprecisão terminológica.

Dessa forma, as contribuições dos sócios a título de capital, quando consubstanciadas *em bens*, escapam ao conceito jusprivatis-

3. Cf. Brasiello, *Alienatio*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1957.

tico de alienação, revestindo-se de natureza própria, peculiar ao direito das sociedades. De forma genérica, liga-se o conceito de alienação à idéia de separar algo de alguém, de subtrair a coisa à esfera de ação do titular, ao seu patrimônio ou ao seu poder. *Alienar*, no *Dicionário Moraes*, é passar a outro dono, ou senhor, por venda, ou de outro modo⁴. Válida e prudente, porém, a advertência de Pugliatti, para que se tenha sempre presente a acepção que a palavra adquire, concretamente, em cada texto legislativo⁵.

No ordenamento jurídico brasileiro — e aqui falamos do direito privado — a alienação representa apenas uma das diversas formas de extinção subjetiva da propriedade. Além dela, em elenco sem caráter de *numerus clausus*, o art. 589 do Código Civil, no que tange à propriedade imóvel, arrola como causas da perda da propriedade a renúncia, o abandono e o perecimento. É sabido, porém, que o usucapião e a acessão determinam, por igual, translação de domínio, tanto quanto a dissolução de sociedade conjugal regida pela comunhão universal. Assim, perante a lei civil, a transmissão da propriedade imóvel pode operar independentemente de configurar-se a alienação. Esta, segundo autorizada corrente doutrinária, ocorre somente quando decorra de negócio jurídico bilateral pressupondo manifestação de vontade do alienante, conjugada à aceitação do alienatário⁶.

Ainda em direito privado, parece-nos discutível a opinião abalizada de Trajano de Miranda Valverde no sentido de que as chamadas *conferências de bens* consubstanciariam atos positivos de alienação, ainda que de natureza especial, por não tomarem nem a figura da compra e venda, nem a da permuta, e por tampouco se traduzirem na constituição de comunhão ou condomínio⁷.

É preciso ponderar que a Lei n. 6.404, de 1976, em seus arts. 89 e 170, § 6.º, dispensa, como dissemos, a escritura pública para a transferência de bens imóveis incorporados ao capital social, tal como o fazia o diploma revogado (Dec.-lei n. 2.627, de 1940, art. 46). Ora, essa exceção ao direito comum (CC, art. 134, II) implica reconhecer que, nas conferências, não existem “*contratos constitutivos*

4. Lisboa, 1813.

5. Alienazione, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1958.

6. Cf., por todos, Orlando Gomes, *Direitos reais*, p. 182. Para Silvio Rodrigues, a alienação se processa mediante contrato (*Direito civil*; direito das coisas, p. 168).

7. *Sociedades por ações*, p. 108 e 291.

ou *translativos de direitos reais sobre imóveis*”, sendo impróprio, por conseguinte, tratar a hipótese como alienação. Aliás, como as contribuições em espécie para o capital social resultam de deliberação da assembléia geral, ou do conselho de administração, jamais poderiam efetivamente configurar contratos entre os subscritores e a companhia, pela singela mas suficiente razão de que a assembléia geral (assim como o conselho de administração), no sistema da lei brasileira, é *absolutamente incompetente* para celebrar contratos de qualquer natureza. Com efeito, em preceitos cogentes, o legislador não apenas proclama ser *privativa dos diretores* a representação da companhia (art. 138, § 1.º, *in fine*) como também explicitamente *veda a delegação de atribuições e poderes*, conferidos por lei aos órgãos de administração, a qualquer outro órgão criado por lei ou pelo estatuto (art. 139). Em outras palavras, se se pode falar na *vontade social*, que a assembléia geral exprime, com eficácia interna⁸, seguramente não se há de cogitar de relações jurídicas bilaterais, em que a sociedade seja representada perante terceiros pela assembléia geral⁹.

Quando afirmamos, *retro*, que nem toda contribuição dos sócios significa aporte de capital, não tínhamos em vista salientar apenas a necessidade, para caracterizá-lo, de um título jurídico próprio, fundado no *status socii*, vale dizer, embasado na relação jurídico-societária, governada por um estatuto normativo particular. A afirmativa comporta outra ordem de precisões, que se mostram especialmente relevantes para as finalidades deste estudo.

2.3 O capital como entidade contábil

Na realidade, as investigações em torno do conceito de capital social, sob uma perspectiva estritamente jurídica, devem-se abrir a partir da verificação do sistema legislativo. Assim, no Brasil, o capital social representa, fundamentalmente, uma entidade contábil, ou, se se preferir, uma conta integrante do patrimônio líquido. Dispõe o art. 182 da Lei n. 6.404 que a conta do capital social discriminará o montante subscrito e, por dedução, a parcela ainda não realizada. Essa concepção do capital social como entidade con-

8. Cf., A. Graziani, *Diritto delle società*, p. 61.

9. Cf., A. Fiorentino, *Gli organi delle società de capitali*, p. 6.

tábil fornece um ângulo de observação de manifesta utilidade teórica e prática, na medida em que permite diferenciar no patrimônio líquido das sociedades outros valores que, aportados embora por acionistas enquanto acionistas, devem receber consideração à parte. Entram nessa categoria de valores os chamados *ágios de subscrição*, registrados em contas diversas daquela que espelha o *quantum* do capital social. Nesse sentido, determina o § 1.º do art. 182, de nossa lei, que se classifiquem como reservas de capital as contas que registrarem a contribuição do subscritor de ações que ultrapassar o valor nominal e a parte do preço de emissão de ações sem valor nominal que ultrapassar a importância destinada à formação do capital social, inclusive nos casos de conversão em ações de debêntures ou partes beneficiárias.

No sistema da lei brasileira, predomina o formalismo na determinação do capital social, já que adotamos, legislativamente, a identificação deste como uma das contas do patrimônio líquido, diferenciada daquela que deve acolher as contribuições de subscritores a título de ágio. O parâmetro dessa diferenciação, traçado pelo § 1.º do art. 182, encontra-se no valor nominal das ações ou, no caso de ações sem valor nominal, no respectivo preço de emissão. Ora, esses limites, além dos quais a contribuição do subscritor deixa, *ope legis*, de integrar o capital social para constituir reserva de capital, são determinados de forma convencional, seja pelo estatuto, no caso de ações com valor nominal (art. 11), seja pelo órgão social que estabeleça o preço de emissão das ações, no caso de ações sem valor nominal (art. 14). Em ambos os casos, há uma delimitação formal do capital social, fixada em função do valor nominal ou do preço de emissão (art. 170, § 1.º). Ora, se o dimensionamento do capital social, nessa hipótese, há que computar esses fatores, de sorte a atingir-se o valor econômico da ação (e, pois, do capital), o mesmo não sucede com relação às ações com valor nominal. Quanto a estas, a alocação das versões dos subscritores ou acionistas à conta de capital leva em consideração, pura e simplesmente, o valor nominal estatutário, que não reflete nenhum dos critérios legislados para a fixação do preço de emissão (cotação das ações no mercado, valor de patrimônio líquido e perspectivas de rentabilidade da companhia).

Como consequência, a cifra do capital social se coloca, na Lei n. 6.404, como uma realidade contábil suscetível de não espelhar as inversões aportadas pelos subscritores ou acionistas. Sua quantifi-

cação pode mesmo suscitar distorções inexplicáveis no caso de companhias que possuam tanto ações com valor nominal quanto ações sem valor nominal, hipótese em que os respectivos valores subscritos podem-se destinar, em diferentes proporções, à conta de capital social e à conta de reservas de capital, bastando, para tanto, que o preço de emissão supere o valor nominal¹⁰.

As precedentes considerações dão bem a medida do caráter formal de que, entre nós, se reveste o conceito de capital social, o qual, como de início deixamos registrado, pode não corresponder à somatória das contribuições de subscritores ou acionistas.

Segue-se que essa conceituação do capital social como entidade formal, consoante, aliás, a doutrina prevaiente anotada por Simo-netto, afasta, no plano legislado, qualquer aproximação que se procurasse fazer entre *capital e patrimônio*, o que, diga-se desde logo, apresenta significação especial quando se afirma, sem maior crítica, que o capital social é a garantia essencial dos credores. A lei brasileira, efetivamente, não permite aquela assimilação conceitual, tanto que determina, como ficou visto, a separação da conta do capital social em relação às demais contas do patrimônio líquido. Capital e patrimônio são realidades distintas para o nosso legislador de 1976 — e exemplo confirmatório dessa diferenciação pode-se extrair sugestivamente do art. 229 da Lei n. 6.404, que, ao disciplinar a cisão, alude separadamente a *versões de patrimônio* e à *divisão de capital*.

Nessas condições, não coincidindo a cifra do capital social com o valor dos aportes efetuados pelos acionistas, a conceituação ora em exame deve-se assentar em pressupostos diversos daqueles que fundamentavam o direito brasileiro anterior. Com efeito, sob a égide do Decreto-lei n. 2.627, de 1940, o capital social espelhava o total das prestações dos acionistas, sendo que as reservas constituídas por ágios de subscrição tinham uma única e exclusiva destinação, a saber, a obrigatória incorporação ao capital social, nos termos do art. 58 da Lei n. 4.728, de 1965. Ora, a Lei n. 6.404 faculta outras modalidades de utilização dessas reservas de capital, permitindo que absorvam prejuízos excedentes aos lucros acumulados e às reservas

10. Sobre o valor nominal das ações, cf. Fábio Konder Comparato, *Função do valor nominal das ações de companhias*, in *Ensaio e pareceres de direito empresarial*, p. 97 e s., e Jean Claude May, *La valeur nominale des actions de sociétés*, Universidade de Paris — II, 1980 (tese).

de lucros, assim como propiciando lastro para operações de resgate, reembolso ou aquisição, pela companhia, de suas próprias ações e ainda servindo para custear o resgate de partes beneficiárias e até mesmo o pagamento de dividendos de ações preferenciais (art. 200).

Decorre do exposto, segundo Modesto Carvalhosa, mudança de função do capital social na lei vigente. No plano interno, nota Carvalhosa, o capital social não mais regula os direitos dos acionistas com base na contribuição de cada um, já que nem todo o valor da subscrição integrá-lo-á obrigatoriamente, podendo parte desse valor ter destinação diversa (art. 200). E externamente, observa o mesmo autor, o montante do capital social deixa de constituir plena expressão de garantia dos credores, pela mesma razão de não representar mais o valor integral das entradas dos acionistas. O capital social, conclui Carvalhosa, passa a ter um valor meramente nominal na medida em que pode ser menor do que o capital efetivamente ingressado na companhia¹¹.

11. *Comentários*, v. 1, p. 31.

3. O NOMINALISMO DO CAPITAL SOCIAL

Nos sistemas legislativos que desconhecem ações sem valor nominal, o capital social coincide com a somatória dos aportes dos acionistas, com exceção, apenas, dos denominados ágios de subscrição (*primes d'émission*, no direito francês), não consideradas, aqui, as hipóteses de aumento de capital social por incorporação de reservas. Antes da reforma de 1966, escreviam Escarra e Rault, de forma taxativa, que o capital social é igual à soma das ações consideradas em seu valor nominal¹. Os ágios de subscrição, nos sistemas em questão, não fazem parte do capital social e se inscrevem em contas de reserva. Nesse exato sentido, afirmam Ripert e Roblot que a *prime* constitui um *complément d'apport*².

O nominalismo subjacente a essas concepções do capital social conduz à desproporção entre o valor das contribuições versadas pelos acionistas à sociedade e à expectativa de retribuição pecuniária, sob a forma de dividendos, por parte daqueles mesmos acionistas. E isso é particularmente verdadeiro quando as reservas de capital constituídas pelos ágios de subscrição não têm a necessária destinação de serem incorporadas ao capital social, em benefício de todos os acionistas, como é precisamente o caso da lei brasileira (art. 200).

1. *Les sociétés commerciales*, v. 2, p. 83, n. 571.

2. *Traité*, v. 1, p. 984, n. 1.548. Cf. também Hemard, Terré e Mabilat, *Sociétés commerciales*, v. 2, p. 352, n. 407.

Tal nominalismo, na medida em que admite semelhante desproporção, afasta-se, como parece claro, das idéias clássicas de capital, em grande parte filiadas ao direito romano, e sem dúvida marcadas por influências civilísticas, segundo as quais o capital seria, fundamentalmente, um produtor de frutos, ou, como se dizia no século XV, *l'argent producteur de profit*³.

Dessa forma, a noção econômica do capital, centrada sobre a função produtiva dos recursos aportados pelos acionistas, inclusive ágios de subscrição, vai-se impondo modernamente, ainda que sem estrita correspondência jurídica ou mesmo contábil, substituindo-se a visão por assim dizer frutífera do capital pela compreensão do capital em uma economia de produção⁴. Sob essa perspectiva, distanciada de formulações contratualistas da sociedade anônima e inspirada pela teoria da empresa, o capital social se vê entendido, como deixamos registrado no início do n. 2, como o conjunto dos recursos próprios com que conta a empresa para o desenvolvimento de suas atividades, ou, como disse Savatier, como "*l'ensemble des biens de production investis dans une entreprise vivante*"⁵.

Se, para uma análise estritamente formal do capital como realidade jurídica, esse conceito não possui serventia prática, já que o nominalismo faz distinguir entre a contribuição de capital propriamente dita e aquela destinada a reservas de capital, não se deve perder de vista a dimensão econômica dos valores subscritos em sua integralidade, compreendendo quer o valor nominal, quer os ágios de subscrição.

Não se pode deixar de considerar, por outro lado, o dogma da intangibilidade do capital social, que não pode ser desfalcado quando da distribuição de dividendos, cuja fonte, no direito brasileiro, somente pode estar na conta de lucros líquidos do exercício, de lucros acumulados ou de reserva de lucros (art. 201). As reservas de capital não podem, em princípio, amparar distribuições de dividendos, salvo na especialíssima hipótese das ações preferenciais de que trata o § 5.º do art. 17. A vedação em exame confirma a desvinculação entre os aportes dos acionistas e a percepção do lucro social, ou, se se preferir, a nenhuma relação entre aqueles e estes. Com efeito,

3. May, *Le valeur*, cit., p. 1470.

4. Savatier, *Le droit comptable*, n. 117.

5. Savatier, *Le droit*, cit., n. 119.

a rentabilidade do investimento acionário não se determina por referência à totalidade das contribuições vertidas pelos acionistas, vale dizer, não se afere como retribuição aos valores subscritos, parte dos quais, como ágios destinados a reservas, não se considera capital. Seria flagrantemente ilícito, perante a Lei n. 6.404, calcular o dividendo obrigatório como porcentagem do lucro acrescido de reservas de capital, apesar do relativo elástico admitido pelo § 1.º do art. 202, salvo se, além do lucro líquido do exercício, pudesse a sociedade dispor, para o pagamento de dividendos, de lucros acumulados ou de reserva de lucros. De qualquer forma, o que importa acentuar é que as reservas de capital não têm caráter de fundos livres que a sociedade possa utilizar para remunerar as ações de seu capital, sempre respeitada a exceção do § 5.º do art. 17.

Ora, o aludido dogma da intangibilidade do capital social, no que tange à distribuição de dividendos, pode-se estender, no direito brasileiro, igualmente às reservas de capital, as quais têm destinações específicas (art. 200). Não podendo ser utilizadas para fins de distribuição de dividendos, sofrem elas a mesma espécie de proibição legal aplicável à cifra do capital social propriamente dita. Aí está, sem dúvida, um indício de que as reservas de capital (e aqui nos interessam precipuamente aquelas formadas por ágios de subscrição) se aproximam, conceitualmente, do capital social, para as finalidades em vista. Enquanto suscetíveis de compensar prejuízos, elas reforçam o capital social (art. 200, I). Da mesma forma, quando alocadas ao resgate, ao reembolso e à compra de ações, ditas reservas preservam a integridade do capital, evitando sua redução (art. 200, II). No caso de resgate de partes beneficiárias (art. 200, III), o problema não se coloca, já que então se trata de reserva especialmente constituída para tanto, como se depreende do art. 46, § 2.º, inadmitindo-se, a nosso ver, a alocação de reservas de capital constituída por ágios de subscrição de ações para tal finalidade específica. Assim sendo, do elenco das utilizações possíveis das reservas de capital restam sua incorporação ao capital social (art. 200, IV), que representa, por assim dizer, o destino natural (mas não necessário) das verbas em questão e sua mobilização para o pagamento de dividendo a ações preferenciais, no já comentado caso do art. 17, § 5.º.

Pelo que ficou exposto, pode-se observar que a cifra do capital social pode servir de parâmetro para o cálculo do dividendo. Real-

mente, ao cuidar do dividendo obrigatório, a Lei n. 6.404 admite que este seja computado por referência ao capital social (art. 202, § 1.º). Mas, como é curial, o capital não se considera fonte de recursos para tanto, em sua condição de parcela inexigível do patrimônio líquido. Certo é, porém, que os valores de subscrição, em sua íntegra, não estabelecem relações de titularidade de ações para os acionistas subscritores, pela possibilidade da instituição de ágios destinados a reservas de capital.

Dai se pode concluir, no que diz respeito a sistemas legislativos que apenas conhecem ações com valor nominal, que, do ponto de vista jurídico, "*le capital social est égal au total de la valeur nominale des parts*" — definição a que chegou a Comissão de Reforma do *Code de Commerce* francês, cujos trabalhos se estenderam de 1948 a 1957⁶. No Brasil, a assertiva seria verdadeira apenas quanto às companhias cujo capital se dividisse, exclusivamente, em ações com valor nominal.

6. Na França, o *Plan Comptable Générale*, aprovado em 11 de maio de 1957, por *arrêté ministériel*, com o qual posteriormente se harmonizou o decreto de 7 de agosto de 1958, definiu: "Dans les sociétés, le capital représente la valeur nominale des actions ou parts sociales". Para uma pesquisa de numerosas definições de capital social, cf. Foucault, *Le capital social et la protection des créanciers*, Paris, 1975 (tese).

4. AÇÕES SEM VALOR NOMINAL E CAPITAL SOCIAL

Diferente se mostra, sem dúvida, a realidade jurídica do capital social nos sistemas de direito que admitem ações sem valor nominal. Nesses sistemas, vigora uma repartição mais livre das contribuições acionárias entre capital e reservas do que aquela que vige quanto às ações com valor nominal. A inexistência deste suscita a questão de saber como alocar as parcelas das versões destinadas à conta de capital, dada a impossibilidade de se alcançar a cifra do capital pela mera multiplicação do valor nominal das ações pelo número das ações.

A solução da lei brasileira, como ficou visto, consiste na fixação de um preço de emissão para cada ação, cuja somatória total constituirá o valor do capital social, destinando-se o excedente à conta de reserva de capital. A competência dessa fixação do preço de emissão será, forçosamente, a competência para a fixação do valor do capital social, que cabe, conforme o caso, aos fundadores, à assembléia geral ou ao conselho de administração, consoante deixa claro o art. 14, *caput*, da Lei n. 6.404.

Na experiência do direito norte-americano, na maior parte dos casos, o montante das subscrições afetado ao capital social é determinado pelo *board of directors*¹, órgão de gestão com feições semelhantes ao nosso conselho de administração.

1. May, *Le valeur*, cit., p. 2128.

O poder de fixar a *consideration for shares without par value*, normalmente deferido ao *board of directors*, não exclui, entretanto, a possibilidade de se reservar tal fixação ao prévio assentimento dos acionistas ou, mesmo, de condicioná-la a previsões estatutárias². Mas a praxe, na vivência societária americana, é a determinação da *consideration* pelo *board*³.

É precisamente em função dessa competência, em grande parte dos casos originária, deferida a um órgão de gestão (no caso, o *board of directors*, ou conselho de administração) que se afirma, de modo geral, ser mais livre esse sistema, no tocante à alocação dos recursos recebidos dos acionistas entre capital e reservas, do que o sistema vigente quanto às ações com valor nominal. Entra em cena, nesse particular, um dos mais marcantes traços da disciplina legal da *corporation* norte-americana, a saber, precisamente, a ênfase dos poderes administrativos, corporificados no *board*, sobre a tradicional "soberania" das deliberações dos acionistas, reunidos em assembléia geral, que caracterizou, em larga medida, o direito continental europeu e que também inspirou nossa legislação societária, pelo menos até o advento das chamadas sociedades anônimas de capital autorizado, com a Lei n. 4.728, de 1965. De um lado, cabe reconhecer que a administração social será presumivelmente mais ágil que a assembléia geral, no tocante a essa matéria específica, percebendo, com mais aguda sensibilidade, as conveniências financeiras na determinação do preço de emissão. De outro lado, deve-se notar que a determinação do preço de emissão representa um dado fundamental na relação jurídico-societária, interferindo diretamente no complexo de direitos e obrigações entre acionistas e sociedade, inclusive porque dessa determinação resultará, a final, o próprio valor do capital da companhia. Não será sem alguma resistência que se há de aceitar que tais prerrogativas, normalmente reservadas à deliberação dos próprios acionistas, em certos sistemas jurídicos, passem à esfera de competência dos órgãos de administração.

A maior liberdade do sistema de ações sem valor nominal se verifica, efetivamente, quando se tem presente a circunstância de que, nele, não é necessário afetar à conta de capital o montante fixo, resultante da somatória total do valor nominal das ações. Isso per-

2. Cf. Henn, *Law of corporations*, p. 309.

3. Cf. Sereni, *Le società per azioni negli Stati Uniti*, p. 44.

mite, no direito estadunidense, adaptar o preço de emissão à situação da sociedade e do mercado, o que, aliás, também ocorre entre nós, dada a desnecessidade de respeitar, na emissão, o mínimo representado pelo valor nominal, nem sempre compatível com a conjuntura e, muitas vezes, fator de inviabilização de aumentos de capital. Essa é, aliás, a grande motivação de ordem prática para a adoção das ações sem valor nominal.

A preocupação com a emissão de ações sem valor nominal consiste, de outro lado, na possibilidade de abusos por parte dos administradores ao fixarem o preço de emissão. Subestimando novos ingressos, estar-se-á diluindo injustificadamente a participação dos antigos acionistas (*watering the outstanding stock*). A reação a essa espécie de abusos se vem fazendo mediante a elaboração da *doctrine of equitable contribution*, segundo a qual as ações não podem ser emitidas por um preço substancialmente inferior ao seu valor, o que tem dado aos tribunais um relativo poder de controle sobre as emissões.

Convém frisar que o repúdio ao *watered stock* pode manifestar-se de duas formas, conforme a competência para determinar que o preço de emissão remanesça em mãos dos acionistas ou pertença, desde logo, ao conselho de administração. No primeiro caso, a responsabilidade pelo ilícito deve-se orientar para a figura do acionista controlador ou para aquele cujo voto prevaleceu na hipótese específica. No segundo caso, que interessa particularmente em um estudo sobre o regime de capital autorizado, tratar-se-á de falta de gestão (*negligent management*), a induzir a responsabilidade dos administradores.

No direito brasileiro, a *doctrine of equitable contribution* tem o seu reflexo legislativo no já antes mencionado art. 170, § 1.º, da Lei n. 6.404, que estabelece critérios para a determinação do preço de emissão, quer se trate de ações com ou sem valor nominal, sendo igualmente aplicável o ditame legal tanto às deliberações da assembléia geral quanto às resoluções do conselho de administração.

Admite o direito societário norte-americano a imposição de um sobre-valor ao preço de emissão (*paid-in surplus*), que não se agrega ao capital social, à semelhança do que ocorre com os nossos ágios de subscrição, destinados a reservas de capital, e com as *primes d'émission* da prática francesa, que são consideradas aportes complementares.

Cumpra-se notar que o conceito de *consideration*, no direito dos Estados Unidos, relativamente às ações sem valor nominal, corresponde ao do nosso preço de emissão. Com efeito, o *paid-in surplus* integra a *consideration*, mas não para finalidade de determinar o *quantum* do capital social (*stated capital*). Em outras palavras, reconhece-se na *consideration* recebida pela sociedade a existência de uma parcela que, a critério do *board*, será considerada capital, e de outra, excedente (*surplus*), destinada a *paid-in or capital surplus*. É o que prevê, por exemplo, a Lei do Estado de Delaware (*Section 154*).

Segundo a lição de Cary, a Lei de Delaware contém disposições padrão ou típicas, na matéria, registrando-se, porém, que a Lei da Flórida exige que a totalidade da *consideration* recebida pelas *no-par shares* seja demonstrada como capital (*Section 60817*)⁴. O *Model Business Corporation Act* adotou, em substância, a solução da Lei de Delaware (*Section 21*).

Perante a Lei n. 6.404, pode-se distinguir, à luz do § 1.º do art. 182, *a*, a parte do preço de emissão que se destina à formação do capital social e a parte que ultrapassa essa importância — e que será registrada como reserva de capital. Pode-se afirmar, portanto, que nosso ordenamento societário acolheu o mesmo princípio da *allocation of consideration*, presente na Lei de Delaware e no *Model Business Corporation Act*, no que concerne às ações sem valor nominal, permitindo a segregação, no preço de emissão, da contribuição de capital propriamente dita e do excesso destinado à reserva.

A única diferença entre o regime da lei brasileira e o dos *statutes americanos* está no momento em que essa alocação deve ser feita. Segundo se depreende do art. 14 da Lei n. 6.404, já no instante da fixação do preço de emissão, a assembléia geral ou o conselho de administração deve definir o montante destinado à formação de reserva de capital. No *Model Business Corporation Act*, ao revés, essa alocação há de ser feita dentro do período de sessenta dias contados da emissão das ações, *a posteriori*, portanto (*Section 21*).

4. *Cases and materials on corporations*, p. 922.

5. CAPITAL E PATRIMÔNIO: REFLEXÃO SOBRE AS FUNÇÕES DO CAPITAL SOCIAL

Sumário: 5.1 Função de produção. 5.2 Capitalização insuficiente. 5.3 Capital mínimo. 5.4 Função de garantia. 5.5 O capital e o estado de sócio.

5.1 Função de produção

Estabelecidos os traços fundamentais necessários à compreensão da noção do capital social nas sociedades comerciais, será conveniente, a seguir, demarcar o conceito frente à idéia de *patrimônio*, em relação à qual não são poucas as dificuldades. As anotações precedentes conduziram à conclusão preliminar de que, sob um ponto de vista jurídico, o capital social corresponde a uma conta integrante do patrimônio líquido, de caráter inexigível, que registra, além das incorporações de reservas, as contribuições dos acionistas convencionalmente alocadas à finalidade específica de fazer trabalhar a empresa, ou, numa visão formal, a sociedade. Até o instante, nossa atenção se concentrou na relação entre o capital social e as prestações dos acionistas, com o objetivo de demonstrar como se institui a vinculação desses recursos à definição quantitativa daquela cifra.

As limitações desse conceito prévio são manifestas, principalmente se se levar em conta que, na organização societária, o capital social desempenha funções transcendentais da relação jurídico-societária, vigente entre acionistas e sociedade.

A primeira delas, a que, aliás, já nos referimos *en passant*, é a função de produção, que somente se pode explicar em termos eco-

nômicos. Inegavelmente, contudo, essa função produtiva do capital projeta reflexos de importância na qualificação jurídica do instituto, na medida em que se tem em mira a aplicação dos recursos próprios da empresa nas atividades de produção, conforme o objeto social. Tal conformidade se revela particularmente relevante para delimitar a liberdade dos administradores quanto à aplicação daqueles recursos e, por via de consequência, sua responsabilidade pessoal em caso de desvio das finalidades sociais. Reconhece-se hoje, com a progressiva institucionalização do acionista controlador, que o desvio das finalidades sociais não induz tão-só a aplicação das sanções pessoais aos gestores da companhia, com fundamento no descumprimento de seus deveres fiduciários para com os acionistas em geral ou, mesmo, com apelo à discutida teoria *ultra vires* do direito anglo-saxão. O *détournement* na aplicação dos fundos próprios da empresa configura, outrossim, modalidade de abuso de poder por parte do acionista controlador (Lei n. 6.404, art. 117, § 1.º, a).

5.2 Capitalização insuficiente

Mas uma segunda ordem de considerações merece ser lembrada nesse particular. Referimo-nos à temática atualíssima da *capitalização insuficiente*, a suscitar uma nova modalidade de responsabilidade do acionista controlador, determinada pela inadequação do capital social às necessidades da empresa, muitas vezes de caráter fraudulento ou doloso, a traduzir o expediente, condenado pelo direito, de utilizar a sociedade como meio de causar prejuízos a terceiros. A doutrina caminha no sentido de considerar a capitalização insuficiente como manobra omissiva vocacionada à elusão do princípio da responsabilidade limitada, em detrimento dos credores sociais. Pioneiro no tema entre nós, Fábio Konder Comparato refere os precedentes jurisprudenciais dos tribunais norte-americanos no sentido de que, quando o capital de uma companhia é manifestamente insuficiente para o exercício de sua atividade empresarial, o controlador (*active shareholder*) não pode opor o princípio da separação patrimonial, para evitar a execução dos créditos sociais sobre os seus bens no caso de insolvabilidade da companhia¹.

1. *O poder de controle nas sociedades anônimas*, p. 333; cf. também Anne Petitpierre Sauvain, *Droit des sociétés et groupes de sociétés*, p. 72 e s.

5.3 Capital mínimo

Por fim, uma terceira referência se torna imprescindível. Aludimos à crescente tendência das leis societárias, nos diversos países do Ocidente, de estabelecer um capital mínimo para a constituição e o funcionamento das sociedades comerciais. Ilustra essa tendência, de modo altamente sugestivo, a Segunda Diretiva da Comunidade Econômica Européia, de 13 de dezembro de 1976².

A exigência do capital mínimo responde, em primeiro lugar, a um postulado de adequação dos recursos financeiros próprios da empresa ao desenvolvimento de suas atividades. Trata-se, portanto, de requisito decorrente da já assinalada função produtiva do capital social³.

Não se pode negar, entretanto, que a justificação mais profunda para semelhante exigência resida na proteção dos interesses de terceiros, que se relacionam ou possam se relacionar com a companhia. A admitir-se esse ponto de vista, será forçoso retomar os dados de uma discussão, já anteriormente esboçada na presente dissertação, a respeito da distinção conceitual entre capital e patrimônio, a qual, para bem dizer, pressupõe indagação em torno da função de garantia que o capital social eventualmente exerça no estatuto jurídico da empresa. Além disso, como parece evidente, a questão do capital mínimo sugere que se reflita, paralelamente, em torno dos próprios limites à intervenção do Estado na economia das sociedades comerciais, derogando, *in casu*, no interesse público, a autonomia da vontade dos acionistas no que concerne ao dimensionamento do empreendimento social. Se tal ingerência hoje se reconhece sem maiores questionamentos em campos específicos de atividades, qual, por exemplo, o das instituições financeiras, em virtude da prevalência direta dos interesses coletivos, o mesmo não acontece com relação à generalidade das companhias, engajadas em atividades não expressamente reguladas pelo Poder Público.

2. "Article 6. The laws of the Member States shall require that, in order that a company may be incorporated or obtain authorisation to commence business, a minimum capital shall be subscribed the amount of which shall be not less than 25,000 European units of account."

3. "L'impresa potrà certo avere bisogno di più ingenti risorse finanziarie (e potrà attingerne da fonti interne alla società) ma un minimo di esse deve provenire — è questo il senso della legge — dai diretti interessati" (Giuseppe Niccolini, *Il capitale sociale minimo*, p. 24).

No sistema jurídico entre nós vigente, a exigência de capital mínimo é excepcional⁴. No entanto, em dois preceitos do ordenamento positivo brasileiro deparam-se alusões à interferência do Estado na quantificação do capital de companhias que desenvolvam atividades não sujeitas expressamente à regulamentação especial do Poder Público. A primeira dessas alusões é indireta: o § 2.º do art. 82 da Lei n. 6.404 atribui competência à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para denegar o registro de emissão de ações de companhia constituída por subscrição pública, por inviabilidade ou temeridade do empreendimento. Como, na hipótese, o citado registro é condição da própria constituição da companhia, a teor do *caput* daquele dispositivo, a autarquia se investe de poderes para apreciar as condições de viabilidade do empreendimento, inclusive sob o particular aspecto do *quantum* do capital social. A segunda das alusões referidas é explícita, não comportando qualquer dúvida: nos termos do § 6.º do art. 19 da Lei n. 6.385, de 1976, pode a CVM fixar capital mínimo para a companhia interessada no registro de valores mobiliários de sua emissão, para efeito de sua distribuição no mercado.

5.4 Função de garantia

O capital mínimo exigido das sociedades comerciais representa, pois, no plano legislativo, um requisito instituído com a finalidade de proteger interesses de terceiros. Assim posta a questão, a pergunta que desde logo acode ao observador concerne à possível função de garantia suscetível de ser atribuída ao capital social.

A doutrina vem minimizando a relevância dessa função, ao acentuar, como o faz Ascarelli, que a garantia dos credores não é constituída pelo capital, mas pelo patrimônio da sociedade em sua inteireza⁵. Já hoje ninguém duvida de que a cifra do capital social assume valor essencialmente formal, não coincidente com o substrato

4. Cf., a respeito, Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, *Das sociedades*, cit., v. 1, p. 140.

5. Apud Simonetto, *Concetto e composizione del capitale sociale*, *Riv. Dir. Comm.*, p. 133. No mesmo sentido, Ferri, *Le società*, p. 325.

patrimonial real da empresa⁶. É este, em suma, o que garante os credores sociais. Tantini, em posição mais radical, chega a afirmar, sem dúvida com certo exagero, que, antes da fixação do capital mínimo, a melhor garantia que a sociedade pode dar a seus credores é a sua *capacità di produrre reddito*⁷.

Essas simplificações excessivas não levam a uma colocação clara e abrangente do problema.

Em primeiro lugar, cumpre distinguir entre capital social realizado e não-realizado. A obrigação de pagar o capital subscrito, ou seja, de realizá-lo, demonstra, por si só, que o capital não pode ser inteiramente desprezado como garantia dos credores, pois que estes, em caso de insolvência da sociedade, legitimam-se à execução coativa dos débitos dos acionistas inadimplentes ou dos adquirentes de ações não integralizadas.

Em segundo lugar, é preciso diferenciar a perspectiva jurídica que se abre ao credor atual, na execução de seus créditos contra a sociedade — e sob essa ótica não se pode negar que a garantia efetiva se encontra no patrimônio enquanto ativo social (ou seja, constituída por bens ou direitos, em cuja aquisição foram aplicados os recursos próprios, ou por bens conferidos ao capital) — e a perspectiva analítica daqueles terceiros que procuram divisar, nas demonstrações financeiras, a margem de risco com que devem contar em negócios potenciais a serem celebrados com a empresa.

Sob este último ponto de vista, que só reflexamente apresenta interesse jurídico, a dimensão quantitativa do capital social, de regra, se mostra relevante, como índice de grandeza da empresa. Considerando que, em diversas legislações, o capital mínimo só se requer para determinados tipos de sociedades, não falta também quem afirme que sua função real, longe de garantir meios adequados ao funcionamento da empresa, consiste em servir como instrumento de seleção ao empresário na escolha dos tipos societários que mais lhe convenham⁸.

6. Cf. Patry, *Précis de droit suisse des sociétés*, v. 2, p. 31. Savatier afirma: "Le capital garantissant le crédit ne représente qu'une somme abstraite" (*Le droit*, cit., p. 195, n. 119).

7. *Capitale e patrimonio*, p. 32.

8. Tantini, *Capitale*, cit., p. 37.

O que, porém, importa salientar, nesse contexto, é que o capital social não constitui a única nem a mais significativa garantia dos credores sociais. Mas não se pode olvidar que todo o aparato legislativo votado à conservação de sua integridade confere ao capital social a referida função de garantia, que, no dizer de Niccolini, configura uma garantia suplementar dos próprios créditos⁹.

No mesmo diapasão é a doutrina de Fenghi, para quem esse suplemento de garantia vem após a garantia, que denominaríamos primária, representada pela parte do ativo que supera o passivo¹⁰. Idêntica linha segue o pensamento de Simonetto, para quem o capital teria a natureza de *un margine in più*, aplicável na hipótese de insuficiência de *normale garanzia*, ou seja, dos ativos líquidos¹¹.

A afirmativa de Savatier, no sentido de que o capital, como garantia do crédito, representa apenas uma soma abstrata, coincide com o enfoque contábil na conceituação do capital social. Na realidade, o capital social deve ser considerado como garantia dos credores sociais apenas na medida em que não se permite livremente sua restituição aos sócios sem o prévio pagamento ou a prévia garantia dos créditos que recaem sobre o patrimônio, quer na hipótese de redução do capital (Lei n. 6.404, art. 174), quer na hipótese de liquidação (arts. 214 e 215).

A primeira garantia das obrigações sociais consiste, efetivamente, no patrimônio da sociedade, em que se acham aplicados os recursos com que esta conta ou contou, próprios ou de terceiros. É o substrato real desse patrimônio, segundo os índices de liquidez prescritos pela técnica financeira, que dá a medida da garantia. Mas, é evidente, como as realizações do capital social consideram-se *origens de recursos*, na sistemática de demonstrações financeiras da Lei n. 6.404 (art. 188, I, b), não se pode afastar a hipótese de que os recursos de capital tenham, em concreto, uma correspondência no patrimônio enquanto ativo social, assim se justificando a conhecida asserção de Cantenot, para quem uma fração do patrimônio social se confunde com o capital¹². De outro lado, porém, ainda

9. *Le capitale*, cit., p. 22.

10. *La riduzione del capitale*, p. 35.

11. *La riduzione del capitale esuberante*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, v. 4, p. 2151.

12. *La réduction du capital social dans les sociétés anonymes*, p. 7, apud De La Cruz Blanco, *La reducción del capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, 1973, p. 37.

que improvável na prática, não há impedimento lógico nem jurídico a que os recursos de capital sejam inteiramente absorvidos por despesas, com o que, por via de consequência, colocar-se-á em xeque aquela pretendida correspondência entre os recursos de capital e os bens ou direitos do patrimônio.

Já se vê que, nessa matéria, corre-se freqüentemente o risco de confundir as diversas noções de capital, por imprecisões terminológicas¹³. Assim, freqüentemente se afirma que os bens conferidos ao capital social constituem capital no sentido real, ao passo que a contrapartida passiva da operação constituiria capital no sentido nominal¹⁴. Quer-nos parecer que a colocação não é correta. Os bens objeto de conferência por parte do acionista integram-se no patrimônio social, alocando-se o seu valor avaliado à conta do capital social, como passivo inexigível, não se podendo dizer que as ações emitidas em consequência da operação representem, individualmente, aqueles bens conferidos. Não há, com efeito, semelhante correspondência. Por conseguinte, os bens, em si mesmos considerados, não devem nem podem ser juridicamente qualificados como frações-alíquotas do capital, nem mesmo na condição de bens aptos a produzir frutos. Tal é uma concepção marcadamente civilística e de todo inadequada, ante a realidade econômica e jurídica do capital, que, como bem salientou Savatier, permanece estranha ao direito civil¹⁵.

É imprescindível enfatizar, por fim, que o conceito de patrimônio implica não apenas um complexo de bens, mas, fundamentalmente, um complexo de relações, direitos e obrigações. Analisando capital e patrimônio, observou com pertinência Simonetto que a disciplina do capital se caracteriza por contínuas interferências com a disciplina do patrimônio — dado que existe entre ambos os conceitos um nexo de continência, vale dizer, o patrimônio compreende o capital¹⁶. Em verdade, a lei brasileira adotou o conceito

13. Cf., a respeito, a advertência de Savatier, *Le droit*, cit., p. 197, n. 120.

14. Assim, Tantini, *Capitale*, cit., p. 14.

15. *Le droit*, cit., p. 193, n. 117: "Le droit civil reste, cependant, fidèle à la conception romaine qui ne concevait pas d'autre profit que les fruits des biens".

16. *Concetto e composizione del capitale sociale*, *Riv. Dir. Comm.*, p. 71 e 72.

de patrimônio exatamente no sentido de um complexo de relações, direitos e obrigações, o que levou o legislador à definição do patrimônio líquido que, com efeito, compreende, como uma de suas contas, aquela que reflete o capital social (Lei n. 6.404, art. 182).

5.5 O capital e o estado de sócio

De nossa parte, e sob um prisma exclusivamente jurídico, preferimos concluir estas investigações preliminares com a adoção do conceito contábil de capital social, ou seja, como cifra componente do patrimônio líquido que registra as contribuições dos sócios (deduzidos os ágios de subscrição) e as apropriações das reservas, legais ou estatutárias, geradas durante a operação social. Nos limites desta dissertação, tal conceito, ainda que formal ou convencional, é o único que nos parece apropriado para bem compreender o objeto de nosso estudo.

O chamado *capital real*, tantas vezes invocado pela doutrina, composto de bens de qualquer origem, integrados ao patrimônio social e representativos de garantia frente aos credores sociais¹⁷, apresenta conotações antes econômicas que jurídicas, razão pela qual, sem desconhecer o interesse em sua análise mais aprofundada, optamos por descartá-lo, tendo em vista os propósitos que temos em vista.

O interesse deste trabalho gira em torno, fundamentalmente, do capital como elemento básico de determinação da posição de sócio, vale dizer, concentra-se nas relações jurídicas ocorridas no interior da sociedade anônima, deixando-se de lado, ao menos como intenção metodológica e para fins analíticos, a função de garantia que, eventualmente, se possa reconhecer no capital social, a qual tem a ver com as relações externas da companhia.

17. Simonetto, Concetto e composizione del capitale sociale, *Riv. Dir. Comm.*, p. 202.

§ 2.º

CAPITAL FIXO E CAPITAL AUTORIZADO: DISTINÇÕES FUNDAMENTAIS

6. PRESSUPOSTOS

A disciplina jurídica do capital social reflete, fundamentalmente, a estrutura da sociedade anônima, tal como instituída pelo sistema de direito. Para a diferenciação entre o regime de capital fixo e o regime de capital autorizado, torna-se necessário identificar, em cada ordenamento positivo, e nos princípios informadores respectivos, qual a origem dos poderes que atuam no desenvolvimento das relações jurídicas concernentes à matéria.

Constituiria simplificação inexata afirmar que, no regime de capital fixo, em que a cifra pertinente consta do estatuto e só pode ser alterada por resoluções da assembléia geral dos acionistas, a origem dos poderes de que se trata restaria concentrada em mãos dos próprios acionistas, ao passo que, no regime de capital autorizado, aquela cifra seria mutável, independentemente de reforma estatutária, por deliberação dos órgãos de administração.

Para perfeita compreensão do regime do capital autorizado, essa distinção, tão sumária quão imperfeita, necessita ser elaborada a partir do exame da própria estrutura jurídica da sociedade anônima, conforme se apresenta nas diversas legislações. Tal exame, por sua vez, há de tomar como pressuposto a verificação de que, na estrutura jurídica da sociedade anônima, encontra-se inserida uma organização de poderes, segundo uma idéia finalística.

A compreensão sociológica das estruturas de poder na sociedade anônima pode ser ensaiada, de forma altamente sugestiva, segun-