

FRAUDES À REALIDADE E INTEGRIDADE DO CAPITAL SOCIAL DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

Jorge Joaquim Lobo

Sumário: I — A importância das Sociedades Anônimas. II — As macroempresas. III — Os conglomerados econômicos. IV — Os acionistas-capitalistas e os acionistas-empresários. V — A tutela dos direitos dos credores da companhia e dos adquirentes das ações em que se divide o capital social. VI — Conceito e função do capital social. VII — O princípio da intangibilidade do capital social. VIII — Fraudes à realidade e integridade do capital social das Sociedades Anônimas.

I — A importância das Sociedades Anônimas

1. *Nicolas Murray Butler*, em frase célebre, divulgada por *Ernest Mezger* no proêmio de seu notável livro *Le Nouveau Régime des Sociétés Anonymes en Allemagne*, editado pelo Instituto de Direito Comparado da Universidade de Paris, em 1939, afirmou que a Sociedade Anônima é “a maior descoberta dos tempos modernos, a julgar pelos seus efeitos sociais, morais, assim como pelas conseqüências políticas que poderemos tirar delas, uma vez que a tivermos compreendido e dela soubermos servir-nos.

O vapor e a eletricidade são menos importantes que a Sociedade Anônima. Sem elas, aquelas forças se encontrariam reduzidas a uma relativa impotência”.

2. Dois outros americanos — *Adolf A. Berle Jr.* e *Gardiner C. Means* —, na mesma linha de pensamento, aliás também perfilhada, dentre inúmeros outros⁽¹⁾, por *Lorenzo Mossa* (*Tratato del Nuovo Diritto Commerciale*, Cedam, 1957, vol. IV) e *Georges Ripert* (*Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*, trad. bras. de *Gilda de Azevedo*, São Paulo, 1947) expõem, com muita propriedade, a importância das sociedades anônimas, quando declaram:

“As sociedades por ações já não mais constituem simples instrumentos de ordem legal, através dos quais se realizam transações de natureza privada. Embora ainda utilizada para esse fim, a sociedade por ações adquiriu significação muito mais ampla. O anonimato, com efeito, tanto constitui uma forma de domínio da propriedade como, por outro lado, um modo de se organizar a vida econômica. Atingiu a tais proporções que se pode dizer que, atualmente, há um sistema de sociedades por ações — como antigamente houve um sistema feudal — que enfeixou em seu seio tal

soma de atributos e poderes, e atingiu tal grau de desenvolvimento, que não pode deixar de ser examinado como uma das principais instituições sociais do nosso tempo" (in *Propriedade Privada na Economia Moderna*, trad. bras. de Olavo Miranda, Rio, 1957, p. 17).

3. Em verdade, as Sociedades Anônimas, a despeito das crises⁽²⁾, foram, sem dúvida, a mola propulsora do desenvolvimento econômico e tecnológico de nossos dias, desenvolvimento econômico e tecnológico que obrigou a expansão dessas empresas⁽³⁾ e fez surgir as macroempresas.

II — As macroempresas

4. Com efeito, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, quando se verificou uma contínua, crescente e interminável descoberta de novos engenhos, empresas, que, durante a Revolução Industrial, primeira e segunda, e até mesmo no liminar do nosso século, se limitavam a determinado ramo de atividade produtiva, foram compelidas, sob pena de perecer, a expandir-se e a enveredar por setores jamais imaginados por quantas as viram nascer, como demonstra *Galbraith*: "Há oitenta anos, a sociedade anônima achava-se ainda confinada às indústrias em que, parecia, a produção tinha de ser em grande escala — construção de ferrovias, navegação a vapor, fabricação de aço, extração e refino de petróleo e certos empreendimentos de mineração. Hoje ela também vende secos e molhados, mói sementes de cereais, edita jornais e oferece divertimentos públicos, atividades que eram outrora da esfera do proprietário individual ou da firma pequena. As firmas maiores aplicam bilhões de dólares em equipamentos e empregam centenas de milhares de homens em dezenas de locais para produzir centenas de produtos. No final de 1974, as 200 maiores empresas industriais dos Estados Unidos — 1/10 de 1% de todas as indústrias — tinham dois terços de todo o ativo empregado na produção industrial, e mais 3/5 de todas as vendas, empregos e renda líquida. Tal concentração não só é elevada, como se intensifica rapidamente. No final de 1974, a participação das 200 maiores em vendas, empregos e ativo era maior do que a das 500 maiores de 1955!" (in *O Novo Estado Industrial*, São Paulo, p. 13)⁽⁴⁾.

5. Essas "gigantes da indústria, cujos cem braços poderosos abarcam o mundo, terríveis potências que trabalham durante a noite" (*Madariaga, Guia del Lector del Quijote, Buenos Aires, 1947, p. 15*, citado por Rui Carneiro Guimarães, in *Sociedades por Ações*, Rio, 1960, vol. I, p. 8), não se limitavam a alargar seus domínios, seu raio de atuação, suas atividades, mas — novamente obrigadas pelo progresso da ciência e da técnica — a iniciar um movimento de concentração empresarial, de formação de conglomerados econômicos.

III — Os conglomerados econômicos

6. A concentração de empresas, a princípio apenas nos níveis horizontal e vertical, passou, após a crise de 1929, a compreender, também, a chamada "integração complementar ou conglomerado", de que é exemplo, freqüentemente citado, "a Textron, nos Estados Unidos, que, partindo da indústria têxtil, absorveu nos últimos 20 anos 70 outras empresas em 36 setores industriais diferentes, da fabricação de helicópteros (primeiro produtor do País) à criação de galinhas, passando pela fabricação de equipamentos para a indústria ótica e a produção de óleos vegetais. Outro exemplo recente nos é dado pela IBEC (*Internacional Basic Corporation*) criada em 1947 por Nelson Rockefeller como subsidiária da *Standar Oil of New Jersey*, a IBEC mantém atualmente participação nos setores da alimentação, supermercados, pecuária, construção civil, metalúrgica e seguros. Associada no Brasil ao Banco de Investimento do Brasil S/A (BIB), ela obteve em 1968 lucros da ordem de 142 milhões de dólares na América Latina" (Fábio Konder Comparato, *Aspectos Jurídicos da Macroempresa*, São Paulo, 1970, p. 6).

7. No Brasil, a idéia da constituição de conglomerados, sobretudo devido à crônica falta de recursos financeiros para um pleno aproveitamento das potencialidades do País e à ausência de uma economia de escala⁽⁵⁾, foi incorporada ao Anteprojeto da Lei das Sociedades Anônimas por seus ilustres Autores, Profs. Alfredo Lamy Filho e J. L. Bulhões Pedreira, com base nas definições da política legislativa fixadas na Exposição de Motivos do CDE n.º 14, de 25 de julho de 1974, dos Ministros da Fazenda e do Planejamento, aprovada pelo Presidente da República, destacando-se, dentre os seus objetivos e diretrizes, a criação "do modelo de companhia adequado à organização e ao funcionamento da grande empresa privada, requerida pelo estágio atual da economia brasileira", e a disciplina, ainda que em forma de tentativa, "dos fenômenos novos e importantes, como as coligações e os grupos societários".

8. Para se chegar, primeiro, à macroempresa e, depois, ao conglomerado, foi preciso recorrer à poupança do homem comum, o que deu ensejo à separação entre a propriedade da empresa e o poder de controlá-la, colocando, de um lado, milhares, quiçá milhões, de acionistas-capitalistas e, de outro, os acionistas-empresários ou controladores, cujos interesses às vezes coincidem, outras não.

IV — Os acionistas-capitalistas e os acionistas-empresários

9. Na metade do século XIX, com o desenvolvimento do capitalismo e a consagração da doutrina do liberalismo econômico, a Sociedade Anônima passa a poder constituir-se independentemente de autorização governamental⁽⁶⁾, no começo apenas na França, depois

nos demais países, inclusive no Brasil, apenas devendo observar certas e determinadas normas legais, cabendo, então, ao Estado exercer, exclusivamente, o chamado "controle de legalidade", o que permitiu a multiplicação vertiginosa do número de companhias e, ao mesmo tempo, a prática, reiterada e incontrolável, de abusos e desmandos de toda ordem e natureza, quer por parte dos fundadores/acionistas-controladores dessas empresas, quer por parte de seus administradores, o que levou Valverde a declarar em sua *Introdução aos Comentários do Decreto-Lei n.º 2.627/40*: "... sobre a confusão reinante, a desabalada especulação dos negociistas, fundando e liquidando Sociedades Anônimas de todos os matizes, os testemunhos da época são impressionantes... Por esse rápido esboço de um curto período da vida nacional, vê-se como o instituto jurídico da anônima facilitava as mais engenhosas combinações, quase todas, na verdade, desastradas, e partindo o exemplo do Poder Público" (*Sociedade por Ações*, Rio, 1959, vol. I, pp. 29/30).

10. Os problemas das Sociedades Anônimas de hoje decorrem, de um lado, da limitação da responsabilidade do acionista, que apenas põe em risco certa soma de dinheiro ou determinada quantidade de bens, suscetíveis de avaliação em dinheiro; de outro, da dispersão das ações entre um sem-número de pessoas, o que redundou mormente nos Estados Unidos da América e em alguns países europeus, na separação "entre a propriedade e o controle da riqueza" e tornou "mais grave o problema da tutela das minorias" (*Ascarelli, ob. cit.*, p. 345).

10.1 Como registram os doutos, a limitação da responsabilidade do acionista fazia proliferar (1) Sociedades Anônimas fadadas ao insucesso; (2) "Sociedades Anônimas familiares; (3) Sociedades Anônimas para gozar do benefício do exercício do comércio com responsabilidade limitada" (*Ascarelli, idem*).

10.2 Por outro lado, a dissociação entre a propriedade acionária e o poder de controle⁽⁷⁾ permitia que um grupo, "substancialmente minoritário", dominasse, "às vezes, a sociedade, de tal modo que o problema que se denomina de tutela da minoria é, às vezes, o da tutela da maioria dos acionistas" (*Ascarelli, ibidem*).

V — *A tutela dos direitos dos credores da companhia e dos adquirentes das ações em que se divide o seu capital social*

11. O que dá azo ao domínio da empresa por um reduzido número de sócios é o absentismo da maioria nas assembléias-gerais da sociedade, pois os acionistas-capitalistas, regra geral, não se interessam pelos destinos da companhia, só se importando com os dividendos que lhes são distribuídos ao final de cada exercício social.

12. A lei brasileira, por exemplo, na tentativa de proteger esses acionistas (1) fixa normas para impedir o abuso do direito de voto do titular da maioria do capital social (arts. 115 e 116 da Lei n.º 6.404/76), responsabilizando o controlador pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder (art. 117); (2) estabelece *quorum* qualificado para aprovação de determinadas matérias (art. 136); (3) assegura o direito de recesso (art. 137); (4) faculta a adoção do processo do voto múltiplo (art. 141); (5) prevê que qualquer acionista possa promover contra os administradores ação de responsabilidade civil pelos prejuízos causados ao patrimônio da sociedade (§ 3.º do art. 159); (6) garante a representação dos minoritários no conselho fiscal (§ 4.º, alínea a, do art. 161); (7) inclui, entre os direitos essenciais do acionista, o de preferência para subscrição dos aumentos de capital (art. 109, IV c/c. art. 171), etc.(8).

13. Tão ou mais importante, todavia, a nosso ver, do que todas essas garantias, salvaguardas, cautelas, é zelar (1) pela realidade do capital social, quer quando da constituição da companhia, quer quando do seu aumento, e (2) por sua integridade durante a vida da sociedade, a fim de que o capital social possa atingir a sua finalidade, exercer a função para a qual foi concedido por juristas de escol: tutelar os direitos dos credores da companhia e dos adquirentes das ações em que se divide o seu capital social.

VI — Conceito e função do capital social

14. Consagrado, depois de lenta evolução, o princípio excepcional da responsabilidade limitada dos acionistas das anônimas e admitida a constituição do patrimônio separado, consequência direta do reconhecimento da personalidade jurídica das companhias, que impede a execução dos bens dos sócios por dívidas da sociedade, foi necessário elaborar um conceito de capital, definir-lhe as funções e instituir normas para garantir a sua integridade.

15. São muitas as definições de capital social, havendo uma variação mínima de autor para autor; de nossa parte, adotamos a formulada por J. X. Carvalho de Mendonça: "o capital social é o fundo originário e essencial da sociedade, fixado pela vontade dos sócios; é o monte constituído para a base das operações sociais" (*Tratado*, RJ, 1954, vol. III, p. 29, n.º 532).

16. Por isso, o capital social, a princípio, quando da constituição da empresa, coincidente com o fundo social (capital = fundo), mantém-se fixo, inalterado, enquanto o patrimônio da sociedade aumenta

ou diminui conforme os bons ou maus resultados decorrentes de suas atividades (patrimônio \neq capital), podendo, inclusive, o patrimônio tornar-se inferior ao capital (patrimônio $<$ capital).

17. "Surge daí", elucida *Cunha Peixoto*, "a distinção entre patrimônio ativo, passivo e líquido. O primeiro é constituído pelos diversos haveres da sociedade; o segundo, pelas suas obrigações; e o terceiro, pela diferença resultante do confronto dos dois, isto é, ativo e passivo.

Para melhor compreensão, figuremos o caso de uma sociedade formada com o capital de um milhão de cruzeiros. Admitindo-se-lhe um lucro de duzentos mil cruzeiros que, em vez de ser distribuído pelos sócios, é empregado, passará a se constituir de um ativo de um milhão e duzentos mil cruzeiros. Representado pelas cotas iniciais dos sócios, o capital mantém-se distinto do fundo social e, apesar de enriquecido o patrimônio da sociedade, permanece o mesmo — de um milhão de cruzeiros.

Ocorrendo, ao contrário, que a sociedade sofra prejuízos de duzentos mil cruzeiros, de superior que era ao capital, passa o ativo social a lhe ser inferior em duzentos mil cruzeiros.

Quer dizer que o fundo social variou, num caso, de acordo com os lucros e, noutro, conforme as perdas, enquanto o capital, por ser fixo, se manteve inatingido em ambas as hipóteses" (*Sociedade por Ações*, São Paulo, 1972, 1.º vol., p. 46, n.º 38).

18. A propósito do tema, *Ascarelli* doutrinou:

"Substancialmente, a ordem jurídica quer que a sociedade se caracterize por um "capital" nominal, fixado no estatuto, sujeito, portanto, à disciplina da publicidade social. Esse capital constitui uma entidade jurídica e a sua importância corresponde ao produto do número das ações pelo valor nominal de cada uma.

Diverso é, naturalmente, o patrimônio social, ou seja, o valor do ativo da sociedade; diverso o patrimônio líquido da sociedade, ou seja, o valor do ativo deduzido o passivo para os credores sociais.

A garantia dos terceiros está, afinal, nos bens da sociedade, ou seja, no patrimônio social; o valor real da ação se prende, por seu turno, ao patrimônio líquido social.

O capital é, porém, um "índice" do patrimônio líquido social.

Interessa aos credores atuais da sociedade pois que indica-lhes ter a sociedade um ativo superior ao seu passivo, podendo, por isso, satisfazer as suas dívidas, mesmo que o valor do ativo venha a diminuir; interessa aos que venham a ser credores da sociedade indicando-lhes a solvabilidade desta; interessa aos adquirentes de ações, porque constitui um índice do patrimônio líquido social ao qual passam a participar adquirindo as ações.

Visa, portanto, de um lado, o direito tutelar os credores na hipótese de uma diminuição do patrimônio conseqüente à redução do capital social; de outro lado, fazer com que o patrimônio líquido da sociedade não seja inferior ao capital, procurando, portanto, no interesse geral dos terceiros — credores ou compradores das ações — seja ele efetivamente constituído e fique subsistente; é à vista destas normas que o capital constitui a garantia dos terceiros. Temos, pois, de um lado, o conjunto dos bens da sociedade, isto é, o seu patrimônio; o valor real desses bens muda necessariamente com as oscilações do mercado e com o andamento dos negócios; a sua avaliação, juntamente com a indicação do passivo, é fixada nos balanços sociais; de outro lado, o capital social, resultante não só dos balanços, mas do estatuto social e que não pode ser modificado a não ser observadas as normas a respeito. Capital nominal e patrimônio líquido coincidem, às vezes, no início da vida da sociedade. Posteriormente, ao contrário, são diversos, dadas as oscilações de valor dos bens sociais e os diversos resultados da gestão da sociedade. O patrimônio líquido poderá ser superior ao capital social ou, ao contrário, inferior: no primeiro caso, ao lado do capital haverá lucros a distribuir ou reservas; no segundo caso, ao contrário, o capital sofreu uma perda. No primeiro caso, o valor real da ação será superior, no segundo, inferior ao seu valor nominal" (ob. cit., pp. 324/6).

19. Para permitir que o capital social exerça, em toda a sua plenitude, suas importantes funções, os juristas conceberam o princípio da intangibilidade do capital social.

VII — O princípio da intangibilidade do capital social

20. Como deixou claro *Isaac Halperin*, "nas sociedades de res-

ponsabilidade limitada dos sócios, o capital é intangível, intangibilidade que a lei consagra em resguardo e proteção dos terceiros e dos próprios acionistas, presentes e futuros, salvo as variações que podem introduzir-se com o recurso nos procedimentos que a lei fixa (aumento ou redução do capital social)" (*Manual de Sociedades Anônimas*, Buenos Aires, 1971, p. 79, n.º 3).

21. No Brasil, o princípio da intangibilidade sempre foi aplaudido e prestigiado.

21.1. Todavia, quando dos debates do projeto da atual Lei n.º 6.404/76, esse cânone foi posto em dúvida, como recorda *Rubens Requião*:

"O motivo que firmou o conceito do capital social se deve, sobretudo, à garantia dos credores, que têm no capital social a principal segurança de seu crédito contra a sociedade. Essa intangibilidade constitui um corolário do princípio de que os bens dos devedores constituem a garantia dos credores. E afinal o fundo social, que constitui o patrimônio da sociedade, no qual como passivo consta o capital social, representa aquela garantia.

Na moderna reforma da Sociedade Anônima esse conceito foi posto em dúvida. Na doutrina e prática americana se pôs em xeque tão empedernido conceito. Tomamos do Prof. Lamy Filho, por ter sido um dos primeiros juristas brasileiros a pôr em dúvida o conceito de intangibilidade do capital social, a análise que faz do problema, no curso de seus estudos que levaram à formulação do projeto da atual Lei das Sociedades por Ações.

Em conferência pronunciada na sessão de 23 de abril de 1970, no Instituto da OAB, enunciou aquele jurista seu pensamento, do qual destacamos esse passo: "Mas, há dois aspectos que nos parecem fundamentais, e que devem ser atendidos em qualquer regulação do assunto. O primeiro diz respeito à necessidade de manter o conceito de capital social, como garantia dos credores, e que informa toda a legislação de S.A. dos países de tradição romanística. Embora tal conceito não seja incompatível com a adoção das ações sem valor nominal, a verdade é que ele começou a ser abandonado nos Estados Unidos por via dessas ações. Realmente, os princípios de realidade e intangibilidade do capital social não foram diretamente atingidos pela Lei de 1912, do Estado de Nova

lorque, que introduziu as ações sem valor nominal, mas foi a partir de então — como já se assinala na célebre pesquisa que, no início da década de 1930, Berle e Means realizaram para a Universidade de Columbia — que começou o abandono desse conceito, afinal relegado ao esquecimento nas chamadas “leis liberais” do Estado de Delaware. Pensamos que nossa lei não deve transigir a a esse respeito — completava o jurista determinando seja integralmente levado à conta de capital social todo o produto da venda de ações”.

Pouco mais tarde, em 1971, em longo trabalho sobre “A reforma da Lei de Sociedades Anônimas”, elaborado para atender à iniciativa do Instituto de Planejamento Econômico e Social (IPEA), no capítulo relativo ao “Abandono ou manutenção do conceito de capital Social? Quid sobre ações sem valor nominal?”, desenvolve interessante análise sobre o tema, que não nos furtamos de reproduzir: “Outro ponto que cumpre examinar previamente, porque repercute na maioria dos preceitos que compõem uma lei de S.A., é o da manutenção ou abandono do conceito de capital social. É conhecida a importância que teve o conceito na formação das S.A., e na sua aceitação pelo comércio, como garantia dos credores, privados da responsabilidade pessoal ilimitada do sócio que respaldava, necessariamente, a atividade dos primeiros tipos societários. Com efeito, naquela cifra ideal, inscrita no passivo, que, no momento de constituição da sociedade, “representa a totalidade expressa em dinheiro, dos contingentes realizados ou prometidos pelos sócios àquela destinação” (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. III, n.º 535, p. 26) e que, iniciada a vida da sociedade, permanece fixa, em contraposição ao patrimônio em constante flutuação, encontraram os comerciantes a forma de reter, na sociedade, a contribuição dos sócios até que fossem pagos seus créditos. Constitui, portanto, um limite à liberdade dos sócios, como diz *Ascarelli*, uma “cifra de retenção”, um “coeficiente de liquidez”. Daí os atributos do conceito jurídico e contábil (não patrimonial) do capital social-idade, realidade e intangibilidade e que se projetam na maior parte dos preceitos da Lei das S.A.. Ocorre que, de há muito, nos Estados Unidos, esse conceito basilar está contestado pela prática iterativa das corporações e pela doutrina, com certas consequências do maior significado para a vida das anônimas e para a reforma da lei. Assim, a colocação de ações com parte do preço destinado a pagar dividendos, facilitada pelas ações sem valor nominal, a redução por ato do *board do stated capital*, a distribuição de dividendos sem lucro líquido, a emissão de ações com dividendos etc., etc. Doutrinariamente, o conceito de capital vem sofrendo, também de estudiosos europeus, sérias restrições. Nesse sentido, cumpre destacar, na matéria, o trabalho de *Paulette Veaux-Fournerie*. Mas

é do eminente Prof. *Bayless Maning* a melhor demonstração sobre a imprestabilidade da noção de capital para a finalidade de garantia de credores. Em seu livro sobre *Legal Capital*, Cap. V, diz o Prof. *Maning* que se pode afirmar, com segurança, que a maquinaria do capital social produz pouca, ou nenhuma, proteção aos credores, e que eles, sabendo disso, buscam outras garantias. E as razões seriam muitas entre as quais aponta: a) a cifra que traduz, num balanço, o lucro é fruto de um sem-número de prévias decisões contábeis, que, se houver interesse, serão facilmente fraudadas; b) os credores não são ouvidos sobre as decisões de alterar a cifra do capital social, e esta é sempre arbitrária e irrelevante; c) não há nenhuma lógica em tomar-se um número qualquer (o capital) e fazê-lo de medida para distribuição de dividendos e bonificações a acionistas; d) o sistema contábil não leva em conta a dimensão tempo, e não distingue entre um crédito a realizar-se em 20 anos e o realizável na próxima semana; e) uma contabilidade que pretendesse resolver esses problemas cairia em debates conceituais a pior maneira dos teólogos medievais etc., etc. O peso da autoridade do Prof. *Maning* obriga-nos à referência feita, mas com ela não concordamos. Os argumentos que arrola em seu trabalho (que não procuramos reproduzir, mas apenas respigar alguns trechos, dentre muitos, para focalizar o problema), a nosso ver, são mais adequados à realidade americana que à do Direito continental europeu, à qual nos filiamos. E, ainda, tais argumentos provam demais: se a defesa dos credores é incompleta, nem por isso se deve destruí-la, mas antes reforçá-la; se as fraudes contábeis são possíveis, as normas e praxes se vêm aperfeiçoando, e não é tão fácil praticá-las porque há sempre o risco da responsabilidade criminal na falência; e, afinal, não nos parece possível prescindir da noção de capital, no estágio atual de nossos usos e práticas comerciais. Tal fato envolveria riscos econômicos sem maior proveito, pelo que, a nosso ver, deve ser desprezada a hipótese "a atual lei não abandonou o conceito de capital social, mas lhe deu, com efeito, maior flexibilidade. E isso por meio das ações sem valor nominal. A "Exposição de Motivos" deu o sentido da manutenção, nesse particular, de nossa tradição, mantendo o conceito de que o capital social constitui uma garantia dos credores da companhia. Vale relembrar esse conceito: "O Projeto mantém, na plenitude, a função do capital social, de garantir os credores da companhia, conciliando a responsabilidade limitada dos acionistas (indispensável para que se possam associar, na mesma empresa, centenas ou milhares de sócios) com a proteção ao crédito, necessária ao funcionamento do sistema econômico. Procura, além disso, completar e aperfeiçoar o regime legal que visa a preservar sua realidade e integridade". E prossegue: "O Projeto reserva a expressão "capital social", ou simplesmente "capital", para significar o montante de capital financeiro de propriedade da companhia que os acionistas vinculam ao seu patrimônio, como recursos próprios

destinados, de modo permanente, à realização do objeto social" (*ob. e vol. cits.*, p. 58).

22. Destarte, com a "Exposição de Motivos", podemos afirmar que a Lei n.º 6.404/76 manteve intocado o princípio da intangibilidade do capital social, com o objetivo de "preservar sua realidade e integridade" e de evitar, tanto quanto possível, a fraude ao capital social.

VIII — *Fraudes à realidade e integridade do capital social das Sociedades Anônimas*

23. Pode-se fraudar o capital social quando da constituição da empresa ou em aumento de capital e também durante a sua existência.

23.1. Quando da constituição ou em aumento de capital da empresa, por meio de subscritores insolventes; de subscritores fictícios; de subscritores meros presta-nomes; de avaliações que excedam ao real valor dos bens a serem incorporados à sociedade; de emissões de ações abaixo do seu valor nominal; do pagamento da entrada em quantia inferior ao mínimo legal; de diversos expedientes de natureza contábil (*v.g.*, integralização das ações mediante a transferência de notas promissórias do próprio acionista ou empresa a ele "ligada").

23.2. Durante a existência na sociedade, através da distribuição de lucros ou dividendos fictícios e de dividendos antecipados; de pagamento de juros aos acionistas; da distribuição de dividendos na falta de balanço, em desacordo com o balanço e lastreada em balanço falso, o que irá refletir, negativamente, no patrimônio líquido da sociedade.

24. *Ascarelli*, o único, entre nós, mais uma vez, a tratar com profundidade do tema, após explicar que, na disciplina da tutela do capital social, há duas espécies de normas, umas para regular a constituição da sociedade, outras, para manter a integridade do capital, ensina:

"Entre as normas da primeira série, podem-se recordar as que impedem a emissão de ações abaixo do valor nominal ou por "série"; excluem a possibilidade das subscrições condicionadas; disciplinam a avaliação das entradas em espécie (a fim de impedir sejam superavaliadas); impõem a entrada imediata de pelo menos uma parte do

valor de subscrição (dada a natural desconfiança na consistência de um capital resultante somente de créditos para com os sócios); limitam a circulação das ações relativas à entrada em bens ou sobre as quais não tenha sido efetuada a entrada de uma determinada percentagem (a fim de melhor garantir os direitos da sociedade para com o sócio); vedam o aumento de capital antes que o capital anterior tenha sido integralizado, e assim por diante.

Entre as normas da segunda série, podemos recordar as que vedam a distribuição aos acionistas de juros (ou a limitam a casos rigorosamente determinados) ou de dividendos "antecipados" ou fictícios (isto é, que não resultem de lucros realmente conseguidos na gestão da empresa); as que visam, em matéria de balanço, impedir que sejam encaradas como lucros, ou que possam ser distribuídas como dividendos, as simples "esperanças de lucro" — por exemplo, os aumentos de valor dos bens destinados à exploração do negócio social ou das mercadorias e, ao contrário, impõem levar em conta as perdas, mesmo quando estas não foram ainda sofridas através da venda do bem (impondo, por ex., a desvalorização das instalações pelo uso, se bem que estas possam depois ser vendidas sem prejuízo, ou a contabilização do estoque pelo preço de mercado caso seja este inferior ao do custo); as que impõem a constituição de reserva legal; as que, em caso de perda anterior, vedam a distribuição de dividendos antes da reconstituição ou redução do capital; disciplinam a redução do capital; proibem ou limitam a possibilidade da sociedade de negociar com as suas ações; impõem a liquidação e, em alguns direitos, a falência da sociedade, toda vez que o capital social tenha sido perdido além de uma determinada medida e a sociedade não delibere reduzi-lo ou reintegrá-lo; tutelam a veracidade dos balanços sociais; organizam uma publicidade dos balanços, destinada a permitir aos terceiros acompanhar o andamento dos negócios sociais; e assim por diante" (ob. cit., pp. 328/330).

25. Porque visa à garantia de terceiros, estranhos à sociedade, o capital social, além de ser tutelado por normas de Direito Comercial, é protegido, outrossim, por sanções penais⁽⁹⁾.

26. No Direito brasileiro, as "fraudes e abusos na fundação e administração de sociedades por ações" estão previstos no artigo 177 do Código Penal e na Lei n.º 1.521, de 26-12-1951, e por eles se pune:

a) o fundador que faz afirmação falsa sobre a constituição

da companhia, ou oculta fraudulentamente fato a ela relativo;

b) o fundador que não deposita em banco as importâncias recebidas dos subscritores a título de entrada;

c) o diretor, o gerente ou o fiscal que faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente fato a elas relativo; ou que promove falsa cotação das ações, ou outros títulos da Sociedade; ou que distribui lucros, ou dividendos fictícios, na falta de balanço, em desacordo com este ou mediante balanço falso.

27. A prática demonstrou que as figuras típicas do Direito positivo brasileiro eram — e são, particularmente quanto à inviolabilidade do capital social, insuficientes.

28. Por isso, uma Comissão composta pelos Drs. J. L. Bulhões Pedreira, Alfredo Lamy Filho, Fábio Konder Comparato, J. H. Gouveia Vieira e César Vieira de Rezende elaborou um "Anteprojeto de Lei" que dispõe sobre "Instituições Financeiras, Define Crimes Financeiros e Dá Outras Providências", criando uma seção específica para coibir as "fraudes à realidade e integridade do capital social"⁽¹⁰⁾, em que se tipifica e se comina sanção para a prática de:

- 1) art. 241: fraude na realização do capital social;
- 2) art. 242: fraude na avaliação de bens;
- 3) art. 243: distribuição de lucros fictícios;
- 4) art. 244: negociações com as próprias ações;
- 5) art. 245: emissão de ações por valor inferior ao nominal;
- 6) art. 246: participação recíproca ilegal.

Notas

1. Por todos, Galbraith, in *O Novo Estado Industrial*, trad. bras., São Paulo, 1983, págs. 13 e segs.
2. "Como a que, em França, ligou-se ao banqueiro escocês Law e a que, na Inglaterra, deu lugar ao *Bubble Act*, de 1920" (Tullio Ascarelli, in *Problemas das Sociedades Anônimas*, São Paulo, 1969, pág. 313).
3. Como sabido, a discussão sobre o Conceito Jurídico de empresa está muito longe de chegar a bom termo, o que, todavia, não impede que se empregue aquele vocábulo como sinônimo de sociedade.

4. *Galbraith*, em outra obra, não menos famosa, *Era da Incerteza*, trad. bras., São Paulo, 1980, 2.^a ed., pág. 280, diz que: "A grande empresa moderna é um fato consumado"; para ela "não há lugar longe demais. Ela está em evidência tanto em *Hong Kong* e *Singapura* como *New York*, *Bruxelas* ou *Madri*".
5. *Fábio Konder Comparato*, com o brilho de sempre, elucida o pensamento de *Marschall* sobre "Economias Internas de Escala", nestes termos: "Baixa do custo unitário de produção com o aumento do volume de unidades produzidas; possibilidade de autofinanciamento, libertando a empresa das injunções do mercado financeiro; multiplicação de estabelecimentos, permitindo se atingissem diretamente os diferentes centros de consumo, com a supressão dos intermediários; estocagem de matéria-prima, atenuando os efeitos das variações de preço; estudos de mercado e publicidade em larga escala" (*Fábio Konder Comparato, Aspectos Jurídicos da Macroempresa*, 1970, pág. 4).
6. Eis o que *Valverde* escreveu a propósito do tema: "Ora, apesar disso, o movimento iniciado na França, para a libertação das sociedades anônimas da "tutela administrativa do Poder Público", que terminou vitorioso com a Lei de 1867, repercutia no Brasil e ganhava terreno. O liberalismo econômico exigia a abolição da intervenção do Estado na constituição das sociedades anônimas, medida, alegava-se, "vexatória e ilusória", que sufocava a iniciativa privada, impedindo o progresso da indústria e do comércio. A simples forma de uma sociedade não devia fundamentar as restrições impostas pelo Estado à livre associação dos indivíduos. Em 1882, a partida estava ganha. Foi nesse ano publicada, em 4 de novembro, a Lei n.º 3.150, que extinguiu o sistema da autorização e foi durante mais de meio século o estatuto básico das anônimas. Em 30 de dezembro do mesmo ano de 1882, baixava o Governo o Dec. n.º 8.821, regulamentando a execução daquela lei. O movimento havia alcançado o Parlamento em 1887. A comissão especial encarregada de dar parecer sobre o projeto *Andrade Figueira*, que modificava, ligeiramente, as disposições da Lei n.º 1.083, transferindo para os presidentes das Províncias a competência para autorizar e aprovar os estatutos das companhias, que deviam operar nos limites das Províncias, apresentou um substituto que facultava às sociedades anônimas estabelecerem-se sem autorização do Governo. Uma longa exposição justificava a inovação. As Comissões reunidas na Justiça e Fazenda, por sua vez, emitiram parecer sobre o substituto e apresentaram um outro, em 28 de fevereiro de 1879, em o qual foram adotadas algumas regras da legislação belga de 1873. Esse substitutivo serviu de base à Lei n.º 3.150, de 1882. Partiu das Comissões reunidas a fixação de um número mínimo de acionistas para a constituição das anônimas, a exemplo das legislações francesa e belga, que exigiam o curso de sete pessoas. E as Comissões justificavam a emenda: "e não pareça isso coisa pouco interessante, porquanto impedindo que se organizem sociedades anônimas com um número qualquer de associados, a lei procura evitar que, com o fim de subtrair-se à solidariedade que constitui o direito comum nas sociedades comerciais, alguns indivíduos se reúnam em sociedade anônima". Já em 1875, embora a nossa lei silenciasse a respeito do número de acionistas para a constituição das anônimas, o Conselho de Estado opinava pelo indeferimento do pedido de autorização da Companhia Mirim, de navegação a vapor, entre os portos da cidade do Rio Grande e a vila de Santa Vitória, pelo fato de só se constituir com cinco acionistas. Dizia o Conselho: "que, embora a citada legislação não fixasse o número de acionistas com que devem organizar-se e funcionar as companhias ou sociedades anônimas, depreende-se do complexo de suas disposições, e principalmente da necessidade de serem fiscalizados os atos da gerência pelas assembleias-gerais, que este número não deve ser tal que, eliminados os acionistas seus administradores, os quais não podem julgar atos, torne impossível a reunião das mesmas assembleias". E a decisão do Conselho foi aprovada pelo Governo" (*Sociedades por Ações*, Rio, 1959, vol. I, pág. 25).

7. Escrevemos alhures, a propósito do poder de controle: "Conforme doutrinou *Fábio Konder Comparato*, em sua magistral tese de concurso "O Poder de Controle na Sociedade Anônima", a definição de controle é sempre feita em função da assembléia-geral da companhia e divide-se em interno e externo. A classificação de controle interno mais difundida identifica-o em cinco espécies: controle totalitário; controle majoritário; controle mediante expedientes legais; controle minoritário e controle administrativo ou gerencial. O controle totalitário ou quase completa propriedade acionária é encontrado nas sociedades unipessoais e na associação familiar. O controle majoritário repousa no pressuposto de que em toda comunidade deve prevalecer a vontade da maioria, que, às vezes, deve ser qualificada, outras não (exemplo: art. 129, § 1.º, art. 136). Para haver controle majoritário, é imprescindível que o acionista, ou grupo de acionistas, detenha, no mínimo, metade do capital votante mais uma ação. O controle mediante expedientes legais apresenta-se sob as formas de controle piramidal ou em cadeia, a existência de ações sem voto, a emissão de ações com voto limitado e o *voting trustee*. O controle minoritário, fundado em número de ações inferior à metade do capital votante, repousa no absentismo do corpo acionário e é implicitamente reconhecido na Lei antiga e na nova, ao fixar as regras de *quorum* de instalação e de funcionamento da assembléia-geral, deliberando os acionistas, de acordo com a nova lei, em segunda convocação, com qualquer número, inclusive um acionista, como, aliás, já ocorreu na França. É opinião unânime que um controle minoritário bem estruturado, em companhia com grande pulverização acionária, pode atuar com a mesma eficiência que um controle majoritário. O controle administrativo ou gerencial é totalmente desligado da propriedade acionária. A perpetuação dos administradores no poder é obtida, sobretudo, com a utilização de complexos mecanismos de representação de acionistas em assembléia, explorando-se ao máximo o desinteresse dos acionistas pelos negócios sociais (*Proxery machine*)" (*Grupo de Sociedades*, Rio, 1978, págs. 100/01).

8. *Durval de Noronha Goyos Jr.*, em interessante estudo sobre "Direitos dos Acionistas Minoritários na Lei das Sociedades Anônimas", publicado na série *Estudos sobre Sociedades por Ações*, Ed. Resenha Universitária, São Paulo, n.º 3, págs. 120/121, escreve: "2.2.1 — São direitos essenciais aqueles intangíveis, quer por parte dos estatutos sociais, quer pela assembléia-geral. Tais direitos, que aproveitam a todos os acionistas, são consagrados no artigo 109 da Lei 6.404 e são: a) participar nos lucros sociais; b) participar do acervo da companhia, em caso de liquidação; c) fiscalizar a gestão dos negócios sociais; d) preferência na subscrição de ações, debêntures conversíveis, partes beneficiárias conversíveis, e bônus de subscrição na forma da Lei (arts. 171 e 172); e) conferência de iguais direitos aos titulares de cada classe de ações; f) retirada da sociedade, com direito ao reembolso, nos casos previstos em lei, e, nas seguintes hipóteses, em que a assembléia geral tenha deliberado e aprovado a: I) criações de ações preferenciais, aumento de classe existente sem guardar proporção com as demais, ampliação de preferências ou vantagens ou condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais (art. 137, combinado com 136, incisos I e II); II) alteração do dividendo obrigatório (art. 137, combinado com o artigo 136, inciso IV); III) mudança do objeto social da companhia (art. 137, combinado com o art. 136, inciso V); IV) dissolução da companhia ou cessação do estado de liquidação (art. 137, combinado com arts. 136, inciso VII e 215, § 2.º, combinado com o § 2.º do art. 216); V) incorporação da companhia em outra, sua fusão ou cisão (art. 137 combinado com arts. 136, inciso VI, 225, inciso IV e 230); VI) aquisição de controle de companhia privada, por pessoa jurídica de direito público (art. 236, parágrafo único); VII) incorporação de todas as ações, para converter companhia em subsidiária integral (art. 252, § 1.º, combinado com o art. 230); VIII) compra, por

companhia aberta, do controle de qualquer sociedade mercantil, quando o preço médio for superior aos limites fixados em lei (art. 256, § 2.º, combinado com o art. 137); IX) incorporação de companhia controlada (art. 264, § 3.º, combinado com o art. 137); e X) participação em grupo de sociedades (art. 137, combinado com arts. 136, inciso VIII, e 270, parágrafo único)".

9. Para um proveitoso estudo do assunto, recomenda-se, entre nós, o livro de *Cesare Pedrazi e Paulo José da Costa Jr., Direito Penal das Sociedades Anônimas*, São Paulo, 1973, págs. 127 e segs.; e, entre os franceses, *Droit Pénal Spécial des Sociétés*, de *Launais e Accarias*, Paris, 1964, págs. 18 e segs., e *Droit Pénal des Affaires*, de *Meirelle Delmas-Marty*, Paris, 1973, págs. 79 e segs..
10. Eis o texto integral:

SUBSEÇÃO I

FRAUDES À REALIDADE E INTEGRIDADE DO CAPITAL SOCIAL

Fraude na realização do Capital Social

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.

Pena — Reclusão, de 1 a 4 anos, e multa.

Parágrafo único — Na mesma pena incorre quem frauda 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.

Fraude de Avaliação de Bens

Art. 242 — Firmar laudo de avaliação aprovado em assembléia de constituição de companhia aberta, ou em assembléia-geral de acionistas, que, fraudulentamente, atribua a bem a ser contribuído para a formação do capital social valor que bem excede ao real, entendido como tal o determinado segundo os critérios usuais de avaliação.

Pena — Reclusão, de 1 a 4 anos, e multa.

Parágrafo único — Incorre nas mesmas penas:

- a) o subscritor de ações de companhia aberta que, fraudulentamente, atribui valor superior ao real a bem a ser contribuído para a formação do capital social;
- b) o perito que firma laudo de reavaliação de bem de companhia aberta atribuindo-lhe, fraudulentamente, valor superior ao real;
- c) o acionista que, fraudulentamente, concorre para a aprovação, pela assembléia-geral, de laudo que atribua valor superior ao real a bem contribuído para a formação do capital social de companhia aberta.

Distribuição de Lucros Fictícios

Art. 243 — Distribuir a acionistas, administradores, titulares de partes beneficiárias, debenturistas ou empregados de companhia aberta, sem elaboração de demonstrações financeiras, em desacordo com estas, ou mediante demonstração financeira falsa (art. 251, § 1.º), lucros ou dividendos fictícios:

Pena — Reclusão, de 1 a 4 anos, e multa.

Parágrafo único — Respondem pelo crime os administradores e acionistas que, sabendo fictícios os lucros distribuídos, concorrem com seu voto para a deliberação do órgão social, pagam ou recebem os dividendos.

Negociações com as Próprias Ações

Art. 244 — Adquirir a companhia aberta ações de sua emissão, salvo quando a lei expressamente o permite:

Pena — Reclusão, de 1 a 4 anos, e multa.

§ 1.º — Respondem pelo crime os administradores que, cientes da ilegalidade, participam de deliberação de adquirir ou representam a sociedade no ato de aquisição.

§ 2.º — Incorre nas mesmas penas o diretor que aceita em garantia de crédito social ações de emissão da companhia aberta que não possam ser por esta adquiridas.

Emissão de Ações por Valor Inferior ao Nominal

Art. 245 — Emitir ações de companhia aberta por preço inferior ao valor nominal:

Pena — Reclusão, de 1 a 4 anos, e multa.

Parágrafo único — Respondem pelo crime os administradores que, cientes da ilegalidade, participam da deliberação de emitir ou praticam os atos de emissão.

Participação Recíproca Ilegal

Art. 246 — Adquirir a sociedade ações ou quotas de que resulte participação recíproca em companhia aberta vedada por lei:

Pena — Reclusão, de 1 a 4 anos, e multa.

Parágrafo único — Respondem pelo crime os administradores que, cientes da ilegalidade, participam da deliberação de adquirir ou representam a sociedade no ato de aquisição.