

## CAPITAL SOCIAL AUTORIZADO NO ESTATUTO ORIGINÁRIO

José Augusto Pereira Zeca

1. O princípio da imutabilidade do capital social penetrou na análise positiva que se realiza desde a caracterização da sociedade por ações. O princípio não se aplica em sentido absoluto. O capital social permanecerá imutável entre a definição da posição anterior e a definição da posição posterior.

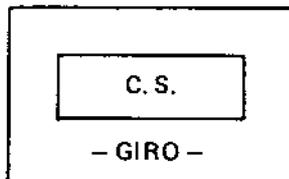
A sociedade anônima se organiza para realizar o objeto social que escolheu. O projeto da empresa se lança no mercado, onde espera materializar toda expectativa de crescimento contida na iniciativa privada, mista ou pública. Circunstâncias de espaço e tempo ditam condições de oportunidade decisivas quanto à sorte do empreendimento. Do lado oposto, circunstâncias de espaço e de tempo conspiram, algumas vezes, para dificultar ou impossibilitar o êxito positivo do empreendimento.

O capital social forma núcleo para tornar realidade o projeto de empresa. Na fase de implantação, este capital social poderá bastar ou não bastar. Assim, também, na fase de consolidação e na fase de desenvolvimento. A expansão da empresa supera, na maioria dos casos, a previsão do capital social com que se constituiu a companhia. O capital social constante do prospecto e do projeto de Estatuto, ou da escritura pública de constituição, se auto-limita na previsão:

- a) das despesas de instalação;
- b) do capital de giro inicial;
- c) das despesas de lançamento.

O capital social originário serve para fundar a sociedade anônima. É núcleo fundamental. A partir dele se distende a linha de Crédito da nova entidade. A consistência e extensão desta linha, na convivência com instituições financeiras, dependem não só do ativo gerado por aquele capital social como do crédito pessoal de acionistas controladores ou de membros dos órgãos administrativos. Os recursos criados pelo giro do ativo circulante da empresa combinados com recursos alheios, via do crédito, fazem com que o giro mercantil da empresa ultrapasse o valor nominal do capital social.

O movimento comercial, confirmado no faturamento bruto da empresa, é aquele ultra-valor. O capital social se converte em giro mercantil.



Nesta conversão o capital social se multiplica por que ele cresce com a lucratividade. A dimensão da lucratividade se elastece com a utilização de empréstimos, financiamentos, co-participações, assistência financeira, os quais dobram, triplicam, etc., o valor nominal do capital social.

2. A mutabilidade contínua da empresa influencia na natureza do princípio legal da imutabilidade do capital social. Esta influência incoercível altera o princípio, em sua formulação, para o princípio da **fixidez do capital social**. O capital social é tão mutável quanto mutável é a empresa. A mutabilidade do capital social não importa em variabilidade do capital social. O capital social, **sob este aspecto**, é imutável. A imutabilidade significa, mais restritamente, fixidez. As sociedades comerciais, em função desta característica do capital social, se classificam em:

- a) sociedades comerciais de capital fixo;
- b) sociedades comerciais de capital variável. A sociedade cooperativa, entre todos os tipos societários, exemplifica a sociedade de capital variável. A qualquer momento dado, o capital social aumenta ou diminui conforme o fluxo e refluxo de sócios cooperados, que aumentam ou diminuem suas quotas-partes. Não existe, previamente, capital social nominal de valor pré-fixado. Nas sociedades comerciais de capital fixo, a qualquer momento dado, o capital social é único em seu valor nominal certo e imutável.

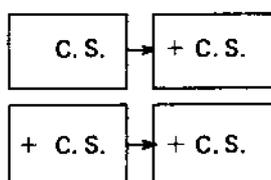
A sociedade anônima, sob o fluxo do risco mercantil, poderá falhar na realização do objeto social ou do fim social. Circunstâncias de tempo e de espaço concorrem para malogro parcial ou total do empreendimento. Se total o insucesso, a sociedade anônima perderá **todo o** capital social; se parcial, a readaptação da escala do projeto de empresa aconselhará a redução do valor nominal do capital social. O capital social é suscetível de contração ou ampliação durante a existência da sociedade por ações. O aumento do capital social e a redução do capital social traduzem modificação do capital social originário ou sucessivo. A modificação para mais (aumento) ou a modificação para menos (redução) varia o valor nominal do capital social sem o tornar capital social variável. O capital variável, onde admitido, é estado permanente do capital social. Identicamente, o capital fixo é estado permanente do capital social.

3. A permanência deste estado no capital social fixo é permanência durante toda a existência da sociedade por ações. A modificação de valor nominal é

periódica ou episódica. A compreensão lógica situaria:

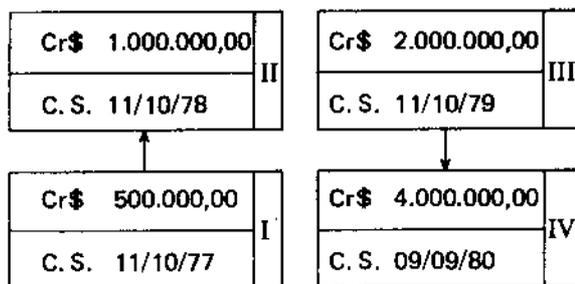
- a) estado permanente de **fixidez**;
- b) estado transitório do **valor nominal** desta fixidez.

O capital social é sempre aquele do momento determinado; v.g., o do balanço geral ordinário; ou o de qualquer dia em que se preencha, em nome da sociedade anônima, informação cadastral; ou da expedição do certificação de ação, etc.. Dois certificados de ações, entretanto, expedidos em dois momentos diferentes, por exemplo,



eventualmente terão dois valores nominais diversos do capital social. Cada um, porém, formará oficialmente, o capital social existente no momento de sua expedição. Ambas as informações conterão o mesmo grau de veracidade. O capital social não é variável, embora tenha aumentado ou diminuído, se o posterior a **mais** ou a **menos** que o anterior. O marco é a modificação do capi-

tal social. De marco a marco — de I a II, depois de II a III, e, a seguir, de III a IV —, o capital social não muda. De 11/10/77 a 11/10/78 é de Cr\$ 500.000,00, de 11 de outubro de 1978 a 11/10/1979 é de Cr\$ 1.000.000,00;



de 11/10/1979 a 09/09/80 é de Cr\$ 2.000.000,00; de 09/09/1980 até a primeira modificação seguinte o capital social continuará no valor nominal de Cr\$ 4.000.000,00. Marco, aqui (I, II, III e IV), expressa a modificação seguinte.

A imutabilidade do capital social se compreenderia como a fixidez do capital social:

- a) da fixação inicial até a modificação seguinte;
- b) no espaço de tempo entre duas modificações. Imutabilidade relativa e não absoluta. A fixidez, todavia, é menos relativa, no sentido de que, seja qual for o marco, o capital é sempre aquele fixado; v.g., Cr\$ 500.000,00, Cr\$ 1.000.000,00, Cr\$ 2.000.000,00, Cr\$ 4.000.000,00.

A idéia de **modificabilidade** do capital social se concilia com a idéia de **imutabilidade relativa** do capital social e de **fixidez** do capital social, distinguindo-se do conceito da **variabilidade** do capital social ou do **capital social variável**.

A modificação do capital social não nega o princípio da fixidez do capital social.

Também não se choca com ela o princípio da **integridade do capital social**. Este vale tanto para o **capital social fixo** como para o **capital social variável**. Por que impõe correspondência do **valor nominal** do capital social com o **valor real** do capital social nos momentos formativo e modificativo:

- a) pela subscrição com integralização mínima;
- b) pela subscrição com integralização parcial;
- c) pela subscrição com integralização total.

4. O sistema legal concedeu o Capítulo XIV à técnica da modificação do capital social, que ocupa o espaço dos artigos 166 a 174. Na constituição da companhia — abrangente de atos pré-constitutivos, constitutivos básicos e constitutivos complementares —, toda solução estruturada partiu da **formação do capital social**:

- a) fixação projetada do capital social no projeto de Estatuto, no texto da escritura pública de constituição não assinado, na proposta à assembléia geral de constituição;
- b) na subscrição pela assinatura do boletim ou da lista de subscrição, pela assinatura da escritura pública de constituição, pela deliberação da assembléia geral de constituição;
- c) no depósito das parcelas de integralização mínima, parcial ou total;
- d) na proposta, avaliação, aceitação e incorporação de bens integralizadores fora da forma-dinheiro;
- e) na divisão, classificação e formalização das ações como partes do capital social;
- f) na instituição do regime próprio de valor mobiliário para as ações;
- g) na especificidade da propriedade acionária;
- h) na qualidade do acionista como proprietário das ações;

Esta é a parte inicial — do art. 1º ao art. 120 —, dominadora de mais de 1/3 (um terço) físico do espaço da estrutura legal. A parte imediata — do art. 121 ao art. 165, ou seja, 44 artigos — desenrola os órgãos sociais da composição estrutural do ente acionário ou da pessoa jurídica sob o tipo de sociedade por ações. Toda a primeira parte da construção legal se levanta em torno da **formação e existência** dinâmica do capital social **dividido** em ações. A construção referida erigiu princípios, normas, instrumentos, técnicas, formas, até instituições, com a inclusão de institutos, na base, na medula, no esqueleto, no sistema e nas funções deste capital social **formado e mobilizado** como valor autônomo que essencializa a sociedade por ações. Na **formação e autonomização** deste capital social o princípio supremo que define e orienta a estrutura da companhia.

Todo o processo formativo e circulatório do capital social:

- a) é **complexo** em sua origem e desenvolvimento;

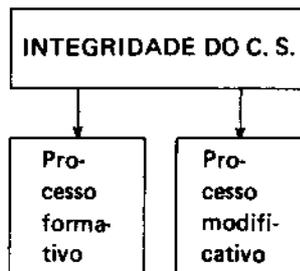
- b) é **formal** em todos os graus ou momentos que o especificam e o compõem;
- c) é **controlado** pela vontade interna do corpo social e pela vontade externa do Estado (registro do comércio);
- d) é **objetivo** por criar valores mobiliários cuja negociação conforma objeto do mercado de capitais;
- e) é **determinante** de toda a estrutura da sociedade por ações, tão absoluta, que coincide com os fins da própria companhia;
- f) é **transcendente** no sentido de que a titularidade em si — no estado de proprietário das ações — supera a personalidade do titular, cuja qualidade subjetiva ou individual não decide o caráter desta pessoa jurídica mercantil.

Desde esta posição, se recordada em sua feição geral, o analista apreende que não poderia ser simples ou descontrolado o processo de **modificação** desta base da sociedade por ações.

5. O processo formativo, se completado, fixa o capital social em seu valor nominal, fixação indispensável à titularidade e à enorme dimensão que firma no mercado de capitais, quando é veículo e fim da circulação de valores mobiliários. Esta fixação é fixação a partir do núcleo da sociedade por ações, em seu capital social, com reflexos a seguir:

- a) no valor nominal da ação, se as ações tem este valor nominal;
- b) no certificado de ação, provisório ou definitivo, unitário ou múltiplo;
- c) no valor real da ação apurado no mercado secundário e no mercado primário.

No regime anterior da lei 2627/40, o capital social poderia, teoricamente, durar por tempo longo, o mesmo, sem alteração. O atual sistema da lei 6.404/76 encurta a duração desta inalterabilidade, encontrando-se na correção monetária do capital social a explicação para o prazo curto da mesma. A observação que interessa para assimilar o espírito do tema do Capítulo XIV entra nesta oportunidade. Se o sistema montou aparato técnico rígido para o processo formativo do capital social, a fim de aplicar da melhor maneira possível o princípio da integridade deste capital social, que responde pela segurança estrutural da companhia, também dispôs o **processo modificativo do capital social**.



O **processo modificativo** é sempre "posterior" ou processo posterior. O processo formativo já o antecedeu e existe como a base. Certos edifícios têm base para inúmeros andares e a comparação sugere que, periodicamente, nova construção se levanta sobre o alicerce. O processo modificativo se relaciona intimamente com o anterior processo formativo. Entrosamento íntimo que erige alguns princípios que determinarão o processo modificativo. Por exemplo:

- a) sucessividade do processo modificativo;
- b) condicionamento para exercício do direito de preferência;
- c) dependência do processo modificativo posterior.

A modificação incide sobre o capital social já formado. A integridade desta influencia a natureza do processo modificativo, que se mostrará também:

- a) **formal** pela imposição de procedimento legal necessário, sob pena de não se completar;
- b) **complexo** pela série de atos componentes que se conjugam para obter a modificação programada;
- c) **plúrimo** nas fontes, por que pode decorrer de várias causas, algumas compulsórias e outras voluntárias.

6. O formalismo e a complexidade do processo modificativo, em alguns tópicos, excedemo do processo formativo devido à realidade do titular. No processo formativo, este evolui da condição de **subscriber** à de **acionista**, que assume ao final do processo, neste passo coincidente com a constituição da pessoa jurídica. No processo modificativo, do princípio ao fim, o titular é sempre o **acionista**. Acionista com posição definida face ao capital social na dupla relação:

- a) da titularidade como legítimo proprietário e possuidor;
- b) da quantidade como dono de parte das ações.

Tal posição recebe o influxo da fixação do capital social. Salvo exceções da companhia aberta, a posição adquirida no processo formativo e seu desenrolar permanece a mesma no processo modificativo. Ainda que renuncie ao direito de conservar esta posição, a própria renúncia ressalta atributo do direito de propriedade. Todo o mecanismo legal dentro do qual transcorre o processo modificativo favorece esta conservação, se a vontade do titular assim quiser.

A assunção desta qualidade — a de acionista — enriquece a pessoa física ou jurídica titular com os direitos essenciais inatos, que a pressupõem:

- a) aquele referente à participação nos resultados da realização do objeto social;
- b) aquele referente à participação no produto positivo da liquidação;
- c) aquele referente ao desligamento voluntário nas ocasiões críticas de conflito de interesse pessoal com o interesse social definido pela maioria;
- d) aquele referente à fiscalização permanente dos negócios e operações sociais.

No processo modificativo – e somente nele – emerge o direito de conservar a posição societária. Ou seja, a posição pessoal dentro do capital social, ou a de parte no interior do todo. A essencialidade deste direito no processo modificativo projeta a posição do acionista adquirida no processo formativo, originária ou derivadamente. O processo modificativo se formaliza e complexiza, no fundo, por causa deste direito essencial do acionista. Principalmente por que, no processo modificativo, existe já o acionista.

7. A companhia, a qualquer momento dado, se estrutura na lei interna, que é o estatuto. Esta estrutura é rígida no sentido de que sua modificação exige reforma. O estatuto altera a norma fixa anterior, que substitui pela norma fixa posterior. O capital social é fixo com idêntica significação. O capital social é ponto que compõe o estatuto. Se este é fixo, também o capital social o é. A fixidez do capital social significa o capital social estatutário. Por esta razão de base, a modificação do capital social conduz à reforma do estatuto. O capital social se afirma como capital fixo desde que é o capital social constante do estatuto. O capital social estatutário é sempre fixo por que figura deste modo no texto do estatuto. A modificabilidade do capital social decorre da reformabilidade do estatuto da mesma forma que a fixidez do capital social deriva da fixidez do estatuto.

Esta conjugação íntima explica, entre outras consequências mais importantes, por que a assembléia geral extraordinária dominará no capítulo XIV, quando a modificação do capital social necessitar da intervenção deste órgão. Por que o sistema tornou privativa da assembléia geral extraordinária, exceto o discutido desvio da capitalização da reserva de capital provinda da correção monetária do capital social realizado, a reforma do estatuto.

Ao final deste exame, fixidez do capital social quer dizer aquele valor nominal incluso no estatuto da companhia, na cláusula que o prevê. Todas as vezes, portanto, que se planejar a mudança no valor nominal do capital social, *ipso facto* o plano envolve a mudança no próprio estatuto, em causalidade que impede a modificação do capital social sem a correspondente reforma estatutária, salvo a espécie do capital autorizado (art. 168).

8. Toda sociedade anônima nasce em torno de capital determinado, cuja quantia a lei interna da companhia fixa através de cláusula expressa, firmando condição formal e material para emissão de ações, fato que caracteriza o tipo societário. Toda sociedade por ações, no padrão comum, possui sempre capital social fixo, que assume a possibilidade de coexistir em duas modalidades:

- 1) capital subscrito;
- 2) capital integralizado.

A subscrição total do capital social e a integralização mínima do capital social – 10%, 30% ou mais de 50% do capital subscrito, conforme a natureza da companhia, se fechada, se aberta (para efeito de circulabilidade),<sup>(1)</sup> se especial (v. g. instituições financeiras) – se combinam para, juntas, erguerem condições sem as quais nenhuma sociedade por ações se constitui validamente no mercado interno do país. **Subscrição e integralização** surgem como dois momentos constitutivos inteiramente distintos, de direito **sucessivos** e, de fato, também um em seguida ao outro, apesar de se efetivarem com uma **quase** simultaneidade quando a integralização total se faz conjuntamente com a subscrição total. Esta – a subscrição total – é, sempre, obrigatória. A integralização total, ao contrário, é facultativa, a lei somente obrigando a integralização **mínima**.

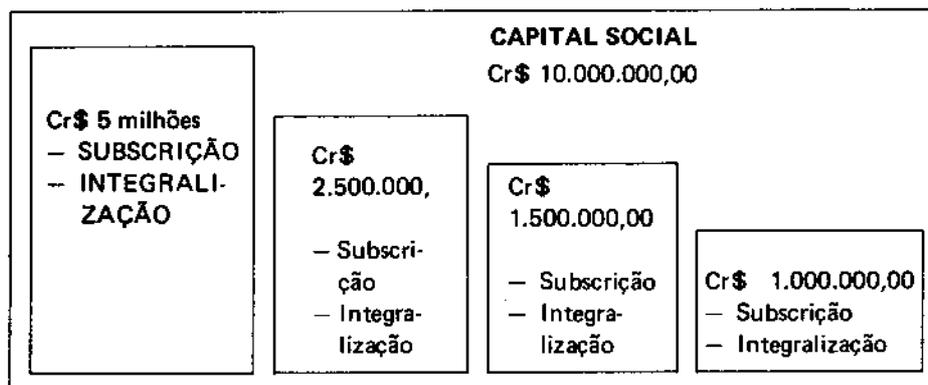
Sob a nova lei de sociedade por ações, dentro do Capítulo XIV, se intercalou a regulação de mais uma modalidade de capital social, compondo a trilogia:

- 1) capital subscrito;
- 2) capital integralizado;
- 3) capital autorizado.

A entrada analítica no tema, antes de particularizá-lo no exame objetivo do sistema, aproxima de situação que apresenta descrição inicial. O capital social é fixo, por exemplo, Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros). Entretanto, a subscrição e a integralização virão por etapas. No princípio, haverá subscrição total de **parte** do capital social fixado; a integralização mínima acompanhará esta subscrição total parcial. Depois, outra **parte** do capital social fixo será objeto de nova subscrição total parcial até se alcançar a subscrição total de **todo** o capital social. Dentro do limite mais amplo do capital social nominal, em lances sucessivos e continuados, tem lugar, periodicamente, a subscrição e a integralização. Este valor maior funcionaria como **valor de autorização** do capital social. Este valor se fixaria como o valor do capital social numa fase dada da companhia, por conseguinte, existiria, na prática, como capital social **possível**. Este valor de autorização, numa acepção bem estrita, ainda não é valor de

(1) Ênfase no aspecto da circulabilidade sem se afirmar que a integralização mínima na sociedade anônima aberta é de 30 % (trinta por cento), pois o art. 29 não dá regra constitutiva da companhia.

capital social por que, no seio do sistema vigente de sociedade por ações, o capital social real unicamente se materializa nas duas modalidades seguintes:



- a) a do capital subscrito, pois o capital fixo foi tomado por acionistas como obrigação líquida de prestar ou de versar;
- b) a do capital integralizado, parcial ou totalmente, uma vez que o subscritor presta e verte a contribuição prometida pelo modo admitido em lei.

A rigor, capital social só existe quando efetivado através de subscrição, que é obrigação de prestar, à vista ou a prazo, como obrigação líquida e certa. O capital social subscrito envolve:

- 1) a **realidade jurídica** do capital social;
- 2) a **efetividade** do capital social.

O capital autorizado não é capital social subscrito nem capital social integralizado. Assim, não se positiva ainda como capital social. Como capital social **possível** equivale a promessa de capital social. Não se anota esta equivalência sem uma certa hesitação por que, em si, o capital social autorizado não estabelece obrigação de imediato para os acionistas. O capital social autorizado aparece como técnica de simplificar o processo modificativo do capital social. Por simplificação, fala-se em “capital autorizado” como se se falasse em **autorização prévia para aumento do capital social com valor nominal pré-determinado**. No sentido dogmático com que se conhece o capital social fixo, o capital social subscrito ou o capital social integralizado, teoricamente, não existe capital social autorizado.

Esta clivagem lógica do sistema da nova lei de sociedade por ações desvenda a razão de ser da colocação do tema do “capital autorizado” como sub-título do Capítulo XIV, cujo título geral se lê como a “**modificação do capital social**”.

9. A fórmula do art. 168 é límpida para permitir enxergar o seu conteúdo desde a superfície verbal:

– “O Estatuto pode conter **autorização para aumento do capital social independente de reforma estatutária**”.

O estatuto dispensa a si mesmo de qualquer modificação para modificar o capital social no sentido de aumento. O aumento do capital social, logicamente, significa **mudança** do capital social pré-fixado. Numa linha orgânica, evolui algo que pre-existe à modificação. O capital social, para mudar e aumentar, precisa existir antes com determinada quantidade e qualidade (número e valor). Esta existência anterior se confunde com a primeira existência do capital social. A primeira existência do capital social, fora de qualquer dúvida, coincide, necessariamente, com a **constituição** da própria sociedade por ações. Por subscrição pública ou por subscrição particular, esta em qualquer das duas modalidades prevista pelo sistema, a sociedade anônima nasce unicamente:

- a) se estabelecido o capital social no estatuto com valores nominais fixos;
- b) se formalizada a subscrição **total** do capital social fixado no estatuto;
- c) se realizada a **integralização mínima** pelo número mínimo de subscritores.

A regra genética transparece assim nos itens do art. 80. O capital social fixado no estatuto é o capital social nominal:

- 1) ele é **certo** quanto à sua existência;
- 2) ele é **líquido** quanto à determinação, independente de qualquer formalidade ou condição de acerto;
- 3) ele é, em resultado das duas qualidades jurídicas anteriores, **incondicionado**, sob o prisma de que, para existir, não depende senão das condições intrínsecas de **subscrição e integralização mínima** posteriores.

O art. 80 não prevê **promessa** de capital social fixo. Ou, a exemplo do padrão das sociedades cooperativas, não consigna variação de capital social entre **valor fixo máximo e valor fixo mínimo** (2), criando o que se reconheceria como **capital social disponível** ou disponibilidade de capital social. Desde que subscrito — e não há capital social sem subscrição total, no limite do valor fixo estatutário —, o capital social é capital social **constituído**, por que, simultaneamente, **constituída** a sociedade por ações.

Entrando no problema por este lado(3), o sistema da lei atual, rigorosa-

(2) Para ROBERTO BARCELLOS DE MAGALHÃES, o capital social autorizado introduz na sociedade por ações o “sistema do capital variável” (“A nova lei das sociedades por ações comentada”, vol. II, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1977, p. 765).

(3) FRAN MARTINS, “Comentários à lei das sociedades anônimas”, Tomo II, Forense, n. 737, pág. 464.

mente, não comporta **constituição** de sociedade anônima de capital social **constituído** não coincidente com o valor implantado no estatuto como capital social fixo.

10. Os artigos da lei de sociedade por ações de 1976 sobre capital social e constituição da companhia, mais o art. 168 em especial, não perfilam a sociedade anônima formada com capital social tripartido em capital social autorizado, capital social subscrito e capital social integralizado. Em fase pós-constitutiva, quando existente e em funcionamento a sociedade por ações, o capital social, se o estatuto contiver semelhante previsão, poderá anotar o desdobramento triplice, o da autorização (capital social autorizado), o da subscrição (capital social subscrito) e o da integralização (capital social integralizado).

Para surpimir a complexa formalização do aumento do capital social e, ao mesmo tempo, diminuir o número de reformas estatutárias, o capital social já constará modificado, com margem a maior, cuja realização se efetivará na medida das necessidades de expansão da sociedade. A realização se confirmará através da decisão do órgão administrativo competente de utilizar a margem autorizada de aumento do capital social, promovendo a abertura subsequente da subscrição e da integralização.

Tal operação se efetivará dentro da companhia constituída e como parte da sua atividade possível, apresentando-se como ato complexo pós-constutivo. Antes, na fase de constituição da sociedade anônima, a operação seria deslocada e contraditória por que não se aumenta capital social ainda em processo de formação. Separar-se-iam, para salvar a possibilidade ora contrariada, dois momentos:

- a) o da autorização como faculdade prévia de alterar o capital social até certo limite pré-quantificado ou valor nominal autorizado;
- b) o da utilização da autorização com prática de atos concretos de aproveitamento da margem de aumento do capital social, de subscrição e integralização.

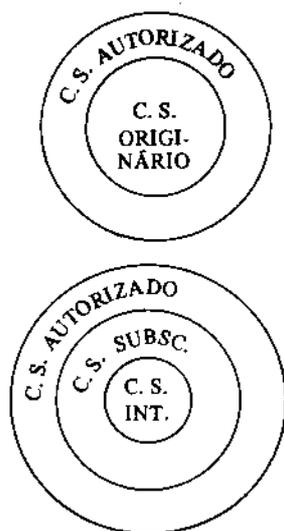
Esta distinção permitiria considerar a autorização como ato constitutivo e a utilização da margem autorizada como ato pós-constutivo. Esta construção intelectual, entretanto, não joga com a sistemática da lei para constituição da sociedade por ações. O esboço desta sistemática, que se relembrou há pouco, mostra como se implanta a companhia com os princípios da fixidez do capital social, da subscrição total efetiva e da integralização mínima. No princípio da fixidez do capital social, que se completa com as outras duas regras, se estrutura solução de **verdade e realidade** do capital social, que exclui o conceito de capital social disponível, da promessa de capital social aumentado, de aumento potencial do capital social, idéias estas que se alojariam no interior da fórmula "**capital social autorizado**".

A análise positiva do novo sistema legal fecha neste círculo nítido e cerrado a questão do capital social, que será sempre fixo na fase constitutiva e que, facultativamente, poderá ser capital social autorizado na fase pós-constitutiva. Este entendimento orienta para a direção que o legislador de 1976 resolveu seguir, não obstante a experiência anterior da lei do mercado de capitais.

O Estatuto da companhia, sob estes princípios postos em relevo, regeria como norma originária, na constituição da sociedade por ações:

- 1o.) o capital social se expressará em valor nominal fixo, certo e determinado;
- 2o.) a subscrição originária tomará a totalidade das ações que traduzirem o referido capital social;
- 3o.) se assim interessar, em cláusula própria e explícita, autorizar o aumento do capital social independentemente de reforma estatutária sem limite pré-estabelecido ou a ser estabelecido em futura assembléia geral extraordinária.

Dir-se-á que o capital social autorizado nasceu com a companhia e que mudou apenas a redação. Esta aparente mudança de fórmula, entretanto, significa muita diferença, se lida e pensada sob a indução da fase constitutiva da companhia. A sociedade anônima se formou com o capital social originário, aquele fixado no estatuto, sem sair de dentro do capital social maior, ao qual se aditasse a margem da autorização. O capital social da companhia é **aquela**, sem nenhuma condição. Não se figura como capital social dentro do capital social maior, que se denominaria capital social autorizado.



A distinção não resulta de artifício escolástico. O capital social, ao se constituir a sociedade, não se subdivide em:

- a) capital social **autorizado** como valor nominal máximo;
- b) capital social **subscrito** como valor nominal aproveitado no interior da margem de autorização;
- c) capital social **integralizado** como efetivação do capital social subscrito.

A imagem das três esferas, uma dentro da outra, a do capital social integralizado dentro da esfera do capital social subscrito e a do capital social subscrito dentro da esfera do capital social autorizado visualiza a conexão pretendida.

Para limpidez da fórmula e tentar vencer a contradição, o estatuto primitivo, se incorporasse a cláusula de autorização, contribuiria para evitar ambiguidade se não preestabelesse o valor nominal de autorização<sup>(4)</sup>.

Os pragmáticos, porém, desprezam o apuro lógico ou formal, em nome da economia de efeitos, mesmo ao preço da confusão da estrutura, apontando para a experiência empírica anterior. O apuro lógico e formal a que se chegou não penetrou na análise por acaso ou por obra de imaginação. O sistema organizou estrutura com apoio em princípios bem dogmáticos, que servem de colunas de sustentação, em atrimo com este suposto pragmatismo.

11. O pragmatismo não é tão empírico assim como se conjectura, lembram os que reconhecem a validade da experiência anterior, quando no país se legislou sobre **"sociedades anônimas de capital autorizado"**. A expressão encabeça o art. 45 da lei No. 4.728, de 14 de julho de 1965, que "disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento". Esta expressão penetrou na nova lei de sociedade por ações (art. 138, § 2o.)<sup>(5)</sup>.

O art. 45 da lei de 1965 criou, genuinamente, sociedade anônima de capital autorizado e não, cuidadosamente, companhia com estatuto possuidor de cláusula dispensatória de reforma estatutária motivada por aumento do capital social. A lei de mercado de capitais destacou formalmente as duas situações. Uma é a do art. 45:—

— "As sociedades anônimas cujas ações sejam nominativas, ou endossáveis, **poderão ser contituídas com capital subscrito inferior ao autorizado pelo capital social**".

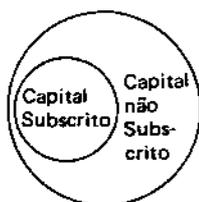
outra vem logo no parágrafo primeiro do art. 45:—

— "As sociedades referidas neste artigo **poderão, outrossim, aumentar o seu capital autorizado, independente de subscrição, ou com subscrição imediata de apenas parte do aumento**".

(4) O Prof. *FRAN MARTINS*, ao propor saída para o problema do capital autorizado no estatuto originário, sugere a permissão de incluir no "estatuto cláusula segundo a qual o capital social poderá ser *aumentado* independentemente de reforma estatutária", mas acrescenta que a cláusula autorizativa "deverá especificar o *limite do aumento*" (art. 168, § 1o., "a"), subsistindo, a nosso ver, a ambiguidade acima criticada (Vide "Comentários à lei das sociedades anônimas", vol 2, Tomó II, Forense, 1978, n. 740, pág. 472).

(5) A conclusão harmônica com o sistema, que não recebeu afirmação definida, afastando os expedientes conciliatórios é a de *ECBERTO LACERDA TEIXEIRA — JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO*, "Das sociedades anônimas no direito brasileiro", vol. I, José Bushatsky, 1979, pág. 121/122.

A autorização se desprende da subscrição, tanto na constituição como na modificação do capital social. O capital social autorizado, assim, se expõe como capital social não subscrito. O capital social autorizado existe como capital social desde a primeira hora, não em estado real e sim em estado potencial, por que lhe falta o elemento de realização provindo da subscrição/integração.



No repassamento do tema do capital social, o conceito da fixidez do capital social avançava além da nominalidade. Adensava o conteúdo da fixidez o elemento de realidade ou de efetividade, que se materializava na subscrição.

No repassamento do tema do capital social, o conceito da fixidez do capital social avançava além da nominalidade. Adensava o conteúdo da fixidez o elemento de realidade ou de efetividade, que se materializava na subscrição.

O capital social fixo não é somente o capital social com valor nominal, é o capital social com valor real ou ativo.

O capital social autorizado, como capital social não subscrito, se mostra como capital social com valor nominal, que se lê no limite nominal da autorização. Sob este aspecto estritamente nominal, o capital social autorizado é capital fixo: Cr\$. . . . . 10.000.000,00, Cr\$ 20.000.000,00, Cr\$ 50.000.000,00, etc. . A idéia de fixidez assimilada pelo sistema excede a nominalidade meramente numérica, como dado lançado no estatuto. Este reparo esclarecedor se intromete neste ponto para prevenir a crítica superficial que repele a análise acima como exercício de escolástica. De modo que se prossegue para encarar e mentalizar a lei do mercado de capitais. Ela, que não sistematizava nem estruturava sociedade por ações, preocupada com a variedade de valores mobiliários apreensores da poupança, não retrocedeu diante de dificuldade sistemática. Declarou, de entrada, que a sociedade anônima poderia se **CONSTITUIR** com o capital social em dois planos superpostos:

- 1) o do capital social não subscrito ou autorizado;
- 2) o do capital social subscrito ou capital social real.

Para a dúvida não confundir a construção, explicou a **diferença** existencial entre os dois planos, do ponto de vista do valor nominal. O valor nominal do capital social subscrito seria **sempre** inferior ou menor do que o valor do capital social autorizado. Esta **diferença a menor** do capital social subscrito se repete, com detalhe, na fórmula referente à modificação do capital social ou do **aumento do capital social autorizado**. Caso coincida o capital social subscrito com o capital social autorizado, desaparece o conceito de capital social autorizado, por que **todo o capital social** é o capital social subscrito.

Esta norma do art. 45, da lei 4.728/65, que define com clareza o capital social autorizado **no ato constitutivo da companhia**, não se transportou nem o trans-

portaram para o novo sistema. Ao reger a constituição da companhia, a formação e a modificação do capital social, a nova lei das sociedades por ações não preservou a exceção inaugurada com o art. 45 da lei do mercado de capitais (6).

A técnica do capital social superposto, a nível de autorização, compareceu com **possibilidade de ato pós-constitutivo**, mais especificamente no art. 168, da lei de 1976, uma vez que a referência no capítulo dos órgãos da administração apenas indica a sua existência sem o mínimo dado estruturador.

12. A lei 4.728/65 trouxe a instituição da sociedade anônima de capital autorizado, organizando sua estrutura em três (3) artigos, abrangendo o tipo, a emissão e forma das ações, os pré-requisitos estatutários, a subscrição com integralização mínima, o exercício do direito de preferência, completando o modelo com dois institutos desconhecidos, até então, na lei de sociedade anônima brasileira:

- a) a ação em tesouraria como produto da permissão da companhia negociar com as próprias ações;
- b) a opção de compra de ações.

A lei de 1965, no art 45, trabalhou no ato constitutivo da companhia com regra explícita. Evidentemente, a nova lei de sociedade anônima construiu o sistema de constituição da sociedade por ações com o modelo completo. O legislador de 1976 foi menos audaz que o de 1965 neste assunto e não reproduziu, em versão idêntica ou melhorada, a fórmula que possibilita se "**CONSTITUIR**" companhia com capital social subscrito "**inferior ao autorizado pelo estatuto social**".

Ao contrário, impõe a nova lei a subscrição total do capital social como condição constitutiva básica da sociedade anônima, por subscrição pública ou por subscrição particular. No ato constitutivo, o sistema vigente excepciona apenas a condição da integralização mínima, que varia conforme a natureza da sociedade por ações. Não se pesquisa algo análogo relativo à subscrição em si. Quem aprofundar a leitura do texto concluirá pela incompatibilidade entre a regra do art. 45 da lei do mercado de capitais e o sistema da lei das sociedades por ações de 1976. A lei especial posterior revoga, no que se revela incompatível, a lei geral ou especial anterior que rege matéria

(6) Há lógica na argumentação do prof. *FRAN MARTINS* a respeito da revogação do art. 45 da lei de 1965 pela nova lei de sociedade por ações (op. cit., n. 737, pág. 464), posição reforçada pela análise crítica de *ECBERTO LACERDA TEIXEIRA* - *JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO*, (op. cit., pág. 121). Em comentário de passagem, que não corresponde ao entendimento do autor sobre o art. 168 da nova lei de s. a., o prof. *MODESTO CARVALHOSA* parece pensar de modo diverso e contrário ("Comentários a lei das sociedades anônimas", 1o. vol., ed. Saraiva, 1977, pág. 33); assume inteligência semelhante o prof. *RUBENS REQUIÃO*, ("Curso de Direito Comercial", 2o. vol., ed. Saraiva, 1977, n. 311, pág. 55).

idêntica ou similar. A impossibilidade de duas normas conflitantes sobre a mesma espécie de realidade, à luz da lei de introdução do Código Civil, faz desaparecer, por revogação tácita, a lei anterior incompatível.

A lei 6.404/76 dispôs o capital social autorizado no capítulo da modificação do capital social autorizado. Esta colocação no espaço físico da lei pareceria irrelevante, se se objetivar que a técnica da autorização do capital se destina mesmo a agilizar o aumento do capital social, descomplicando a operação de formalidades numerosas e custosas. A posição no Capítulo XIV não retiraria a autorização de capital do ato constitutivo da companhia. O capital social autorizado seria capital social, apesar de fazer em estado virtual.

A constituição da sociedade anônima — imperativamente — existe subscrição total do capital social e não só do capital apto a ser subscrito, na hipótese de superposição de capitais sociais, segundo o capital social em dois planos esboçado acima. Este argumento corta com lógica a presença da cláusula no **ESTATUTO ORIGINÁRIO** instituidora de capital social subscrito inferior ao capital social autorizado no próprio estatuto.

13. A lei de 1976 dispersaria a sombra desta crítica se, na parte da constituição da companhia, aditasse fórmula idêntica ou parecida com o art. 45 da lei do mercado de capitais, a saber:

- “Admitir-se-á que a companhia se constitua com subscrição de ações em número inferior ao do capital social autorizado pelo Estatuto”.

A lei da sociedade por ações não recebeu em seu texto fórmula semelhante à da lei de 1965. A omissão é tão clara que se deduz a existência do intuito deliberado do legislador de assim proceder. Em inteligência rigorosa do art. 168, o estatuto originário, antes da primeira reforma:

- a) deve fixar o capital social subscrito, que será todo o capital social com que se funda a sociedade;
- b) poderá consignar a autorização para aumento do capital social com dispensa da reforma estatutária, sem declarar o valor nominal da margem de autorização ou o chamado “capital autorizado”.<sup>(7)</sup>

Na primeira reforma estatutária que se seguir à constituição da companhia, o estatuto, então, quantificará a margem de autorização. Deste modo, sensivelmente

(7) Esta proposta conciliatória arranha a regra cogente do art. 168, § 1o., alínea “a”, da lei da sociedade por ações, e explica a tentativa do prof. *FRAN MARTINS*, nos termos em que a formulou (op. cit., pág. 472).

formalista, num esforço de tornar compreensivo o sistema e contornar contradição assinalada, a sociedade anônima de capital autorizado se harmonizaria com o princípio sistemático da subscrição total.

Se se entender que o art. 168 de 1976 apenas simplificou a fórmula do art. 45 de 1965, a incongruência assomará no plano da lógica do novo sistema. Ficará visível a ruptura com a norma constitutiva básica de

– “subscrição, pelo menos por duas pessoas, de **todas as ações** em que se divide o capital social fixado no Estatuto”. (art. 80, I).

A única exceção às normas fundamentais de constituição concerne à integralização mínima (parágrafo único do art. 80).

Não se localiza referência alguma a “**capital subscrito inferior ao autorizado pelo estatuto social**”, para pensar com a linguagem da lei de 1965.

A resistência ao formalismo cresce nas mentalidades pragmáticas, que procuram a solução mais prática exigida pela necessidade. Tentarão ajustar o art. 168 ao art. 80, I, suprimindo a omissão da fórmula legal explícita com o raciocínio de que a subscrição total subsiste, por que subscritas as ações **em que se divide o capital social**, uma vez que as ações em que se divide o capital social dentro da margem de autorização ainda não nasceram, seriam pré-ações na medida em que o capital social autorizado é pré-capital social. Não existem ações correlatas com a margem de autorização do capital social. Esta margem não se procria **em ações** a não ser depois de sua utilização através do **aumento do capital social**. Concluem que o art. 80, I, ao impor a condição da subscrição de “**TODAS AS AÇÕES**” em que se divide o capital social, referenciou, de **maneira implícita**, o capital social subscrito, que não sofreria influência da margem de autorização. Esta vive em estado potencial. Só se converte, realmente, em capital social com a deliberação de aumento do capital social. Portanto, a **constituição** da companhia com a margem de autorização não conflitaria com a inflexibilidade do princípio da Subscrição total.

Desenvolvido este argumento, e dele extraída a justificativa de sobrevivência do art. 45 da lei do mercado de capitais, o analista pode elogiar a construção interpretativa, o esforço trabalhado de sua solução, sem simpatizar com a falta de rigor lógico que nota nela. O sistema legal em matéria mercantil evita a lógica toda vez que diminui a flexibilidade de funcionamento da instituição, propenso a racionalizar todo dispositivo que faça a técnica funcionar. A lógica da funcionalidade substitui a lógica sistemática, se infiltrada esta de formalismo.

O problema da contradição, neste tema do capital autorizado no estatuto originário, existe e deve ser localizado o ponto em que se manifesta, ao menos para reformar a lei e melhorar a harmonia entre os seus próprios princípios constituintes.

14. A interpretação não praxística e sistemática, ou de sistema, esbarra com o obstáculo das quatro alíneas do § 1o. do art. 168, se não se deslocar o atendimento estrito delas para ato pós-constitutivo, ou seja, na primeira reforma estatutária que tenha como objeto a especificação do capital autorizado. O § 1o., ora comentado, respeita, ao menos na fachada, o princípio da fixidez do capital social. Preocupa-se com a especificação da margem de autorização. Esta não pode constar do estatuto como aumento **ilimitado** de capital social, a configurar capital social em estado de disponibilidade permanente, capaz de aumentos sucessivos enquanto a companhia necessitar.

A lei marcou limite para a margem de autorização. Precisamente este limite define a autorização de capital social como a variedade de capital social cognominada capital social autorizado. Ele não existirá como tal — sendo como a lei o concebeu — se não se encaixar no modelo do § 1o. do art. 168.

Eis de volta a questão de se implantar o capital social autorizado no estatuto originário, no interior do ato constitutivo da companhia. Numa palavra, no Estatuto constitutivo.