

CAPITAL SOCIAL E A OCORRÊNCIA DA SUBCAPITALIZAÇÃO SOCIETÁRIA.

Rodolpho Avansini CARNELOS¹

RESUMO: O capital social é elemento indispensável para a constituição da sociedade. Para o devido entendimento de tal assunto foi abordado desde sua conceituação e natureza jurídica. Permeando ainda por sua formação, que pode ser através de bens, ou dinheiro. No decorrer das atividades empresariais pode haver uma confusão entre o capital social e o patrimônio ou ainda com as reservas, e através deste texto é sanada quaisquer dúvidas. Tal estudo teve como objetivação demonstrar qual a função do capital social, sobre a empresa, sobre os sócios ou ainda perante terceiros e credores da empresa. Podem, portanto tais funções alcançarem o gama da garantia dos credores, político ou ainda de produtividade da sociedade

Palavras-chave: Capital Social. Formação. Patrimônio. Reservas. Função. Subcapitalização.

1 INTRODUÇÃO

Este texto pretende analisar a formação do capital social de uma sociedade empresária. Ao mesmo tempo buscará discorrer sobre as normas procedimentais que orientam a criação desta empresa além de discutir eventuais controvérsias.

O foco da análise será o capital social da sociedade empresaria, sua conceituação, sua natureza jurídica, passando pela previsão legal na direção de refletir e caracterizar a subcapitalização societária.

Essa área de estudo tem se mostrado pertinente, já que o empréstimo do sócio – de forma onerosa – para a sua própria empresa poderia eventualmente causar prejuízos aos credores da empresa, além de prejudicá-la.

Nas relações comerciais, uma empresa deveria no seu surgimento certificar-se de que o empresário esteja vinculado ao princípio da adequação do capital social. Isso porque pareceria ilógico pensar em uma empresa constituída sem recursos suficientes.

¹ Rodolpho Avansini CARNELOS é bacharelado do 7º. de Direito pelas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”.

Outros problemas oriundos da subcapitalização que se referem aos efeitos perante uma eventual falência ou ainda relacionado a uma possível desconsideração da personalidade jurídica, com base no artigo 50 do Código Civil vigente no país.

Em suma trataremos da constituição da empresa, para que possamos ter a necessária elucidação sobre onde se encaixa a subcapitalização.

2 CAPITAL SOCIAL NAS SOCIEDADES EMPRESARIAIS.

O surgimento das sociedades empresariais exige, além do registro perante órgão competente a criação do cadastro da pessoa jurídica (CNPJ) na Receita Federal. Porém, uma das mais importantes atitudes dos sócios no surgimento da empresa está no ato de prover recursos próprios para a devida constituição do capital social da pessoa jurídica.

A obtenção desses recursos poderá ocorrer mediante a capitalização ou ainda por financiamento. O primeiro consiste no ato do sócio de injetar dinheiro na empresa sem ter a necessidade de receber tal investimento de volta. Caracteriza-se, portanto, que o capital social da companhia é intangível e conforme ministra Marcelo M. BERTOLDI(2009, p. 241) “os acionistas não poderão receber, a título de restituição ou dividendos, os recursos aportados à sociedade sob a rubrica de capitalização”. A segunda modalidade pode vir a ser a forma mais comum, conhecida pelo financiamento bancário. Nesse caso, a empresa pode vir a ter grande parte do seu capital social formado por pessoas que não são os sócios criadores da empresa. Mas para a sua criação é necessário observar alguns requisitos previstos na lei 6.404/76.

O artigo 80 dessa lei, em seu inciso II prevê que para a constituição da companhia é necessário o depósito, de entrada, em instituição financeira autorizada pela CVM. A previsão é de no mínimo 10% (dez por cento) do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro. Vale ressaltar que o artigo 5º da mesma lei regulamenta que o capital social deverá ser estabelecido observando a moeda corrente nacional.

Um elevado capital social demonstra quão robusta a empresa. E através dele a empresa poderá se desenvolver e atender a todas as suas necessidades. Leciona o professor Fabio ULHOA Coelho(2009, p. 163) que “capital social elevado sugere solidez, uma companhia dotada de recursos próprios, suficientes ao atendimento de sua necessidade de custeio.”

2.1 CONCEITUAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO DO SÓCIO.

Por algum tempo, os doutrinadores defendiam que o capital social seria o montante constituído pelos sócios, sendo essencial para as operações da empresa.

Com o passar do tempo, semelhante entendimento foi desprestigiado, já que o capital social pode não vir a ser integralizado somente pelos sócios. Ou significa que ele não será constituído somente para a formação de uma base operacional, mas sim para a criação do fundo de reservas.

A definição ministrada por Fabio ULHOA Coelho(2009, p. 163) demonstra-se precisa, quando a firma: “o capital social de uma sociedade pode ser compreendido como uma medida da contribuição dos sócios e acaba servindo de referência à sua força econômica”. Portanto o capital social hoje seria a participação dos sócios ao prover o recurso necessário para a empresa poder ter início da suas atividades.

Marcelo M. BERTOLDI(2009, p. 241) amplia seu conceito, ao considerar que o capital social deve servir:

para que a sociedade empresária possa cumprir seu objetivo econômico, deverá contar com capacidade financeira advinda dos recursos que são transferidos do patrimônio de seus sócios para o seu próprio acervo. O capital social é justamente o montante, traduzido em moeda nacional, de referidos recursos.

Definir capital social é importante para possamos compreender o que ele representa perante a empresa. Perante ela o capital social é a garantia para credores ou investidores, de que tal companhia apresenta estrutura econômica robusta. Define Benigno CAVALCANTE(2010, p.88) que o capital social representa

“a expressão da capacidade econômica da sociedade e dos próprios sócios, servindo de critério, por exemplo, aos fornecedores de mercadorias e créditos quanto aos limites possíveis da concessão, sem excesso de risco”

A contribuição feita pelos sócios para a formação do capital social tem como natureza jurídica o não retorno destes bens para as suas mãos. Eventualmente se o capital social for integralizado com bens, esses passarão a fazer parte do capital social da empresa e conseqüentemente não voltarão a integrar como parte dos bens particulares dos sócios.

Isso ocorre devido a observância ao princípio da intangibilidade, não poderíamos pensar que um bem que foi usado para integralizar o capital social retorne após um prazo ao sócio.

Mas isso não pode ser considerado regra, já que após a integralização pode vir os sócios a adquirir novamente o bem, contudo deve ser de forma legal, isto é, comprando o bem.

Se considerarmos a integralização sendo feita em dinheiro, até poderíamos pensar que haveria o retorno do valor para o sócio, mas o valor que retorna ao sócio é a sua participação no lucro da companhia – portanto, o dinheiro já investido na empresa deve permanecer – é sempre importante lembrar que nem sempre haverá lucro.

3 CAPITAL SOCIAL E PATRIMÔNIO

O estudo de tal tema é importante, já que, em algum momento podemos nos confundir entre capital social e patrimônio. A confusão pode vir a surgir ao se analisar determinado bem, deve saber se ele faz parte do capital social ou do patrimônio da empresa.

Ao se buscar a definição de patrimônio em um dicionário da língua portuguesa temos como resposta que melhor se adéqua ao estudo a definição do dicionário da editora melhoramentos que diz: “bens materiais ou morais, pertencentes a uma pessoa, instituição ou coletividade”(2002, p. 381). Podemos considerar assim que patrimônio um sujeito de direito que tem um conjugado de bens.

Doutrinadores entendem que há duas formas de concepção da palavra patrimônio. A primeira, que é considerada a subjetiva, entende que o patrimônio é uma forma de se exercer a sua personalidade. Já a teoria objetiva entende que o patrimônio é um conjunto de riquezas que tem alguma finalidade.

A conceitualização de capital social, feita no tópico anterior será usada para diferenciarmos de patrimônio.

Capital social serve para que acionistas tenha um conhecimento do patrimônio em que eles terão participação direta, também para que se observe se o ativo da empresa é maior que o passivo. Conceitua Eli LORIA (2009, p.31) “que o capital seria um índice do patrimônio líquido, interessando aos credores na medida em que significa que o ativo da sociedade é maior que o passivo, e interessa também aos investidores, pois indica que há patrimônio do qual eles podem participar ao adquirir ações”.

O patrimônio social ilustra o patrimônio líquido, além do valor do ativo, da sociedade. E as garantias dos credores e dos acionistas estão enquadradas no patrimônio social.

A diferenciação feita por Eli LORIA é inequívoca ao ensinar que o patrimônio é o conjunto dos bens sociais, que varia conforme as alterações do mercado e os negócios da sociedade, tendo assim sua cifra apontada nos balanços.

O capital por fim tem sua cifra verificada desde a constituição do estatuto social, e objetiva a proteção dos direitos dos credores, terceiros – atuais ou não – ou ainda eventuais investidores, sobre a solvibilidade da empresa além de proteger os acionistas com suas quotas partes perante o capital social.

Portanto no momento da constituição da empresa o capital social é o mesmo que o patrimônio da empresa. Mas com o início das atividades, a sociedade começa a acumular passivos e ativos, e a partir de então o patrimônio será diferente do capital social.

4 FORMAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL

A formação do capital social deve observar as regras da lei 6.404/76, regras de formação compreendidas entre o artigo quinto ao décimo. Dentre essas regras está a integralização com moeda corrente nacional, conforme já estudado em

tópicos anteriores. Outra regra que deve ser observada no ato da formação do capital social é a da observância do disposto no artigo 7º desta mesma lei. Essa regra prevê que o capital social poderá ser formado tanto por contribuições em dinheiro, crédito ou ainda em qualquer espécie de bem, desde que este seja suscetível de avaliação em dinheiro. Bens estes que deverão ser necessariamente avaliados por três peritos ou ainda por empresa especializada.

Não é aceito, pela doutrina, a integralização do capital social através da prestação de serviço, esta tese é defendida por Marcus Cláudio ACQUAVIVA. Ao interpretar o artigo sétimo da lei 6.404/76 ensina que *“embora o dispositivo faça referencia a “qualquer espécie de bens”, exclui, certamente a prestação de serviços, por dificultosa sua redução a um valor pecuniário”*(1997, p.29).

O capital social pode ser subscrito ou integralizado. O primeiro consiste na promessa de integralização, ou conforme ministra Fabio ULHOA Coelho(2009, p.165) o capital subscrito “é a mensuração do montante de recursos prometidos pelos sócios para a sociedade, a título de capitalização”. Essa modalidade prevê que os sócios convençam sobre o exato momento, ou os prazos, para que seja esse capital social integralizado. “Isto é, o prazo para entrega à sociedade dos recursos em questão”.

O capital integralizado é aquele que já foi devidamente transferido para a empresa, para seu patrimônio social.

Ao se integralizar capital social em bens, além da avaliação, é necessário se efetuar a transferência da propriedade para a sociedade. Importante ressaltar que com a transferência deste para o patrimônio social da empresa faz com que a pessoa jurídica detenha o domínio pleno dele, podendo praticar com ele qualquer ato referente à propriedade.

A transferência do imóvel será feita após a aprovação da assembleia, e os ônus de tal transferência são de responsabilidade da sociedade, devendo os administradores dela, após certificada a ata da assembleia que deliberou sobre a constituição da empresa, apresentar esta ao cartório para que seja feito o devido registro.

O capital social é fixo, via de regra, contudo pode ser que por necessidade ou ainda por um fato superveniente faz com este seja alterado, podendo ser aumentado ou diminuído.

4.1 Aumento do capital Social

O aumento do capital social pode ocorrer para o financiamento ou ainda para ampliar as atividades empresarias – como abertura de filial ou expansão de sua sede. No entanto tal aumento não pode ser feito de forma arbitrária, deve-se seguir algumas regras da lei 6.404/76. Prevê o artigo 170 que para efetuar o aumento é necessário que $\frac{3}{4}$ do capital social estejam integralizados.

Este aumento pode ser realizado através da subscrição pública ou por particular de ações.

Outra previsão é a do artigo 166, sendo ela mais específica ainda, dispondo sobre como deverá ser feita as deliberações de aumento do capital social. Conforme podemos ver:

Art. 166. O capital social pode ser aumentado:

I - por deliberação da assembléia-geral ordinária, para correção da expressão monetária do seu valor (artigo 167);

II - por deliberação da assembléia-geral ou do conselho de administração, observado o que a respeito dispuser o estatuto, nos casos de emissão de ações dentro do limite autorizado no estatuto (artigo 168);

III - por conversão, em ações, de debêntures ou parte beneficiárias e pelo exercício de direitos conferidos por bônus de subscrição, ou de opção de compra de ações;

IV - por deliberação da assembléia-geral extraordinária convocada para decidir sobre reforma do estatuto social, no caso de inexistir autorização de aumento, ou de estar a mesma esgotada.

§ 1º Dentro dos 30 (trinta) dias subseqüentes à efetivação do aumento, a companhia requererá ao registro do comércio a sua averbação, nos casos dos números I a III, ou o arquivamento da ata da assembléia de reforma do estatuto, no caso do número IV

Poderá, portanto que ocorra o aumento do capital social, quando houver a capitalização dos lucros e ou de reservas, conforme ensina BERTOLDI(2009, p.243):

O artigo 169 da Lei 6.404/76 ainda prevê a possibilidade de aumento do capital social mediante a capitalização de lucros ou de reservas, ocasião em que haverá alteração do valor nominal das ações ou então serão distribuídas novas ações correspondentes ao aumento, entre os acionistas, na proporção do número de ações que possuem”.

4.1.1 Aumento do capital social sem novos recursos

A modalidade vista até o momento é a do aumento do capital social com a emissão de novas ações para o ingresso de mais recursos. Mas podemos ter como aumento deste, sem a captação de novos recursos, mas sim através da: i) capitalização dos lucros e reservas ii) conversão de valores imobiliários em ações.

Ao se capitalizar os lucros e as reservas busca-se transferir determinada quantidade para constituir o capital social da empresa. A vantagem de se fazer isso é a de aumentar o valor do capital social e conseqüentemente dar mais robustez a empresa. o aumento do valor fará parte do patrimônio intangível da companhia e portanto não poderá ser atingido pelo recebimento dos acionistas de dividendos ou juros. Isso somente pode ocorrer no caso da redução do capital social ou no caso extremo da dissolução da companhia.

O doutrinador ULHOA(2009, p.174) bem ensina sobre o assunto:

pela capitalização de lucros ou reservas, a companhia apenas formaliza a mudança do regime aplicável a parte de seus recursos. O capital social, já se disse, é intangível. Isso significa que os recursos contabilizados nesta conta não podem ser utilizados no pagamento aos acionistas de dividendos ou juros. Apenas na dissolução da companhia, ou em certas hipóteses de redução do capital, é lícita a transferência de tais recursos para o patrimônio dos sócios. Quando a companhia capitaliza lucros ou reservas submete os recursos correspondentes a essa específica proibição.

A legislação não prevê a obrigatoriedade no aumento de tal capital, sendo, portanto sempre assunto tratado por opção da companhia e é necessário que haja deliberação da assembléia geral.

A segunda modalidade prevista é a da conversão de valores imobiliários em ações. Isso correrá quando “as debêntures e as partes beneficiárias para a alienação onerosa podem conter cláusula de conversibilidade em ações”. (ULHOA, 2009, p. 175)

Fica claro, portanto que os portadores de valores imobiliários ou debêntures passarão a ser acionistas da sociedade, e o aumento do capital social é feito sem a capitalização de novos recursos, já que, nestes casos há redução do passivo e elevação do patrimônio líquido da sociedade.

4.2 Diminuição do capital social

A previsão legal da redução do capital social está prevista na lei 6404/76 e são elas:

- a) Redução por perda ou por excesso (art.173);
- b) Redução devido ao reembolso do acionista dissidente (art.45, §6°);e
- c) Pela caducidade das ações do acionista remisso (art.107,§4°).

Somente é facultativa a redução no primeiro caso, já os dois últimos se fazem obrigatórios. Cabe a assembléia decidir sobre a redução.

A primeira hipótese ocorrerá quando o os sócios averiguarem que o capital social é excessivo para com a atividade exercida pela empresa. A empresa mesmo que tenha observado que o capital seja muito elevado pode decidir por não diminuir, por se tratar de faculdade da empresa com a devida aprovação em assembléia.

A segunda hipótese é quando o acionista é dissidente, ou seja, este esta querendo se retirar da empresa e, portanto sua retirada pressupõe o reembolso das ações que a ele pertenciam.

Passados 120 (cento e vinte) dias da ata de aprovação da assembléia, se não houver nenhum novo sócio para adquirir as ações que tenha sido reembolsadas, deve o capital social obrigatoriamente ser reduzido, no montante das ações que foram deduzidas.

Deve ser convocado assembléia geral pela administração da empresa dentro de 5 (cinco) dias para que o fato da redução do capital social seja comunicado a todos.

5 CAPITAL SOCIAL E RESERVAS

As reservas e capital social são coisas distintas, o ensinamento de ASCARELLI(2008, p.470) é preciso para tal entendimento:

As reservas desempenham uma função substancial análoga à do capital social. A distinção entre "capital" e reservas" ressalta, antes de mais nada à

vista das normas que visam à tutela dos terceiros, pois estas normas assentam justamente no “capital social e visam impedir seja ele inferior ao patrimônio líquido ou seja distribuído entre os acionistas, prejudicando terceiros.

É válido ressaltar que capital social e reservas são meras indicações do valor do patrimônio líquido e, portanto não é coisas, impossível então ser objetos de direitos reais.

Defende ele que as reservas são de propriedade dos acionistas e o capital social é de garantia dos credores.

Mas o importante neste caso é de que a companhia sempre mantenha o capital social superior ao patrimônio líquido.

6 PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA DO CAPITAL SOCIAL

No momento da formação do capital social deve-se observar com devida perícia se o valor que se irá constituir a empresa é viável para o devido exercício da atividade. Vejamos bem a lei não define um valor mínimo do capital social, mas deve os sócios ao constituir a empresa tomarem o devido cuidado.

Isso deve ser observado pelo seguinte motivo, o fato de uma empresa ter seu início e de ela não prosperar, por ter capital social não compatível com a atividade que será exercida.

Exemplificando tal caso, seria compatível constituir uma empresa com capital social de um milhão, e a atividade social que será exercida é a de uma padaria. Nos parece que tal capital é suficiente para que a atividade seja exercida e eventualmente venha a prover lucros ao sócios.

Ilógico seria pensar que sócios pretende ao constituir uma empresa com o mesmo capital inicial da anterior, contudo a atividade que eles pretendem exercer é a de construção de navios petroleiros. É de se observar que o capital social não esta adequado com a atividade que se busca exercer nesta empresa, pois seria muito abaixo do que devidamente ele deveria ter.

O ordenamento jurídico brasileiro não contempla, de forma efetiva, não havendo regras suficientes que regula a devida adequação do capital social e a atividade que a empresa busca exercer.

Podemos averiguar que o art.19,§6º, da Lei 6.385/76 delibera que:

§ 6º - A Comissão poderá subordinar o registro a capital mínimo da companhia emissora e a valor mínimo da emissão, bem como a que sejam divulgadas as informações que julgar necessárias para proteger os interesses do público investidor.

Entendemos que, não é possível a aplicação do princípio da congruência, somente com a disposição deste artigo. Fica evidenciado a falta de parâmetro, para que seja estabelecido um capital social adequado de acordo com o ramo de atividade que será desenvolvida pela companhia, para efetivar a aplicação deste princípio.

Fica evidente a falta de parâmetros para que o princípio seja devidamente seguido. Não podendo ser avaliado a incongruência entre o capital social e o objeto da empresa.

Dispõe o artigo 193,§2º da Lei 6.404/76 prevê que “A reserva legal tem por fim assegurar a integridade do capital social e somente poderá ser utilizada para compensar prejuízos ou aumentar o capital.” .

Inconfundível que com a reserva legal visa-se dar maior respaldo ao capital social, mesmo que seja somente possível resguardar como reserva 20% do capital. Seria ilógico pensar que , diante de capital social irrisório, pouco serviria a reserva legal, mesmo que ela esteja em seu limite, não podendo ser ela utilizada como forma de assegurar a integridade do capital.

7 FUNÇÃO DO CAPITAL SOCIAL

Dentre as funções exercidas pelo capital social as de maior relevância para estudo são: a função de garantia, a função política e por fim a de produtividade. Funções essas que aparecerão com o desenvolvimento da sociedade.

7.1 Função de garantia

Esta função é a mais tratada pela doutrina, pois é através dela que se consagram os princípios da intangibilidade.

Menciona HUBERT(2007, p.72/73) que:

o capital social atua como garantia de terceiros que com a sociedade contratam, na medida em que representa, aos meios inicialmente, a principal parcela de capital de que a sociedade dispõe, constituindo assim um montante adicional de numerários ou bens que possa satisfazer os débitos que o empresário venha a assumir perante credores.

Indiscutível é a função do capital de garantia perante as dívidas que a empresa constitui. Assegura ainda Fabio Konder Comparato(1995, p.133) que:

o capital social e as reservas de capital existem para garantia dos credores sociais, não para proteger os sócios ou acionistas. O montante dessas contas representa a medida de garantia mínima oferecida pela sociedade aos seus credores.

Fica evidente que o capital social serve para garantir o direito de recebimento dos credores. Mas é válido ressaltar que o capital social não servirá sozinho para garantir, mas será sim uma forma suplementar de garantia já que atua semelhante a um fundo de reserva, sem compensação no passivo.

7.2 Função política

O capital social serve para delimitar o poder político de cada sócio dentro da empresa. De acordo com a sua ação pode ele vir a votar em assembleia ou até mesmo a exercer o papel de administrador, pode vir a ser sócio majoritário ou minoritário.

Conforme ministra Hubert(2007,p.80): “trata-se da concepção segundo a qual vale, para efeito de abastecer o poder de cada sócio, o montante de capital que cada um efetivamente aportou a sociedade”.

Essa função é interna, mas ainda é tão relevante quanto a função da garantia isso porque é através da “formação política”, constituída de acordo com a

quantidade inserida por cada sócio no capital social. E será através desta formação que se dará a ordem dos sócios dentro da sociedade.

7.3 Função produtiva

É através desta função se tem um parâmetro se a sociedade incorrerá ou lucro. Tendo parâmetros para que tal valor seja necessário.

Com a utilização do capital social é que se bem os inícios das atividades da empresa e conseqüentemente com este começo passará a empresa a poder a receber. Demonstra Hubert(2007,p.71) sobre a função produtiva do capital social.

essa função de produção (ou de produtividade) que desempenha o capital social decorre da circunstância de o ativo correspondente à contrapartida da contribuição dos sócios poder ser amplamente utilizada na atividade produtiva da sociedade, visando a consecução de seu fim social.

Alguns doutrinadores defendem que a função produtiva do capital social, é mais importante que a própria função de garantia. Entendemos que é mais vantajoso para o credor ou terceiro, da sociedade, que esta tenha uma estrutura boa e que possibilite gerar lucros a ter somente um capital social definido para as garantias dos credores, contudo que não busque uma efetiva produtividade da empresa.

A função social é mais importante ao nosso ver que a da garantia e política, já que ao se ter uma empresa robusta e que tenha efetiva produtividade, está terá lucros, e conseqüentemente fará com que se tenha circulação de dinheiro no mercado.

Além da importância econômica temos também a social, pois ao se fechar uma empresa teremos vários desempregados e posteriormente isso afetaria novamente os próprios credores já que terão suas vendas reduzidas, em valor mínimo, devido ao desemprego destes funcionários.

8 FENÔMENO DA SUBCAPITALIZAÇÃO SOCIETÁRIA

O breve exame das funções do capital social e suas diferenciações de outros institutos têm o intuito de nos levar ao entendimento da subcapitalização societária.

Ao se estudar tal instituto é necessário o conhecimento dos temas anteriormente tratados, para que se possa permear devidamente em conceituação e efeitos da subcapitalização.

Alem do que já foi tratado é importante lembrar que a sociedade pode obter capital através da capitalização ou financiamento. Em via de regra, a legislação brasileira, não preconiza o valor mínimo que deve ser integralizado par a constituição de uma sociedade.

Pode, portanto uma empresa vir a ser constituída com um valor muito a baixo do que necessário para que se desenvolva a atividade comercial. Não sendo necessária a observância do principio da congruência, que foi previamente tratado.

O tema não tem relevância se tratarmos de empresa com capital social robusto, e que não estão em crise, e que tenha como seu credor, mediante mútuo, *commercial paper* ou por debêntures.

O problema surge ao se averiguar a ocorrência da subcapitalização em empresas que se tornam insolventes ou que tem sua falência decretada.

8.1 Conceitualização

A subcapitalização, conforme ministra a doutrina, pode ser dividida em duas. Sendo uma do tipo nominal e a outra material. A primeira modalidade, também conhecida como simples, é aquela em que sócio se torna credor da sociedade, emprestando dinheiro a esta, para que a empresa cumpra o se objeto social.

Ministra Diniz (2009,p.43) ” a subcapitalização nominal é caracterizada pela transformação dos sócios em credores da sociedade, através de transferência de recursos por empréstimos que permitem a realização do objeto social”.

Não será anormal essa forma de empréstimo, já que o sócio concorrerá normalmente com outros credores, na distribuição dos valores em comprovada crise

da empresa. Receberá do capital da sociedade para satisfazer o seu débito em caso da insolvência da empresa.

Se os sócios agirem com o intuito de beneficiar seu crédito, como determinar a vantagem no recebimento deste. Ocorre a violação do princípio da intangibilidade do capital social, quando o sócio resgata para si os valores de que ele tem direito, mas que são de grande necessidade para o capital.

Neste caso o capital social é robusto, o que se faz necessário é o empréstimo para que a empresa alcance seu objeto social.

No caso da subcapitalização material, também chamada de qualificada o capital que é incoerente, se observada a atividade comercial que irá se exercer. Ocorre assim a transferência do risco do empreendimento, que é dos sócios para os credores.

Temos assim que a subcapitalização ocorre quando o sócio se torna credor da empresa – através de mútuo ou por debêntures e *commercial paper* – financiando a empresa sem aumentar, efetivamente, o capital social.

A diferença entre capitalização e subcapitalização, é a de que na primeira o capital é inserido na empresa, e portanto está sobre a égide do princípio da intangibilidade e atenderá as funções atribuídas a ele.

A subcapitalização não pertence ao capital social da empresa, é o empréstimo do sócio para a empresa, gerando para esta encargos como juros, e não deve observar os princípios e funções que regem o capital.

8.2 Previsão Legal

A legislação brasileira não tem uma previsão específica sobre o assunto, o que há hoje no ordenamento leis que através de sua interpretação extensiva é possível nestes casos aplicar a ocorrência da subcapitalização.

O previsão legal que melhora tratava sobre a subcapitalização estava na Código Comercial, no revogado artigo 349, que segue:

Art. 349 - Nenhum sócio pode exigir que se lhe entregue o seu dividendo enquanto o passivo da sociedade se não achar todo pago, ou se tiver

depositado quantia suficiente para o pagamento; mas poderá requerer o depósito das quantias que se forem apurando.

Ao se observar este artigo podemos entender que, somente poderia o sócio receber seu débito se todo o passivo da empresa estiver quitado.

Através do acima estudado nos remetemos a estudar a previsão do artigo 83,VIII, da Lei de falência (Lei 11.101/05), que dispõe sobre a classificação dos créditos na falência, e considera como credito subordinados “os créditos dos sócios e dos administradores sem vinculo empregatício”.

Fica evidenciado que o legislador buscou evitar eventuais fraudes no recebimento dos débitos, colocando esses créditos como último na ordem de classificação.

Outras disposições legislativas, para a não aceitação da subcapitalização no ordenamento jurídico brasileiro, é a previsão do artigo 187 do código civil, que prevê: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

9 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, podemos concluir que uma sociedade empresarial ao ser constituída deve observar os requisitos essenciais para que seja possível a execução de sua atividade.

É sem duvida pertinente a divisão entre capital social e patrimônio e ainda reservas, já que, a confusão sobre tal assunto sempre ocorre e através do que foi explanado as duvidas foram sanadas.

Importante estudo foi feito sobre o capital social, por este ser de suma importância para a empresa. É através dele a empresa pode exercer devidamente suas atividades, além de exercer uma função de garantia perante credores.

Concluiu-se com o estudo do princípio da congruência que deve ser observado no momento da constituição da empresa a efetividade do montante integralizado, já que este tem grande importância para a empresa, como foi tratado neste texto.

A inobservância deste princípio faz com o problema da subcapitalização seja debatido, já que pode ocorrer a insolvência da empresa, ou a decretação da sua falência, e poderia os sócios se privilegiarem de tal posição.

Fica evidenciado que o ordenamento jurídico não trata sobre este fenômeno jurídico, no entanto, ao se observar as leis esparsas podemos chegar a conclusão que tal instituto não é abrangido pelas leis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Legislação das sociedades por ações: mercado de valores mobiliários e CVM atualizada**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997. 343p. ISBN 85-86271-07-1

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Quórum, 2008. 753 p. ISBN 978-85-7468-435-2

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 831 p. ISBN 978-85-203-3473-7

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

____. **Lei n.º 6.385/76**, Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.

____. **Lei 6.404/1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações.

____. **Lei 11.101/2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

CAVALCANTE, Benigno. **Manual de direito empresarial**. São Paulo: Cronus, 2010. 521 p. ISBN 978-85-61544-13-3

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, 2 ISBN 978-85-02-07190-2

COMPARATO, Fábio Konder. **Correção monetária de capital e distribuição de ações bonificadas**, in **Direito Empresarial: estudos e pareceres**,

DINIZ, G. S. . **Empréstimo de sócio para a sociedade: potencial caso de subcapitalização nominal**. Revista Direito Empresarial (Curitiba), v. 12, p. 39-60, 2009.

ELI LORIA. **Estrutura e função do capital social na companhia aberta**. FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. São Paulo – 2009

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

GOMES, Marcelo Janini. **Abertura de capital em sociedades anônimas: o acordo de acionistas e as operações de Private Equity**. 2009. 88 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2009.

HUBERT, Ivens Henrique. **O capital social e suas funções na sociedade empresária**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de. **Direito empresarial**. São Paulo: Atlas, 2010. 186 p. (Coleção concursos jurídicos ; 17) ISBN 978-85-224-5771-7

VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito civil: direito empresarial**. São Paulo: Atlas, 2010. 367 p. (Coleção direito civil ; 8) ISBN 978-85-224-5780-9