

Revista de Direito
Mercantil
Industrial
Econômico
Financeiro

Nova Série Ano XXI

N. 46 Abril - Junho/1982



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Conselho Editorial:

ANTONIO MERCADO JÚNIOR, DARCY ARRUDA MIRANDA JÚNIOR, EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, FRAN MARTINS, GEORGE COELHO DE SOUZA, GERD WILLI ROTHMANN, HERNANI ESTRELLA, J. C. SAMPAIO DE LACERDA, JOÃO NASCIMENTO FRANCO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, MAURO BRANDÃO LOPES, MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA, NELSON ABRÃO, OSCAR BARRETO FILHO, PAULO BARBOSA LESSA, PAULO ROBERTO CABRAL NOGUEIRA, RÓDOLFO ARAÚJO, RUBENS REQUIÃO, RUY BARBOSA NOGUEIRA, RUY JUNQUEIRA DE FREITAS CAMARGO, SYLVIO MARCONDES, THEÓPHILO AZEREDO SANTOS, WALDÍRIO BULGARELLI, PAULO SALVADOR FRONTINI, NEWTON DE LUCCA, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Secretários Executivos:

NEWTON SILVEIRA
VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Registrada no Departamento de Polícia Federal sob n. 257.P.209/73.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Tels. (011) 37-8689 e 37-9772
01501 — São Paulo, SP.

SUMÁRIO

DOCTRINA

- O direito de preferência e a incorporação de ações em outra sociedade — Arnaldo Wald 5
- Inconstitucionalidade da alíquota do ICM nas operações interestaduais em que o destinatário não é contribuinte do imposto — Hamilton Dias de Souza e Marco Aurélio Greco 15
- Impedimento de administrador em ação social "ut singuli" — José Alexandre Tavares Guerreiro 23
- Representação de sociedade por falido — Suzel Whitaker de Assumpção Mattos Rosman e Walmyr Mattos 29
- Alienação de controle de instituições financeiras — Acionistas Minoritários — Notas para uma interpretação sistemática da lei das sociedades anônimas — Nelson Cândido Motta 33

JURISPRUDÊNCIA

- Imposto de Renda — Aporte de capital a pessoa jurídica. Existência ou não de renda — Comentário de Fernando Albino de Oliveira 51

ATUALIDADES

- "Copyright" para artigos úteis segundo o direito norte-americano — Newton Silveira 55
- Marcas formadas por nomes civis — Luiz Leonardos 59
- Legitimação em juízo das associações de classe — Sérgio Ferraz 64
- A tutela jurisdicional dos interesses difusos — Ada Pellegrini Grinover 67
- Os interesses difusos e a proteção ao consumidor — Waldírio Bulgarelli 87

- INDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 96

COLABORAM NESTE NÚMERO

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ARNOLDO WALD

Catedrático de Direito das Faculdades de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, Universidade do Estado da Guanabara, Universidade Federal Fluminense e da Faculdade de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro.

FERNANDO ALBINO DE OLIVEIRA

Advogado em São Paulo, Professor da Faculdade de Direito da PUC, Mestre em Direito pela Universidade de New York.

HAMILTON DIAS DE SOUZA

Advogado em São Paulo, Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Advogado em São Paulo.

LUIZ LEONARDOS

Advogado no Rio de Janeiro.

MARCO AURÉLIO GRECO

Advogado em São Paulo, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor Assistente da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

NELSON CÂNDIDO MOTTA

Advogado no Rio de Janeiro.

NEWTON SILVEIRA

Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Diretor da “Cruzeiro do Sul/Newmarc”, Patentes e Marcas Ltda. — Secretário Geral Adjunto do IIDA — Instituto Interamericano de Direito de Autor — Advogado e Procurador junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

SÉRGIO FERRAZ

Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

SUZEL WHITAKER DE ASSUMPÇÃO MATTOS ROSMAN

Advogado no Rio de Janeiro.

WALDIRIO BULGARELLI

Bacharel, Doutor, Professor Livre-Docente e Adjunto em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP — Professor Titular de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie — Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli; Instituto Paulista de Direito Agrário; do Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros.

WALMYR MATTOS

Advogado no Rio de Janeiro, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

DOCTRINA

O DIREITO DE PREFERÊNCIA E A INCORPORAÇÃO DE AÇÕES EM OUTRA SOCIEDADE

ARNOLDO WALD

1. A sofisticação crescente dos acordos de acionistas e a introdução de novas cláusulas nos estatutos das sociedades têm obrigado os advogados e magistrados a definir, adequadamente, o direito de preferência para a compra de ações que tem sido consagrado convencionalmente pelas partes. Com a criação dos grupos de sociedades de direito e de fato e a proliferação das subsidiárias, uma das questões suscitadas se refere à incidência ou não do direito de preferência nos casos em que um dos acionistas utiliza a sua participação acionária para integralizar o seu capital numa subsidiária ou coligada.

2. O direito de preferência deve ser definido dentro do contexto do direito positivo brasileiro, recorrendo-se aos vários critérios de interpretação (literal, lógico, sistemático e teleológico).

3. A preferência para a aquisição de ações, em virtude de compra e venda, evidentemente não se confunde com a preferência para a subscrição de ações, na forma prevista pelo art. 171 da Lei 6.404, de 15.12.76. Enquanto o direito de preferência na subscrição visa garantir, ao acionista, a manutenção da posição social na qual sua participação o colocou inicialmente, sendo assim *intuitu pecuniae*, a preferência na venda atende ao caráter personalista da sociedade de capital fechado, sendo *intuitu personae* e destinando-se a evitar que haja uma mudança substancial da composição acionária da empresa, sem a concordância de todos os interessados. Protêge-se, assim, a *affectio societatis* que pressupõe, na empresa fechada, a convivência harmoniosa de interesses de pessoas que colaboram para um fim idêntico, dentro de uma política fixada pela maioria, com a adesão inicial dos minoritários.

4. Na realidade, não se confundem nem se identificam as preferências para a subscrição de ações, no caso de aumento de capital, com a possibilidade de diluição da posição dos minoritários, e para a aquisição das mesmas, no caso de venda a terceiros, a qual em nada afeta a proporção inicial entre as participações dos vários acionistas, como bem salienta San Tiago Dantas (*Problemas de Direito Positivo*, Rio, Forense, 1953, p. 273).

5. Afastada a identidade entre a preferência na subscrição de ações, que tem origem legal, e a existente para a venda das mesmas, em virtude de cláusula contratual ou de norma estatutária, cabe examinar, dentro do ordenamento jurídico vigente, quais são as normas aplicáveis na última hipótese, que não é prevista pela lei societária. Ora, os critérios de interpretação têm dado a maior ênfase à *sistematicidade*, entendendo que toda norma deve ser analisada

atendendo ao conjunto do ordenamento jurídico, caracterizado pelo seu caráter unitário. Afirmou-se, assim, a natureza integrada do ato interpretativo, que se realiza num contexto determinado, ou seja, em função da estrutura global do sistema jurídico.

6. A lei de Introdução manda atender, na aplicação das normas, à analogia e aos princípios gerais do direito (art. 4.º), de tal modo que se torna imperativo definir a preferência para a aquisição de ações, atendendo ao que dispõe sobre a matéria a legislação vigente. No silêncio da lei comercial sobre o direito de preferência, cabe recorrer ao que dispõe a lei civil, que se aplica aos contratos mercantis, *ex vi* do disposto no art. 121 do CCom. Incidem, pois, no caso, as normas do Código Civil que, nos seus arts. 1.149 a 1.157, definem o regime legal do direito de preferência.

7. O direito civil brasileiro, quando trata das cláusulas especiais à compra e venda, identifica a *preferência* com a *preempção*. Esta, etimologicamente, é formada das duas palavras *prae* (antes) e *emptio* (compra), ensejando o vocábulo latino *praemptio*, que significa a *compra contratada por antecipação*, ou seja, a *preferência para a compra*. Laudelino Freire define a preempção como sendo a “preferência que tem o primitivo vendedor de readquirir o objeto vendido, quando o comprador tiver de *aliená-lo; precedência na compra*” (*Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*, 3.ª ed., Rio, Livraria José Olympio Editora, 1957, vol. IV, p. 4.101). Por sua vez, Plácido e Silva esclarece que a preferência consiste no “direito de reaqusição da coisa vendida, quando o primitivo comprador a quer *vender*, ou o direito de precedência para *compra* da coisa. (*Vocabulário Jurídico*, Rio, Forense, 1963, vol. III, p. 1.200). No mesmo sentido, manifestam-se o *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro* organizado por Carvalho Santos (Rio, Borsoi, sem data, vol. XXXVIII, p. 354) e a recente *Enciclopédia Saraiva* (São Paulo, Saraiva, 1981, vol. 60, p. 67).

8. Verifica-se, assim, que somente se pode cogitar de *preempção* ou de *preferência* no momento de *revenda* do bem adquirido, não se aplicando o instituto a outras hipóteses. É o que deflui da própria redação dos arts. 1.149, 1.150 e 1.152 do CC, de acordo com os quais:

“Art. 1.149. A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de *oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento*, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto” (grifamos).

“Art. 1.150. A União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou”. (...)

“Art. 1.152. O direito de preempção não se estende senão às situações indicadas nos arts. 1.149 e 1.150, nem a outro direito real que não a propriedade” (grifamos).

9. Conseqüentemente, se o comprador primitivo não vender, nem der em pagamento o bem objeto da preferência, não ocorre a condição básica necessária para que se possa cogitar de preempção, que se encontra sempre vinculada à idéia do pagamento, pelo titular do direito de preferência, do mesmo preço, em dinheiro, que iria ser pago pelo terceiro adquirente. “*Tanto por tanto*” esclai-

rece o art. 1.149 e o art. 1.155 se refere à obrigação, para quem exerce a preferência, de “*pagar, em condições iguais, o preço (em dinheiro) encontrado, ou o ajustado*”.

10. A identificação entre a compra e venda e a dação em pagamento que se encontra no art. 1.149 do CC se explica, pois, em ambos os casos, há uma transferência do bem mediante pagamento de um preço em dinheiro, embora na hipótese da dação ocorra, simultaneamente, uma espécie de compensação entre o preço que deveria ser pago ao vendedor e o débito que o mesmo tinha em relação ao comprador. Assim sendo, a dação em pagamento tem o mesmo regime legal que a compra e venda, justificando-se que, em relação a ambas, se possa exercer o direito de preferência por existir, nos dois casos, um preço pago em dinheiro.

11. *A contrario sensu*, não ocorrendo nem venda, nem dação em pagamento, não pode incidir a cláusula de preferência, por faltar a identidade de valor entre o preço pago em dinheiro pelo terceiro e o que pagaria o titular do direito de preempção.

12. Toda a doutrina brasileira, desde a elaboração do *Esboço* de Teixeira de Freitas e, *a fortiori*, a partir da promulgação do Código Civil, reconhece que somente surge o direito do titular da preferência nos casos de venda ou dação em pagamento, excluídas todas as demais hipóteses, tais como a doação, a permuta e o conferimento de bens para realização do capital de outra empresa, também denominado “incorporação”, “contribuição”, “entrada” ou *apport*.

13. Efetivamente, antes do Código Civil, já neste sentido se manifestou Teixeira de Freitas, no art. 2.090 do seu *Esboço*, no qual esclareceu que: “A venda com pacto de preferência ou de preempção não dará direito ao vendedor para recuperar a coisa vendida, senão quando o comprador quiser *vendê-la* ou *dá-la em pagamento*”.

14. Por sua vez, Clóvis Beviláqua, nos seus comentários ao art. 1.152, escreve que “se o direito de preempção é convencional, *só se aplica ao caso de venda ou dação em pagamento*, que equivale à venda” (*Código Civil Comentado*, 8.^a ed., Rio, Livraria Francisco Alves, 1950, vol. IV, p. 319, comentário ao art. 1.151).

15. Não diverge deste entendimento o Min. João Luiz Alves, que, a respeito, ensina: “A preempção é convencional ou legal. *A convencional só se pode estipular para os casos em que o comprador queira vender a coisa ou dá-la em pagamento*. Na compra e venda, o comprador-vendedor recebe o mesmo preço que outrem lhe oferecia; na dação em pagamento solve a dívida, tanto por tanto, com o preço que recebe do vendedor-comprador. Em nenhum desses casos, sofre prejuízo. *Fora deles, a preempção não seria possível. Assim, não pode exercer-se nas trocas, nem nas vendas judiciais, em execução por dívidas*” (*Código Civil Anotado*, 3.^a ed., vol. 4.^o, Rio, Borsoi, 1958, p. 248).

16. Por sua vez, Carvalho Santos esclarece que deve ser dada uma *interpretação restritiva* às disposições que regem o direito de preferência, não sendo possível aplicá-lo por analogia, ou seja, fora das hipóteses de venda e dação

em pagamento (*Código Civil Interpretado*, 3.^a ed., Rio, Freitas Bastos, 1945, vol. XVI, p. 233).

17. Mais recentemente e ainda entre os comentadores dos arts. do CC, referentes à compra e venda, observa Agostinho Alvim que:

“O direito de preempção ou preferência está limitado pela lei à venda do imóvel, à dação em pagamento, e à hipótese de desapropriação, prevista no art. 1.150”. (....)

“A lei exclui qualquer alienação que não seja venda ou dação em pagamento, donde ser permitido ao comprador doar a coisa, trocar, ou entregá-la como quota a uma sociedade de que venha a participar, sem infringir nenhuma obrigação” (*Da compra e venda e da troca*, Rio, Forense, 1961, p. 200).

18. Idêntica é a posição de todos os demais civilistas que tiveram o ensejo de se manifestar sobre os casos de incidência do direito de preferência, afastando a sua aplicação quando não se trata de venda ou de dação em pagamento (Sebastião de Souza, *Da compra e venda*, 2.^a ed., Rio, Forense, 1956, p. 380; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, Rio, Forense, 1963, vol. III, p. 146; Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, 3.^a ed., Rio, Freitas Bastos, 1961, vol. II, p. 359, n. 236; San Tiago Dantas, *Programa de direito civil*, Rio, Editora Rio, 1978, vol. II, p. 240; Antonio Chaves, *Lições de direito civil, Direito das obrigações*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, vol. III, p. 146; Orlando Gomes, *Contratos*, Rio, Forense, 1959, p. 290; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil, Direito das obrigações*, 2.^a parte, 10.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1975, p. 104 e Arnaldo Wald, *Curso de direito civil Brasileiro, Obrigações e contratos*, 5.^a ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1979, p. 217).

19. Analisando a questão de modo mais minucioso, no seu *Tratado de direito privado*, Pontes de Miranda, invoca a doutrina alemã para concluir que: “Pressuposto necessário para o exercício do direito de preempção é o ter em vista o sujeito passivo a venda do bem ou tê-la concluído. Não basta a doação, a troca, ou outro negócio jurídico com disposição, sem preço em dinheiro”.

20. E acrescenta o eminente e saudoso civilista: “Se houve fraude à lei, ou propósito de elidir o direito de preempção, pode haver o exercício, perante a autoridade judicial, do direito formativo gerador (se há prova do preço dissimulado) ou a ação de indenização”.

21. Finalmente, conclui, com lição que se adapta perfeitamente ao presente caso: “A entrada com o bem em sociedade não se equipara à compra e venda” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XXXIX, Rio, Borsoi, 1962, § 4.310.6, p. 208).

22. A matéria, que, como vimos, é mansa e pacífica na doutrina, também o é na jurisprudência que reconhece expressamente a não incidência do direito de preferência quando não se trata de venda ou dação em pagamento, como comprova, de modo exaustivo, um excelente acórdão do Supremo Tribunal Federal, do qual foi relator o eminente Min. Gonçalves de Oliveira. Efetivamente, ao julgar o RE 58.783, o plenário do E. Pretório decidiu que: “Compra e venda. Preferência do art. 1.139 do CC. Não se aplica em caso de permuta ou troca”.

23. Na ocasião, a Procuradoria Geral da República teve o ensejo de salientar que: “Não há dúvida alguma de que, em se tratando de troca, não incide o art. 1.139 do CC, pré-transcrito”. Venda não é troca. E basta, para se repelir a tese de incidencialidade e conseqüente aplicabilidade do dispositivo susotranscrito”.

24. O Plenário acatou, por unanimidade, o voto do ilustre relator que teve o seguinte teor: “Trouxe a causa para julgamento do *plenário*, por não citarem as partes, sobre a interpretação do art. 1.139, no particular de que se trata, qualquer precedente judicial. Seria fraude à lei? Convém se fixe a legítima interpretação de norma jurídica.

Dispõe o art. 1.139: “Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranho, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino a quem não se der conhecimento da venda poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranho, se o requerer no prazo de seis meses”.

A meu ver, o preceito tem em vista exclusivamente a venda, não assim a permuta ou troca, como no caso. A propósito, Carlos Maximiliano é terminante: “Não pode o consorte reclamar para si o quinhão de outro, quando alienado por processo diferente da venda (mediante troca, por exemplo). Se o contrário fosse possível, qual o preço a depositar? (*Condomínio*, 2.^a ed., p. 474)”.

Também Agostinho Alvim, como Carlos Maximiliano, citado na douta sentença de primeira instância do ilustre Juiz Dr. Raimundo Cavalcanti Filho: “O art. 1.139 não se refere às alienações de modo geral; fala em venda, que tem sentido mais restrito” — e logo abaixo acrescenta: “Pela mesma razão não pode ser proibida a troca, porque o consorte a quem se devesse dar preferência não poderia dar ao outro condômino a coisa que este deseja receber em permuta” (*Da Compra e Venda e da Troca*, p. 124, n. 150, 1.^a ed., Rio, 1961).

Sebastião de Souza, do mesmo modo: “Como resulta das normas traçadas pelo Código Civil, referentes a preempção ou preferência, esta somente se verifica no caso de venda ou dação em pagamento, feitas pelo comprador. Este poderá, portanto, doar ou permutar a coisa, sem oferecê-la ao vendedor” (*Da Compra e Venda*, 1946, p. 379).

No mesmo sentido, João Luiz Alves citado pelo saudoso magistrado e professor mineiro, além dos pareceres emitidos, por solicitação dos recorridos e constantes dos autos, dos Profs. Min. Orosimbo Nonato, Soriano Neto e Orlando Gomes.

Em face do direito civil português, cujo Código tem disposição idêntica ao do nosso art. 1.139, Cunha Gonçalves pontifica: “O art. 1.566 é inexequível no caso de troca, visto que nenhum dos co-proprietários pode depositar em juízo a coisa que o outro permutante deu em troca” (*Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro*, II, 1.023 n. 417).

Estou em que tal conclusão espelha a melhor doutrina. Submeto-a à decisão do plenário.

Se o antigo condômino não ficar satisfeito com os novos co-proprietários só lhe restará promover a extinção do condomínio, com a venda judicial do imóvel, com as preferências cabíveis.

Pelo exposto, meu voto é pelo não conhecimento do recurso que, no mérito, se conhecido, negaria provimento” (RTJ 43/396).

25. Salientando que não se trata de acórdão isolado, o Min. Vitor Nunes Leal, teve o ensejo de lembrar que já existia julgamento análogo proferido no RE 54.722 decidido pela nossa mais alta corte em 9.6.64 (*Revista citada*, p. 397).

26. Verificamos, pois, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência limitam a aplicação do direito de preferência à compra e venda e à dação em pagamento, excluindo-a nas demais hipóteses.

27. Conseqüentemente, o contrato entre as partes deve ser interpretado de acordo com os textos legais e o sentido que lhes têm sido dados pelos julgados, pois nos precisos termos do art. 131 do CCom.: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: I — A inteligência simples e adequada, que for mais *conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer* à rigorosa e restrita significação das palavras” (. . . .) IV — *O uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza e especialmente o costume do lugar, onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras*”.

28. Aliás, no direito comparado, o direito de preferência está vinculado à ocorrência de uma venda, como se verifica pelo texto do art. 504 do CC alemão (BGB), de acordo com o qual “Aquele que tem direito à preempção sobre um objeto, pode exercer este direito desde que o obrigado tenha concluído, com um terceiro, um contrato de *venda* sobre o referido objeto”.

29. Planck, nos seus comentários ao BGB esclarece, a este respeito, que: “Der Vertrag mit dem Dritten muss ein Kaufvertrag sein. Der abschluss eines anderen auf entgeltliche oder unentgeltliche Veräußerung gerichteten Vertrags (*Tausch, Schenkung, Einbringen in eine G. m. b. H. usw.*) *berechtigt nicht zur Ausübung des Vorkaufsrechts, auch nicht eine gemischte Schenkung*”. (O contrato com o terceiro deve ser um contrato de compra. A conclusão de um outro contrato, dirigido a alienação onerosa ou gratuita (troca, doação, entrada em uma sociedade) não autoriza ao exercício do direito de preempção, nem, igualmente, uma doação mista)” (ap. Mário Neves Baptista, *O pacto de preempção e o terceiro adquirente de má fé*, tese de concurso, Recife, Imprensa Industrial, 1948, p. 74).

30. Na França, idêntica é a lição de Baudry-Lacantinière et Saignat, para os quais: “Le promettant ne s’est pas interdit de disposer gratuitement de la chose, et le stipulant ne peut point prétendre *avoir droit, par préférence, à la libéralité*; ce n’est pas ce qui lui a été promis. Même solution pour le cas *d’échange*; si le promettant veut échanger l’objet du pacte de préférence, c’est parce qu’il préfère avoir à sa place la chose qu’il reçoit en contre-échange; or, *le stipulant ne pouvant pas lui donner cette chose, ne peut pas exiger la préférence pour l’échange*” (*Traité de Droit Civil*, vol. 19, p. 54, ed. 1908) (grifamos).

31. Não há, pois, dúvida quanto à inaplicabilidade do direito de preferência a situações que não configuram uma venda ou uma dação em pagamento.

32. No direito brasileiro, não há dúvida alguma que a incorporação de bens para formação do capital de uma sociedade comercial não se confunde com a compra e venda e tem um regime legal próprio.

33. Na realidade, a utilização de ações ou de outros bens para a integralização do capital de uma subsidiária não constitui uma compra e venda por faltar-lhe uma das condições básicas para a caracterização do contrato típico, que é o pagamento do preço em dinheiro. Não há venda sem que se possa evidenciar a existência dos três elementos essenciais: *res* (coisa), *consensus* (consenso) e *pretium* (preço), devendo este ser *pago em dinheiro*. É o que determina o art. 1.122 do CC, quando estabelece que: “Pelo contrato de compra e venda, um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa e o outro a pagar-lhe certo preço em dinheiro”.

34. Sem o pagamento de preço em dinheiro, pode haver permuta, doação e, eventualmente, contrato de sociedade ou até contrato atípico, mas nunca ocorrerá a compra e venda.

35. Neste sentido, já tivemos a ocasião de escrever que: “Se o pagamento não for em dinheiro, o contrato será de troca. Se não houver preço, o contrato se caracteriza como doação” (Arnoldo Wald, obra citada, p. 210).

36. A utilização de ações ou de outros bens para constituir o capital de uma empresa pode ser considerada como uma conseqüência ou uma etapa da celebração do contrato de sociedade, pelo qual “as pessoas (que) mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns” (art. 1.363 do CC). Mas, se o investimento de recursos pode ter uma finalidade societária, parece-nos que a operação em si constitui um contrato que, do ponto de vista estritamente econômico, se aproxima da permuta, pois o proprietário das ações, com as quais foi formado o capital da nova sociedade, recebe quotas ou ações dessa nova sociedade. Tratar-se-ia, assim, de uma *permuta dos bens incorporados* (à sociedade) *por quotas ou ações da nova empresa*.

37. De qualquer modo, quer se trate de *contrato sui generis* ou de *troca*, a preferência não pode ser exercida pelo fato de pressupor a mesma, como já vimos, a *identidade de pagamento* entre o terceiro e o titular do direito de preempção. Esse preço não seria representado, no caso, por dinheiro, mas sim por quotas ou ações de uma outra empresa e tal situação, por si só, exclui a possibilidade do exercício do direito de preferência, que pressupõe a fungibilidade da prestação.

38. Na realidade, é a própria Constituição Federal que não considera a conferência de bens em empresa como forma de compra e venda, pois tendo atribuído competência aos Estados para cobrar o imposto de transmissão nas alienações de imóveis (art. 23 *caput*), esclareceu o texto constitucional que tal tributação não incide “sobre a transmissão de bens ou direitos *incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital*” (art. 23, § 3.º).

39. Ainda na vigência da Constituição de 1891, Rui Barbosa, Duarte de Azevedo e J. X. Carvalho de Mendonça, entenderam que não devia incidir o imposto de transmissão na incorporação de bens ao capital social, por não se tratar de venda e, neste sentido, se consolidou, já naquela época, a jurisprudência.

dência (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, São Paulo, Duprat, 1914, vol. III, n. 986, pp. 377 e 378).

40. A doutrina brasileira sempre reconheceu que a incorporação de bens à sociedade não era uma venda, mas sim “uma *alienação excepcional*, condição orgânica da sociedade”, que se caracterizava pela sua finalidade societária (J. X. Carvalho de Mendonça, obra e local citados).

41. O Decreto-lei 2.627, de 26.9.40, distinguia, aliás, como o faz a lei atual, a conferência de bens da venda, determinando, no art. 8.º (correspondente ao art. 10 da legislação vigente) que: “A responsabilidade civil dos subscritores ou acionistas que contribuírem com bens para a formação do capital social, será idêntica à do vendedor”.

42. A simples equiparação, para fins de responsabilidade, comprova que a incorporação de bens não é venda pois, caso contrário, não haveria necessidade da explicitação contida na mencionada norma legal.

43. Na vigência da antiga Lei das Sociedades Anônimas, Waldemar Ferreira, ensinava que: “A conferência de bens dos subscritores para a formação do capital da companhia não constitui venda. Nem cessão. Nem toda translação de domínio de bens, imóveis ou móveis, se realiza por venda, nem compra. Trata-se, no caso, de contrato de natureza específica” (*Tratado de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1961, vol. 4.º, n. 646, p. 113).

44. Na mesma ocasião, desenvolvendo conceitos doutrinários, Trajano de Miranda Valverde defendeu a natureza peculiar da incorporação de bens, nos seguintes termos:

“A entrada de bens para a formação de todo ou parte do capital de uma companhia, opera, na conformidade dos preceitos reguladores do ato, a transferência de tais bens do patrimônio do subscritor para o da companhia. Quando feita a título de propriedade, importa, evidentemente, a transmissão definitiva dos bens do subscritor para a pessoa jurídica — a sociedade anônima.

Ato positivo de alienação, mas de natureza especial, pois não toma, nem a figura da compra e venda, nem a da permuta, nem tampouco se traduz na constituição de uma comunhão ou de um condomínio.

Não é comunhão ou condomínio, porque os bens entram para o patrimônio da sociedade, que é juridicamente distinto do patrimônio de cada um dos acionistas. Não é compra e venda, porque falta o requisito essencial do preço, sempre expresso em dinheiro. Não é permuta, escambo ou troca, porque as ações que o subscritor recebe pelo valor de seus bens não extinguem as relações entre ele e a sociedade, são, antes de tudo, títulos de sócio. O subscritor entra com dinheiro ou bens, com o fim de adquirir a qualidade de acionista da sociedade (n. 71)” (*Sociedades por ações*, 2.ª ed., Rio, Forense, 1953, vol. I, n. 63, p. 108).

45. De acordo com a lição de Trajano de Miranda Valverde, os demais autores que trataram da matéria, mais recentemente, mas ainda na vigência da antiga lei societária, esclarecem que “a transferência de bens do subscritor para o da sociedade é ato de alienação, de natureza especial, não se confundindo com a compra e venda e permuta” (Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, *Sociedades por ações*, São Paulo, Saraiva, 1972, vol. 1.º, n. 81, p. 89 e, no mesmo

sentido, Ruy Carneiro Guimarães, *Sociedades por ações*, Rio, Forense, 1960, n. 81, p. 95).

46. Depois da promulgação da Lei 6.404, de 15.12.76, a posição da doutrina não se modificou, pois o novo diploma manteve a distinção entre a conferência de bens e a compra e venda (art. 10) e a maioria dos autores reconhece que a incorporação constitui um *contrato sui generis*, não se confundindo nem com a venda, nem com a permuta (Rubens Requião, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, sob a coordenação de Arnaldo Wald, São Paulo, Saraiva, 1980, pp. 83-84 e Fran Martins, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Rio, Forense, 1977, vol. 1.º, p. 73).

47. Há quem defenda tratar-se de uma forma de pagamento decorrente do contrato de sociedade, não constituindo, todavia, nem uma compra e venda, nem uma permuta, nem uma alienação *sui generis* (Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, São Paulo, Saraiva, 1977, vol. 1.º, p. 48).

48. Por outro lado, afastando a caracterização da contribuição em bens como venda, o Prof. Philomeno J. da Costa esclarece que ela “tem a natureza jurídica de uma permuta de bens por ações” (*Anotações às companhias*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 170). Lembra o eminente jurista paulista que a troca é “o ato pelo qual duas pessoas se transferem reciprocamente a propriedade de alguma coisa”, incluindo, entre os bens suscetíveis de permuta, os “efeitos móveis” entre os quais a própria lei destaca as ações de companhias (art. 191 do CCom. aplicável à permuta, *ex vi* do disposto no art. 255 do mesmo diploma legal) (obra citada, pp. 180 e 181).

49. Concordamos com esta última posição doutrinária, pois, na realidade, a incorporação de bens para realização de capital importa em permuta dos bens investidos por ações da nova empresa constituída. Como já assinalamos, no patrimônio da sociedade que integraliza o capital de outra com ações, não ocorre a substituição de um bem (*res*) por um preço em dinheiro (*pretium*), mas de um bem por outro, o que caracteriza a existência de uma verdadeira permuta, pouco importando que os valores permutados representem ou não a aquisição, pela consulente, de um *status socii*. De fato, a empresa procedeu à substituição da sua vinculação acionária inicialmente existente com uma sociedade pela vinculação com outra entidade, mantido, assim, o *status socii*, mas mudando de objeto, ou seja, de sociedade na qual ocorre a participação.

50. Pouco importa, para os fins do presente parecer, se a integralização em bens do capital constitui uma verdadeira permuta, como sustentamos apoiados na lição de Philomeno J. da Costa, uma alienação *sui generis*, como entendem Waldemar Ferreira, Trajano de Miranda Valverde, Rubens Requião e outros, ou o pagamento de uma obrigação alternativa decorrente do contrato de sociedade como sustenta Modesto Carvalhosa, *o que é certo, na doutrina brasileira, é que não se trata de venda e que a própria Constituição Federal, o Código Civil e a lei societária fizeram a adequada distinção entre a incorporação de bens à sociedade e a venda*, pois, naquela a contraprestação é representada por ações, enquanto nesta (a venda) o preço necessariamente deve ser pago em dinheiro.

51. A posição do direito brasileiro também é a de todas as legislações que inspiraram as nossas codificações e pertencem ao mesmo sistema de direito, no qual se encontra o nosso.

52. Na França, por exemplo, é manso e pacífico que o *apport* não constitui uma compra e venda e que, conseqüentemente, não se lhe aplica a cláusula convencional de preferência.

53. Já na obra clássica de Pic e Kréher ficou esclarecido que: “L’apport en propriété ressemble à la vente; mais s’il y a ressemblance, il n’y a pas identité. La vente, en effet, implique transfert de la propriété de la chose en échange d’un prix ferme; dans l’apport social, au contraire, la translation de propriété a pour contre-partie l’acquisition par l’apporteur d’un droit sur les bénéfices esperés, droit représenté dans les sociétés par actions par des titres négociables” (*Des sociétés commerciales*, Paris, Rousseau Éditeurs, 1940, t. I, n. 26, p. 42 *in fine* e 43).

54. A mesma distinção entre o *apport* e a venda é feita por todos os autores franceses que trataram da matéria mais recentemente, salientando-se, entre outros, Georges Ripert (*Traité élémentaire de droit commercial*, 9.^a ed. atualizada por René Roblot, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, vol. I, n. 734, p. 484), G. Vuillemermet (*Droit des sociétés commerciales*, 3.^a ed. revista por G. Hureau, Paris, Dunod, 1969, p. 19) e, ainda, J. Hamel, G. Lagard et A. Jauffret (*Droit commercial*, 2.^a ed., Paris, Dalloz, 1980, vol. 2.^o, p. 27).

55. Estes últimos autores são categóricos ao afirmar, com base na jurisprudência francesa, que não se aplica o direito de preferência no caso de utilização das ações para formação do capital de outra sociedade (*apport*). Escrevem, a este respeito que: “L’apport en société effectué sans fraude ne constitue pas la violation d’un pacte de préférence ou d’un droit de préemption accordé à un tiers, car ce tiers s’engageait à verser un prix, non à devenir associé” (Hamel, Lagarde e Jauffret, ob. citada, p. 28).

56. Em conclusão, não há dúvida, de acordo com as determinações expressas da nossa Constituição e das normas legais brasileiras vigentes e, ainda, conforme o entendimento da doutrina, tanto no país quanto no exterior, de que a contribuição ou *apport* para a formação do capital societário não se caracteriza como sendo uma venda, razão pela qual à mesma não se aplica o direito de preferência estipulado pelas partes e definido pelos arts. 1.139 e seguintes do CC.

