

ANO IX — SÃO PAULO — ABRIL-DEZEMBRO — NS. 1.º A 4.º

REVISTA
DE
DIREITO MERCANTIL
INDUSTRIAL, ECONÔMICO
E
FINANCEIRO

DIRETOR:
Professor WALDEMAR FERREIRA

VOLUME IX

MAX LIMONAD
Editor de Livros de Direito
RUA QUINTINO BOCAIUVA, 191 — 1.º
SÃO PAULO — BRASIL

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL, INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação trimestral

Diretor: PROFESSOR WALDEMAR FERREIRA

REDATORES:

ALFREDO CECÍLIO LOPES
BEMVINDO AYRES
DIMAS RODRIGUES DE ALMEIDA
EGBERTO LACERDA TELXEIRA
JAYRO FRANCO
JOÃO DA GAMA CERQUEIRA
JOÃO GOMES DA SILVA
JOSÉ FREDERICO MARQUES
JOSÉ GERALDO RODRIGUES ALCKMIN

LAURO MUNIZ BARRETO
MOACYR AMARAL SANTOS
PHILOMENO J. DA COSTA
OSCAR BARRETO FILHO
SYLVIO MARCONDES
VICENTE SABINO JÚNIOR
WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA
YOUNG DA COSTA MANSO

REDATOR SECRETÁRIO:

DIMAS RODRIGUES DE ALMEIDA

Assinatura anual Cr\$ 380,00

Assinaturas: MAX LIMONAD — Editor de Livros de Direito
São Paulo - Rua Quintino Bocaiuva, 191 - 1.º - Tel. 35-7393

SUMÁRIO

DOUTRINA

1. Vendas e Consignações — VICENTE RÁO	11
2. O comerciante ambulante e o Fisco Municipal — WALDEMAR FERREIRA	25
3. A reforma do Código Comercial — OTTO GIL	31
4. Algumas novidades jurídicas sôbre sociedades anônimas — PHILOMENO J. DA COSTA	34
5. Convenção sôbre investimentos no exterior	74
6. Suplemento referente ao Tribunal de Arbitragem	78

JURISPRUDÊNCIA

CAPÍTULO I

DIREITOS E OBRIGAÇÕES PROFISSIONAIS DO COMERCIANTE

I. A mulher e o exercício profissional de corretagem oficial	87
---	----

CAPÍTULO II

SOCIEDADES

I. A posse do gerente do estabelecimento pertencente a sociedade anônima e dos direitos desta	89
II. As sociedades mercantis e os direitos e obrigações dos sócios (<i>Sumário jurisprudencial</i>)	92

§ 1.º

Das sociedades de fato ou irregulares

1. A existência da sociedade independentemente do registro de seu contrato	92
---	----

2. A dissolução de sociedade de fato e os bens imóveis de um dos sócios	93
3. A falta de prova da existência e a impossibilidade de sua dissolução	94
4. A improcedência de ação dissolutória de sociedade inexistente	95
5. A nomeação do liquidante de sociedade irregular ..	96

§ 2.º

Das sociedades em nome coletivo ou com firma

6. A responsabilidade do sócio gerente para com a sociedade e terceiros pelo excesso de mandato e violação do contrato e da lei	97
---	----

§ 3.º

Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada

7. A responsabilidade do sócio gerente perante terceiros e a sociedade pelos atos contra o contrato social e a lei	98
8. A imprestabilidade do aval do sócio gerente de sociedade por quitas em obrigação estranha a esta	100
9. A descabida da exclusão de sócio sem grave motivo que a justifique	101
10. A omissão do contrato social e a incabida de um dos sócios para pleitear a exclusão de outro	103
11. A ineficácia relativamente aos herdeiros do balanço não assinado pelo autor da herança	104
12. A dissolução parcial da sociedade pela exclusão do quotista indesejável	105
13. A irresponsabilidade do quotista por dívida da sociedade	106
14. O cômputo dos haveres do sócio retirante da sociedade	108
15. A dissolução judicial da sociedade e a forma de sua liquidação	110

§ 4.º

Das sociedades de capital e indústria

16. A nomeação de liquidante estranho na divergência entre o sócio capitalista e o sócio de indústria	113
---	-----

§ 5.º

Da sociedade em conta de participação

- | | |
|--|-----|
| 17. A distinção entre o contrato de locação de serviços e a sociedade em conta de participação | 115 |
|--|-----|

§ 6.º

Das sociedades anônimas

- | | |
|---|-----|
| 18. O fóro do domicílio das sociedades anônimas e o das filiais | 122 |
| 19. A partilha proporcional das ações novas do aumento de capital entre os antigos acionistas | 123 |
| 20. A imprescritibilidade quadrienal da ação de venda de comerciante a entidade paraestatal não comerciante, representativa de governo estrangeiro | 131 |

CAPÍTULO III

CONTRATOS E OBRIGAÇÕES

- | | |
|---|-----|
| I. A cessão de crédito ou de contrato e a existência real do crédito ou do contrato | 141 |
| II. Os direitos e obrigações emergentes dos diversos tipos contratuais (<i>Sumário jurisprudencial</i>) | 146 |

Secção I

Da compra e venda

- | | |
|--|-----|
| — A venda de máquina lavadeira de uso doméstico e o termo de garantia | 146 |
| — O conflito de interesses entre o comprador e o vendedor da coisa com reserva de domínio | 154 |
| — A rescisão do contrato pela venda como novo de aparelho elétrico recondicionado | 155 |
| — O prazo prescricional da ação redibitória e a ausência de prazo para experiência, ou garantia da coisa vendida | 156 |

Secção II

Da fiança

- A ineficácia da fiança prestada pelo sócio sem os necessários poderes especiais para o ato 158

Secção III

Da representação e distribuição de mercadorias

- A prova do contrato de representação comercial .. 159

Secção IV

Do seguro

- A interpretação de cláusula da apólice do seguro de fidelidade 160
- A agravação dos riscos da seguradora e a perda do direito ao seguro 164
- A prescrição ânua e a ação da seguradora contra o causador do dano 165

Secção V

A hospedagem hoteleira

- A inconfusão do contrato de hospedagem em hotel com o contrato de locação predial 166

CAPÍTULO IV

TÍTULOS DE CRÉDITO

- I. A ilicitude do preenchimento abusivo da letra de câmbio ou nota promissória em branco 168

Secção I

Letra de câmbio

§ 1.º

Do endósso

- | | |
|--|-----|
| 1. A inoponibilidade de compensação ao endossatário pelo devedor cambial | 189 |
| 2. A prova da simulação do endósso e a integridade do título cambiário | 189 |

§ 2.º

Do aval

- | | |
|---|-----|
| 3. A nulidade do aval dado por sócio contra expressa proibição do contrato social | 191 |
| 4. A ilegitimidade do aval com infringência de proibição do contrato social | 192 |

§ 3.º

Do protesto

- | | |
|---|-----|
| 5. A anulação do protesto de título cambial | 193 |
| 6. A fluência dos juros moratórios de cambiais a contar do protesto | 194 |

§ 4.º

Da ação cambiária

- | | |
|--|-----|
| 7. O direito do credor de agir indistintamente contra todos os quaisquer dos devedores cambiários | 195 |
|--|-----|

§ 5.º

Da prescrição da ação cambial

- | | |
|---|-----|
| 8. A interrupção da prescrição e o caso julgado em relação ao avalista da parte | 196 |
|---|-----|

§ 6.º

Da ação de enriquecimento ilícito

- | | |
|---|-----|
| 9. Os pressupostos especiais da ação e o exame da matéria com os elementos da convicção | 199 |
|---|-----|

Secção II

Da nota promissória

- | | |
|--|-----|
| 1. O preenchimento da nota promissória incompleta | 205 |
| 2. A ineficácia de notas promissórias dolosamente criadas por administrador de banco e em proveito dêste | 207 |

Secção III

Da duplicata

- | | |
|---|-----|
| 1. O apontamento do título por falta de aceite e pagamento antes da entrega da mercadoria e as perdas e danos do protesto | 210 |
|---|-----|

CAPÍTULO V

BANCOS E OPERAÇÕES BANCARIAS

- | | |
|---|-----|
| I. Os atos e contratos bancários e a responsabilidade civil dos bancos e diretores (<i>Sumário jurisprudencial</i>) | 213 |
|---|-----|

§ 1.º

Da responsabilidade civil dos diretores

- | | |
|--|-----|
| 1. O sequestro dos bens dos diretores | 213 |
| 2. A responsabilidade civil do diretor-secretário do estabelecimento bancário falido pelas quantias irregularmente recebidas dos subscritores do aumento do capital social | 218 |

§ 2.º

A responsabilidade do Banco para com o emitente de cheque

- | | |
|---|-----|
| 3. A responsabilidade do sacado perante o emitente pela recusa sem causa justificada de cumprimento da ordem de pagamento | 219 |
|---|-----|

CAPÍTULO VI

PROPRIEDADE COMERCIAL

- I. A locação de prédio próprio para estabelecimento comercial (*Sumário jurisprudencial*) 223

I

Das particularidades do contrato de locação mercantil

1. A denegação injustificada da autorização para transferência da contrato de locação do prédio 223
2. A aplicação da "lei de luvas" a locação de terreno para fim comercial. 225
3. A constituição de sociedade pelos locatários em face do contrato de locação 226
4. A cessão da locação do prédio do estabelecimento comercial ao adquirente dêste 227

§ 1.º

Da ação renovatória do contrato de arrendamento

5. A inaplicabilidade da lei de luvas a internadas ou campos de engorda de gado 228
6. A ausência de contestação e a legitimidade do locador para a propositura da ação renovatória 229
7. A inadmissibilidade da renovação da locação por prazo inferior a cinco anos 231
8. A renovação da locação e a revisão do aluguel .. 232

§ 2.º

Do direito e ação de retomada do prédio destinado a fim comercial

9. O prazo para desocupação de prédio ocupado por firma comercial há mais de dez anos 235
10. A natureza do prazo de propositura da ação renovatória e a renúncia das partes a sua decadência 236
11. A retomada do prédio para sociedade de que o proprietário é parte 239

§ 3.º

Da ação revisional do aluguel

12. Os efeitos da falta de contestação da ação	239
13. O pagamento das custas para interposição do recurso e a apreciação judicial da exceção de retomada do prédio	241

CAPÍTULO VII

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

I. A semelhança nominal de marcas e sua diferença por via de retrato humano	247
II. Os direitos e as obrigações decorrentes do registro da propriedade industrial (<i>Sumário jurisprudencial</i>) ..	253

Secção I

Do nome comercial

1. O conflito entre o título de estabelecimento e a marca de comércio	253
2. A inadmissibilidade da ação cominatória a fim de obstar o uso indevido de nome comercial e marca de comércio	255
3. O reconhecimento judicial do direito de uso exclusivo de título de estabelecimento no município	257

Secção II

Das marcas de comércio e indústria

4. O uso privativo da marca de comércio pelo detentor de seu registro dentro de sua vigência	259
5. O uso de marca indicativa de falsa procedência e o característico do crime de ação pública	260
6. A especialidade da marca de produtos químicos e farmacêuticos	261
7. A imitação de marca por semelhança e a liberação de perdas e danos por ausência de má fé	263

Secção III

Das patentes de invenção

- | | |
|--|-----|
| 8. As diferenças acidentais de forma não excluem a contra-facção | 265 |
| 9. A indenização por contrafacção de patente de invenção | 267 |
| 10. A interpretação restritiva dos privilégios de invenção | 268 |
| 11. A anotação de transferência de patente de invenção a estrangeiro não residente no país | 269 |

§ 1.º

Da concorrência desleal

- | | |
|---|-----|
| 12. O crime de falsa afirmação tendente a gerar confusão sobre as qualidades do produto | 272 |
|---|-----|

§ 2.º

Dos direitos autorais

- | | |
|---|-----|
| 13. As criações de linha original de vestuário feminino, o plágio e seu aproveitamento por terceiros | 273 |
| 14. A ilegitimidade da reprodução de obra não caída no domínio público a pretexto de melhorá-la ou comentá-la, sem permissão do autor | 277 |

CAPÍTULO VIII

CONTRATOS E INSTITUTOS DA NAVEGAÇÃO
E TRANSPORTES MARÍTIMOS E AÉREOS

- | | |
|--|-----|
| I. As obrigações decorrentes do transporte marítimo e aéreo (<i>Sumário jurisprudencial</i>) | 280 |
|--|-----|

§ 1.º

Do abandono

- | | |
|---|-----|
| 1. O conceito do abandono liberatório | 280 |
|---|-----|

§ 2.º

Do transporte

2. O reembolso da seguradora do pago pela indenização de avarias ao dono da carga	283
3. A inoperância da cláusula de não indenizar no conhecimento marítimo	283
4. A expedição de certificado de falta das mercadorias e a prescrição da ação de indenização do extravio .	284
5. A exigência legal da assinatura do conhecimento da carga pelo capitão do navio	285
6. A irresponsabilidade do transportador pelo dano da carga pelo desvio da rota em consequência da exagerada violência da tempestade	298
7. A cláusula da eleição de fôro estrangeiro do conhecimento marítimo	299

§ 3.º

Das avarias

8. A distinção da avaria da falta ou extravio das mercadorias no ato do desembarque	301
---	-----

§ 4.º

Do seguro

9. A cláusula "cais a cais" na apólice do seguro	303
10. A cláusula "todos os riscos" da apólice e sua compreensão	304
11. O dolo do segurado na provocação do sinistro marítimo, sua absolvição criminal e a ação de responsabilidade civil	305

§ 5.º

Da assistência em alto mar

12. A distinção entre assistência e reboque e seus efeitos .	309
--	-----

CAPÍTULO IX

FALÊNCIAS E CONCORDATAS

I. A inarrecabilidade dos bens do sócio pré-morto na falência da sociedade em nome coletivo continuada com os sobreviventes	311
II. O processo da falência e seus incidentes e recursos (<i>Sumário jurisprudencial</i>)	316

§ 1.º

Os requisitos do pedido falimentar

1. A nulidade da petição inicial desacompanhada da prova do registro do contrato da sociedade requerente da falência	316
2. A falta de qualidade do debenturista para, isoladamente, requerer a falência da companhia emissora .	317
3. O depósito elesivo da falência e seu efeito	321

§ 2.º

Da declaração judicial da falência

4. O critério para a fixação do termo legal da falência ..	323
5. A inadmissibilidade da falência do espólio após um ano da morte do devedor	325
6. O decreto de falência de sociedade por quotas e a responsabilidade do sócio retirante por não arquivamento do contrato de retirada	327

§ 3.º

Da verificação dos créditos

7. A insubsistência da hipoteca dada no termo legal para obtenção de recursos para pagamento de alguns credores em detrimento dos demais	328
8. A necessidade da junção do título de crédito à primeira via da declaração dêste	330
9. A exclusão da multa pecuniária na habilitação do credor	331

§ 4.º

Dos embargos de terceiros

10. A revogação do ato pedida em defesa no processo de embargos à arrecadação de imóvel de venda comprometida 332

§ 5.º

Da revogação de atos praticados pelo devedor antes da falência

11. A ação revocatória de cessão de quotas sociais pelo falido 333

§ 6.º

Da realização do ativo

12. A inadmissibilidade da venda dos bens da massa antes de iniciado o período da liquidação 334

§ 7.º

Do síndico

13. A obrigação do síndico de comunicar à Recebedoria do Tesouro o decreto da falência 335

§ 8.º

Da concordata preventiva

14. A justificação do pedido pela impossibilidade de satisfazer compromissos, ainda que não vencidos .. 336
15. A insuspensibilidade da ação contra o avalista por efeito da propositura de concordata preventiva pelo emitente da nota promissória avalizada 338
16. As reclamações trabalhistas em face da concordata da empresa empregadora 339
17. O impedimento de concordata preventiva ao comerciante com dívidas líquidas há mais de trinta dias, embora sem protesto 341

§ 9.º

Da extinção das obrigações

18. O termo inicial do prazo para a extinção das obrigações do falido 345

§ 10

Dos recursos

19. Os prazos de interposição de recursos e seu regime processual 348
20. O agravo de instrumento é o recurso da sentença de indeferimento de pedido de concordata e decreto de falência 348

§ 11

Dos crimes falimentares

21. A validade do laudo firmado por um só perito .. 349
22. A prescrição da punibilidade do crime de falência . 350
23. O termo inicial do prazo da prescrição dos crimes falimentares 353

CAPÍTULO X

IMPOSTOS E TAXAS

- I. A ilegitimidade da incidência do imposto de vendas e consignações sobre o "quantum" do imposto de consumo 356

CRÔNICA DA VIDA JURÍDICA

- O Instituto de Coimbra homenageia o Professor Waldemar Ferreira 390

DOCUMENTÁRIO LEGISLATIVO

- I. A restauração dos direitos de propriedade industrial e direitos autorais dos alemães atingidos pela guerra — Decreto n.º 43.956 — de 3-7-1958 401

II.	O fundo portuário nacional e a taxa de melhoramentos dos portos. — Lei n.º 3.421 — de 10-7-1958	406
III.	A comissão executiva do sisal. — Lei n.º 3.428 — de 15-7-1958	418
IV.	A aposentadoria aos segurados dos institutos de aposentadoria e pensões. — Decreto n.º 44.172 — de 26-7-1958	421
V.	O sigilo das operações bancárias. — Projeto n.º 410 — de 1959	423
VI.	O projeto de lei supressora das ações ao portador	448
VII.	A portaria n.º 309, de 30 de novembro de 1959, e as sociedades de crédito, financiamento e investimentos	458

ALGUMAS NOVIDADES JURÍDICAS SOBRE SOCIEDADES ANÔNIMAS

PHILOMENO J. DA COSTA

(Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da
Universidade Mackenzie S. P. Docente Livre de Direito
Comercial da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo)

REMEMORAÇÃO NECESSÁRIA DA HISTÓRIA JURÍDICA DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS — ATUALIDADE PERMANENTE DO INSTITUTO COM AS SUAS CONSTANTES INOVAÇÕES — DESINTEGRAÇÃO DO VOTO DO CONJUNTO DOS DIREITOS ATRIBUIDOS ÀS AÇÕES — LIMITAÇÃO À CIRCULAÇÃO DAS AÇÕES NOMINATIVAS*

1 — O fenômeno do desenvolvimento do comércio marítimo com a descoberta do caminho das Índias e das novas terras. 2 — A técnica jurídica na sistematização da exploração dos novos domínios. 3 — As uniões de capitais para a realização dos grandes empreendimentos: A "Reederei" e a "Maona". 4 — As companhias coloniais. 5 — As sociedades anônimas modernas; Razões do seu êxito. 6 — Importância desse Instituto Jurídico; Atualidade do seu estudo. 7 — Constante aparecimento de novidades jurídicas nas anônimas. 8 — Criação do voto como direito independente das ações. 9 — Do aparente desequilíbrio entre a liberdade de direção social e proteção ao acionista com a supressão do seu direito de voto. 10 — A Intervenção do Estado nas atividades econômicas privadas como fator desintegrador do direito de voto das ações; o exemplo da França e prognóstico da sua generalização. 11 — Limitação à circulação das ações nominativas. 12 — O "intuitus personae" nas sociedades de capitais. 13 — Razões da limitação à circulação das ações nominativas; direito comparado. 14 — Padrões dessa limitação. 15 — Sistema legislativo brasileiro dessa

* Conferência proferida, no dia 29 de setembro de 1958, na Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, segunda de uma série sob o tema central de "Sociedades Anônimas", promovida pela Comissão de Direito Comercial do Instituto dos Advogados de São Paulo, com o caráter de extensão universitária e assim sob os auspícios da Magn. Reitoria da Universidade de São Paulo. Ao primitivo texto fizemos alguns acréscimos e várias adaptações.

limitação; requisito da sua regulamentação minuciosa pelos estatutos. 16 — Idem; requisito de não impedimento à negociabilidade das ações. 17 — Idem; requisito da inexistência de arbitrio de órgão social. 18 — Posição da nossa legislação perante os padrões teóricos da vinculação das ações nominativas; exame de caso prático. 19 — Conclusão.

I — Desde que *Colombo* descobriu a América, em 1492, e depois, principalmente, que *Vasco da Gama* descobriu o caminho das Índias, em 1498, os mercados europeus sofreram um impulso, criaram um estímulo, tiveram um acentuado incremento; as matérias primas exóticas, as especiarias, provindas do Oriente, encontraram canais de transporte menos dispendiosos do que as sofredoras e pacientes caravanas terrestres; as novas terras revelaram a existência de novos gêneros; revelaram sobretudo a existência de metais preciosos, cujos depósitos e a distância os fez maiores e a lenda os tornou mais fáceis de apreensão.

Logo, enfim, os centros de consumo e produção do Velho Continente se incrementaram com as novas riquezas, trazidas das novas regiões que o lusitanismo áureo vinculara à civilização cristã. A princípio a criadora cobiça mercantil ai se exercitava através da aventura; depois, sob o acicate das exigências do consumo, as expedições se amiudaram com o aparecimento da sistematização da exploração; êste foi o processamento, na sua gestação, das atividades mercantis, transoceânicas do século XVI.

Enquanto alguns centênios aristocratizaram Veneza, enquanto ela ainda ostentava atuante seu poderio e riquezas propiciadas pelo maior e melhor comércio dos séculos mais recentes, a era dos grandes descobrimentos criava nova seiva e novos horizontes no tráfico mercantil.

Logo apareceram novos centros de negócios, molhados pelo Atlântico: na Andaluzia, Galicia e Asturias, na Espanha, Portugal viu o brilho efêmero de Lisboa. Na França desenvolveram-se a Bretanha e a Normândia. Na Bélgica e Holanda a Flandres enriqueceu-se. Na Alemanha, do mar do Norte, as cidades da Liga Hanseática tiveram novos meios de desenvolvimento. Na Inglaterra a sua capital entrava para o primado das atividades econômicas. Deslocou-se assim em menos de duzentos anos o epicentro geográfico-comercial da época.

Nesse período o Grande Canal de Veneza iniciava a metamorfose melancólica de simbolizar antes a Wall Street do século XVI e sómente significar depois o mais belo passeio marítimo, num ambiente de civilização, que hoje nos propicia o mais simpático dos

turismos. Ao mesmo tempo Londres fincava as suas estacas daquela que já foi bem mais poderosa, a sua City.

Mas, como asseverávamos, nos primeiros tempos, após os novos descobrimentos, o fenômeno da expansão comercial se realizava por meio das viagens marítimas esporádicas, cheias de enormes riscos; em seguida aumentaram, como é fácil de compreendermos, já que a técnica náutica melhorava e sobretudo os grandes lucros aumentavam o incentivo para a realização dessas viagens.

Nas altas esferas político-administrativas dos reinados de então surgiu o problema da efetivação e incremento da exploração das novas regiões que as coroas adquiriram por feitos pacíficos ou guerreiros dos respectivos marinheiros. Urgia a sistematização da extração das riquezas existentes nas plagas distantes.

2 — A sua organização importava obviamente em lhe dar um esqueleto de direito; se era o governo que se propunha a esquematizar a exploração das riquezas em regiões longínquas, os planos só se concretizariam com o emprêgo de alguma técnica jurídica.

Quando se pretendeu intensificar e perpetuar a apropriação das riquezas nas novas terras, consideraram-se naturalmente os problemas que surgiriam disso.

Muitas pessoas teriam que se mudar. Muitos estabelecimentos teriam que se criar. Surgiriam as questões do suprimento dos novos habitantes. Surgiriam as questões da realização efetiva da exploração. Surgiriam as questões de transporte em ambos os sentidos. O funcionamento real do empreendimento tinha necessariamente que obedecer a uns tantos princípios, princípios estes impostos aos componentes conforme as respectivas posições.

Compreendemos, em resumo, que essas novas atividades das coroas reinantes precisavam de ter um arcabouço de regra que, sinteticamente, era a sua constituição jurídica.

Como se compuzeram esses empreendimentos que visavam a obtenção de riquezas de valia nas recentes regiões adquiridas além mar?

Temos o exemplo da primeira divisão do nosso Brasil em capitânicas hereditárias; sabemos de sobra que a fatia oriental do meridiano traçado em Tordezilhas, cabendo a Portugal, foi pelo seu rei entregue a dignatários dêle para explorarem a terra do páu Brasil, simbolizando este a primeira mercadoria que, sob um ponto de vista mercantil, justificasse a enorme tarefa.

3 — Mas para nós importa neste momento salientarmos um outro modo pelo qual os soberanos entenderam de efetivar a explo-

ração dos novos domínios distantes. Em lugar dêles os retalharem, como que criando diferentes províncias, distintas entre si, preferiram outros formar autênticos departamentos governamentais, dotados não só de uma grande soma de poderes como também beneficiados com o recebimento de valiosos elementos materiais inclusive de fôrça militar.

Se quisermos enxergar então o fenômeno da exploração das novas terras sob um ponto de vista da sua técnica, verificamos que uns soberanos preferiram efetivá-la pela via do retalhamento daquelas, como que dando os pedaços a nobres ou fidalgos seus; verificamos que outros reis se enveredaram pelo caminho da criação de organismos poderosos.

Eram êstes que tinham a incumbência real de efetivar a exploração das novas regiões da coroa.

Eram — para empregarmos expressões jurídicas modernas — autarquias administrativas. Êsses organismos constituíam autênticos prolongamentos do poder público beneficiados por uma acentuada autonomia.

E, para definirmos melhor a situação de tais organismos, devemos acrescentar que êles, representando o poder do rei, tinham bases igualmente nos mercadores que se inclinaram ou se inclinariam ao exercício do comércio marítimo. Eram uniões de capitais com o bafejo oficial.

Se nós resolvermos retroceder para o princípio do século XVII o nosso pensamento, procurando esmiuçar o estágio evolutivo das coisas na época, seremos tentados a formular a seguinte indagação: como é que os organizadores dessa forma de exploração dos longínquos territórios a plasmaram? Como juristas, ou melhor, como advogados, perguntaríamos qual o meio que os nossos antepassados usaram para criar êsses organismos? Qual o material jurídico que já existia e que foi aproveitado para a esquematização dessas atividades?

Sabemos, como coisa elementar que é, que as instituições não surgem súbitamente no seio das coletividades como coisas inesperadas; com elas ocorre um processo lento de formação e desenvolvimento, cujas fases podem ser reveladas pela análise histórica. Ora, repetindo, quais os elementos que lastream a formação dêsses organismos destinados à comercialização das riquezas distantes sob a égide da coroa real?

Estudando-se o assunto à luz dos ensinamentos dos jushistoriadores, verificamos que as uniões de capitais na ocasião se faziam pelo processo do ajuntamento de proprietários de salinas e associações de mineração na Alemanha, sociedades no sul da França de moinhos e

notadamente na Holanda de sociedades de armadores, isto é, dos exploradores de navios.¹

Caracterizam-se essas uniões de capitais pela existência de quotas, via de regra transmissíveis por sucessão e alienáveis, vigorando nessas uniões o princípio fundamental das decisões serem tomadas pela maioria; os participantes escapavam da limitação das respectivas responsabilidades, usando a faculdade de abandonarem as suas quotas aos participantes remanescentes. Essas uniões de capitais eram condomínios.

É certo, no entanto, que existiam igualmente na época associações dos portadores de obrigações das comunas ou dos estados italianos; em razão das necessidades de dinheiro êsses governos em que então se fracionava o que é o norte da Itália contemporânea,² lançaram grandes empréstimos públicos, ou seja com a participação de quasi todos os cidadãos; um fundo assim obtido era denominado, tal como outras reuniões de capitais, de "mons", a significar monte; em Gênova, não raro, se chamava de "maona", palavra de origem árabe, traduzindo "assistência extraordinária" ou também "sociedade comercial".

O monte era dividido em partes iguais, chamados "loca" ou "partes", livremente alienáveis e transmissíveis por sucessão. Um característico importante, para a história do direito nessas associações, repousa no fato de que os juros e a amortização dos empréstimos se obtinham com a cobrança de certos impostos que os governos davam de empreitada à massa dos subscritores das "loca" ou das "partes".

Essa massa é que, como vimos, se chamavam de "montes" ou também "societates comperarum". O govêrno procurava não só atrair prestadores de capital com a instituição de juros elevados como também lhes outorgava a administração de certos tributos; outorgava-lhes a administração de tributos, mas, como veremos logo a seguir, inventou ainda que ocasionalmente, outros meios de atração de dinheiro.

Não nos devemos esquecer de que estamos procurando elementos para fundamentar a indagação feita há pouco; estamos querendo saber quais foram os antecedentes jurídicos de que se valeram os organizadores dos empreendimentos com que os reis resolveram efetivar a exploração dos novos domínios das respectivas coroas. E

1. Cf. *Levin Goldschmidt*, "Storia Universale del Diritto Commerciale", trad. ital. de 1913 por Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja, pág. 227.

2. *Goldschmidt*, ob. citada, págs. 228 e 229.

nesta indagação existe algum outro propósito mais remoto a que ainda não fizemos a mínima alusão; não estaríamos a analisar essa questão do estágio da técnica jurídica dos empreendimentos com que os soberanos resolveram arriscar a comercialização dos novos territórios, se não tivéssemos o intento de extrair disto elementos para outras considerações.

Vimos que existia a técnica jurídica das uniões de capitais resultantes da aglomeração de certas emprêsas; é de fácil compreensão reconhecermos que o tipo de união que devia mais interessar para êsses empreendimentos dos reis de-além-mar era o de união entre sociedades de armadores ou sociedades de navegação; era esta a "Reclerei".

Vimos igualmente que existia a técnica jurídica das associações dos portadores do que chamaríamos hoje de apólices dos governos das comunas ou estados do norte da Itália; os "montes" ou as "societatis comperarum" regulavam a aglutinação de muitas pessoas num empreendimento comum.

Tanto o primeiro tipo das uniões de certas emprêsas, como o segundo da reunião dos mutuantes aos tesouros públicos se caracterizavam pela circunstância importantíssima de cada um poder transferir livremente as respectivas participações no fundo comum.

Dizem uns, então, que foram as "maonas", assim chamadas em Gênova os "montes", que constituíram a base para a disciplina jurídica dessas organizações dos soberanos para a exploração das novas regiões. É o citado *Goldschmidt* um dos jushistoriadores quem o afirma.

Faz alusão à maona genovêsa de *Chio* e de *Phocéa*, constituída em 1346 para explorar respectivamente essa ilha e êsse antigo estabelecimento grego no golfo de Smirna, na actual Turquia asiática; o meio de atração dos investidores de capitais foi o da exploração comercial de locais distantes; essa maona perdurou até a ocupação turca de 1566; esta maona também passou a ser conhecida como dos Justinianos, porque em 1349 foi adquirida pelos membros da rica família genovêsa dêsse sobrenome.

Dizem outros, entretanto, que foi o protótipo da sociedade dos armadores de navios, a "Reederei", que representou os alicerces da sistemática jurídica com que se concretizou o modo de se tentar a extração das riquezas das novas terras. *Rodolfo Fischer* afiança³ que foi a fusão dessas sociedades de navegação, a denominada

3. "Las Sociedades Anonimas. Su Regime Juridico", trad. Espanhola, 1934, págs. 22-4.

"Reederei" que, enfim constituiu o tipo de empresas com que os reis se aventuravam na comercialização dos novos domínios.

Existe um ponto neste particular que deve ser mencionado. *Fischer* diz que foi necessária a combinação do "Reederei" com o instituto da "comenda" para que realmente surgisse esse tipo de empreendimento explorador de regiões sem ligação com a civilização da época. *Fischer* nega que esse tipo de empresa resultasse do aperfeiçoamento apenas da "commenda".⁴

Antes existiu um simples ajuntamento entre um não-comerciante e um comerciante; depois se criou uma idéia de ajuntamento permanente ou de sociedade. *Fischer* é dos que assim pensam. Portanto, quando ele afirmou que a sistemática jurídica das empresas reais exploradoras dos novos domínios foi o resultado da fusão da técnica da "Reederei" com a "commenda", quis significar que a fusão foi com o tipo societário da comandita simples; ele desejou ressaltar que a comandita contribuiu com a idéia da limitação de responsabilidade por sócio; as "maonas", isto é, as sociedades dos titulares de frações do débito público das cidades italianas, aperfeiçoaram a idéia da existência de sócios de responsabilidade limitada; *Fischer* alude a isto expressamente; ele, no entanto, enxerga como sendo a "commenda", um dos componentes jurídicos que ensejou, juntamente com a "Reederei", a criação de uma terceira sistemática, urdida para a formação dos empreendimentos exploradores dos novos territórios.

Os que afirmaram que estes surgiram do binômio "Reederei" mais "commenda" quiseram ressaltar a seguinte peculiaridade: Na "Reederei" os participantes eram involutivamente condôminos apenas do fundo comum; na "commenda", transformada em comandita com

4. Sabemos que esta representou inicialmente a entrega que alguém fazia de mercadoria ou dinheiro a um mercador para que este os utilizasse comercialmente numa determinada viagem, repartindo os lucros em caso de êxito. *Ageo Arcangeli*, na sua preciosa monografia "La Società in Accomandita Semplice", (n. 22 págs. 29-30), discordou da maioria dos jushistoriadores que afirmam que a comenda gerou a sociedade em comandita; ele — e parece que sem muitos seguidores — achou que a "commenda" não se vinculou historicamente a esse tipo de sociedade mercantil; a comandita seria o produto de uma reação contra a responsabilidade sempre solidária e ilimitada entre os componentes das primeiras sociedades comerciais, isto é, das sociedades em nome coletivo; como estas se originaram das comunhões familiares, em que os herdeiros do mercador, fundador do negócio não repartiam os bens, prosseguindo em comunhão de interesses, por esta circunstância as sociedades em nome coletivo eram igualmente chamadas por "compagnie". Parece, no entanto, que os jushistoriadores em grande número dizem que a "commenda" produziu um tipo de participação comercial em que alguém só arriscava o montante da sua contribuição; depois se evoluiu para a idéia de sociedade propriamente dita com esse reconhecimento de limitação de responsabilidade.

o aperfeiçoamento da "maona", os participantes eram já evolutivamente titulares apenas de papel representativo de uma percentagem do capital; na "Reederei" não se teria ainda uma idéa completa de sociedade como a proprietária dos bens; com a "commenda" e a "maona" tal idéa se firmou.

4 — Pretendemos ter explicado as duas correntes que justificam a formação histórica dessas enormes emprêsas para a época e com as quais os soberanos tentavam explorar os seus novos domínios, invocando o concurso direto dos capitais particulares. Elas se destinavam a prolongar nas regiões distantes o poder da coroa, criando nelas os meios da respectiva exploração. Repetiam o fenômeno das antigas "coloniae maritimae" dos romanos, isto é, elas se propunham a fundar comunidades de cidadãos destacados da metrópole.

Propunham-se a estabelecer, portanto, colônias. Então, conclusivamente, dizemos que uns afiançam que essas emprêsas coloniais surgiram como prolongamento direto da técnica jurídica das "maonas" genovesas; outros afirmam que elas apareceram pelo casamento do condomínio "Reederei" com a "commenda" evoluída ao estágio da "maona".

Como quer que seja há nesse acontecimento dos aprestos, da armação, da aparelhagem dessas emprêsas coloniais um fenômeno jurídico da mais alta importância e que se liga fundamentalmente, não só aos primórdios do nosso tema, como também de um modo geral se vincula ao assunto central em torno do qual giram tôdas as demais conferência do curso promovido pela Comissão de Direito Comercial do Instituto dos Advogados de São Paulo. É o que vamos ver logo em seguida, dando a nossa opinião crítica sôbre essas duas correntes a que nos referimos.

A primeira dessas emprêsas coloniais a se constituir foi a que resultou da fusão de oito sociedades de navegação na Holanda, em 1602;⁵ passou a se chamar "companhia".^{5-A} Nela os sócios das primitivas oito sociedades de navegação passaram a se chamar acionistas e os gerentes das mesmas passaram a se chamar diretores. "Compagnien", em holandês, no plural, eram as emprêsas de navegação existentes; a super-emprêsa de 1602 (como as demais que

5. É curioso repetir nesta altura o que anota ligeiramente um dos mais recentes autores ingleses sôbre o comércio transmarítimo da época em seu país. Diz Gower, em "The Principles of Modern Company Law", (pág. 23), que os mercadores eram chamados de aventureiros ("Adventurers") e que adotaram para as suas respectivas organizações o nome de "Company", ou seja, literariamente, companhia.

5-A Fischer, Ob. cit., pág. 24.

na Holanda se seguirem), para se distinguir das demais, pequenas, também passou a ser chamada de grande companhia.⁶

Na época, tôdas as novas terras se chamavam de Índias como reflexo da primitiva suposição de que a descoberta de Vasco da Gama tivesse sido de territórios que se alargassem também para a esquerda da Europa. Como o navegante português tivesse revelado o caminho para as Índias, as terras no mapa-mundo à direita, isto é, do oriente, recebiam a denominação genérica de Índias Orientais. Como o empreendimento holandês de 1602 objetivasse a exploração das terras do respectivo soberano do lado do oriente, a empresa recebeu o nome de "Companhia das Índias Orientais".

Essa empresa pioneira passou a ter outras seguidoras notadamente nas três grandes potências navais do tempo: Holanda, França e Inglaterra, veiculando a furiosa luta econômica travada em torno das colônias e do comércio mundial. Não podemos omitir a Companhia das Índias Ocidentais, fundada igualmente na Holanda em 1621 e que a ferro e fogo garantiu durante quasi trinta anos o domínio holandês no nordeste do Brasil, deixando rastros pela sabedoria reconhecida de *Mauricio de Nassau*.⁷

Amiudaram-se as companhias. Coloniais a princípio, passaram outras a explorar gêneros especiais de comércio, a explorar seguros, a explorar bancos. Recebiam privilégios do rei, e só se constituíam com autorização especial do soberano, por meio de uma carta real ou com um édito. Generalizaram-se cada vez mais e evoluíram para a dispensa governamental como regra geral.

5 — Ora, foram essas companhias que constituíram historicamente as primitivas sociedades anônimas⁸ das muitas, das muitíssimas

6. *Fischer*, *idem*, pág. 23, nota 4.

7. Disse *Joannes de Laet*, na dedicatória da sua "História ou Anais dos Feitos da Companhia Privilegiada das Índias Ocidentais" (Trad. José Hygino e Pedro Souto Maior): "Desde que foi fundada e começou a funcionar a Companhia Privilegiada das Índias Ocidentais, começou-se a notar quanto tem diminuído os cabedais e as vendas daquele rei (o de Espanha considerando-se que, inicialmente, Portugal, desde 1580, estava sob a coroa dos Felipes e a restauração só ocorreu em 1640) e quanto tem decrescido o seu antigo poder" (*in* "Anais da Biblioteca Nacional", vol. XXX (1908) pág. 3).

8. "Da conjunção destes fatores surgem a necessidade e a idéia da sociedade anônima para a exploração do comércio colonial. Só ela permite ajuntar os capitais em excesso dos particulares, suprir a carência de poder monetário do estado, realizar o negócio, obter os grandes lucros. Os governos apoiam a nova forma de sociedade, que permite praticar, em relação a outros países, atos de rapina, inimizade e conquista, engeitando responsabilidades. Acrescenta-se que há na Europa todo um clima de curiosidade, espanto, novidade, cobiça e ilusão acerca das terras longínquas descobertas: lendas do bom selva-

que hoje em dia existem por toda a parte e que representam um dos mais importantes institutos jurídicos da atualidade, no qual não se sabe o que mais admirar, se a sua crescente complexidade ou se a sua maleabilidade cada vez maior. Antigamente se reservava o emprego da expressão — sociedade anônima — para as sociedades que correspondem às atuais sociedades em conta de participação⁹; eram anônimas porque eram escondidas.

Temos ainda na nossa legislação o texto do art. 325 do velho Código do Comércio, onde se declara que, “quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem, sem firma social, etc., trabalhando um, alguns ou todos em seu nome individual para o fim social, a associação toma o nome de sociedade em conta de participação, acidental, momentânea ou anônima, etc”.

Como um dos característicos das companhias era a proibição de firma ou razão social, isto equivalia também a se afirmar que elas não tinham nome... comercial tal como isto se compreendia na época. Quem dizia que uma sociedade não podia ter firma ou razão, dizia igualmente que não tinha nome e que, portanto, era anônima

Daí a compreensão da sinonímia que há entre companhia e sociedade anônima ou, vendo-se o mesmo fenômeno por um prisma diferente, daí as antigas companhias serem atualmente conhecidas em direito como sociedades anônimas.

É então agora, depois das explicações introdutivas que acabamos de dar, que podemos compreender as seguintes expressões usadas por *Tulio Ascarelli*¹⁰ ao cuidar da “Natura e Posizione del Diritto Commerciale”: “Os precedentes do condomínio naval do tipo germânico e das associações dos portadores de obrigações das cidades italianas do renascimento, foram utilizados para a disciplina das companhias coloniais e depois das sociedades anônimas”. E o êxito delas repousa na sua técnica acentuada de recolher os investimentos pequenos combinado com a faculdade da respectiva transferência imediata. O segredo do êxito das anônimas concentra-se em que constituem o melhor vínculo para a realização dos grandes empreendimentos, cuja existência supera a da vida humana; o seu

gem, dos paraísos terrenos, das riquezas fabulosas, dos vales de ouro ou de pedras preciosas... Assim nascem as companhias coloniais”. (*Gustavo de Freitas* “A Companhia Geral do Comércio do Brasil”, (1649-1720), São Paulo, 1951, pág. 23).

9. A título de exemplo, consultem-se *Lyon Caen* e *Renault*, “Traité de Droit Commercial”, tomo segundo, 5.^a edição, primeira parte, n.º 666 pág. 795 ou *Henri Lévy-Bruhl* “Hist. Juridique des Sociétés de Commerce en France aux XVII et XVIII siècles”, 1938, págs. 40-2.

10. “Saggi Giuridici”, págs. 133-4.

êxito se baseia em poupar o patrimônio particular de cada um dos participantes, limitando-lhes a responsabilidade ao total apenas dos respectivos investimentos; o seu êxito repousa na quasi instantânea transferência que se queira fazer a outrem das participações, ou ações, que se tenham nessas sociedades.¹¹

6 — O mundo econômico desenvolveu-se extraordinariamente com a industrialização dos grandes inventos a partir da segunda metade do século passado; acumulam-se grandes riquezas que voltam à circulação em novos empreendimentos; a ambição pioneira do homem-de-empresa não tem limites felizmente; ambiciona o ganho e, paralelamente poder financeiro, pelo menos; as empresas crescem vertical e horizontalmente; cada um estima ganhar o mais que puder e perder só aquilo que não puder evitar. O mecanismo jurídico que alimenta êsses empuxões e êsses empurrões econômicos é a sociedade anônima.

Compreendemos então e singelamente como êste instituto tenha e tem uma importância excepcional. É alavanca das grandes ambições. É guarida das enormes, médias, pequenas e até mesmo pequeninas responsabilidades. Cada grupo de interesses pretende respectivamente vislumbrar, enxergar, exercer um paliativo, um amparo ou um aríete com a anônima.

É esta um transatlântico jurídico em que se esbate tãda a sorte de ondas e vagalhões. Diríamos figuradamente que nas anônimas a ciência da construção naval dêsse imaginado transatlântico se mantém atenciosamente em dia; não se cuida apenas do azeitamento das grandes peças das máquinas e sim necessariamente também se vigia o comportamento até dos pequenos arrebites. Isto é literatura de pouca valia mas é outrossim um espelho da realidade jurídica. Daí ter dito o mesmo mestre *Tulio Ascarelli* há mais de dezessete anos em conferência sob o título "Usos e Abusos das Sociedades Anônimas",¹² precisamente nesta mesma Federação das Indústrias do Estado de São Paulo que, "se há instituição jurídica, na qual a praxe contratual e da jurisprudência revela a sua importância, é sem dúvida a sociedade anônima".

11. Ainda há pouco o prof. *Gottfried Weiss* lembrou isto em início de artigo publicado sob o título "Significato Economico Della Società per Azione", no volume com que encerrou o ciclo brilhante, embora breve, da "Nuova Rivista di Diritto Commerciale", já que desaparecera o seu animador, o infatigável *Lorenzo Mossa*; êsse trabalho do prof. *Weiss* está no volume correspondente a 1957, págs. 78 e segs.

12. "Revista Forense", vol. 88, pág. 23.

Isto quer significar que todo o dia, a tôda a hora, na elaboração ou modificação das anônimas se estão tentando pelo menos criar novas regras a ampararem situações novas; isto quer dizer que os pronunciamentos dos tribunais estão sempre filtrando os preceitos antigos e colaborando na estratificação de novos princípios.

Tratando-se de um instituto jurídico de importante e intensíssima utilização, tem necessariamente que estar sendo trabalhado pelos interêsses em entrechoque. Imaginando-nos no campo da sociologia jurídica, seríamos tentados a considerar que a ação constante de alisamento e de fricção dos interêsses em torno do instituto da sociedade anônima ou por ações se processa pela exigência de conciliar o contraste entre a necessidade de liberdade de movimentos dos diretores e a tutela dos acionistas. Expliquemo-nos.

Há interêsses em tôrno do instituto das sociedades anônimas que se manifestam pelo apôio do mesmo; denominamos isto de ação de alisamento.

Um diretor-presidente tem, por exemplo, a tendência para menosprezar minoria; não quer novidades insurreccionais ao seu mando. Há interêsses em tôrno do instituto das sociedades anônimas que se manifestam pelo combate ao mesmo; denominamos isto de ação de fricção. Um membro do conselho fiscal, representante da minoria, procura indicar sózinho um contabilista com quem comprove irregularidades administrativas; se o tribunal lhe nega tal faculdade por uma interpretação ascética do texto legal, nada feito, mas se entende contrariamente, temos um passo avante no instituto. São os múltiplos casos em tôrno de um instituto jurídico que provoca o seu polimento e a sua atualização.

Nas anônimas de caráter tradicional o divisor comum vem a ser a necessidade de liberdade de movimentos da direção, contrastando pela necessidade de proteção os acionistas. A direção dos negócios têm natureza pouco sentimental; é objetiva, como eufemicamente se costuma enunciar. Se todos os sócios, se todos os acionistas opinassem, nada se faria em verdade. O descontentamento seria imanente.

Por outro lado não se deve perder de vista que as sociedades anônimas não são compostas só dos seus diretores; são compostas dos investidores de capitais com a ambição, ou melhor, o direito aos lucros. De um lado existe a necessidade de liberdade de movimento da direção.

De outro lado existe a necessidade de proteção dos acionistas. Ambas as necessidades juntas geram contrastes. São as anônimas uma arena em potencial, onde se procura resolver tudo do melhor modo quanto possível. É nesse trabalho, em que os interêsses

favoráveis de uns e os interesses contrários de outros apuram ou inovam o instituto, que reside a sua constante atualização.

Vimos usando uma linguagem mais ou menos figurativa que não estaria ao primeiro alcance da compreensão de todos. Dizemos, então, sinteticamente, que, sendo o emprêgo das sociedades por ações muitíssimo vulgar, as constantes novas formas de interesses novos geram novos problemas e novas soluções. O direito é obrigado a informar, é obrigado a trabalhar essas soluções novas.

7 — Ora, quando dizemos que surgem sempre novos problemas com o instituto das sociedades por ações, queremos justificar que existem a tôda a hora novidades jurídicas nas anônimas. A palavra — novidade — tem porém um sentido técnico, algo diverso do profano ou vulgar.

Constituem novidades jurídicas aquelas que possam representar situações antigas em outros países e não adotadas aqui. Representam novidades jurídicas preceitos de lei pátria que têm permanecido sem uma maior aplicação prática.

Até mesmo em situações velhas podem aparecer variantes novas. Damos alguns exemplos do que poderíamos denominar de novidades jurídicas sobre as anônimas.

Há o completo descrédito do sistema de fiscalização dessas sociedades; no Brasil os conselheiros fiscais são decididamente “fósforos” ou “figuras de palha”; o instituto da fiscalização deve ser refeito em moldes eficientes. Existe o abuso do emprêgo das sociedades anônimas o que delinea um movimento contrário na jurisprudência e na doutrina de alguns países como a França e a Itália.¹³

As assembléias gerais devem continuar com o poder soberano de demitir diretor social indiscriminadamente? Qual a posição dos diretores técnicos perante êsse poder assembleário incontestável? São lícitos os chamados sindicatos de acionistas, ou sejam agrupamentos dêles para combinarem, atitudes nas assembléias sociais? Podem duas ou mais sociedades anônimas subscreverem entre si os respectivos capitais?

13. Disse *Ascarelli*: “A tendência a superar o anteparo da personalidade jurídica é assás viva na jurisprudência (“Personalità Giuridica e Problemi delle Società”, na “Revista delle Società”, ano 1957, pág. 998 n.º 5). Este problema, diz o mestre logo em seguida, é considerado em cinco circunstâncias, nas quais a personalidade jurídica se enfraquece ou se anula: 1) — Nos casos de legislação de guerra e, em geral, nos de proibições impostas aos estrangeiros ou a certos dêles de exercitarem determinadas atividades ou submissão do exercício delas a medidas especiais; 2) — Nos casos de legislação tributária; 3) — Nos casos de preceituações antimonopolistas; 4) — Nos casos de agrupamento de sociedades; e 5) — Nos casos de sociedades com um único sócio.

O número de questões é praticamente infinito. Resolvemos abordar nesta palestra duas delas. Uma é teórica, isto é, objetiva prever uma situação que ainda não se concretizou no Brasil e diz mais respeito com a intervenção do Estado em certas atividades econômicas. A outra questão é prática, existe na nossa legislação e não a temos visto adotada entre nós. A primeira questão é a dissociação impositiva do direito de voto das ações. A segunda é a da limitação da circulação imposta pelos estatutos às ações nominativas.

8 — E, passando, então, a analisar a primeira proposição, fazemos a seguinte indagação: o que vem a ser a dissociação impositiva do direito de voto das ações?

É, na sua singeleza, a emissão de ações nas sociedades anônimas em que esse direito de voto é fixado num papel distinto do outro papel representativo da ação, descarnada esta do voto. Podemos invocar um exemplo, algo imperfeito, que faça compreender melhor esta novidade jurídica no campo das anônimas. É o jôgo dos títulos de crédito emitidos pelas empresas de armazens gerais.

Sabemos que quem nêles deposita mercadorias, pode negociar com estas immobilizadas no depósito. Sabemos que o depositante de mercadorias em armazens gerais pode aliená-las por meio da transferência ou com o endosso dos respectivos documentos a quem as recebe. As mercadorias continuam imóveis e cambiam, no entanto, de dono. Este pode, em lugar de aliená-las, dá-las em penhor. Continua proprietário, mas se cria um direito real de garantia sobre as mercadorias.

Quando o dono resolve dá-las em penhor, sabemos, que êle só endossa um dos dois papéis que a empresa de armazens gerais lhe dá no ato do depósito. O proprietário continua de posse de um dos papéis, que é o conhecimento de depósito, e o credor pignoratício passa a ficar com o outro, que é o warrant. Nenhum dêles consegue retirar as mercadorias dos armazens. É indispensável a reunião de ambos para que a propriedade plena se configure.

Quem detem legitimamente o conhecimento de depósito é considerado em princípio o proprietário. Quem detem legitimamente o warrant é considerado o credor com direito real de penhor sobre as mercadorias. Fraciona-se enfim a integridade de um direito em mais de um papel.

Os atributos plenos do domínio só se configuram pela reunião dos diferentes papéis que o representam. É o que ocorre com esta nova forma de ações nas sociedades anônimas. O que se passa é em linhas gerais o seguinte: faculta-se às sociedades por ações a emissão das mesmas, idênticas em tudo a quaisquer outras normais;

apenas estas ações, ou melhor, os papéis que as representam, ou os registos de acionistas que qualificam os seus titulares, estão organicamente privados do exercício do voto.

São emitidas ações, pela forma que se deseje combinar, em que elas nascem, vivem e se extinguem sem terem o direito de voto. Este — o voto — está encarnado, está consubstanciado num outro papel.

Não temos, sabidamente, no Brasil ações de tal natureza. Ela é uma novidade jurídica. É, todavia, uma novidade jurídica em termos. Depende da posição em que nos coloquemos. No Brasil não existe. Surgiu ultimamente na França por força de uma sua lei de 26 de junho de 1957, publicada somente a 10 de setembro seguinte.

No entanto isto que chamaríamos de novidade absoluta entre nós e que denominaríamos de novidade recente na França, é matéria bem velha no direito anglo-americano .

Na Inglaterra se podem emitir ações sem direito de voto (“no voting shares”) e se podem emitir títulos em favor de terceiros que não tenham a qualidade de acionistas e fiquem armados do direito de voto nas assembléias gerais; êsses títulos são os “voting certificates”.

É de fácil intuição que essa sistemática de dissociação do voto da ação é uma forma especial de separação entre a direção dos negócios e a proteção do acionista.

Dissemos, e agora repetimos, que o instituto das sociedades anônimas é uma forma inteligente de se congregar capitais sob uma unidade diretiva: as sociedades por ações enfeixam de um lado a liberdade necessária, em princípio, de movimento da direção das atividades sociais com a necessidade de proteção os investidores de capitais, ou sejam os acionistas de outro lado.

As anônimas tradicionais, estamos encarando êsse tipo de sociedade que realmente apelam para a contribuição do público; não ignoramos que entre nós prevalecem ainda as chamadas anônimas “fechadas” ou também apelidadas de “familiares”.

Um dos objetivos remotos desta nossa despretençiosa palestra é o de agitar os meios interessados para o conhecimento de certos assuntos jurídicos a propósito dêste tipo de sociedade; com o conhecimento que os nossos homens-de-empresa possam ter dêstes assuntos agitados, talvez êles se capacitem de que há meios jurídicos com os quais consigam manter-se na direção dos negócios; com isto êles se mostrarão mais animados a provocarem a contribuição dos pequenos investidores em grandes empresas em que todos tenham possibilidade de ganhar satisfatoriamente; com isto evoluiríamos para um estágio superior da nossa economia com incomensuráveis

vantagens para a coletividade) as anônimas puras enfim, como dizíamos, ou sejam aquelas em que realmente há um número grande de participantes, essas sociedades por ações constituem a técnica jurídica com que se obtém a consagração de muitos-poucos numa unidade diretiva.

O problema principal da sociedade constitui em manter a amálgama de todos os detentores de parcelas do capital com a liberdade de direção dos negócios, garantindo-se simultaneamente, os direitos desses participantes sociais ou sejam os acionistas.

A filosofia do legislador centraliza-se, conseqüentemente, em ter sempre presente ao seu espírito que, ao par da liberdade de movimento da direção social, êle deve considerar que existe igualmente a necessidade de proteger os subscritores de capital, isto é, os acionistas.

É muito bonito a gente enunciar princípios. Mas é muito mais sábio reconhecer que os princípios atuam em função do comportamento dos interessados. O academicismo a que se entregasse o legislador por amor entranhado a sistemáticas de louvável valor moral, ficaria vazio se a realidade da vida atuante se encaminhar em outras direções.

Ora, sempre se entendeu no direito continental europeu que o voto seria um dos direitos de que o acionista deveria estar armado. Seria uma forma de se prestigiar a proteção dos detentores de capital como um contrapêso à indispensabilidade de liberdade dos passos da direção social. Vendo-se este assunto à luz de uma sistemática, encontraríamos a tendência legislativa para só admitir a retirada do direito de voto das ações quando estas se classifiquem como privilegiadas. Admitia-se a supressão de tal direito de voto como uma espécie de compensação pelos privilégios atribuídos à ação.¹⁴

9 — Então, se, como dissemos não faz muito, essa subtração do direito de voto das ações é um modo de se afastar a direção dos negócios sociais da obrigação de proteção dos acionistas, como podemos conciliar o princípio da necessidade de tal proteção com o seu próprio rompimento?

Insistamos no assunto com o emprêgo de outras palavras: as anônimas que são realmente anônimas, isto é, que têm um grande número de participantes, constituem o instrumento da técnica jurídica que consegue juntar muitos interessados sob uma direção negocial comum; as anônimas acolhem duas tendências opostas: uma é a da ci-

14. Poderíamos mencionar, como um exemplo os §§ 12 e 114 da "Aktien-gesetz" de 1957, explicada pelos Drs. *Roger Duroudier* e *Robert Kühlewein* na sua "La Loi Allemande sur les Sociétés par Actions", págs. 16 e 124.

tada necessidade de liberdade de movimentos da diretoria; outra é a da necessidade de se manter a proteção de todos os interessados, dos acionistas enfim. Um dos modos, que se têm entendido, que consagra esta proteção dos acionistas, é dar voto às ações.

Logo se se passa a admitir ação orgânicamente sem voto, elimina-se uma proteção ao acionista.

Poderíamos concluir daí, à primeira vista, que o maravilhoso instrumento de reunião de capitais para as grandes empresas, seríamos tentados a dizer que o instituto das sociedades por ações penderia para um desequilíbrio: por amor a uma liberdade maior de movimentos da direção dos negócios, estar-se-iam desamparando os interesses dos acionistas.

Trata-se de uma verdade apenas aparente.

O direito de voto, como uma das faculdades impostergáveis do acionista, começa a ter cunho mitológico; é coisa mais ou menos antiquada.¹⁵

Hoje em dia, dizemos nós, tornar-se alguém acionista é mais fazer uma inversão de capital do que pensar em ser sócio de algum grande negócio. Ninguém, normalmente, se interessa em tomar parte nas respectivas assembleias gerais.

O absentismo, é o fenômeno normal, comum ou geral no seio de tais sociedades.

É natural, depois disto, que compreendamos que a realidade econômica acabe por se assenhorear da realidade jurídica. E, por mais curioso que pareça à primeira vista, é exatamente esse absentismo ordinário da maioria dos acionistas que determina na Inglaterra o descaso pelo uso das ações ao portador.

Lá existe o hábito dos pequenos investidores entregarem as suas ações a organismos especializados que, forçando a tradução, diríamos que são as nossas incipientes sociedades de investimentos, isto é, são os "investment trusts"; então os titulares das ações as mantêm sob nome fiduciário da empresa especializada na administração das suas ações.¹⁶

15. Disse, numa síntese digna de reprodução, *Jean du Garreau de la Mèchénie* na sua monografia sobre "Les Droits Propres de L'Actionnaire", (1937, n.º 273, pág. 261): "Nós não podemos crer outrossim que o direito de voto possa ser apresentado como um dos direitos próprios essenciais do acionista. Este direito é uma sobrevivência do tempo em que o acionista se interessava realmente pela direção da empresa, em que ele tinha seus interesses, permitindo-lhe fazer sentir de um modo efetivo a sua influência pessoal".

16. *Fausto Artigó* "La Società per Azioni nel Diritto Inglese", 1939, n.º 34, nota 7, págs. 144-5.

Voltando ao fio da nossa narrativa, relembramos então que a retirada orgânica e fundamental do direito de voto das ações, indevidamente da peculiaridade delas serem privilegiadas, não quer mais dizer que o legislador tenha acabado por adotar um desequilíbrio no seio da sistemática de contrapesos e balanços da sociedade anônima. Se há o descaso do pequeno acionista pela direção da empresa, a supressão do voto consagraria afinal de direito uma realidade de fato.

10 – Cabe então uma outra indagação nesta altura: admitiu-se na França que seja possível a supressão pura e simples do direito de voto das ações pelo fato do absenteísmo acionário generalizado? Lá isto se admite porque se desejou reconhecer expressamente que o direito de voto não é mais um daqueles direitos substanciais ou fundamentais do acionista?

A resposta é negativa.

O fenômeno que quebrou o tabu da intocabilidade no direito de voto nas ações, segundo a sistemática do direito continental europeu, foi o da intervenção do Estado no domínio econômico.

A política francesa de extração e distribuição de petróleo procura manter a direção nacionalista, casada ou geminada com a contribuição do capital particular.

A engenhosa solução consistiu nessa citada lei de 26 de junho de 1957 (art. 1.º § 3.º); ela outorgou ao governo o poder de fixar por decreto, tomado pelos ministros em conselho, após o parecer do Conselho do Estado, as condições, isto é de fixar nas condições nas quais o Estado, bem como as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, especialmente autorizadas por decreto, ficarão habilitadas a emitir ou a fazer emitir certificados negociáveis representativos dos direitos ligados à ações das sociedades de pesquisas, de exploração e de transformação de hidro carburantes que lhe pertençam, “com exceção do direito de voto nas assembleias gerais”.

Isto quer dizer que, no campo petrolífero, se passou a admitir na França um primeiro certificado que conferirá ao legítimo titular o poder de exercer as prerrogativas pecuniárias das ações, tais como o recebimento de dividendos, o reembolso de capital nas hipóteses normais de direito etc.; haverá um segundo certificado que conferirá ao legítimo portador as prerrogativas da direção da empresa, ou, mais especificamente, o direito de voto nas assembleias gerais.

O Dr. *Jean Rault* dedicou um substancioso artigo ao assunto¹⁷ sob o nome de “Les Certificats Pétroliers”. Inspirâmo-nos nesse tra-

17. Na “Revue Trimestrielle de Droit Commercial”, (1957-843 e segs.).

balho para ventilar a primeira das duas novidades jurídicas no campo das sociedades anônimas.

Como funciona o mecanismo idealizado na França?

O seu governo incentiva a independência econômica da nação no terreno importantíssimo do petróleo. Entre os extremos de uma política liberal, entregue à iniciativa particular, e o de uma política estatal exclusivista, ficou num curioso meio-térmo.

A direção das empresas é substancialmente do Estado. A vida econômica das mesmas pode ser partilhada pelos particulares. Para tanto, os títulos representativos do direito de voto ficam sempre nas mãos governamentais.

As ações, esvaziadas do direito de direção, privadas do direito de voto, podem ser vendidas aos particulares, conseguindo-se destarte a colaboração do capital privado, caloboração esta provocada pela adoção de outras medidas de favor, tais como isenção tributárias e perspectivas de polpudos rendimentos, além das fortes contribuições orçamentárias do erário público.

Em resumo prevê-se que as empresas ligadas ao petróleo se constituam sob a forma de sociedades anônimas; a intervenção governamental far-se-á pela retenção pelo estado dos certificados de direito de voto. As ações serão oferecidas ao público em geral como simples veículos para investimentos tentadores de capitais, mais nada.¹⁸

No campo da técnica jurídica podemos encarar desde agora um meio de conúbio entre a direção governamental e o investimento de capitais particulares em determinados setores que se venham a entender de relevante importância para a nação. É a repetição curiosa do fenômeno histórico que gerou as companhias coloniais, transformadas com os tempos em sociedades anônimas.

Agora só as sociedades de economia mista terão a faculdade de dissociar das ações o seu direito de voto e assim mesmo algumas delas. Amanhã tais sociedades que sofrem a intervenção governamental, generalizar-se-ão.

E não necessitamos de ser cassandra para vaticinarmos que depois-de-amanhã "também" as anônimas inteiramente particulares poderão retirar das ações, em documento separado e independente, o direito de voto, admitindo-se nos países de tradição jurídica romana os referidos "voting certificates".

No século XVII só as companhias coloniais podiam estabelecer-se com autorização "ad hoc" ou especial do rei, depois surgiram

18. Tais ações foram batizadas com o nome de "certificats negociables", como se pode ver no artigo de *André Toulemon* sobre "L'Avenir des Sociétés Anonymes", na mesma "Revue Trim. de Droit Comín.", 1957-918.

outras companhias e finalmente generalizaram-se com a dispensa da prévia licença governamental. O fenômeno dos denominados certificados petrolíferos, adotados sob estreita medida na França, acabará por tornar a repetir a evolução das primitivas companhias coloniais¹⁹

Cabe uma indagação conclusiva: por que nós ventilamos essa novidade jurídica sobre as anônimas ?

Ventilamo-la com o ambicioso propósito de que alguém que nos ouve, ou que de futuro nos venha a ler, medite sobre essa denominada novidade e procure pô-la em prática, consagrando essa forma engenhosa de dissociação da direção social dos interesses dos acionistas.

Embora a razão da sua consagração tenha sido a descoberta de um modo curioso de intervenção governamental em certas anônimas, esse modo curioso logo se generalizará. Ousamos concretizar desde já uma proposta: formemos sociedades por ações entre nós em que estas estejam representadas por dois documentos simultâneos na hora da emissão; quando se tratar de ações que não têm direito de voto por serem preferenciais, nada há que, em princípio, se regular.

Quando, porém, se cuidar de ações às quais não se deseje, num primeiro momento, retirar o direito de voto, criemos a sua emissão por meio de dois títulos serrilhados entre si; um deles atribui tôdas as vantagens econômicas das frações alíquotas do capital social; o outro atribui apenas os poderes de direção na sociedade; a lei da oferta e da procura em cada caso saberá dividir os valores de cada um dos dois títulos alienados separadamente.

A sugestão é menos atrevida do que parece à primeira vista. Mantêmo-la com a desmesurada ambição de pelo menos vê-la combatida, se não tiver seguidores.

II — Dissemos que nesta nossa magra tertúlia vamos cuidar tão somente de duas denominadas novidades jurídicas e as enunciamos desde logo. Já vimos a questão da criação independente do direito de voto nas ações. Vejamos, agora, a limitação da circulabilidade das

19. Pelo que escrevemos, verifica-se logo que achamos que os "Certificats Negotiables", são precursores da futura consagração nos países de legislação denominada de continental ou base romana, das ações comuns sem direito de voto. O Dr. *Berardino Libonati* ("Certificati Petroliferi na Banca e Tit. di Credito", 1958, I, 259) preferiu entender que se está dando vida a institutos novos (pág. 262), concluindo por não se saber quais as consequências desse novo. *Sileno Fabri*, por seu turno, achou ("I Certificati Petrolieri, na Riv. Soc.", 1958-624) que esses novos papéis são verdadeiros títulos de crédito, contrariando — e a nosso ver com razão — as conclusões opostas de *Rault* no seu citado trabalho. Já se vê pelos comentários havidos que a novidade jurídica está destinada a ter repercussão intensa na doutrina.

ações nominativas. Está expressamente prevista no nosso Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940.

Dispõe, com efeito, o § 2.º do art. 27 dessa lei reguladora das sociedades por ações — “Os estatutos podem impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regulem minuciosamente tais limitações e não impeçam a sua negociabilidade, nem sujeitem o acionista ao arbítrio da administração da sociedade ou da maioria dos acionistas”.

Como se deve entender esta matéria?

Uma das peculiaridades históricas da “Reederei” dos armadores holandeses ou da “maona” dos genoveses em particular ou da “mons” dos mutuantes particulares aos governos das cidades ou comunas em geral do norte italiano, uma das suas características consistia exatamente na faculdade de transferência pronta das participações sociais; êste princípio gerou o direito de alienação das ações nas primeiras companhias e nas sociedades anônimas em geral, posteriormente. Ele teve a sua mais intensa consagração no momento em que as ações passaram a ser ao portador.

Costuma-se dizer, entre outras coisas, que nas sociedades anônimas se têm somente em conta o seu capital; tanto faria que o dinheiro provenha de *Caio* como de *Ticio* ou de *Semprônio*. Resume-se a filosofia de semelhante pensamento dizendo-se que aquilo que importa nas anônimas é a quantidade de capital.

Este é que responde pelas obrigações sociais. Não são os bens dos acionistas que se devem considerar, contrariamente ao que ocorre com as sociedades em nome coletivo, em que tomam em apreço as virtudes dos seus sócios ilimitadamente responsáveis pelos encargos sociais. Desta ordem de considerações nasce uma das várias divisões em que se podem alinhar as sociedades.

Aquelas, em que se considera a idoneidade econômica dos sócios — o protótipo é sabidamente em nome coletivo — e são classificadas como sociedades pessoais ou “*intuitus personae*”.²⁰

20. O “*intuitus personae*”, visto abstratamente, quer dizer a consideração que se teve em conta para contratar com uma pessoa; é a causa que, em relação à mesma, determinou o consenso da vontade; “geralmente, pois, haverá laço a pessoa” (*Francis Vallour*, “*L’Intuitus Personae dans les Contrats*”, 1938, n.º 2, pág. 13). O “*intuitus personae*”, visto já no campo restrito das sociedades, “é a consideração pela pessoa do co-contratante, de sua identidade, de suas qualidades de modo muito geral, quando se associa para formar uma sociedade. É, pois, um fator de ordem psicológica, um elemento intencional capital, que determina o indivíduo a contratar” (*Guillaume Camerlynck* “*Del’Intuitus Personae dans la Société Anonyme*”, (tese de doutorado), 1929, págs. 7-8).

Resultaria, então, que nós estaríamos encarando mal a explicação dos que sejam, na verdade, o “*intuitus personae*” e o “*intuitus pecuniae*” nas sociedades;

Aquelas, em que se considera tão somente o vulto dos bens vinculados ao empreendimento — e o protótipo é sabidamente a anônima — são classificadas como sociedades de capitais ou “intuitus pecuniae”.

12 — Mas, essa afirmativa de que as sociedades de interesses só valem pelo vulto dos respectivos capitais é procedente em parte, ou melhor, o princípio prevalece no campo restrito das responsabilidades sociais.

No terreno dos negócios, na superfície do fator importantíssimo da honestidade, é bem de vermos que o fator-homem, o elemento direção humana têm uma grande valia. Normalmente se prefere transacionar com uma anônima, que não tenha um capital muito elevado, dirigida por empresário capaz e probo, do que se prefere negociar com outra de um capital enorme, dirigida por empresário incapaz e inidêneo.

Podemos, destarte, repetir que nas sociedades “intuitus pecuniae” há fator “intuitus personae”²¹

As sociedades comerciais são criações elaboradas pela técnica jurídica a fim de que os homens explorem melhor as riquezas; essa técnica a faz capaz de direitos e obrigações, o que quer dizer, juridicamente, que elas são sujeitos de direito; são, enfim, pessoas que, para se distinguirem dos entes humanos, se classificam, sabidamente, como pessoas jurídicas.

Nelas existe um propósito econômico. São de várias espécies. Estas podem agrupar-se em dois tipos. Num dêles as pessoas que compõem a sociedade se vinculam à mesma totalmente, isto é, são solidariamente responsáveis com os seus próprios patrimônios pela

este nosso erro constituiria em colocar a questão em termos algo diverso dos reais. Se o “intuitus personae” é a consideração pessoal recíproca entre os interessados na hora de constituírem uma sociedade, isto é coisa um pouco diferente do grau de responsabilidade que eles tenham pelas obrigações sociais.

Na verdade, o que, porém, interessa aos terceiros em perspectiva de vinculações com as sociedades consiste no conhecimento dessa posição dos seus sócios. Daí o “intuitus personae” importar, sobretudo, na existência de responsabilidade ilimitada de sócio. Disse com propriedade o mesmo *Camerlynck*: “A verdadeira “summa divisio” das sociedades não é baseada na intenção das partes de se unirem ou não em consideração da pessoa por liames mais ou menos estreitos, noção fugaz e que comporta variações ao infinito; ela repousa no fato que os sócios oferecem aos terceiros como garantia, sua responsabilidade pessoal ou um simples capital social; em outros termos, que a ficção da personalidade jurídica mascara completamente ou não a pessoa dos sócios” (“Trab. Cit.”, pág. 76).

21. Conf. *Waldemar Ferreira* “Tratado de Sociedades Mercantis”, 1958, pág. 1.134, vol. IV, n.º 73).

solução das obrigações sociais; entende-se que pertencem também a êsse grupo de sociedades aquelas em que não todos, em que apenas poucos ou mesmo só um dos sócios seja ilimitadamente responsável. São as sociedades de pessoas, como se afirma em doutrina.

Há o outro tipo de sociedades.²² As pessoas que as compõem não se vinculam às mesmas totalmente, isto é, não são solidariamente responsáveis com os seus próprios patrimônios pela solução das obrigações sociais; respondem apenas pelas respectivas participações no capital social. São as sociedades de capitais.

Em consequência dessa graduação no teor da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade — peculiaridade esta que nasceu da existência precisamente de grandes cometimentos, pois que ninguém se abalançaria normalmente a levá-las a cabo sozinho — surgiram os referidos dois tipos extremos denominados de sociedades de pessoas e de sociedades de capitais.

É destas últimas que queremos falar, já que significa falarmos em continuação, das sociedades anônimas. No entanto, quando dizemos que estas são concentrações “apenas” de capitais, não podemos ignorar que são igualmente criações de objetivo econômico, feitas pelo homem e que só marcham segundo os impulsos que alguns dos seus respectivos componentes, os diretores, lhes dão. Queremos nos referir ao fator pessoal mesmo no seio das que se convencionam chamar de sociedades de capitais.

Já dissemos que isto é o fator “intuitus personae” nas sociedades “intuitus pecuniae”.

13 — Êste fator costuma ser referido como representativo dessa circunstância da limitação ou não da responsabilidade dos sócios. Mas, pode ser encarado como representativo da vontade dêstes últimos se manterem num grupo mais ou menos “fechado”.

Dizer-se que uma anônima seja uma sociedade de capital ou de interêsse é dizer uma verdade que não implica, necessariamente, no abandono de que os seus componentes aceitem ou recusem a co-

22. Fala-se igualmente num terceiro tipo de grupo de sociedades. Seriam aquelas em que a responsabilidade dos sócios pela solução das obrigações sociais não é ilimitada, mas também não é limitada ao montante das contribuições para o capital comum por cada um dos sócios. São as sociedades por cotas de responsabilidade limitada em que, como se sabe, pelo que dispõe o art. 2.º do Dec. n.º 3.708, de 10 de janeiro de 1919, regulador das mesmas, tal responsabilidade se intermedia numa expressão que é o total do capital social. Enquanto êste não estiver completamente integralizado, qualquer dos sócios, ou todos êles, responsabilizam-se por essa integralização, independentemente da circunstância de já ter satisfeito as cotas que subscreveu.

laboração de outras pessoas, chamadas de estranhos para uma sua compreensão melhor.

Pelos princípios normais que prevalecem nas anônimas, as participações no respectivo capital são alienáveis por natureza; as ações mudam de proprietário pela própria vontade do respectivo dono. Esta circunstância constitui mesmo um elemento que ajuda a integrar a sistemática pela qual, nas anônimas, se considera o seu capital e não as pessoas que o possuem.

Todavia, paralelamente a isto, não podemos ignorar que os “donos da empresa” podem desejar a permanência dessa situação. Embora as ações sejam institucionalmente alienáveis e embora resulte disso que cada um possa passar as suas a estranhos, provocando a mudança dos que possam constituir esses “donos de empresa”, apesar de tudo isto, é compreensível que estes desejem uma situação de direito que os garanta em tal propósito.

Numa coligação de objetivo econômico, como é a anônima, podem muito bem os seus componentes não querer a intromissão de estranhos. Esta peculiaridade não pode ser ignorada. Isto também pode representar uma outra faceta do “*intuitus personae*” em sociedades “*intuitus pecuniae*”.

Quando estes dois traduzem a responsabilidade ilimitada, ou não, dos sócios nas sociedades, eles se alinham num grupo de considerações *externas* que se fazem das diferentes sociedades comerciais. Alinham-se, contrariamente, a considerações *internas* das sociedades quando representam medidas consagradas da imutabilidade quanto possível dos componentes sociais.

Vamos cuidar precisamente de uma das formas do “*intuitus personae*”, internamente, nas sociedades anônimas. É, enfim, a concretização de impecilhos à possibilidade normal de ações irem ter a mãos estranhas ao grupo controlador da empresa.

Poder-se-á objetar que os interessados devem, em circunstâncias semelhantes, não constituir uma anônima e sim, por exemplo, uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada ou uma comandita por ações; de acordo com as respectivas técnicas jurídicas, consegue-se impedir aí que os donos das porções do respectivo capital as alienem a estranhos.

A objeção seria irrelevante. A primeira espécie de sociedade, ainda que possa ser maleável, não integra todos os requisitos dos grandes empreendimentos. A segunda importaria na responsabilidade ilimitada dos sócios gerentes. A realidade das coisas se passa diversamente.

Os incorporadores querem, não raro, atuar através de sociedade por ações. Não lhes interessa formar sociedade por cotas de res-

ponsabilidade limitada; não lhes interessa igualmente uma sociedade em comandita por ações. Procuram, então, formar uma anônima; cuidam nesta de criar impecilhos à livre transmissibilidade das suas ações. Este fenômeno tem-se revelado tantas vezes que o legislador passou igualmente a considerá-lo.

Disse inicialmente *Tulio Ascarelli*, num substancioso comentário a acórdão da Corte de Cassação italiana, na vigência do antigo Código de Comércio do seu país, sob o título "Sui limiti statutari alla circolazione delle azioni e sui diritti individuali degli azionisti": A prática estatutária da Europa continental vai sempre multiplicando, relativamente às ações nominativas, as cláusulas que limitam a circulabilidade das ações.

A sociedade mira com estas cláusulas conservar o próprio cunho original, defendendo-se contra a participação possível de sócios não bem aceitos.²³

É o egoísmo, que não se pode repelir "a priori", que fundamenta a criação de óbices à liberdade institucional de circulação das ações nominativas nas anônimas. Está consagrada generalizadamente nas legislações da maioria dos países;²⁴ no Japão passa-se,

23. Na "Riv. Dir Comm.", 1931, II, pág. 487.

24. Na Alemanha o n.º III do § 61 da sua lei sobre as sociedades por ações de 30 de janeiro de 1937, já citada na nota n.º 14, dispõe: "Os estatutos podem ligar a cessão ao consentimento da sociedade. Salvo disposições contrárias dos estatutos, o consentimento é dado pela diretoria ("Vorstand"). Os estatutos podem, além disso, estipular que o consentimento não pode ser recusado senão por motivos importantes".

Na Espanha o art. 46 da sua lei reguladora das sociedades anônimas, de 17 de julho de 1951, estabelece: "As limitações à livre transmissibilidade da ação só serão válidas em face da sociedade quando estejam expressamente impostas pelos estatutos. Em todo o caso, a transmissão das ações nominativas deverá ser comunicada por escrito à sociedade e anotada por esta no livro correspondente".

Na Itália, a segunda e última alínea do art. 2.355 do seu Código Civil de 1942 declara: "O ato constitutivo pode submeter a condições particulares a alienação das ações nominativas".

No México, o art. 130 da sua lei sobre sociedades de 1934 reza: "No contrato social poderá pactuar-se que as transmissões das ações nominativas só se façam com a autorização do Conselho de Administração. O Conselho poderá negar a autorização designando um comprador das ações ao preço corrente no mercado".

E na Suíça, tendo em vista a redação de 18 de Dezembro de 1936 do seu Código das Obrigações, determinam os arts. 627 n.º VIII; "Não são válidas senão sob a condição de figurar nos estatutos as disposições concernentes: A interdição de transferir as ações nominativas, ou às restrições impostas a essa transferência" e 684, primeira parte: "Salvo disposição contrária dos estatutos, as ações nominativas são transmissíveis".

Na França, não há dispositivo expresso na lei. O prof. *Alfred Jaufret*, comentando naia menos de três acórdãos da Côte de Cassação proferidos no decorrer de 1937, nos dá notícia de que a matéria provocara antes da primeira Guerra Mundial uma jurisprudência muito antiga iniciada em 1882, como se pode ver no *Recueil Sirey* desse ano, I, 327; alude depois a trabalhos doutrinários a respeito e afirma que os três arestos por ele apreciados confirmaram a validade de restrições estatutárias à livre transmissão das ações nominativas ("Rev. Gén. de Dr. Commercial", 1938-536 e segs.).

No ano seguinte o dr. *G. Pacilly* voltou a matéria, na mesma revista (1939-28 e segs.), inspirado pelo terceiro dos pronunciamentos há pouco referidos do mais alto tribunal francês, escrevendo sobre: "Les Clauses de Prémption en Cas de Cession d'Actions Nominatives"; seria difícil extrair um princípio rígido a propósito, mas esse estudo, que nos põe, em detalhes, ao corrente da multiplicidade de soluções possíveis, revela que os tribunais lá, até então, se socorriam bastante do art. 1855 do Código Civil (nulidade de cláusula leonina) para variar os seus pronunciamentos.

Não faz muito, a "Rivista delle Società", já no seu primeiro ano de existência, publicou uma ligeira nota de *Italo Uberti Bona* "Sulla Clausola di Gradimento al Traspasso di Azioni", (1956-362); é uma notícia do "Recueil Dalloz-Sirey" (1955-236) de pronunciamento pela Côte de Apelação de Paris de 24 de novembro de 1954 e que mereceu comentário de *Georges Ripert*; continuou-se admitindo a cláusula restritiva de que cuidamos, desde que não afete direitos que se subentendem impostergáveis da minoria.

Na Inglaterra, podemos dizer que também a lei não é expressa a respeito, entendida a nossa afirmativa em termos. A secção 73 do seu "Companies Act" de 30 de junho de 1948, que não inovou o direito anterior, declarando que as ações são coisas móveis e não imóveis, dispõe que elas "ou outro interesse de qualquer sócio ("member") na companhia serão... transferíveis pelo modo disposto pelos estatutos ("articles of the company")...".

Na Inglaterra, segundo o seu sistema jurídico que é o de não ter nenhum sistema, as coisas se processam por um certo modo, desde que os interessados não resolvam diversamente. *J. Charlesworth* ("Principles of Company Law", 3.º ed. de 1940, pág. 105) e os *Palmer* ("Company Law", posta em dia por *A. F. Topham*, 19.ª ed. de 1949, pág. 108) referem-se a um julgado de 1868 ("Weston Case") por onde se decidiu que, a não ser que os estatutos disponham diferentemente, o acionista tem o direito de transferir as suas ações a quem ele quiser. Esses autores mostram, então, que se admitem generalizadamente restrições à transferência de ações que, lá, como tivemos ensejo de mencionar, são praticamente nominativas. *L. C. B. Gower*, em seus citados "The principles of Modern Company Law" (2.ª ed. de 1957, pág. 72) tece as mesmas considerações.

Nos Estados Unidos é de certo modo similar. Entendendo-se ao pé da letra o último item do art. 1.º do denominado "Uniform Stock Transfer Act", parece que não se admitiriam restrições à circulação das ações depois de dispor no seu primeiro item que os certificados das ações só se podem transferir por seu endosso ou pela entrega dos mesmos acompanhada de um documento comprobatório da transferência, reza: "Esta disposição é aplicável apesar de qualquer disposição estatutária ou outra contrária, exigindo por exemplo a transferência nos registros da sociedade". É certo, todavia, como nos ensina *Hubert Le-pargneur* ("Les Sociétés Commerciales aux États-Unis d'Amérique", 1951, pág. 198), que o principal objetivo dessa lei que, excepcionalmente, foi adotada em suas linhas gerais por todos os Estados daquele país, que ela quis tornar livremente negociáveis os certificados das ações e não codificar as regras rela-

excepcionalmente, o contrário.²⁵ Como se desenvolve essa matéria? Como devemos entendê-la?

As primitivas companhias representaram empreendimentos de grande vulto; a extensão dos seus objetivos escapava da capacidade econômica e da duração de uma pessoa só. Para se resolver o problema do risco adotou-se o princípio da limitação da responsabilidade; para se solucionar a dúvida da sobrevivência do negócio à vida dos sócios aceitou-se o princípio da alienabilidade das porções de capital de cada um.

Compreendemos, então, num primeiro estágio histórico das sociedades anônimas que a sua técnica considerasse apenas a transmissibilidade livre das ações; estas passaram mesmo a ter valor uniforme, passaram a representar partes alíquotas do capital, para que se encontrassem mais facilmente condições idênticas objetivas de alienabilidade na lei soberana da oferta e da procura; sendo uma ação de valor exatamente igual ao das demais numa mesma

tivas ao registro das transferências. Se aplicarmos a técnica jurídica dos países da parte ocidental da Europa continental e da América Latina, diremos que nos Estados Unidos não se entendiam que as ações das anônimas constituíssem títulos de crédito; não eram um "negotiable instrument". Esse "Uniform Stock Transfer Act" objetivou modificar semelhante entendimento. Não interferiu na proibição de restrições à circulação das ações nominativas, pactuadas nos estatutos.

Tanto isto é verdade que o mesmo *Lepargneur* tem ensejo de dizer que nas sociedades "fechadas" podem os seus acionistas combinar que se submeta a alienação das suas ações ao prévio consentimento social, valendo até os preços prefixados a respeito. "O certificado das ações pode conter uma cláusula pela qual as ações não podem ser transferidas senão com o consentimento dos diretores; mas os interessados devem ser advertidos desta regra. Esta restrição não se aplica, de ordinário, às cessões de ações realizadas entre pessoas já acionistas" (pág. 208). *Walter Bigiavi* em seu trabalho sobre "La Clausola di Gradimento al Transpasso di Azioni", nota n.º 30, inserto na "Revista Trimestr. di Diritto e Proced. Civile", 1953, pág. 15 ou nos "Scritti Giuridici alla Cedam", vol. I, pág. 486, no seu percurso pelo direito comparado, refere-se aos Estados Unidos pelo mesmo modo, calcado em outros autores a que faz alusão.

Na Argentina, segundo o ensinamento de *Francisco J. Garo*, a segunda parte do art. 327 do seu Cód. Comercial consagraria a limitação de circulação de ações nominativas. "Depois de realizado integralmente (o capital) os interessados podem exigir que se lhes expeçam títulos ao portador, se os estatutos não dispuserem o contrário" ("Sociedades Anônimas", tomo I, 1954, n.º 75, pág. 173). No Uruguai, sendo por sinal bem defectivo o seu velho Código de Comércio, *Segundo Perez Fontana*, no seu bem formulado Anteprojeto de Lei sobre Sociedades Anônimas, prevê no art. 64 a admissibilidade de tais restrições circulatorias de ações ("Sociedades Anônimas", "Rev. Der. Comerc.", 1955-343).

25. Dispõe, com efeito, a primeira parte do art. 204 do Código do Comércio do Japão de 1951: "Não é permitido, mesmo pelos estatutos, impedir ou restringir a cessão da ação", *apud* "Code de Commerce du Japon", traduzido para o francês por *Sózô Komachiya*.

companhia, o seu preço no mercado é igual ao de cada uma das outras e vice-versa.

Mas, como deixamos acentuado, só pelo fato dos juristas afirmarem com acerto que as anônimas são sociedade "intuitus pecuniae", não resulta daí que o fator humano seja negligenciado. Quem, enfim, organiza um empreendimento ou, de um modo geral, dêle faz parte, bem pode desejar que estranhos nêle não intervenham. Há muitas razões para fundamentar isto que já chamamos de egoísmo.

14 — A manifestação desse fenômeno foi, portanto, que gerou a limitação de circulação das ações nominativas. Pode-se, exemplificativamente, subordinar a sua alienação ao prévio consentimento da sociedade através da assembléia geral de seus acionistas; pode-se submeter a sua transmissão à prévia oferta a estes últimos. Quando se pactua nas sociedades por ações que é indispensável o prévio assentimento de algum dos seus órgãos, costuma-se dizer que existe então uma cláusula de consentimento. Quando se avença nas anônimas que é indispensável o desinteresse de todos os seus acionistas para que a alienação das ações seja admissível, afirma-se que ocorre, então, uma cláusula de preferência.²⁶

Podemos compreender com bastante facilidade que essas limitações podem variar quase que infinitamente; os estatutos podem muito bem criar peculiaridades tanto para o primeiro como para o segundo grupo de cláusulas. E na multiplicidade de hipóteses que elas podem suscitar há uma generalização superficial que engloba os casos nesses dois grupos apenas; repetindo-se, um reúne as hipóteses que sujeitam as alienações das ações nominativas ao prévio consentimento social ou de algum seu órgão diretor: outro grupo reúne as hipóteses em que a inalienabilidade é menos rígida,

26. A limitação à circulação das ações nominativas não se confunde com o direito de retirada pelo acionista da companhia por efeito de dissidência nos casos em que a lei é expressa a respeito, como apuramos do disposto pelo art. 107 do Decr.-lei n.º 2.627, de 1940. Então, segundo a letra "e" do seu art. 78, os estatutos não podem absolutamente coarctar ou limitar esse direito insurrecional. *Wald. Ferreira* aludia expressamente a isto na primeira edição do seu citado "Trat. de Socs Mercantis" então "Compêndio Socs. Mercantis", vol. II, 1942, § 8.º, pág. 80.

Também representa assunto diferente a suspensão momentânea estatutária de transferência das ações nas proximidades de assembléia geral ou de pagamentos de dividendos etc.: o espírito de tais dispositivos consideram a alta conveniência de estática do acionariado, cuja manutenção não chega a configurar uma limitação clássica de transferência das ações nominativas precisamente por ser muito breve, duradoura tão somente pelo espaço de tempo indispensável para a efetivação imediata do ato justificador da suspensão das transferências. Veja-se *Mir. Falv.* ("Sociedade por Ações", vol. I, 2.ª ed., 1953, n.º 157, pág. 201).

ou seja, as alienações ficam subordinadas apenas à preferência de quem já seja acionista.

Podemos compreender, desde logo, que numa anônima se pudesse estabelecer que a venda das ações dependeria da sua aprovação pela assembléia geral dos acionistas ou por sua diretoria; seriam as chamadas cláusulas de consentimento. Podemos compreender do mesmo modo que numa companhia se pudesse estabelecer que a venda das ações (subentende-se a estranhos) dependeria do desinteresse de acionistas em tomá-las para si (ainda que por preços-tetos regulamentados), os acionistas têm a preferência de aquisição das ações que algum queira alienar; seriam as chamadas cláusulas de preferência.

A bipartição foi adotada por *Albert Tamboise*, num dos melhores trabalhos em que se ventila a espécie "La Stabilité du Contrôle dans les Sociétés par Actions".²⁷

27. Paris, 1929, págs. 105 e segs.. Este modo de racionalização do assunto demanda uma ligeira explicação. Bem analisado, apuramos que a multiplicidade de hipóteses deve ser quadripartida.

Temos que encarar, em primeiro lugar, os casos de proibição absoluta de alienação das ações, estabelecida nos estatutos. A sua nulidade não é matéria pacífica em doutrina. No silêncio de lei expressa que a viesse permitir, entende-se generalizadamente (e bem) que isto não é admissível; veja-se *W. Bigiavi* na revista citada, pág. 4, ou nos "Scritti Cedam", mencionados, pág. 474. Podemos aludir ao ponto de vista de *Miranda Valverde* "ob. cit.", n.º 152, pág. 198); êle aplaude *Houpin & Bosvieux* que entendem ser admissível qualquer restrição desde que não impeça a transferência das ações, "tornando, por assim dizer, o acionista prisioneiro do seu título". *Ascarelli* ("Coment. cit.", n.º 4, pág. 490 "in fine") julgou o contrário, entendendo válida a proibição absoluta de alienação de ações nominativas disposta estatutariamente; apenas modificou a sua opinião relativamente à época em que isto seja admissível; antes achou que ela podia ser estabelecida até por modificação posterior dos estatutos; depois passou a entender que essa proibição absoluta de alienação só podia ser fixada nos estatutos originários ("Rev. For.", 123-48 nota I ou "Banca, Borsa e Titoli di Credito", 1953 I, n.º 21, pág. 316).

O princípio da transmissibilidade das ações é, como vimos, o reconhecimento da sobrevivência do empreendimento aos empreendedores; então, os detentores de parcelas do capital ficam com a faculdade de se desfazerem delas. Portanto, a aceitação de proibição absoluta ou irrestrita da transmissibilidade das ações constituiria um retrocesso na marcha histórica do direito societário. Normalmente, ninguém retorna aos seus primeiros passos. Se se admitissem ações nominativas integralmente inalienáveis no sentido que vimos emprestando a expressão, teríamos em verdade sociedades de... pessoas com a limitação das respectivas responsabilidades. Teríamos praticamente sociedades por cotas de responsabilidade limitada. Se não fôsse uma metempsicose, seria uma transfiguração. Como se entende que em matéria de sociedade por ações os dispositivos legais tenham muito de caráter público e contra os quais não prevalece a vontade dos contratantes, parece mais acertado que em doutrina a orientação seja no sentido da proscrição de regras que desnaturem o instituto das anônimas; não vislumbramos, pelo menos, uma situação especial que pu-

Procurando-se encontrar um fundamento para a atitude de quem biparte o cláusulamento das ações nominativas, quando, em verdade, êle se quadriparte, temos que aqueles, que assim classificam essa matéria, se atêm possivelmente aos casos mais comuns; falando-se estatisticamente, são mais raras as hipóteses de proibição absoluta de alienação das ações (primeira espécie exposta há pouco na nota 27) e de subordinação dessa alienação a requisitos específicos preestabelecidos nos estatutos (quarta hipótese). É mais frequente a proibição de tal alienação com as cláusulas de consentimento ou de preferência. Daí, talvez, essa divisão apenas em duas partes da matéria.

15 — Temos preceito positivo de direito. O assunto fica limitado então, ao que a lei dispõe: “Os estatutos podem impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regulem minuciosamente tais limitações e são impeçam a sua negociação,

desse demover essa conveniência de orientação. Assim opinariamos pela inadmissibilidade de proibição absoluta de alienação de ações nominativas onde a lei não a permita expressamente. Entendemos que ela não é permitida em doutrina no estágio atual do direito das sociedades anônimas. *Bigiavi* arrola um número razoável de autores favoráveis ou contrários à proibição integral de transferência dessas ações (“Trab. cit.”, nota n.º 8).

Entre nós, a matéria tem cunho exclusivamente acadêmico, em face do teor do nosso direito positivo. Não admitimos a vinculação absoluta, mesmo que seja limitada no tempo ou efêmera. Aludimos a ela, passageiramente, em consequência da necessidade de dar-lhe um desenvolvimento explicativo da quatripartição que, a nosso ver, ocorre com o clausuramento dessas ações.

Temos que encarar, depois, um outro gênero de cláusulas restritas da circulação das ações nominativas. São aquelas em que a alienação se subordina a certos requisitos objetivos, predeterminados nos estatutos; proibe-se, por exemplo, que as ações sejam transmitidas a cidadãos estrangeiros ou se estabelece tal proibição em relação a pessoas de alguma profissão, etc. *Tamboise*, na sua monografia citada, denomina essas cláusulas de consentimento condicionado (pág. 142). Esta espécie de hipótese não constitui uma proibição absoluta porque, se o adquirente das ações não incidir nas vedações estatutárias, poderá efetivar a operação em relação à companhia; a espécie também não representa um caso de consentimento para a alienação das ações nominativas subordinado à aprovação prévia de um órgão qualquer social; e, finalmente, a espécie não concretiza um modo pelo qual os acionistas manifestam antes o seu desinteresse pela aquisição das ações alienadas.

Parece, então, evidente, pelo afirmado que o “consentimento condicionado”, segundo a referida expressão de *Tamboise*, se caracteriza como uma espécie distinta das denominadas cláusulas de consentimento e de preferência. De resto, ela se deveria antes chamar de “recusa condicionada”. Seria cláusula de consentimento condicionado se os estatutos dispusessem que as ações só poderiam ser alienadas a pessoas portadoras de requisitos prefixados nos estatutos (permissão de alienação somente a componentes de uma mesma profissão etc.). Se êles proibem alienações a quem tiver certas condições ou qualificativos, a hipótese é de recusa e não de consentimento

nem sujeitem o acionista ao arbítrio da administração da sociedade ou da maioria dos acionistas” — É o que determina o § 2.º já transcrito do art. 27 da nossa lei reguladora das sociedades anônimas.

Desde logo se vê que podemos, obviamente, vincular em princípio a transferibilidade das ações nominativas. Isto só pode ocorrer, porém, sob a conjugação de três requisitos, um de natureza positiva e dois, negativa — regulamentação minuciosa da matéria nos estatutos, inexistência de impedimento à negociabilidade das ações e inexistência de arbítrio da administração social ou da maioria dos acionistas sobre o titular das ações alienadas.

O primeiro requisito não oferece maiores dificuldades para a sua suficiência. Os estatutos devem prover a matéria com detalhes suficientes que impeçam a hipótese de omissão; se eles forem omissos, o sistema de limitação à circulação das ações nominativas pode correr o risco de ser imprestabilizado pelos tribunais. No presente caso não devemos perder de vista que o próprio texto da lei soa “... contanto que (os estatutos) regulem “minuciosamente” tais limitações”.

Como devemos entender que os estatutos não regularam minuciosamente essa limitação de transferência de ações nominativas?

Em teoria a resposta não é difícil. Podemos afirmar que não existe essa minúcia sempre que a aplicação prática do sistema desejado da regulamentação se revelar omissa.

É, porém, qualquer omissão que pode eventualmente acarretar o desmoronamento do sistema de vinculação das ações nominativas?

Entendemos que não. É indispensável que a omissão seja de tal grau que impeça o funcionamento cômodo ou normal da sistemática querida ou desejada pelos estatutos. Nestes, por exemplo, não se declarou expressamente que o acionista preferente tem o direito de adjudicação das ações alienandas ou não se declarou que,

Tanto no caso de proibição em certas circunstâncias, como no de permissão nas mesmas, existe a peculiaridade das operações com as ações só se poderem realizar em condições que não podemos equiparar a manifestações voluntárias sociais através dos órgãos da sociedade ou pelos próprios acionistas desejosos de impedir o padareiro de ações em mãos não simpatizadas. No “consentimento condicionado” ou na “recusa condicionada” os estatutos prevêem hipóteses em que o fator vontade social ou acionária não funciona ou não atua casuisticamente, elaboram-se objetivamente regras que funcionam sem o auxílio ou emprêgo da aquiescência social ou dos acionistas individualmente. São, enfim, casos padrões diferentes.

Trata-se, portanto, de uma quarta espécie daquilo que se convencionou chamar de limitação à circulação das ações nominativas. A primeira é da proibição absoluta de aliação dessas ações. A segunda é da cláusula de consentimento. A terceira é da cláusula de preferência. A última é do que chamaremos de cláusula de condicionamento objetivo de recusa (ou permissão).

sendo dois ou mais os acionistas que exerceram a sua preferência, as ações alienadas seriam adjudicadas proporcionalmente aos quinhões da mesma espécie de cada um dos preferentes. No primeiro exemplo, evidencia-se que a adjudicação é imanente ao exercício do direito e só porque os estatutos sejam omissos, não decorreria o desmoronamento do sistema edificado.

Em tal conjuntura seria o caso de compulsoriedade do combinado através da ação cominatória para prestação de fato a que alude o art. 302 n. XII do Código de Processo Civil com envolvimento da própria sociedade anônima para os efeitos desta ser obrigada a fazer os registros de direito nos seus livros e ficando a contra-prestação pecuniária do acionista recalcitrante à sua disposição para o seu levantamento facultativo.

No segundo exemplo não poderíamos compreender que se pretendesse construir, digamos, uma licitação privada entre os acionistas preferentes para que o lote das ações viesse a ser adjudicado àquele que mais desse, "ad instar" por exemplo, do fixado no § único do art. 503 do Cód. Proc. Civil; só porque também os estatutos fôssem omissos a respeito, não se compreenderia que se inutilizasse a sistemática levantada pelos estatutos. Se várias pessoas são titulares de um bem divisível ou de uma porção de várias unidades de coisas, afigura-se-nos mais razoável atribuir a cada uma daquelas a quantidade proporcional à percentagem ideal do respectivo direito; a comunhão só subsistiria para aquilo que não fôsse divisível.

Achamos, em suma, que os estatutos regulam minuciosamente a limitação das ações nominativas sempre que as omissões não impeçam a aplicação tranquila de princípio jurídico que supletivamente as elimine, sem, porém, representar alguma criação especiosa a respeito.

16 — O segundo requisito, na conformidade de nossa sistemática legislativa, para que valha a vinculação à circulabilidade das ações nominativas, é, como vimos, a não estipulação de impedimento à sua negociabilidade. Se os estatutos a impedirem, o dispositivo não terá valor.

Este requisito não oferece a mesma facilidade de inteligência do anterior: "os estatutos podem impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que... não impeçam a sua negociação..." diz o § 2.º do art. 27 da nossa lei sobre sociedades anônimas.

Mas, ocorre que, em princípio, qualquer limitação à circulação das ações nominativas representa um comêço, pelo menos, de impedimento à sua negociabilidade. Uma cláusula estatutária, que disponha não ser permitida a alienação de ações a pessoa estrangeira, representa a exclusão de um certo número de adquirentes das mesmas em potencial; é um empecilho à negociabilidade plena dos títulos.

Pareceria, então, que seria difícil, senão impossível, a adoção de limitação à circulação das ações nominativas porque isto dependeria da inexistência de "qualquer" impedimento à respectiva negociabilidade.

Seria um absurdo. Se a lei cria uma faculdade, não pode recusá-la ao mesmo tempo. O texto deve ser compreendido de modo a se banir essa contradição, apenas aparente.

Surge a indagação: qual é o impedimento à negociabilidade das ações nominativas visado pelo legislador?

Se respondermos que será — qualquer impedimento —, iremos cair na contradição do texto facultar e recusar simultaneamente a vinculação em apêço, como já vimos.

Por exclusão temos uma primeira conclusão: não é qualquer impedimento à circulação das ações nominativas que fulmina de nulidade a sua limitação.

Se é assim, resulta que o impedimento à negociabilidade encorada pela lei como inadmissível diz respeito àquela que vede "por completo" a transferibilidade. Sempre que existir limitação, não impedindo totalmente a negociabilidade, devemos entender que a cláusula estatutária tem valor.

Como compreendermos que existe uma vedação integral a essa negociabilidade?

Entendemos que isto ocorre sempre que, em última análise, não se enseja a aplicação de um preço; êste pode resultar da lei da oferta e da procura e que comumente é aferido em bolsa, ou pode resultar das regras prestabelecidas nos estatutos.²⁸

Quando a lei empregou a expressão "não impeçam a sua negociação" quis evitar a proibição de transferência como circunstância principal; proibição só ocorre quando é total. Mas a lei, ao empregar a referida expressão "não impeçam a sua negociação" quis também considerar um preço pelos quais as ações mudem de dono.²⁹

28. *Waldemar Ferreira* ("Compêndio cit.", págs. 83-4) era expresso em reconhecer que o nosso direito positivo admite que os estatutos prefixem preço para a alienação das ações. No desenvolvimento do nosso pensamento, no texto, logo a seguir, se encontram as razões do nosso apóio a isso.

29. *Miranda Valverde* ("ob. e vol. cit.", n.º 152) acentua que a fixação do preço é a questão essencial (pág. 138 "in fine") para o estabelecimento do limite da validade da cláusula de preferência. Isto importa — a nosso ver — que a inteligência que damos ao texto da lei pátria seria mais acertada. Traduzir o não impedimento de negociação como faculdade de insubordinação do acionista é anular a própria instituição. A lei quis que o princípio da negociabilidade não ficasse impedido, significando que o preço não se anulasse, porque, do contrário, seria um modo de proibir a alienação com o clausurar o acionista não propriamente no direito, mas na sua utilidade. Não impedir a

O legislador, ao usar o substantivo — negociação — partiu do pressuposto correntio da alienação onerosa em que a contraprestação se mede por um preço, via de regra concretizado em dinheiro.

Logo, entendemos que o impedimento à transação das ações ocorre quando as ações não obtenham o seu valor normalmente, como em bolsa por exemplo, ou quando já êsse valor não se encontre prefixado nos estatutos.

A estipulação nestes de regras para o estabelecimento de preço não é impedir a negociação das ações. Não se há de entender que o acionista possa rebelar-se contra isto porque queira negociar os seus títulos diferentemente.³⁰

negociabilidade quer dizer que, embora não se proíba a alienação, se impossibilita a sua praticabilidade pelo fato do acionista sofrer um prejuízo enorme com um preço que se considere irrisório.

30. *Waldemar Ferreira* não era e parece que não é do mesmo parecer, como se vê do seu "Compêndio cit.", págs. 80-I e pág. 84. Dizia êle, no primeiro passo: "Tais limitações, no entanto, de modo algum podem impedir a transferência, deliberada pelo acionista. Têm que ser estatuídas de modo tal que, diz o texto legal, "não impeçam sua negociação". Nessas condições, restritíssima também é a faculdade delimitadora dos estatutos. Não lhes sendo lícito impedi-la, nem impossibilitar, portanto, a negociação entabulada pelo acionista, a fim de retirar-se da sociedade, mais, em verdade, lhe não é dado do que a prescrição do direito de preempção ou de preferência, minudenciando as condições de seu exercício". Por estas palavras entendemos que o acionista alienará as suas ações pelo preço entabulado, ficando aos demais a faculdade de exercitarem a ação de preempção ou preferência prevista pelos arts. 311 e segs. do Cód. de Proc. Civil. Agora, *Wald. Ferreira*, no "Trat. cit.", (pág. 1137), diz sinteticamente: "Negociação das ações, sôbre não poder ser impedida de nenhum modo..."

Ousamos dissentir da autorizada opinião do querido mestre. Se o acionista pode alienar as suas ações pelo preço e pelo modo que entender, a despeito de proibição estatutária, temos desde logo que a proibição... não é proibição. Ora, pelo que já dissemos até agora no texto, se a lei expressamente a admite (subordinada a três condições), não podemos compreender que uma destas se represente pela anulação da faculdade. Se bem interpretamos o pensamento do eminente professor, é possível o clausuramento das ações nominativas, mas os seus donos não podem ficar privados de negociá-las. Entendemos que isto quer dizer que não se pode transmitir uma coisa, se o respectivo proprietário não entender diferentemente; isto é vedar e permitir simultaneamente.

A nosso ver só uma hermenêutica afasta a insuperável contradição na letra da lei de proibir e não proibir ao mesmo tempo: é aquela em que não é "qualquer" impedimento à negociação que se proscreve e sim é o impedimento a "qualquer" negociação que se proíbe. De resto, pelas considerações que tecemos, ao abordar o terceiro e último requisito legal para a validade de vinculação das ações nominativas, logo a seguir, entendemos que só a inteligência que damos à matéria impede não uma, mas duas contradições.

Talvez *Waldemar Ferreira*, tendo em vista a viva divergência existente na Itália a propósito da validade "inter partes" das alienações contrárias aos impedimentos estatutários, não os considere como uma "condicio juris", isto é, como óbice de lei para a invalidade da transação; êle filiar-se-ia (estamos su-

Pode-se limitar geograficamente o mercado (venda em certas zonas) ou se pode limitá-lo subjetivamente (venda a certas pessoas). O campo da negociabilidade não pode ser suprimido por inteiro. Importa, exemplificativamente, que nas zonas permitidas ou entre as pessoas toleradas o preço se alcance livremente ou segundo as regras estatutárias. O impedimento à negociação das ações existe quando ocorrer a sua completa supressão no jôgo normal da lei da oferta e da procura ou das regras estatutárias prefixadas para isso.

17 — O terceiro requisito objetiva não permitir que o capricho da diretoria social ou da maioria dos acionistas, isto é, a maioria do capital da sociedade, como expressão melhor do pensamento do legislador, impeça a circulação das ações: “Os Estatutos podem impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que... nem sujeitem o acionista ao arbítrio da administração da sociedade ou da maioria dos acionistas”, diz a parte útil aqui do § 2.º do art. 27 da lei reguladora das companhias.

Se já se dispôs antes que não se admite impedimento à circulabilidade das ações, poderia parecer à primeira vista que o arbítrio da maioria ou da administração já estaria considerado. Estaria con-

pondo) à corrente quantitativa mais numerosa dos juristas ali que entende não existir impedimento à “negoziazione indipendente”.

Antonio de Majo, que é contrário a êsse entendimento da última parte do art. 2.355 do Código Civil do seu país, ao comentar acórdão (publicado também em “Diritto Fallimentare”, 1957, II, 771), da Côte de Cassação de 13 de julho de 1957, sob o título “Effetti delle limitazioni statutarie alla circolazione delle partecipazioni azionarie”, (“Banca, Borsa e Titoli di Credito”, 1957, II, 544 e segs.), alista os autores seguidores dessa inteligência em maioria (nota 2, pág. 545), dentre os quais podemos destacar *Ascarelli* com o seu citado trabalho insêrto na mesma “Banca, Borsa e Tit. di Credito”, 1953, I, 281 e incorporado nos seus “Saggi di Dir. Commerciale”, 1955, págs. 359 e segs. *Majo* dá na nota seguinte (“Ibidem”) os juristas que interpretam o assunto opostamente em minoria, dentre os quais, além dêle mesmo, podemos mencionar *Aurelio Candian* que tem uma monografia a respeito: “Intorno alla Alienazione di Azioni con Clausola di Gradimento”, 1954; na “Riv. Dir. Commerciale”, 1955, I, 97, *Italo Uberti-Bona* fez apreciação favorável dêsse estudo. Depois dêsse pronunciamento da Côte de Cassação italiana e que provocou o comentário de *Majo*, já houve outro, em 10 de outubro de 1957, reproduzido em “Dir. Fallimentare”, 1958, II, 46 e que traz o n.º 3.702; decidiu já então que “são oponíveis aos terceiros as condições particulares dispostas, para a alienação das ações, pelo ato constitutivo social submetido à publicidade da lei e lembrado nos certificados das ações, ainda que êstes não lhe façam menção específica”.

A nosso ver, uma inalienabilidade não pode, ou não deve, ser considerada inexistente; parcial que seja, prevalece na superfície em que justamente o impedimento existir. A causa que fomenta o clausuramento das ações nominativas é a proteção aos próprios acionistas que procuram, destarte, evitar intrusões estranhas; a sociedade não é propriamente a titular dêsse direito; ela é o seu objeto.

siderado porque uma proibição caprichosa da maioria social ou da diretoria social já constituiria antes um impedimento absoluto à negociabilidade das ações. Logo o texto ora em apêço se revelaria pleonástico ou inútil.

Como não se podem vislumbrar expressões desnecessárias na lei, essa proibição de arbítrio da diretoria ou da maioria social deve ser compreendida como significadora de que não poderá ocorrer nos estatutos hipótese que, embora não impeça de todo a negociabilidade das ações nominativas, autorize a diretoria ou a assembléia geral a impedir certa alienação que já se encontre dentro dos padrões abstratos ou genéricos pelos quais ela se poderia efetuar; se os estatutos proibem a alienação de ações a pessoas que se dediquem a uma determinada profissão — o que admitimos como legal — nenhum dêesses dois órgãos sociais poderá ficar armado da faculdade de vetar que não se realize uma operação sob a invocação de que seria inconveniente que tal candidato à aquisição venha a figurar entre os acionistas.

Se a lei não proscrevesse também o arbítrio de algum órgão social na transferibilidade das ações, a proibição apenas da inegociabilidade não impediria, exemplificativamente, que Caio ou Tício não obtivessem a licença para se tornarem acionistas a despeito de possuírem os predicados estatutários exigidos em tese “a priori”, já que as ações teriam a possibilidade de passarem para Sempronio ou outrem. Isto quer significar que o terceiro requisito determinado por nossa lei não está absorvido, na verdade, pelo requisito anterior que veda a inegociabilidade, visto como não é qualquer impedimento que a configura e sim que ela só ocorre, como vimos, quando existir uma vedação praticamente integral de sua negociabilidade.

Podemos fazer uma indagação: é apenas “arbitrium merum” que a nossa lei não quer? Admite-se o “arbitrium boni viri”? É proscrito somente o capricho ou teimosia e é admissível a recusa justificada ou fundamentada?

O tom sêco da expressão legal “nem sujeitem o acionista ao arbítrio” faz-nos inclinar para a resposta negativa, a despeito da razoabilidade de uma resposta positiva.³¹ Não podemos negar que,

31. *Miranda Valverde* (“Ob. e vol. cits.”, n.º 155) entende que só o “arbitrium merum” não é tolerado em nosso direito (pág. 200), Contra: *Waldemar Ferreira*, “Trat. cit. pág. 1.137 “in fine”); isto quer significar que se admitiria em nosso direito a cláusula de consentimento justificável ou justificado; tanto assim que êle acena com a ação cominatória como a cabível para se forçar judicialmente a transferência. Por mais razoável que entendemos ser tal ponto de vista, tanto mais que provindo do indigitado autor na nossa lei reguladora das anônimas, não nos sentimos autorizados a endossá-la, pois que seria uma hermenêutica “contra legem”; preferimos seguir *Waldemar Ferreira*.

na prática, podem ocorrer situações em que a diretoria, ou a assembleia social, teria razões perfeitamente plausíveis para não consentir em transferência de ações a determinada pessoa. Para que pudéssemos tranquilamente admitir o "arbitrium boni viri" seria necessário que o texto dispusesse "nem sujeitem o acionista ao mero arbítrio". A especificação do arbítrio não tolerado acarretaria a admissibilidade do outro não incluído na proibição.

18 — Procuramos firmar que a matéria da vinculação das ações nominativas pode sofrer uma divisão quadripartida. Vimos a situação de nossa legislação positiva. Como compreendê-la no quadro dessa divisão teórica?

Deixando de repetir os conceitos já estabelecidos, temos:

I) — A primeira conclusão consiste em que figuramos no tipo das legislações que admitem expressamente a limitação de circulabilidade das ações nominativas.

II) — A segunda conclusão consiste em que não admitimos as cláusulas de consentimento, porque nenhum órgão social poderá ter qualquer faculdade de impedir a transferência das ações.

III) — A terceira conclusão consiste em que admitimos as cláusulas de preferência, mas as admitimos limitadamente ou em termos; é necessário que não se impeça a negociação das ações.

IV) — A quarta conclusão consiste em que admitimos as cláusulas que denominamos de condicionamento objetivo de recusa (ou permissão) porque só o impedimento integral ou absoluto à circulação das ações deve entender-se proibido.

Tivemos um caso em nossas atividades profissionais em que necessitamos de atender a peculiaridades individualistas dos seus participantes; seis profissionais levaram avante uma empresa superior aos capitais próprios; embora pessoas qualificadas, não desejavam, compreensivamente, perder a direção do negócio; foi natural que recorressem aos capitais alheios. Diante deste quadro, ficou estabelecido que o capital atuante ou votante se representaria por ações nominativas; nenhum dos seis poderia, depois, alienar os seus títulos a estranhos a não ser que, antes, os demais componentes do grupo nuclear se desinteressassem dos mesmos. A dificuldade jurídica de maior monta consiste, em casos tais, no encontro de uma fórmula que equilibre a sobrevivência da negociabilidade das ações com a simulação de preços fictícios que tornem ilusória a preferência dos acionistas na aquisição em igualdade de condições, ou com a pre-fixação de preços pelos estatutos e que o Poder Judiciário venha declarar espoliativos.

Normalmente a avaliação de uma ação consiste na divisão do patrimônio líquido social (ou ativo líquido) pelo número das mesmas; soma-se o capital com os lucros e mais as reservas; tem-se esse patrimônio líquido; o quociente dêste pelo total das ações que traduz o valor de cada uma delas; haja vista o que prefixa o § 1.º do art. 107 do Decreto-lei n.º 2.627. O excesso que exista aí, isto é, um valor superior a tal quociente, será mera expectativa de lucros ou interesses maiores ou será efeito de especulação. São expectativas ou é jôgo mais ou menos ilícito. Não se encarnam no título em condições de normalidade. Logo, quando surgir proposta que supere o quociente mencionado, pode-se suspeitar tranquilamente que haja algo irregular; já então o acionista não deve e não pode ser amparado na sua liberdade de alienação das ações.

Imaginamos a fórmula do acionista alienante dar aviso aos demais para êstes exercerem a preferência; enquanto o preço ficar dentro do valor que normalmente se dá às ações, a preferência será a comum ou ordinária, isto é, os eventuais acionistas interessados terão que se limitar a aceitar ou recusar a oferta como lhes é feita; se, porém, o preço fôr maior do que o quociente: patrimônio líquido pelo número de ações, então os interessados ficam armados da faculdade de reclamarem todos os informes do alienante a fim de que daí se possam obter elementos que contribuam para a demonstração de simulação; a oferta de pagamento do quociente referido dará direito a procedimento judicial que, como última palavra, evitará a anulação do princípio da limitação à circulação das ações nominativas.³²

32. Damos a seguir o texto integral das disposições estatutárias a que nos referimos a fim de que os doutos sôbre elas se possam autorizadamente pronunciar.

“Artigo 6.º” — As ações ordinárias nominativas não podem ser transferidas, mesmo em caso de sucessão “causa mortis”, antes que ofertadas previamente a outros acionistas que sejam titulares de, pelo menos, 2.500 (duas mil e quinhentas) ações idênticas. Nesta limitação ao direito de transferência se entendem quaisquer atos que representem comêço de alienação.

“Parágrafo primeiro” — O titular de ações ordinárias nominativas que as desejar alienar ou gravar deverá dar aviso do seu intento à diretoria social por meio idôneo escrito, marcando-lhe um prazo mínimo de 30 (trinta) dias e dando-lhe tôdas as indicações do seu propósito.

“Parágrafo segundo” — A diretoria social, assim que receber o aviso de que trata o parágrafo precedente, notificará, igualmente por escrito, todos os titulares que houver, de 2.500 (duas mil e quinhentas) ou mais ações ordinárias nominativas de tôdas as indicações do negócio em perspectiva a fim de que êles se pronunciem no prazo de quinze (15) dias. As respostas, alteráveis até o termo do prazo do parágrafo precedente, podem ser livremente consultadas desde logo por todos êstes acionistas.

“Parágrafo terceiro” — Essas ações em alienação ou gravames serão obrigatoriamente atribuídas àquele acionista cujas condições representarem a

19 — Concluimos. Como equilibrar as situações que, no fundo, pretendam desprestigiar as limitações à circulação das ações nominativas?

Não nos devemos esquecer de que a sua consagração entre nós terá a virtude de muitos homens-de-empresa, se voltarem para grandes empreendimentos com um ânimo talvez maior, ao sabermos das possibilidades de encerrar num círculo mais limitado a direção dos negócios. Foi por isto que resolvemos igualmente ventilar neste local esse assunto. Os homens de empresa, ficando seguros de que os respectivos patrimônios privados estão a salvo da eventual má sorte da empresa pelo fato de serem acionistas com a responsabilidade limitada ao total das suas ações; sabendo eles que o grupo fundador pode, em condições de justiça, impedir o deslizando da empresa para mãos estranhas, esses nossos homens-de-empresa podem muito bem animar-se mais. Interessa enormemente ao jurista que se intensifiquem o processo da aceleração do desenvolvimento econômico do país, insinuando, destarte, as suas achegas àqueles que possuem o seu potencial nas mãos.³³

E, então, voltamos a indagar de um modo conclusivo: como devemos agir nessa matéria de limitação à circulação das ações ordinárias?

melhor proposta. Na ocorrência de igualdade de condições, essas ações em negociação serão atribuídas aos acionistas acionistas na proporção da quantidade das suas respectivas ações ordinárias nominativas.

"Parágrafo quarto" — Sempre que o preço ou valor unitário das ações ordinárias nominativas fôr superior ao quociente entre o ativo líquido social constante do último balanço aprovado pela assembléia geral e o número de todas as ações indistintamente em circulação, poderá qualquer acionista, com os requisitos estabelecidos neste artigo e que se disponha a oferecer esse quociente pelas ações em negociação, exigir comprovação minuciosa da realização efetiva da transação. Para tanto notificará a tempo a diretoria do seu propósito a fim de que ela não permita a lavratura de ato de transferência ou oneração, nos livros sociais, até que se apure a realidade do negócio. Para que a diretoria possa permanecer na recusa da lavratura dos atos nos livros sociais, é necessário que o interessado ingresse em juízo com a ação que entender competente-lhe, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após o término do prazo estabelecido pelo parágrafo primeiro".

33. Na Itália, num total de 2041 estatutos analisados no "Bolletino Ufficiale delle Società per Azioni", (de maio de 1956 a junho de 1957), U. Rusconi encontrou 248 deles consagrando cláusulas de consentimento e 295 contendo cláusulas de preferência, sendo que em 90 casos dentre eles se combinaram ambas as espécies de cláusulas ("Clausole di Gradimento e Clásole di Gradimento e Clásole di Prelazione nella Recente Prassi Societaria" na "Riv. delle Società", 1958, pág. 145).

Respondemos: fixando regras pelas quais a preferència se pode exercer sôbre as ações que alguém quizer alienar, seja por preço de bolsa, seja pelo valor que, por lei, se encontra para o resgate das ações, sempre que, justificadamente, não haja outro menor.³⁴

34. As nossas últimas palavras dessa conferência, realizada na sede associativa dos industriais dêste Estado, foram as seguintes: "Esta nossa palestra alongou-se mais do que devia. Resumimos as considerações que podíamos desenvolver principalmente sôbre a limitação de transferência das ações nominativas (já agora, analisada com alguns detalhes). Quem sabe se não iremos publicar estas despreziosas palavras, quando então lhes aditaremos algo mais (como realmente ora o fazemos), e que nesta hora aumentaria o estoicismo dos nossos prezados ouvintes. O que dissemos visa aguçar a atenção dos entendidos. Se a aguçarmos, teremos a nossa tarefa por cumprida.