

Revista de Direito  
Mercantil

Industrial  
Econômico  
Financeiro

Nova Série Ano XIX  
N. 39 Julho-Setembro/1980



# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

*Fundador:*

WALDEMAR FERREIRA

*Diretor:*

PHILOMENO J. DA COSTA

*Diretor Executivo:*

FÁBIO KONDER COMPARATO

*Conselho Editorial:*

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

*Coordenador:*

WALDIRIO BULGARELLI

*Secretários Executivos:*

NEWTON SILVEIRA  
VERA HELENA DE MELLO FRANCO

---

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

---

Edição e distribuição da

**EDITORA**   
**REVISTA DOS TRIBUNAIS**

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

01501 — São Paulo, SP.

## SUMÁRIO

### HOMENAGEM AO PROF. ERNESTO LEME

- Os mestres do Direito Comercial na Faculdade de Direito de São Paulo — Prof. Ernesto Leme ..... 9

### DOCTRINA

- Do regime legal da venda das ações de Sociedades de Economia mista pertencentes à União Federal — Arnaldo Wald ..... 23
- Oferta de caução, em lugar de depósito em dinheiro, na concordata preventiva — Néelson Abrão ..... 37
- As sociedades limitadas face ao regime do anonimato no Brasil — Egberto Lacerda Teixeira ..... 40
- Problemas jurídicos das filiais de sociedades estrangeiras no Brasil e de sociedades brasileiras no exterior — Alberto Xavier ..... 76
- O usufruto de ações ao portador e a posição da companhia emissora — José Alexandre Tavares Guerreiro ..... 84
- Menor — Venda de ação — Plínio Paulo Bing ..... 91
- Reservas, reserva de lucro e provisões — Benedito Garcia Hilário ..... 96
- A teoria "ultra vires societatis" perante a Lei das Sociedades por Ações — Waldírio Bulgarelli ..... 111

### JURISPRUDÊNCIA

- Seguro — Correção monetária — Cabimento a despeito de não regulamentada a Lei 5.488, de 27.8.68 — Termo inicial — Comentário de Vera Helena de Mello Franco ..... 127
- Formação de contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória — Comentário — Mauro Rodrigues Penteado ..... 136
- Sociedade comercial — Responsabilidade limitada — Natureza — Cotas — Cessão — Falta de registro na Junta Comercial — Transformação em irregular — Solidariedade dos sócios cedentes — Ação de indenização procedente — Apelação provida — Voto vencido — Comentário de Carlos Alberto Senatore ..... 183
- Marca comercial — Marcas semelhantes — Depósitos no Departamento Nacional da Propriedade Industrial — Registros pendentes — Carência de ação — Recurso provido — Comentário de Newton Silveira ..... 190
- Sociedade por quotas de responsabilidade limitada — Sociedade civil — Prestação suplementar — "Déficit" da empresa — Responsabilidade subsidiária do sócio pelas obrigações sociais — Adoção, em face do art. 1.396 do CC, de forma estabelecida nas leis comerciais, ressalvada a obediência a textos da lei civil, entre os quais se inclui o art. 19, IV — Recurso extraordinário não conhecido — Comentário de José Alexandre Tavares Guerreiro ..... 192

### ATUALIDADES

- Comentários sobre o projeto de Lei 1.734, de 1979, do Deputado Federal Jorge Arbage — Newton de Lucca ..... 203
- Empréstimo compulsório — Correção monetária — Sua contabilização e efeitos fiscais — Luiz Mélega ..... 213
- Sobre a opção de compra de ações — José Alexandre Tavares Guerreiro ..... 226

### ÍNDICE REMISSIVO

231

## **COLABORAM NESTE NÚMERO:**

### **ALBERTO XAVIER**

Ex-Professor da Faculdade de Direito de Lisboa — Professor do Curso de Pós-Graduação da PUC de São Paulo — Presidente do Gabinete de Estudos Jurídicos do Investimento Internacional e Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo.

### **ARNOLDO WALD**

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

### **BENEDITO GARCIA HILÁRIO**

Advogado em São Paulo.

### **CARLOS ALBERTO SENATORE**

Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### **EGBERTO LACERDA TEIXEIRA**

Advogado em São Paulo.

### **ERNESTO LEME**

Professor Catedrático Aposentado de Direito Comercial e Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### **JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO**

Advogado em São Paulo.

### **LUIZ MÉLEGA**

Advogado em São Paulo.

### **MAURO RODRIGUES PENTEADO**

Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Professor assistente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### **NELSON ABRÃO**

Professor Livre-Docente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### **NEWTON SILVEIRA**

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

### **PLÍNIO PAULO BING**

Advogado no Rio Grande do Sul.

### **VERA HELENA DE MELLO FRANCO**

Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### **WALDÍRIO BULGARELLI**

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

# OS MESTRES DO DIREITO COMERCIAL NA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO

FRANCISCO LEME

A 14 de agosto de 1971, sob a égide dos estudos e pesquisas da  
Instituição dos cursos jurídicos no Brasil, em sessão comemorativa realizada no  
teatro das Artes, da Rua Pedro Bial, houve sessão inaugural para o cinquenta  
ano de fundação dos cursos de Direito Comercial, para comemorar o 50º aniversário da  
criação dos cursos de Direito Comercial, para comemorar o 50º aniversário da  
criação dos cursos de Direito Comercial, para comemorar o 50º aniversário da

## HOMENAGEM AO PROF. ERNESTO LEME\*

Em 1898, quando da criação da Faculdade de Direito de São Paulo, foi nomeado  
professor de Direito Comercial Sr. Ernesto Leme, que ingressou em 1900 na Faculdade  
de Direito de São Paulo e, em 1902, foi nomeado professor de Direito Comercial  
na Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se transferiu  
para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se  
transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930,

onde permaneceu até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de Direito de  
São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de  
Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se transferiu para a  
Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se  
transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930,  
quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu  
até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde  
permaneceu até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São  
Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de  
Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se transferiu para a  
Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se  
transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930,

quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu  
até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde  
permaneceu até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São  
Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de  
Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se transferiu para a  
Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se  
transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930,  
quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu  
até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde  
permaneceu até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São  
Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de  
Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se transferiu para a  
Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se  
transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930,

quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu  
até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde  
permaneceu até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São  
Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de  
Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se transferiu para a  
Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se  
transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930,  
quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu  
até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde  
permaneceu até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São  
Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de  
Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se transferiu para a  
Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se  
transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930,

- (\*) N.R. — Esta Revista presta uma justa homenagem ao Prof.  
Ernesto Leme, que tanto contribuiu para o aperfeiçoamento da ciência jurídica em geral, e do direito comercial em particular, publicando a conferência proferida pelo Mestre, por ocasião das comemorações do sesquicentenário da fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil.

quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu  
até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde  
permaneceu até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São  
Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de  
Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se transferiu para a  
Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se  
transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930,  
quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu  
até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde  
permaneceu até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de Direito de São  
Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se transferiu para a Faculdade de  
Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se transferiu para a  
Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930, quando se  
transferiu para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde permaneceu até 1930,

# OS MESTRES DO DIREITO COMERCIAL NA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO

ERNESTO LEME

A 14 de agosto de 1927, tinha eu a honra de celebrar o centenário da instituição dos cursos jurídicos no Brasil, em sessão comemorativa realizada no Instituto dos Advogados de São Paulo. Jamais poderia imaginar que, cinqüenta anos decorridos, pudesse eu nesta Casa voltar ao velho tema, convocado por meus colegas da cadeira de Direito Comercial, para recordar a vida e a obra dos antigos mestres dessa disciplina, nos cento e cinqüenta anos de existência desta Academia.

Quando vim buscar nesta Faculdade, em 1915, as primeiras noções de direito, era seu diretor Herculano de Freitas, meu mestre de Direito Constitucional. Era decano da Congregação Brasílio Machado e o mais novo dos professores substitutos José Augusto César. Ao receber o grau de bacharel em 1919 era decano Herculano de Freitas e professor mais novo Francisco Morato.

Aqui retornei como professor em 1934. A Congregação estava grandemente modificada. Era decano Alcântara Machado e haviam tomado posse os calouros no professorado — Mário Masagão, Gabriel de Rezende Filho e Jorge Americano. Meu concurso, em agosto de 1933, ainda se realizara na sala n. 7, onde ouvira de Amâncio de Carvalho as lições de Medicina Legal. As velhas paredes de taipa da construção franciscana de 1640 começavam a ser destruídas. Eu viria a ser o derradeiro professor desta Casa nomeado pelo Governo da República, encerrando-se com o Decreto 24.102, de 10 de abril de 1934, que transferiu a Faculdade de Direito ao Estado de São Paulo, a fase federal da vida desta Academia.

Representei assim nesta Casa, de certa maneira, o traço de união entre duas épocas. Fui o 92.º professor catedrático desta Faculdade; o 9.º professor catedrático de Direito Comercial. E aqui estou nesta manhã, na qualidade de sobrevivente, para um encontro de gerações. . .

A Lei de 11 de agosto de 1827, criando os cursos de ciências jurídicas e sociais de São Paulo e Olinda, estabeleceu que em nove cadeiras se ensinariam as matérias dos cinco anos do currículo escolar. A 2.ª cadeira do 4.º ano era o Direito Mercantil e Marítimo, sendo o primeiro professor dessa cadeira Clemente Falcão de Souza, filho do capitão Pedro Jorge de Souza e d. Maria do Amparo de Jesus. Nasceu em Bom Jardim, Província de Pernambuco, a 23 de novembro de 1790, vindo a falecer a 28 de abril de 1868.

Refere Waldemar Ferreira ser tradição haver ele recebido as primeiras ordens sacras, tendo mesmo sido monge, abandonando a Ordem posteriormente. Tudo mistério. O que é certo é haver feito o curso de direito na Universidade de Paris, onde se graduou em 1828, sendo licenciado a 10 de maio de 1830, recebendo após o grau de doutor.

Por Decreto de 5 de novembro de 1830, foi nomeado lente substituto do Curso Jurídico de São Paulo, tomando posse a 10 de dezembro. Por Decreto de 20 de abril de 1831, foi nomeado para a cadeira de Direito Mercantil e Marítimo, do 4.º ano, na qual foi jubilado por Decreto de 20 de agosto de 1864. Foi também secretário do Curso Jurídico em 1831 e diretor interino em 1839.

Exerceu a advocacia, especialmente no ramo criminal. Foi deputado provincial (1844-1846). Ao completar, em 1856, vinte e cinco anos de magistério, recebeu o título de Conselheiro. Era oficial da Ordem da Rosa. Ríspido no trato com os estudantes, era, contudo, por todos respeitado. Seu filho Clemente Falcão de Souza Filho, catedrático de direito civil (1870-1887) deu também, quando substituto, lições de Direito Comercial.

Com a vaga aberta dada a jubilação de Clemente Falcão, a Carta Imperial de 21 de setembro de 1864 nomeou lente catedrático de Direito Mercantil Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva.

Filho de Antônio Carlos, o grande tribuno da Assembléia Constituinte de 1823 e de d. Ana Josefina de Andrada, nasceu em Santos a 13 de outubro de 1830. Fez o curso de direito nesta Faculdade, pela qual se bacharelou em 1855 e se doutorou em 1856.

Lente substituto por Decreto de 3 de agosto de 1859, passou a catedrático, como vimos, em 1864, sendo jubilado por Decreto de 17 de dezembro de 1890. Foi diretor interino desta Casa em 1885, 1886 e 1890. Após sua aposentadoria, exerceu os cargos de Inspetor do Tesouro e de Procurador Geral do Estado. Foi deputado provincial nas legislaturas de 1862-1864 e 1864-1866; deputado geral na legislatura de 1867-1868. Faleceu no Rio de Janeiro a 19 de outubro de 1902.

Para a vaga aberta com a jubilação de Antônio Carlos foi nomeado, por Decreto de 20 de dezembro de 1890, Brasília Rodrigues dos Santos, que tomou posse a 19 de janeiro de 1891. Filho de Gabriel José Rodrigues dos Santos, o revolucionário de 1842 e que foi, também, lente substituto desta Faculdade, nasceu Brasília dos Santos nesta Capital, a 6 de março de 1854. Aqui se matriculou em 1873, recebendo o grau de bacharel a 31 de outubro de 1877. Exerceu a advocacia na Corte, ao lado de Ubaldino do Amaral, ingressando após na magistratura, sendo nomeado juiz municipal em Bragança, neste Estado. Lente substituto por Decreto de 22 de setembro de 1883, tomou posse a 1.º de outubro, quando colou o grau de doutor.

Propagandista da República, participou, como senador, da primeira Constituinte Paulista, sendo eleito depois deputado federal. Acometido de síncope cardíaca em um bonde da Companhia de Viação Paulista, quando o veículo passava em frente desta Faculdade, foi transportado para dentro desta Casa, onde faleceu logo após, a 30 de março de 1901.

Designada pelo Governo Provisório a Comissão encarregada de elaborar o anteprojeto da Constituição da República, a qual se compunha de Américo Brasileiro, Rangel Pestana, Santos Werneck e Magalhães Castro, sob a presidência de Saldanha Marinho, Brasília dos Santos também formulou seu anteprojeto — *Esboço de Constituição Federal*, publicado em São Paulo em 1890.

Havendo o Governo Federal consultado a Congregação da Faculdade de Direito sobre se os bens patrimoniais das princesas Isabel e Leopoldina haviam revertido à Nação, em virtude da abolição da Monarquia e da extinção da dinastia imperial, Brasília dos Santos divergiu do parecer da maioria — Barão de Ramalho, Vicente Mamede de Freitas e Alfredo Moreira de Barros Oliveira Lima, que sustentava apenas poder dar-se essa reversão na hipótese prevista no art. 7.º, da Lei de 29 de setembro de 1840. O parecer em separado de Brasília é longo e erudito; subscreveu-o, quanto às conclusões, o professor Herculano de Freitas. Também participou com João Monteiro do exaustivo pronunciamento

contrário à aprovação do Projeto 250, de 1893, da Câmara dos Deputados, que visava substituir o Código Penal promulgado pelo Decreto 847, de 11 de outubro de 1890. Subscreveu esse parecer com restrições o professor Leite de Moraes.

Treze dias após a nomeação de Brasília dos Santos como lente catedrático da 2.<sup>a</sup> cadeira do 4.<sup>o</sup> ano, a reforma Benjamin Constant, promulgada pelo Decreto 1.232-F, de 2 de janeiro de 1891, trouxe grande transformação na organização do ensino no País. Criaram-se novas cadeiras nas Faculdades de Direito e se imprimiu "caráter mais consentâneo com os ideais do tempo, à concepção geral do ensino jurídico. Pela primeira vez se teve, no mundo oficial, a compreensão da real importância da história e da legislação comparada, como elementos elucidativos da função social do direito" (Clóvis Beviláqua, *História da Faculdade de Direito do Recife*, I, 318).

Criou-se nessa reforma nova cadeira de Direito Comercial (a 1.<sup>a</sup>), lecionada no 3.<sup>o</sup> ano. Aquela para a qual fora designado Brasília dos Santos (2.<sup>a</sup>) passou a ocupar-se da parte de Falências e Direito Marítimo.

Para a cadeira de Comercial recém criada foi nomeado, por Decreto de 21 de março de 1891, Brasília Machado, o qual exercia, desde 18 de outubro de 1890, a cátedra de Filosofia do Direito. A Lei 314, de 30 de outubro de 1895, reorganizando o ensino das Faculdades de Direito, manteve, quanto ao Direito Comercial, a mesma organização: a 1.<sup>a</sup> cadeira de Direito Comercial constituía a 4.<sup>a</sup> cadeira do 3.<sup>o</sup> ano; a segunda cadeira (especialmente Direito Marítimo, Falência e liquidação judicial), era a 2.<sup>a</sup> cadeira do 4.<sup>o</sup> ano.

Filho do brigadeiro José Joaquim Machado de Oliveira e d. Leocadia Tomasia de Lima, nasceu Brasília Machado em São Paulo, a 4 de setembro de 1848. Concluindo preparatórios no Seminário Episcopal, matriculou-se nesta Faculdade em 1868, recebendo o grau de bacharel em 1872. Foi nesta Casa contemporâneo de Ruy Barbosa e Castro Alves. Logo após sua formatura, foi nomeado promotor público de Piracicaba, sendo removido para Casa Branca em 1876. Em 1883, defendeu teses e obteve o grau de doutor. Exerceu a presidência da Província do Paraná, de 17 de agosto de 1884 a 28 de agosto de 1885.

Aprovado em concurso, foi nomeado lente substituto por Decreto de 30 de junho de 1883, tomando posse a 7 de julho. Promovido a catedrático de Filosofia do Direito, por Decreto de 30 de setembro de 1890, tomou posse a 18 de outubro, sendo transferido para a 1.<sup>a</sup> cadeira de Direito Comercial por Decreto de 21 de março de 1891.

A reforma Rivadávia, em 1911, criou o Conselho Superior do Ensino, com sede no Rio de Janeiro, sendo Brasília Machado designado seu presidente. Falteu no exercício desse cargo a 5 de março de 1919.

Católico fervoroso, foi agraciado pela Santa Sé com o título de Barão. Foi um dos fundadores da Academia Paulista de Letras, de que foi o primeiro presidente, ocupando a cadeira n. 1, que tem como patrono o brigadeiro Machado de Oliveira. Poeta exímio, publicou *Madressilvas* (1876) e *Perpétuas* (1882). Mas foi sobretudo orador, dos maiores de seu tempo, colhendo incontáveis triunfos na tribuna judiciária e como conferencista. Algumas de suas orações constam de um volume de *Discursos*, sendo muitas delas reproduzidas em apêndice por Alcântara Machado, no livro que escreveu sobre seu pai.

Era partidário da unificação do direito privado, tendo sido publicada, em 1897, a aula inaugural que proferiu sobre a matéria. Em 1906 foram editadas

apostilas de seu curso de Direito Comercial, sendo as aulas taquigrafadas por Augusto Moreira Soares. Também a *Revista da Faculdade de Direito*, v. 49, publicou os resumos das lições de Brasília de autoria do estudante Waldemar Ferreira.

Com o falecimento de Brasília dos Santos, em 1901, ascendeu à cátedra de Direito Comercial Gabriel José Rodrigues de Rezende, que foi o meu mestre nessa disciplina. Era filho do dr. Joaquim Leonel de Rezende Alvim e d. Vitalina Moraes de Rezende. Nasceu em Campanha, Estado de Minas Gerais, a 21 de agosto de 1869. Estudou a princípio com seu pai, depois no Externato Jasper, do Rio de Janeiro, concluindo seus preparatórios no Curso Anexo desta Faculdade.

Aqui se matriculou em 1888, recebendo o grau de bacharel a 7 de novembro de 1891. Nomeado juiz substituto de Itu, não exerceu o cargo. A partir de 1893, advogou com seu sogro, o professor Sá e Benevides, antigo lente da cadeira de Direito Natural, jubilado por Decreto de 18 de setembro de 1890.

Gabriel de Rezende submeteu-se a concurso para lente substituto da Sexta Seção, sendo nomeado para esse cargo por Decreto de 9 de agosto de 1897, passando a catedrático de Direito Comercial por Decreto de 18 de maio de 1901. Faleceu a 18 de maio de 1923. Deixou publicado um volume: *Curso de Falências*, São Paulo, 1912. Além do magistério, militou na política, sendo eleito senador estadual em 1916.

Homem simples e acolhedor, era estimado por seus alunos. De uma feita, submeteu-se a exame oral o meu colega de turma Atos Ribeiro, que compareceu fardado, pois prestava serviço militar no 43.º Batalhão de Caçadores. “— O senhor é soldado?” inquiriu o professor. E Atos respondeu: “— Sim, excelência. E como vossa excelência sabe, é lícito aos soldados ignorar o direito”... A tirada valeu-lhe dispensa do exame, com aprovação plena...

Na vaga aberta com o falecimento de Brasília Machado, em 1919, assumiu a cátedra Frederico Vergueiro Steidel a 7 de maio, nomeado que fora por Decreto de 9 de abril.

Frederico Vergueiro Steidel nasceu em São Paulo a 21 de fevereiro de 1867, sendo filho de Ernesto Conrado Steidel e d. Balbina Vergueiro Steidel. Seus primeiros estudos foram feitos com seus pais, prosseguindo-os no Colégio Morretzesohn. Matriculou-se nesta Faculdade em 1882, recebendo o grau de bacharel a 15 de novembro de 1887. Advogou em Santos com seu tio José da Silva Vergueiro, sendo promotor público naquela Comarca até 1891. Transferiu então residência para esta Capital, disputando em concurso o cargo de lente substituto da Sexta Seção, sendo nomeado por Decreto de 17 de maio de 1902, tomando posse a 26 do mês seguinte, quando recebeu o grau de doutor.

Professor severo e justiceiro, foi um dos fundadores e presidente da Liga Nacionalista, de tão largo prestígio pelas campanhas cívicas que empreendeu. Foi também um dos fundadores da Sociedade de Cultura Artística e do Liceu Franco-Brasileiro, sendo agraciado pelo Governo Francês como “*Officier de l’Instruction Publique*”.

Além de numerosos memoriais forenses, deixou publicadas algumas preleções sob o título *Das Falências*, em dois fascículos editados pela Casa Vanorden, em 1915. Faleceu a 23 de agosto de 1926.

Passando Vergueiro Steidel a catedrático, em 1919, houve concurso para a vaga de professor substituto da Sexta Seção. Inscreveram-se três candidatos:

Octávio Mendes, Waldemar Martins Ferreira e Plínio Balmaceda Cardoso. Foram habilitados os dois primeiros, sendo nomeado para a vaga existente Octávio Mendes, por Decreto de 2 de junho de 1920, passando a catedrático por Decreto de 21 de julho de 1923, na vaga aberta com a morte de Gabriel de Rezende. Waldemar Ferreira, nomeado livre-docente da cadeira de Direito Comercial em portaria de 6 de maio de 1925, assumiu a regência interina da 1.<sup>a</sup> cadeira dessa disciplina com o falecimento de Vergueiro Steidel. Aberto concurso para a vaga de catedrático, disputou-a Waldemar Ferreira, sendo nomeado por Decreto de 24 de outubro de 1927, empossando-se a 3 de novembro, quando recebeu o grau de doutor.

Octávio Mendes nasceu em Campinas, neste Estado, a 12 de abril de 1869, sendo filho do major Manuel Francisco Mendes e d. Leopoldina da Cunha Mendes. Fez o curso de humanidades no Colégio Culto à Ciência, de sua terra natal, matriculando-se nesta Faculdade em 1885, tendo se bacharelado a 5 de novembro de 1889. Foram seus colegas de turma entre outros, Afonso Arinos, Paulo Prado, Herculano de Freitas, Mendes Pimentel, João Luís Alves, Carlos Peixoto Filho, Edmundo Lins, Afonso Fraga, Horácio Sabino, Francisco de Paula e Silva, Afonso José de Carvalho, José Augusto Pereira de Queiroz. Ao tempo de estudante trabalhou na redação *d'A Província de São Paulo*.

Nomeado, em 1890, procurador da República em São Paulo, foi, no ano seguinte, designado promotor público em Campinas, cargo que deixou, em 1893, para exercer as funções de juiz de direito de Sorocaba. Abandonando a magistratura, em 1895, abriu escritório de advocacia nesta Capital, onde se manteve até a sua morte. Só mais tarde, com a idade de 50 anos, se dispôs a disputar uma cadeira nesta Casa, onde foi, como vimos, professor substituto e catedrático.

Hemiplégico há vários anos, isso não impediu sua assiduidade às aulas e às demais funções, nesta Academia. Em carta a seu filho Octávio, interno em um colégio de Santa Catarina, assim lhe escrevia, a 3 de agosto de 1921, a respeito das aulas: "Era um dever que me dava muito trabalho, mas que cumpria gostosamente. E os meus alunos parece que estavam contentes comigo, reconhecendo o esforço que fazia para lhes dar boas preleções". E de Roma, em 1922, escrevia um dia para o filho: "Imagine que acaba, neste momento, de me vir visitar aqui no hotel e de ter uma grande conversa comigo, o professor Vivante, o grande Vivante! Quando eu imaginaria que teria a honra de receber em minha casa a visita do grande mestre? Pois aqui esteve conversando largamente comigo, sobre política, sobre o fascismo, sobre o ensino do direito em São Paulo. E acabou me convidando para ir jantar com ele amanhã, o que não aceitei por me ser muito difícil, pois preciso levar comigo os dois que me carregam"...

Assisti uma vez, em dia de concurso, a chegada de Octávio Mendes à Academia. Cortou-me o coração ver aquele mestre, retirado do automóvel nos braços de dois homens, ser colocado numa cadeira de rodas e assim levado à sala n. 2, onde se realizaria a arguição. Foi por isso que a Associação de Auxílio à Criança Defeituosa querendo ficasse na sede, como estímulo e como exemplo, a effigie de dois grandes homens, que não se deixaram dominar pela miséria de sua incapacidade física, inaugurou os bronzes com as figuras de Bernardo de Vasconcelos e Octávio Mendes. O elogio do primeiro coube ao Senador Milton Campos; a mim me coube traçar o perfil do segundo.

Além de outros trabalhos por mim referidos nessa oportunidade, deixou Octávio Mendes três monografias, que foram dissertações de concurso: *Da*

*posição jurídica do debenturista em face da falência; Os sócios de responsabilidade ilimitada de uma sociedade mercantil são comerciantes? Da hipoteca naval no Brasil.* E dois volumes: *Direito Comercial Terrestre e Falências e Concordatas*, além de uma excelente monografia sobre *Títulos de Crédito*.

Faleceu Octávio Mendes a 12 de novembro de 1931. Assumiu a regência da cadeira, interinamente, o livre-docente Honório Fernandes Monteiro. Aberto concurso para provimento do cargo de professor catedrático, realizaram-se as provas em agosto de 1933, sendo classificado em primeiro lugar o bacharel Ernesto de Moraes Leme, nomeado por Decreto de 19 de fevereiro de 1934 e empossado a 17 de março, recebendo o grau de doutor. Aposentado a 30 de dezembro de 1966, ao completar setenta anos de idade, foi seu sucessor o professor Oscar Barreto Filho, que ilustra a Congregação da Faculdade com o brilho de seu talento.

Conheci Waldemar Ferreira no dia de sua formatura, a 2 de dezembro de 1908. Completava justamente 23 anos, pois nascera em Bragança, neste Estado, a 2 de dezembro de 1885. Foram seus pais João Crisóstomo Martins Ferreira e d. Petronilha de Oliveira Ferreira. Seus conterrâneos lhe prepararam festiva recepção no Clube Literário e Recreativo, sendo ele saudado por seu colega e amigo Nicoláu Asprino Júnior.

Os estudos primários, fê-los Waldemar Ferreira em Bragança, no Colégio da professora d. Mariana Aires; os secundários no Colégio Nogueira da Gama, de Jacareí, onde recebeu o grau de bacharel em ciências e letras em 1904, matriculando-se em seguida nesta Faculdade, bacharelado-se em 1908. A sua turma deu a esta Faculdade outros dois professores: Antônio de Sampaio Doria e Alvino Lima.

Iniciou o exercício da advocacia em sua terra natal, reorganizando a excelente biblioteca do Clube Literário e preparando o seu catálogo, ao qual muitas vezes recorri, em meu tempo de menino, à procura de obras que me interessavam no magnífico acervo existente.

Por volta de 1911, transferiu domicílio para esta Capital, advogando em companhia de Florivaldo Linhares. Iniciou colaboração na *Revista do Comércio e Indústria*, órgão do Centro de Comércio e Indústria de São Paulo, publicado sob a direção do dr. Simeão Stylita Júnior e de que era redator-chefe o dr. Clóvis Ribeiro. Aí se estamparam os seus primeiros pareceres de Direito Comercial, reunidos em 1919 no volume *Manual do Comerciante*, do qual se publicaram três edições. Nesse mesmo ano saíram os *Estudos de Direito Comercial*, edição de Olegario Ribeiro & Cia. E também se publicaram as três dissertações, com que concorreu ao concurso de professor substituto da cadeira — *O menor comerciante, Os credores privilegiados e o direito de requerer a falência, A hipoteca naval no Brasil*.

Promulgada a Lei 3.708, de 10 de janeiro de 1919, sobre sociedades por quotas, o volume 6.º da *Revista de Comércio e Indústria* (1919) publicou longo estudo de Waldemar Ferreira sobre a matéria, trabalho esse que a *Revista Jurídica* (volume 17), transcreveu e do qual a Livraria Universal, de Pelotas, tirou edição especial. Foi o arcabouço do livro *Sociedade por quotas*, publicado em 1925. Já Waldemar Ferreira fora um dos fundadores, em 1917, do Instituto dos Advogados e da Liga Nacionalista. Em 1926, foi um dos fundadores do Partido Democrático.

Livre-docente da cadeira de Direito Comercial por Portaria de 6 de maio de 1925, professor catedrático a 24 de outubro de 1927 e empossado a 3 de novembro, foi aposentado por implemento de idade em 1955. E prosseguiu em sua atividade de advogado, de político e de escritor. Advogado, foi dos maiores de seu tempo; político, militou nas fileiras do Partido Democrático, do Partido Constitucionalista, da União Democrática Nacional; escritor, deixou extensa bibliografia em que se alinham, ao lado de obras jurídicas nos vários ramos do direito, conferências e discursos literários. Quando jovem, escreveu alguns versos; mas, a poesia não era a sua vocação: não estão à altura de seus méritos como prosador. Recebeu, como jurista, a Medalha Teixeira de Freitas, instituída pelo Instituto dos Advogados Brasileiros e o Prêmio Moinho Santista, em 1958. O Instituto dos Advogados Brasileiros também o galardoou com o título de membro honorário, honraria essa apenas concedida a Ruy Barbosa, Clóvis Beviláqua e Carvalho de Mendonça.

Nomeado Secretário da Justiça do governo Pedro de Toledo, a 23 de maio de 1932, coube a Waldemar Ferreira a mais alta responsabilidade na eclosão e desenvolvimento da Revolução Constitucionalista. Com a vitória da ditadura, foi preso e enviado para o Rio de Janeiro com os seus colegas de Secretariado, e o governador deposto, seguindo para o exílio com os seus companheiros de ideal, fixando-se a princípio em Lisboa, depois em Paris, retornou à Pátria dois anos depois.

Em Portugal, foi convidado pelo professor Caeiro da Mata, Reitor da Universidade de Lisboa, para realizar uma série de conferências na Faculdade de Direito. E há um curioso episódio inédito, que tenho a satisfação de relatar. Waldemar Ferreira externando ao Reitor a grande honra que teria em aceitar esse convite, fez a seguinte ponderação: era um exilado político e não desejava criar problemas ao Governo Português. Assim, sugeria ao Reitor ouvisse previamente o embaixador brasileiro.

Era representante do Brasil em Portugal o antigo deputado José Bonifácio que declarou ser o convite formulado ao professor brasileiro uma honra para o seu País. Recebendo, porém, mais tarde instruções em contrário do Itamarati, procurou impedir que o curso de conferências se realizasse, o que foi repellido pelo Reitor. "Senhor embaixador," disse ele, "eu tive a cortesia de consultá-lo previamente a respeito; agora, o professor Waldemar Ferreira já aceitou o convite e vai realizar as conferências, sejam ou não sejam do agrado de seu Governo." E as conferências se realizaram, constituíram um autêntico sucesso e foram reunidas no volume *Diretrizes do Direito Mercantil Brasileiro*. No encerramento delas, Waldemar Ferreira recebeu o título de doutor *honoris causa* pela Faculdade de Direito. Mais tarde, foi eleito membro da Academia de Ciências de Lisboa.

Retornando ao Brasil, foi eleito deputado federal por São Paulo, sendo líder de sua bancada e presidente da Comissão de Constituição e Justiça. Grande trabalhador, empregou o melhor de seus esforços para a maior perfectibilidade de nossa legislação. Haja vista o projeto de Código das Sociedades Comerciais, que apresentou como substitutivo ao projeto de lei de Sociedades Anônimas, de Gudestev de Sá Pires; os seus estudos a respeito da Justiça do Trabalho; e o seu projeto sobre loteamentos e a venda de terrenos em prestação, integralmente

aproveitado pela ditadura, que o converteu no Decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937.

Professor devotado ao exercício de seus deveres no magistério começou a desenvolver a sua obra sistemática com os dois volumes do *Curso de Direito Comercial* (1927), passando após para as *Instituições de Direito Comercial*, até atingir a sua obra máxima — o *Tratado de Direito Comercial*, em quinze volumes, de que assistiu em vida à publicação dos doze primeiros. Havia recebido as provas do 13.º volume, quando teve, em abril de 1964, um derrame parcial. Compreendeu que o seu fim estava próximo. Passou às minhas mãos as provas recebidas, pedindo-me cuidasse da publicação dos últimos volumes. E os três derradeiros volumes do *Tratado* foram publicados sob a minha responsabilidade.

O mal foi se agravando lentamente até prostrá-lo em definitivo, trazendo-lhe a morte a 10 de agosto do mesmo ano. Um dia teve uma crise cardíaca e pensou que ia morrer. Mandou que sua filha Wandina me chamasse, com urgência. Meu telefone estava em comunicação, pelo que não atendi imediatamente. Ele, preocupado, falou à filha, com desespero: “chame logo o Ernesto, senão não dá tempo”... Assim que recebi o recado segui para a casa de Waldemar, à rua Espéria. Encontrei-o ofegante. — “Você quer falar comigo?” indaguei. Fez um movimento afirmativo de cabeça e apontou um livro, que estava sobre a mesa de cabeceira: era um volume de leis, onde estava marcada a página em que se encontrava o Decreto 52.090, de 4 de junho de 1963, sobre corretores de navios... Mesmo imaginando a morte iminente, não queria que seu livro ficasse desatualizado... Perguntei-lhe se queria que fizesse referência a esse decreto e ele me fez sinal afirmativo com a cabeça.

No dia seguinte, já mais calmo e ainda podendo falar (o que não acontecia nos últimos tempos), recomendou-me pusesse no 13.º volume uma nota sobre o assunto; se não coubesse, cuidasse da matéria em apêndice. Nota não cabia: os corretores de navio eram estudados no 12.º volume. Daí o apêndice, constante do 13.º volume, páginas 753 a 755...

Quando este volume apareceu, o mestre já havia falecido. Escrevi então a *Nota preliminar* dele constante e publicada como sendo dos editores. São dela estas palavras, que reafirmo convictamente:

“O *Tratado de Direito Comercial* constitui o fecho de sua fulgurante carreira de jurista. Com ele se reafirma o juízo dos mestres, que alçavam seu eminente autor como o maior dos comercialistas brasileiros contemporâneos.

“Porque em verdade, como já se assinalou, a história do Direito Comercial no Brasil se divide em três fases distintas:

- a de José da Silva Lisboa, Visconde de Cairu (1756-1835);
- a de José Xavier Carvalho de Mendonça (1861-1930);
- a de Waldemar Martins Ferreira (1885-1964)”.

Transferida a Faculdade de Direito para o Estado de São Paulo, pelo Decreto federal 24.102, de 10 de abril de 1934, a Congregação ofereceu ao Governo um projeto de Regulamento, que foi aprovado pelo Decreto estadual 6.429, de 9 de maio. Nele se criou uma terceira cadeira de Direito Comercial, para a qual foi nomeado o livre-docente Honório Fernandes Monteiro, por Decreto de 3 de julho de 1934. Aprovado no concurso de catedrático, realizado em agosto de 1933, foi

nomeado livre-docente dessa disciplina em portaria de 10 de dezembro de 1934, Sebastião Soares de Faria.

Criou-se também na Faculdade o Curso de Doutorado. Para a cadeira de História do Direito Nacional foi nomeado o professor Waldemar Ferreira. Dedicando-se com amor a essa disciplina, publicou ainda a *História do Direito Brasileiro*, em quatro volumes, a *História do Direito Constitucional Brasileiro* e o *Direito Público Colonial*. Realizou ainda Waldemar Ferreira um curso de conferências em Havana, em 1953, na Academia Interamericana de Direito Comparado e Direito Internacional, conferências essas enfeitadas no volume *A sociedade de economia mista em seu aspecto contemporâneo*.

Aposentado por Decreto de 26 de março de 1956, a Congregação da Faculdade conferiu-lhe o título de Professor Emérito, a 3 de abril do mesmo ano.

Honório Fernandes Monteiro, primeiro titular da 3.<sup>a</sup> cadeira de Direito Comercial, nasceu em Araraquara, neste Estado, a 25 de junho de 1894. Era filho de José Fernandes Monteiro e d. Alexandrina Vieira Monteiro.

Feitos os estudos preliminares em sua terra natal, matriculou-se no Ginásio do Estado, em Campinas, onde concluiu o curso de humanidades. Matriculou-se então no curso de direito, da Universidade de São Paulo, fundada por Eduardo Guimarães, transferindo-se no 3.<sup>o</sup> ano para a Faculdade de Ciências Jurídicas, do Rio de Janeiro, cursando o 5.<sup>o</sup> ano nesta Faculdade, pela qual se bacharelou em 1919. Durante o tempo de estudante, foi auxiliar de escritório dos advogados Waldemar Ferreira e Florivaldo Linhares.

Em 1929, inscreveu-se em concurso para a livre-docência de Direito Comercial, foi habilitado, tendo apresentado duas dissertações: *Da mulher casada comerciante* e *Dos efeitos jurídicos da sentença declaratória da falência*. Para o concurso de catedrático, em 1933, ofereceu brilhante dissertação sobre *O crédito bancário confirmado*. Como livre-docente, regeu as duas cadeiras de Direito Comercial, então existentes, em substituição aos professores Octávio Mendes e Waldemar Ferreira. Criada a 3.<sup>a</sup> Cadeira de Direito Comercial, no Regulamento aprovado pelo Decreto 6.429, de 9 de maio de 1934, Honório Monteiro nela foi provido, por Decreto de 3 de julho seguinte. Em 1944, foi diretor desta Faculdade.

Em 1945, foi eleito deputado à Assembléia Constituinte, sendo posteriormente presidente da Câmara dos Deputados. Em 1948, no Governo Eurico Gaspar Dutra, foi nomeado Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, exercendo também interinamente a pasta da Justiça.

Retornando a São Paulo e a esta Faculdade, foi eleito seu representante no Conselho Universitário. Lecionou também Direito Político na Faculdade de Filosofia de São Bento e Direito Comercial na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Aposentado compulsoriamente na cátedra de Direito Comercial desta Faculdade, por haver atingido o limite de idade, em 1964, recebeu o título de professor emérito, vindo a falecer a 2 de fevereiro de 1969. Substituiu-o na cátedra o professor Philomeno Joaquim da Costa.

Com a aposentadoria do professor Waldemar Ferreira, em 1956, foi aberto concurso para a sua vaga, a ela concorrendo os drs. Sílvio Marcondes Machado,

Philomeno Joaquim da Costa e Oscar Barreto Filho. Foi nomeado o primeiro, que tomou posse a 17 de agosto de 1957.

Nascido nesta Capital a 7 de fevereiro de 1906, fez os estudos primários na Escola Modelo Caetano de Campos e estudou humanidades no Colégio Anchieta, em Nova Friburgo. Bacharelou-se nesta Faculdade em 1929.

Em março de 1941, concorreu à livre-docência de Direito Comercial com a tese sobre a *Sociedade de responsabilidade limitada*. Regeu numerosas vezes as cadeiras dessa especialidade, em substituição aos catedráticos respectivos.

Com os professores Filadelfo Azevedo, Hahnemann Guimarães, Noé Azevedo, Joaquim Canuto Mendes de Almeida e dr. Luis Lopes Coelho, integrou a Comissão Ministerial incumbida da elaboração do anteprojeto da Lei de Falências. Também fez parte da Comissão Elaboradora e Revisora do Anteprojeto de Código Civil, cabendo-lhe especialmente a parte relativa à Atividade Negocial. Dirigiu a *Revista Judiciária*, sendo também redator da *Revista de Direito Mercantil* fundada por Waldemar Ferreira.

Entre seus numerosos trabalhos jurídicos cumpre destacar a *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*, tese de concurso para a cátedra e *Problemas de Direito Mercantil*, volume de 452 páginas, em que reuniu magníficas monografias dessa especialidade. Aposentou-se, pela compulsória em 1976.

Na vaga aberta com a aposentadoria de Honório Monteiro, em 1964, foi provido o professor Philomeno Joaquim da Costa, nascido em Piracicaba a 10 de outubro de 1904. Foram seus pais o capitão José Joaquim da Costa e d. Melania Pinelli da Costa. Bacharelou-se nesta Faculdade em 1929.

Em concurso levado a efeito nesta Casa para a vaga de professor catedrático apresentou a monografia *Autonomia do Direito Comercial*, o mais completo trabalho existente em nossa literatura sobre o assunto. Obteve então a livre-docência. Em novo concurso, para provimento da vaga aberta com a aposentadoria do professor Honório Monteiro, atingiu a cátedra, em novembro de 1965, tomando posse de seu cargo a 10 de março de 1966. Nessa oportunidade a sua dissertação foi sobre *Operações da anônima com as ações de seu capital*. Em sua extensa bibliografia também se inscreveu o volume sobre *Partes beneficiárias*, escrito em homenagem a Tullio Ascarelli, para os *Studi in Memoria di Tullio Ascarelli*, publicados pela Casa Giuffrè, de Milão.

O professor Philomeno Joaquim da Costa foi delegado do Instituto dos Advogados de São Paulo e da Associação dos Advogados, na VII Conferência Interamericana de Advogados, em Montevidéu, em 1954, fez parte da Comissão Executiva das IV Jornadas Franco-Latino-Americanas realizadas em São Paulo, relatando a tese sobre *Regime das Sociedades Financeiras*.

Catedrático de Direito Comercial e diretor da Faculdade de Direito Mackenzie, (1964-1965), foi também Reitor dessa Universidade.

Como catedrático desta Faculdade, foi aposentado, ao completar setenta anos de idade em 1974.

Entre os mestres de Direito Comercial desta Casa teríamos a glória de contar com o maior de todos — José Xavier Carvalho de Mendonça, nomeado professor substituto por Decreto de 2 de janeiro de 1891, tomando posse no dia 19. Solicitou, porém, exoneração do cargo a 31 de março, o que lhe foi concedido por Decreto de 11 de abril de 1891. O grande mestre recebeu, porém,

*post mortem*, por ocasião do centenário de seu nascimento, o título de professor honorário, a mais alta dignidade conferida por esta Faculdade e anteriormente apenas outorgada a Ruy Barbosa e a Clóvis Beviláqua.

Cumpra também lembrar aqui a personalidade de Tullio Ascarelli, insigne mestre de Bolonha e a quem as contingências políticas obrigaram a emigrar para o Brasil. Aqui chegou com uma carta de Cesare Vivante para Waldemar Ferreira. Esta Faculdade acolheu-o carinhosamente em 1941, dando-lhe ensejo de realizar aqui cursos de sua especialidade. Disso jamais se olvidou. E quando anos depois veio a falecer, já professor da Universidade de Roma, recomendou a família enviasse a sua biblioteca jurídica para a Faculdade de Direito de São Paulo. Esse precioso acervo se encontra no Instituto Brasileiro de Direito Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli.

Extintas estão as cátedras, passamos dos lentes proprietários e substitutos da Lei de 11 de agosto de 1827, para os professores titulares e adjuntos. Criaram-se os Departamentos e neste Departamento de Direito Comercial, a alta direção do ensino e da pesquisa está confiada a dois mestres eminentes, os professores Oscar Barreto Filho e Fabio Konder Comparato que, com a colaboração do professor adjunto Mauro Brandão Lopes, dos livres-docentes e assistentes doutores, dedicam-se devotadamente a seu mister, perquirindo os árduos problemas que surgem no campo do Direito Mercantil.

A 17 de março de 1934 um moço, cheio de entusiasmo, prestava seu compromisso de professor. Dois dias após, no Automóvel Clube, em homenagem de seus amigos, ao agradecer a saudação de seu mestre, professor José Manuel de Azevedo Marques, evocava a sombra dos que passaram por esta cadeira.

“... Estonteado e medroso, vejo que desfila, pelos gerais do antigo convento, a caravana dos lentes já mortos: Falcão Senior, a fisionomia fechada, o olhar penetrante e agudo, trazendo, no fundo do peito, um segredo jamais revelado; Antonio Carlos, portador de um nome que é um símbolo da nacionalidade, terçando armas, com seus alunos, na “Loja América”, em torno da questão servil; Brasília dos Santos, de uma eloquência sedutora, preocupado com os lineamentos da Constituição da nascente República; Brasília Machado, alto e majestoso, a fronte escampa, artista da palavra, que tinha em seus lábios mágicos encantos; Gabriel de Rezende, a barba nazarena, o olhar sereno, a boca sempre aberta num sorriso de bondade; Vergueiro Steidel, grave no falar, rosto fechado para os que não o conheciam, coração franqueado a todas as amizades fiéis; Octávio Mendes, empurrado em sua cadeira de paraplégico, cujas carretilhas provocavam um som cavo nos corredores, testemunhas de sua assiduidade e do seu sacrifício...”

“A caravana se perde ao longe na bruma, que se esgarça. O sol volta a doirar as lajes do pátio. Sobre o túmulo de Júlio Franck, um pássaro se assenta entoando loas à vida”...

Mais dois mestres se incorporaram nessa caravana: Waldemar Ferreira e Honório Monteiro. Um dia, próximo ou remoto, também tomarei parte nesse desfile. Mas vós aqui ficais. Como na corrida de archotes de Lucrecio, quando alguém tomba exausto na caminhada, há sempre um efebo para empunhar a flama votiva. Assim, o facho da tradição acadêmica jamais se apaga nesta Casa. A luz que aqui se acendeu a 1.º de março de 1828, na lição de sapiência de Avelar Brotero, permanece viva no coração de todos nós.

(30 de abril de 1977).



# DO REGIME LEGAL DA VENDA DAS AÇÕES DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA PERTENCENTES À UNIÃO FEDERAL

ARNOLDO WALD

A venda de ações de sociedades de economia mista pertencentes à União Federal constitui exercício regular de direito. A lei criou, para tais alienações, um regime próprio (arts. 60 e 61 da Lei 4.728/65), distinto do existente para as demais ações. No caso, o Banco Central do Brasil funciona simultaneamente como agente financeiro da União e como órgão controlador do mercado de capitais, dispensando-se qualquer formalidade não prevista em lei.

Constituindo as disposições acima referidas normas de direito especial, continuam em vigor depois da promulgação das Leis de ns. 6.404/76 e 6.385/76, pois estas não contêm regras explícitas sobre o assunto. A lei geral posterior não revoga a lei especial anterior (art. 2, § 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Estando em plena vigência os arts. 60 e 61 da Lei 4.728, só ao Banco Central do Brasil cabe participar dessas vendas, determinando o modo pelo qual devem ser realizadas. E, pois, incompetente para regulamentar a matéria a Comissão de Valores Mobiliários, já que foi mantida a competência residual do Banco Central do Brasil com referência ao mercado de capitais (art. 3.º, parágrafo único da Lei 6.385/76).

*Ad argumentandum*, qualquer regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários deveria obedecer à orientação do Conselho Monetário Nacional (art. 8 da Lei 6.385) que decidiu determinar a venda, sem impor qualquer restrição, que não poderia ser estabelecida pelo órgão hierárquico inferior.

A Carta Circular 303 é mera instrução da Comissão de Valores Mobiliários às Bolsas, que, não tendo sido publicada, não se caracteriza como norma jurídica, pois a publicação é requisito de eficácia e moralidade da lei e do ato administrativo.

A Carta Circular somente é válida se atendidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos legalmente estabelecidos, não podendo conflitar com normas jurídicas de hierarquia superior. O respeito ao princípio da constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos administrativos é essencial à manutenção do Estado de Direito. A lei em sentido formal só pode ser modificada por outra lei ou por Decreto-lei e não por Carta Circular.

O art. 170 da Constituição estabelece a equiparação das sociedades de economia mista às demais companhias, mas não determina que o comportamento do acionista controlador (pessoa jurídica de direito público) esteja sujeito às mesmas normas que os demais controladores. Ao contrário, a própria legislação e a Consultoria-Geral da República reconhecem que existem normas próprias que incidem sobre a pessoa jurídica de direito público quando controladora de sociedades de economia mista.

A venda de ações pela União Federal só encontra limites na legislação específica acima referida (arts. 60 e 61 da Lei 4.728) não podendo sofrer qualquer outra restrição, a não ser em virtude de texto expresso de lei ou decreto-lei. Se alguma regulamentação fosse admissível no caso, caberia ao Banco Central do Brasil por ser o órgão incumbido legalmente de participar da venda, na sua dupla qualidade de agente financeiro do Governo e órgão de fiscalização do mercado.

“Le règlement, est bridé par la loi en ce sens que toute disposition réglementaire en contradiction, soit avec les termes d'une loi, soit avec l'esprit de

la loi, soit avec une liberté définie consacrée par une loi, est frappés d'illegalité.

Il faut entendre par liberté définie une liberté dont on ne s'est pas borné à poser le principe, mais dont on a défini les limites". Maurice Hauriou, (*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 8.<sup>a</sup> ed., p. 60).

"Sempre que um órgão administrativo, autárquico ou não, expede um regulamento sobre matéria já disciplinada em lei, depara-se-nos o problema da perfeita adequação do regulamento ao texto da lei. E isso porque, sendo o regulamento uma simples particularização ou desenvolvimento da lei, a cujo espírito deve incondicional obediência, será ilegal, e portanto inaplicável, a disposição regulamentar que se puser em oposição ao comando do legislador, seja por contradizê-lo, seja por alargar ou reduzir o âmbito de suas palavras". F. C. de San Tiago Dantas (*Problemas de Direito Positivo — Estudos e Pareceres*, Ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1953, p. 207).

## I. Introdução

1. John Kenneth Galbraith assinalou que os bancos comerciais costumam irritar-se com a função fiscalizadora do Banco Central, que restringe a expansão do crédito e exige que se mantenha uma proporção adequada entre os empréstimos feitos e os depósitos recebidos. Por outro lado, esses mesmos bancos reconhecem a importância e a necessidade da existência de uma agência governamental que, nos momentos de crise, quando um número excessivo de pessoas comparece para retirar dinheiro das instituições financeiras, possa funcionar como fonte de salvação. Esquecem-se, conclui Galbraith, que não desempenhando uma das suas funções, não poderia o Banco Central exercer a outra.<sup>1</sup>

2. *Mutatis mutandis*, é o que também acontece no mercado de capitais, nos países em fase de desenvolvimento, nos quais as maiores empresas de capital aberto são as sociedades de economia mista. De fato, foi o Estado que constituiu essas companhias, abriu o capital das mesmas, elaborou as regulamentações necessárias, combateu as fraudes e irregularidades e assegurou a liquidez ao mercado. Quando o Estado pretende desfazer-se de parte de suas ações, usando a estrutura do mercado que foi por ele organizado e obtendo recursos, em virtude da transferência de parte de suas ações aos particulares, mediante uma progressiva privatização das empresas mistas, pretende-se impedir essas operações exigindo um ritual que, de fato, importaria em retirar a liquidez das ações e obrigar a pessoa jurídica de direito público a sempre vender na baixa, realizando prejuízos para a própria coletividade.

3. Efetivamente, de acordo com a lei da oferta e da procura, a simples comunicação de vendas substanciais ou a progressiva realização de alienações contínuas, em lotes pequenos ou médios, tem, como consequência necessária, a baixa das ações, que seria sempre em detrimento do Tesouro Nacional e do interesse público. Assim sendo, como bem salientou, em recente artigo, o Min. Octávio Gouveia de Bulhões, a venda das ações pertencentes à União pode constituir uma fonte de recursos não inflacionários para o atendimento das necessi-

1. John Kenneth Galbraith, *Money-whence it came where it went*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1975, p. 71.

dades do país,<sup>2</sup> não se concebendo, pois, que interesses particulares, por mais respeitáveis que sejam, possam impedir a atividade legal do Governo Federal, na defesa de sua política monetária e na administração racional do seu patrimônio, tanto mais que as eventuais vendas realizadas pelo acionista controlador, quando é a União Federal, constitui uma das áleas inerentes ao jogo do mercado, no caso das sociedades de economia mista.

4. Os lucros obtidos e os prejuízos sofridos na Bolsa são o resultado de fatos e atos muitas vezes imprevisíveis que não implicam, necessariamente, em responsabilidade daqueles que ensejaram a alta ou a baixa das ações. A venda de ações pela União, constituindo, como provaremos, o exercício regular de um direito, não pode ser considerada como abuso ou desvio de poder. Conseqüentemente, dela não decorre qualquer responsabilidade das autoridades que determinaram a alienação dos títulos, descabendo qualquer apreciação na esfera administrativa ou judicial dos atos praticados. Quanto à conveniência da venda, é questão da alçada exclusiva do Ministro da Fazenda, que exerce na matéria, um verdadeiro poder discricionário, em virtude do que dispõe a própria lei.

5. Sem que caiba discutir os eventuais incidentes de execução, que não afetam a validade da decisão governamental de vender as ações da Companhia Vale do Rio Doce, verificaremos que a mesma não está eivada de qualquer vício e se enquadra perfeitamente na legislação vigente.

## II. Do regime legal de venda das ações da União de acordo com as Leis 4.595/64 e 4.728/65

6. A legislação que reformou o nosso sistema bancário e regulamentou, inicialmente, o mercado de capitais, em 1964 e 1965, deu uma competência muito ampla ao Banco Central, considerando-o como órgão emissor da moeda, controlador do crédito, fiscal dos mercados financeiros e de capitais e agente financeiro do Governo Federal, com poderes normativos, funções executivas e atribuições quase-judiciais. Na sua qualidade de agente do Tesouro, passou o Banco Central a efetuar a compra e venda de títulos de sociedades de economia mista e empresas do Estado, em virtude da determinação legal expressa contida no art. 11, inciso IV da Lei 4.595, de 31.12.1964. Trata-se, aliás, de incumbência que, também em outros países, cabe ao Banco Central, considerado não só como "banco dos bancos", mas, ainda, como verdadeiro caixa do Estado, do qual administra tanto os recursos internos como externos.<sup>3</sup>

7. Cabendo ao Banco Central fiscalizar tanto o mercado financeiro como o mercado de capitais, a Lei 4.728, de 14.7.1965, permitiu que o Governo Federal vendesse as ações pertencentes à União, desde que esta conservasse o

2. Octávio Gouveia de Bulhões, artigo intitulado "A engenhosidade do Ministro Galvêas", in *Jornal do Brasil* de 2.4.80, p. 11. No mesmo sentido o artigo de Herculano Borges da Fonseca, "O caso da Vale e a otimização do mercado de capitais", in *Jornal do Brasil* de 21.4.80.

3. Consulte-se Hans Aufricht, *La législation des banques centrales, étude comparative*, publicação do Centro francês de direito comparado, Paris, Éditions Cujas, 1965; *Huit banques centrales européennes*, Paris, Presses Universitaires de France, 1963, e Jean Pierre Patat, *Les banques centrales*, Paris, Sirey, 1972 e, no Brasil, Herculano Borges da Fonseca, *As Instituições Financeiras do Brasil*, Rio, Crown Editores, 1970.

controle das empresas mistas, devendo a venda ser realizada com a participação do Banco Central.

8. O art. 60 da mencionada lei, que, depois, foi alterado pela Lei 5.710, de 7.10.1971, ficou com a seguinte redação:

“Seção XII — Da alienação de ações das sociedades de economia mista.

Art. 60 — O Poder Executivo poderá promover a alienação de ações de propriedade da União representativas do capital social de sociedades anônimas de economia mista, mantendo-se 51% (cinquenta e um por cento), no mínimo, das ações com direito a voto, das empresas nas quais deva assegurar o controle estatal.

Parágrafo único — As transferências de ações de propriedade da União, representativas do capital social da Petróleo Brasileiro S.A. — Petrobrás — e de suas subsidiárias em território nacional, reger-se-ão pelo disposto no art. 11 da Lei 2.004, de 3 de outubro de 1953”.

9. Por sua vez, esclarece o art. 61, também com a nova redação que lhe deu a Lei 5.710, que:

“Art. 61 — O Conselho Monetário Nacional fixará a participação da União nas diferentes sociedades referidas no artigo anterior, ouvido o Conselho de Segurança Nacional nos casos de sua competência e no das empresas cujo controle estatal é determinado em lei especial.

§ 1.º — As ações de que tratam este artigo e o anterior, serão negociadas através do sistema de distribuição instituído no art. 5.º desta Lei, com a participação do Banco Central do Brasil, na forma do inciso IV do art. 11 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

§ 2.º — O Poder Executivo, através do Ministério da Fazenda, poderá manter no Banco Central do Brasil, em conta especial de depósitos, os recursos originários da alienação de ações de propriedade da União, representativas do capital social da sociedade referida no art. 60”.

10. Verificamos, pois, que, na realidade, a Lei 4.728, não se limitou a reconhecer a competência do Governo Federal para decidir a respeito da alienação das ações pertencentes à União, como ainda estabeleceu um regime legal próprio para essas vendas, incumbindo expressamente o Banco Central do Brasil de realizá-las, cabendo-lhe utilizar o sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários. As referências do art. 61 da Lei 4.728 aos arts. 5 do mesmo diploma e 11, inciso IV, da Lei 4.595, significam que o legislador pretendeu definir um regime específico para as vendas de ações pertencentes à União não se limitando a atribuir ao Poder Executivo — e de modo particular ao Ministro da Fazenda — o poder decisório, mas estabelecendo, ainda, uma rotina própria para a execução da venda, cuja negociação, em vez de ser realizada na forma prevista para as companhias privadas, passou a contar, “*ex vi leges*” com a participação do Banco Central (art. 61, § 1.º).

11. Conseqüentemente, é importante salientar, desde logo, a existência, na lei do mercado de capitais, de dois regimes de vendas de ações referentes, respectivamente, aos títulos pertencentes aos particulares e às ações de propriedade da União. A participação do Banco Central, neste último caso, em virtude de norma expressa, importou na criação de um regime legal especial, em decorrên-

cia da presença, na operação, do agente financeiro da União, que exercia simultaneamente, na época, o controle de mercado de capitais. Não se trata de simples detalhe operacional pouco relevante, mas de decisão do legislador que, destarte, criou uma forma especial de controle da negociação dessas ações, ao determinar que dela participasse, na qualidade de banqueiro do Governo, a própria autoridade fiscalizadora, cumulando assim as suas duas funções (de agente financeiro e de órgão de controle do mercado).

12. Ao fixar um regime especial para as vendas de ações pertencentes à União Federal, a lei afastou, no caso, as demais normas, que incidiam nas alienações das ações em geral. Tanto assim aconteceu que o legislador fez questão de explicitar, no art. 61, § 1.º, que o Banco Central tinha que utilizar o sistema de distribuição, pois, se a norma não o dissesse, essa instituição poderia fazer a venda diretamente, sem recorrer às entidades componentes do sistema, tendo entendido assim a lei que o Banco Central não fazia parte do sistema de distribuição.

13. Efetivamente, se assim não fosse, não se justificaria a remissão ao art. 5.º da Lei 4.728 e dever-se-ia entender que o próprio Banco Central poderia efetuar diretamente a venda das mencionadas ações.

14. É preciso salientar que esse regime especial, referente às vendas de ações pertencentes à União, não significa que as sociedades de economia mista não devesses obedecer às normas da lei sobre mercado de capitais, pois a exceção deve ser interpretada em sentido estrito. *O que o legislador pretendeu foi, tão-somente, estabelecer uma forma própria e um controle específico para a venda de ações pertencentes à União.* Para esta situação deu uma solução expressa, exigindo a *decisão do Poder Executivo (Ministro da Fazenda) e a negociação pelo Banco Central*, através do sistema de distribuição (art. 61, § 1.º). Ao estabelecer, na matéria, determinações explícitas, excluiu o legislador a aplicação, no caso, de todas as demais normas que deixaram assim de incidir sobre a espécie, de acordo com o princípio *inclusio unius fit exclusio alterius* (pela inclusão de uma norma, impõe-se a exclusão das outras).

15. Assim sendo, dentro da sistemática da Lei 4.728, todas as emissões necessitavam de registro prévio no Banco Central (art. 21) e essa norma se aplicava, também, às sociedades de economia mista, por inexistir qualquer comando legal em contrário. Por outro lado, o art. 16 da mesma lei, que foi invocado pelo Dep. Herbert Levy na Câmara,<sup>4</sup> estabelece uma equiparação, pela qual considera-se, também, como sendo uma emissão "a oferta ou negociação de títulos ou valores mobiliários pela pessoa natural ou jurídica que mantém o controle da sociedade emissora dos títulos ou valores mobiliários oferecidos ou negociados" (art. 16, § 1.º, alínea "c"). Nos termos do mencionado diploma legal e conforme bem argumentou o ilustre Deputado, o controlador deveria registrar a sua oferta no Banco Central, mesmo não se tratando de emissão propriamente dita, pois, ocorre, no caso, uma equiparação legal. Acontece, todavia, que tal norma não se aplica quando a venda é feita pela União Federal pois, na hipótese, de acordo com o art. 61, o Banco Central funciona como agente financeiro do Governo e o registro é dispensável por dois motivos, como veremos ao fazer a interpretação literal, lógica e sistemática da lei.

4. Ver os principais trechos dos debates na Câmara dos Deputados, in *O Globo*, de 26.3.1980, p. 28.

16. Em primeiro lugar, porque a regulamentação especial do art. 61 não se refere ao registro (art. 16), somente exigindo a participação do Banco Central e a utilização do sistema de distribuição. Em segundo lugar, *se o Banco Central participa da negociação, na sua qualidade de agente financeiro do Governo, é evidente que não caberia a exigência de registro prévio da oferta junto ao próprio Banco Central*, que, em termos lógicos e sistemáticos, não poderia ser o seu próprio fiscal e registrar, previamente, as operações que vão ser por ele encaminhadas. Ao negociar a venda, o Banco Central exerce, simultaneamente, as suas funções executivas e de controle, do mesmo modo que a Procuradoria-Geral da República, quando dá os seus pareceres, realiza, ao mesmo tempo, a sua missão de Ministério Público e de defensor da União. É incontestável que não há qualquer argumento lógico que possa justificar o registro prévio pelas autoridades monetárias de uma atuação do próprio Banco Central, que funciona como órgão controlador do mercado.

17. Assim sendo, concluímos que, na vigência dos arts. 60 e 61 da Lei 4.728, inexistente qualquer formalidade ou restrição para a venda das ações pertencentes à União Federal, a não ser as constantes dos mencionados artigos, que regulamentam a matéria de modo exaustivo. É, pois, legal a venda que tenha atendido ao disposto nos dois artigos referidos, sem que a União tenha que obedecer a qualquer outra norma.

18. Concluímos, pois, que a Lei 4.728 criou um regime especial para as vendas das ações pertencentes à União Federal, deixando de ser-lhes aplicáveis as normas que regulam as alienações dos títulos societários de outras companhias. Este regime especial só poderia ser modificado por uma lei que explicitamente tratasse das ações de propriedade do Poder Público, lei essa que, até o presente momento, não foi elaborada e, muito menos, promulgada.

### III. Da plena vigência dos arts. 60 e 61 da Lei 4.728

19. Essa situação criada pelas leis da reforma bancária e do mercado de capitais não foi modificada até agora pela legislação superveniente que, em momento algum, retirou do Banco Central a função de agente do Governo nas negociações de ações de sociedades de economia mista de sua propriedade, nem, tampouco, estabeleceu qualquer nova restrição ou condição para as vendas de ações pertencentes à União Federal.

20. Efetivamente, a Lei das Sociedades Anônimas tratou das sociedades de economia mista e reconheceu, expressamente, que as companhias abertas de economia mista estavam sujeitas à Comissão de Valores Mobiliários (art. 235, § 1.º), além de atribuir ao controlador das mesmas os mesmos deveres e responsabilidades que a legislação atribui aos demais controladores (art. 238). Essas duas normas merecem ser analisadas adequadamente.

21. Na primeira, o legislador sujeitou à Comissão de Valores Mobiliários as sociedades abertas de economia mista, mas não as vendas de ações realizadas pelos seus controladores. Os atos que podem ser fiscalizados ou controlados pela Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do art. 235, § 1.º, são exclusivamente os da sociedade anônima — e não os do controlador praticados fora da empresa. No caso específico da Companhia Vale do Rio Doce, a interpretação

do comando legal deve ser no sentido de caber à Comissão de Valores Mobiliários examinar os atos praticados por aquela companhia e não os do Governo Federal. A regulamentação administrativa não admite ampliações indevidas e o legislador não submeteu, naquele artigo, o controlador da companhia aberta de economia mista à autoridade da Comissão de Valores Mobiliários. Não se deve confundir os dois textos citados, pois o art. 235, § 1.º não comporta nenhuma referência ao controlador da empresa mista, de modo que a legislação da CVM não poderia abrangê-lo, com base no mencionado dispositivo, sem prejuízo do que veio a dizer a lei posterior, que será analisada oportunamente.

22. Por sua vez, o art. 238 atribui à União, no caso das sociedades de economia mista federais, os deveres definidos nos arts. 116 e 117 da Lei das Sociedades Anônimas, que se limitam a regulamentar os atos praticados com abuso de poder pelo controlador em relação à sociedade por ele controlada. Os deveres referidos no art. 116 e as responsabilidades mencionadas no art. 117 da Lei das Sociedades Anônimas se referem sempre ao uso do poder que o controlador exerce na companhia e não abrangem, com a devida vênia, as faculdades que possa ter de vender a terceiros ações, que não transferem o controle.

23. Verificamos, pois, que, pela Lei 6.404, de 15.12.1976, a União Federal, como acionista controlador, tem os deveres e responsabilidades dos arts. 116 e 117, que não afetam a venda de ações, e não está sujeita ao controle da Comissão de Valores Mobiliários nos atos de alienação, por ela praticados, em relação às suas participações societárias, pois, nos estritos termos da Lei 6.404, a regulamentação normativa da CVM somente alcança as sociedades de economia mista e não os seus controladores, conforme esclarece expressamente o art. 235, § 1.º. Não se alegue, por outro lado, que o legislador disse, no mencionado artigo, menos do que queria, tendo olvidado momentaneamente a existência do controlador. Ao contrário, verifica-se, que, logo em seguida, nos arts. 236 e 242, a lei se refere ao controlador para fixar adequadamente os seus direitos e deveres e até dimensionando-os, no caso da sociedade de economia mista, em termos mais amplos do que nas demais hipóteses, pois considerou a pessoa jurídica de direito público como solidariamente responsável pelos atos da empresa mista, numa discriminação que contraria a sistemática da lei. Fazemos essa referência para comprovar que, mesmo no espírito do legislador, não havia, na lei das sociedades anônimas, a completa equiparação da empresa mista e de seus controladores às demais companhias e aos respectivos controladores, estabelecendo-se naquele caso (da economia mista), um regime de responsabilidade agravada (art. 242 da Lei 6.404).

24. Finalmente, a Lei 6.385, de 7.12.1976, que criou a Comissão de Valores Mobiliários não revogou, expressa ou implicitamente, os arts. 60 e 61 da Lei 4.728, pois não se referiu, em nenhuma das suas disposições, às vendas de ações pertencentes à União Federal. Não há dúvida que, em virtude da mencionada lei, a Comissão de Valores Mobiliários passou a ter os poderes necessários para disciplinar e fiscalizar a emissão e negociação de ações (art. 1.º, I e II) e apreciar os eventuais atos ilegais de acionistas controladores (art. 4.º, II, "b"), assegurando a observância de práticas eqüitativas no mercado (art. 4.º, VII). É preciso, todavia, ponderar que a jurisdição atribuída à Comissão de Valores Mobiliários e que consta no art. 5.º da lei, evidentemente não abrange os atos praticados pelo Banco Central, que não participa, como já vimos, do rol das

instituições que integram o sistema de distribuição de valores mobiliários e que, do ponto de vista hierárquico, se coloca no mesmo nível que a CVM, estando ambos sujeitos, funcional e normativamente, ao Ministro da Fazenda e ao Conselho Monetário Nacional. É necessário salientar que a nova Lei (6.385) não tratou das vendas de ações pertencentes à União Federal, mantendo-se, pois, em vigor a legislação anterior (arts. 60 e 61 da Lei 4.728).

25. Em virtude do silêncio do novo diploma legal, passamos a ter uma regulamentação especial (para as ações pertencentes à União), que consta da Lei 4.728, e uma nova regulamentação geral para todas as outras ações, que encontramos na Lei 6.385/76. Assim sendo, é incontestável que a nova lei geral não revoga a lei especial anterior. Neste sentido, é clara a Lei de Introdução ao Código Civil, quando, no seu art. 2.º, § 2.º, determina que: “A lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

26. É manso e pacífico na doutrina brasileira e estrangeira que a lei especial não revoga a geral e que a geral não revoga a especial, salvo se explicitamente a ela se referir, alterando a situação do direito especial. Por outro lado, entende-se, como princípio de hermenêutica, que a interpretação sempre deve ser no sentido de não ampliar a revogação tácita em relação ao direito anterior, tanto assim que prevalece, em todas as legislações, o princípio de acordo com o qual “*legi speciali per generalem non abrogatur*”<sup>5</sup> (as leis especiais não são revogadas pelas leis gerais).

27. Cabe acrescentar que a Lei 6.385 reconheceu que era mantida a competência do Banco Central, inclusive em relação ao mercado de capitais, nas matérias no tocante às quais não tivesse havido nova regulamentação. Neste sentido, é explícito o art. 3.º, parágrafo único da Lei da Comissão de Valores Mobiliários ao determinar que: “*Ressalvado o disposto nesta lei, a fiscalização do mercado financeiro e de capitais continuará a ser exercido, nos termos da legislação em vigor, pelo Banco Central do Brasil*”.

28. Deflui dessa norma que, no tocante a todas as questões não regulamentadas na nova lei, mantém-se a competência do Banco Central decorrente das Leis 4.595/64 e 4.728/65. Conseqüentemente, as vendas de ações continuam a atender exclusivamente aos requisitos dos arts. 60 e 61 da lei do mercado de capitais.

29. Como vimos, a participação do Banco Central exclui qualquer interferência de outro órgão da administração direta ou indireta e, em particular, da Comissão de Valores Mobiliários. Esta não tem poderes para fiscalizar o Banco Central que não integra o sistema de distribuição de valores mobiliários (arts. 9.º, inciso I e 15 da Lei 6.385), tanto assim que o próprio art. 61 da Lei 4.728 exigiu que, nas vendas de ações da União, a autarquia utilizasse o sistema de distribuição (do qual, *a contrario sensu*, não participa, no entender do legislador).

30. A inviabilidade do controle da Comissão de Valores Mobiliários sobre os atos praticados pelo Banco Central e as alienações de ações por ele negociadas decorre da expressa falta de competência da Comissão de Valores Mobiliários

5. Arnoldo Wald, *Curso de Direito Civil*, Parte Geral, 4.ª ed., S. Paulo, Sugestões Literárias, 1975, p. 107 e Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, *A Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro*, 1.º vol., Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1943, n. 36, p. 82.

para tanto, nos termos de lei especial (Lei 4.728 que, no particular, não foi alterada), assim como da própria posição de ambas as autarquias no direito brasileiro e, ainda, do texto expresso do art. 3.º, parágrafo único da Lei 6.385, acima transcrito, que mantém as atribuições do Banco Central, inclusive no mercado de capitais, quando não conflitantes com o novo diploma legal.

31. Não há, pois, dúvida que não foram modificados, pela legislação posterior, nem a letra nem o espírito dos arts. 60 e 61 da Lei 4.728, não sendo a Comissão de Valores Mobiliários competente para regulamentar, fiscalizar ou controlar as decisões de venda de ações pertencentes ao Governo — matéria da competência do Poder Executivo e, particularmente, do Ministro da Fazenda — nem, tampouco, a negociação dessas ações realizadas pelo Banco Central. Quando muito à Comissão de Valores Mobiliários caberia verificar se, na execução das ordens dadas, as corretoras, integrantes do sistema de distribuição, praticaram alguma irregularidade.

32. Descabe, assim, a afirmação de acordo com a qual o Governo Federal e o próprio Ministro da Fazenda, no caso de venda de ações pertencentes à União, estariam sob a jurisdição da Comissão de Valores Mobiliários, o que importaria em verdadeira subversão hierárquica que não se coaduna nem com a lei, nem com a própria Constituição.

33. No tocante às vendas de ações, podemos, pois, concluir que são de aplicação exclusiva as normas dos arts. 60 e 61 da Lei 4.728, de acordo com as quais:

a) a decisão genérica cabe ao Conselho Monetário Nacional (ouvido, eventualmente, o Conselho de Segurança Nacional) e a específica é da competência do Ministro da Fazenda;

b) a negociação é do Banco Central do Brasil, sem qualquer interferência da Comissão de Valores Mobiliários;

c) a execução da venda é feita pelo sistema de distribuição e as eventuais irregularidades praticadas nessa fase estão sujeitas ao controle da Comissão de Valores Mobiliários.

#### **IV. Da falta de poder regulamentar da CVM na matéria**

34. A Comissão de Valores Mobiliários não pode interferir na decisão e na negociação de ações de propriedade da União, por se tratar de matéria da competência, respectivamente, do Conselho Monetário Nacional e do Ministro da Fazenda — órgãos superiores hierárquicos em relação à CVM — e do Banco Central — órgão do mesmo nível que a CVM. Esta também não pode regulamentar a negociação dessas vendas, pois lhe falta, evidentemente, poder para tanto, pois a lei atribuiu a competência a outros órgãos governamentais para tal fim.

35. No caso concreto, torna-se necessário salientar, ainda, que a Comissão de Valores Mobiliários, como o Banco Central, tem um poder regulamentar secundário ou derivado que subordina as suas decisões normativas à orientação do Conselho Monetário Nacional. Efetivamente, o art. 8.º da Lei 6.385, esclarece que:

“Compete à Comissão de Valores Mobiliários:

I — regulamentar com *observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional*, as matérias expressamente previstas nesta Lei e na Lei de sociedades por ações”.

36. Se o Conselho Monetário Nacional decidiu realizar certas vendas de ações da propriedade da União, é evidente que contra a política definida pelo Conselho não se pode opor a regulamentação da CVM, que deve sempre e necessariamente, *ex vi lege*, observar a política do Conselho Monetário Nacional.

37. Acresce que a Comissão de Valores Mobiliários não poderia baixar uma regulamentação estabelecendo discriminações entre títulos pertencentes a pessoas jurídicas de direito privado e de direito público, distinção essa sem qualquer fundamento na lei e que, conseqüentemente, não deve ser introduzida em norma regulamentar.

## V. Da ineficácia da Carta Circular 303

38. Finalmente, o ato administrativo de caráter normativo exige, para ser eficaz, que lhe seja dada a devida publicidade. Neste sentido, as Resoluções e Instruções do Banco Central sempre foram publicadas no *Diário Oficial*, de acordo com as determinações legais.

39. Como bem salienta o Prof. Hely Lopes Meirelles, *a publicidade é requisito de eficácia e moralidade do ato administrativo e*, sem ela, o ato normativo não adquire validade universal, ou seja, em relação as partes e a terceiros.<sup>6</sup> A obrigatoriedade de publicação dos atos administrativos data do século passado, tendo sido imposta pelo Decreto 572, de 12.7.1890, que a exigiu para que tais atos pudessem produzir seus regulares efeitos (art. 5.<sup>o</sup>). A doutrina é mansa e pacífica em reconhecer que o mencionado diploma continuou em vigor após a promulgação do Código Civil<sup>7</sup> tendo a jurisprudência exigido que a publicação dos atos administrativos sempre se faça no *Diário Oficial*, sob pena de nulidade.<sup>8</sup>

40. A matéria acaba, aliás, de ser novamente regulamentada pelo recente Decreto 84.555, de 12.3.1980, que manteve a determinação de fazer publicar todos os atos administrativos (art. 1.<sup>o</sup>, XI).

41. As Circulares e as Cartas Circulares, quando não publicadas no *Diário Oficial*, não constituem normas jurídicas, não têm eficácia jurídica. Pela sua própria natureza a circular não é, aliás, fonte do direito, pois abrange, tão-somente, “ordens escritas de caráter uniforme, expedidas a determinados funcionários ou agentes administrativos, incumbidos de certo serviço ou do desempenho de certas atribuições”.<sup>9</sup> É, pois, manso e pacífico, na doutrina, que as

6. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo*, 7.<sup>a</sup> ed., S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1979, p. 75.

7. Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 74, nota 43 e Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, 1.<sup>o</sup> vol., S. Paulo, Max Limonad, 1952, n. 244, p. 373, nota 259, letra a.

8. Ver os acórdãos mencionados por Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 76, notas 44 a 46.

9. Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 160.

circulares, pela sua natureza de atos administrativos internos — especialmente quando não publicados — não vinculam terceiros.

42. Assim sendo, não podem considerar-se as circulares fonte de obrigações para quem não participou de sua feitura e não as recebeu, não podendo, por outro lado, o particular arguir direito contra a administração, em virtude da eventual violação da carta circular.<sup>10</sup>

43. Não há, pois, dúvida que a Carta Circular 303 não constitui norma legal, não é lei, por lhe faltarem, para tanto, a competência da autoridade e outros requisitos materiais e formais. Afirmou-se, recentemente, em estudo sobre a venda das ações da Vale que também devem ser considerados como lei, os Decretos-leis e os regulamentos. Nenhuma dúvida existe a este respeito, mas não se pode olvidar que *a própria lei, para a sua eficácia, exige certas condições, só entrando em vigor depois de publicada* (art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Civil) e, ainda, que os atos administrativos normativos dependem, para serem válidos, da sua conformidade e obediência às normas jurídicas de nível hierárquico superior. A diferença de hierarquia envolve uma diferença de coercibilidade, quando as normas inferiores conflitam com outras emanadas de fontes superiores, de acordo com a pirâmide das regras jurídicas, imaginada por Hans Kelsen, que constitui a característica do Estado de Direito. Ao contrário, a supremacia do ato normativo da administração sobre a lei constitui verdadeira subversão jurídica contrária ao espírito e à própria existência do Estado de Direito. É evidente que uma lei só pode ser modificada por outra lei ou por Decreto-lei e que, conseqüentemente, a competência atribuída, por lei, ao Banco Central para negociar as ações pertencentes à União Federal não pode ser transferida à Comissão de Valores Mobiliários por Carta-Circular desta última não publicada e conflitante com as normas legais vigentes. É incontestável que as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários obrigam a todos, mas essa afirmação pressupõe que essas normas tenham obedecido aos requisitos legais, estejam de acordo com as leis vigentes e se revistam das formalidades extrínsecas indispensáveis para a sua eficácia.

44. Evidencia-se, ainda, que o acionista controlador, mesmo quando é a União Federal, está sujeito à jurisdição e legislação da CVM, quando se trata de verificar se cumpriu os deveres que lhe são impostos pela Lei das Sociedades Anônimas (arts. 116 e 117) ou pela própria Lei 6.385. No tocante à venda de ações que lhe pertencem, a matéria é, todavia, regulamentada pela Lei 4.728, que a respeito não sofreu modificação, descabendo qualquer regulamentação complementar pela Comissão de Valores Mobiliários em operações cuja negociação a lei atribuiu expressa e exclusivamente ao Banco Central do Brasil.

45. Verificamos, assim, que, na realidade, a Lei 4.728 determinou um regime especial para as vendas de ações pertencentes à União Federal, não tendo sido revogada, no particular, nem pela Lei 6.404, nem pela Lei 6.385, que não trataram do assunto e mantiveram em vigor, conseqüentemente, a regulamentação anterior, conforme determinação expressa do art. 2.º, § 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil. Não havendo dúvida quanto à vigência dos arts. 60 e

10. Amílcar de Araújo Falcão, *Introdução ao direito administrativo*, 2.ª ed., S. Paulo, Resenha Universitária, 1977, p. 32. No mesmo sentido, Augustin A. Gordillo, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1963, p. 150.

61 da Lei do mercado de capitais, torna-se evidente a incompetência da Comissão de Valores Mobiliários para regulamentar ou fiscalizar atividade do Banco Central, tanto mais que a legislação previu, expressamente, a manutenção da competência deste na área do mercado de capitais (art. 3.º, parágrafo único da Lei 6.385).

46. Na realidade, a CVM não é competente para regulamentar as vendas de ações pertencentes à União, matéria que a lei atribuiu ao Banco Central do Brasil. Decidida a venda de tais ações pelo Conselho Monetário Nacional, a CVM não pode interferir na mesma a não ser de acordo com a política definida pelo Conselho (art. 8.º, I da Lei 6.385), não lhe sendo lícito, outrossim, discriminar entre títulos pertencentes a particulares e a entidades públicas, por falta de suporte legal para introduzir essa distinção no mercado.

47. Finalmente, toda regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários, para ser eficaz, deverá ser previamente publicada no *Diário Oficial*, importando a não publicação da mesma em ineficácia e retirando-lhe as características de fonte de direito.

48. Em conclusão, terminando a nossa análise da Carta Circular 303 da CVM, podemos afirmar que ela é:

a) juridicamente ineficaz por não ter sido publicada no *Diário Oficial*;

b) ilegal pelo fato de restringir a liberdade de negociação assegurada ao Banco Central do Brasil pela Lei 4.728/65 e por avocar para a CVM competência que legalmente pertence ao referido Banco;

c) ilegal, ainda, por estabelecer uma discriminação entre títulos pertencentes à União e os de propriedade de particulares, sem que haja lei justificando essa diferenciação, pois somente a lei em sentido formal é que pode estabelecer distinções no tratamento dos interesses das pessoas naturais ou jurídicas de direito privado e de direito público.

## **VI. Da constitucionalidade da regulamentação que consta nos arts. 60 e 61 da Lei 4.728/65**

49. Alegou-se, ainda, que a subordinação das sociedades de economia mista e de seus controladores à legislação do mercado é princípio constitucional em virtude do que dispõe o art. 170, § 2.º da Constituição. Mesmo se assim fosse, nada impediria que o controle das vendas de ações pertencentes às pessoas jurídicas de direito público fosse exercido pelo Banco Central, que participa da sua negociação *ex vi lege*, enquanto as demais operações estão sujeitas à Comissão de Valores Mobiliários.

50. Ocorre, todavia, que o art. 170, § 2.º da Constituição Federal não tem o alcance que se lhe pretende dar. Determina o mencionado texto legal que: "Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações".

51. O que o legislador constituinte pretendeu no mencionado texto foi equiparar a sociedade de economia mista à empresa privada nas suas relações externas com terceiros, empregados, fornecedores, adquirentes de mercadorias

e o próprio fisco, não lhes concedendo nessas matérias qualquer privilégio ou prerrogativa decorrente do *imperium*, ou seja, da soberania estatal. Mas a Constituição não determinou que, nas suas relações internas com o acionista majoritário (pessoa jurídica de direito público), as leis aplicáveis às sociedades mistas fossem as mesmas que incidem sobre as demais companhias. A interpretação literal já nos leva a essa conclusão, pois a *disposição constitucional se refere às sociedades de economia mista e não aos seus controladores*, nenhuma referência fazendo à pessoa jurídica de direito público que é a controladora. Ora, ao mesmo resultado chegamos pela interpretação lógica, histórica e sistemática. É evidente que há, nas empresas mistas, certas peculiaridades que exigem que lhe seja dado um tratamento especial. De fato, sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, encontramos sempre, na sociedade de economia mista, um interesse público do qual a coletividade não pode abrir mão. Trata-se de um caso de um conteúdo de direito público sob a forma de direito privado. Nas suas relações externas a empresa se rege pelo direito comercial, trabalhista e tributário, mas no que se refere às suas relações internas — com o acionista controlador — prevalecem as normas de direito administrativo.<sup>11</sup> Neste sentido, o Decreto-lei 200, de 25.2.1967, estabeleceu o princípio da supervisão ministerial nas sociedades de economia mista e nas empresas públicas e um regime jurídico próprio foi criado para garantir o controle dessas sociedades pelo Tribunal de Contas. Das decisões das diretorias das sociedades de economia mista se admite, em virtude de parecer do Consultor-Geral da República, aprovado pelo Presidente da República, o recurso hierárquico apreciado e julgado pelo Governo Federal, quando, evidentemente, não existe situação similar em relação ao acionista controlador da empresa privada.<sup>12</sup>

52. A própria lei das sociedades anônimas, admitiu, por sua vez, em relação às sociedades mistas, normas de caráter especial, como no caso que encontramos nos arts. 238, que consagra a prevalência do interesse público sobre o dos acionistas, e 242, que estabelece a responsabilidade solidária da pessoa jurídica de direito público pelas obrigações da companhia por ela controlada. Não há, assim, qualquer dúvida quanto à possibilidade de se estabelecer, em lei, um tratamento distinto para o controlador nas sociedades privadas e nas empresas mistas, sendo, como vimos, numerosos os exemplos de normas já existentes neste sentido e cuja inconstitucionalidade jamais foi suscitada nem poderá sê-lo, por absoluta falta de amparo jurídico.

53. Conclui-se, pois, que somente nas suas relações externas, as sociedades mistas estão sujeitas às mesmas normas que as empresas privadas, podendo e devendo a posição do acionista controlador ser definida pelo direito administrativo, em virtude do próprio interesse público que justificou a criação da sociedade de economia mista e exige a manutenção do seu controle pelo Estado.

54. Não há motivo que justifique, destarte, qualquer discussão a respeito da eventual inconstitucionalidade das normas dos arts. 60 e 61 da Lei 4.728,

11. Arnoldo Wald, "As sociedades de economia mista e a nova lei das sociedades anônimas", artigo publicado na *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 31, 1977, p. 87.

12. Parecer n. 9 do Consultor-Geral da República aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, in *Diário Oficial*, de 23.8.79, p. 12.063.

que criaram um regime próprio para as vendas de ações pertencentes à União Federal, incumbindo o Banco Central de realizá-las e dispensando qualquer outra formalidade legal ou administrativa, o que afasta, inclusive, aquelas que vieram a ser determinadas posteriormente pela Comissão de Valores Mobiliários que, como vimos, não tinha competência para tratar dessa questão. Conseqüentemente, a Carta Circular 303 criou uma regulamentação juridicamente ineficaz, além de economicamente inviável, conforme bem salientou em seu pronunciamento, na Câmara dos Deputados, o Ministro da Fazenda.<sup>13</sup>

55. Concluímos, pois, que, do ponto de vista jurídico, inexistente qualquer irregularidade na decisão e na negociação, pelo Banco Central, da venda de ações da Companhia Vale do Rio Doce, por terem sido atendidas as determinações constantes dos arts. 60 e 61 da Lei 4.728, que são as únicas existentes, vigentes e válidas na matéria.

13. Declarações do Ministro da Fazenda na Câmara dos Deputados, in *O Globo* de 1.4.80, p. 24.

# OFERTA DE CAUÇÃO, EM LUGAR DE DEPÓSITO EM DINHEIRO, NA CONCORDATA PREVENTIVA

NÉLSON ABRÃO

Vem se tornando quase iterativa a admissibilidade, pelos Juízes de primeira instância da Comarca de São Paulo, a oferta de bens em caução pelo concordatário, vencido o prazo para o depósito da primeira prestação, ao invés da efetiva prestação em dinheiro. Data venia, tal prática, contudo, conflita com a Jurisprudência do próprio Egrégio Tribunal de Justiça do Estado e de outros do país, sobre violar flagrantemente a lei.

A medida vem possibilitar que o beneficiário do "favor legis" nada desembolse, forçando, destarte, os credores, desesperados pelo aviltamento de seus haveres com a inflação muito acima da taxa legal de juros cabível na concordata, a aceitar as famigeradas "cessões de crédito" em favor de figuras de palha, que, na realidade são o próprio devedor, na base de cinquenta (50) e até 30% de seu valor. Ou, então, que o concordatário, carente de liquidez, obstacule seus credores pelo menos por dois anos para, ao depois, desaguar inexoravelmente na falência por todos os foros desastrosa, por força das procrastinações obtidas.

O art. 175, parágrafo único, I, da Lei de Falências, fala, desenganadamente, em "depósito de quantias", sendo que, em matéria falimentar, inexistente a figura da caução às prestações vencidas, no direito legislado brasileiro.

"Que o pagamento, nos casos exigidos pela Lei de Falências ao se referir a "quantia", deve ser feito em dinheiro, é ponto pacífico na doutrina brasileira, como demonstra Cláudio Ferraz de Alvarenga, confirmada pelas lições de Waldemar Ferreira, Sampaio de Lacerda e Pontes de Miranda. Na verdade, e sem dúvida, a inovadora norma legal foi editada em benefício e proteção dos direitos dos credores, contra os intentos procrastinatórios do devedor. Ora, admitir que esse depósito — o depósito em juízo das quantias correspondentes às prestações vencidas, antes da sentença concessiva — seja feito em coisas, que não dinheiro, é permitir novo expediente não condizente com a letra e espírito que ditou o preceito legal.

"O disposto no parágrafo único do art. 175 da Lei Falimentar tem o caráter reconhecidamente moralizador, como reiteradamente proclamado, a exigir o depósito em juízo das quantias correspondentes às prestações, sem referência à possibilidade de substituição das quantias por outra forma de garantia, inclusive caução. Adotada que fosse esta possibilidade, extraída da imaginação dos falimentaristas interessados na eternização das concordatas inviáveis em termos normais e legítimos, frustrados resultariam os intentos do dispositivo", deixou assentado, em recente decisão, a 2.ª Câmara Cível do TJSP, in RT 497/98. "E quanto a abrangência dos créditos a que correspondem as quantias a serem depositadas pelo concordatário, diz ela respeito a todos sujeitos ao efeito da concordata, declarados pelo próprio devedor ou pelos interessados de per si, ainda que não julgados, o que é condição de levantamento e não de depósito. A tese de que o depósito da moeda da concordata só se torna exigível quanto aos créditos devidamente julgados habilitados não se concilia com o que soa no art. 175 e seu parágrafo único, da Lei de Falências, alterados pela Lei 4.983, de 1966, cujo objetivo foi o de impedir que a eternização das concordatas continuasse a ser

precioso veio à chamada “indústria falimentar”, que propiciava, mediante dissipação, ou redução, a tal ponto do patrimônio do concordatário, a superveniência da falência, com prejuízo, às vezes total dos credores” 4.<sup>a</sup> Câmara do TJB, in RT 457/225. No mesmo sentido a 7.<sup>a</sup> Câmara Civil do TJRJ: “os depósitos das prestações pelo concordatário devem ser efetuados com base nos valores dos créditos declarados no pedido de concordata, ainda que não julgados. O devedor, ao impetrar a concordata, conhece, mais do que ninguém o seu passivo.

Por outro lado, depositar não é pagar. Com o depósito instituído na lei o concordatário demonstra a sua idoneidade financeira para cumprir a concordata, oferece segurança à comunidade dos credores quirografários. Se algum crédito não lograr habilitação, o que excepcionalmente acontece, estará o devedor a salvo de pagar mal, pois nada terá pago, mas sim depositado”: RT 486/185: Nelson Abrão, *Curso de Direito Falimentar*, 2.<sup>a</sup> ed., 1980, p. 211.

Indubitavelmente, esta é a melhor exegese da lei que, afortunadamente, vem de ser confirmada via de recente acórdão da Egrégia Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP):

“Enseja-se, novamente, restaurando-a, a técnica procrastinadora em prejuízo dos credores.

Com efeito, admitida a caução de bens imóveis ou móveis — como, por exemplo, títulos de crédito — subordina-se o pagamento a um evento futuro, no caso de não ter o devedor, concedida a concordata, meios líquidos para efetuar-lo. Caberia então, ao comissário, por ordem do Juiz, efetuar a venda dos bens caucionados?

Mas como isso seria feito, se, como verificamos no número 36 supra, o comissário cessa as suas funções com a concessão da concordata? Ou seria, em caso de falta de pagamento, convertida a concordata em falência? Então, para que valeu a caução? E se os bens caucionados não forem vendidos devido à recessão do mercado, ou os títulos caucionados não forem honrados pelos seus obrigados?

Essas questões não foram cogitadas pelos seguidores da facciosa tese.

Vê-se que o expediente jurisprudencial, posto a serviço de concordatários em maiores dificuldades, é altamente funesto para o interesse público e dos credores. Constitui a esdrúxula jurisprudência um escárnio às normas moralizantes do instituto da concordata preventiva.

Diz, com absoluta razão aquele jurista que, ao se adotar o entendimento referido, estará criada, novamente, a situação que estimulava os abusos e artifícios tendentes a retardar o andamento da concordata, situação essa que a lei buscava afastar”, eis a lição de um dos mais renomados comercialistas pátrios (Rubens Requião, *Curso de Direito Falimentar*, 2.<sup>o</sup> vol., pp. 113-114, edição de 1979).

De nossa parte, tivemos oportunidade de apreciar a matéria:

“Entretanto, conforme vimos, já o despacho de processamento que é proferido logo de início, produz substanciais efeitos nas relações jurídicas entre o devedor e os credores sujeitos aos efeitos da concordata. Mais ainda, mesmo antes, ou seja, a partir da distribuição do pedido, começa a correr o prazo

para o cumprimento, isto é, para o depósito das quantias necessárias ao pagamento dos credores.

A efetivação desse depósito tem por finalidade colocar à disposição do juízo as quantias necessárias à quitação dos débitos concordatários. Portanto, deve ser feito em dinheiro, coisa fungível, não tendo foros de juridicidade certas decisões que confundindo-o com caução, sustentam a possibilidade de seu atendimento com coisas infungíveis ainda que de alto valor, como os imóveis. Se o escopo visado é o pagamento, só a moeda corrente tem força circulante e poder liberatório. Do contrário, seria negar o intuito saneador que animou a reforma do art. 175 e parágrafo único da Lei de Falências, pela Lei 4.983, de 18.5.1966.

"Vencida a primeira prestação, a concordatária não depositou, em dinheiro, a quantia devida, como determina o art. 175; parágrafo único, inciso 1, da Lei de Falências.

É o que basta à convalidação da concordata em falência, mormente considerando o princípio moralizador do dispositivo, que, *in casu*, salta à evidência. Reformam o despacho agravado para indeferir o depósito caução e determinar a notificação da concordatária ao pagamento das primeira e segunda prestações, vencidas, em dinheiro, sob pena de decretação da falência" (Ag. Instr. 2.123-1, Julgado aos 10.6.1980).

# AS SOCIEDADES LIMITADAS FACE AO REGIME DO ANONIMATO NO BRASIL

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA

## I. Relacionamento com as anônimas

1. A promulgação da Lei 6.404, de 15.12.1976, veio agravar o já delicado problema das sociedades por quotas de responsabilidade limitada ou, simplesmente, *sociedades limitadas*, no cenário jurídico brasileiro.

2. Instituídas pelo Decreto 3.708, de 10.1.1919, as sociedades limitadas jamais gozaram entre nós de autonomia legislativa. Tipo híbrido, intermediário, entre as normas das sociedades solidárias e as regras do anonimato, as sociedades limitadas conseguiram, contudo, impor-se a despeito da fragilidade do seu *substratum* legislativo. Mediante a utilização sábia e prudente de "usos e costumes mercantis" e de "praxes comerciais", a pobreza franciscana do Decreto 3.708, de 1919, transformou-se em apreciável cabedal de normas jurídicas próprias.

3. De 1919 para cá, várias constituições federais foram editadas; duas novas leis de sociedades por ações (Decreto-lei 2.627, de 26.9.1940, e a Lei 6.404, de 15.12.1976) foram promulgadas; vários projetos de leis disciplinadores das sociedades mercantis (inclusive no bojo da reformulação do Código Civil) foram submetidos à apreciação do Congresso Nacional e, o texto vetusto, falho, impreciso, do Decreto 3.708, de 1919, continua intato...

Essa extraordinária capacidade de sobrevivência do diploma de 1919 não nos deve levar ao exagero comodista de ver, no Decreto 3.708, o suporte ideal para a organização e florescimento das sociedades limitadas no Brasil. Ao contrário, a existência da nova Lei das Sociedades Anônimas veio, de várias maneiras, acentuar as incertezas e perplexidades já existentes no relacionamento jurídico dos dois tipos societários.

4. O art. 18 do Decreto 3.708, ainda em pleno vigor, manda observar quanto às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, *no que não for regulado no contrato social e na parte aplicável*, as disposições da Lei das Sociedades Anônimas. A interpretação correta do art. 18 continua, há seis décadas, a desafiar a argúcia e a inteligência de juristas, tribunais e repartições do Registro do Comércio.

Duas posições extremas são indicadas: (a) a Lei das Sociedades Anônimas serviria tão-somente de fonte supletiva das omissões do *contrato* ou *estatuto social*;<sup>1</sup> (b) a Lei das Sociedades Anônimas atuaria com força supletiva também nas omissões da própria Lei das Sociedades Limitadas.<sup>2</sup>

1. Waldemar Ferreira, *Sociedades por Quotas*, 5.<sup>a</sup> ed., 1925, n. 167, p. 146; *Tratado das Sociedades Mercantis*, 1952, vol. 1.<sup>o</sup>, p. 331; *Tratado de Direito Comercial*, 1961, vol. 5.<sup>o</sup>, n. 529, p. 409 e segs.; Fran Martins, *Das Sociedades por Quotas no Direito Brasileiro*, Ceará, 1955, n. 31, p. 69.

2. João Eunápio Borges, estudo na RF 128/353, 1950; *Curso de Direito Comercial Terrestre*, Rio de Janeiro, 5.<sup>a</sup> ed., 1973, p. 361.

5. Escrevemos, alhures, que nenhuma das posições extremas satisfaz e convence ao intérprete e ao aplicador da lei.<sup>3</sup> Somos de parecer que a Lei das Sociedades Anônimas deve funcionar como fonte supletiva do contrato social em suas falhas e omissões como também, subsidiariamente e *na parte aplicável*, preencher as lacunas da própria Lei das Sociedades Limitadas.

Constitui tarefa ingente da hermenêutica esta de, respeitando o *particularismo* da sociedade limitada, dar-lhe o benefício ou o ônus da invocação subsidiária dos dispositivos da Lei das Sociedades Anônimas. As hipóteses de dúvida e de hesitação são inúmeras. Isso explica, quiçá, a perplexidade que os órgãos do Registro do Comércio manifestam no exame e no arquivamento dos contratos sociais submetidos à sua apreciação. Por outro lado, tais dúvidas e hesitações aumentam as possibilidades práticas de dissídios jurisprudenciais, com graves riscos para os interesses econômicos das partes interessadas e a estabilidade da própria empresa.

6. Justifica-se, assim, o esforço dispendido em prol da promulgação de nova regulamentação legal das sociedades limitadas no Brasil. Dignos de menção especial os Simpósios sobre a Reforma da Legislação das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada realizados em Porto Alegre, o I em 1970<sup>4</sup> e o II em 1977.<sup>5</sup> Enfrentou igualmente o desafio do Projeto 634/75 do Código Civil, apresentado ao Congresso Nacional em 1975.<sup>6</sup>

7. O Projeto, em seu art. 1.019, cataloga as sociedades basicamente em duas grandes espécies: (a) a sociedade empresária que tem por objeto o exercício de atividade própria do empresário sujeito a registro (art. 1.004) e (b) a sociedade simples. O Projeto não contém definições, mas esclarece que independentemente de seu objeto considera-se empresária a sociedade por ações e, simples, a cooperativa.

A *sociedade limitada* (não mais se usa da velha denominação "sociedade por quotas de responsabilidade limitada") é tratada extensamente nos arts. 1.089 a 1.121 do Projeto. Registre-se, desde logo, a radical mudança de atitude do Projeto em relação ao Decreto 3.708/1919, no que concerne à fonte supletiva das omissões do contrato ou da própria Lei das Sociedades Limitadas. Na verdade, o art. 1.090 do Projeto declara textualmente: "a sociedade limitada rege-se nas omissões deste capítulo, pelas normas da sociedade simples". Espancou-se a dúvida: o papel supletivo da sociedade simples não se restringe às omissões do "contrato ou estatuto social", mas se estende à própria lei.<sup>7</sup>

Haveria, assim, à primeira vista, um recuo do legislador *in fieri* em relação ao regime atual onde as omissões do contrato (e indiretamente mesmo as do Decreto 3.708) são sanadas com apelo à Lei das Sociedades Anônimas. Ocorre, todavia, que o Projeto ampliou, consideravelmente, o tratamento dispensado às sociedades limitadas em relação ao laconismo do Decreto 3.708, de 1919. Muitas

3. Egberto Lacerda Teixeira, *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, S. Paulo, 1956, n. 14, p. 25 e segs.

4. RDM, S. Paulo, Ano X, 1971, n. 2, p. 99.

5. RDM, S. Paulo, Ano XVI, 1977, n. 25, p. 113.

6. *Diário do Congresso Nacional*, edição de 13.6.1975.

7. Egberto Lacerda Teixeira, "Atividade Negocial no Projeto do Código Civil", *RT Informa*, n. 134, 1975, p. 13.

das lacunas hoje flagrantes são preenchidas adequadamente assim diminuindo as áreas de atrito na interpretação e aplicação do novo diploma legislativo. É lamentável que o Projeto — aperfeiçoado por centenas de emendas que lhe foram apresentadas nas comissões técnicas — não tenha merecido melhor agasalho por parte do Congresso Nacional. Pode dizer-se, sem receio de grave erro, que o Projeto está morto ou, pelo menos, “engavetado” por tempo indeterminado.

## II. Natureza comercial ou civil

8. Lavra dissídio doutrinário entre os tratadistas brasileiros acerca da natureza mercantil das sociedades limitadas. A dúvida exsurge do exame dos arts. 1.º e 2.º do Decreto 3.708, de 1919. Afirma o art. 1.º que “além das sociedades a que se referem os arts. 295 (companhias ou sociedades anônimas); 311 (sociedades em comandita); 315 (em nome coletivo) e 317 do CCom. (sociedade de capital e indústria) poderão constituir-se sociedades por quotas de responsabilidade limitada”. E, em seguida, declara o art. 2.º do mesmo Decreto 3.708: “o título constitutivo regular-se-á pelas disposições dos arts. 300 e 302 e seus números do Código Comercial...”

9. Baseados na interpretação isolada desses artigos de lei, eminentes comercialistas pátrios sustentam a natureza *mercantil* das sociedades limitadas brasileiras. “No tocante à sociedade por cotas de responsabilidade limitada, o Brasil filiou-se ao sistema da forma, sendo, desta maneira, mercantil toda sociedade que se revestir deste feito” — ensina Cunha Peixoto.<sup>8</sup> Invocando, a *contrario sensu* o art. 2.º do Decreto-lei 2.627, de 1940, Fran Martins também sustenta o caráter obrigatoriamente mercantil das sociedades limitadas.<sup>9</sup>

10. Em sentido contrário, Waldemar Ferreira, lembrando o art. 1.364, do CC, admite que as sociedades limitadas sejam comerciais ou civis dependendo do *objeto* a que se dediquem.<sup>10</sup> Na vigência do Decreto-lei 2.627/40, que tornou anacrônica a regra do art. 1.364, do Código Civil, no que tange às sociedades anônimas, Waldemar Ferreira ainda admite, por via de consequência, as sociedades limitadas civis.<sup>11</sup>

11. Pessoalmente, sempre entendemos que as sociedades limitadas, na legislação brasileira, podem ser comerciais ou civis, de acordo com o seu objeto social, conquanto *de lege ferenda* sejamos favoráveis à sua “comercialização”.<sup>12</sup> Mais alto e mais convincente que as disputas doutrinárias fala a experiência concreta do direito brasileiro: são centenas ou milhares as sociedades limitadas de natureza civil inscritas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas em pleno exercício de atividades econômicas não mercantis e que invocam o Decreto 3.708/1919 como sua fonte legislativa. Pode, assim, afirmar-se com segurança

8. Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, *A Sociedade por Cota de Responsabilidade Limitada*, Forense, 1956, 1.ª ed., n. 74, p. 63.

9. Fran Martins, *Das Sociedades por Quotas no Direito Brasileiro*, 1955, n. 13, p. 45 e *Sociedades por Quotas no Direito Estrangeiro e Brasileiro*, 1960, Forense, I, n. 105, p. 292.

10. Waldemar Ferreira, *Sociedades por Quotas*, 1925, n. 37, p. 40.

11. Idem, *Tratado de Direito Comercial*, n. 355, p. 54.

12. Egberto Lacerda Teixeira, *Sociedades por Quotas*, item 25, p. 47.

o traço distintivo entre as sociedades anônimas, que são por força de lei sempre consideradas mercantis, qualquer que seja seu objeto (Lei 6.404, de 1976, art. 2.º, § 2.º) e as sociedades limitadas que podem ora revestir o caráter mercantil, ora o caráter civil dependendo do seu objeto social.

12. As conseqüências práticas dessa distinção são óbvias no campo do direito comercial. As sociedades limitadas civis não são, assim, alcançadas pela falência ou pela concordata, institutos tipicamente mercantis. Aplica-se-lhes, em substituição, o mecanismo jurídico da *insolvência* por força de mandamento expreso do art. 786 do CPC.

### III. Limitação da responsabilidade dos sócios

13. Como a própria denominação social indica, as sociedades por quotas, no direito brasileiro, filiam-se às sociedades onde a responsabilidade dos sócios é limitada. Essa assertiva — aparentemente tão simples e quase intuitiva — oferece, todavia, algumas dificuldades técnicas.

Ultrapassada a clássica e insuficiente divisão das sociedades entre sociedades de pessoas e sociedades de capitais, a doutrina tentou distingui-las pelo grau, menor ou maior, de responsabilidade pessoal dos sócios perante os encargos societários.

Sylvio Marcondes procura combinar os elementos de contribuição patrimonial e pessoal dos sócios e a extensão limitada ou ilimitada de cada um para chegar a uma classificação funcional das sociedades.<sup>13</sup>

Cumpra, assim, distinguir entre a responsabilidade do acionista nas sociedades anônimas e a do sócio quotista nas sociedades limitadas.

14. Nas sociedades anônimas, a responsabilidade dos acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (Lei 6.404, art. 1.º), ao passo que nas sociedades limitadas a responsabilidade dos sócios pode ir até a realização do valor total do capital social (Decreto 3.708, arts. 2.º e 9.º). Em outras palavras, internamente, o sócio quotista responde, via de regra, somente pelo valor de sua quota, mas externamente pode responder pelo valor total do capital social não realizado.

15. Quando é que se apura a responsabilidade subsidiária e complementar do sócio quotista? O art. 2.º do Decreto 3.708 manda consignar, no título constitutivo, a declaração de “ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social”. Ocorre que, no art. 9.º do mesmo decreto, se lê: “Em caso de falência, todos os sócios respondem solidariamente pela parte que faltar para preencher o pagamento das quotas não inteiramente liberadas”.

16. Conjugando os dois dispositivos, a doutrina e a jurisprudência têm ensinado que a responsabilidade subsidiária do sócio se verifica por ocasião da falência da sociedade, se o capital social não estiver inteiramente realizado (liberado).<sup>14</sup>

13. Sylvio Marcondes Machado, *Ensaio sobre a Sociedade de Responsabilidade Limitada*, S. Paulo, 1940, n. 58, p. 97 e segs.

14. Cunha Peixoto, *ib.*, II, n. 505, p. 111.

17. Discrepa dessa orientação Fran Martins para quem os arts. 2.º e 9.º do Decreto 3.708 devem ser lidos separadamente. O ilustre jurista cearense entende que a responsabilidade solidária dos sócios pode ocorrer em outras hipóteses (como de dissolução, por exemplo), mesmo que integralizado o capital social.<sup>15</sup>

18. Nem tanto ao mar nem tanto à terra. Além da responsabilidade solidária de integralização das quotas não liberadas, em caso de falência (art. 9.º *caput*), haverá ainda a obrigação individual dos sócios “de repor os dividendos e valores recebidos, as quantias retiradas a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, uma vez verificado que tais lucros, valores ou quantias foram distribuídos com prejuízo do capital” (art. 9.º, *alínea*).

O que o eminente Fran Martins sustenta vai além do previsto na alínea do art. 9.º e nesse ponto não podemos acompanhar sua lição.

A regra é a limitação da responsabilidade do sócio ao pagamento das quotas subscritas e subsidiária e solidariamente à integralização das quotas não liberadas em caso de falência. Se tiver havido integralização de todo o capital social; se os lucros, valores e quantias mencionadas no art. 9.º, tiverem sido distribuídas regularmente sem prejuízo do capital social; então não haverá responsabilidade adicional a atribuir-se ao sócio quites com os cofres sociais.

19. A tendência notória do direito comparado é no sentido de limitar a responsabilidade do sócio ao valor das quotas por ele subscritas.<sup>16</sup> No Projeto de Código Civil, de 1975, o legislador brasileiro não se apartou substancialmente do espírito do Decreto 3.708. Com efeito, o art. 1.079 declara: “na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de sua quota, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.

#### IV. Responsabilidade dos sócios gerentes

20. Os atos praticados pelo sócio-gerente das sociedades limitadas, no exercício regular e normal de suas atribuições estatutárias, obrigam somente à sociedade; nenhuma responsabilidade pessoal lhe advém nesse caso. É o que afirma o art. 10 do Decreto 3.708, em consonância com o princípio clássico da autonomia da personalidade jurídica das sociedades mercantis. Esclarece, todavia a segunda parte do mesmo artigo, que “os sócios gerentes ou que derem nome à firma... respondem para com a sociedade e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.”

21. Há que distinguir, portanto, entre a prática de atos estranhos ao objeto social (*abuso*) e a prática de atos que, embora dentro do objeto social, o foram com inobservância dos preceitos estatutários (*excesso*). Duas sortes de relações jurídicas estão em jogo. Uma, de ordem interna, entre o gerente e os sócios. E outra, de projeção externa entre a sociedade e os terceiros com quem o gerente contratou. *Internamente*, se o gerente, embora desrespeitando cláusulas estatutárias, procedeu com a concordância explícita ou tácita dos outros sócios, é

15. Fran Martins, *ib.*, vol. I, n. 130, p. 358; n. 132, p. 363; *ib.*, vol. II, n. 172, p. 444.

16. Egberto Lacerda Teixeira, *ib.*, n. 54, pp. 115-116.

óbvio que nenhuma responsabilidade pessoal lhe pode ser assacada pelos sócios. Se, todavia, os atos abusivos do gerente não foram autorizados, ou ratificados, pelos sócios, cabe a estes a ação de responsabilidade que o caso comportar. “Cabe ação de perdas e danos — diz o art. 11 do Decreto 3.708 — sem prejuízo da responsabilidade criminal, contra o sócio que usar indevidamente da firma social ou dela abusar.” *Externamente*, a firma do gerente, empregada dentro dos limites objetivos e subjetivos traçados pelo contrato social, obriga a todos os sócios, isto é, vincula a sociedade. Se empregada em negócios estranhos ao objeto social, a firma do gerente não deve vincular a sociedade nem os sócios que a tais negócios não anuíram.

22. A grande dificuldade está em estabelecer, com segurança, a linde divi-sória entre a proteção da sociedade e dos sócios, através das restrições estatutárias, e a proteção dos terceiros de boa fé que com a sociedade contratam. Em página magistral, Carvalho de Mendonça sustentava que entre o *terceiro de boa fé*, que não tem direito de fiscalizar ou intervir na sociedade, e os *sócios*, vítimas de sua própria imprevidência ou negligência na escolha do gerente infiel, mais eqüitativo é que sofra o prejuízo os que para ele concorreram direta ou indiretamente. A lei visa amparar a boa fé dos terceiros que tratam com a sociedade.<sup>17</sup> Já expusemos, em trabalho anterior, as restrições pessoais que manifestamos quanto à aceitação indiscriminada da proteção aos terceiros, nos casos de violação de normas estatutárias restritivas devidamente arquivadas no Registro do Comércio ou no Registro Civil, conforme for o caso.<sup>18</sup>

23. A Lei das Sociedades por Ações — dado o caráter institucional de que se reveste o anonimato — contém regras extremamente rígidas na disciplina dos poderes e atribuições dos seus administradores.

Invoca-se — no art. 154 da Lei 6.404, de 1976 — a satisfação das exigências do bem público e da função social da empresa. Daí as normas explícitas acerca dos deveres de diligência (art. 153), de lealdade (art. 155) e de informar (art. 157) exigidos dos administradores das sociedades anônimas.

O administrador da sociedade anônima — diz o art. 158 — não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente pelos prejuízos que causar quando proceder: (I) dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; (II) com violação da lei ou do estatuto.

24. Não obstante as diferenças estruturais e institucionais que separam a sociedade anônima da sociedade limitada entendemos que, devidamente temperadas e dosadas, as normas éticas e jurídicas que regem a atuação dos administradores das sociedades anônimas podem ser transplantadas para o plano das sociedades limitadas.

25. Declara o art. 11 do Decreto 3.708, de 1919, caber ação de perdas e danos, sem prejuízo da responsabilidade criminal, contra o sócio que usar indevidamente da firma social ou que dela abusar. Ocorrido o abuso como proceder? O Decreto 3.708 nada esclarece. Cremos que o recurso supletivo à Lei das Sociedades Anônimas é plenamente justificável neste caso.

17. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial*, vol. III, n. 712.

18. Egberto Lacerda Teixeira, *ib.*, n. 50, p. 105.

Segundo o art. 159 da Lei 6.404, de 1976, compete à companhia mediante prévia deliberação da assembléia geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

A deliberação pode ser tomada em assembléia geral ordinária ou mesmo extraordinária e o administrador contra o qual deva ser proposta a ação ficará impedido e deverá ser substituído na mesma assembléia (§ 1.º e § 2.º do art. 159).

26. Evidentemente, se o administrador for quotista minoritário, o impedimento ou a substituição não oferecerão dificuldades. Bastará uma deliberação majoritária para afastá-lo. Quer dizer, todavia, se o administrador ou gerente for majoritário? A lei brasileira não se pronuncia a respeito. Cumpre, pois, proceder-se à interpretação construtiva dos textos legais para chegarmos a uma solução justa e jurídica. Preliminarmente, lembre-se que o art. 156 da Lei 6.404 veda ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os outros administradores. Embora a proibição se refira especialmente às deliberações dos órgãos da administração e não das assembléias, há outro artigo de lei que deve ser chamado à colação. É o art. 115 que impede o acionista de participar das deliberações da assembléia geral que puderem beneficiá-lo de modo particular ou em que tiver interesse conflitante com o da sociedade. Proclama ainda o § 4.º do mesmo art. 115 que será anulável a deliberação tomada em decorrência do voto de acionista com interesse conflitante com o da sociedade. Ora, da conjugação sistemática desses dispositivos é forçoso concluir que o administrador (gerente) acusado de atos lesivos aos interesses da sociedade não pode votar em seu próprio favor. A deliberação há de ser tomada pelos demais quotistas. Se, ainda assim, não houver decisão da assembléia ou da reunião de quotistas, deve ficar ressalvado aos quotistas minoritários, representando 5% do capital social, o poder de iniciar a ação social adequada (Lei 6.404, art. 159, § 4.º).

27. Ressalte-se, por sua extraordinária relevância prática, que qualquer quotista ou terceiro diretamente prejudicado pelo administrador poderá usar de ação própria para ressarcir-se dos prejuízos sofridos (Lei 6.404, art. 159, § 7.º e CC, art. 159).

28. Ao redigir o art. 10 do Decreto 3.708, nos idos de 1919, estava longe o legislador de imaginar que esse dispositivo serviria, no futuro, de fundamento para a extensão aos sócios da responsabilidade pessoal por débitos fiscais ou parafiscais da sociedade. Com efeito, combinando o art. 10 do Decreto 3.708, com as disposições especiais do Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25.10.1966, arts. 134 e 135), a jurisprudência dos tribunais vem paulatinamente procurando alcançar os sócios, mais especificamente os sócios gerentes, por dívidas fiscais ou assemelhadas da sociedade.

Lamentavelmente, mercê de sua redação imprecisa e, algumas vezes, contraditória, tornam-se de difícil inteligência certos dispositivos do Código Tributário Nacional. Examinemos, por ora, e mais particularmente os arts. 134 e 135.

29. Lê-se no art. 134:

“— Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

.....

VII — os sócios, no caso de liquidação de sociedades de pessoas.

*Parágrafo único* — O disposto neste artigo só se aplica, em caso de penalidades, às de caráter moratório.”

Acentue-se que o legislador estabeleceu a responsabilidade solidária dos sócios “nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis”. Exige-se, pois, uma participação ativa (atos em que intervierem) ou uma omissão funcional para que se caracterize a responsabilidade dos sócios em caso de liquidação de sociedades de pessoas. Comentando o art. transcrito, Aliomar Baleeiro ensina: “sociedades de pessoas, no art. 134, do CTN, são as em nome coletivo e outras que não se enquadram nas categorias de sociedades anônimas ou por quotas de responsabilidade limitada.”<sup>19</sup>

Perfilhamos a lição de Baleeiro. Para os efeitos da responsabilidade dos sócios, não se deve aceitar a colocação *tout court* das sociedades limitadas entre as “sociedades de pessoas” a que alude o Código Tributário Nacional.

Completa a disciplina da matéria no Código Tributário Nacional o seu art. 135, *verbis*:

“Art. 135 — São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I. as pessoas referidas no artigo anterior;

II. os mandatários, prepostos e empregados;

III. os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

Dá ênfase o Código Tributário Nacional, na caracterização da responsabilidade dos sócios e gerentes à prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto social.

30. Tarefa difícil é a do intérprete e do aplicador da lei em firmar, no caso concreto, a ocorrência da responsabilidade pessoal dos sócios e gerentes nas hipóteses de infração da lei. Como se percebe do exame da jurisprudência nacional, não é toda e qualquer alegada infração da lei que acarretará a responsabilidade dos sócios ou gerentes. É o que ocorre, na prática, relativamente à interpretação de leis tributárias ou previdenciárias. Amiúde as autoridades fazendárias e os próprios tribunais (Tribunal de Justiça ou de Alçada Civil; Tribunal Federal de Recursos e Supremo Tribunal Federal) manifestam divergência profunda na hermenêutica e aplicação dos textos legais. Ora, seria iníquo punir os sócios e gerentes de sociedades limitadas pelo fato de a sociedade ter deixado de pagar tributo ou contribuição previdenciária baseada em interpretação razoável da lei. O que, certamente, o legislador pretendeu alcançar é a sonegação fiscal, a retenção indevida de impostos e contribuições, com evidente prejuízo para o erário público.

31. Na enorme diversidade de arestos que enchem os repertórios de jurisprudência, escolheremos para exame alguns mais significativos por sua maior repercussão na vida das sociedades limitadas:

19. Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*, Ed. Forense, p. 434.

(a) ocorrendo o encerramento irregular da sociedade limitada, sem as comunicações fiscais normais e sem o arquivamento do ato dissolutório no Registro do Comércio — o sócio gerente responde pela obrigação tributária mediante penhora dos seus bens pessoais (TFR — 3.<sup>a</sup> Turma — RO 52.727-SP — in *Diário da Justiça* de 26.9.1979, p. 7.170; TFR — 4.<sup>a</sup> Turma — Ag. 40.279-SP — in *Diário da Justiça* de 19.9.1979, p. 6.959; idem Ag. 40.399-PR — in *Diário da Justiça*, de 19.9.1979, p. 6.959; TFR — AC 44.923 AL — in *Diário da Justiça* de 18.12.1979, p. 10.281);

(b) o não recolhimento de contribuições previdenciárias constitui infração à lei capaz de justificar a execução de bens do sócio gerente (TFR — AC 38.653-MG — in *Diário da Justiça* de 21.6.1979, p. 4.843; idem STF RE 76.289-SP — Rel. Luiz Gallotti — in RT 473/245);

(c) havendo indícios de fraude, os sócios e ex-sócios da sociedade respondem com seus bens particulares pelos débitos de natureza trabalhista de sociedade ainda em funcionamento ou já extinta. (*Ementário da AASP*, n. 1.071, de 25.6.1979, p. 130);

(d) a sociedade que deixa de pagar tributos por responsabilidade econômico-financeira resultante de insolvência não implica na responsabilidade ilimitada dos sócios já que a hipótese não configura a existência de fraude, violação de lei ou de contrato (TJMG, Ap. 46.643, em 14.11.1977, *apud* RF 262/210);

(e) bens particulares de sócios não gerentes não respondem pelas dívidas fiscais da sociedade. Interpretação dos arts. 134, VII, e 135 do CTN (RTJ 74/740, 83/843).

32. Vimos examinando a natureza e a extensão da responsabilidade dos sócios, especialmente dos gerentes, por obrigações sociais que sejam contrárias à lei ou ao contrato social. A regra é a da limitação da responsabilidade do quotista ao valor das quotas subscritas e, nos casos de falência ou de dissolução, à integralização das quotas dos demais sócios para fazer face aos compromissos da sociedade perante terceiros. A exceção é a abrangência da responsabilidade solidária dos sócios gerentes (ou daqueles que com ele pactuaram) nos casos de fraude contra terceiros, seja o fisco, os empregados, a previdência social, os credores, etc.

33. Cumpre, agora saber se a especial e direta responsabilidade do *acionista controlador* criada pela Lei 6.404, de 1976, pode ser estendida ao “quotista controlador”.

Define o art. 116 da Lei 6.404 o que deve estender-se por acionista controlador: “aquele que é titular de direitos de sócio que lhe assegurem de modo permanente a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia e que usa efetivamente desse poder.”

Dada a definição, a lei indica qual a missão do acionista controlador: fazer com que a companhia realize seu objeto e cumpra sua função social, respeitados os interesses dos demais acionistas, da empresa, dos que nela trabalham e da comunidade em que atua.

34. Dado o caráter predominantemente institucional das sociedades anônimas e a sua participação ativa na captação e aplicação da poupança pública,

somos de parecer que o capítulo da responsabilidade do acionista controlador não se aplica subsidiariamente, como tal, às sociedades limitadas, de concepção mais contratualista e menos afeita à participação da poupança popular.

Essa conclusão não elimina, todavia, a possibilidade de invocação de princípios gerais de responsabilidade civil contra o "quotista controlador" que haja, conscientemente, abusado de seu poder de controle e, dessa maneira, causado danos à sociedade e aos seus sócios.

35. O art. 117 da Lei 6.404 indica as modalidades de exercício abusivo de poder e a Exposição de Motivos, Seção IV, dá a essa enumeração o caráter meramente *exemplificativo* "e não exclui outras hipóteses que a vida e a aplicação da lei se incumbirão de evidenciar."

Alguns dos abusos catalogados no art. 117 são típicos das sociedades anônimas. Outros há, todavia, que podem ser transplantados, com prudência e moderação, para o regime das sociedades limitadas.

Na verdade, o "acionista controlador" é equiparado ao "administrador de fato" e dele deve exigir-se comportamento ético equivalente ao do administrador de direito contra cujos abusos, como se expôs linhas acima, os sócios quotistas têm sempre a ação de responsabilidade adequada. Esse o vínculo que vislumbramos entre a responsabilidade especial do "acionista controlador" e a subsidiária do "quotista controlador", nos casos previstos em lei e aplicáveis às sociedades limitadas.

## V. Constituição e realização do capital social

36. A sociedade por quotas de responsabilidade limitada constitui-se por instrumento público ou particular, assinado por todos os sócios. A sua personalidade jurídica decorre do arquivamento regular do ato constitutivo no registro competente, isto é, Junta Comercial do Estado em que estiver localizada a sede social (se mercantil) ou Registro das Pessoas Jurídicas (se civil). Não há exigência de publicação pela imprensa oficial e diária dos atos constitutivos da sociedade limitada.

37. O título constitutivo — lê-se no art. 2.º do Decreto 3.708 — regular-se-á pelas disposições dos arts. 300 a 302 e seus números do Código Comercial, devendo estipular ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social. Omitida esta última estipulação "serão havidos como solidária e ilimitadamente responsáveis os sócios gerentes e os que fizerem uso da firma social" (art. 3.º, § 2.º, *in fine*). A esses requisitos específicos da lei comercial, devemos adicionar os genéricos do Código Civil: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 82).

38. Entre as cláusulas contratuais merecem menção especial as relativas (a) à administração ou gerência. "O uso da firma cabe aos sócios gerentes; se, porém, for omissa o contrato, todos os sócios dela poderão usar." (Decreto 3.708, art. 13); (b) à designação da quota com que cada um dos sócios entra para o capital e a parte que há de ter nos lucros e nas perdas" (CCom., art. 302, IV).

39. Na fraseologia pitoresca do Código Comercial (art. 287) é da essência das sociedades comerciais que cada um dos sócios contribua para o seu capital com alguma quota ou esta consista em dinheiro ou em efeitos e qualquer sorte

de bens ou em trabalho ou indústria". Exclui-se, desde logo, no âmbito das sociedades limitadas, a contribuição em trabalho ou indústria, por força do disposto no art. 4.º do Decreto 3.708.

São, pois, suscetíveis de conferência ou aportes de capital: os bens móveis, ou imóveis, instalações e equipamentos industriais, marcas de fábrica ou de comércio, patentes, créditos contra terceiros ou contra a própria sociedade, enfim, nos termos do art. 7.º da Lei 6.404, "quaisquer bens suscetíveis de avaliação em dinheiro".

40. Aqui entra a diferenciação básica entre o sistema institucional das sociedades anônimas e o regime contratualista das sociedades limitadas.

Nas sociedades anônimas é de rigor a avaliação dos bens por peritos ou por empresa especializada nomeados pela assembléia geral dos subscritores (Lei 6.404, art. 8.º) ou pela assembléia geral de acionistas em caso de aumento de capital (Lei 6.404, art. 170, § 6.º).

Nas sociedades limitadas não existe preceito cogente sobre a necessidade da avaliação de bens por peritos ou empresa especializada; nem na constituição da sociedade nem nos aumentos de capital. Livres são os sócios na determinação do valor dos bens conferidos. Já indicamos, alhures, os perigos que essa liberdade contratual representa para os credores da sociedade, pois que a superavaliação artificial dos bens conferidos pode resultar no enfraquecimento das garantias de terceiros que com a sociedade negociam.<sup>20</sup>

Seria, assim, de prudência que, por disposição contratual, nas conferências de bens de valor, a sociedade limitada se resguardasse através da avaliação por peritos ou por empresa especializada. Aplicar-se-ia, então, a norma do § 6.º do art. 8.º da Lei 6.404, que estabelece a responsabilidade do avaliador e do subscritor perante a sociedade e os acionistas e terceiros pelos danos que lhes causarem por culpa ou dolo na avaliação dos bens, sem prejuízo da responsabilidade penal cabível.

"Na falta de declaração expressa em contrário, os bens transferem-se à companhia a título de propriedade" — diz o art. 9.º da Lei 6.404. E, em seguida, o art. 10 completa o pensamento do legislador: "A responsabilidade civil dos subscritores ou acionistas que contribuíram com bens para a formação do capital social será idêntica à do vendedor." Aí está implícito o dever de o conferente responder pela evicção.

41. "Quando a entrada consistir em crédito, o subscritor ou acionista responderá pela solvência do devedor", declara incisivamente o parágrafo único do art. 10 da Lei 6.404. Comentando esse dispositivo legal. Modesto Carvalhosa acentua o caráter subsidiário e não solidário da obrigação do subscritor e, ao mesmo tempo, procura traçar distinção entre créditos individualizados e créditos representados por títulos emitidos em massa, como debêntures, letras de câmbio ao portador, etc., para o efeito de afastar a responsabilidade do conferente-subscritor nos casos de títulos emitidos em massa.<sup>21</sup> Será que a lei autoriza essa distinção?

20. Egberto Lacerda Teixeira, *ib.*, n. 37, p. 80.

21. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 1.º vol., Saraiva, S. Paulo, p. 52.

42. Cabe, agora, uma indagação de fundamental importância na vida dos negócios: as quotas de sociedades limitadas são suscetíveis de conferência para a formação do capital de outras sociedades limitadas ou anônimas?

Há notória perplexidade nesta delicada matéria. Respondendo à pergunta formulada, Modesto Carvalhosa afirma: "Não sendo penhoráveis, tais quotas não devem integrar o capital social, sob pena de se admitir uma exceção ao princípio da exclusão de bens impenhoráveis e não executíveis. Sabe-se, entretanto, que as quotas de limitadas tem sido conferidas ao capital de sociedades anônimas. Não obstante os precedentes, tal prática não deve prosperar sob a égide da nova lei, por contrária aos interesses dos credores."<sup>22</sup>

Não nos parece que assista razão total ao eminente comercialista. *Primo*, porque a tese da impenhorabilidade das quotas sociais não é inteiramente pacífica; *secundo*, porque há certa incompreensão quanto à natureza jurídica das quotas. Conquanto não sejam elas, por natureza, corporificadas em títulos negociáveis ou transmissíveis por tradição (ao portador), por endosso, ou por termo de transferência nos livros societários (nominativas), o certo é que as quotas representam valores reais, bens tangíveis, mensuráveis economicamente, avaliáveis em dinheiro. Na conferência de quotas, o cedente não transfere um *papel*, mas um *valor, um título de legitimação e de participação* no acervo da sociedade, o qual habilita o cessionário a perceber lucros ou dividendos, durante a vida normal da sociedade, ou o rateio de liquidação ao tempo de sua dissolução. Em resumo, somos de parecer que, adotadas as cautelas devidas quanto à alteração contemporânea ou subsequente do contrato social da sociedade, cujas quotas são conferidas — a contribuição de quotas para a formação do capital das sociedades limitadas e anônimas é legítima.

43. Reza o art. 289 do CCom. que os sócios devem entrar para o fundo social com as quotas e contingentes a que se obrigaram, nos prazos e pela forma que se estipular no contrato.

Cumpre, assim, aos sócios estipular no contrato social o prazo e a forma de realização das quotas subscritas, caso contrário, o Registro do Comércio deverá recusar o arquivamento do ato constitutivo ou do instrumento de alteração do capital social *ex vi* do art. 72, *b*, da Lei 4.137, de 10.9.1962, que regula a repressão ao abuso do poder econômico. Não existe, pois, nas limitadas, a obrigatoriedade da realização, como entrada, de 10%, no mínimo, do preço de emissão das quotas subscritas em dinheiro e nem a necessidade do depósito, no Banco do Brasil, ou em outro estabelecimento bancário, da parte do capital realizado, como é de rigor nas sociedades anônimas (Lei 6.404, art. 80, II e III). Os sócios quotistas podem livremente dispor sobre a forma e o prazo de realização das quotas subscritas. Habitualmente, o contrato prefixa o *prazo* máximo da realização, deixando ao alvedrio da administração determinar a época e as condições das chamadas para pagamento.

44. O Decreto 3.708 é manifestamente deficiente também nessa matéria. Feita a remissão ao art. 289 onde se prevê, como sanção ao quotista inadim-

22. *Idem*, *ibidem*, vol. 1.º, p. 38.

plente, a responsabilidade “pelo dano emergente da mora se o contingente não for dinheiro” ou “o pagamento do juro legal se a contribuição for em dinheiro” — o art. 7.º faculta aos sócios adimplentes o recurso à exclusão do sócio remisso.

A redação do citado art. 7.º é lamentavelmente pobre e imprecisa por ter tratado, ao mesmo tempo, de duas hipóteses paralelas: a exclusão do sócio remisso e a cobrança amigável das somas devidas... Nem ao menos se contempla a execução judicial da dívida...

45. Na cobrança da dívida, em dinheiro, a prevalecer o critério do art. 289 do CCom., a sociedade só poderá exigir a importância do principal mais o juro legal. Daí a alternativa constante do art. 289, *in fine*, e do art. 7.º do Decreto 3.708, de os demais sócios excluïrem o sócio remisso tomando para si “as quotas anuladas ou transferidas a estranhos pagando ao proprietário primitivo as entradas por ele realizadas, deduzindo os juros da mora e mais as prestações estabelecidas no contrato e as despesas”.

46. A inflação institucionalizada no Brasil torna inviável e contraproducente a cobrança da quantia devida acrescida apenas do “juro legal”. Disso resulta a absoluta conveniência de o contrato social prever cobrança de juros legais, correção monetária aos índices oficiais (ORTN) e multas. É o que prevê o art. 106, § 2.º, da Lei 6.404: “o acionista que não fizer o pagamento nas condições previstas no estatuto ou boletim, ou na chamada, ficará de pleno direito constituído em mora, sujeitando-se ao pagamento dos juros, da correção monetária e da multa que o estatuto determinar, esta não superior a 10% (dez por cento) do valor da prestação”.

A aplicação subsidiária dos preceitos da lei das sociedades anônimas é plenamente justificável no caso de mora do quotista remisso, sem prejuízo da alternativa da exclusão prevista no art. 7.º do Decreto 3.708 e que, na Lei 6.404, corresponde à faculdade de a sociedade mandar vender em Bolsa de Valores, por conta e risco do acionista, as ações não pagas.

47. Recorde-se que a contribuição dos sócios pode ser representada pela conferência de bens imóveis. Nas sociedades anônimas “a incorporação de imóveis para formação do capital social não exige escritura pública” (Lei 6.404, art. 89), sendo a certidão do Registro do Comércio documento hábil para a transcrição no registro público competente (*id.*, art. 98, § 2.º). Mais ainda. O § 3.º do mesmo art. 98 da Lei 6.404 permite que a ata da assembléia geral que aprovar a incorporação do bem imóvel descreva-o sumariamente desde que suplementada por declaração contendo todos os elementos necessários à transcrição no registro público.

Em se tratando de norma excepcional, que refoge à regra geral de que nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a Cr\$ 10.000,00 a escritura pública é da substância do ato (CC, art. 134, II), o art. 89 da Lei 6.404 não se aplica supletivamente às sociedades limitadas. A transmissão de domínio do bem imóvel ao capital social das limitadas exige escritura pública, *até que o legislador se disponha a estender às limitadas o benefício concedido às anônimas*.

48. Referimo-nos à contribuição dos sócios à realização do capital social na forma estipulada no contrato social. Indaga-se: pode o contrato social das limitadas determinar que as quotas sejam emitidas a preço superior ao nominal?

Em outras palavras, será lícito na alteração do contrato social exigir-se que a subscrição do aumento do capital se processe por preço de emissão diferente do nominal?

Inicialmente, entendemos que, no estágio atual da legislação brasileira, não se justificaria a existência de quotas sem valor nominal, instituto típico das sociedades anônimas (Lei 6.404, arts. 11 e 14). Cremos, todavia, que a fixação de preço de emissão de quotas superior ao nominal pode ser plenamente aceitável. A diferença — *ágio* — seria levada a uma conta especial de reserva de capital (Lei 6.404, art. 13, § 2.º), para ser utilizada de acordo com o contrato social (vide art. 200 da Lei 6.404). Com isso se defenderá melhor a posição econômica dos antigos quotistas em caso de não exercício do direito de preferência à subscrição do aumento proposto.

49. Admitindo, pois, a emissão de quotas em aumentos de capital, por valor superior ao nominal, não chegamos a aceitar a existência de sociedades limitadas com capital *autorizado*. Entendemos que as normas do art. 168 da Lei 6.404 não se coadunam com a estrutura das sociedades limitadas brasileiras.

## VI. Espécies de quotas e de ações

50. As ações de sociedades anônimas, conforme a natureza dos direitos e vantagens que confirmam a seus titulares, são ordinárias, preferenciais ou de fruição (Lei 6.404, art. 15).

Até que ponto o preceito da Lei das Sociedades Anônimas pode aplicar-se às sociedades limitadas? Durante muito tempo resistiu-se à possibilidade de as limitadas possuírem quotas preferenciais ou privilegiadas. Cremos que atualmente a sua aceitação está bem generalizada. Na verdade, não existe nem no Código Comercial nem no Decreto 3.708 vedação à existência de quotas preferenciais. A preferência pode ser na percepção prioritária de lucros ou no rateio de liquidação. O importante a acentuar é que a totalidade dos lucros não pode ser atribuído apenas a um sócio nem seja algum deles excluído de sua participação (CCom., art. 288). Essa disciplina se completa com a regra do art. 302, 4, onde se determina que o contrato social designe “a parte que cada sócio há de ter nos lucros e nas perdas” e que no silêncio do contrato, ganhos e perdas são comuns a todos os sócios e na razão proporcional dos seus respectivos quinhões no fundo social” (CCom., art. 330).

Somos francamente favoráveis à aceitação das quotas preferenciais nas sociedades limitadas. Invoquemos a lição de Fran Martins: “Admite-se, doutrinária e praticamente, que os sócios das sociedades limitadas podem gozar dos privilégios que não sejam necessariamente proporcionais à quantia das respectivas contribuições. Esses privilégios podem ser de ordem *econômica* (maiores vantagens nos lucros ou na liquidação) ou de ordem *política* dizendo respeito ao voto dos sócios”.<sup>23</sup>

23. Fran Martins, *Sociedades por Quotas no Direito Estrangeiro e Brasileiro*, vol. II, n. 281, p. 636. Quanto à vantagem política, o mesmo autor parece fazer restrições à opinião acima transcrita, *ib.*, vol. II, n. 301, p. 678; Nelson Abrão, *Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, Saraiva Editores, 1979, n. 26, p. 43, n. 46, p. 76.

Em última análise, entendemos que, com cuidadosas adaptações, o núcleo do capítulo reservado às ações preferenciais na Lei 6.404 (arts. 17 e 18) pode ser transplantado para o contrato social das sociedades limitadas:

- I — prioridade na distribuição de lucros;
- II — prioridade no reembolso de capital, com prêmio ou sem ele;
- III — acumulação das vantagens enumeradas nos itens I e II.

Mais ainda: a participação preferencial nos lucros das limitadas pode ter a natureza de dividendo cumulativo, ou não cumulativo, presumindo-se, no silêncio do contrato, a natureza não cumulativa do dividendo (Lei 6.404, art. 17, § 2.º).

51. Permite a Lei 6.404 (art. 15) que as sociedades anônimas possuam ações de *fruição*, cuja existência é melhor tratada no art. 44, § 2.º, que cuida da *amortização* de ações. A amortização — lê-se no aludido § 2.º — consiste na distribuição aos acionistas, a título de antecipação e sem redução do capital social, de quantias que lhes poderiam tocar no caso de liquidação da companhia. A amortização pode ser integral ou parcial e abranger todas as classes de ações ou só uma delas (§ 3.º), devendo proceder-se mediante sorteio se ela não abranger a totalidade das ações de uma mesma classe (§ 4.º). É então que a lei permite a emissão de ações de *fruição* para substituir as ações integralmente amortizadas. O Decreto-lei 2.627/40 utilizava-se de terminologia levemente diversa: chamava-as de ações de gozo ou *fruição*, nos arts. 9.º e 18.º, § 3.º.<sup>24</sup>

O regime da amortização de ações aplica-se *mutatis mutandis* à amortização de quotas de sociedades limitadas: em ambos os casos a operação só poderá realizar-se mediante aplicação de reservas ou lucros e sem prejuízo do capital social. Se a amortização for realizada, com prejuízo do capital social, ela poderá ser anulada e os sócios serão obrigados a repor as quantias recebidas indevidamente *ex vi* do art. 9.º alínea *d*, Decreto 3.708.

Há a considerar, todavia, um aspecto negativo da amortização de quotas. Não vemos como se possa realizar a amortização de apenas *algumas quotas*. Nas anônimas, a amortização de parte de ações se processa através de sorteio por expresse mandamento legal. Ora, nas limitadas, o sorteio é impraticável porquanto as quotas não são identificáveis por número como acontece com as ações (Lei 6.404, art. 24, V). Sendo assim, a amortização, nas limitadas, deve abranger a totalidade das quotas ou, pelo menos, a totalidade de uma espécie de quotas, se houver quotas ordinárias e preferenciais.

## VII. Administração e fiscalização das sociedades limitadas

52. Dolorosamente lacunoso o Decreto 3.708 em tudo quanto diz respeito à administração das sociedades limitadas. Cumpre, preliminarmente, determinar quais as pessoas que podem ser designadas para exercer a gerência. Há, desde logo, uma grande indagação a ser feita: a gerência pode ou não ser confiada a não sócios, isto é, a "estranhos"? Da análise literal do Decreto 3.708 devia

24. Carlos Fulgêncio, *Sociedades por Ações*, ed. Saraiva, 1972, vol. I, ns. 186 e 189, pp. 205-207.

inferir-se que a gerência só pudesse ser entregue a sócios. Com efeito, em várias passagens do citado Decreto, fala-se em: “os sócios gerentes não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade” (art. 10); “os sócios gerentes poderão ser dispensados de caução pelo contrato social” (art. 12); “o uso da firma cabe aos sócios gerentes” (art. 13).

E, nesse sentido restrito, orientou-se a princípio a interpretação do Decreto 3.708, principalmente nos órgãos do Registro do Comércio, em flagrante contraste com os ensinamentos do direito comparado que vem admitindo, largamente, a eleição de gerentes não sócios. (Registre-se, de passagem, que o Projeto 634/1975 do Código Civil agasalha francamente a nomeação de “administradores estranhos” nas sociedades limitadas (art. 1.098).

53. Mercê da força aglutinante da interpretação construtiva, os autores modernos e a prática têm aceito a nomeação de gerentes não sócios através do mecanismo jurídico da *delegação de poderes* prevista no art. 13 do Decreto 3.708, *verbis*: “É lícito aos gerentes delegar o uso da firma somente quando o contrato não contiver cláusula que se oponha a essa delegação. Tal delegação, contra disposição do contrato, dá ao sócio que a fizer, pessoalmente, a responsabilidade das obrigações contraídas pelo substituto, sem que possa reclamar da sociedade mais do que a sua parte das vantagens auferidas do negócio”.

Esse art. 13 que chegou a ser considerado como “um primor de obscuridade” ou mesmo “letra morta”, revelou extraordinária vitalidade. Transpôs-se a barreira hermética do Decreto 3.708 (cujo intuito inicial parecia restrito à delegação da firma por parte do sócio gerente) e chegou-se à admissão da gerência por pessoas jurídicas e por terceiros não sócios mesmo com a designação de diretores.<sup>25</sup>

Dá-se, pois, por assente, a tese de que pessoas jurídicas e terceiros nomeados pelos sócios podem exercer a gerência das sociedades limitadas mediante indicação de gerentes ou diretores delegados indicados no contrato social. Tais pessoas jurídicas podem ser nacionais ou estrangeiras, mas os gerentes ou diretores delegados não de ser, necessariamente, pessoas físicas residentes no Brasil. É o argumento que se extrai, presentemente, da norma subsidiária do art. 146 da Lei 6.404.

54. Recomenda-se que o contrato social determine, com clareza, o prazo do mandato do sócio gerente ou delegado. Há os que entendem que no silêncio do contrato o prazo de gerência seria por todo o tempo da sociedade ou até que se altere o contrato.<sup>26</sup> Estamos, todavia, com aqueles que sustentam, na omissão do contrato da sociedade limitada, que o mandato do gerente se esgota ao cabo de três anos, salvo recondução, como previsto no art. 143, III, da Lei 6.404.<sup>27</sup>

Embora prevista a gestão do gerente ou diretor da sociedade limitada por prazo certo, pode ele ser destituído a qualquer tempo, *ad nutum*, por deliberação dos quotistas observadas as condições de *quorum* e maioria deliberante constantes

25. Egberto Lacerda Teixeira, op. cit., n. 65, p. 135 e segs.; Fran Martins, op. cit., vol. II, n. 315, p. 698.

26. Fran Martins, op. cit., vol. II, n. 313, p. 695.

27. Nelson Abrão, op. cit., n. 57, p. 90.

do contrato social.<sup>28</sup> Ressalva-se ao gerente demitido, o direito de pleitear, eventualmente, a reparação civil ou mesmo penal que o caso comportar, se for dolosa a destituição.

### VIII. Conselho de Administração

55. Órgão de instituição compulsória nas companhias abertas, nas de capital autorizado e nas de economia mista, facultativa nas demais modalidades de sociedades anônimas, o Conselho de Administração pode eventualmente ser aproveitado nas sociedades limitadas, por não haver proibição legal nesse sentido. Seria o caso das "grandes limitadas", constituídas por grupos diversos, em que o sócio-quotista desejar acompanhar mais de perto o funcionamento da vida social.

56. Cumpre ressaltar aspecto importante da instituição do Conselho de Administração nas sociedades limitadas. Se os sócios não tiverem o cuidado de regular, com precisão, as atribuições, poderes e deveres do Conselho de Administração — afastando-se, se necessário ou conveniente do modelo de Lei das Sociedades Anônimas — o provável é que, por força do art. 18 do Decreto 3.708, a Lei 6.404 venha a ser invocada como fonte supletiva nos casos de omissão total ou parcial do contrato social. Tenha-se em mente, por exemplo, a questão da escolha da "diretoria" da sociedade limitada, se houver Conselho de Administração: convém que os sócios se pronunciem, expressamente, sobre quem terá a atribuição de eleger e de destituir a diretoria da sociedade limitada. Ademais, seria, em tese, possível (conquanto dificilmente recomendável na prática) a adoção contratual do sistema de voto múltiplo para eleição de conselheiros.

### IX. Conselho Fiscal

57. Aplicam-se, em relação ao Conselho Fiscal, as observações genéricas feitas acima a respeito do Conselho de Administração. Por se tratar de sociedade eminentemente fechada, a limitada dispensa a instituição do Conselho Fiscal, conquanto não haja incompatibilidade estrutural e nem proibição legal nesse sentido. Se, por conseguinte, os sócios quotistas deliberarem instalar Conselho Fiscal, convém que explicitem, com rigor, suas atribuições e forma de composição. Caso contrário, as normas supletivas da Lei 6.404 serão invocáveis plenamente.

### X. Reuniões ou assembléias de quotistas

58. O Decreto 3.708, nada, absolutamente nada dispôs acerca da realização de reuniões ou assembléias gerais ordinárias e extraordinárias. Diante da abdicação total do legislador de 1919, cumpre ao contrato social regular, por inteiro, a matéria: a época, a forma, o processo de convocação e de votação, o *quorum* de presença, a maioria deliberante, a representação dos sócios, etc.

28. Cunha Peixoto, *Da Sociedade por Cota*, I, n. 359.

A reunião ou assembléa de quotistas\* — como expressão *substancial* e não *formal* de deliberação coletiva — é indispensável na vida das sociedades limitadas. Essa reunião ou assembléa não se reveste da solenidade das assembléas das sociedades anônimas mas deve realizar-se para apreciação dos atos fundamentais da vida social particularmente os relativos à discussão e aprovação do balanço, correção monetária do capital realizado, declaração de dividendos, etc.

O silêncio do Decreto 3.708 talvez se explique pelo caráter fechado, íntimo, das pequenas sociedades limitadas do seu tempo. Ocorre, todavia, que nos dias atuais há vultosos interesses envolvidos nas sociedades limitadas, com presença de expressivos contingentes minoritários que não podem ficar à mercê do capricho das maiorias ou dos administradores. Daí a necessidade de disciplinar o modo de realização de reuniões coletivas (ainda que para assinatura de instrumentos de alteração do contrato social) de modo a resguardar os interesses dos sócios. Dispensa-se, obviamente, o requisito da convocação por editais publicados na imprensa oficial e diária, mas reforça-se a conveniência do aviso pessoal dirigido ao endereço registrado do sócio, com razoável antecedência. A regra supletiva do art. 124, § 1.º da Lei 6.404 deve orientar-se nesse particular: oito dias de antecedência na primeira convocação e de cinco dias na segunda convocação. A reunião deve ocorrer na sede da sociedade, se outro local não for designado contratualmente.

A exemplo do que ocorre com as sociedades anônimas, independentemente das formalidades previstas em lei ou no contrato, será considerada regular a reunião ou assembléa a que comparecerem todos os sócios quotistas (Lei 6.404, art. 124, § 4.º).

O projeto do Código Civil disciplina, em seção especial, o processo de convocação, instalação, deliberação das assembléas gerais, ordinárias e extraordinárias das sociedades limitadas (arts. 1.108 a 1.116).

59. Tem sido geralmente admitida, nas praxes das sociedades limitadas, a representação de sócios por mandatários ou procuradores que não sejam sócios. Essa prática liberal encontra hoje, no art. 126 da Lei 6.404, melhor respaldo do que no regime do Decreto-lei 2.627. Indaga-se, todavia, se se deve transplantar, para o campo das sociedades limitadas, norma da Lei 6.404 (art. 126, § 1.º), que só reconhece a eficácia das procurações outorgadas há menos de um ano da data da assembléa?

Entendemos que o transplante não se justifica. A restrição de direito (de duvidosa sabedoria quanto às próprias sociedades anônimas) não se deve estender às limitadas. Por medida de prudência, o contrato social deve dispor positivamente sobre a matéria.

60. Normalmente, as deliberações sociais são tomadas por maioria absoluta de votos, mas o contrato social pode aumentar tanto o *quorum* de presença como a exigência de maioria deliberante qualificada.

Ainda que se possa, em caráter estritamente excepcional, requerer deliberação unânime para certas e determinadas matérias, somos de parecer que a exigência da unanimidade de votos é intrinsecamente contrária à estrutura das sociedades de capitais e das limitadas, especialmente em face do disposto no art. 15 do Decreto 3.708, que assegura ao dissidente da alteração do contrato social a faculdade de retirar-se da sociedade. Ora, impor-se, como regra, a

unanimidade nas alterações do contrato social, seria atentar contra o direito de recesso amplamente concedido pelo citado art. 15.

61. A Lei 6.404 veio preencher uma lacuna de há muito apontada pela doutrina: a solução do impasse criado pela ocorrência de *empate* nas deliberações sociais. Na verdade, o Art. 129, § 2.º, diz que em falta de previsão estatutária quanto ao procedimento de arbitragem e persistindo o empate após nova assembléia “caberá ao Judiciário decidir no interesse da companhia”. Essa regra supletiva, na ausência de outro critério adotado no contrato social, pode ser invocada nas sociedades limitadas. Aconselha-se aos sócios das limitadas que procurem encontrar uma fórmula contratual de resolver o problema a fim de fugir-se ao apelo ao Judiciário, sempre lento e dispendioso.

## XI. Aumento de capital — Direito de preferência

62. O aumento de capital das sociedades limitadas pode dar-se por subscrição (bens, dinheiro, créditos, etc.) ou por incorporação de lucros ou reservas. Nos aumentos mediante incorporação de lucros ou reservas ou correção monetária anual do capital realizado a delicada questão do exercício do direito de preferência não surge, eis que a atribuição das novas ações deve ser feita proporcional e automaticamente, com base na participação de cada quotista no capital social à data-base.

Já nos aumentos com aporte de novos valores (dinheiro, créditos, bens, etc.) o problema surge em toda a sua vitalidade dado o silêncio do Decreto 3.708 sobre a matéria. É imperioso que o contrato social disponha a respeito, reconhecendo, ou não, e em que limites, o direito de preferência dos antigos quotistas à subscrição do aumento proposto e a forma do seu exercício. A regra deve ser, pois, a do resguardo do direito de preferência, *maxime* por que o antigo quotista não tem, como nas anônimas, a possibilidade de alienar ou adquirir no mercado aberto participações sociais. Ora, se nas anônimas a norma geral é de proteção ao direito de preferência (art. 171), admitindo-se a sua exclusão apenas em casos excepcionais (Art. 172), com maior razão nas limitadas deve ser preservado o direito de preferência. Lembrar-se-ia, quiçá, em defesa da supressão excepcional do direito de preferência nas sociedades limitadas, o fato de o aumento de capital acarretar alteração do contrato social e, conseqüentemente, habilitar o quotista dissidente ao exercício do direito de recesso. Assim mesmo, somos de opinião que a preservação do direito de preferência se impõe.

63. A preferência deve ser exercida nos termos e na forma previstas no contrato social. Em caso de omissão contratual, apelar-se-á para a regra supletiva do art. 18 do Decreto 3.708, combinado com o mandamento do art. 171, § 4.º, da Lei 6.404: a assembléia fixará prazo de decadência nunca inferior a 30 dias para o exercício do direito de preferência.

O legislador de 1976 não determinou explicitamente, como lhe competia, o início do prazo de 30 (trinta) dias para o exercício do direito de preferência (“o estatuto ou a assembléia geral fixará prazo de decadência nunca inferior a 30 (trinta) dias para o exercício do direito de preferência” — lê-se no § 4.º do Art. 171). É certo, porém, que esse prazo deve ser contado, nas sociedades anônimas, da primeira publicação, no *Diário Oficial*, da ata da Assembléia Geral

que houver aprovado o aumento ou do Aviso correspondente. Dispensa-se a publicação da ata ou do Aviso relativo ao prazo de subscrição, se tiver havido comparecimento unânime de acionistas à assembléia que votou o referido aumento. Nas sociedades limitadas, a questão assume relevância especial, porquanto não existe, de regra, publicação de atas de assembléias ou reuniões de quotistas. Para os quotistas presentes à reunião que aprovou a deliberação do aumento, ou dela tomaram conhecimento, o prazo de exercício do direito de preferência começa a correr da data da deliberação ou do seu conhecimento inequívoco. Recomendamos, para o caso, que se proceda à notificação judicial ou extrajudicial dos quotistas ausentes. Se tal notificação não for feita, então, em falta de outro critério, conter-se-ia o prazo para o exercício do direito de preferência a partir da publicação, no *Diário Oficial*, da ata da sessão do Registro do Comércio que houver arquivado a deliberação dos quotistas. Reconhecemos ser falha esta última alternativa, motivo pelo qual insistimos na conveniência ou necessidade de notificação judicial ou extrajudicial dos quotistas ausentes.

64. Com a promulgação da Lei 6.404, de 1976, interessante indagação aparece relativamente aos aumentos de capital das sociedades limitadas: como se recorda a Lei 2.627 (art. 108), subordinava o aumento de capital à prévia realização integral do capital anterior. Posteriormente, a lei fiscal passou a admitir o aumento de capital com aproveitamento de lucros ou de reserva, mesmo sem estar inteiramente realizado o capital anterior. Essas normas eram respeitadas na vida prática das sociedades limitadas. Eis que a Lei 6.404 alterou radicalmente esta posição ao dispor no art. 170: "depois de realizadas 3/4, no mínimo, do capital social, a companhia pode aumentá-lo mediante subscrição pública ou particular de ações."

Qual a repercussão da nova Lei das Sociedades Anônimas quanto às sociedades limitadas? Acentua-se, de início, que o alcance da responsabilidade do acionista é bem diferente da do sócio-quotista. Nas anônimas, cada acionista (salvo o acionista controlador) responde única e exclusivamente até o montante das ações por ele subscritas ou adquiridas. Já nas limitadas, cada quotista responde subsidiariamente pela integralização de todo o capital subscrito e não realizado pelos demais quotistas. Assim sendo, não se justifica, em tese, que se alargue a responsabilidade do sócio quotista por novo aumento de capital quando o anterior ainda não se realizou por inteiro. Na prática, todavia, pode haver conveniência em aumentar-se o capital da sociedade limitada ainda que não integralizado o anterior. Em suma, não seria ilegal a disposição contratual que determinasse o aumento de capital antes de completado o anterior, observados os limites da lei das sociedades anônimas.

## **XII. Alterações do contrato social e o direito de "retirada" — Recesso**

65. As sociedades comerciais não são eternas. As leis e os contratos devem prever os casos de liquidação da empresa e os casos de retirada unilateral dos sócios, continuando a empresa a operar com os remanescentes. A tendência notória da doutrina e do direito comparado se manifesta em prol da maior flexibilidade das estruturas societárias e da maior facilidade para substituição dos sócios individualmente considerados. Nas sociedades anônimas, principalmente nas abertas, atinge-se ao ápice do processo liberal. Nas sociedades limitadas, onde

a substituição dos sócios implica, praticamente, a modificação do contrato social, as conseqüências são mais dramáticas.

Deve-se, nesse sentido, evitar a exigência da unanimidade nas deliberações sociais pois que ela, de um lado, sufoca a minoria e, de outro, erige essa mesma minoria em fiel da balança, em detentora de perigoso e fatal veto.

66. “Assiste aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado. Ficam, porém, obrigados às prestações correspondentes às quotas respectivas, na parte em que essas prestações forem necessárias para pagamento das obrigações contraídas, até a data do registro definitivo da modificação do estatuto social” (Decreto 3.708, art. 15).

Registre-se, inicialmente, que a “faculdade” concedida aos sócios dissidentes não pode ser renunciada previamente pelo sócio. Seria nula a disposição contratual que eliminasse o direito de retirada nas condições estabelecidas em lei. *Faculdade* é, e não obrigação, porquanto o sócio que divergir da alteração do contrato social *não é obrigado* a declarar o seu recesso, a retirar-se da sociedade. Pode conformar-se com a deliberação da maioria.

Critica-se, e com razão, a amplitude do direito de retirada ou de recesso concedido pelo Decreto 3.708. Toda e qualquer modificação do contrato social, por mais insignificante que seja, propicia o exercício do recesso, nisto apartando-se do regime da Lei das Sociedades Anônimas que indica taxativamente os casos que autorizam o acionista a retirar-se da sociedade (Lei 6.404, arts. 137, 252, 256, § 2.º).

67. Se foi generoso — talvez até pródigo — na concessão do direito de recesso nas limitadas, o legislador de 1919 pecou pelo silêncio ao não disciplinar o procedimento a seguir na espécie. Com efeito, o Decreto 3.708 é espessamente mudo nesse particular. Cabe, pois, aos sócios regular, expressa e cuidadosamente, a matéria no contrato social, aumentando ou diminuindo o prazo para manifestação da retirada, fixando os critérios de avaliação do patrimônio líquido, determinando o prazo e condições de pagamento das quotas do retirante, etc.

Se ao silêncio do Decreto 3.708 somar-se a omissão do contrato social, então aplicar-se-á à retirada do sócio quotista as normas correspondentes da Lei das Sociedades Anônimas. Nota-se, na Lei 6.404/76, expressivo progresso em relação ao Decreto-lei 2.627/40, no que concerne ao procedimento prático do reembolso.

O recesso — ou reembolso — deve ser “pedido” ou “reclamado” à sociedade no prazo de trinta (30) dias contados da publicação da ata da assembléia geral — é o que ordena o art. 137 da Lei 6.404. Nas sociedades limitadas — onde a publicação de atas não é exigida nem de praxe — o prazo começa a correr da data em que o sócio quotista teve conhecimento *efetivo* ou *presumido* da modificação contratual: presença à assembléia ou reunião de quotistas, assinatura do instrumento com ressalva do direito de recesso; recebimento de notificação judicial ou extrajudicial; publicação no *Diário Oficial* da ata de reunião do Registro de Comércio que tenha arquivado a modificação contratual, etc.

68. O Decreto 3.708 é bem claro: o recesso ou o valor do reembolso deve corresponder à quantia que caberia ao dissidente com base no último balanço aprovado. Admite-se, todavia, que os sócios sejam mais específicos, optando, por

exemplo, pelo levantamento de um balanço especial na data da modificação contratual que provocou o recesso; que usem o critério contábil ou o de avaliação real dos bens do ativo ou do passivo; que determinem o pagamento da "quota" do sócio dissidente à vista ou em prestações, com ou sem juros, com ou sem correção monetária; etc.

Hernani Estrella, depois de mencionar a grande variedade de critérios que podem ser adotados em cada caso, ressalta que, uma vez escolhido o critério, o pacto torna-se absolutamente obrigatório, tanto para o sócio como para a sociedade.<sup>29</sup> Atualmente, com a força corrosiva da inflação, os sócios devem acautelar-se prevendo prazos mais curtos de reembolso e a adoção de correção monetária moderada para preservar, tanto quanto possível, o valor existente ao tempo da retirada.

69. A Lei 6.404 firmou certos princípios que, *mutatis mutandis*, podem transplantar-se para o domínio das sociedades limitadas, tais como: direito de recesso em favor dos que se abstiveram de votar ou que não tenham comparecido à reunião (art. 137, § 1.º); a faculdade reconhecida à assembléia geral (reunião de sócios) de reconsiderar a deliberação tomada, se entender que o pagamento do preço do reembolso poderá pôr em risco a estabilidade financeira da empresa (art. 137, § 2.º).

Este último aspecto — o da reconsideração pela sociedade da decisão que provocou o pedido de recesso — deve, para maior segurança das partes — ser regulado no contrato social para evitar-se infundável perlanga sobre a natureza da manifestação de vontade do sócio dissidente. Será que a formulação do pedido de reembolso constitui ato jurídico perfeito, acabado, vinculativo, não admissível de retratação?

Nas anônimas, a retratabilidade é imposta pela própria sociedade através da eliminação do motivo que provocou o pedido de retirada. Seria possível a retratação unilateral por iniciativa do acionista dissidente? Embora reconheçamos a delicadeza da matéria, estamos inclinados a aceitar a retratação do pedido, se feita antes da comunicação, pelos órgãos societários, ao interessado, acerca do valor do reembolso aceito pela sociedade.

### XIII. O regime das quotas sociais

70. Já cuidamos da natureza das quotas sociais (n. V). Elas representam uma parte, um quinhão, de um todo maior, que é o capital social, indiretamente do patrimônio da sociedade. São, por si mesmas, um bem, um valor mensurável em dinheiro e transferível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*. São, assim, "conferíveis" na formação do capital social de outras sociedades anônimas ou limitadas.

Como são transferíveis as quotas sociais?

A questão suscita dúvidas antigas no Direito brasileiro. O art. 334 do CCom. declara que "a nenhum sócio é lícito ceder a um terceiro que não seja sócio a parte que tiver na sociedade, nem fazer-se substituir no exercício das funções

29. Hernani Estrella, *Despedida de Sócio e Apuração de Haveres*, 1948, Porto Alegre, pp. 109-110.

que nela exercer, sem expresso consentimento de todos os outros sócios, sob pena de nulidade do contrato; mas poderá associá-lo à sua parte, sem que por esse fato o associado fique considerado membro da sociedade.”

Infere-se, desse vetusto dispositivo legal, que a cessão da parte social entre sócios é admissível, sem o consentimento de todos os outros sócios. O que se deseja saber é se é possível, no contrato social, autorizar a cessão a terceiros, sem o consentimento da unanimidade dos parceiros. Sempre entendemos que, no silêncio do Decreto 3.708, de 1919, e em respeito à autonomia da vontade dos contratantes, é perfeitamente legítimo aos sócios pactuar a cessão de quotas a terceiros sem obediência ao requisito da unanimidade. É óbvio que o contrato social deve regular, cuidadosamente, o processo de transferência, com ressalva da preferência aos antigos sócios para aquisição das quotas postas à venda. Assim sendo, o instrumento de cessão ou de alteração do contrato social deve ser assinado pelo cedente e pelo cessionário e pelos sócios que representem a maioria exigida pelo contrato.

71. Aqui se coloca problema delicado. Deverá a cessão de quotas acarretar, necessariamente, a assinatura de um instrumento de alteração do contrato social? Escrevendo há muitos lustros sobre a matéria, sustentamos que a cessão poderia realizar-se através de instrumento autônomo, desde que observados os requisitos previstos no contrato. Em suma, não é a forma que cria o *status* de sócio e, sim, a substância mesma do ato.<sup>30</sup> Continuamos a pensar da mesma maneira, conquanto reconheçamos que a cessão de quotas, embutida no instrumento de alteração do contrato social apresenta enormes vantagens práticas no concernente ao Registro do Comércio.

A transferência ou cessão de quotas deve, por conseguinte, observar rigorosamente as normas contratuais, inclusive cláusula de preferência em favor dos demais sócios, sob pena de nulidade ou ineficácia em relação à sociedade.<sup>31</sup> Não basta agasalhar o direito de preferência à aquisição das ações a serem cedidas. É imprescindível que o contrato social regule minuciosamente as condições de exercício da preferência: ordem de prioridade, prazo, forma de comunicação entre os sócios e a sociedade, destino de eventuais sobras, etc.

72. Enfrente-se mais uma e grave questão: pode o contrato social das limitadas prever e autorizar a livre transferência de quotas independentemente da anuência dos demais sócios?

Fundada no caráter predominantemente pessoal das relações entre sócios de sociedades limitadas, a doutrina inclina-se no sentido de vedar a livre cessibilidade de quotas.

Parece-nos, todavia, que a regra admite exceção a ser consubstanciada expressamente no contrato social. A prova de que a livre transferibilidade de quotas não é incompatível com o regime moderno das sociedades limitadas no Brasil, nós a encontramos no capítulo das disposições transitórias da Lei 6.404, de 1976.

Com efeito, o art. 298 da lei citada regulou o processo simplificado de transformação de certas sociedades anônimas em sociedades limitadas, desde

30. Egberto Lacerda Teixeira, *Sociedade por Quotas*, n. 105, p. 225 e segs.

31. Fábio K. Comparato, parecer in RT 473/40.

que o contrato social assegurasse “aos sócios a livre transferência das quotas entre si ou para terceiros” (inciso II).

Não se argumente com o caráter temporário do art. 298 da Lei 6.404 para negar a possibilidade jurídica de o contrato social estabelecer a regra da livre transferibilidade de quotas entre os sócios ou para terceiros. Embora transitória, a norma especial do art. 298 demonstra, de maneira irretorquível, a compatibilidade do regime legal das sociedades limitadas com a livre cessibilidade de quotas a terceiros.

É certo que a livre cessão de quotas a terceiros, ou mesmo a outros sócios, independentemente de assinatura de instrumento de alteração do contrato social, exige do Registro do Comércio a aceitação do arquivamento do documento de cessão de quotas como sucedâneo da alteração contratual.

#### XIV. Aquisição de quotas pela própria sociedade

73. Adiantando-se à legislação das sociedades anônimas, vigorante ao tempo de sua promulgação, o Decreto 3.708, de 1919, autorizou expressamente a sociedade limitada a adquirir suas próprias quotas. Vale a pena transcrever, na íntegra, o art. 8.º daquele Decreto:

“Art. 8.º — É lícito às sociedades a que se refere esta lei adquirir quotas liberadas, desde que o façam com fundos disponíveis e sem ofensa do capital estipulado, no contrato. A aquisição dar-se-á por acordo dos sócios, ou verificada a exclusão de algum sócio remisso, mantendo-se intacto o capital durante o prazo da sociedade.”

São, pois, requisitos básicos para que a sociedade limitada possa adquirir suas próprias quotas: (a) que as quotas a serem adquiridas sejam *liberadas*, isto é, integralizadas; (b) que a aquisição se faça com *fundos disponíveis*, isto é, reserva de lucros, portanto sem ofensa do capital social; (c) que a aquisição se opere mediante *acordo de sócios*.

74. Depois de manifestar estranheza quanto à operação de compra, Fran Martins declara peremptoriamente: “Conclui-se que a aquisição de uma quota pela sociedade, apesar de permitida expressamente pelo Decreto 3.708, *não é possível, dentro do nosso direito*”.<sup>32</sup>

*Data venia*, não podemos acompanhar a lição do ilustre mestre cearense. A aquisição de quotas pela própria sociedade limitada não só é legal, como possível. Mais ainda. É largamente prevista nos contratos sociais e, razoavelmente, praticada na vida dos negócios.

A crítica do mestre deveria dirigir-se a outro aspecto anômalo do problema, qual seja, o silêncio da lei quanto à futura disposição das “quotas em tesouraria”. Com efeito, não é normal que a sociedade continue indefinidamente a deter suas próprias quotas liberadas. O contrato social deve prescrever, como regra, sua atribuição ou venda aos demais sócios ou sua alienação à terceiros, a fim de restabelecer a normalidade das participações societárias.

75. Examinemos, pois, ainda que de forma resumida, os pressupostos necessários à aquisição de quotas pela própria sociedade limitada.

(a) As quotas adquiridas devem estar *liberadas*, isto é, integralizadas. O Decreto 3.708 não exige que todas as quotas do capital estejam liberadas. Requer, apenas, que as quotas, objeto da aquisição, estejam integralizadas para evitar que, por via indireta, a responsabilidade individual dos demais sócios seja ampliada em caso de insolvência ou falência da sociedade.

(b) A aquisição subordina-se à utilização de *fundos disponíveis*, sem ofensa do capital social. *Fundos disponíveis* são lucros excedentes, acumulados, no patrimônio social. A sociedade não pode sacrificar seu capital na operação de aquisição de suas próprias ações. Basta que haja lucros excedentes de balanço, mesmo que, no momento, não haja caixa, pois o dinheiro da sociedade pode estar aplicado em outros valores.

(c) O Decreto 3.708 exige que a aquisição de quotas se realize “*por acordo dos sócios*”. A doutrina nacional tende a interpretar o dispositivo no sentido de exigir-se o voto unânime dos sócios.

Fran Martins abre uma pequena clareira nessa hermenêutica rígida. Diz ele: “Se o contrato não dispuser especialmente, a deliberação deve ser tomada por unanimidade dos sócios, facultada aos dissidentes se afastarem da sociedade... já que há alteração do contrato com a retirada do sócio cedente”.<sup>33</sup>

Acolhemos a primeira parte do raciocínio do mestre citado: o contrato pode dispensar a aprovação pela unanimidade dos sócios. Não conseguimos, todavia, acompanhá-lo na segunda parte do seu ensinamento, quando fala em unanimidade dos sócios, mas permite aos dissidentes retirarem-se da sociedade. Ora, se há unanimidade, não pode haver dissidência...

Assim sendo, reconhecemos a possibilidade de o contrato social da limitada autorizar a aquisição das suas próprias quotas atendidos os preceitos legais, mediante voto da maioria do capital social, dispensada a unanimidade.

O *punctum saliens* está em que a aquisição das quotas sociais pela própria sociedade pressupõe a aquiescência ou, pelo menos, a não oposição do titular das quotas objeto da transação, salvo o caso de exclusão de sócio tratada na parte final do art. 8.º. É que a aquisição das quotas pela sociedade limitada, como a compra de ações pela sociedade anônima (Lei 6.404/76, art. 30) não se confunde com as operações de *resgate* ou de *amortização* de ações previstas no art. 44 da Lei 6.404, em que o acionista atingido pela medida não manifesta, necessariamente, sua concordância com a deliberação assemblear. Tanto assim, que o sorteio é que pode determinar quais as ações resgatadas ou amortizadas.

76. A atual Lei das Sociedades Anônimas é muito mais liberal e abrangente que o Decreto-lei 2.627/40, ao disciplinar a compra das próprias ações pela companhia. Acolheu o instituto das ações em tesouraria (art. 30, § 1.º, “b”) e declarou que estas não terão direito a dividendo nem a voto. Mercê do caráter supletivo da Lei das Sociedades Anônimas às omissões do contrato social das limitadas, é perfeitamente razoável aplicar-se o preceito às limitadas: as quotas em tesouraria não terão direito a voto e aos lucros.

33. Fran Martins, op. cit., vol. II, n. 293, p. 659.

Da mesma forma, a compra de ações ou quotas seguida do seu cancelamento, sem diminuição do capital, importa, necessariamente, na modificação do valor nominal da ação ou da quota.

A fim de evitar possível alegação de favorecimento do quotista e conseqüente caracterização do caso típico de distribuição disfarçada de lucros (Decreto-lei 1.598, art. 60), o preço de compra deve ser compatível com o valor do patrimônio líquido da empresa.

## **XV. Exercício social e demonstrações financeiras**

77. O Decreto 3.708 é absolutamente omissivo a respeito do levantamento do balanço anual e da distribuição dos resultados do exercício. A omissão deve ser sanada com o apelo subsidiário às normas mais que centenárias do Código Comercial de 1850, às regras supletivas do estatuto das sociedades anônimas, quando aplicáveis e, finalmente, à legislação tributária, em especial à relativa ao imposto de renda.

Do velho Código Comercial provém a obrigação de o comerciante “formar anualmente um balanço geral do seu ativo e passivo” (art. 10, 4), o qual será lançado, em resumo, no “Diário” (art. 12, 2.<sup>a</sup> alínea).

A antiga Lei das Sociedades por Ações (Decreto-lei 2.627, de 1940) já continha normas bem mais explícitas acerca do levantamento do “balanço geral para a verificação dos lucros ou prejuízos” (art. 129). Por seu turno, o Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 76.186/75) ordena às pessoas jurídicas que instruem suas declarações de rendimentos com “cópia do balanço de ativo e passivo no início e no encerramento do exercício; cópia da demonstração da conta de lucros e perdas”.

Com o advento da Lei 6.404, de 1976, aperfeiçoou-se, extraordinariamente, o controle legislativo sobre a preparação anual das demonstrações financeiras ao fim de cada exercício social (arts. 175 e 176). A terminologia técnica foi substancialmente modificada. O “balanço geral” passou a denominar-se “balanço patrimonial” e a fazer parte do conceito maior de “demonstrações financeiras”.

Tantas e tão profundas foram as inovações da Lei 6.404, no campo da preparação das demonstrações financeiras (“inclusive a demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados; do resultado do exercício e das origens e aplicações de recursos”) que o legislador viu-se forçado a editar o Decreto-lei 1.598, de 26.12.1977, que teve o confessado propósito de “adaptar a legislação do Imposto sobre a Renda das pessoas jurídicas domiciliadas no país à nova lei das sociedades por ações.” Vê-se, contudo, que o Decreto-lei 1.598, de 1977, não se cingiu ao imposto de renda das sociedades por ações. Foi além. Alcançou, na parte aplicável, todas as pessoas jurídicas domiciliadas no país, isto é, as sociedades limitadas, entre outras.

78. No vastíssimo campo das demonstrações financeiras, cumpriria distinguir alguns itens específicos que merecem especial cuidado na disciplina das sociedades limitadas.

### (A) Reserva legal e outras reservas

Do lucro líquido do exercício 5% serão aplicados, antes de qualquer outra destinação, na constituição da reserva legal que não excederá de 20% do capital social (Lei 6.404, art. 193). A reserva legal tem por fim assegurar a integridade do capital social e somente poderá ser utilizada para compensar prejuízos ou aumentar o capital (*ib.*, art. 193, § 2.º).

O contrato social da limitada pode prever a constituição de reserva de natureza similar à legal. Se não o fizer, contudo, não haverá obrigatoriedade de constituí-la.

Fica inteiramente a critério dos sócios, no contrato social, criar reservas específicas correspondentes às reservas estatutárias das sociedades anônimas (Lei 6.404, art. 194). Podem, também, os sócios, através de assembléia geral ou de preparação do balanço anual, determinar a formação de reservas para contingências, à semelhança do disposto no art. 195 da Lei 6.404.

### (B) Limite de saldo de reservas

Declara o art. 199 da Lei 6.404 que o saldo das reservas de lucros não poderá ultrapassar o capital social e que, atingido esse limite, a assembléia deliberará sobre a aplicação do excesso na integralização ou no aumento do capital social ou na distribuição de dividendos.

Essa norma é restrita às sociedades anônimas. As limitadas não são atingidas por essa restrição.

A lei fiscal (Decreto-lei 1.598, de 1977, art. 65) instituiu imposto especial de 25% sobre os lucros e reservas que excedam o capital social realizado das *companhias*, deixando, assim, claro que o mesmo imposto não alcança as sociedades limitadas.

### (C) Dividendo obrigatório

Estabeleceu a Lei 6.404, em seu art. 202, o direito de o acionista receber, como dividendo obrigatório, em cada exercício, a parcela de lucros fixada no estatuto, ou, se este for omissivo, metade do lucro líquido do exercício. Em outro dispositivo, que foi largamente utilizado pelas sociedades anônimas, ficou assegurado à assembléia geral, na omissão do estatuto, fixar o dividendo mínimo obrigatório em 25% do lucro líquido ajustado (*ib.*, art. 202, § 2.º).

Por sua própria natureza institucional, a política do dividendo mínimo obrigatório não se aplica, compulsoriamente, às sociedades limitadas. Os sócios são livres para determinar, no contrato social ou na reunião ordinária de quotistas, a melhor forma de distribuição dos resultados sociais. Deve-se, todavia, lembrar que uma vez fixado, em disposição contratual, o percentual do dividendo obrigatório, a sua alteração formal ensejará o recesso do quotista disidente *ex vi* do art. 15 do Decreto 3.708/1919.

De passagem, registre-se a possibilidade de os sócios, nas sociedades limitadas, declararem dividendos semestrais ou intermediários, baseados em balanço regular.

#### (D) *Participação dos administradores nos lucros*

Uma das mais controvertidas novidades da Lei 6.404, de 1976, reside na regulamentação da participação dos administradores nos lucros da companhia.

Entendemos que somente a sociedade anônima cujo estatuto haja fixado o dividendo obrigatório em 25%, ou mais, do lucro líquido, é que pode atribuir aos administradores participação no lucro social e desde que tal participação se contenha nos limites prescritos nos § 1.º e § 2.º do art. 152 da Lei 6.404.

Como a Lei das Sociedades Limitadas nada dispõe acerca da matéria, fica inteiramente livre aos quotistas disciplinar o sistema de atribuição, ou não, de participações dos administradores nos lucros do exercício. Convém, todavia, para evitar remota invocação subsidiária dos dispositivos da Lei 6.404, que o contrato social, ainda que em termos genéricos, fixe sua posição sobre assunto tão delicado.

#### (E) *Reservas de capital*

As reservas de capital oriundas de ágio na emissão de ações, debêntures, partes beneficiárias e do lucro da venda de ações em tesouraria não estão sujeitas ao imposto de renda nas sociedades anônimas (Decreto-lei 1.598, art. 38).

#### (F) *Distribuição disfarçada de lucros*

Certas modalidades de distribuição disfarçada de lucros entre a sociedade anônima e o acionista controlador não se estendem às limitadas (Decreto 1.598, art. 61).

### **XVI. Transformação**

79. A transformação, nos termos do art. 220, da Lei 6.404, é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro. Ela deverá obedecer aos preceitos que regulam a constituição e o registro do tipo a ser adotado pela sociedade (art. 220, parágrafo único).

Exige a transformação o consentimento unânime dos sócios ou acionistas, salvo se prevista no estatuto ou no contrato social, caso em que o sócio dissidente terá o direito de retirar-se da sociedade.

A regra é, pois, a deliberação unânime, tanto nas sociedades anônimas quanto nas limitadas. A previsão contratual ou estatutária da transformação fora da unanimidade, deve necessariamente indicar que a deliberação pode ser tomada por maioria simples ou qualificada do capital social; neste caso, e somente neste caso, o sócio ou acionista dissidente terá o direito de retirar-se da sociedade.

Assinale-se visível deficiência da Lei 6.404 neste ponto, isto é, ao não incluir a transformação da sociedade como um dos casos de reembolso mencionados no art. 137, combinado com o art. 136. A omissão provoca outra indagação: qual

o prazo para o exercício do direito de retirada? Entendemos que se deve aplicar, analogicamente, o prazo de trinta dias indicado no art. 137 da Lei 6.404, salvo previsão contratual ou estatutária específica.

O direito de retirada inscreve-se entre os direitos essenciais do acionista (Lei 6.404, art. 109, V). É, portanto, irrenunciável, previamente, conquanto possa deixar de ser exercido. Ora, a Lei 6.404, no art. 221, parágrafo único, admitiu que os *sócios* renunciem, no contrato social, ao direito de retirada em caso de transformação em sociedade anônima.

Temos, assim, dois critérios diferentes: os acionistas das sociedades anônimas não podem estatutariamente renunciar ao direito de retirada na transformação da sociedade anônima em limitada, ao passo que os sócios das sociedades não anônimas podem validamente renunciar a esse direito na transformação da sociedade em anônima.

Em suma, ainda que de maneira indireta, o parágrafo único do art. 221 da Lei 6.404 pode ser invocado como exceção à regra geral do art. 15 do Decreto 3.708/1919, que assegura aos dissidentes de qualquer modificação do contrato social o direito de retirar-se da sociedade.

## XVII. Incorporação

80. Esclarece o art. 223 da Lei 6.404 que a incorporação pode operar-se entre sociedades de tipos iguais ou diferentes e deverá ser deliberada na forma prevista para a alteração dos respectivos contratos ou estatutos sociais. Dessa regra geral (aplicável também à fusão e à cisão) deflui a conseqüência natural de que a incorporação pode verificar-se entre sociedades anônimas ou entre uma sociedade anônima e uma sociedade limitada.

Sem embargo dessa regra geral, expressa no art. 223, é certo que a Lei 6.404 não primou, neste ponto, por cuidadosa redação que a relevância da matéria estava a exigir. Assim, ora se emprega o termo "*sociedade*", em sentido amplo, ora se usa da expressão "*companhia*", que é reservada às sociedades anônimas; ora se faz referência a "*ações ou quotas*", ora se mencionam somente "*ações*".

A questão crucial, relativamente às sociedades limitadas, está em saber se *toda e qualquer incorporação* se processará em obediência às normas da Lei 6.404, ou se a incorporação entre duas sociedades limitadas pode obedecer a outros princípios ou convenções particulares.

A resposta a esse angustiante problema deve ser dada em partes:

(a) se uma das entidades interessadas for sociedade anônima, é nosso parecer que as normas legais específicas devem ser seguidas: protocolo (art. 224), justificação (art. 225), avaliação (arts. 224 e 227), publicação (art. 227, § 3.º), etc.;

(b) se as duas entidades forem sociedades limitadas, será dispensável a "publicação" das atas da incorporação. Tradicionalmente, na incorporação entre limitadas a avaliação tem sido feita ou aceita pelas próprias partes, sem necessidade de laudos de peritos ou de avaliadores independentes. Cremos, todavia, que, nos termos da lei nova e para melhor segurança do negócio, principalmente face a possíveis efeitos fiscais, a avaliação por empresa especializada ou por três peritos deve ser realizada.

## XVIII. Fusão

81. No capítulo referente à fusão, persistem, de certo modo, as mesmas perplexidades já apontadas na Lei 6.404, quanto à terminologia adotada. O *caput* do art. 228 define fusão como sendo a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova. É o sentido genérico do art. 223 e do § 2.º do mesmo art. 228. Já no § 1.º do art. 228 se fala na assembléa geral de cada companhia e o § 3.º diz que constituída a nova companhia incumbirá aos primeiros administradores promover o arquivamento e a publicação dos atos da fusão.

Entendemos que, a despeito da imprecisão terminológica, a sociedade nova tanto pode ser limitada como anônima.

Pergunta-se: será possível a fusão de duas sociedades limitadas para formar uma nova sociedade limitada? Somos de parecer que a solução é possível, obedecendo-se, na parte aplicável, às normas supletivas do art. 228 da Lei 6.404, por força do art. 18 do Decreto 3.708.

## XIX. Cisão

82. Aqui se patenteia, em toda a sua pujança, o conflito entre as normas gerais do art. 223 e as específicas à cisão contidas no art. 229. De fato, o art. 223 parece admitir a cisão entre sociedades de tipos iguais ou diferentes. Eis que, no art. 229, se emprega sempre a palavra *companhia* para designar a sociedade cindida, como a reiterar que a sociedade-matriz deve, necessariamente, ser sociedade anônima.

Parece pacífico, da interpretação dos arts. 223 e seguintes que as sociedades resultantes da cisão tanto podem ser anônimas como limitadas, hipótese em que serão emitidas quotas e não ações aos sócios ou acionistas da sociedade cindida.

Como já dissemos, em página anterior, somos de parecer que através da ponte hermenêutica do art. 18 do Decreto 3.708/1919, é possível estender às limitadas-matrizes, na parte aplicável, as disposições da Lei 6.404, no concenente à cisão.

## XX. Subsidiária integral

83. Grande inovação da Lei 6.404 foi o acolhimento da subsidiária integral (art. 251). A subsidiária integral — que há de ser sempre sociedade anônima — pode resultar de criação *originária* ou *derivada*. *Originária*, quando constituída mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira. *Derivada*, quando resultante: (a) da aquisição de todas as ações de uma companhia existente por sociedade brasileira (art. 251, § 2.º) ou (b) da incorporação de todas as ações do capital de outra companhia brasileira para convertê-la em subsidiária integral (art. 252).

Somos de opinião que nos casos de criação *originária* e de *derivada* da aquisição por sociedade brasileira de todas as ações da companhia, a acionista da subsidiária integral pode ser sociedade limitada.

## XXI. Grupo de sociedades

84. O reconhecimento legislativo em 1976 da existência jurídica dos “grupos de sociedade” foi, sem dúvida, um passo vanguardeiro no direito pátrio. Tão empolgado ficou o legislador que, mediante o Decreto-lei 1.598, de 1977, regulamentou, para fins de imposto de renda, o sistema de tributação em conjunto das empresas integrantes do grupo. Nem chegou a ser aplicado o novo sistema fiscal. Revogou-o o Decreto-lei 1.648, de 18.12.1978.

A constituição do grupo de sociedades é eminentemente contratual (Lei 6.404, arts. 265 e 266). A convenção é que regulará a combinação de esforços ou recursos para a realização dos respectivos objetos ou a participação em atividades ou empreendimentos comuns.

Sociedades anônimas e limitadas podem participar do grupo, tanto na qualidade de membros como na de empresa controladora ou de comando (art. 265, § 1.º). Exige-se, todavia, que a sociedade controladora ou de comando seja *brasileira*, isto é, que esteja sob o controle direto ou indireto de pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil (art. 269, parágrafo único).

85. A convenção de grupo deve ser aprovada com observância das normas aplicáveis à alteração do contrato social ou do estatuto, ficando assegurado aos sócios ou acionistas dissidentes o direito ao reembolso de suas ações ou quotas (art. 270). Acrescenta-se, assim, um novo caso original de recesso na vida das sociedades limitadas, isto é, recesso sem que haja “alteração do contrato social”, nos termos do art. 15 do Decreto 3.708. Com efeito, a Lei 6.404 requer que a convenção de grupo seja aprovada com observância das normas próprias da alteração do Contrato Social, mas não exige que o contrato seja alterado, salvo se tiver havido deliberação nesse sentido.

A lei exige ampla publicidade em torno das atividades do grupo, de sorte que a sociedade de comando, ainda que limitada, deverá também publicar suas demonstrações financeiras (art. 275, § 2.º). É a ampliação do conceito do “full disclosure”, estendendo-se às próprias limitadas. É o único caso, ao que sabemos, em que a lei obriga a limitada a publicar suas demonstrações financeiras.

## XXII. Consórcios

86. Segundo o art. 278, da Lei 6.404, “as companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle, ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento.” Interpretamos o dispositivo legal no sentido de que o consórcio pode ser constituído ou somente por sociedades anônimas, ou somente por limitadas ou por anônimas e limitadas, em conjunto.

O consórcio é uma sociedade não personificada, no entender da Exposição de Motivos que precedeu à Lei 6.404, daí não gozar de personalidade jurídica própria (art. 278, § 1.º).

Ajusta-se, assim, o consórcio à vida normal das sociedades limitadas, não assistindo aos sócios minoritários dissidentes o direito de recesso caso a maioria delibere firmar contrato de consórcio, sem alteração do contrato social. Se houver alteração do contrato social (cláusula do objeto para incluir a participação em

consórcio), então caberá, por via indireta, o direito à retirada do sócio dissidente.

### XXIII. Constituição de direitos reais e outros ônus

87. É extremamente fértil o campo de incidência dos direitos reais e outros ônus sobre ações das sociedades anônimas. Indicam os arts. 39 e 40 da Lei 6.404 os casos de penhor ou caução; usufruto; fideicomisso e alienação fiduciária e a forma de sua averbação nos livros sociais (Registro de Ações Nominativas e Registro de Ações Endossáveis).

Admite-se também o penhor, o usufruto, o fideicomisso e a alienação fiduciária de ações *escriturais*, o que constitui um passo extraordinariamente rico de conseqüências jurídicas.

Referiu-se a Lei 6.404 ao penhor ou caução de ações ao portador que se constitui pela tradição (art. 39, III). Silenciou quanto ao usufruto de ações ao portador, embora a doutrina e a prática reconheçam plenamente a existência dessa modalidade especial de usufruto.<sup>34</sup>

Não vemos impedimento em que as quotas das sociedades limitadas sejam objeto de usufruto, de fideicomisso e de alienação fiduciária. A natureza nominativa das quotas sociais facilita a imposição desses gravames e a regulamentação, no contrato social, do direito de voto das quotas oneradas. A eficácia desses ônus contra terceiros ficará na dependência da averbação do contrato social (e do instrumento particular, se for o caso), no Registro de Comércio, se mercantil a sociedade, ou no Registro das Pessoas Jurídicas, se civil a limitada.

Além dos tipos jurídicos tradicionais (penhor, usufruto, fideicomisso) e, agora, da alienação fiduciária, a Lei 6.404 refere-se à averbação de outros ônus específicos, tais como, a promessa de venda de ação e o direito de preferência à sua aquisição como opináveis a terceiros (art. 40, parágrafo único). Somos de parecer que esses ônus específicos também podem ser estendidos às quotas das sociedades limitadas, mediante inclusão no contrato social ou, excepcionalmente, em instrumento particular devidamente averbado à margem do registro principal.

88. Lavra grande divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de as quotas de sociedades limitadas serem objeto de penhor-caução ou de penhora. Pode afirmar-se, com relativa segurança, que a tendência atualmente predominante é no sentido de negar-se tal possibilidade. Por outro lado, há de reconhecer-se, com base nas lições do direito comparado e na progressiva admissão, por disposição contratual, da livre cessibilidade das quotas sociais, a existência de maior receptividade à tese da penhorabilidade das quotas das sociedades limitadas. Quiçá, o reconhecimento legislativo do penhor da ação escritural (sem emissão de certificados) virá facilitar a aceitação da penhora de quotas sociais?

34. Modesto Carvalhosa, op. cit., vol. I, p. 204.

## XXIV. Dissolução e liquidação — Extensão do conceito de recesso

89. O Decreto 3.708 não se pronuncia acerca das causas ou da forma de dissolução e liquidação das sociedades limitadas. Não se fez nenhuma remissão direta ao Código Comercial nem ao estatuto legal das sociedades anônimas. Qual o regime jurídico a adotar?

Em primeiro lugar, cumpre examinar o contrato social que pode indicar, enunciativa ou taxativamente, as causas de dissolução ou, pelo menos, referir-se ao Código Comercial ou à Lei das Sociedades Anônimas como fonte subsidiária. Se, todavia, houver como de costume, silêncio a respeito da matéria, caberá ao intérprete a difícil tarefa de determinar o caráter predominante da sociedade limitada *in casu*: o pessoalista ou o capitalista?

Confrontemos os casos mais comuns de dissolução da sociedade previstos no Código Comercial, no Código Civil e na Lei 6.404:

1.1 — expiração do prazo ajustado de sua duração (CCom., art. 335, 5; CC, art. 1.399, I; Lei 6.404, art. 206, I, "a");

1.2 — quebra ou falência da sociedade (CCom., art. 335, 2; Lei 6.404, art. 206, II, "c");

1.3 — mútuo consenso de todos os sócios (CCom., art. 335, 3; CC, art. 1.399, VI);

1.4 — vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado (CCom., art. 333, 5; CC, arts. 1.399, V, e 1.404);

1.5 — deliberação da assembléia geral mediante aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito de voto, se maior *quorum* não for exigido pelo estatuto da sociedade fechada (Lei 6.404, art. 206, I, III, combinado com o art. 136, VII);

1.6 — falência de qualquer dos sócios (CCom., art. 335, 2; CC, art. 1.399, IV);

1.7 — não poder preencher o intuito social (CCom., art. 336, 1; CC, art. 1.399, III; Lei 6.404, art. 206, II, "b") ou perda total ou substancial do capital social (CCom., art. 336, 1 e CC, art. 1.399, II);

1.8 — abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais ou fuga de algum dos sócios (CCom., art. 336, 3).

90. Presentemente, nos contratos de sociedades limitadas, adota-se, como padrão, a cláusula que prevê a continuação normal da sociedade em casos de morte, incapacidade, retirada, falência ou insolvência de qualquer dos sócios. E a cláusula tem todo o apoio da doutrina e o respaldo da jurisprudência. A consolidação e a manutenção da empresa são consideradas bens sociais de valor mais alto que o interesse individual dos sócios.

91. Assim, também, ocorre em relação à denúncia unilateral de sócio de sociedade celebrada por tempo indeterminado. Apesar de o Código Comercial admitir, expressamente, essa causa de dissolução no famoso inciso 5, art. 335, é hoje pacífico que a oposição da maioria, interessada em preservar a empresa, prevalece contra a vontade unilateral do sócio. Converte-se a dissolução em processo de apuração de haveres com o pagamento, ao sócio retirante, do valor

da sua quota baseado no último balanço aprovado, se outro critério não tiver sido avençado no contrato social.

92. O que se verificou com a denúncia unilateral de sócio de sociedade contratada por tempo indeterminado aplica-se também em relação aos casos previstos no art. 336, 3: abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais ou fuga de algum dos sócios. A doutrina e a jurisprudência consideram simplesmente enunciativa a relação das hipóteses contempladas no citado inciso 3 do art. 336, de modo a permitir sua interpretação extensiva. E, por exemplo, a hipótese da "séria divergência entre sócios", fonte inesgotável de dissídios judiciários.

93. Recentemente, decisões do Supremo Tribunal Federal passaram a dar maior amplitude ao instituto da dissolução de sociedades limitadas através do alargamento do conceito de recesso. Recorde-se que o Decreto 3.708, no seu art. 15, assegura aos quotistas dissidentes de alteração do contrato social, o direito de retirarem-se da sociedade mediante reembolso do valor das suas quotas apurado no último balanço aprovado. Ora, os valores contábeis — principalmente antes da adoção da correção monetária do capital realizado e dos bens do ativo imobilizado — nem sempre refletem o valor real da participação societária. A conjugação de argumentos de ordem jurídica e econômica fez nascer nova e, quiçá, revolucionária jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no concernente às sociedades limitadas. Citemos o decidido pela 2.<sup>a</sup> Turma no RE 89.464-1-SP, em 12.12.1978. Façamos resumo desse *leading case*:

Sócio de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, invocando séria desinteligência com os demais sócios, propôs, com fundamento no art. 336, 3, do CCom., a dissolução e liquidação da sociedade. Opuseram-se ao pedido a própria sociedade e os sócios contestantes. O pedido de dissolução foi acolhido em primeira instância. Apelou a sociedade-ré, insistindo na improcedência da ação e pleiteando, subsidiariamente, a transformação da dissolução total em dissolução parcial com a retirada do autor. Foi dado provimento à apelação para o efeito de decretar-se a dissolução parcial prevista no art. 15 do Decreto 3.708. Houve embargos que confirmaram o acórdão do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Recorreu, extraordinariamente, o autor do pedido de dissolução. O Relator, Min. Cordeiro Guerra, depois de citar abundante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de amparar a retirada do sócio como solução alternativa à dissolução, negava provimento ao recurso extraordinário.

Em seu voto vencedor, o Min. Décio Miranda censurou o acórdão recorrido por haver admitido a forma de dissolução que não se continha expressamente no pedido do autor nem na reconvenção dos réus. Depois de ressaltar a necessidade social de resguardar a integridade da empresa e o interesse patrimonial do sócio retirante, o Min. Décio Miranda propôs a solução salomônica: a apuração de haveres do sócio dissidente "com exata verificação física e contábil dos bens e direitos da sociedade, atualizados os haveres em seu valor monetário até a data do pagamento".

Em última análise, o Supremo Tribunal Federal converteu a apuração de haveres *contábil*, com base no último balanço aprovado em apuração de haveres *real* por valores de mercado até a data do pagamento. Essa decisão, que já foi seguida por outras mais, abriu clareira nova na interpretação do difícil instituto

do direito de recesso, como substituto processual do pedido inicial de dissolução e liquidação da sociedade. Acautelem-se, pois, os sócios de sociedade limitada ao redigir seus contratos sociais. Registrem, com prudência, o processo de retirada e a forma de determinação do valor das quotas do sócio retirante.

### **XXV. Ação anulatória de decisões sociais — Prescrição da ação para haver dividendos**

94. O Decreto 3.708 nada diz acerca do procedimento de impugnação das deliberações sociais contrárias à lei, ao contrato e à ordem pública.

Nem o Código Comercial (art. 441 e segs.), nem o Código Civil (art. 177 e segs.) regularam a matéria específica. Assim sendo, não nos resta outra alternativa senão invocar, na parte aplicável as normas correspondentes da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404, arts. 285 a 288). Os prazos de prescrição das ações variarão de 1 a 3 anos, estando enunciada no prazo maior de 3 anos a ação para haver dividendos, contado o prazo da data em que tenham sido postos à disposição do acionista. Esse deve ser o prazo aplicável às sociedades limitadas.

### **XXVI. Conclusões finais**

95. Tentamos esquematizar os dados do problema ao catalogar as normas da Lei das Sociedades Anônimas aplicáveis às sociedades limitadas em 4 categorias principais:

I — *normas imperativas ou cogentes* que se aplicam necessariamente às sociedades limitadas: (a) transformação; (b) incorporação, fusão, cisão; (c) sociedades coligadas e controladas; (d) grupo de sociedades; (e) consórcios;

II — *normas supletivas*, que são as aplicáveis na omissão do contrato social e mesmo da lei: (a) direito de retirada (recesso); (b) ação anulatória — prescrição; (c) demonstrações financeiras; (d) direito de preferência nos aumentos de capital; (e) reuniões ou assembléias de quotistas;

III — *normas facultativas* são aquelas que os sócios das sociedades limitadas podem livremente adotar no contrato social: (a) órgãos de administração: diretoria e conselho de administração; (b) Conselho Fiscal; (c) capital autorizado; (d) aumento de capital por subscrição após realização de 3/4 do capital anterior; (e) dividendo obrigatório; (f) participação dos administradores nos lucros;

IV — *normas incompatíveis* são aquelas que não se harmonizam com a natureza e a estrutura das sociedades limitadas: (a) quotas sem valor nominal; (b) quotas ao portador ou endossáveis; (c) quotas escriturais; (d) custódia de quotas fungíveis; (e) certificado de depósito de quotas; (f) partes beneficiárias; (g) debêntures; (h) bônus de subscrição; (i) opção de compra de quotas; (j) sociedades de economia mista; (l) subsidiária integral; (m) sociedade em comandita por ações; (n) alienação ou aquisição de controle através de oferta pública.

96. Resulta claro do exame hermenêutico que acabamos de empreender que não existem critérios absolutos capazes de nos orientar com segurança plena na tarefa de suprir as deficiências do Decreto 3.708, com a invocação de dispo-

sitivos da Lei 6.404, de 1976. É trabalho ingente do intérprete e do aplicador da lei definir, em cada caso concreto, se a norma supletiva das sociedades anônimas se ajusta à índole e à estrutura da sociedade limitada em foco. Somente a bússola sensível do bom-senso jurídico pode nos auxiliar nesse esforço construtivo de integração harmônica do Decreto 3.708 e da Lei 6.404. Daí a possibilidade de opiniões divergentes e de acórdãos conflitantes até que nova lei das sociedades limitadas seja promulgada pelo Congresso Nacional. É o que desejamos aconteça para tranqüilidade de advogados, partes juristas e magistrados.

# PROBLEMAS JURÍDICOS DAS FILIAIS DE SOCIEDADES ESTRANGEIRAS, NO BRASIL E DE SOCIEDADES BRASILEIRAS NO EXTERIOR

ALBERTO XAVIER

## a) Colocação e âmbito do problema

Quando uma sociedade domiciliada em certo país pretende estender as suas atividades a outro, duas modalidades de organização tradicionalmente se lhe deparam: ou constitui uma sociedade juridicamente independente, sob seu controle; ou exerce diretamente, em seu próprio nome, o seu objeto social, com o auxílio de uma organização de pessoas e bens sem personalidade jurídica. No primeiro caso, temos a figura da *subsidiária*; no segundo, da *filial*.

Esta distinção é tradicionalmente acolhida no Direito brasileiro. Mas importa ter presente que, enquanto entre nós a expressão filial, correspondente à *branch* do Direito anglo-saxônico, é usada em sinonímia com a de sucursal e agência, em certos direitos, como o francês e os da língua castelhana, a palavra filial identifica-se com a nossa subsidiária, enquanto o termo sucursal designa a realidade que no Brasil é denominada filial.

As subsidiárias (seja de sociedades estrangeiras no Brasil, seja de sociedades brasileiras no exterior) não oferecem problemas jurídicos de maior relevo, pois, tratando-se de verdadeiras sociedades, independentes juridicamente da controladora, a elas se aplica na íntegra o regime geral das sociedades comerciais, havendo apenas a anotar as eventuais especialidades ditadas pelas leis sobre capitais estrangeiros. Ao invés, as filiais, agências ou sucursais — realidades despidas de personalidade jurídica — não têm até agora merecido por parte da doutrina a atenção devida.

É certo que é exíguo, no Brasil, o número de filiais de sociedades estrangeiras, quando comparado com o de subsidiárias, forma quase unanimemente escolhida para veicular a entrada, no país, de capitais externos. E o fato explica-se facilmente se se tiverem presentes não só as dificuldades administrativas do procedimento de abertura de filiais, mas também — e sobretudo — o tratamento fiscal discriminatório que esta forma de organização sofre em benefício das subsidiárias.

Todavia, embora escasso, entre nós, o número de filiais de sociedades estrangeiras, vem ganhando relevo nos últimos tempos a existência de filiais abertas no exterior por sociedades brasileiras. Este fenômeno, que acompanha o processo de dinamização da empresa brasileira no exterior, traduz-se na instalação de numerosas filiais de empresas prestadoras de serviços de engenharia e similares, de sucursais de *tradings* e outras empresas comerciais, para não falar na hoje já numerosíssima rede de agências que os bancos brasileiros têm instalado noutros países.

O fenômeno já ganhou, pois, suficiente relevo econômico para que se justifique maior detença na análise dos seus problemas jurídicos.

Como se disse, o presente estudo versa igualmente sobre as filiais, agências ou sucursais no exterior de sociedades brasileiras, face ao *direito positivo bra-*

*sileiro*, não envolvendo qualquer apreciação sobre as soluções dadas pelos Direitos dos países ou territórios onde tais filiais funcionam, pelo que — em caso de eventual conflito — haverá que examinar, em concreto, a forma da sua composição face aos princípios do Direito Internacional Privado aplicável.

Este ângulo do problema não é objeto de disposições expressas da lei brasileira, que apenas se ocupa da hipótese inversa, ou seja, das filiais, agências ou sucursais no Brasil, de sociedades estrangeiras, matéria esta regulada nos arts. 61 e seguintes do Decreto-lei 2.627 de 26.9.1940 (ainda em vigor por força do disposto no art. 300 da Lei 6.404 de 15.12.1976). Todavia, o regime estabelecido na lei brasileira para as filiais, agências ou sucursais de sociedades estrangeiras é *simetricamente aplicável* às filiais, agências ou sucursais no exterior, de sociedades brasileiras, visto que o Direito Internacional Privado brasileiro estabelece que “as organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem” (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 11).

## **b) Reconhecimento e funcionamento de sociedades estrangeiras**

Como pressuposto de tudo o que adiante se dirá encontra-se a distinção entre sociedades nacionais e sociedades estrangeiras.<sup>1</sup> O art. 60 do Decreto-lei 2.627 de 26.9.40 (ainda em vigor) considera sociedades *nacionais* as sociedades que obedeçam a um duplo requisito: estarem organizadas na conformidade da lei brasileira e terem no país a sede da sua administração. Por conseguinte são *sociedades estrangeiras* as sociedades que não tenham sido organizadas de harmonia com a lei brasileira ou que, muito embora o tenham sido, tenham no exterior a sua administração efetiva.

Em relação às sociedades estrangeiras, tal como qualificadas pelo citado art. 60, colocam-se dois problemas teoricamente distintos: o problema de *reconhecimento*, que consiste em saber se o Direito brasileiro reconhece a personalidade jurídica das sociedades estrangeiras e portanto a sua capacidade de gozo e exercício de direitos; e o problema logicamente subsequente do *funcionamento* ou do *direito de estabelecimento* e que consiste em saber se, apesar de se reconhecer a personalidade jurídica das sociedades estrangeiras, podem elas exercer no Brasil os direitos próprios do seu objeto social.

No que se refere ao primeiro dos aludidos problemas, o Direito brasileiro consagra o reconhecimento pleno e automático da personalidade jurídica das sociedades estrangeiras, nos termos do art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil; todavia, no que concerne ao segundo tal automatismo não existe, pelo que as sociedades estrangeiras que pretendam “funcionar” no país (não se limitando ao mero exercício isolado de direitos) deverão obter prévia autorização governamental (art. 11, § 1.º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 64 do Decreto-lei 2.627).

Nos termos do art. 64 do Decreto-lei 2.627 as sociedades estrangeiras autorizadas pelo Governo a funcionar no país podem fazê-lo por dois modos distintos: “por si mesmas”, ou “por filiais, sucursais, agências ou estabelecimentos que as representem”. No primeiro caso atuam no Brasil sem qualquer organização de

1. Cf., Alberto Xavier, *A distinção entre sociedades nacionais e estrangeiras para efeitos societários, fiscais e cambiais*.

pessoas e bens aqui localizada; no segundo constituem uma *organização*, que a lei denomina de filial, agência, sucursal ou estabelecimento. A lei brasileira utiliza estas denominações em sinonímia, reconhecendo os autores que na prática os referidos termos apenas denotam uma diferença de prestígio ou importância que as organizações em causa têm na vida interna da empresa.<sup>2</sup>

Por força das regras do Direito Internacional Privado brasileiro, as sociedades estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil estão sujeitas a duas leis distintas: a *lei da nacionalidade* (“lei do Estado em que se constituírem”) no que concerne à sua capacidade de gozo e exercício de direitos, abrangendo a determinação da competência e da responsabilidade dos seus órgãos; a *lei do lugar do exercício da atividade* (a lei brasileira, *lex fori*) no que respeita aos atos ou operações que praticarem no Brasil (art. 68, Dec-lei 2.627). Esta distinção é de importância basilar, pois não deve ser confundida com a que separa as sociedades nacionais das sociedades estrangeiras. Face a esta dicotomia é fácil concluir que uma sociedade estrangeira pode ficar, como tal, sujeita às leis e tribunais brasileiros, sem que isso afete a sua nacionalidade ou a sua identidade jurídica.

### c) As filiais como estabelecimentos comerciais

As filiais, agências ou sucursais de sociedades estrangeiras não têm personalidade jurídica distinta daquela de que são mero prolongamento, sendo o ponto pacificamente reconhecido tanto na doutrina nacional (em contraposição às “subsidiárias” ou “sociedades-filhas” que têm individualidade jurídica diversa da matriz), como na doutrina estrangeira (no tocante às *branches* do Direito anglo-saxônico e às *succursales* do Direito francês, que se contrapõem às *filiales*, o equivalente das nossas subsidiárias).

Trajano Miranda Valverde ensina: “A diferença essencial está em que as sociedades-filhas gozam de autonomia jurídica, de personalidade, enquanto as agências, sucursais ou filiais são extensões da organização, sociedade ou empresa principal. O laço de subordinação existe juridicamente nas segundas e aparece publicamente, *mesmo quando o sistema adotado na sua economia interna lhes atribua vida própria*”.<sup>3</sup> No mesmo sentido Egberto Lacerda Teixeira: “As filiais, sucursais ou agências, conforme acabamos de assinalar, constituem extensão da personalidade jurídica de sociedade matriz, no estrangeiro. Distinta é a situação das subsidiárias”.<sup>4</sup> Rubens Gomes de Sousa “A filial no Brasil é a própria sociedade estrangeira. Isto já decorre, aliás, da unidade da personalidade jurídica das sociedades, que impediria atribuir à filial uma nacionalidade diversa da sua matriz”.<sup>5</sup>

E a mesma orientação é acolhida pela doutrina estrangeira. Segundo Yvon Loussouarn e J. B. Bredin “Le droit commercial interne oppose, de façon très

2. Cf., Trajano de Miranda Valverde, *Sociedades por Ações*, vol. I, 3.ª ed., p. 422 e Egberto de Lacerda Teixeira e J. A. Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, vol. I, S. Paulo, 1979, p. 80.

3. *Sociedades por Ações*, cit., p. 422.

4. “Regime jurídico-fiscal dos capitais estrangeiros no país”, RT 463/34, 1974.

5. *Pareceres — Imposto de Renda*, 2, 1976, p. 45.

nete, les notions de succursale (a nossa filial) et de filiale (a nossa subsidiária). La première n'est qu'un établissement secondaire, qui peut être doté d'une certaine autonomie de fait, mais n'est pas juridiquement indépendant de l'établissement principal, et surtout ne possède pas la personnalité morale". "Ainsi créée, la succursale d'une société étrangère n'est pas soumise à un régime différent de celui de la société dont elle est émanation. N'étant doté d'aucune vie juridique indépendante, et surtout ne possédant pas la personnalité morale, elle relève, sous réserve de l'application des lois de police française, de la *Lex societatis* et suit également le sort de la maison mère sur le terrain de la jouissance des droits".<sup>6</sup>

Não sendo pessoas jurídicas distintas da matriz, as filiais, agências ou sucursais (tanto de sociedades estrangeiras como de sociedades nacionais) revestem a natureza jurídica de meros *estabelecimentos comerciais*. Com efeito importa distinguir neste caso a *empresa*, que é uma pessoa jurídica, e o *estabelecimento*, que é um simples conjunto de coisas corpóreas e incorpóreas, de bens e serviços, organizado pelo comerciante com vista ao exercício de sua atividade mercantil.<sup>7</sup> Cada empresa pode ter mais do que um estabelecimento representando cada um uma unidade econômica.

#### d) Inexistência de personalidade jurídica

Alguns aspectos do regime das filiais, sucursais ou agências de sociedades estrangeiras podem parecer, à primeira vista, manifestações de uma personalidade jurídica distinta da matriz: é o que se passa com a existência de domicílio, capital e contabilidade próprios. Todavia, nenhum destes aspectos autoriza a mencionada conclusão.

O *domicílio* representa apenas o local onde a sociedade estrangeira se presume exercer os seus direitos e obrigações no Brasil, não prejudicando o domicílio da matriz no exterior (art. 35, § 4.º do CC); e tanto o domicílio não é privativo das pessoas jurídicas, e sim dos estabelecimentos, que "tendo a pessoa jurídica de direito privado diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um será considerado domicílio para os atos nele praticados" (CC, art. 35, § 3.º).

O *capital* próprio das filiais que as sociedades estrangeiras devem destinar às operações no Brasil (art. 65 do Decreto-lei 2.627) também não é indiciário de uma personalidade jurídica própria; com efeito, o destaque de capital para o estabelecimento em que a filial consiste é apenas uma técnica para proteção dos credores nacionais, decorrentes de obrigatoria constituição no Brasil de um patrimônio que responde pelas dívidas contraídas no País.

A *contabilidade separada* das sucursais, filiais ou agências das sociedades estrangeiras prevista no art. 70 do Decreto-lei 2.627 não é igualmente indicativa de uma pretensa individualidade jurídica destas organizações; por um lado, a lei obriga, no *caput* do art. 70, à publicação, no Brasil, do balanço global das sociedades estrangeiras; por outro, a separação contábil é apenas uma regra de administração interna dos diversos estabelecimentos de uma mesma empresa, não os convertendo em entidades jurídicas autônomas.

6. *Droit du Commerce International*, Paris, 1969, pp. 330-333.

7. Cf. sobre esta distinção as monografias de Ferrara Júnior, *Teoria Jurídica de la Hacienda Mercantil*, e Mário Casanova, *Le imprese commerciali*, 1955.

A inexistência da personalidade jurídica das filiais, sucursais ou agências de sociedades estrangeiras decorre nitidamente de outros traços do direito positivo. Em primeiro lugar, a unidade da *denominação*: as sociedades estrangeiras funcionarão no Brasil com a mesma denominação que tiverem no seu país de origem, podendo (note-se que se trata de simples faculdade) acrescentar as palavras “do Brasil” ou “para o Brasil” (art. 66 do Decreto-lei 2.627). Em segundo lugar, o regime da *nacionalização*: as sociedades estrangeiras autorizadas a funcionar no país podem nacionalizar-se brasileiras, transferindo sua sede para o Brasil (art. 71 do Decreto-lei 2.627), sem que ocorra extinção ou dissolução, o que significa dizer mantendo a identidade da personalidade jurídica. Enfim, o fato de a filial ou sucursal ser gerida por *representante* (art. 67 do Decreto-lei 2.627) que é um mandatário dos órgãos da sociedade estrangeira, e não por um *órgão* próprio, como sucederia se se tratasse de entidade jurídica distinta.

Em conclusão pode afirmar-se que as filiais, sucursais ou agências representam apenas estabelecimentos comerciais através dos quais a sociedade estrangeira, única detentora de personalidade jurídica, exerce a sua atividade no Brasil. Tal estabelecimento mais não é que uma “universalidade”, como sustentam certos autores, ou um “patrimônio autônomo”, como outros defendem, sendo hoje unanimemente condenada a doutrina defendida isoladamente por Endemann, face ao antigo Direito alemão, que o comparava a um rudimento de personalidade jurídica.

### e) Aspectos tributários

No Direito Tributário brasileiro, as filiais de sociedades estrangeiras revestem também a natureza de meros estabelecimentos comerciais, destituídos de personalidade jurídica.<sup>8</sup> E, com efeito, o próprio conceito de “estabelecimento permanente” é expressamente adotado para as designar, por todas as Convenções contra a dupla tributação assinadas pelo Brasil. Atendendo a que as filiais representam uma organização econômica reveladora de capacidade contributiva própria, a legislação do imposto de renda equiparou-as a uma empresa independente, sujeitando os lucros líquidos apurados no seu balanço privativo ao imposto de renda sobre pessoas jurídicas à razão de 35%, significando isto que tributou um estabelecimento comercial como se fosse uma pessoa jurídica. A mesma idéia de assimilação a uma empresa independente rege também a tributação das filiais, no exterior, de sociedades brasileiras, as quais — por força do *princípio de territorialidade*, consagrado nos arts. 135, § 1.º e 205 do RIR — não estão sujeitos a imposto no Brasil, sendo os seus lucros líquidos tributados exclusivamente pelo País onde funcionam.

Note-se que não sucede assim em todos os países, pois alguns deles (normalmente os exportadores de capitais) tributam os lucros das pessoas jurídicas, não de acordo com o princípio de territorialidade, mas sim com o da universa-

8. Para um exame mais aprofundado do regime fiscal das filiais de sociedades estrangeiras remetemos para o nosso *Direito Tributário Internacional do Brasil*, S. Paulo, 1977, p. 221 e segs. e bibliografia aí referida. Posteriormente, ver Tarcísio Neviani, “Alguns problemas de Correção Monetária do Patrimônio líquido em filial de empresa sediada no exterior”, *Boletim de Estudos Jurídicos do Investimento Internacional*, ns. 9 e 10, setembro e outubro de 1979.

lidade, ou seja, do *world-wide-income*, o que se traduz na tributação, pelo país da matriz, dos lucros das filiais, revelados através de um balanço consolidado, autorizando-se apenas o *tax credit* correspondente ao imposto cobrado pelo país de funcionamento.

Todavia, a lei do imposto de renda retornou à pureza do princípio da unidade da pessoa jurídica, em matéria de imposto de renda na fonte sobre residentes no exterior (25%), quando sujeitou a este imposto não apenas os lucros distribuídos pela filial à matriz (como sucederia se a filial fosse, para todos os efeitos, equiparada a uma empresa independente), mas a totalidade dos lucros, inclusive os levados a reservas, partindo da pressuposição de que matriz e filial são uma unidade só, pelo que os lucros da filial são automaticamente considerados lucros da matriz.

Outro ponto onde a unidade da pessoa jurídica prevalece sobre a "autonomia tributável" do estabelecimento permanente é o que respeita ao regime definido nas convenções contra a dupla tributação relativo aos empréstimos de agências ou filiais: na verdade, os juros dos empréstimos concedidos por filiais instaladas num país signatário de uma convenção, pertencente a matriz domiciliada em terceiro Estado, não se beneficiam da convenção citada, precisamente porque a filial, não sendo pessoa jurídica não pode qualificar-se como *residente* nesse país (e a residência é pressuposto de aplicação das Convenções).

Em síntese pode afirmar-se que também no Direito Tributário as filiais não têm personalidade jurídica distinta, embora seja necessário reconhecer que a pureza deste princípio foi afetada com a tributação autônoma dos estabelecimentos permanentes em que as filiais consistem, no que tange ao imposto sobre os lucros líquidos.

## f) Relações externas das filiais

Em face do que atrás se expôs importa extrair as principais consequências deste regime no que tange às relações externas e às relações internas das filiais: as primeiras são as que as ligam a terceiros; as segundas as que as prendem à matriz.

As filiais, por não terem personalidade jurídica própria, *não podem* figurar como partes em contratos de qualquer natureza. De harmonia com os ensinamentos da teoria geral do Direito *parte* (ou sujeito do negócio) é a pessoa titular dos interesses cuja regulamentação o contrato visa prosseguir. Onde não exista sujeito, por carência de personalidade jurídica, como sucede nas filiais, não pode falar-se em parte de um contrato. Os contratos referentes às filiais têm sempre como partes o *único* sujeito de direito efetivamente existente e que é a matriz.

É certo que alguns contratos referem-se exclusivamente às filiais, dizendo respeito apenas à organização em que elas se traduzem. Isso, porém, em nada contraria os princípios atrás expostos e apenas revela que a filial é um estabelecimento comercial, revestindo a natureza jurídica ou de uma universalidade, ou de um patrimônio autônomo. Importa, pois, distinguir, *em nome de quem* são celebrados os contratos e as *pessoas que têm competência* para os celebrar. Os contratos referentes às filiais são sempre estipulados em nome da matriz (o

único sujeito de direito); só que — em virtude de regras de organização interna — poderão ser celebrados, não pelos órgãos normais da sociedade, mas pelo *representante* que tem poderes específicos para gerir o estabelecimento em que a matriz se traduz.

Assim, o fato de um contrato relativo à filial, no exterior, de uma sociedade brasileira, ser celebrado no exterior por representantes ali residentes e afetar exclusivamente o patrimônio dessa filial não invalida que no contrato deva figurar como parte exclusivamente a matriz. E não deverá fazer-se alguma referência à filial? Entendemos que sim, mas tão-somente para consignar que o contrato se reporta apenas à parcela do patrimônio de sociedade em que a filial se traduz. Em bom rigor jurídico deverá dizer-se que o contrato foi celebrado *pela matriz através* de sua filial no exterior (no sentido de “por intermédio de” ou de “por sua filial”, como se exprime o art. 64 do Decreto-lei 2.627).

Aplicando estes princípios, por exemplo, aos contratos de empréstimo efetuados por agências, no exterior, de bancos brasileiros temos que distinguir a *parte* do contrato e o *estabelecimento prestador* (*lending office*): o primeiro é o sujeito de direito; o segundo designa a organização, contabilmente separada, de onde saem os recursos financeiros mutuados. Entendemos que esta formulação é essencial à correta configuração do negócio e não se trata de mera precisidade ou sutileza jurídica; com efeito, caso a filial figurasse como parte de um contrato correr-se-ia o risco de ter decretada a sua nulidade absoluta, pela invocação de inexistência de sujeito dotado de personalidade e capacidade jurídica.

### g) Relações internas entre filial e matriz

Examinemos agora as relações internas, ou seja, entre a matriz e suas filiais. Tais relações surgem de necessidades de economia e disciplina interna das organizações, podendo traduzir-se em movimentos de dinheiro, de mercadorias ou de pessoa de um para outro estabelecimento de uma pessoa jurídica. Todavia tais relações não revestem a natureza de *relações jurídicas*, precisamente porque este conceito pressupõe logicamente a existência de *dois sujeitos de direito* e no caso concreto existe apenas um. Assim, onde se nos depara a *aparência* de uma compra e venda, de um mútuo, de um depósito entre matriz e filial está-se na realidade perante figuras não contratuais, desprovidas de relevância jurídica. Trata-se de meras *transferências internas* regidas pela disciplina interna da sociedade, mas que não têm a tutela do Direito. O fato de por vezes certas autoridades administrativas, designadamente o Banco Central, reconhecerem a forma de um empréstimo, até titulado por nota promissória, entre filial e matriz deve ter-se como simplificação administrativa, aliás imprópria, por não existirem instrumentos generalizados que exprimam este tipo singular de relações.<sup>9</sup>

Alguns exemplos mostram como a filial não pode funcionar, nas suas relações com a matriz, como sujeito diverso desta. A matriz, por exemplo, não pode deliberar a *incorporação* de uma filial, porque a incorporação é privativa de sociedades (Lei 6.404, art. 227), podendo apenas efetuar a *conferência* do estabelecimento em que ela se traduz para o capital de outra sociedade. A matriz

9. Cf., neste sentido Tarcísio Neviani, ob. cit., *Boletim n. 10*, p. 17.

não pode deliberar a *extinção e dissolução* de filial, pois estas figuras são também privativas de sociedades dotadas de personalidade jurídica, podendo apenas decretar o *encerramento* do estabelecimento. Inversamente, a extinção de matriz arrasta automaticamente a extinção da filial, pois, não tendo esta individualidade jurídica própria, é mero elemento do patrimônio de sociedade em dissolução. A matriz não pode estar em juízo contra a filial e "vice versa"... e assim por diante.

# O USUFRUTO DE AÇÕES AO PORTADOR E A POSIÇÃO DA COMPANHIA EMISSORA

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

1. É de fonte romana o conceito de usufruto adotado no art. 713 do CC, segundo o qual constitui usufruto o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado na propriedade. Tanto no Digesto (D.7.1.1), quanto nas Institutas de Justiniano (I.2.4, 1) concebia-se o instituto como *jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*. Caracteriza-se o usufruto como direito real sobre coisa alheia (*ius in re aliena*), com a virtude de atribuir temporariamente a alguém o uso da propriedade de outrem (*ius utendi*), admitindo-se-lhe o direito de perceber os frutos respectivos (*ius fruendi*). A expressão *salva rerum substantia* denota duas características substanciais do usufruto: a limitação temporal do direito real e, sobretudo, a infungibilidade da coisa dada em usufruto, o qual se extingue pela *rei mutatio*.<sup>1</sup>

2. Em conformidade com nossa lei civil, Clóvis Beviláqua define o usufruto como o direito real, conferido a alguma pessoa, durante certo tempo, que a autoriza a retirar, de coisa alheia, frutos e utilidades, que ela produz.<sup>2</sup> Estão nesse conceito os atributos clássicos do usufruto, tais como delineados no Direito romano, refletidos, outrossim, na discriminação que o Código Civil estabelece, em seu art. 718, dos direitos do usufrutuário: posse, uso, administração e percepção dos frutos, os quais, como se vê, se reduzem ao *ius utendi et fruendi*, da fórmula romana, excluído da esfera dos poderes do usufrutuário o *ius abutendi*, direito de destruir ou alienar a coisa dada em usufruto (*salva rerum substantia*). Daí a separação entre a nua-propriedade, que remanesce em mãos do *dominus* e os direitos destacados (*ius utendi et fruendi*), os quais tendem a reverter, findo o usufruto, ao proprietário-instituidor. Pondo em relevo o caráter temporário do usufruto e a existência de duas ordens de direito sobre a coisa frutuária, já prelecionava o Cons. Lafayette que o senhor conserva o direito à *substância* da coisa, ao qual virão de novo reunir-se os direitos destacados, e por essa razão continua a ser reputado proprietário.<sup>3</sup>

3. Desde os tempos de Roma, entretanto, como o atesta Charles Maynz,<sup>4</sup> reconhecia-se que, sendo o usufruto um direito real que atribui a faculdade de gozar de uma coisa sem lhe alterar a substância, somente poderia ser estabelecido sobre coisas que se não se consumissem nem se deteriorassem com o uso. Estabelecido tal princípio na jurisprudência romana, já à época de Cícero, passou-se

1. Sobre as origens romanas do usufruto, cf. Charles Maynz, *Cours de Droit Romain*, Paris, Durand et Pedone, ed. 1870, I/691, que assinala que o usufrutuário pode usar da coisa da forma mais ampla, desde que o uso se faça conforme a destinação da coisa e que a substância desta não sofra alterações essenciais (I/692). Veja-se, também a recente e importante obra de Robert Villers, *Rome et le Droit Privé*, Paris, Albin Michel, 1977, p. 300 e ss., em que o professor da Universidade de Paris ressalta que, dos três atributos da propriedade, *usus, fructus et abusus*, apenas o último (direito de destruir ou alienar) transcende os poderes do usufrutuário.

2. *Direito das Coisas*, Rio-S. Paulo, Freitas Bastos, 3.<sup>a</sup> ed., 1951, I/325.

3. Lafayette Rodrigues Pereira, *Direito das Coisas*, Rio-S. Paulo, Freitas Bastos, 6.<sup>a</sup> ed., 1956, p. 229.

4. Ob. cit., p. 696.

a aplicá-lo, ainda segundo o testemunho de Maynz, aos diferentes casos que se pudessem apresentar, inclusive às coisas não-corpóreas e *particularmente aos capitais*.<sup>5</sup> Não tardou, porém, o gênio pragmático romano a edificar, por meio do instrumento de verdadeira *fictio*, a possibilidade de estender o usufruto também às coisas que se pudessem perder ou deteriorar com o uso, como os dinheiros e os capitais em geral, construindo-se dessa forma a figura do quase-usufruto, aplicável às coisas fungíveis.

4. O quase-usufruto originou-se no direito sucessório, exigindo-se do legatário contemplado uma *cauctio quasi-usufructuaria*, mediante a qual se atribuía ao herdeiro do legatário a obrigação de restituir coisa da mesma qualidade ou de valor equivalente àquela dada em usufruto. Contornou assim o espírito prático dos romanos a rigidez expressa na cláusula *salva rerum substantia*, devendo-se a um rescrito de Severo e Antonio a estipulação de que, quando no testamento se dispusesse que Tício devesse ter uso de dinheiro, tal atribuição deveria entender-se feita a título de legado da propriedade, com obrigação de restituição por parte do herdeiro do legatário.<sup>6</sup>

5. A construção dogmática romana do quase-usufruto perpassou todo o direito intermédio e alcançou os tempos modernos, penetrando no Código Napoleônico (art. 587) e no Código Civil italiano de 1865 (arts. 483 e 484) e de 1942 (art. 995), encontrando guarida em nossa vigente lei civil, cujo dispositivo pertinente merece ser transcrito:

“Art. 726 — As coisas que se consomem pelo uso caem para logo no domínio do usufrutuário, ficando, porém, este obrigado a restituir, findo o usufruto, o equivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou, não sendo possível o seu valor, pelo preço corrente ao tempo da restituição.

*Parágrafo único* — Se, porém, as referidas coisas foram avaliadas no título constitutivo do usufruto, salvo cláusula expressa em contrário, o usufrutuário é obrigado a pagá-las pelo preço da avaliação.”

6. Tratando-se de usufruto de coisas que se consomem pelo uso, a doutrina brasileira o denomina *quase-usufruto* (segundo a nomenclatura romanística), ou *usufruto impróprio*, em virtude da peculiaridade de, na hipótese, ter o usufrutuário o direito de dispor da coisa frutuária, sob a condição de restituir outra equivalente, ou, não sendo possível, o valor respectivo.<sup>7</sup>

7. No tocante às ações de sociedades anônimas, deve-se afirmar, em primeiro lugar, que comportam, inequivocamente, o vínculo usufrutuário, como títulos de crédito que são. Em seu trabalho clássico, afirmou peremptoriamente

5. Ob. cit., p. 697.

6. Cf. Antonio Palermo, *Usufrutto — Uso — Abitazione*, Turim, UTET, 1966, p. 10, cf. tb., Maynz, ob. cit., p. 697 e Villers, ob. cit., p. 302.

7. Clóvis, ob. cit., p. 345; Lafayette, ob. cit., pp. 233 e 263, assinalando que aquele que constitui o quase-usufruto não conserva direito à substância da coisa; Washington de Barros Monteiro, *Direito das Coisas*, S. Paulo, Saraiva, 5.ª ed., 1963, p. 284; Orlando Gomes, *Direitos Reais*, Rio, Forense, 1978, 6.ª ed., p. 299, para quem o *quase-usufrutuário* se torna proprietário da coisa, assemelhando o instituto ao mútuo; Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio-S. Paulo, Freitas Bastos, 3.ª ed., 1943, IX/404, ressaltando que o usufrutuário passa a adquirir a propriedade do bem, sendo resolúvel o seu domínio, restando ao proprietário tão-somente um direito pessoal de lhe exigir o equivalente em seu valor.

Gasperoni que: "Le azioni sono titoli di credito che rappresentano diritti di lunga durata e quindi su di esse è particolarmente concepibile l'usufrutto. L'usufrutto su azioni è usufrutto su cose corporali (anche se da un punto di vista economico il documento presenti piuttosto un valore estrinseco e strumentale) e si differenzia nettamente dall'usufrutto di crediti".<sup>8</sup>

8. Ascarelli prefere qualificar as ações como *títulos-valor*, já que, na realidade, não conferem ao seu titular um crédito, mas, com mais precisão, uma *posição*, o *status* de sócio, consistindo os direitos dos acionistas naquilo que venha disciplinado no estatuto social, nas suas modificações sucessivas e nas deliberações das assembléias. Em verdade, não importa determinar, neste estudo, a natureza específica das ações de companhias, no sentido de defini-las como títulos-valor, valores mobiliários ou títulos de legitimação. Basta que se tenha em mente o que o próprio Ascarelli afirmou, com relação aos títulos de crédito em geral: são eles *coisas* e, portanto, podem ser objeto de direitos reais, como o usufruto.<sup>9</sup>

9. Aliás, o direito positivo brasileiro explicitamente considera as ações como suscetíveis de usufruto. Já o admitia o art. 29 do Decreto-lei 2.627, de 26.9.1940. No vigente diploma do anonimato, Lei 6.404, de 15.12.1976, a mesma possibilidade é reconhecida, nos arts. 40, 114 e 205, entre outros.

10. Os indicados dispositivos da Lei 6.404 parecem excluir a possibilidade de instituição de usufruto sobre ações ao portador. Com efeito, o art. 40 prevê a averbação do usufruto apenas quanto às ações nominativas, endossáveis e escriturais. O art. 114 disciplina o direito de voto das ações gravadas com usufruto, o que excluiria a admissibilidade do usufruto sobre ações ao portador, destituídas do direito de voto, *ex vi* do art. 112. E o art. 205 prescreve que o dividendo só será pago à pessoa inscrita como proprietária ou usufrutuária da ação, o que conduziria à mesma conclusão, dado que a ação ao portador não comporta registro ou inscrição de seu titular nos livros sociais, quer como proprietário, quer como usufrutuário.

11. Em verdade, porém, semelhante conclusão não encontra fundamento. Demonstrado, como ficou, que as ações ao portador, a exemplo do que ocorre com qualquer outra forma de ações, são *coisas*, não se pode retirá-las do âmbito dos direitos reais. Ao contrário, a incidência destes sobre qualquer *res* depende, essencialmente, da configuração da propriedade do *dominus*. Desde que se reconheça que as ações se sujeitam ao domínio, como coisas que são, não há como afastar a possibilidade de seu titular exercer os direitos respectivos, entre os quais o de gravá-las com usufruto. Se é verdadeiro que o domínio encerra em si diversos direitos, pode o *dominus* gravar a coisa própria com ônus reais, porquanto o caráter *ilimitado* do domínio, no dizer do Cons. Lafayette, inclui

8. Nicola Gasperoni, *Le Azioni di Società*, Pádua, Cedam, 1942, p. 198.

9. Tullio Ascarelli, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, trad. de Nicolau Nazo, S. Paulo, Saraiva, 1943, p. 272. Com excepcional clareza, escrevendo ainda sob a égide do Decreto 434, de 4.7.1891, Salvador Moniz afirmava, em 1914, que as ações das sociedades anônimas participam, ao mesmo tempo, da natureza das coisas móveis e dos títulos de crédito e, sendo assim, somente se transferindo os créditos pertencentes a determinada pessoa, neles mencionada, por ato autêntico e solene, o direito não é independente do título que o declara (*Sociedades Anônimas*, Rio-S. Paulo, Francisco Alves, 1914, p. 190).

o direito de praticar sobre a coisa todos os atos compatíveis com as leis da natureza.<sup>10</sup>

12. A instituição de usufruto sobre ações ao portador de sociedades anônimas não é, pois, obstada pela inexistência de permissivo expresso da lei do anonimato, que, aliás, não a proíbe. A matéria recai sob os preceitos do direito comum, no caso, especificamente, o art. 726 do CC que, consoante ficou dito, abriga o quase-usufruto ou usufruto impróprio, de construção romanística, o qual abrange as coisas fungíveis, ou os *capitais*, na referência retrocitada de Maynz. As ações ao portador, como títulos de crédito *lato sensu*, são coisas corpóreas, que representam o *status socii* e cuja lei de circulação obedece à regra da *tradição*, de sorte que se presume seu proprietário o *detentor* (Lei 6.404, art. 33).

13. Operando-se a transferência das ações ao portador pela *traditio* (Lei cit., art. 33, parágrafo único), não se requer nem endosso, nem averbação em registros próprios, para que circulem válida e eficazmente. A mera *detenção* habilita o *detentor* a transferi-las, de tal sorte que sua fungibilidade é inconteste. Por tal razão, não se pode recusar que se consumam no sentido jurídico, ou seja, que circulem, saindo da esfera dominial do titular pela vontade deste, através da simples tradição. Conseqüentemente, configura-se, na espécie, necessária e indissociável conexão entre o título como documento e o *status socii*, que ele representa.

14. Tais são os motivos pelos quais, em relação às ações ao portador, configura-se o chamado quase-usufruto ou usufruto impróprio, cuja sede legal, no Direito brasileiro, é o art. 726 do CC. De fato, a fungibilidade, inerente às ações ao portador, elide a possibilidade de instituição do usufruto *salva rerum substantia*, sem no entanto impedir que se lhes aplique o instituto que a formulação romana construiu para permitir maior flexibilidade ao *ius in re aliena* sobre coisas fungíveis, atendendo assim a necessidades práticas e econômicas. A melhor doutrina brasileira proclama, decididamente, a instituição do quase-usufruto ou usufruto impróprio tendo por objeto ações ao portador emitidas por sociedades anônimas.<sup>11</sup>

15. Cabe reproduzir o que, a respeito, escreveu Valverde, na obra e local referidos na nota 11: "No usufruto sobre as ações ao portador, que entram na categoria das coisas fungíveis, que se consomem pelo uso, o usufrutuário adquire a propriedade delas, ficando obrigado, findo o usufruto, a restituir o equivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou, não sendo possível, o seu valor pelo preço corrente ao tempo da restituição, ou pelo que estiver fixado no título constitutivo. O usufruto dessa natureza recebe a denominação de quase-usufruto."

16. Pelo que até aqui se expôs, afigura-se patente que a sociedade permanece estranha ao vínculo estabelecido entre nu-proprietário e quase-usufrutuário, no tocante a ações ao portador. Não lhe cabe averbar o quase-usufruto justamente por se tratar de ações ao portador, cujas transferências ou modificações

10. Ob. cit., p. 78.

11. No direito anterior, cf. Trajano de Miranda Valverde, *Sociedades por Ações*, Rio, Forense, 2.<sup>a</sup> ed., 1953, I/206; Eduardo de Carvalho, *Teoria e Prática das Sociedades por Ações*, S. Paulo, Bushatsky, 1960, I/158; Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, *Sociedades por Ações*, S. Paulo, Saraiva, 1972, I/329. *Contra*: Gudesteu Pires, *Manual das Sociedades por Ações*, Rio-S. Paulo, Freitas Bastos, 1942, p. 170. *No regime da Lei 6.404*: Fran Martins, *Comentários à Lei das S. A.*, Rio, Forense, 1977, I/234; Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, S. Paulo, Saraiva, 1977, I/204.

de titularidade independem do concurso da companhia emissora, quer por meio de registros em livros, quer por meio de chancelas nos certificados respectivos. A instituição do direito real sobre ações ao portador é, verdadeiramente, *res inter alios acta*, aperfeiçoando-se com a tradição dos certificados ao usufrutuário (ou quase-usufrutuário),<sup>12</sup> ao contrário do que ocorre no caso de ações nominativas, endossáveis ou escriturais, cujo usufruto há de ser averbado nos livros próprios, conforme o art. 40, da Lei 6.404 (a que corresponde o art. 29, do Decreto-lei 2.627, que somente aludia ao Registro de Ações Nominativas, já que as ações endossáveis vieram a ser instituídas apenas em 1965, com a Lei 4.728, que criou o Registro de Ações Endossáveis, no art. 32, § 2.º, bem como dispôs que a constituição de direitos sobre elas somente produziria efeitos perante a sociedade e terceiros depois de anotações no livro de registro, conforme art. 35).

17. Reproduzindo idêntico preceito do Decreto-lei 2.627, a Lei 6.404, em seu art. 28, afirma a indivisibilidade da ação em relação à companhia. Ora, se na ação ao portador gravada com usufruto (ou quase-usufruto) confundem-se e se integram todos os atributos do domínio — *ius utendi, fruendi et abutendi* — não pode a companhia distinguir entre o nu-proprietário e o usufrutuário, só podendo reconhecer como acionista, por via de consequência, o detentor da ação, em coerência com o princípio acolhido na própria lei, de que o detentor se presume proprietário da ação ao portador (art. 33). Como observou Ascarelli, aos títulos ao portador falta uma forma cartular para fazer público o fato de ser o título detido pelo possuidor em usufruto e não em propriedade.<sup>13</sup>

18. O negócio jurídico subjacente, a saber, a instituição do usufruto de ações ao portador, é inoperante em relação à sociedade, por configurar relação meramente *peçoal* entre o instituidor do quase-usufruto e o quase-usufrutuário, de tal modo que a sociedade não pode opô-lo a quem se apresentar como detentor da ação ao portador e pretender exercer os direitos de proprietário pleno. Trata-se, aqui, *mutatis mutandis*, do mesmo princípio da inoponibilidade das exceções pessoais, agasalhado, em matéria cambiária, pelo art. 17 da Lei Uniforme de Genebra, e já anteriormente expresso pelo art. 51 da Lei Saraiva, de 1908. A legitimação do detentor das ações, ao portador, provada pela posse, ou detenção delas, mormente se a justo título, não é lícito à sociedade opor um *rapporto* de que não foi parte.<sup>14</sup>

19. Nem se diga que a ciência que a companhia emissora possa ter da instituição de usufruto das ações ao portador desnature sua condição de *tertius* em relação ao negócio entre o instituidor do usufruto de ações ao portador e o usufrutuário. A lei proíbe à sociedade reconhecer mais de um titular sobre a mesma ação, salvo na hipótese de condomínio (art. 28 e parágrafo único). Ora, não há confundir condomínio e usufruto (ou quase-usufruto), nem do ponto de vista de sua natureza jurídica, nem do ponto de vista de sua respectiva função econômico-social. Esta, como assinalou Palermo, se diz voltada a satisfazer prevalentemente o interesse do usufrutuário.<sup>15</sup>

12. Cf., Gasperoni, ob. cit., p. 199.

13. Ob. cit., p. 302.

14. Cf. sobre a matéria, o clássico La Lumia, *L'obbligazione cambiaria e il suo rapporto fondamentale*, Vallardi, Milão, 1923, *passim*, e p. 29, especificamente.

15. Ob. cit., p. 85.

20. Dessa forma, a legitimação para o exercício de qualquer direito perante a sociedade, na hipótese de usufruto (ou quase-usufruto) de ações ao portador, não pode se destacar da pessoa que se apresente como detentora da ação. Já observamos que não há cogitar, na espécie, do exercício do direito de voto, de que as ações ao portador não gozam, por força do art. 112 da Lei de S/A. Resta verificar o que sucede com o exercício dos direitos patrimoniais.

21. No tocante ao direito a dividendos, a legitimação é do detentor das ações. A exigência de inscrição do proprietário ou usufrutuário das ações, a que se refere o art. 205, apenas se aplica a ações nominativas, como aliás não poderia deixar de ser, à vista da regra de circulação dos títulos ao portador. Quanto a ações novas bonificadas, resultantes quer da capitalização da correção monetária anual do capital realizado (art. 167), quer da capitalização de lucros e reservas (art. 169), devem ser atribuídas às ações de que se originaram. Da mesma forma, os certificados respectivos deverão ser entregues ao detentor das ações respectivas, na proporção correspondente, o mesmo sucedendo com relação ao exercício do direito de subscrição preferente, em caso de aumento de capital, assegurado pela lei aos acionistas na proporção do número de ações *que possuem* (art. 171, *caput*). Pelas razões já expostas, não reconhecendo a sociedade a instituição de usufruto de ações ao portador, em razão de não ser materialmente possível nem legalmente exigível sua averbação nos livros sociais, não tem aplicação à espécie o § 5.º do mesmo art. 171.

22. A bem dizer, em se tratando de usufruto (ou quase-usufruto) de ações ao portador, despicienda se mostra qualquer indagação sobre a natureza dos dividendos e das bonificações em ações, do ponto de vista da sociedade. A *communis opinio doctorum* inclina-se nitidamente para considerar como *frutos civis* tanto os dividendos quanto as bonificações, o que, considerado o usufruto em sua feição ortodoxa, garante ao usufrutuário o direito à sua percepção (CC, art. 718). *A fortiori*, o direito à percepção dos frutos cabe ao quase-usufrutuário. Como anotou Palermo, o usufrutuário, com respeito aos frutos civis, se substitui ao proprietário, adquirindo-lhe a posição jurídica.<sup>16</sup> Dessa forma, se no ato que institui o usufruto de ações ao portador, o nu-proprietário das ações dadas em usufruto preestabelece que os dividendos e as bonificações caberão ao quase-usufrutuário, nada mais se tem se não mera explicitação de poderes inerentes ao instituído, não somente porque o Código Civil atribui ao usufrutuário o direito à percepção dos frutos (art. 718), como também porque, de acordo com seu art. 716, o usufruto estende-se aos acessórios da coisa e seus acrescidos, salvo disposição em contrário. E com muito maior razão será assim se se predeterminar, no ato da instituição, que os dividendos e bonificações passam de pleno direito à propriedade do quase-usufrutuário.

23. Há, em tais estipulações, na verdade, tripla redundância. Em primeiro lugar porque, tratando-se de coisas substancialmente fungíveis, como o são as ações ao portador, o poder de disposição destas por parte do quase-usufrutuário, é realmente inerente ao quase-usufruto, no qual, como já deixamos assinalado, se prescinde da exceção *salva rerum substantia*, limitativa do gozo da coisa frutuária. Ora, só pode dispor quem tem domínio e por isso se diz que o quase-usufruto equivale a uma atribuição de domínio ao quase-usufrutuário. Realçou

16. Ob. cit., p. 195.

Clóvis, entre outros doutrinadores, a circunstância de que o quase-usufrutuário tem, efetivamente, direito de disposição.<sup>17</sup> Conseqüentemente, é como proprietário que o quase-usufrutuário de ações ao portador se coloca perante a sociedade, para o exercício dos direitos patrimoniais — recebimento de dividendos e de bonificações.<sup>18</sup> Em segundo lugar, a sociedade só reconhece, na ação ao portador, o respectivo detentor, como legitimado ao exercício de direitos, de acordo com o que já também fizemos ver. E, em terceiro lugar, mesmo silente a escritura de instituição de usufruto de ações ao portador, o art. 718 do CC garantiria ao quase-usufrutuário o direito de percepção dos frutos, direito esse conatural ao próprio instituto.

24. Por todo o exposto, pode-se concluir que, no Direito brasileiro, existe o usufruto de ações ao portador, sob a modalidade especial que, desde o Direito romano, se denomina quase-usufruto, sempre que se trate de coisas fungíveis. O art. 726 do CC rege a matéria no plano do direito comum, ou seja, no que concerne às partes e às relações de natureza pessoal que entre si pactuaram. A essa instituição frutuária permanece estranha a companhia emissora, ainda que dela ciente, porquanto lhe veda a lei reconhecer, na espécie, mais do que um titular de ações. Como o quase-usufruto transfere o domínio das ações ao portador ao quase-usufrutuário, mercê da tradição dos respectivos certificados, é ele o único legitimado a exercer os direitos de acionista, colocando-se perante a sociedade como verdadeiro proprietário das ações, para o exercício dos referidos direitos, cabendo-lhe receber, na íntegra e sem qualquer reserva, os dividendos e as bonificações respectivas. A companhia é *tertius*, portanto, em relação à convenção usufrutuária que tenha por objeto ações ao portador, não podendo nela fundamentar-se para recusar ao quase-usufrutuário o pleno exercício de todos os direitos sociais que lhe são conferidos pelas ações ao portador com que ele se apresente e legitime.

17. Ob. cit., p. 346, cf. demais referências na nota 7.

18. Veja-se o que disse Palermo, acima citado.

# MENOR — VENDA DE AÇÃO

PLÍNIO PAULO BING

1 — Quando enfrentamos a questão tínhamos presente tratar-se de tema cediço, pois sendo por definição de lei o menor *incapaz* (arts. 5.º, 6.º e 385 CCB), e exigindo qualquer contrato de compra e venda agente capaz, a resposta seria simples, — *menor não* pode vender, mas, sabe-se, não pode vender por si. Esta *incapacidade* civil poderá ser suprida (art. 7.º, CCB). A questão é saber se basta apenas a presença do titular do pátrio poder, ou, *se sempre deve haver autorização judicial para que a transação seja irreprochável*.

Ver-se-á que a questão não é tão fácil como aparenta ser, em que pese a vetustice do tema. De certa forma, o passado examinou pouco a situação, porque raras vezes menores, vendiam bens móveis; atualmente, sendo possível um menor acertar na loteria esportiva e passar magicamente a um milionário, ou, pretendendo fugir ao cogitado imposto de incidência sobre o ganho de capital, crescendo os casos de doações com ou sem gravame para menores, a matéria vem ganhando outra importância.

2 — *Controvérsia na doutrina* — Referimo-nos aos comentários ao Código Civil que contém os princípios basilares sobre a matéria, vez que o Código de Menores ou leis especiais em nada modificam o conceito geral do direito privado.

Os autores *clássicos* do direito privado, como Clóvis Beviláqua, in *Cód. Civil*, 5.ª ed., 2/367, Carvalho Santos, in *Cód. Civil Interp.*, 2.ª ed., 6/71 e Pontes, *Tratado*, 9/127, § 980, n. 5, — na alienação de bens móveis, *em princípio*, compreendem que *não* se inclui esta entre os “poderes de simples administração” conferidos ao pai que exerce o pátrio poder. Todavia, todos dão um elastério que coloca a situação dentro de um subjetivismo intranquilo, — porque este só favorece ao menor que potencialmente pode reclamar após o evento, *sem dar àqueles partícipes do ato a certeza atual*. É em busca desta certeza que se pede previamente a um Juiz um alvará para que confira a autorização para a prática do ato, e aí desapareça o questionamento.

Mas vejamos os *tais elastérios*. No *duplo* comando que se encontra no art. 386 começa a dúvida: ... “não pode” ... o pai ... contrair... “obrigações que *ultrapassem* os limites da simples administração.” Que ato de compra e venda ultrapassa o limite de administração?

Carvalho Santos in ob. cit., diz: “Não pode, assim, serem praticados quaisquer atos de disposição, a não ser nos casos especiais mencionados neste artigo (386) e mediante as formalidades legais exigidas... O Código não diz o que se deve entender por ato de administração, nem tão pouco arrola, nem mesmo incompletamente, quais sejam esses atos, procedimento, aliás, louvável, porque a determinação casuística é sempre prejudicial à boa aplicação da lei, ficando, destarte, *entregue ao critério do juiz decidir, em cada caso*, se se trata realmente de um simples ato de administração. “Para bem decidir deverá o juiz ter presente a discriminação doutrinária, segundo a qual ato de administração é somente aquele que *visa* a conservação do patrimônio e aqueles que têm por finalidade retirar os produtos ou frutos, sem alterar a composição geral do patrimônio, vale dizer — a exploração de acordo com a destinação dos bens que compõem o mesmo patrimônio” (*sic*, pp. 71/72).

Admite este consagrado civilista que “não é fácil prever todos atos de administração”, mas admite, em sua opinião que: “*Pode o pai, sem dúvida, alienar os bens dos filhos, desde que sejam móveis e se a alienação for uma consequência direta da gestão do patrimônio.* Tal como se dá quanto às obrigações. Assim pode o pai vender a safra das lavouras do filho, os frutos colhidos nos seus terrenos, apurando dinheiro com que possa fazer às despesas do mesmo imóvel e sua cultura, aplicando as sobras como lhe parecer mais acertado, ou as empregando em títulos, ou as depositando em Bancos, ou, ainda, as emprestando, para vencerem juros” (sic, p. 73).

Voltemos a questão — seria a venda de ação mera gestão de patrimônio, ainda que esta ação não represente um quantitativo que não influa no controle administrativo da empresa?

Washington de Barros Monteiro in *Curso de Dir. Civil*, ed. 1952, p. 231, — amparando-se em Clóvis Beviláqua, mas no que este não diz — entende que “os poderes do pai não devem exceder, todavia, os da simples administração, entendendo-se por isso, . . . os atos concernentes à boa conservação e exploração dos bens, pagamento de impostos, defesa judicial, *venda de móveis*” (sic). Cunha Peixoto, in *Soc. por Ações*, ed. 1972, 1/295, n. 271, — sem discorrer de onde extrai sua afirmação assevera: “. . . só tem limitada a administração dos bens imóveis, *inexistindo restrição quanto aos móveis.* Então, podem os pais dispor dos bens móveis dos filhos, entre os quais se encontram as ações nominativas e as endossáveis e, assim *basta a prova do exercício do pátrio poder para que a sociedade seja obrigada a admitir a venda das ações dos menores por intermédio dos pais*” (sic).

3 — *No âmbito da Jurisprudência.* Já vimos que em nome do menor, quem exerce o pátrio poder *pode praticar aqueles atos de simples administração*, sem ser o pai o dono do patrimônio, para dele dispor a vontade, cf. registra Dimas R. de Almeida, in *Repertório de Jurisprudência do Cód. Civil*, ed. 1954, vol. 2.º, p. 520. O acórdão transcrito por Dimas, e constante da RF 81/161, — *não* admite nessa administração de bens a faculdade ampla, sem limites, da compra e venda de bens móveis, equivalente a livre disposição, — e lembra que tão severa é esta implicação que deve o pai dar hipoteca legal dos seus bens em garantia daqueles do filho, *ut art. 840 do CC*, obviamente, numa das hipóteses de hipoteca legal, prevista no art. 827, II, — que é exatamente em relação ao ascendente que administra os bens do descendente menor.

3.1 — Na pesquisa que fizemos, encontramos acórdãos abordando a hipótese de venda de bem *imóvel*, todos sendo pela prévia autorização judicial, e firmando critérios quanto ao ter ou não o pedido de alienação preenchido os requisitos da “necessidade ou a evidente utilidade do menor, com a venda.”

Um único acórdão específico, entretanto, encontramos sobre a venda de *bens móveis*, e foi exatamente sobre um pedido de licença para a venda de 80 ações do saudoso Banco Industrial e Comercial do Sul S/A., e que, *por maioria de votos, foi negado*, em que pese, idêntico pedido tenha sido formulado pela mesma parte sobre outras ações, em outro Juízo, e o tenha logrado. Na parte axial desse julgado se consagra: “Não se faz preciso dizer mais, para demonstrar o *erro* dos que pensam que os bens móveis dos filhos, sob pátrio poder, podem ser vendidos *sem autorização judicial e sem provar a necessidade ou utilidade evidente da prole* (sic), *apud* RF 108/328 — 3.ª Câm. Civ. do TJRS.

4 — Só um fato avaliado *em concreto*, no caso de venda de bem móvel, entendem a maioria dos autores, pode ou não se compreender “nos limites da simples administração.” Considerando que quem pode *opor nulidade* “a posteriori”, é o filho menor (art. 388, I), desde que tenha *inexistido* a ordem judicial prévia ou, — que esta quando tenha sido outorgada fora do âmbito dos casos da lei (necessidade e/ou utilidade para o menor), — *qualquer venda de bem móvel pode, em princípio, ser questionada*, segundo o exclusivo arbítrio do menor, porque é a este e ao seu patrimônio quer a lei resguardar, e a nenhum terceiro é dado ignorar este axioma. O terceiro que negocia com bem de menor deve sempre admitir este risco.

5 — Merecem, ainda, analisadas duas situações neste tema, antes de nos definirmos mais especificamente na conclusão.

5.1 — Pode o titular do pátrio poder, no caso o pai, *representando* o filho menor de 16 anos (que não participará pessoalmente do “termo” de transferência da ação nominativa, art. 31, § 1.º, Lei 6.404/76, em que pese referido o nome do menor como vendedor) ou, *assistindo* ao filho maior de 16 anos e não entrado nos 21 anos (caso em que o menor estará presente e praticará o ato por si acompanhado do pai que também assinará o “termo”), — ele, o pai, estar representado por um mandatário?

Se nem a mãe tem o pátrio poder enquanto o pai não faltar (art. 385), trata-se, o pátrio poder, de um *direito personalíssimo inderrogável*. É certo que o casamento, também personalíssimo, pode ser realizado por procuração (arts. 194 e 201), — mas se vê que é uma exceção inserta pela própria lei. No caso, porém, *parece que pode*. Se o pai pediu o alvará e este foi deferido pelo Juiz, dentro dos limites de atuação fixados pelo alvará, o pai pode ser substituído por um procurador específico. O alvará, dará o parâmetro necessário, sem que haja violação ao *jus personalíssimo*.

5.2 — A outra questão, é o prazo prescricional que corre contra o menor quando este impugnar a venda de bem móvel. O início da contagem, é pacífico, só ocorre com o advento da maioridade (art. 169, I), mas o prazo seria também de um ano conforme previsto pelo art. 178, § 6.º, III, quando este dispositivo só diz respeito a bem imóvel?

No silêncio da lei não seria o prazo então, da prescrição ordinária, do art. 177?

Pontes, ob. cit., 6/348, § 707, n. 3, textualmente elimina a hipótese de a prescrição ser de um ano, prevista no art. 178, § 6.º, III, por ser aquela específica para imóvel, certamente porque o art. 179 assevera que os casos de prescrição não previstos neste Código, serão regulados, quanto ao prazo, pelo art. 177.

Particularmente, acreditamos que o prazo seja o do art. 178, § 6.º, III, de um ano, e o justificamos *na inadequação do texto ou com a contradição da lei*.

Trata-se de uma *imprecisão*, a referência feita no art. 178, § 6.º, III, limitando-o *só ao imóvel*, porque este mesmo dispositivo faz remissão ao art. 386, — que, inegavelmente tem dois comandos distintos, — um para *imóvel*, e outro para o *instituto* das “obrigações” que é específico e inconfundível. Também, no art. 388, I, a remissão é feita àquela regra prescricional mencionada, — tendo presente que “o direito de opor nulidade” refere-se “aos atos praticados com infração dos artigos antecedentes”. Ora, se o art. 386 é antecedente ao art. 388, hipotetiza a venda ou o gravame dos bens imóveis, e “obrigações”, logo, a nosso

ver a remissão ao art. 178, § 6.º, III, compreende também “as obrigações”. Não se compreende na teleologia desta regra prescricional, a restrição ao segundo comando do art. 386 (no que tange às obrigações), nem esta restrição se concilia com a inteligência da lei, o que certamente será, como tantas outras, omissão em hora oportuna suprida pela interpretação do judiciário. Se não se configurar, para a venda de bem móvel a prescrição ânua, é necessário reconhecer que o art. 378 só tem *um* comando, e este ser restrito a idéia do bem *imóvel*, devendo o conteúdo da palavra “obrigações” e “administração” só se referir a imóvel e nada mais, — estando os bens móveis, *por exclusão* (quando a lei não proíbe, faculta, autoriza o ato liberal), sob a plena disponibilidade e arbítrio de quem exerce o pátrio poder, — livre pois, da censura prévia do judiciário.

É que sendo os imóveis, em geral, os bens mais valiosos e rentáveis, resguardados com a prescrição só de um ano, — e veja-se, para o reexame, pelo menor, de ato concedido pelo Judiciário, — com que fundamento lógico e ético-jurídico, pretenderá que a prescrição da venda de bem móvel será, neste caso de 20 anos? E veja-se mais, a que incoerência levaria o rigor? Se o menor relativamente incapaz, falsear ou ocultar dolosamente sua idade, ele próprio, o incapaz, não poderá se eximir da *obrigação*, *ut* art. 155; — como então sustentar que a prescrição é a ordinária, no caso de venda de bem móvel, praticado por seu pai, se na escala dos “bens”, de modo geral é o menos expressivo?

6 — Com a democratização do Capital Social das sociedades anônimas de capital aberto, no intento de alcançar o número mínimo de acionistas exigidos pelo Banco Central, — inúmeros são os casos de menores que têm *ações*, e cujos pais, querem delas se desfazer por razões variadas, entre elas a de não terem uma rentabilidade suficiente. Os valores investidos em ações, sendo pequenos, são os interessados vendedores compelidos a forçar o encontro de uma solução que prescindia do alvará judicial, e a pôr a empresa como uma “seguradora” que concebe com prazer, e pare com dor... Pergunta o empresário, o que fazer?

### 7 — Conclusões:

a) Na venda de ação, para *se ter certeza razoável* de que a transação foi perfeita, é indiscutível que para a prática do ato, deverá o titular do pátrio poder, exhibir o alvará judicial autorizando a transação, pois, com o alvará se pressupõe que o Juiz que o autorizou, ouviu o curador de menores, e terá examinado os pressupostos de conveniência da operação, alegada pelo pai em proveito do menor; este alvará, é de todo conveniente que fique arquivado na empresa aonde se lavrar o termo de transferência das ações, anotando-se no mesmo o Juízo e o procedimento que o originou.

b) O direito *do menor* anular a transação, é só da iniciativa deste, mas será voltada, antes de tudo, contra aquele que *compra* a ação, tendo este indiscutível direito *de regresso* contra o pai do menor, circunstância que pode pesar na avaliação do risco para o caso de uma tolerância concessiva. Tecnicamente sobre esta tolerância não opinamos, porque é uma realidade típica do empresário que arrisca seu próprio sentir em valores de baixa expressão econômica, e que resolvem problemas circunstanciais daquelas empresas que captam seu número mínimo de acionistas por meio da persuasão, e chega o momento de uma recíproca.

c) *Risco para a empresa aonde se lavra o termo de transferência da ação* só poderá ser extraída aquela da *culpa in vigilando*, ou de 3.<sup>a</sup> ordem; antecederá, necessariamente, nesta escala de prioridade, — perante o menor, como responsável o seu próprio pai, — se este nada tiver para garantir o dano, responderá pela *anulação da venda* o comprador (art. 145, IV), devolvendo as ações; só depois é que poderá ser cogitável a responsabilidade da sociedade, — que, aliás, funciona como se fosse um registro público, que deve dar fé *aos seus atos declaratórios* da assistência do “termo”, sem, contudo, responsabilizar-se pela substância do negócio jurídico que se realiza fora do campo do seu legítimo interesse, limitando-se ao requisito formal do “termo”\*. É verdade que a ausência do “alvará” pode ser alegada como de substância da formalidade, mas parece fora de dúvida que esta interessa mais ao comprador e ao seu desejo de realizar a transação.

d) Em sendo substancial o número de *ações* objeto da transação, será temerário prescindir da formalidade de um explícito alvará judicial para a prática do ato.

e) Não se confunda “pátrio poder” com guarda do filho pela mãe em caso de separação ou divórcio, — pois apesar de separado da mãe, e tendo esta ao seu encargo a guarda do menor, não passa, por este fato, o “pátrio poder” para ela; este remanesce com o pai.

f) Quando o pátrio poder for exercido por tutor, deve haver rigor absoluto quanto ao “alvará”, e a venda ser procedida em bolsa de valores, visto que a regra, em tais casos de venda de imóveis, só poderá sê-lo em hasta pública, sendo neste ponto Cunha Peixoto, ob. cit., p. 271, muito severo.

g) Os *avós* não exercem o pátrio poder em substituição natural ao pai ou a mãe. Só o poderão exercer por via de tutela judicialmente obtida.

h) A *ação* não equivale a venda de bens de colheita (exemplo citado por Carvalho Santos), caso em que nitidamente a venda corresponderia a um ato de administração do pai, porque faz parte da agilização administrativa, ter presente o estado do produto agrícola e a oportunidade do preço, seja na compra de insumos e a venda dos produtos agrícolas. A *ação* não é um bem *perecível*, nem sua rentabilidade aumenta ou decai sem uma certa observância de decurso de tempo, como o balanço anual, etc. Também parece certo, que encaminhado um pedido de alvará, por um pai, no exercício do pátrio poder, a um Juiz, — dificilmente este considerará desnecessária a autorização. Logo, — sempre haverá arbítrio, e um subjetivismo em favor do menor, portanto, um risco potencial se não houver alvará precedendo o ato negocial. Se nem o alvará elimina de todo o risco, imagine-se sem.

i) A carência jurisprudencial nos tribunais brasileiros, revela, inequivocamente, a raridade dos casos em que os filhos se opõem aos negócios que seus pais, em seus nomes fizeram, no exercício do pátrio poder. Por estrutura psicológica, de pai para filho, e vice-versa, é natural admitir-se que o filho confie nas decisões do pai e nem o queiram constringer depois.

j) Havendo dúvidas sobre a transferência das ações, neste caso de venda de incapaz, apto a dirimi-la é o Juiz competente para os registros públicos, *ut* art. 103, Lei 6.404/76.

\* Art. 104, Lei 6.404/76

# RESERVAS, RESERVA DE LUCRO E PROVISÕES \*

BENEDITO GARCIA HILÁRIO

## 1. Sumário

*Introdução*, incluindo explicações quanto ao sentido genérico do vocábulo, dando destaque a Reservas de Lucro e Provisões. *Conceito do Instituto* — Reserva de Domínio, Reserva Matemática, Reserva Técnica, Reserva-Protesto, Reserva Hereditária, Reserva Militar, Reserva Florestal, Reserva Indígena, Reserva Ouro, Reserva de Capital (legal, estatutária, etc.), Reserva-Provisão, Reserva Simples, Provisão Simples, Reserva Comercial, Reserva Contratual, Reserva Estatutária, Reserva de Contingências, Retenção de Lucro, Reserva de Capital a Realizar, Reserva de Retrocessão, Reserva Especial, Reserva Extraordinária, Reserva para Gratificações. *Direito Comparado* — Direito italiano, Direito espanhol, Direito francês, Direito alemão. *Dogmática Vigente. Doutrina* — Nacional e Estrangeira. *Conclusão e Bibliografia*.

## 2. Introdução:

2.1 — Visou-se em primeiro plano ordenar de forma esquemática e até quanto possível ampla, o entendimento do vocábulo “Reserva de Lucros”. O objetivo precípua assentou-se no desejo de se colocar ao alcance dos interessados em esclarecimentos imediatos sobre o assunto, material de consulta que permitisse solução rápida e pronta, ou a indicação da pista necessária à execução do mister. Como se verifica, o tema tal como, em princípio desejado, apresentava características restritivas, limitando a apenas uma parte do objetivo proposto, quando em verdade a sua consistência deve ter abrangência de maior área de conhecimentos genéricos convergentes. Como ponto de partida, optou-se por uma análise mais extensa, com vistas a atingir detalhes, para ao final, concentrar-se no assunto específico, que se assenta em *Reservas de Lucro*. Conseqüentemente, deu-se ao verbete o título de *Reservas, Reservas de Lucro e Provisões*, abarcando através de subtítulos, os diversos significados do vocábulo.

Assim, pode-se ter uma visão ampla do que se pode entender por “Reservas”, de uma maneira geral e por “Provisões”, tal a significação adequada segundo o emprego à natureza do fato que qualifiquem. Seja quando se refira à ação de poupar, conservar, guardar, deixar de parte alguma coisa ou valor, a título de reserva, para que não se consuma ou não se perca, tendo como finalidade a sua separação ou conservação de acordo com a intenção do agente; seja *e. g.* em relação aos Direitos, no sentido de restrições por meio de protesto ou ressalva expressa, para assegurar a eficácia no tempo e evitar, que se perca com a prática de certos atos derogantes, fato que ocorreria se tal providência não fosse tomada.

Efeitos dessa natureza acontecem, por exemplo, quando uma porção de bens que deva garantir a uma pessoa, participação assegurada por lei, como sói acontecer no caso de legítima ou reserva hereditária; quando o outorgado subs-

\* Trabalho inserido no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*.

tabelece com reserva, os poderes inscritos em instrumento de mandato, para manter a eficácia no caso de reassunção do exercício da outorga pelo substabelecente.

Estes são apenas exemplos de "reserva", em sentido genérico, sendo os mais variados, os casos em que podem ocorrer. Basta que o ato exercido tenha por finalidade aportar coisas ou valores, depositá-los ou conservá-los, objetivando fins determinados ou potenciais, ou ainda, vise garantir situação delegável.

No que concerne a "Provisões", às vezes sinonimizadas de reservas, a figura tem significado específico e seus efeitos têm conotação com despesa, encargo ou custo.

2.2 — Em sentido lato, a *Provisão ou Provisão simples* constitui-se pela manifestação de certos encargos operacionais, ou despesas, repercutidos no resultado econômico da empresa, tendo em vista o seu comportamento na apuração do resultado ou de lucro.

### 3. Abordagem do tema:

3.1 — Conceito do Instituto: Apartar ou deixar à parte, colocar de lado, guardar no sentido de poupança, é atividade que, econômica e juridicamente dá-se-lhe trato de *Reserva*. É a ação de reservar ou "*reservare*" na expressão latina. É o ato de conservar alguma coisa ou parte dela, objetivando que se não consuma, ou para evitar que se perca. Deverá ser utilizada no momento azado, para a realização de efeitos previamente determinados ou contingenciais. Essa, de maneira geral, a conceituação de *Reservas* no sentido materializado. Atividade condizente com os reclamos de situações sujeitas a controle, todavia não suscetíveis de presciência caracteristicamente determinada.

3.2 — A interpretação do vocábulo "Reservas" permite significados paralelos. Assim, em relação aos Direitos é corrente a *Reserva-Protesto* pela qual se declara expressamente o desejo de reservar um direito que se consumiria no tempo com a prática de certos atos, não fosse garantido tempestivamente, pela restrição necessária. Exemplo disso é o substabelecimento de mandato, que deve observar a intenção do substabelecente (quando o caso) de conservar os poderes substabelecidos, de forma que lhe permita reassumir o exercício do mandato, quando o desejar ou necessitar de tomar tal medida. A minguia da reserva de poderes, a respectiva reassunção pelo mandatário primitivo será impossível, em decorrência de perda da eficácia da outorga. *Reserva Hereditária* é a que visa garantir direitos sucessórios. Trata-se de porção de bens necessariamente conservada a título de legítima, desde que existam herdeiros necessários. Referida reserva não permite a livre disponibilidade, em virtude da respectiva vinculação. *Reserva de Domínio* ("reservati dominii") é o nome conferido a cláusula usada em contrato de vendas, cujo valor é liquidado em prestações. Visa o vendedor com isto garantir o recebimento do crédito. Não obstante a coisa, seja entregue pelo vendedor ou comprador, que passa a ter a posse, a propriedade contínua sendo do vendedor até a integral liquidação do preço. *Reserva Matemática*, obrigatória por lei às companhias de seguros de vida, deve ser instituída para fazer face à extensão progressiva dos riscos contratuais, conseqüentes do aumento de idade dos segurados. Ainda no âmbito operacional de seguros, as companhias

seguradoras, que operam nos ramos terrestres e marítimos (excluídos do regime falimentar), são obrigadas a constituir uma *Reserva Técnica*, formada de parte de renda ou prêmios recebidos (esta reserva não é tirada de lucro), consubstanciada num “*fundo*” efetivo, para garantia dos segurados, no que tange a riscos não expirados e de sinistros não liquidados (art. 72, “b”, do regulamento anexo ao Decreto 60.459, de 13.3.1967).

Com a mesma designação de *Reserva Técnica*, foi criada uma reserva para cobertura das responsabilidades das sociedades de seguros privados, que operavam no ramo de acidentes do trabalho, nos termos do regulamento da lei de acidentes no trabalho, baixado pelo Decreto 18.809, de 5.6.1945. O Decreto 63.949, de 31.12.1968, regulou essa reserva, pelo período de liquidação da entidade, de acordo com a Lei 5.316, de 14.9.1967, no quanto se refere aos riscos então ainda não expirados. Referida reserva, conquanto não mais vigente em virtude de revogação da lei é, todavia, aqui indicada, a título de informação sobre o assunto. *Reserva Militar* constitui-se na força da reserva que diz respeito aos militares (do exército, da marinha e do ar). Diz-se reserva do exército, da marinha, da força aérea. Necessário notar que, não se trata de reserva em sentido oposto à ativa. Enquanto os soldados pertencentes à ativa formam os efetivos das forças armadas, a força de reserva mantém-se fora de serviço ou atividade. Não confundir com “forças de reserva”, aquelas ativas e efetivas, que se constituem nos soldados mantidos em expectativas para serem acionados em momentos especiais e determinados.

No âmbito da ecologia, pode-se incluir: em primeiro lugar a *Reserva Florestal*, da alçada do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal — IBDF, criado pelo Decreto-lei 289, de 28.2.1967. Uma das prioridades no quadro de competência do IBDF, é a de manter o equilíbrio entre as reservas florestais brasileiras, com vistas ao abastecimento dos mercados consumidores de produtos e subprodutos florestais; em segundo lugar a *Reserva Indígena*, criada pelo Decreto 65.212, de 23.9.1969, com o objetivo de preservar às tribos Xavantes, do Rio Couto de Magalhães, do Rio Aresões e do Rio das Mortes, áreas no Estado de Mato Grosso, conforme prescreve o art. 186 da Constituição Brasileira de 1967. *Reserva Ouro*, representa a parte do estoque desse metal nobre, destacada para fazer lastro do papel-moeda em circulação, servindo também para cobrir eventuais diferenças verificadas nas operações resultantes do comércio entre países, em face da segurança que oferece quanto ao valor corrente e de irrecusável aceitação universal. Aproximadamente 60% do ouro mundial, extraído, constituem a reserva monetária-ouro em poder dos Bancos centrais, equivalente a 40 bilhões de dólares, dos quais, somente os E.U.A. detêm 10 bilhões.

3.3 — Na terminologia jurídico-contábil, particularmente nas áreas dos Direitos Comercial e Tributário, onde assume maior abrangência, o vocábulo “reserva” é empregado em grande parte dos casos com o mesmo significado. Explica isso o motivo de, em ambos os Direitos, o emprego do vocábulo basear-se em fatos de característica econômica. Realça a evidência dessa circunstância a própria Exposição de Motivos do Ministro da Fazenda, encaminhando ao Presidente da República o projeto do Decreto-lei que tomou o 1.598/77, pelo qual se visou adaptar a legislação do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas domiciliadas no País à nova lei de sociedade por ações (Lei 6.404/76). Vejam-se (*e.g.*) os casos a seguir enumerados:

### a) *Reserva de Capital:*

Trata-se precipuamente de reserva destinada a reforço do capital da entidade empresarial. Às vezes, é constituída por força de lei (reserva legal), às vezes por proposta dos administradores, aprovada pela deliberação de sócios ou acionistas. Visa garantir de forma consistente, a integridade do capital social. Esta reserva é constituída de parcela de lucro não distribuído a sócios ou acionistas, a quem por princípio competia recebê-la. Todavia, mesmo integrada na categoria de reserva, referida parcela de lucro não distribuída representa crédito dos participantes no capital, como sócios ou acionistas, certo que permanece integrada no patrimônio líquido da empresa.

Sob pretexto de aprimorar conceitos jurídicos e técnico-contábeis, o legislador às vezes adentra caminho não o mais indicado, pretendendo dar solução ao problema e acaba conduzindo o intérprete a dúvidas e inseguranças!

A Lei 6.404/76 — Lei das Sociedades por Ações (Exposição de Motivos n. 196/76, do Ministério da Fazenda), das Companhias ou Sociedades Anônimas — art. 1.º — classifica como *Reservas de Capital* um elenco de acréscimos ao patrimônio líquido, sendo que, em verdade, nem todos os casos resultam de separação de lucro. Correspondem a parcela que, conquanto reforcem a estrutura patrimonial líquida, não representam valores separados da produção líquida do capital social. Por outro lado, existem casos que aberram das regras de conceitualização de reserva de capital. Veja-se, por exemplo, a atualização de valor do capital nominal, mediante correção monetária (art. 182, § 2.º, da Lei 6.404/76). Esse fato não acrescenta ao patrimônio líquido da empresa mais do que uma mera expressão gráfica, vez que a capacidade aquisitiva do capital continua sendo a mesma, ou até menor, em certas hipóteses.

Todavia, juridicamente são reservas de capital, que acrescem ao rol daquelas retiradas de lucro e definida como tal. São ainda reservas de capital, de acordo com a legislação vigente: (a) ágio pago pelo subscritor de ações, no quanto ultrapassar o valor nominal; (b) ágio decorrente do pagamento efetuado pelo subscritor de ações sem valor nominal representado pela diferença verificada entre o valor desse pagamento e a importância destinada ao capital social, inclusive nos casos de conversão em ações do valor de debêntures e/ou de partes beneficiárias; (c) o produto da alienação de partes beneficiárias e bônus de subscrição; (d) o prêmio recebido na emissão de debêntures; (e) as doações e subvenções para investimento; (f) o resultado da correção monetária do capital realizado (enquanto não contabilizado); (g) o produto líquido de reavaliação de bens do ativo, observados os critérios legais reguladores do procedimento.

Ainda, em reserva de capital, a lei (Decreto-lei 1.598/77, art. 55, IV) determina que se inscreva o saldo líquido da correção monetária especial dos bens do ativo mobilizado, excluído da apuração de lucro real, para efeito de tributação da pessoa jurídica pelo imposto de renda.

### b) *Reserva-Provisão:*

Assim é denominada a reserva constituída para assegurar a liquidação de uma obrigação ou responsabilidade líquida e certa, assumida pelo instituidor. Esta reserva tem as características de reserva criada por lei, uma vez que se

destina ao cumprimento de prestação juridicamente assumida, cuja data de vencimento ainda penda do tempo de fixação. Poderá ser constituída mediante separação de verba diretamente da própria receita, como poderá ser retirada do lucro. Exemplos disso encontram-se, no art. 189 da Lei 6.404/76 (provisão para imposto sobre a renda, da pessoa jurídica); na reserva matemática e na reserva técnica, a que se devem sujeitar as companhias de seguros de vida e de seguros terrestres e marítimos; na assunção de uma dívida a ser amortizada durante determinado período com juros cuja taxa dependa de eventos específicos, que só emergem com a efetivação de fatos complementares a serem definidos, e assim por diante. Paralelamente à reserva-provisão, que o instituidor deverá escriturá-la em conta especial do passivo (onde a importância permanecerá até o cumprimento efetivo da prestação), será reservado numerário equivalente, em depósito vinculado, registrado numa conta de "Fundo" do ativo, para atender tempestivamente ao resgate ou pagamento do encargo.

A denominação de reserva-provisão é assim entendida, porque corresponde a uma separação (reserva) de numerário com destinação certa e específica, dependente apenas de definição da data do resgate ou pagamento da obrigação (*sic*).

Três requisitos distinguem a *Reserva-Provisão da Reserva Simples*. São eles: (i) representa uma provisão de numerário reservado (depositado), para atender a pagamento ou resgate de obrigação ou encargo, determinada mediante apuração prévia de importância certa ou estimada; (ii) visa garantir dívidas perante terceiros, com base em contrato gerador da obrigação ou do encargo; (iii) não representa disponibilidade ou recurso de que se possa dispor, a não ser na oportunidade e pela forma juridicamente determinada para extinguir a responsabilidade do instituidor, à qual estava afetada como penhor ou garantia.

Decorre ainda a diferenciação da conceituação entre as duas espécies de reserva — *Reserva-Provisão e Reserva Simples*, o fato de que, a primeira não sendo instituída em favor do patrimônio líquido social, a sua característica é a de um passivo social exigível, por representar crédito de terceiro.

Releva notar, por importante, que é na hipótese, a distinção existente entre *Reserva-Provisão e Provisão Simples*. Enquanto a *Reserva-Provisão* é vinculada por força de lei, ou por cláusula contratual, impedindo ao favorecido dela se utilizar ou de exigir a sua entrega antes que se torne atual o seu direito correspondente. Por outro lado, a *Provisão Simples (ou comum)*, quando o valor correspondente estiver mantido em "Fundo", ao seu titular é livre retirá-lo, usando os meios legais pertinentes, visto não estar sujeito a nenhum vínculo restritivo.

#### c) *Reserva Comercial*:

Chama-se genericamente *Reserva Comercial*, a todas as reservas que a empresa institui, facultativa ou contratualmente, para atender a finalidades determinadas, geradas em razão de seu funcionamento e que se relacione com objeto social. Referidas reservas correspondem (*e.g.*) a "Fundos" relativos, direta ou indiretamente, a encargos com seus empregados, com bens patrimoniais, com obrigações tributárias, com superveniências operacionais em potencial.

d) *Reserva Contratual:*

Entende-se sob a denominação de *Reserva Contratual*, a instituída com supedâneo em cláusula de contrato escrito.

e) *Reserva Estatutária:*

É estatutária a reserva constituída com base no estatuto de sociedade anônima, que não seja expressamente imposta por lei. A sua instituição é da competência da assembléia geral de acionistas. Uma vez instituída, a reserva estatutária torna-se obrigatória nos termos do estatuto, no que tange a respectiva aplicação. Os efeitos estatutários somente podem ser modificados pela assembléia geral extraordinária. Nesse sentido, a lei recomenda que se indique, com precisão a finalidade da reserva, que sejam fixados os critérios para a determinação da parcela anual do lucro líquido à sua constituição, indicando o limite máximo do lucro a ser reservado.

f) *Reserva para Contingências:*

A lei faculta à assembléia geral de acionistas, por proposta dos órgãos da administração, destinar parte do lucro líquido à formação de *Reserva para Contingências*. Permite assim à empresa prevenir-se em relação a diminuição de lucro decorrente de perda provável em exercício futuro, através do uso da reserva contingencial para compensar os efeitos desfavoráveis. Essa medida tem por finalidade a manutenção de nível regular ou aproximadamente regular, na seqüência de distribuição de dividendos. A proposta deverá ser formulada pelos órgãos da administração, indicando a causa do prejuízo previsto e apresentando as razões que justifiquem e recomendem a constituição da reserva, que terá vida limitada ao tempo previsto para a realização do evento. Se este não ocorrer, a reserva deverá ser revertida à disposição da assembléia geral, no exercício em que deixar de existir as razões que levaram a empresa à sua criação. O estatuto social regulará o funcionamento da respectiva conta.

g) *Reserva a título de Retenção de Lucro:*

A nova lei das sociedades por ações criou a figura de "retenção de lucros", cujo significado é o de uma efetiva reserva, sujeita a características próprias. Se, prevista a medida no estatuto da sociedade, a assembléia geral poderá, por proposta dos órgãos de administração, deliberar sobre a retenção de parcela do lucro líquido do exercício, desde que haja previsão em orçamento de capital nesse sentido, aprovada pela mesma assembléia em ato anteriormente realizado. O orçamento em questão deverá justificar as razões que facultam a proposta de retenção de lucro, mediante indicação das fontes de recursos e de aplicações de capital. Sua duração poderá ser de até 5 anos, exceto quando a execução do projeto de investimento que suscitar a medida exija prazo maior.

h) *Reserva Especial, conseqüente de desobrigação temporária da distribuição de dividendo:*

No exercício em que a situação financeira da companhia não comportar distribuição de dividendo, ainda que estatutariamente obrigatório, os órgãos da

administração deverão dar informação do fato à assembléia geral, acompanhada de parecer do Conselho Fiscal (se em funcionamento). Quando se tratar de companhia aberta, os administradores justificarão a medida perante a Comissão de Valores Mobiliários, dentro do prazo legal. Se referida reserva não for consumida nos exercícios seguintes, em amortização de prejuízos, deverá ser distribuída como dividendo aos acionistas, assim que a situação financeira o permita.

i) *Reserva de lucro a realizar:*

É facultada a constituição de *Reserva de Lucro a Realizar*, no exercício em que o lucro a realizar (lucro inflacionário, somado ao valor do investimento em sociedades coligadas e controladas, mais o lucro em vendas cuja realização se efetive após o término do exercício em que se deu a operação) exceder do montante que for deduzido do lucro líquido para destinação (reservas e retenções), nos termos dos arts. 193 a 196, da Lei 6.404/76. A importância excedente é que poderá ser destinada à conta de "reserva de lucro a realizar", se proposto pelos órgãos da administração e receber a aprovação da assembléia geral.

j) *Reserva Convencional:*

Convencional é a reserva (também poderá ser chamada de reserva contratual), constituída com base em uma convenção escrita. É uma reserva voluntária, por tempo certo ou indeterminado, efetivada por deliberação assemblear.

k) *Reserva de Retrocessão:*

Entende-se por reserva de retrocessão, na linguagem dos seguros (também chamada — provisão fundiária ou provisão-reserva), a reserva destinada a cobrir encargo relativo a descarga de seguros em operação de retrocessão (ou cessão e transferência), que uma companhia seguradora faz a outra, de parte de risco anteriormente aceito.

l) *Reserva Especial:*

Diz-se especial a reserva instituída para fins determinados, que fogem às características de operações pertinentes ao negócio social. Conseqüentemente, deve ser contabilizada em conta específica, que exteriorize com clareza a sua finalidade. Certo, entretanto, que o valor reservado pode ser utilizado somente para cumprir o mister que determinou a instituição da reserva. Não pode a reserva ser remanejada para outro destino, a menos que haja manifestação dos interessados no respeitante ao que disponha a convenção escrita. Em princípio, essa reserva especial tem caráter obrigatório, por ser restritiva à sua destinação. Por isso não deve ter caráter genérico, a fim de evitar seja tomada por "geral" ou "comum". Exemplificativamente, são reservas especiais: a de capital, de contingência, convencional, de ampliação de melhoramentos ou benfeitorias, a constituída para projetos de investimentos novos, a reserva-provisão e outras assemelhadas.

m) *Reserva Extraordinária:*

Sem embargo de poder-se classificá-la também como reserva especial, a reserva extraordinária deve ser instituída somente em certos casos de natureza restritiva, visando a fatos imprevistos. Em geral, tem duração curta. É de caráter esporádico e, de acordo com a vontade dos interessados os seus efeitos devem ser destacados daqueles conseqüentes da execução do objeto da empresa.

n) *Reserva para Gratificações:*

É lícita a previsão, em estatuto ou contrato social, para a constituição de reserva destinada a fazer face a encargos com as gratificações aos empregados e dirigentes; geralmente a reserva é constituída quando a empresa interessa consignar a verba correspondente no balanço geral, não obstante a definição de valores a serem individualmente atribuídos ainda penda de decisão administrativa posterior. Entre nós, a nova lei das sociedades por ações (Lei 6.404/76) estabelece regras disciplinando a matéria.

### 3.4 — Algumas referências ao Direito Comparado:

No que tange ao Direito Comparado as referências são de modo geral, às “reservas” concernentes ao Direito Comercial, exceção aos casos de Direito Tributário, todavia não levados em conta neste item.

a) *Direito italiano:*

No Direito italiano, que muito tem de igual com o nosso Direito, abrangendo vasta gama de conceitos e princípios parecidos, a reserva de lucro é tratada da mesma forma vigente em nosso País. Vejam-se, por exemplo, o que dispõe os arts. 2.428 e 2.536 do Código Civil italiano, e o *caput* dos arts. 130 do Decreto-lei 2.627/40 e 193 da Lei 6.404/76 no Direito brasileiro. No que concerne a *Reserva Legal*, os percentuais mínimo e máximo, calculados sobre o lucro líquido, para assegurar a integridade do capital (5% e 20%) são iguais nas legislações de ambos os países.

No nosso Direito, a Lei 6.404/76 ampliou à reserva legal o campo de utilização, permitindo seja aplicada também em aumento do capital.

b) *Direito espanhol:*

O Direito espanhol usa as nomenclaturas de *reserva legal*, *reserva estatutária* e *reserva para participações dos administradores*. No que tange à *Reserva Legal*, a lei espanhola de 1951, que dispõe sobre o regime jurídico das sociedades anônimas, restabeleceu a sua eficácia, antes derogada pelo Decreto-lei de 11.3.1949. Daí em diante, as sociedades que detenham no exercício social um lucro líquido superior a 6% do capital nominal (já deduzido o valor dos impostos incidentes sobre lucro), ficam obrigadas à constituição de um “fundo de reserva” de no mínimo 10%, até atingir o montante correspondente a 20% do capital, se maior porcentagem não for estabelecida por disposições especiais. Referida reserva é destinada exclusivamente a cobrir prejuízos, devendo ser repostas sempre que houver diminuição do nível legal.

## c) Direito francês:

No Direito francês, Lei 66-537, de 24.7.1966, art. 345, dispõe que: “les sociétés par actions, il est fait sur les bénéfices nets de l'exercice, diminués, le cas échéant des partes antérieures, un prélèvement d'un vingtième au moins affecté à la formation d'un fonds de réserve dit “reserve légale”. A reserva legal está todavia limitada ao máximo de 10% do capital social. É prevista, por outro lado (Decreto 67-1.112 de 19.12.1967), a obrigação de as sociedades constituírem uma reserva especial para atender a encargo com a participação dos trabalhadores no resultado líquido obtido em certos projetos sociais calculada sobre uma base salarial.

## d) Direito alemão:

No Direito alemão (AKTG de 1965), é lícita a reservação dos lucros, de uma importância destinada à participação dos diretores da sociedade no resultado da empresa, desde que previsto no estatuto social. Referida participação é calculada sobre o saldo remanescente de lucro do exercício, depois de deduzidos eventuais prejuízos acumulados e as importâncias destinadas a *Reservas, legal e estatutária*. Dita participação, que visa compensar os diretores na razão de importância de suas funções administrativas, considerada a atuação de cada um dos membros do Conselho, é atribuída com observância da situação econômica da sociedade.

## 3.5 — Dogmática vigente:

Entendida a ação de reservar como uma atividade destinada a assegurar condições de garantia em benefício ou para segurança da própria pessoa ou de terceiros, seja no sentido de prevenir situações futuras ou eventuais desfechos incertos, seja para a manutenção da integridade patrimonial, resguardando os interessados contra ofensas imprevistas, pode-se concluir como uma medida de prudência e de equilíbrio administrativo. Conseqüentemente, o efeito de reservar em princípio, constitui-se no ato de guardar, conservar ou pôr de parte, preservar no sentido de defender ou poupar. Repercute como condição favorável a dar solução aos casos imprevistos ou de previsão incerta, que representem riscos em potencial. É na verdade uma medida administrativa da direção da empresa, exercida coerentemente, com o objetivo de solucionar eventos supervenientes.

Nesta ordem de idéias é que deve ser concebida a atividade empresarial de criar ou constituir “reservas”. A criação de reservas não deve consistir na mera estimativa genérica e nem pode ser um ato teórico de alinhar cifras. Deve basear-se em plano adequado a circunstâncias inerentes ao resultado líquido da produtividade do negócio ressalvada a atribuição de uma remuneração condizente com o investimento e os riscos assumidos: devem ser asseguradas garantias de retorno do capital ao final do projeto empresarial, em consonância com a sua capacidade aquisitiva no tempo; deve garantir os investidores e os interesses de terceiros, compreendidos na atividade.

Este deverá ser o princípio básico de orientação a seguir pela sociedade, manifestado na vontade das partes contratantes (sócios ou acionistas), observando

a lei, de forma obrigatória ou voluntária, expressada no instrumento constitutivo da entidade.

Este o caminho trilhado pelas legislações dos países que conceberam a “sociedade anônima” como o modelo mais indicado para controle do desenvolvimento operacional das economias, notadamente quando reunidas em grupos. A maioria dos países envolvidos em grandes empreendimentos econômicos, aprovaram e usam esse modelo nas três Américas, na Europa, e noutras partes do mundo. Do respeito às formalidades legais e às normas éticas e práticas, consolidam-se as vantagens do modelo, especialmente nos casos de centralização de capitais.

Em resumo, conquanto variada a finalidade e destinação das “reservas”, de acordo com as necessidades ou preferências, tendo em vista as peculiaridades da atividade econômica da empresa, o grau de interesse e a segurança visada, o certo é que, o instituto da “reserva” representa, jurídica e economicamente a garantia da integridade patrimonial, em benefício não só dos investidores mas de quantos depositam créditos financeiros em mãos da sociedade. É, pois, um índice de confiança em favor da administração do empreendimento.

### 3.6 — Doutrina Nacional:

Miranda Valverde se insurge contra Carvalho de Mendonça e Spencer Vampré, por conceituarem os “fundos de reserva” como parcelas a serem deduzidas das *receitas totais*, que os dois eminentes comercialistas consideram como sendo o *lucro bruto*; entende Valverde, que esse conceito não é o certo. Refeita, com argumentos recolhidos dos comentários de Carlos de Carvalho, através dos quais o Diretor da Contabilidade do Tesouro do Estado de São Paulo mostra com acerto que, as reservas devem ser tiradas do lucro líquido e que a importância reservada se destina a garantir o equilíbrio patrimonial da empresa. Através do art. 130, do Decreto-lei 2.627/40, Valverde afirma que às diretorias compete retirar 5% do montante de lucro líquido para a constituição de *Reserva Legal*, com caráter obrigatório até o limite de 20% desse mesmo capital, com a finalidade de assegurar a integridade do capital social, sendo reposta a reserva, sempre que houver diminuição. Faz evidente, que as reservas não são frutos civis, mas capital que se junta ao patrimônio líquido a título de acréscimo ao investimento inicial. Esclarece ainda Valverde, que a Sociedade pode criar, além das reservas legalmente instituídas, também outras de caráter facultativo, desde que estatutariamente previstas, mas que a lei repele a idéia de reservas ocultas e as extraordinárias. Por outro lado, o mestre comercialista traz à colação a proibição legal quanto ao limite da soma das reservas, que não poderá ultrapassar o montante do capital social. Com o advento da Lei 6.404/76, esse montante do capital nominal passou a ser o capital inicial, corrigido nos termos da atualização do valor da ORTN (Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional). Na vigência do Decreto-lei 2.627/40 não era permitido, que fosse atribuída a totalidade do lucro à constituição de reservas. Todavia, a Lei 6.404/76, art. 199, quando trata do limite do saldo das *Reservas de Lucros*, exclui as reservas de lucros a realizar e de contingências, do limite máximo do saldo a ser considerado com esse efeito.

Sylvio Marcondes reconhece, na lição de Vivante, que as reservas se classificam em: *reserva legal*, determinada pela lei, não suscetível a derrogação pelo estatuto social; *reservas estatutárias*, as fixadas como tal no estatuto social; e *reservas eventuais*, aquelas criadas por deliberação da assembléia geral. Está de acordo com Valverde, no sentido de que as reservas não são frutos civis, mas capital que se soma ao patrimônio da sociedade, uma vez que é parte de lucros.

Tullio Ascarelli entende, que as reservas desempenham função análoga à do capital. Distingue o capital, das reservas, porque admite que as normas que visam a tutela de terceiros se assentam justamente no capital. Nesse ponto é que Ascarelli entende fixada a distinção; não aceita doutrina consignando pontos de vista, no sentido de que as reservas sejam propriedade da sociedade, uma vez que somente aos bens sociais do ativo pode-se atribuir a condição de propriedade, certo que as reservas, mais nem menos são, do que parte do valor do patrimônio líquido.

Ascarelli distingue as categorias de reservas em *obrigatórias e facultativas*. Ordinárias são aquelas reservas criadas em virtude de lei ou do estatuto do grupo, que reúne a *Reserva Legal* e as demais que, muito embora sem a exigência formal de lei, todavia podem ser constituídas.

Para Egberto Lacerda Teixeira, parece ser tranqüila a constituição de reserva nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada. A lei não determina a criação da reserva, certo que, por outro lado, não o proíbe. Pressupomos nós, que depende apenas de uma manifestação de vontade de maioria do capital social.

Lacerda Teixeira menciona, que a medida depende de previsão no contrato social (ou estatuto) ou de deliberação dos sócios, reunidos em assembléia geral. Essas reservas, que se incorporam a outras garantias em benefício dos credores, são estatutárias ou convencionais, já que o Decreto 3.708/19 não cogita expressamente do instituto. Conseqüentemente, sendo a reserva parte do lucro líquido, que não se distribui aos sócios, permanece na empresa para fins determinados, especiais ou não; é ela reforço do capital e incremento do patrimônio líquido social.

Fran Martins preleciona, que às sociedades anônimas não prospera a idéia de garantia subsidiária dos sócios, como sói ocorrer em relação às sociedades não de capital ou de pessoas. Desta forma, considerada a situação de desguarnecimento em que ficaria o capital social, o legislador criou a figura da *Reserva Legal*, com a finalidade de suprir referida circunstância. Ensina o professor da Universidade Federal do Ceará, comentando o Decreto-lei 2.627/40, que o lucro social não pode ser totalmente absorvido pelas reservas especiais.

João Eunápio Borges reporta a atenção dos interessados aos fatos dos quais podem emergir as chamadas *Reservas Ocultas*, latentes ou secretas. Faz ver, que são essas reservas o produto de certos artifícios contábeis, conseqüentes de aumento fictício do passivo social ou diminuição engenhosa do ativo. Na prática pode ocorrer o evento em conseqüência de amortização ou depreciação do ativo permanente, pela aplicação de taxas de desgaste maiores do que as necessárias, adequadas ou razoáveis. Uma outra forma comum, tradicionalmente usada, com vistas à formação de "reserva oculta", porém condenada pelas leis econômicas e fiscais, é a prática de "corte" no valor dos estoques.

### 3.7 — Doutrina estrangeira:

De Gregório (*Società*, Turim, 1938, pp. 597 e segs.), citado por Ascarelli, ressalta quanto as chamadas *Reservas Ocultas*, insurgindo-se contra o procedimento. Recomenda seja rechaçado o seu uso, que está ao arrepio da lei, da ética e da técnica. De fato, se perquiridas as razões que levam ao surgimento da "reserva oculta", chega-se à conclusão de evidente intuito de fraude pela simulação. Realça evidente, por outro lado, que essas reservas não se formam de dedução do lucro líquido, mas de um autêntico artifício, conseqüente de uma exagerada desvalorização dos bens do ativo social, ou de constituição de provisão maior do que a necessária, à guisa de acelerar a depreciação dos bens do ativo fixo.

Ainda no magistério de De Gregório, aprendemos que, as *porcentagens* retiradas do lucro líquido para pagamento da participação aos empregados e aos diretores (pressupõe-se, a existência de previsão estatutária), devem ser deduzidas do lucro, antes de calculadas a *Reserva legal*. A posição de De Gregório à doutrina dominante na França, que entende seja a reserva legal calculada sobre o montante do lucro líquido (Houpin & Bosvieux). Este entendimento procede. Se a previsão estatutária tem por base a retirada percentual do lucro líquido, não vemos por onde se possa contestar a sua natureza como efeito de destinação do lucro (ver Ascarelli, *Problemas das S/A.*, p. 409).

Filippo Furia (*Falso in Bilancio e Frode Fiscale*, p. 41, Giuffrè Editore, Milano), comenta as funções das reservas legal, estatutária e facultativa, salientando o papel de cada uma delas em relação aos riscos típicos da empresa. É uma forma inteligente usada em programação econômico-financeira para acompanhar o desenvolvimento da empresa com o necessário conhecimento de causa.

Por outro lado, Furia critica o artifício da chamada "Reserva Oculta" (não raro na prática), uma vez que é um processo desvirtuante, que torce a verdade e desfigura a finalidade específica da reserva no contexto patrimonial. Todavia, o comentarista ressalva a posição de "reserva oculta" quando ela é conseqüente de uma valorização natural de bens do ativo, não contabilizada, visto representar um aspecto meramente acidental, em função de fatores desligados da vida operacional da empresa. Esta hipótese pode-se considerá-la apartada do conceito de reserva oculta; não representa qualquer intenção da empresa de esconder situação patrimonial sob falsas aparências.

São, por exemplo, os casos provocados pela inflação, fato que implica redução da capacidade aquisitiva da moeda corrente.

Rosario Grillo (*Le riserve di Bilancio*, Giuffrè, Milano) mostra a função do instituto da reserva de lucro, consistentemente com a natureza de cada caso. Realça a repercussão da reserva na composição do patrimônio líquido esclarecendo que, não obstante ela apareça como quota ideal não representa crescimento do valor nominal do capital social. Destina-se a fazer frente a riscos em geral, de natureza específica. O autor trata ainda das várias espécies de reservas, desde a que é deduzida do lucro, até aquelas outras provenientes de atualização de valores do ativo, conseqüentes ou não de aumento real ocorrido de circunstâncias naturais ou em função de evento superveniente à implantação de projetos.

Grillo (*Il Bilancio Delle Società Per Azioni*, vol. III), refere-se à *Reserva Cautelar*, com vistas à provisão de recursos para suprir eventuais contingências operacionais no período seguinte. Esta reserva assemelha-se à *Reserva para Contingências* estatuída no art. 195 da lei brasileira das sociedades por ações. Ocupa-se, o mestre da Universidade Comercial "L. Bacconi", de Milão, noutra parte, da Reserva Fiscal. Elege um elenco de situações suscetíveis de interferências de ordem jurídico-tributária, aconselhando a instituição de reserva adequada a cada hipótese concebida, para rebater eventuais constrangimentos daí resultantes.

#### 4. Conclusão:

Concluindo, é oportuno aduzir, que o presente verbete, conquanto a sua tendência de versar sobre matéria especializada, em verdade ele envolve matéria mais ampla, para aproveitá-lo com mais largueza noutros ramos do Direito, além do Direito Comercial, abarcando também aspectos de ciências atuárias, econômicas, administrativas e contábeis.

Especificamente, no que concerne à matéria jurídica, o trabalho abrange assuntos de Direito Civil, de Direito Tributário, de Direito Administrativo, de Direito Comercial societário.

Todavia, como o objetivo visado a *prima facie* seria "Reserva de Lucros", o pesquisador irá encontrar mais adiante esclarecimentos elucidativos necessários, restritivos à respectiva especificidade técnico-jurídica.

A titulação "Reserva de Lucros" pode, em princípio, ser tida de caráter genérico, certo que as normas determinantes de sua constituição não são limitativas. Por outro lado encontramos, às vezes, construções jurídicas em que, desatento o seu redator no que refere à matéria econômica, deixa um vazio tornando insegura a conclusão. A seguir os esclarecimentos propostos:

##### 4.1 — Reserva de Capital:

É destinada a reforço do capital social. Tem a finalidade de manter a integridade do capital, em garantia do investidor e de terceiros credores. Por princípio, trata-se de uma *Reserva de Lucro*, formada por determinação legal, ou mediante embasamento no estatuto social. É constituída por dedução do lucro e, por lucro, deve-se entender o resultado líquido obtido da atividade impulsivada pela movimentação do capital investido. (Não só quando resultante do objeto social, mas também no que concerne a ocorrências extras, inevitáveis ou provocadas, com o fito de aproveitamento de circunstâncias favoráveis ao interesse da empresa). Assim, podem entrar neste rol, à guisa de exemplo e sem maior indagação, a *reserva legal*, a *reserva estatutária*, a *reserva de expansão*, a *reserva de contingências*, a *reserva especial* (conseqüente, de dividendo previsto e não atribuído, em face de adiamento da distribuição sem fixação de data), a *reserva convencional* (com vigência indeterminada), a *reserva de retrocessão*... e assim por diante.

A reserva de lucro deve ser constituída somente de redução do lucro. Esta é a única fonte para saciar a vontade do instituidor. E, com vistas à constituição

de reserva de lucros, o lucro líquido tal como retroexplicitado, deve originar-se da produção do investimento.

É ponto pacífico que, a reserva de lucros, seja qual for a denominação que se lhe atribua, deve ter previsão estatutária. Pela doutrinação de alguns tratadistas, algumas reservas (mesmo a de lucros) podem ser constituídas por deliberação exclusiva da assembléia geral, independentemente de previsão no estatuto social.

Entretanto, nem sempre a lei limita a formação da *Reserva de capital* à parte de lucro destinada para esse fim. A nova lei das sociedades por ações (n. 6.404/76) elenca uma série de fatos, que geram reserva de capital, tais como o ágio pago pelo subscritor de ações, o produto de alienação de partes beneficiárias, o prêmio de debêntures, as doações e subvenções para investimento. O resultado das operações provenientes dos atos retroespecificados, em verdade não representa lucro na acepção do termo. Trata-se de vantagens que engrossam o patrimônio social, sem contudo ter conexão direta com a execução do objetivo empresarial. São suscetíveis de apreciação jurídica à parte, já que fatores estranhos à atividade da empresa podem influir no resultado e até provocar o evento em causa. De outra parte, ao revés do que a lei prescreve, a atribuição do valor de correção monetária do capital nominal a Reserva de Capital, não refere coerência com o princípio que rege esse instituto. Repugna, o tratamento de "reserva" a números de efeito meramente gráfico.

4.2 — Cabe, inclua-se nestes comentários, alguns esclarecimentos a respeito da *Reserva-Provisão*, para realçar a distinção que existe entre a sua finalidade e a da *Provisão Simples*.

Deduzida do lucro, às vezes precisa estar prevista no estatuto, às vezes não, segundo as regras da lei que determina a sua constituição. É, por exemplo, o caso da *Reserva-Provisão* para o imposto sobre a renda da pessoa jurídica. É importante considerar, por outro lado que, conquanto deduzida do lucro social, tem ela por base de cálculo, todavia, o lucro real fiscal, formado de acordo com o disposto na legislação do imposto de renda de pessoas jurídicas. Às vezes existem, em que a contrapartida da reserva é a própria receita, se assim dispuser a norma. Neste caso enquadram-se a *Reserva Matemática* e a *Reserva Técnica, de companhias seguradoras*

Quando a *Reserva-Provisão* tem a finalidade de assegurar liquidação de obrigação ou responsabilidade certa, do instituidor, por disposição de lei, ou mediante cláusula contratual, o seu valor deve figurar no patrimônio social, como um passivo exigível.

## 5. Bibliografia:

- 1 — Decreto-lei 2.627, de 26.9.1940.
- 2 — Decreto 3.708, de 10.1.1919.
- 3 — Lei 6.404, de 15.12.1976.
- 4 — Decreto-lei 1.598, de 26.12.1977.
- 5 — *Código Civil Brasileiro*, ed. Saraiva de 1977.
- 6 — *Código Comercial Brasileiro*, ed. de 1971.

- 7 — *Il Codice Civile (Italiano)*, Editore Giuffrè, Milano.
- 8 — *Code des Sociétés (Francês)*, Dalloz, Paris.
- 9 — *Código Civil (Espanhol)* — Madrid.
- 10 — Valverde, Trajano de Miranda — *Sociedade por Ações*, Revista Forense.
- 11 — Ascarelli, Tullio — *Problemas das Sociedades Anônimas*, ed. Saraiva, de 1969.
- 12 — Marcondes, Sylvio — *Problemas de Direito Mercantil*, Max Limonad, ed. de 1970.
- 13 — Lacerda Teixeira, Egberto — *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, Max Limonad, ed. de 1956.
- 14 — Martins, Fran — *Curso de Direito Comercial*, Forense, Rio, 3.<sup>a</sup> ed.
- 15 — Borges, João Eunápio — *Curso de Direito Comercial e Terrestre*, Forense, Rio.
- 16 — De Gregório — *Società*, Turim, 1938.
- 17 — Furiá, Filippo — *Falso in Bilancio e Frode Fiscale*, Giuffrè, Milano.
- 18 — Grillo, Rosario — *Le Riserve di Bilancio*, Giuffrè, Milano.
- 19 — Grillo, Rosario — *Il Bilancio delle Società per Azione*, Giuffrè, Milano.
- 20 — *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa* — Mirador Internacional.
- 21 — *Grande Dicionário da Língua Portuguesa, Histórico e Geográfico* — Lisa.
- 22 — De Plácido e Silva — *Vocabulário Jurídico*, Forense, Rio.

# A TEORIA “ULTRA VIRES SOCIETATIS” PERANTE A LEI DAS SOCIEDADES POR AÇÕES

WALDIRIO BULGARELLI

SUMÁRIO: 1. Importância — 2. Noção Geral — 3. As origens da teoria e a situação atual na Inglaterra — 4. A concepção de Gervasio Colombes, na Argentina — 5. As confusões sobre a teoria nos Estados Unidos — 6. A situação atual da teoria nos Estados Unidos — 7. A sanção dos atos *ultra vires* — 8. A teoria e o objeto social — 9. A disciplina legal do objeto social no Brasil — 10. O objeto social na vigência do Decreto 434/1891 — 11. O objeto social na vigência do Decreto 2.627/1940 — 12. A teoria *ultra vires* e o objeto social no Direito brasileiro — 13. Aspectos da teoria *ultra vires* e o objeto social no Direito brasileiro — 14. Análise dos dispositivos da Lei 6.404/76 — 15. A ratificação pela Assembléia Geral dos atos *ultra vires* — 16. A irresponsabilidade da sociedade por deliberação nula ou abusiva da Assembléia Geral — 17. Conclusão — 18. Obras citadas.

1. A teoria *ultra vires*, no campo societário é de origem anglo-saxônica e não obstante, hoje, se encontre bastante abalada, não só pela amplitude interpretativa como pela corrente organicista, ainda possui seu valor, sobretudo no âmbito das sociedades por ações.

2. Liga-se essa doutrina estreitamente aos limites impostos à sociedade pela cláusula do objeto social. Daí que a descrição do objeto social é da maior importância, pois parte-se da idéia de que a sociedade existe apenas para a realização do objeto social e sendo perigosos os atos que o violam, tanto para os acionistas como para os credores, devem ser declarados nulos por terem sido praticados *ultra vires*.

“When an act is performed or a transaction carried out which through legal in itself, is not authorized by the objects clause in the memorandum of association, it is said to be “*ultra vires*” the company. (*Charlesmorth's Company Law*, Londres, 7.<sup>a</sup> ed., p. 18, 1960)”.

3. Contudo, como advertem os autores, a doutrina tem sido alvo de várias confusões, e nesse sentido mostra André Tunc<sup>1</sup> a confusão que ocorre por se recorrer a ela, freqüentemente, em caso de excesso de poder de um órgão da sociedade agindo dentro dos limites do objeto social; trata-se portanto de uma questão diferente: de *poder* (*authority*) e não de capacidade (*capacity*). E o mesmo autor explica-lhe a origem e os problemas: A doutrina *ultra vires* só apareceu tarde no Direito inglês; no início do Século XVII, uma decisão afirmava — ao contrário pois da doutrina atual — que a pessoa jurídica (uma sociedade criada por Carta Real) possuía capacidade igual a de uma pessoa física, na medida em que ela pudesse materialmente exercer seus atributos. Também não se desenvolveu a doutrina em relação à sociedade em nome coletivo (*partnership*) pois pelo menos o sócio que concedia os seus poderes ficava responsável. Ela só apareceu com a sociedade moderna na qual a responsabilidade dos sócios é limitada e em que a personalidade jurídica resulta de um simples

1. Seguimos aqui a narração de André Tunc — *Le Droit Anglais des Sociétés Anonyme*, Ed. Paris, 1971, ns. 33 e segs.

registro. É em 1885 que se afirma — com base numa doutrina bem concebida — que uma sociedade constituída para um objetivo determinado não pode dispor de seus fundos para outro objetivo, por mais desejável que possa parecer. Foi assim que vigeu durante cerca de vinte anos a idéia de que o consentimento unânime dos sócios pudesse ratificar um ato fora do objeto social e que uma pessoa jurídica tem plena capacidade salvo na medida em que o legislador a restringiu de modo expresso ou ao menos incontestável. Mas, mesmo esta idéia não pode impedir por muito tempo a doutrina de avançar, pois que a Lei de 1862 afirmava expressamente que, salvo duas exceções, o *memorandum* vincula definitivamente a sociedade. A doutrina foi finalmente firmada por uma decisão da Câmara dos Lords, em 1875. Os diretores de uma sociedade de mecânica e negócios gerais pretenderam que a sociedade financiasse a construção de uma estrada de ferro na Bélgica, o que não se enquadrava no contrato social e parece que já haviam até aprovado o contrato. Entretanto, a sociedade contestou sua validade e em primeira instância discutiu-se apenas a questão de fato de uma ratificação unânime, sem questionar o próprio valor de tal ratificação. Este ponto só foi levantado em apelação, e acarretou uma divisão da Corte. Foi a Câmara dos Lords que, unanimemente, afirmou que a ratificação era ineficaz pois que o contrato não se enquadrava no objeto social. Os Tribunais precisaram mais tarde que a regra deveria ser aplicada razoavelmente e o que fosse acessório do objeto, expressamente enunciado seria válido salvo exclusão formal; em contrapartida a regra se estendeu a toda limitação da atividade social quer figurando na cláusula do objeto, ou mesmo em outras cláusulas.

A aplicação de regra da *ultra vires* despertou uma série de problemas e continua sendo objeto de inúmeras decisões judiciais. Como diz o Prof. Gower ela é salutar nas suas intenções e pode ser em certa medida quanto aos seus resultados. Tanto que impediu o tráfico dos registros, evitou que aquele que comprou ações de minas de ouro se tornasse acionista de uma casa de peixes fritos, e protegeu os credores das sociedades contra a dispersão do ativo em empresas imprevistas.

Por outro lado, ela apresenta inconvenientes, como diz o mesmo Prof. Gower, pois para quem emprestou dinheiro a uma sociedade, através de um mútuo posteriormente julgado *ultra vires*, é uma fraca consolação pensar que ele se sacrificou em benefício dos demais credores. De outra parte sempre foi manifesto — o que continua a ocorrer cada vez mais intensamente — que as sociedades têm necessidade de expandir suas atividades, de se diversificar, etc. A regra assim pode ser freqüentemente incômoda e a prática vem se esforçando em atenuá-la. Já que o legislador entende pela cláusula-objeto o enunciado de um objeto preciso, diz-se que será *intra vires* tudo o que for acessório para a consecução desse objeto (toda uma série de precedentes especifica hoje o que se considera *intra vires* nas diversas atividades) e assim os que redigem os *memoranda* julgaram prudente não somente enunciar todos os atos acessórios ao objeto social que são válidos, mas também prever todas as atividades que poderão, um dia, parecer interessante aos diretores. Encontram-se, assim, normalmente, cláusulas de objeto que enunciam cerca de vinte ou trinta itens.<sup>2</sup> Como constatou o Prof. Gower a mina de ouro atual tem boas chances de se

2. Aliás, como vem ocorrendo hoje entre nós, para evitar o direito de recesso, face à disciplina da Lei 6.404/76, como veremos.

converter num mercado de fritas e “um número impressionante de sociedades constituídas há muito tempo estão hoje expressamente autorizadas a vender lâmpadas”. Os Tribunais não têm defendido a cláusula com o devido rigor, tanto que a Corte de Apelação, por exemplo, em 1966, admitiu cláusula permitindo a uma sociedade exercer “toda atividade qualquer que seja, desde que na opinião do Conselho de Administração possa ser exercida vantajosamente pela sociedade em relação a qualquer um dos objetos mencionados ou com seu objeto geral ou acessoriamente”; reconheceu assim um poder arbitrário do Conselho para decidir sobre a atividade social, desde que o poder fosse exercido de boa fé. Anteriormente, os Tribunais haviam decidido que os poderes gerais figurando na cláusula após a enunciação de um objeto preciso deveriam ser interpretados como atribuídos somente para a realização desse objeto. Mas na prática reagiu-se, escrevendo-se no fim da cláusula que os poderes ali constantes deveriam ser considerados como independentes uns dos outros e a Corte de Apelação em 1918, admitiu que o poder de subscrever títulos permite a uma sociedade de borracha subscrever uma parte da emissão de ações de uma companhia petrolífera. Mais recentemente, em 1969, decidiu também que um poder, por vezes, por sua própria natureza, estaria subordinado ao objeto social e que o poder de emprestar não poderia se admitir senão para a realização de um negócio compreendido no objeto social.

4. Gervasio R. Colombres<sup>3</sup> estudando a doutrina da *ultra vires* para ajustá-la às sociedades anônimas argentinas a entende como designando “um sistema jurídico de âmbito variável na doutrina e no direito positivo, podendo, no entanto na sua mais ampla aplicação, ser caracterizada, dizendo-se que a atividade indicada no ato constitutivo representa um limite não somente ao poder dos administradores, mas também à capacidade da sociedade, determinando em conseqüência que os atos estranhos ao objeto social são insanavelmente nulos, mesmo quando hajam sido deliberados por decisão unânime dos sócios. O conceito amplo ambivalente de *ultra vires* compreende as duas fases em que atualmente deve ser considerado o tema: atos *ultra vires* para a sociedade e atos *intra vires* para ela, mas *ultra vires* para os seus órgãos. Não obstante esta derivação da *ultra vires* para o organicismo — manifestada primeiro na Inglaterra e caracterizada sobretudo nos Estados Unidos — cabe recordar que a apresentação clássica da teoria nos conduz ao objeto (*purposes, object clause*). O essencial da doutrina consiste, pois, em sustentar que da atribuição de uma “personalidade jurídica” não deriva uma imputabilidade diferenciada geral, mas, pelo contrário, e em razão da específica natureza que ela reveste como “pessoa jurídica”, uma imputabilidade própria e circunscrita à atividade para que foi constituída e para a qual, precisamente, reconheceu o ordenamento jurídico uma específica titularidade de direitos e obrigações. A relação personalidade-objeto resulta tão íntima, tão condicionada que essa ligação estruturante não pode permanecer desvirtuada nem sequer quando uma assembléia unânime ratifique um vínculo jurídico constituído em transcendência, em *ultra vires* do objeto social. O argumento não se apresentou contudo como aplicação de uma abstração teórica a que está pouco inclinado o jurista inglês, mas para o cumprimento de uma medida de proteção devida ao acionista perante o poder dos administradores.

3. *Curso de Derecho Societario*, ed. Buenos Aires, 1972, pp. 105 e segs.

5. Por seu turno Ballantine (*On Corporations*, Ed. Rensada, Chicago, 1946, pp. 240 e segs.) explica também a situação existente hoje nos Estados Unidos, onde embora bastante atenuada, vem causando uma série de confusões. Assim diz Ballantine "we now seek to ascertain the binding effect, if any, of contracts or transfers made on behalf of a corporation which are foreign to its authorized business. Such transactions are customarily said to be *ultra vires*, or "beyond its powers". Transactions which are related to its purposes are said to be *intra vires*, or within its powers. It is difficult if not impossible to discuss the law clearly in these terms. The expression *ultra vires* has been used by courts and by writers in various meanings resulting in much confusion. It is indeed unfortunate to use terms which include some question-begging theory, as to say that *ultra vires* signifies what is absolutely beyond the capacity of a corporation to transact. What is the effect of violating restrictions on the scope of the authorized business and who is entitled to object and when, are questions on which the authorities greatly differ.

Such corporate transactions as are forbidden by statute or by common law on grounds of public policy, as for example the purchase by a corporation of its own shares under certain circumstances, or the delegation of the management of the business to a partner, should not be dealt with in terms of "powers" or *ultra vires*. They are governed by rules based on the policy applicable to some particular problem. As Blackburn, J., said in an English case, "I think it very unfortunate that the same phrase of *ultra vires* has been used to express both an excess of authority, as against the shareholders and the doing of an act illegal as being *malum prohibitum*: for the two things are substantially different". The mischievous doctrine of *ultra vires* has long been in almost hopeless confusion. Statutory provisions in a number of states have now been enacted to limit or abolish it. The practical basis and working of the common law rules evolved by the courts were not duly considered. It is important therefore to discover, if possible, the true grounds of this defense and confine it to the actual interests which need to be protected. We shall find that the supposed interests of the shareholders have been given exaggerated regard over those of third persons who have dealt with the corporation or its representatives. Under some modern statutes the defense cannot be set up by or against the corporation to invalidate its dealings with third persons, particularly those who have dealt with the corporate representatives in good faith. It is a question of policy upon whom the burden of loss should fall as between innocent shareholders and outsiders when the highest corporate officers have led their persons to rely on what appear to be corporate undertakings".

6. Já Jean Chamboulive (*La Direction des Sociétés par Actions aux États-Unis d'Amérique*, ed. Paris, 1964, n. 107, pp. 76 e segs.) constata que embora a teoria da *ultra vires* não tenha hoje um papel tão importante face as numerosas disposições legislativas que a atenuaram e diminuiram as dificuldades jurídicas da sua interpretação muito restrita por certos tribunais, ainda constitui um limite aos poderes do Conselho de Administração.

Durante todo o período da era colonial e até a metade do Séc. XIX, as sociedades eram criadas por um ato legislativo emanado do Estado, pelo qual eram incorporadas e podiam exercer suas atividades. A carta que as criava definia de maneira precisa e sem equívocos o objeto ou objetos das sociedades e os poderes necessários para realizá-los de tal sorte que todos sabiam claramente

como agir nesse campo. No exercício das funções que lhes competiam em virtude do seu mandato, os administradores tinham seus poderes limitados pelos próprios termos do instrumento emanado do poder legislativo. Mas, com a evolução dos tempos, as leis gerais de incorporação das sociedades tomaram o lugar das leis particulares que estão hoje proibidas pela legislação da maioria dos Estados. Pelo direito atual, o poder público somente intervém para sancionar e oficializar o acordo de vontade das partes. Este acordo se traduz sob a forma de estatutos registrados que enumeram os poderes necessários à realização de um ou mais objetivos que são fixados pelos fundadores da sociedade e esta enumeração limita os poderes do Conselho de Administração. Contudo, mesmo quando não são expressamente mencionados nos estatutos, certos poderes são considerados como necessários e complementares desde que se possa razoavelmente relacioná-los com o objeto principal da sociedade: é o caso principalmente do poder de contratar, de comprar ou de vender bens imóveis, de onerar a sociedade, etc. Estes poderes implicitamente reconhecidos quando não figuram nos estatutos, responsabilizam a sociedade da mesma forma que aqueles mencionados expressamente. Nem sempre porém foi assim. Durante muito tempo considerou-se que todo ato ou contrato de um administrador que ultrapassasse os limites dos poderes sociais contidos nos *by laws* e nos estatutos, eram *ultra vires*. Não obstante, perfeitamente lícitos em si mesmo, não eram de molde a responsabilizar a sociedade. Tomemos um exemplo ilustrativo: o administrador de uma empresa florestal adquiria um navio de carga por conta da empresa. Se houvesse cláusula estatutária autorizando a aquisição de todos os materiais destinados ao transporte de madeira, o ato seria regular e produziria todos os seus efeitos, mesmo se pela distância das explorações florestais, essa compra fosse perfeitamente inútil. Em contrapartida, se o estatuto não contivesse nenhuma disposição a respeito, a compra responsabilizaria unicamente a pessoa do administrador porque não teria relação com objeto social; a sociedade se acionada pelo vendedor do navio ou pelo seu construtor poderia defender-se com a alegação de ato *ultra vires*. Por outro lado, os Tribunais a aplicavam também aos contratos ou convenções concluídos com violação das proibições ditadas no interesse geral. Hoje, esta interpretação foi rejeitada: considera-se, com efeito, que os atos ilícitos, como a venda de narcóticos ou a importação de mão-de-obra estrangeira são nulas de pleno direito como violadores de leis de ordem pública, sem a invocação da doutrina de *ultra vires*. Os Tribunais têm igualmente declarado *ultra vires* os contratos concluídos por um administrador em nome da sociedade, mas fora dos poderes que foram conferidos, com um terceiro de boa fé, baseando-se no fato que os estatutos foram publicados regularmente e assim os terceiros deveriam conhecê-los, e que não poderá alegar sua ignorância para obrigar a sociedade a cumprir as obrigações assumidas em seu nome. Esta interpretação foi igualmente muito criticada pela Doutrina, e os Tribunais a rejeitaram.

A doutrina *ultra vires* foi elaborada para defender os interesses dos acionistas.<sup>4</sup> Os poderes enumerados pelo estatuto e os poderes reconhecidos impli-

4. Ballantine, como vimos, entende que os interesses dos acionistas não exigem tanta proteção. Fábio Konder Comparato (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 306, n. 118) entende a doutrina *ultra vires* no *common law*, como limite à ação do controlador, tendo sido "organizada preferencialmente, em torno da proibição da prática de atos extravagantes do objeto social, entendido como definição da capacidade da pessoa jurídica (*ultra vires*)".

citamente são aqueles que os acionistas confiaram ao Conselho de Administração e só. Eles têm pois o direito de esperar que não sejam ultrapassados e a sociedade não seja responsabilizada por atos sem relação com o objeto para a qual ela foi fundada. Os terceiros que contratam com os administradores agindo em nome da sociedade estão no mesmo caso. Se em rigor é possível opor-lhes os estatutos que estão sujeitos à publicidade, não ocorre o mesmo com os *by laws* que regulam parte ou a totalidade dos poderes do Conselho e que geralmente não são publicados, razão pela qual não se lhes pode exigir que conheçam todas as limitações impostas à ação dos administradores. Por outro lado eles têm a obrigação de confiar nos representantes da sociedade e se a sociedade é traída podem, da mesma forma que os acionistas não só pleitear a anulação dos atos *ultra vires*, como responsabilizar o membro do Conselho culpado de desvio de poder.

Atualmente, os juristas norte-americanos redigem as disposições dos estatutos e dos *by laws* relativas ao objeto social e aos poderes do Conselho de Administração em termos os mais gerais para evitar que os administradores pratiquem atos *ultra vires*. Por outro lado, como os administradores são pessoalmente responsáveis pelos contratos que ultrapassam seus poderes, eles preferem se limitar a prática estrita daqueles atos a que estão autorizados. Quando têm dúvida sobre a natureza de um determinado ato, solicitam aos acionistas — para quem a *ultra vires* foi concebida — a autorização para realizá-lo. As diferentes legislações têm seguido os ensinamentos da Doutrina e da Jurisprudência. Assim, Vermont promulgou uma Lei em 1915, segundo a qual qualquer ato concluído por conta de uma sociedade com a autorização do Conselho de Administração, deve ser considerado como ato da sociedade e não pode ser declarado *ultra vires*, mesmo se ultrapassa os poderes conferidos ao Conselho.

O Modern Business Corporation Act, § 11-1, vai ainda mais longe ao estipular de um lado que as disposições dos estatutos ou dos *by laws* não são oponíveis a terceiros, e de outro, que os poderes das sociedades e conseqüentemente dos administradores são gerais e só sofrem as restrições estipuladas no interesse geral. Estas disposições foram adotadas pela legislação de inúmeros Estados. Na Califórnia, por exemplo, é proibido à sociedade opor aos terceiros as limitações impostas aos poderes do Conselho, pelos estatutos.

Interessante a propósito é a observação de Alfred F. Conard (*Corporations in Perspective*, N. York, 1976, pp. 32/3), sobre o título: *A Empresa Errante; A Teoria da "Ultra Vires"*, em que ressalta a respeito do seu emprego nos Estados Unidos:

“Os Códigos antigos de corporação (e os que os executavam) exigiam artigos de incorporação bem específicos sobre os negócios que a corporação se propunha realizar. Se a corporação fosse uma ferrovia, a palavra, deveria ser expressa sem equívocos.

Todavia as circunstâncias sempre acarretaram mudanças nos planos de negócios imperativos ou desejáveis, e o empresário prático que dirigia a corporação normalmente lançava suas vendas aos ares. Enquanto tudo corria bem ninguém reclamava mas quando as coisas iam mal com certeza alguém lembraria que a corporação tinha se desviado do seu objetivo original.

As legislações eram normalmente bem positivas sobre a essencialidade da declaração dos incorporadores e sua finalidade, mas quase nunca diziam nada

se a empresa dela se extraviasse. Quando essa mistura confusa era apresentada aos juizes, muitos encontravam uma saída fácil, através da alegação de que o que foi feito errado não foi feito; era *ultra vires*.

Muitas vezes a ridícula conseqüência era recompensar o transgressor pela isenção do pagamento. Este pedaço de futilidade judicial, foi tolerado na Inglaterra até 1972, quando seu abandono foi imposto pelas regras da comunidade européia. Nos Estados Unidos, ela foi primeiramente atenuada pelo conflito de opiniões de uma mais prática, embora menos lógica concepção; mas hoje, virtualmente todas as legislações dispuseram soluções mais sensatas e livraram os juizes de tatear no escuro!"

7. Já, Gianluca La Villa,<sup>5</sup> ao estudar a evolução do objeto social, não atribui maior importância ao tipo de sanção aplicável aos ditos *ultra vires* na sua conotação histórica. É que observa: "A nostro avviso però occorrere riconoscere che, sebbene oggi la teoria dell' *ultra vires* significhi nullità dell'atto *ultra vires*, non per questo può negarsi che tale conclusione sia il culmine di un lungo processo storico, assai risalente nel tempo, a molto prima del 1844, per cui non si può fissare una data precisa, ma il cui connotato caratteristico é l'affermazione in talune epoche mera proporzione dottrinale, in altre e successive falta diritto vigente, che l'atto compito dalla *corporation*, per uno scopo diverso da quello per cui fu costituito sia da riguardarsi con sfavore dall'ordinamento giuridico.

Che la sanzione consista nella ineficácia, nelle nullità, nella annullabilità, poco importa: i problemi di *sanzione*, comme tali, sono variamente risolvibili a secondo del particolare momento storico che si considera, e sarebbe grave errore procedere all'analisi storica cercando di ritrovare nel passato gli stessi elementi e gli stessi connotati che caratterizzano nel momento attuale un istituto, e usare tale criterio como esclusivo paradigma di giudizio; ma la rilevanza storico-giuridica dell'esigenza di tutelare l'o.s. non vine meno pur nella varietà delle formule delle sanzioni".

8. A doutrina européia-continental não conheceu a doutrina *ultra vires*. A concepção a bem dizer orgânica do objeto social como limite da atividade da sociedade, vinha integrada no próprio conceito de sociedade e no mandato, não acarretando o aparecimento da expressão objeto social<sup>6</sup> que só irá surgir contemporaneamente.

Na França as Ordenações do Comércio Terrestre de 1673, silenciavam a respeito, passando posteriormente o objeto social a ser mencionado tanto no Código Civil de 1804, como no Comercial de 1807, adquirindo assim um papel importante tanto estruturalmente e como limite da atividade social (funcional).

Na Itália, também em parte pela influência dos códigos franceses, a noção de objeto social foi inserida primeiramente no Código Civil do Reino da Sardenha de 1837 e no Código Comercial Albertino de 1842, posteriormente nos Códigos civis e comerciais do Reino da Itália, de 1865 e por fim no último Código Comercial de 1882.<sup>7</sup>

5. *L'Oggetto Sociale*, ed. Milão, 1974, pp. 32-33.

6. Sobre a origem e significados da expressão objeto social, cf. Gianluca La Villa, ob. cit., pp. 33 e segs.

7. Cf., Gianluca La Villa, ob. cit., pp. 35-37.

Segundo o mesmo Gianluca La Villa, na evolução histórica do objeto social, são de se destacar os seguintes pontos:

a) Se a *noção formal* de objeto social é recente e nasceu para indicar a empresa, primeiro na *praxis* estatutária e na linguagem comum do que na linguagem legislativa — e portanto, antes da formulação da teoria do objeto do contrato — a *noção substancial* ao invés possui uma história muito antiga.

b) A existência da delimitação da atividade social dentro de limites restritos, conquanto não tivesse sentido na forma primitiva das sociedades medievais de caráter familiar e compreensiva do patrimônio familiar na sua totalidade, começou a se fazer sentir com a especificação de um ramo particular da atividade nas primeiras verdadeiras sociedades comerciais e a se exprimir dinamicamente com base na teoria do mandato.

E se na sociedade pessoal o uso impôs a adoção da razão social nas relações com terceiros, não era contudo elemento necessário e suficiente para que o ato fosse imputável à sociedade e aos outros sócios; ocorrendo ademais que o ato fosse referível materialmente à atividade social. Esse princípio afirmou-se de modo particular durante os séculos XVII e XVIII e foi recebido pela Jurisprudência relativa as Ordenações de Comércio de 1673 e posteriormente no Código Napoleônico.

c) No que toca especificamente à sociedade por ações, se nas companhias de comércio a delimitação da atividade era puramente formal, dada a amplitude de seus fins, já nas verdadeiras sociedades por ações, passa a ser adotado como instrumento da iniciativa econômica, e desenvolve-se tornando-se determinante a vontade dos sócios, a noção de objeto social caracteriza sempre melhor o âmbito dos poderes dos administradores.

Em algumas legislações, como a inglesa, chega-se a declarar nulos, por exigência de tutela dos interesses dos sócios e ao mesmo tempo do interesse público, os atos não compreendidos na atividade social e destinados a fins outros; quer dizer, o respeito ao objeto institucional expresso do ente coletivo, enquanto num primeiro momento refere-se exclusivamente ao interesse público, o da Coroa que criou a pessoa jurídica para certos fins e perante a qual somente a ela respondem os administradores, a seguir, pela evolução histórica, atinge os interesses dos sócios e dos credores sociais e, em certas espécies de sociedades, também o interesse público no cumprimento daquela atividade de interesse geral atribuída à sociedade como objetivo.

d) É óbvio pois que, enquanto a mencionada exigência do respeito ao objeto social exprime uma *constante histórica do direito das sociedades*, não é sempre igual a *sanção*, elemento formal por sua natureza dependente de evolução histórica e por isso mutável, variado e não suscetível de condicionar o valor intrínseco do princípio.

9. No Brasil, o nosso Código Comercial de 1850, além de ferir de nulidade no art. 129, 2, os contratos “que recaírem sobre objetos proibidos pela lei ou cujo uso ou fim for manifestamente ofensivo da sã moral e bons costumes”, ainda exigia a designação específica do objeto social (art. 302, 4) como elemento

particular do contrato de sociedade. Aliás, tal especificação era para J. X. Carvalho de Mendonça indispensável para a existência da sociedade.<sup>8</sup>

O objeto social era pois exigido tendo em vista três ordens de considerações:

- 1) para caracterizar a licitude (art. 129, 2 e art. 287 do CCom.);
- 2) para caracterizar a sociedade como comercial;
- 3) para a delimitação das atividades das sociedades e conseqüentemente a competência (poderes) dos administradores e dos sócios.

Quanto a este último cabe realçar o disposto no art. 331 do CCom. vedando à maioria dos sócios praticar "operações diversas das convencionadas no contrato, sem o consentimento unânime de todos os sócios".

Por outro lado, o art. 333 estipula também a vedação ao sócio, sem consentimento por escrito dos outros sócios, "aplicar os fundos ou efeitos da sociedade para negócio ou uso de conta própria ou de terceiro, será obrigado a entrar para a massa comum com todos os lucros resultantes; e se houver perdas ou danos serão estes por sua conta particular, além do procedimento criminal que possa ter lugar (art. 316)."

10. No que toca às sociedades anônimas o art. 2.º do Decreto 434, de 4.7.1891 — para não nos alongarmos na notícia histórica — exigia também a licitude do objeto, como observava a propósito J. X. Carvalho de Mendonça:

"A sociedade anônima pode ter por objeto qualquer indústria, empresa ou serviço de natureza civil ou comercial, desde que não seja contrário à lei, à moral e aos bons costumes.

Em o n. 527, supra, falamos do objeto lícito das sociedades em geral, sendo aqui aplicável o que ficou explicado.

Pode a sociedade anônima ser fundada, também, para fins religiosos, morais, científicos ou de simples recreio.

É de necessidade especializar, ou melhor, limitar rigorosamente o objeto da sociedade. Esse será o objeto-essencial, na frase do art. 128, 2.ª alínea, do Decreto n. 434, de 4 de julho de 1891. Isso não quer dizer que seja vedada a acumulação de diferentes espécies de negócio.

Durante a existência da sociedade é inalterável o seu objeto.

A experiência e as conveniências aconselham, não raro, a ampliação ou a restrição do objeto definido nos estatutos ou no contrato social; no primeiro caso, por exemplo, para acréscimo de novos ramos da exploração mercantil ou industrial a cargo da sociedade, para outra organização comercial mais extensa, para aquisição de empresas idênticas, etc.; no segundo caso, para que a sociedade tenha objetivo mais modesto. Tudo isso é permitido, visto que se não trata de

8. "Por meio dessa declaração, os contratantes estabelecem o negócio, cujo exercício a sociedade conduzirá por sua conta e em seu nome (n. 514, supra). A lei não exige a enumeração ou indicação taxativa de cada uma das operações a cargo da sociedade, mas a designação específica do objeto da sociedade. Pode, portanto, dizer-se no contrato social: "A sociedade tem por objeto exercer o comércio de navegação e quaisquer outras operações que com ele têm relação". O contrato social que dissesse: "A sociedade tem por objeto atos de comércio", não seria válido" (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. III, n. 7, p. 124).

mudar ou transformar o objeto da sociedade, porém, simplesmente, de estendê-lo ou restringi-lo. A lei condena a substituição radical do programa antigo, que serviu de base à constituição da sociedade e que, de ordinário, lhe dá o nome. A sociedade fundada para operações bancárias não pode passar a ter por objeto a construção e exploração de estradas de ferro.

Para a substituição do objeto essencial, a sociedade precisa ser dissolvida, a fim de, com os seus elementos constituir-se outra. Isso quer dizer que é mister o consenso unânime dos acionistas" (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. III, ns. 885/886, pp. 290-291).

11. Na vigência do Decreto 2.627/1940, admitiu-se a mudança do objeto social (art. 106, *d*) com a contrapartida do direito de retirada ao acionista dissidente.

Na relação *objeto-poderes dos administradores*, já se entendia com Trajano M. Valverde<sup>9</sup> que "o objeto da sociedade limita, em regra, os poderes dos administradores. A sociedade com efeito, não é responsável por atos ou operações estranhos ao seu objeto praticado pelos diretores" que inclusive acenava para a doutrina *ultra vires*.

12. A recente Lei 6.404/76 que derogou o Decreto 2.627/1940, veio implantar novo regime legal às sociedades por ações. A "Exposição de Motivos" do Projeto assinalava "a exigência de definição estatutária precisa e completa do objeto social, para cuja consecução se associavam os acionistas de modo a limitar a área de discricionariedade dos administradores e da maioria e facilitar a caracterização do abuso do poder".

Rubens Requião,<sup>10</sup> além de assinalar que no Direito brasileiro não se estudou devidamente a teoria *ultra vires*, critica a lei quanto a sua orientação, pois, diz o mestre paranaense: "Mas, se assim pretendeu, não tirou o anteprojeto, nem quando convertido na atual lei, todas as conseqüências da teoria do objeto social. Embora responsabilizando o administrador quando proceder "com violação da lei ou do estatuto" — e a violação do objeto social constitui evidentemente uma violação do estatuto — não resolveu o problema quanto à legalidade do ato praticado. Embora, em sugestões ao Senado Federal, formulássemos *emenda* a respeito, quando por lá se discutia o Projeto, não foi ela lamentavelmente acolhida. Por isso, expomos aqui os traços lineares da *teoria ultra vires*, constituída pela jurisprudência inglesa e norte-americana, precisamente a partir da prática de ato administrativo que ultrapasse os limites do objeto social". E conclui o seu estudo sobre a questão, afirmando: "Não cuidou a lei dos efeitos do ato *ultra vires*. Apenas responsabilizou os administradores pelos atos praticados "com violação da lei ou do estatuto". Sobre a validade desses atos silenciou. Debalde apresentamos sugestão de que se definisse na lei a invalidade dos atos *ultra vires* quando prejudiciais à sociedade, admitindo-se sua ratificação pela assembléia geral quando fossem não-prejudiciais ou vantajosos.

A jurisprudência de nossos tribunais, até hoje, é escassa sobre a matéria. Uma ou outra vez, detectamos indícios de doutrina em raros julgados, como o proferido pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou que "a firma social não

9. *Sociedades por Ações*, 2.ª ed., 1953, vol. I, n. 32, p. 75.

10. *Curso de Direito Comercial*, 8.ª ed., 1977, vol. 2.º, pp. 184 e segs.

se obriga perante terceiros pelos compromissos tomados em negócios estranhos à sociedade" (RE. 361, *Jurispr. STF*, vol. I, p. 217; RE. 68.104, de 23.9.1969)".

13. Cabe observar ademais que a validade de atos *ultra vires* em relação à sociedade, tem sido admitida, com base na teoria da *aparência*,<sup>11</sup> isto é evidente, no concernente a terceiros.

Ora, se a sociedade responde pelos atos de seus administradores praticados *ultra vires*, com supedâneo na teoria da aparência — a questão da validade foi descartada, substituída pela questão da responsabilidade perante à companhia do administrador faltoso. A sociedade responde perante terceiros; o administrador responde perante à sociedade e assim nada há de prejudicial ao acionista.

Mas, a questão não se exaure nessa singela construção. Se os administradores (ou controladores por via destes) enveredarem por práticas *ultra vires* temerárias, como fica o acionista? Volta-se à hipótese levantada por Gower do acionista que ingressou numa Companhia de Mineração e acaba sendo membro de uma lanchonete de "peixes fritos"!

Remanesce pois a questão de se saber se é ou não permitida a prática de atos *ultra vires*. Se o contrato social (estatuto) é, nas sociedades limitadas, alterável pela maioria (não mais se exigindo a unanimidade), não obstante a exigência eventual de *quorum* qualificado, não há como se admitir a prática de atos *ultra vires* de vez que sempre se poderá antes de praticá-los, alterar o objeto social. A proteção ao acionista — que talvez não seja a melhor; mas é a que foi prevista — é a do direito de retirada.

Perante, pois, tal mecanismo disciplinado pela lei, não haveria justificativa para se aceitar a validade de atos *ultra vires*, benéficos ou não, praticados de boa ou má-fé, razoáveis ou não. A *relação objeto social* — *alteração estatutária* flexível como foi consagrada na lei, e a *relação alteração estatutária* — *direito de retirada*, como proteção ao acionista divergente, obviamente, desautorizam a admissão da validade de atos fora ou contra o objeto social, não sendo admissível possam de um lado responsabilizar a sociedade e de outro desvirtuá-la em relação às atividades para que foi criada; insubstituível pela efetivação da responsabilidade dos faltosos.

A propósito, o Projeto do Código Civil, em trâmite no Congresso, (Projeto 634/75), dispõe no tocante às sociedades simples:

"Art. 1.052, § único: O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros, se ocorrer pelo menos a uma das seguintes hipóteses:

a) Se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;

b) Provando-se que era conhecida do terceiro;

c) Tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios sociais."

14. É nessa linha de raciocínio que se pode examinar os dispositivos da Lei 6.404/76 a respeito.

O art. 2.º da Lei estipula que pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

11. "Aparência do Direito", Orlando Gomes, *Transformações Gerais no Direito das Obrigações*, Ed. Revista dos Tribunais, 1967.

Exige, pois de um lado, a sua *licitude*; de outro o *fim lucrativo*, caracterizando, a sociedade anônima como essencialmente comercial (aliás, de acordo com o disposto no § 1.º do artigo) e finalmente refere-se à *empresa*. Quanto ao uso desta expressão, claro é que se deverá entendê-la referida ao *perfil funcional* (na acepção de Asquini), portanto, como *atividade*.

E no § 2.º do mesmo artigo, exige-se que o *objeto* seja definido de *modo preciso e completo*,<sup>12</sup> no estatuto social, o que se liga estreitamente, à concessão do *direito de recesso* previsto, no art. 109, V, art. 137, e art. 136, V, este referindo-se expressamente à *mudança de objeto da companhia*. E justamente porque se exige a definição *precisa e completa* do objeto social, é que se deve entender como geradora do direito de recesso, qualquer alteração, e não só a sua mudança total.

Também é de se notar, que por força da obrigatoriedade da designação precisa e completa do objeto, perdeu a razão de ser — que, na prática, aliás, de há muito desaparecera — a relação identificadora *denominação-objeto*, exigida pelo Decreto-lei 2.627/1940, e sobre a qual silenciou a lei atual, e que ainda remanesce difusamente no disposto no art. 4.º, do Decreto 916, de 24.10.1890<sup>13</sup> e no Decreto 3.708, de 10.1.1919, art. 3.º, § 1.º.

A maioria qualificada (art. 136, V) pode efetuar mudanças no objeto social, o que gera, como vimos, em contrapartida, o direito de recesso do acionista ou sócio discordante.

De lembrar também, que basicamente, o único caso de exigência do consentimento unânime imposto pela Lei, é na *transformação* — a qual, pode ou não incidir sobre o objeto social — e assim mesmo, atenuado, em dois casos: 1) nas companhias ou no contrato social em que for prevista expressamente a possibilidade de *transformação* da sociedade, atribui-se o direito de recesso ao sócio/acionista dissidente; 2) podem, os sócios, no contrato social, *renunciar* ao direito de retirada, no caso de transformação da sociedade, em companhia, afora é claro os atos *ultra vires*, previsto no art. 331 do CCom.

Os administradores, por seu turno, respondem perante à Companhia, por *desvio do poder* (art. 154), sendo vedada sua participação quando haja *conflito de interesses* (art. 156), e são pessoalmente responsáveis pelos atos *violadores da lei ou do estatuto* (art. 158, II) situando-se aqui com mais intensidade a possibilidade de desviar-se do objeto social.

15. Problema que se coloca é o se a Assembléia Geral pode convalidar atos praticados pelos administradores fora do *objeto social*, dada inclusive a amplitude do poder conferido a Assembléia Geral, pela lei, a qual “tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento” (art. 121).

12. O Decreto 57.681 de 19.1.1966 que regulamentou a Lei 4.726, de 13.7.1965, esclareceu que: “Considera-se declarado com precisão e detalhe, salvo casos especiais, o objeto da empresa que indicar o gênero, a espécie e o local de sua exploração (art. 64, § 1.º).

De lembrar também o disposto na alínea *a*, art. 72, da Lei 4.137, de 10.11.1962, que determina que o registro de comércio não poderá arquivar contratos sociais em que não conste a “declaração precisa e detalhada do seu objeto”.

13. “Art. 4.º — As companhias anônimas designar-se-ão por uma denominação particular ou pela indicação de seu objeto, não lhes sendo permitido ter firma ou razão social nem incluir na designação o nome por extenso ou abreviado de um acionista”.

Parece-nos, contudo, ao teor do próprio art. 121, que não; pois, primeiro, os poderes conferidos à Assembléia Geral circunscrevem-se ao *objeto* (que deve ser definido de modo preciso e completo) e segundo, porque a lei estabeleceu formalidades especiais para a *mudança do objeto social* (art. 136, V). Logo, a ratificação de atos praticados fora do *objeto social* constituiria uma alteração social *a posteriori* (e até eventualmente sem observância das formalidades específicas impostas pela Lei) e que poderia ter como efeito, fraudar o direito de recesso outorgado ao acionista dissidente.

Não parece assim que mesmo invocando a Assembléia Geral o seu poder de tomar "as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento" pudesse ser admitida a resolução de convalidar atos praticados *ultra vires*, pois que iria ferir os direitos dos acionistas dissidentes, a não ser que fosse por unanimidade.

Dir-se-á, com o que concordamos, que na prática societária, há negócios fora do objeto social que devam ser realizados com urgência, no interesse da companhia e que por isso não comportariam o tempo necessário para a convocação da Assembléia Geral; também outros se situam numa zona cinzenta, e outros ainda discutíveis se compreendidos ou não no objeto social. Nestes casos, está-se sem dúvida, perante situação constrangedora, constituindo verdadeira *vexata quaestio*, e que foi resolvida, como vimos, no direito anglo-saxônico, pela aplicação dos princípios da boa-fé e da razoabilidade.

Nesse sentido, aproximativamente, a Lei 6.404/76, já acena para a exclusão da responsabilidade do administrador, (que genericamente tenha agido *intra* ou *ultra vires*), ao dispor no art. 159, § 6.º, que o juiz poderá reconhecê-la, se convencido de que o administrador agiu de boa fé e visando ao interesse da companhia.

Abre, contudo, essa solução, fonte de litígio, ficando-se perante um foco de insegurança, a ser resolvido de caso a caso.

Talvez, se devesse invocar para a hipótese, o princípio do *interesse social*, mas, também este se apresenta com laivos de insegurança, dada a excessiva generalização compreensiva da expressão. Aliás, já se tem visto ter sido invocado como justificador das mais espúreas iniciativas dos administradores e controladores.

Temos, pois, que face às dificuldades para a solução, com segurança e certeza, das últimas hipóteses levantadas, que o melhor fora a proibição genérica de tais atos, adotando-se em casos excepcionais em que ficassem provadas inquestionavelmente as vantagens para a sociedade, a sua ratificação pela Assembléia Geral e assim sua eventual convalidação.

Mas, mesmo assim, permanece a questão da proteção aos terceiros, que de um lado poderiam ver invalidado negócio praticado de boa-fé, julgando que estivesse entre os poderes dos administradores, de outro, porque poderiam ver desfalcada a garantia de seu crédito por desvios do objeto social, temerários.

Recentemente houve caso judicial, em que o controlador-presidente resolveu *dissolver* praticamente o patrimônio social, alugando as máquinas da empresa e decidindo que o seu resultado seria aplicado em um loteamento no litoral pau-

lista. Tal decisão *ultra vires* feria direitos de todos, acionistas, terceiros, credores, empregados, etc.

16. Posição original em tema que de certa forma esbarra com a questão em exame, é a de Arnaldo Wald ("Da Irresponsabilidade da Sociedade Anônima por Decisões Nulas ou Abusivas da Assembléia Geral", in, *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*, 2.ª série, Ed. Revista dos Tribunais, 1979, pp. 303 e segs.). Acentua o autor que "na realidade, em todos os países, os autores e os Tribunais rejeitam a responsabilidade civil da empresa por atos de Assembléia Geral, preferindo, conforme o caso, admitir, em tais hipóteses, a responsabilidade da diretoria que cumpriu a deliberação da maioria ou dos acionistas que votaram a favor da decisão ilegal ou irregular", propondo incluir no Código Civil disposição expressa, excluindo a responsabilidade da sociedade perante terceiros pelos danos causados, por deliberação nula ou abusiva da Assembléia Geral, salvo se em virtude da mesma, tiver obtido qualquer lucro ou vantagem.

Ora, se a deliberação da Assembléia Geral for *ultra vires*, ter-se-ia então, a não responsabilidade da sociedade perante terceiros. O que, obviamente, não é suficiente, pois embora excluindo a sociedade da responsabilidade pelos danos causados a terceiros, não resolveria a questão em relação aos acionistas.

17. Daí que insistimos pelo reconhecimento da invalidade das decisões e sua execução quando fora do objeto social, com o que se protegeriam a sociedade e os acionistas e se faria com que terceiros tomassem as cautelas necessárias ao contratar com sociedades personificadas, salvo ratificação unânime da Assembléia Geral.

A ratificação unânime só seria válida se não prejudicasse terceiro, a quem seria facultado invocar a teoria *ultra vires* para não ser prejudicado.

### Obras citadas:

- Ballantine, *On Corporations*, Ed. Rensada, Chicago, 1946.
- Chamboulive, Jean, "*La Direction des Sociétés par Actions aux États-Unis d'Amérique*", ed. Paris, 1964.
- Charlesmorth's Company Law*, Londres, 7.ª ed., 1960.
- Comparato, Fábio K. — *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1975.
- Colombres, Gervasio R., *Curso de Derecho Societario*, ed. Buenos Aires, 1972.
- Conard, Alfred F., *Corporations in Perspective*, N. York, 1976.
- Mendonça, J. X. Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. III.
- Requião, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, 8.ª ed., 1977.
- Valverde, Trajano de Miranda, *Sociedades por Ações*, 2.ª ed., 1953.
- Villa, Gianluca La, *L'Oggetto Sociale*, Ed. Milão, 1974.
- Tunc, André, *Le Droit Anglais des Sociétés Anonymes*, ed. Paris, 1971.
- Wald, Arnaldo, "Da Irresponsabilidade da Sociedade Anônima por Decisões Nulas ou Abusivas da Assembléia Geral", in, *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*, 2.ª série, Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

Alte schimbări de direcție a de schimbare de direcție de mla regiunea  
Lucea a Lei 3,400, de 27 4 18 — Termu înclat.

Termu înclat de mla regiunea — Calitatea a dragăia de mla regiunea  
Lucea a Lei 3,400, de 27 4 18 — Termu înclat.

### PLAȚIND

Termu înclat de mla regiunea de mla regiunea de mla regiunea de mla regiunea  
Lucea a Lei 3,400, de 27 4 18 — Termu înclat.

## JURISPRUDENȚA

Alte schimbări de direcție a de schimbare de direcție de mla regiunea  
Lucea a Lei 3,400, de 27 4 18 — Termu înclat.

Termu înclat de mla regiunea — Calitatea a dragăia de mla regiunea  
Lucea a Lei 3,400, de 27 4 18 — Termu înclat.

Alte schimbări de direcție a de schimbare de direcție de mla regiunea  
Lucea a Lei 3,400, de 27 4 18 — Termu înclat.

Termu înclat de mla regiunea — Calitatea a dragăia de mla regiunea  
Lucea a Lei 3,400, de 27 4 18 — Termu înclat.

Alte schimbări de direcție a de schimbare de direcție de mla regiunea  
Lucea a Lei 3,400, de 27 4 18 — Termu înclat.

Termu înclat de mla regiunea — Calitatea a dragăia de mla regiunea  
Lucea a Lei 3,400, de 27 4 18 — Termu înclat.

Alte schimbări de direcție a de schimbare de direcție de mla regiunea  
Lucea a Lei 3,400, de 27 4 18 — Termu înclat.

Termu înclat de mla regiunea — Calitatea a dragăia de mla regiunea  
Lucea a Lei 3,400, de 27 4 18 — Termu înclat.

Alte schimbări de direcție a de schimbare de direcție de mla regiunea  
Lucea a Lei 3,400, de 27 4 18 — Termu înclat.

Termu înclat de mla regiunea — Calitatea a dragăia de mla regiunea  
Lucea a Lei 3,400, de 27 4 18 — Termu înclat.

Alte schimbări de direcție a de schimbare de direcție de mla regiunea  
Lucea a Lei 3,400, de 27 4 18 — Termu înclat.

Termu înclat de mla regiunea — Calitatea a dragăia de mla regiunea  
Lucea a Lei 3,400, de 27 4 18 — Termu înclat.

**SEGURO — Correção monetária — Cabimento, a despeito de não regulamentada a Lei 5.488, de 27.8.68 — Termo inicial.**

*Não cabimento de honorários de advogado do Instituto de Resseguros do Brasil, face a sua real posição no feito.*

TJMG — Ap. Cív. 49.442 — Belo Horizonte — Apelantes: Luzia Alves de Moura Oliveira e outros — Apelados: Os mesmos.

**RELATÓRIO**

Perante o dr. Juiz de Direito da 15.<sup>a</sup> Vara Cível de Belo Horizonte, Luzia Alves de Moura Oliveira propôs execução contra a Cia. de Seguros Minas Brasil, a fim de dela receber, como esposa do finado Lucas de Oliveira Braga, a quantia de duzentos mil cruzeiros, acrescida de juros e correção monetária, valor do seguro em favor da exequente feita em vida pelo segurado.

À inicial juntou os documentos de fls., o primeiro relativo a resposta a correspondência de 14.6.77, provando que, anteriormente, seu advogado entregara à seguradora vários documentos, inclusive procuração por instrumento público, pleiteando, ao que informa este, pagamento do referido seguro.

Requeru, ainda, a citação do Instituto de Resseguros do Brasil para compor a lide como litisconsorte passivo necessário.

Após garantir o juízo com penhora, a seguradora embargou a execução, alegando:

1.<sup>o</sup>) preliminarmente, inépcia da inicial, por desacompanhada da respectiva apólice de seguro;

2.<sup>o</sup>) no mérito, improcedência da execução, por indevida a indenização pretendida, já que a morte do segurado decorreria de ato ilícito seu, pois, *conforme provado no juízo criminal, o réu teria praticado o crime logo em seguida a injusta provocação da vítima.*

O Instituto de Resseguros do Brasil, citado como litisconsorte, também embargou a execução, alegando, em preliminar:

a) que a exequente não poderia ter pedido sua citação, porque parte não era na relação processual, não podendo, em consequência, vir a ser demandado ou condenado;

b) inépcia da inicial, à falta da malsinada apólice;

c) prescrição da ação, eis que decorridos mais de três anos da morte do segurado.

No mérito, o Instituto pediu a improcedência da execução, por haver o finado marido da exequente agravado o risco; considerava também indevida a correção monetária pleiteada.

Durante a execução, a autora, por mais de uma vez, insistiu na necessidade de a ré-executada — Cia. de Seguros Minas Brasil — depositar em cartório a apólice n. 187.075, juntamente com a documentação que lhe fora entregue, reclamando o pagamento do seguro, pedido, aliás, que já constara da inicial.

Ameaçada com realização de perícia contábil em sua escrita para apuração do lançamento em seus livros da operação correspondente ao seguro (fls.), a seguradora executada — após declarar que jamais negara a existência do seguro — trouxe para os autos cópia do anexo da referida proposta (fls.).

Para que a E. Câmara o saiba, esclareço que reclamada a devolução da apólice com a inicial de 29.6.77, somente em 4 de abril do ano seguinte, portanto nove meses depois, a seguradora juntou cópia do seu anexo aos autos, e, assim mesmo, após protestar, uma vez mais, pela inépcia da inicial à consideração de desacompanhada de documento que a exequente afirmava lhe haver entregue.

Impugnados os embargos, sobre a impugnação falaram os embargantes.

Sentenciou o Juiz, julgando: a) *improcedentes* os embargos opostos pela seguradora, condenada ao pagamento do principal mais juros moratórios legais e correção monetária a partir da citação, e, ainda, honorários e custas; b) *procedentes* os embargos do Instituto de Resseguros do Brasil, arbitrada em favor do advogado deste, a título de honorários, a quantia de Cr\$ 7.000,00 a ser paga pela embargada, bem como custas dos autos n. 24.672.

Conquanto não assinadas as certidões de fls., verifiquei, por consulta ao órgão oficial, ter sido publicada no *Minas Gerais* de 4.5.78 a notícia da sentença, para conhecimento das partes.

Dela, sentença, surgiram três apelações:

a) a *primeira*, da exequente Luzia, despachada a 12 de maio seguinte, inconformada com os honorários arbitrados ao advogado do Instituto, e igualmente inconformada com a incidência da correção monetária a partir da citação, pretendendo-a a contar da data em que transitara em julgado a sentença condenatória do agressor do segurado;

b) a *segunda*, da seguradora, aviada em 19.5.78, entendendo indevido o pagamento do seguro, já que o segurado, como alegara nos embargos, infringira as condições gerais do seguro, provocando o ato criminoso de que lhe resultou a morte;

c) finalmente, a *terceira*, do litisconsorte, protocolada a 31.5.78 na Secretaria do juízo, a pretender a reforma da sentença para que os honorários arbitrados ao seu ilustre advogado sejam fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da causa, que, pela inicial, é de duzentos mil cruzeiros. Preparo e processamento regulares; à douta revisão, 20.10.78 — *Fernandes Filho*.

#### EXTRATO DA ATA

Decisão: Adiado a pedido do Relator.

#### VOTO

O Sr. Des. *Fernandes Filho* (Relator): Conquanto inexistia despacho recebendo o terceiro recurso, conheço das três apelações, próprias e oportunas — as duas primeiras interpostas dentro do prazo de quinze dias — e a última, do Instituto de Resseguros do Brasil, dentro do trintídio, à invocação de ser litisconsorte (art. 191, do CPC).

Dou provimento, em parte, à primeira apelação, de Luzia Alves de Moura Oliveira, para excluí-la da responsabilidade de pagar honorários de advogado do Instituto de Resseguros, e, ainda, para reconhecer-lhe o direito à correção monetária, a partir de 14.6.77, quando indubitavelmente provada a negativa da Seguradora em pagar-lhe a quantia reclamada, custas pela 2.ª apelante, Cia. de Seguros Minas Brasil, mantido, quanto ao mais, a sentença recorrida.

E o faço pelas seguintes razões.

As empresas seguradoras, por óbvio, devem ser vigilantes, não se onerando com liquidação de sinistros se indevido o respectivo pagamento. É até dever seu, sob pena de pôr-se em risco toda política de seguros, ameaçada de ruína por liberalidade das seguradoras. Por isso mesmo, de reconhecer-lhes o direito de oposição energética a tudo que lhes onere o patrimônio de forma indevida.

Mas, por curial, diante do caráter social do seguro, de negar-lhes, com igual energia, protelar o pagamento da obrigação, com o que se compromete a imagem de seriedade e presteza, inapartáveis de sua atividade. Uma coisa é o direito, e talvez o dever, de não pagarem se devedoras não forem. Outra, diversa, é o dever de pagarem, prontamente, sem resistência ou recalcitrância, o que devido for ao beneficiário do seguro.

De outra forma, desacreditada ficará a própria atividade securitária, com graves prejuízos para todos, diante da tormentosa caminhada a ser percorrida pelos beneficiários do seguro, quando, após o indesejável sinistro, perseguirem o correspondente pagamento.

Induvidosa, *in casu*, a responsabilidade da seguradora pelo pagamento do seguro. Não nega ela a existência do contrato. O segurado morreu, vítima de injusta agressão, fato que levou à condenação do agressor. Inadmissível, sob todos os ângulos, a invocação de que ele, segurado, agravara os riscos do seguro, infringindo condições gerais deste, eis que

provocara ele próprio o ato criminoso de que lhe resultou a morte. Ninguém, tendo saúde mental razoável, provoca sua própria morte, ou a procura em agressão que outrem lhe faça. O elementar instinto de sobrevivência repele a assertiva temerária.

Entendo que a correção monetária deva ser calculada a partir da recusa da seguradora em pagar o seguro. Fixaria o 6.º dia, a contar do pedido do pagamento, para o início da correção, adotando assim a mesma orientação já consagrada para a correção da indenização no seguro obrigatório. E mandaria que o termo inicial se apurasse em execução, porque os autos não me autorizam a fixá-lo, com precisão, desde já. Entretanto, por economia processual, e para não retardar o cumprimento da prestação jurisdicional, tomo o dia 14.6.1977 como termo inicial da correção, já que, acudindo a reclamação do advogado da autora, *daquela data*, a Seguradora lhe comunicava haver remetido toda sua documentação à Matriz (fls., do apenso).

A correção monetária não pode ser deferida, como pretende a exequente-apelante, a contar do trânsito em julgado da sentença do juízo criminal, *nem*, como entendeu a sentença, a partir da citação.

Atender à apelante Luzia significaria penalizar a seguradora, que pagar não poderia, simplesmente porque, à inação da beneficiária, ignorava o sinistro. Atender ao Juiz, fazendo-a incidente a partir da citação, importaria em penalizar a autora, *que, antes, já pleiteava, sem sucesso, o pagamento*. Além do mais, a manutenção da sentença, neste ponto, deixaria as Seguradoras à vontade para recusar o pagamento, aguardando a citação, porque somente daí, com indesejável ônus para as partes, começaria a correr a correção monetária.

Não me impressiona o fato de pender de regulamento a norma legal assecuratória da correção monetária nos casos de liquidação de sinistros cobertos por contratos de seguros. De fato, até hoje o Conselho Nacional de Seguros Privados não fixou os prazos a partir de cujo término seria devida a correção, nos termos da Lei 5.488, de 27.8.1968. Não o fez, segundo colho da jurisprudência, ao fundamento, entre outros, de que devera o Poder Executivo, antes, regulamentar a lei, no uso de sua competência constitucional. A omissão do Executivo, não pode a indenização ser reduzida — pois a tanto equivale pagar o seguro sem correção, — o que, sobre empobrecer o beneficiário, enriqueceria por via indireta as Seguradoras, sempre que, como na hipótese dos autos, retardassem o cumprimento da obrigação.

Lembre-se, a propósito da incidência da correção, à míngua do desejado regulamento, a orientação do STF, sobretudo nos RE 72.507 e 80.601, in RTJ 73/146 e 75/909. E, ainda, o *leading case* da orientação jurisprudencial acolhedora da correção (RE 72.507), onde pontificou, com o brilho de sempre, o eminente publicista Min. Bilac Pinto.

Quanto aos honorários, que a sentença mandou a exequente pagar ao ilustre advogado do Instituto de Resseguros, considero-os indevidos, já que, com a inicial, cuidou ela, apenas e tão-somente, de acautelar-se contra possível nulidade do decisório, diante dos termos do § 6.º, do art. 68, do Decreto-lei 73, de 1966.

Como se vê da inicial, a exequente não pediu a citação do Instituto de Resseguros do Brasil para pagar o seguro. Citada, como executada, foi apenas a Seguradora. Dir-se-á que o art. 68 só recomenda o litisconsorte necessário, com a participação do Instituto, quando tiver ele responsabilidade no pedido. Mas, como poderia a exequente saber se o referido Instituto teria responsabilidade, ou não, no pedido, se a Seguradora, ao que tudo indica, recebeu a apólice e demais documentação da autora, sonogando-a, depois, em juízo?

A Seguradora, nos termos do § 1.º, do mesmo art. 68, cumpria declarar, na contestação, se o Instituto participava da soma reclamada. Se não o fez, *quando dever seu era fazê-lo*, não pode a exequente, beneficiária do seguro, responder por omissão da Seguradora. Nem o Instituto, *data venia*, valer-se de tal omissão para haver honorários de quem a ela não deu causa.

A intervenção do Instituto, como litisconsorte, resultaria da oportuna manifestação de sua participação no caso, feita, se fora o caso, por expressa declaração da Seguradora, e somente dela, na contestação. É o que lhe recomenda a lei. Omitindo-se, a Seguradora impediu que o litisconsorte se realizasse *de jure*, não passando a citação do Instituto, nesta qualidade, de mera irregularidade. O Dr. Juiz *a quo*, aliás, não fora a sobrecarga de trabalho que a todos aflige, teria aguardado a contestação e, após ela, se fosse o caso, teria mandado citar o litisconsorte. *In casu*, à omissão da Seguradora, resultou improvada a participação do Instituto no pedido, e, em consequência, sua integração ao feito, como

litisconsorte. Sua citação, na forma pedida na inicial, foi menos erro da exequente do que do Juízo e da Seguradora. Estes — aquele através do Estado — e esta, pelo seu patrimônio, é que, a rigor, deveriam responder pelo gravame, ao que tudo indica inútil, causado ao Instituto, e ao seu brilhante advogado.

Dando, assim, provimento parcial à primeira apelação, nego provimento à segunda, da Seguradora, e considero prejudicada a terceira, do Instituto.

### VOTO

*O Sr. Des. Edésio Fernandes:* Conheço de todos os recursos, para dar provimento em parte à primeira apelação manifestada por Luzia Alves de Moura Oliveira, com objetivo de isentá-la do pagamento de honorários de advogado do Instituto de Resseguros, e também para garantir-lhe o direito à correção monetária a partir de 14.6.1977, data em que a Seguradora negou-se a pagar-lhe a quantia reclamada, confirmando quanto ao resto a sentença de primeira instância, pagas as custas pelas demais apelantes.

Efetivamente ressalvada a parte em que se reforma a sentença o decisório recorrido merece confirmação. Inaceitável a tese de que a vítima Lucas de Oliveira Braga tenha provocado a própria morte, com o que a seguradora não tem suporte jurídico para lograr êxito nesta imputação, tanto mais quando o agressor da vítima foi condenado a nove anos de reclusão, em sentença que transitou em julgado. Increditável que a vítima ao fazer o seguro já estava premeditando a morte da maneira como aconteceu. Induvidosamente o seguro deve ser pago, acrescido de juros legais e correção monetária. De maneira alguma se admite que as empresas seguradoras se exonerem de pagar o valor do seguro à beneficiária do segurado; pelo contrário o que lhes cumpre é efetivar o pagamento sem relutância, para garantia de atividade honesta, não obrigando o beneficiário do seguro, por um suposto suicídio do segurado ter de reclamar o benefício por ação judicial. Se a Seguradora não nega a existência do contrato, cumpre-lhe a responsabilidade que assumiu pelo pagamento do seguro.

Por tais razões, entendo justa e acertada a sentença recorrida, dando-lhe minha adesão, menos na parte já mencionada, já que provejo parcialmente ao recurso de Luzia Alves de Moura Oliveira.

*O Sr. Des. Jacomino Inacarato* — De acordo.

*O Sr. Des. Presidente* — Deram provimento em parte à primeira apelação, negaram provimento à segunda, prejudicada a terceira.

### EXTRATO DA ATA

Decisão: Deram provimento em parte à primeira apelação, negaram provimento à segunda, prejudicada a terceira.

### ACÓRDÃO

Vistos, etc...

Acorda, em Turma, a Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em dar provimento em parte à primeira apelação e desprover à segunda, prejudicada a terceira.

Belo Horizonte, 6 de março de 1979 — *Ribeiro do Valle*, pres. — *Fernandes Filho*, relator — *Edésio Fernandes* — *Jacomino Inacarato*.

### COMENTÁRIO

Clara, razoável e juridicamente bem fundamentada a decisão do Tribunal no apreciar da causa.

Quatro ordens de questões, cujo exame se impõem, decorrem do texto:

1.º — A de determinar se a apresentação da apólice de seguros é condição essencial para reclamar a indenização, judicialmente.

2.º — A de fixar o sentido da expressão — agravamento de riscos — no que concerne à espécie.

3.º — A pertinente à posição do IRB nas ações movidas contra seguradoras, sua citação, quando cabe, momento em que deve ser efetuada.

4.º — A que examina a aplicação da correção monetária também nos seguros de pessoas, bem como a fixação de seu termo inicial.

1. No que tange à primeira indagação, adotamos a opinião de que, embora pacífico, tenha a apólice a função de comprovar a existência do contrato de seguro, firmando o termo (quando da expedição) a partir do qual este passa a produzir seus efeitos regulares, não é documento essencial para a prova da existência do ato.

Alertamos, todavia, para a existência de opiniões em sentido oposto, como a tem Garrigues (*Contratos de Seguro Terrestre*, Madrid, 1973, p. 59) e Fran Martins (*Contratos e Obrigações Comerciais*, Rio, 1976 p. 442).

A exigência legal, prevista na norma consubstanciada no art. 1.443 do Código Civil brasileiro, de que o contrato se realize por escrito, não torna tal exigência elemento essencial do contrato.

Com tal teor a lição abalizada de Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, vol. 45, Rio, 1964, p. 298).

A forma escrita é *ad probationem* e não constitutiva do ato. A intenção legal, no texto, é a de precisar que a existência do contrato seja provada por escrito e não, exclusivamente, mediante a apólice. A apólice, embora instrumento formal desta prova, não é o único meio de prova.

A afirmação advém de substancial fonte doutrinária, como demonstram os resultados das consultas feitas a Vivante (*Trattato di Diritto Commerciale*, III, Milano, 1935, pp. 363-364); Piccard Et Besson (*Les Assurances Terrestre*, Paris, vol. I, pp. 89-90), Georges Brière de L'Isle (*Droit des Assurances*, Paris, 1973, p. 47); J. C. Moitinho de Almeida (*O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Lisboa, 1971, p. 41) e ao nosso Pontes de Miranda (*Tratado...*, vol. cit., pp. 300-303 e 316).

Tanto assim é a interpretação, devida ao texto em apreço, que o atual projeto de código civil, acatando a orientação doutrinária no seu art. 768, expressamente, estatui que na ausência da apólice ou do bilhete de seguro a existência do contrato poderá ser provada por qualquer outro documento. Conclusivamente, uma vez provada a existência do seguro por qualquer outro meio idoneo é perfeitamente dispensável a apresentação da apólice. Assim sendo, bem julgou Sua Excelência ao rejeitar a preliminar.

2. Com maior razão a sentença, no que afeta ao mérito, quando afasta a alegação de que o segurado agravara, indevidamente, o risco, provocando, injustamente, o seu agressor.

O homicídio é ato anti-social, o qual não se coaduna com as condições normais da existência. Não é ato comum, normalmente suscetível de ocorrência e assim previsível e determinado.

Na eclosão do delito intervêm fatores de origem diversas (biológicas, psicológicas, sociais e circunstanciais) os quais são todos de configuração anormal, e, como regra, imprevisíveis.

Não há, no caso em exame, uma relação de causa e efeito, determinando, diretamente, o ato agressor.

A catalogação da atitude do segurado, para efeitos penais, como “injusta provocação” não quer significar, para efeitos civis, intencionalidade ou sequer imprudência ou negligência, suscetível de agravar o risco.

O homicídio, salvo raríssimas exceções, como ocorre com a legítima defesa, oportunidade em que é razoável supor a provável reação do ofendido, o qual, então se transmuda em ofensor, é sempre, absolutamente, imprevisível. E, ainda que previsível a eventualidade de qualquer reação, tal previsão não vai até a própria morte tão diretamente como se pretende. Não bastasse a imprevisibilidade natural do comportamento do terceiro, circunstância que escapa a vontade do “provocador”, prevaleceria o instinto básico de sobrevivência. A morte é sempre acontecimento, paradoxalmente, banido da vida.

Houvesse o segurado morrido em virtude da legítima defesa, exercida por seu executor e a questão colocar-se-ia de outra forma.

Não pela previsibilidade da provável reação de quem, por tal meio, viu-se obrigado a defender a própria vida, mas pela ilicitude do ato inicial, determinante da reação.

Ocorrendo a hipótese a origem da morte do segurado teria como causa, mediata, ilícito próprio (a agressão frustrada pela reação) e com tal ilícito não se compadece o direito.

A atenuante “injusta provocação”, significativa para efeitos penais no sentido de reduzir a pena imposta (art. 121, § 1.º do CP), nenhum efeito tem perante o direito securitário.

Quando se fala em “agravamento do risco” se tem em vista uma atuação ligada às condições subjetivas do segurado (intencionalidade, prudência e negligência), nas quais se inserem as objetivas de possibilidade e previsibilidade.

Enquanto é imprudente aquele que se lança em atividades ou à prática de desportos perigosos, como *v.g.* corridas de automóveis, nas quais é razoável prever o desenlace, o mesmo não ocorre no desempenho normal das relações intersociais, cujos matizes, carregados de uma maior ou menor emocionalidade não tornam, necessariamente, previsível um comportamento anti-social.

Em sã consciência ninguém adota um comportamento suscetível de lhe ser fatal. Inexiste na assinalada “injusta provocação” qualquer elemento indicativo de um comportamento imprudente, negligente e com maior razão intencional, dirigido a agravar o risco.

O fato indenizável é sempre fato possível, imprevisível, incerto e futuro (de incerteza relativa nos seguros de vida, pois aqui a álea pertine apenas ao “quando” se morrerá), cuja ocorrência independe da vontade humana. É fato jurídico *stricto sensu* e assim, conceitualmente, involuntário.

O que o direito securitário considera não indenizável são os acontecimentos advindos dos atos voluntários.

A questão, porém, não se coloca em compartimentos estanques dividindo, simplesmente, atos intencionais e atos involuntários. Mesmo porque os atos humanos não se situam entre estes dois paralelos.

Entre os atos intencionais, não indenizáveis, e os fatos involuntários, situam-se uma série de acontecimentos, cuja realização sofre uma certa influência da vontade humana, a qual, embora não decisiva para a realização do evento, para isto concorre.

No elenco estão situadas todas aquelas ocorrências cuja realização poderia ser evitada se o segurado houvesse atuado com um determinado grau de diligência. Esta categoria, como ensina Piccard et Besson (*Les Assurances...*, cit., p. 37) e Georges Brière de L'Isle (*Droit des Assurances*, cit., p. 56), correspondem, em direito civil, às condições meramente potestativas, *i.e.*, — àquelas que exigem um certo grau de voluntariedade, mas que não ocorreriam se à esta voluntariedade não se conjugasse a presença de um elemento exterior.

Mesmo estes atos são indenizáveis desde que conseqüentes à uma conduta que sem ser intencional faz o sinistro se converter de possível em provável. A categoria abrange todos os atos causados por culpa leve do segurado, ressalva feita ao seguro de responsabilidade civil, no qual estão cobertos, inclusive, aqueles decorrentes de culpa grave.

O que se considera agravamento do risco, por atuação do segurado, capaz de excluir a indenização é a situação decorrente de ato intencional. Tanto porque o segurado, comissivamente, concorreu para a realização do sinistro. Tanto porque, perante a superveniência de circunstâncias, suscetíveis de influir na probabilidade ou intensidade do risco, não comunicou a sua existência à seguradora e nem procurou minorar as suas conseqüências (arts. 1.454 e 1.455 do Código Civil brasileiro e arts. 778 e 779 do atual Projeto de Código Civil).

O critério para auferir a existência do agravamento do risco está bem traçado na norma do art. 1.456 do CC e conforme a orientação do legislador deve se basear em circunstâncias reais e não em probabilidades infundadas, sem um necessário elo de ligação entre o comportamento, acioado de gravoso e o sinistro.

No caso a orientação do julgado está conforme a regra legal, prevista no citado art. 1.456.

Impossível confundir “injunta provocação” com comportamento intencional, dirigido à obtenção do resultado descrito, salvo a remota possibilidade de perturbação dos sentidos da vítima (segurado), fator que ainda assim, deveria encontrar eco no agente criminoso, o qual pela própria natureza, psicopatológica, da provocação, teria motivos para sustar o ato.

Se o comportamento do segurado, adjetivado como “injunta provocação” seria ou não passível de qualquer censura social é outra questão. Considerá-lo porém, conduta intencional, norteadá à obtenção do resultado fatal já é tarefa poética.

3. Louvável, ainda, a decisão no que respeita à exclusão da verba honorária, quanto ao advogado do Instituto de Resseguros do Brasil.

A norma, consubstanciada no art. 68 do Decreto-lei 73 de 21.11.1966, considera o IRB litisconsorte necessário, desde que tenha responsabilidade no

pedido, esclarecendo o art. 71, § 1.º do Decreto 60.460 de 18.3.1967 (Estatutos do IRB) que o litisconsórcio necessário, previsto naquele texto legal, deve ser entendido nos termos do art. 93 do antigo Código de Processo Civil, *i.e* como interveniente voluntário ("... pode intervir... como assistente equiparado ao litisconsorte). O segurado não participa da relação entre seguradora e ressegurador e o ressegurador não tem qualquer obrigação perante o segurado, pois não é perante este que deve responder pelo montante assumido no resseguro. Entre nós por expressa disposição legal, o IRB, responde perante a seguradora, proporcionalmente à responsabilidade ressegurada (art. 71 § 3.º do Decreto 60.460). Não há solidariedade, o que quer significar que o segurado não tem ação direta contra o ressegurador já que estranho à relação contratual. Porém, *ex vi* do disposto no art. 68 do Decreto-lei 73, notadamente, perante o disposto no § 6.º, é medida cautelatória o pedido de citação do IRB para intervir no processo, dada a possibilidade de seu eventual interesse (se tem responsabilidade no pedido) na vitória da seguradora e a nulidade decorrente da negligência.

Em regra, porém, como o segurado não é parte no contrato, não tem ele condição de saber se o IRB, tem ou não responsabilidade no pedido em questão. A tarefa de indicar tal qualidade é exclusiva da seguradora, parte no contrato de resseguro, perante quem o IRB, responde. O fato contudo não impede ao beneficiário, dado o disposto no art. 68, § 3.º do Decreto-lei 73, prudentemente, pedir a citação do IRB para intervir na lide, caso tenha responsabilidade no pedido. A medida não nos parece abusiva, mormente perante a eventualidade de omissão intencional da seguradora, possível interessada em incidentes suscetíveis de prolongar a demanda. É importante ressaltar que a beneficiária não moveu, no caso, indistintamente, a ação contra seguradora e ressegurador. Como bem assinalou o acórdão, o IRB não revestia a posição de executado na ação, o que seria passível de justificar a alegação de ilegitimidade de partes e eventual condenação em verba honorária.

E mais. O pedido de citação deve ser apreciado na forma traçada na lei e o texto legal é claro. A obrigação de citar o IRB, somente se impõe quando, esclarecido pela seguradora, no momento da contestação, a sua efetiva participação na responsabilidade reclamada.

Em conclusão era de rigor o aguardar a manifestação da seguradora neste sentido. A citação extemporânea, sem o devido resguardo legal, é irregularidade, cujos efeitos não alcançam à beneficiária.

4. A viabilidade da aplicação da correção monetária à indenização, devida nos seguros de vida, é questão controvertida na doutrina.

Considerado o seguro de vida como um seguro de somas, a tendência manifesta é a de atribuir à indenização devida o caráter de dívida de dinheiro, afastando a possibilidade da correção monetária.

A jurisprudência, contudo, como faz notar o julgado publicado in RT 516/167, adequando o formalismo à realidade, tem abrandado tal entendimento para admitir a aplicação da correção monetária também à indenização, devida no seguro de vida. A orientação é a que melhor se coaduna com a devida adequação do direito às necessidades econômicas e sociais, sempre mutáveis e prementes. Efetivamente não é excessiva a extensão, mormente em uma economia

inflacionária como a nossa onde a correção se impõe a fim de evitar uma diminuição indevida no patrimônio do credor, aliado a um correlato enriquecimento sem causa pelo devedor. A correção monetária no caso, não é um *plus*, mas sim uma atualização, aproximada, do valor devido, o qual adstrito a um excessivo nominalismo perderia, totalmente, o seu significado.

A questão, doutrinariamente, não é simples e se admitimos a intervenção pretoriana, amplamente justificada pelo art. 5.º da lei de introdução, permanecemos, por vício, presos a um excessivo dogmatismo que nos faz repudiar a configuração da indenização nos seguros de vida como dívida de valor.

Incapazes para suplantar a contradição e tendo em vista apenas os resultados benéficos da medida, sem adentrar na discussão doutrinária existente, apenas assinalamos que a Lei 5.488 de 27.8.1968 admitiu, expressamente, a correção monetária também quanto às indenizações devidas nos seguros de pessoas.

O legislador, dirigido pela finalidade de atualizar monetariamente a indenização devida pela seguradora em atraso, não distinguiu no seguro o contrato de pessoas do de coisas.

Desde que a seguradora esteja em mora incide a correção monetária.

Configurado o atraso, impõem-se a atualização do valor. O fato da lei não estar regulamentada não impede a sua aplicação. Os juízes não podem permanecer adstritos a um excessivo formalismo, quando a realidade reclama, justamente, uma atuação pretoriana.

Com este teor, trecho que transcrevemos do brilhante pronunciamento do Des. Athos Gusmões Carneiro (no julgado cit., in RT. 516/167, notadamente a p. 176), lição suficiente e perfeita para a correta aplicação da lei e que melhor se coaduna com a regra prevista no já citado art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

“... o notável Jossierand, em *Cours de Droit Civil*, verdadeiro monumento da cultura jurídica universal, advertia: “Los tiempos seculares están caducados, y los juristas, por fieles que sean a la tradición, deben, en las horas en que vivimos, mirar en su derredor más bien que hacia atrás; deben vivir con su época, si no quieren que esta viva sin ellos”. (*Derecho Civil*, trad. espanhola, vol. I, tomo II/449).

A advertência de Jossierand permanece evidentemente atual. É que as transformações no plano social, político e econômico, ao mesmo tempo que multiplicam e geram novos conflitos de interesse, põem o Direito, por assim dizer, em crise, dada a sua aparente, insuficiência para dirimir com justiça os problemas e as situações novas. Daí não poder o Direito, como dilucida Georges Vedel, “ser nem social nem moralmente instrumento de conservadorismo total de uma situação social em um momento dado” (*Justicia y Derecho*, p. 9).

A aspiração de segurança jurídica e de estabilidade do Direito se opõem, como observa José Puig, “o fato real da sua contínua evolução, da sua incessante adaptação às novas circunstâncias” (*A jurisprudência como Fonte do Direito*, p. 21, ed. Ajuris). Mas se os juízes realmente, como diziam os doutos, “não são livres para resolver os casos de maneira arbitrária, impondo-se-lhes a observação de certas regras diretivas, verdade incontestável também é que não podem

deixar de ser livres em certa medida para que realizem o Direito. A tese de que a regra geral é impotente por si só para resolver o caso particular indica que o centro de gravidade da criação jurídica situa-se na decisão concreta e não na regulamentação genérica” (ob. cit., p. 52). Há de se aceitar, pois, quase como um dogma, que a pretensão injusta não pode ser repelida, seja porque falte no sistema do Direito Positivo uma regra específica, seja ainda porque a solução que se lhe aponta é flagrantemente injusta ou absurda. No primeiro caso, cabe o recurso aos princípios gerais do Direito para suprir a omissão de lei; no segundo, a elaboração jurisprudencial pela interpretação que adapta a norma caduca à realidade sempre nova e palpitante da vida. O direito serve à vida e é um instrumento para alicerçar-se a solução justa dos interesses em conflito...

Quanto ao termo inicial, correta a sua fixação como o do momento em que a seguradora sabedora de sua obrigação de pagar não o fez.

A sua recusa deve marcar o termo inicial.

A sentença, no caso, não criou situação nova. A obrigação de pagar fora contratualmente estabelecida. Não surgiu a partir da sentença justo, portanto, que seus efeitos se protraíam no tempo, retroagindo até o momento em que, oficialmente, a seguradora tomou conhecimento da necessidade de cumprir sua obrigação e não o fez.

Era o que nos cumpria ponderar.

Vera Helena de Mello Franco

## FORMAÇÃO DE CONTRATO PRELIMINAR SUSCETÍVEL DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA.

*Cabe recurso extraordinário quando se discute qualificação jurídica de documento: saber se ele é mera minuta (punctação) ou contrato preliminar.*

*Distinção entre minuta, em que se fixa o conteúdo de certas cláusulas, mas se deixam em aberto outras, e contrato preliminar.*

*O art. 639 do CPC pressupõe a existência de contrato preliminar que tenha o mesmo conteúdo (elementos essenciais e acidentais encaixados objetivamente) que o contrato definitivo que as partes se comprometeram a celebrar.*

*Negativa de vigência, no caso, do art. 191 do CCom. e do art. 639 do CPC.*

*Recurso extraordinário conhecido e provido.*

RE 88.716 — RJ — (Segunda Turma) — Relator: O Sr. Min. Moreira Alves — Recorrentes: Distribuidora de Comestíveis “Disco” S/A. e outros — Recorrido: Supermercados Pão de Açúcar S/A.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 11 de setembro de 1979 — *Djaci Falcão*, pres. — *Moreira Alves*, relator

## RELATÓRIO

O Sr. Min. Moreira Alves: A sentença de primeiro grau assim expôs e decidiu as questões que se discutem nestes autos:

“Vistos, etc.

Distribuidora de Comestíveis “Disco” S/A. propôs ação consignatória contra Supermercados Pão de Açúcar S/A, objetivando o depósito da quantia de Cr\$ 10.000.000,00 sob a alegação de que é devedora da referida quantia, representada por nota promissória de sua emissão, recusando-se a ré a recebê-la na data do vencimento, ou seja, 28 de outubro de 1974.

Citada, a ré ofereceu a contestação de fls., alegando, em síntese, preliminarmente, que a autora é carecedora de ação, porquanto não é devedora da quantia, porém mera depositária da mesma. No mérito, diz que não houve recusa e se tivesse havido seria justa, pois o eventual recebimento da quantia importaria em dar aos acionistas da autora oportunidade de se desvencilharem da obrigação que assumiram de consumir um negócio de compra e venda de ações.

Com a Contestação a ré juntou os documentos de fls.

Réplica a fls.

Saneador a fls., do qual a ré interpôs agravo retido (fls.) por não haver apreciado as preliminares levantadas.

No mesmo despacho foi deferida prova pericial, encontrando-se a fls. o laudo do perito, a fls. o do assistente técnico da autora e a fls. o do assistente técnico da ré.

Em apenso tramita, por dependência, uma ação proposta por Supermercados Pão de Açúcar S/A., contra Antonio do Amaral, Virgínia Pereira, Francisco Antonio Domingues Amaral e Distribuidora de Comestíveis “Disco” S/A., objetivando a adjudicação compulsória de ações da última suplicada, que teriam sido objeto de negociações entre os três primeiros réus e a autora.

Alega a autora, em resumo, que mediante contrato preliminar para compra e venda de ações os três primeiros réus se comprometeram a vender-lhe 97% das ações da última ré, de que são titulares; que as condições do negócio ficaram estabelecidas no contrato, tendo a autora, diante da manifestação das partes, feito um depósito de Cr\$ 10.000.000,00; que não obstante tratar-se de obrigação irretratável, os réus se negam a firmar o contrato definitivo, em face do que propõe a presente ação pedindo a sua procedência com as cominações cabíveis.

A inicial veio instruída com os documentos de fls.

O réu Antonio do Amaral contestou a fls., alegando, em síntese preliminarmente, que a autora é carecedora de ação, pois o réu só poderia ser condenado a entregar as ações ao portador ou a transferir os direitos relativos às nominativas, caso já tivesse celebrado com a autora contrato de venda ou cessão de direitos, o que não ocorreu. No mérito, alega: que firmou com a autora o documento de com a mais firme intenção de vir a concluir a transação ali mencionada, na qual foram feitas algumas estimativas de valores a serem posteriormente confirmados; que, entretanto, após algumas manobras protelatórias para a conclusão do negócio, a autora ofereceu condições inaceitáveis, sendo ela a única culpada pela não consumação da transação; que no documento de fls. foram fixadas apenas algumas premissas de um contrato a ser aperfeiçoado e completado em outro documento, cuja existência foi prevista na própria opção, não dando margem a execução *in natura*; que, assim, espera a improcedência da ação com as cominações cabíveis.

Com a contestação o suplicado juntou os documentos de fls.

Os réus Virgínia Pereira e Francisco Antonio Domingues Amaral contestaram a fls., aduzindo, em linhas gerais, argumentos semelhantes aos que já havia expandido o primeiro contestante.

Réplica a fls.

A fls. encontra-se a contestação de Distribuidora de Comestíveis “Disco” S/A., sobre a qual se pronunciou a autora a fls.

Saneador a fls., do qual a autora interpôs agravo de instrumento retido (fls.), agravando igualmente os réus a fls.

Na audiência ocorreu o que consta do termo de fls. dos autos da ação consignatória, tendo as partes apresentado os memoriais que se encontra a fls. dos mesmos autos, por Supermercados Pão de Açúcar S/A., e a fls., por Distribuidora de Comestíveis "Disco" S/A.

É o relatório.

Tudo bem visto e examinado, decido.

Embora a ação de consignação em pagamento proposta por Distribuidora de Comestíveis "Disco" S/A., tenha precedido, na distribuição, o pedido de adjudicação compulsória formulado por Supermercados Pão de Açúcar S/A., este será apreciado em primeiro lugar.

A autora, no item XII de sua inicial, letras *a*, *b*, e *c* (fls.), pede sejam os réus condenados, nos termos dos arts. 639 e 640 do CPC, a procederem à imediata entrega das ações ou à transferência dos direitos a elas referentes, que a citada sociedade anônima (referindo-se à Distribuidora de Comestíveis "Disco" S/A.) se abstenha de praticar quaisquer atos que possam beneficiar os réus na qualidade de acionistas e que, nos termos do art. 644 do CPC, sejam os réus condenados a pagar à autora a importância diária de Cr\$ 500,00 desde que não cumpram no dia certo a condenação que lhes vier a ser imposta.

Verifica-se, desde logo, que há uma certa imprecisão nos pedidos da autora, pois rotula a ação de adjudicação compulsória, mas invoca as disposições dos arts. 639 e 640 do CPC e pede ao mesmo tempo a fixação de uma multa para o caso do descumprimento da sentença, quando cada uma dessas hipóteses tem seus pressupostos próprios, não admitindo aplicação cumulativa.

Mas, abstraindo esse aspecto, examinaremos a pretensão da autora levando em conta apenas o seu objetivo final, que é em última análise a transferência das ações objeto de um contrato intitulado pelas partes de contrato preliminar para compra e venda de ações (fls.).

É certo que o contrato preliminar, desde que contenha todos os requisitos do contrato definitivo, comporta execução específica, seja através de adjudicação compulsória, conforme o caso, seja através de uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado, sendo isso possível e não excluído pelo título.

Resta saber, portanto, se na hipótese sob exame o contrato de fls. preenche os requisitos do contrato principal.

Entendo que não.

Com efeito, não obstante, intitulado de "contrato preliminar", longe está o documento firmado pelas partes de ser como tal caracterizado, porquanto ali se estabeleceram apenas negociações preliminares como base para um futuro contrato. Ou, para adotar uma terminologia muito em voga, hoje em dia, especialmente no campo das relações internacionais, as partes firmaram apenas um "protocolo de intenções", manifestando uma delas o desejo de vender e a outra de comprar, mediante condições que seriam definitivamente estabelecidas em novas negociações.

Em verdade, em várias cláusulas do contrato é adotada a forma condicional, como, por exemplo, na cláusula 6.ª (fls.), em que se estabeleceu que "se a compra e venda das referidas ações vier a ser aperfeiçoada...", o que demonstra de forma inequívoca a possibilidade de não se consumir a compra e venda.

É certo que na cláusula 5.ª ficou dito que o instrumento era irrevogável para os acionistas, ou seja, os réus. Mas essa irrevogabilidade há de ser entendida como mera impossibilidade de desistir das futuras negociações, ou seja, de dar o assunto por encerrado antes que fossem examinadas todas as condições da operação a ser realizada. E essa cláusula, evidentemente, não poderia vincular os réus de modo absoluto, pois se assim se entendesse ficariam eles praticamente à mercê da compradora, que baseada nessa irrevogabilidade poderia impor-lhes as condições que lhe aprouvesse.

Mas, tanto o documento de fls. não continha todas as condições do negócio que a minuta do contrato definitivo (fls.) alterou-o substancialmente, seja quanto ao preço, seja quanto à forma de pagamento, além de estabelecer para os réus obrigações que não se encontravam previstas naquele chamado contrato preliminar.

Ora, esse contrato apenas abriu as negociações e foi reduzido a escrito para maior garantia das partes. Mas não pode produzir todos os efeitos de um contrato definitivo por lhe faltarem os requisitos fundamentais, entre os quais e principalmente o pleno acordo de vontade no tocante ao preço e condições da operação.

Então, a adjudicação compulsória pleiteada com base nele não pode ser concedida porque afora o depósito inicial de Cr\$ 10.000.000,00 como prova de firmeza de intenção de negociar, nenhum outro pagamento foi feito e nem poderia tê-lo sido, porquanto não se chegou a estabelecer o preço. E a alternativa de uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado (art. 639 do CPC) não pode ser considerada porque o contrato de fls. deixou várias questões em aberto, de modo que transformá-lo em definitivo através de sentença significaria negociar pela parte violentando-lhe a vontade, quando a aplicação daquele dispositivo só é cabível nos casos em que todas as condições já estão estabelecidas no contrato preliminar, dispensando novas negociações, e ainda assim a parte obrigada se recusa a concluir o contrato. A hipótese aqui é bem outra, pois os réus se recusaram a assinar um contrato que não era mera conclusão do anterior, mantido em todos os seus termos, mas sim um novo instrumento, com cláusulas e condições diversas que por qualquer razão não lhes convieram.

Assim, tenho por improcedente a pretensão da autora, Supermercados Pão de Açúcar S/A.

Quanto à consignatória, a discussão a respeito da natureza do depósito afigura-se-me irrelevante.

Na verdade, não há dúvida de que os Cr\$ 10.000.000,00 foram entregues, seja a título de depósito como garantia das negociações, seja a título de empréstimo para reforçar o capital de giro de Distribuidora de Comestíveis "Disco" S/A., como procuraram caracterizar seus representantes legais.

Mas, considerando como empréstimo, teria cabimento a consignatória porque a promissória se venceu em 28.10.1974 e a credora se recusou a receber a quantia, como ela mesma se justificou em sua contestação (fls. — *in fine* dos autos da consignatória). E considerada apenas como depósito para garantia das negociações, ainda assim teria cabimento a consignatória, porquanto não tendo as partes chegado a bom termo na conclusão do negócio impunha-se a sua restituição, sendo injusta, portanto, a recusa por parte da credora.

Dessa forma, impõe-se a procedência da ação consignatória, e improcedência da ação de adjudicação compulsória proposta por Supermercados Pão de Açúcar S/A.

Por todo o exposto, julgo procedente a ação consignatória, subsistente o depósito e efetuado o pagamento a que o mesmo se refere, e improcedente a ação de adjudicação compulsória, condenando a ré da primeira e autora da segunda ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor de cada uma das ações, tendo em vista as cifras que representam.

P.R.I." (fls.).

Contra essa sentença foi interposta apelação, a que, por maioria de votos, se deu provimento, nos termos do voto do relator, os quais são estes:

"Acordam os Juízes da 6.ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça, do Estado do Rio de Janeiro, aqui integrando o relatório de fls. por unanimidade, julgar desertos os agravos retidos de fls., ambos dos autos da ação denominada de adjudicação compulsória; e, também por votação unânime, negar provimento ao agravo retido de fls., dos autos da ação consignatória; e, por maioria, dar provimento à apelação, a fim de julgar improcedente a ação consignatória e procedente a ação ordinária, convertendo em pagamento, na forma ali pedida, o depósito de dez milhões de cruzeiros (Cr\$ 10.000.000,00), em mãos da primeira apelada, e condenando o segundo e os terceiros apelados a, trinta (30) dias, contados do trânsito em julgado deste acórdão, assinar o contrato definitivo de compra e venda das ações objeto do contrato preliminar e a fazer, dentro do mesmo prazo comum de trinta (30) dias, a transferência à apelante das mesmas ações, sob pena de a este pagarem a multa de cinquenta mil cruzeiros (Cr\$ 50.000,00), por dia de atraso, condenados os vencidos ainda no pagamento das custas dos processos e de honorários de advogado, de dez por cento (10%) sobre o valor de cada uma das ações.

Os agravantes de fls., em suas razões e contra-razões da apelação, respectivamente, nem sequer a esses recursos se referiram. Daí, de conformidade com o § 1.º, segunda parte, do art. 522 do CPC, serem esses agravos reputados desertos.

Incontestável é a *legitimatio ad causam* da autora da ação consignatória. E as razões invocadas pela ré, ao arguir essa preliminar, dizem todas elas respeito ao mérito da causa.

É a autora da consignatória parte legítima para essa ação, pois que, no caso, concorrem, em tese, todas as suas condições, quais sejam: possibilidade jurídica, legitimidade para a causa e interesse de agir. E isso porque, para a providência pedida pela autora, prevista dentro do ordenamento jurídico, tem ela pertinência e há necessidade da intervenção dos órgãos jurisdicionais para decidir a contenda.

Liebman, em lição invocada por J. J. Calmon dos Passos (*Comentários ao Código de Processo Civil*, III-129), define o direito ao pronunciamento sobre o mérito, ou seja, a "hipótese de fato abstratamente tutelável pelo direito objetivo" e, não, como o direito a uma decisão favorável.

O direito de obter a tutela jurisdicional, pleiteada para um alegado direito subjetivo, não se confunde com a existência, ou não deste último direito. Se existe, procede a ação; em caso contrário, é ela julgada improcedente.

Se falece ao autor o direito ao pronunciamento sobre o mérito, por não apresentar-se em juízo com todos os requisitos da ação, entre os quais o da possibilidade jurídica, é ele dela carecedor, pois não é titular de interesse legítimo na lide que ajuíza.

Para que se verifique a "*legitimatio ad causam*" é necessário que haja identidade entre os sujeitos da relação processual e as pessoas a quem ou contra quem a lei concede a ação" (Pedro Batista Martins, vol. 3.º/233).

Agora, se indevido era, ou não, o pagamento oferecido pela autora da consignatória aos réus, isso é questão de mérito.

As soluções de ambas as ações estão intimamente ligadas, a de uma afetando inevitavelmente a da outra.

A apelante, de um lado, e os 2.º e 3.ºs apelados, de outro, divergem profundamente na caracterização e conceito do documento básico da ação ordinária. Enquanto que, para a primeira, trata-se de um contrato preliminar, que satisfaz todos os requisitos do contrato definitivo, para os segundos, nele "foram apenas fixadas algumas premissas" (*litteris*), tratando-se de "um mero protocolo de intenções" (textual).

A sentença recorrida acolheu a tese dos ora 2.º e 3.ºs apelados, entendendo seu prolator que o documento em causa não contém todos os requisitos do contrato definitivo, pois que os ora 2.º e 3.ºs apelados "ficariam praticamente à mercê da compradora, que poderia impor-lhes as condições que lhe aprouvessem". E argumenta mais o Dr. Juiz *a quo* que tanto esse "documento não continha todas as condições do negócio, que a minuta do contrato definitivo alterou-o substancialmente, seja quanto ao preço, seja quanto a forma de pagamento, além de estabelecer para os réus obrigações que não se encontravam previstas naquele chamado contrato preliminar" (textual).

A sentença apelada incide em evidente equívoco, pois que tal malsinado documento se apresenta com todos os elementos essenciais à validade do contrato principal, a saber: *res, pretium et consensus*, este último, apenas quanto aos promitentes vendedores, que assumem o compromisso de venderem 97% das ações da Distribuidora de Comestíveis "Disco" S/A. à apelante pelo preço efetivamente não determinado, mas determinável, mediante elementos e critérios pré-acordados pelas partes vinculadas ao contrato preliminar e dele constante.

Não entram em divergência os Doutos quanto à legitimidade de assim proceder-se, pois não fica a fixação do preço ao exclusivo arbítrio de um dos contraentes.

Ficou estipulado no pré-contrato de compra e venda, cláusula 3, que "o preço final das ações mencionadas será aquele que resultar da apuração da efetiva situação líquida patrimonial da Empresa, tendo como pressupostos" aqueles indicados no desdobramento da cláusula 3, a saber:

1.º) — Cr\$ 55.000.000,00, correspondente ao sistema operacional da Empresa, valor esse somente reduzível se houver substancial modificação nos elementos que o compõem (cláusula 3.1), excluídos desse sistema operacional o indicado na cláusula 3.1.2;

2.º) — o estoque da Empresa, apurada em inventário e já fixado seu preço pelo do custo atual (cláusula 3.2).

Para apuração da efetiva situação líquida da Empresa, cujo valor corresponde ao preço das ações prometidas vender, nos termos da cláusula 3, ficaram indicados os elementos a serem adotados, no desdobramento dessa mesma cláusula 3.

Tiveram os contratantes até mesmo o cuidado de estabelecer não só o preço das mercadorias em estoque, apuradas em balanço (cláusula 3.2) que será o de seu custo atual, assim como o máximo do passivo exigível, que é de Cr\$ 110.000.000,00 (cláusula 3.3).

Não se esqueceram ainda os contratantes de prever a possibilidade da permanência, no patrimônio da Empresa, de algum imóvel, atribuindo à Bolsa de Imóveis do Rio de Janeiro o encargo de avaliar (cláusula 3.4).

Chegaram as partes contratantes à minúcia de fixar valor dos aluguéis de imóveis pertencentes aos 2.º e 3.ºs apelados ocupados pela Empresa (cláusula 3.1.1.).

Nada, absolutamente nada concernente à taxação do preço foi deixado ao arbítrio exclusivo de uma das partes, o que acarretaria a nulidade do contrato (art. 1.125 do CC).

Comentando o art. 1.125 do CC, assim se pronuncia Carvalho Santos (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. 16, p. 34, n. 2): “O arbítrio de um dos contratantes não pode prevalecer na compra e venda, que exige o consenso das partes sobre o preço, ou, no mínimo, sobre o modo eqüitativo de fixá-lo.”

No caso da avença *sub judice* foi o que ocorreu: houve um consenso expresso das partes sobre o modo eqüitativo de fixar o preço da transação.

Ainda Carvalho Santos (ob. e vol. cit., pp. 24 e 31) esclarece que “O contrato só tem existência quando as partes acordarem no preço, o que pressupõe a necessidade de ficar ele, por qualquer forma, determinado”, o que ocorre, também “quando é suscetível de ser fixado com os dados que se encontram no contrato”, sendo que “quanto à maneira de determiná-lo, à lei não interessa prescrever”, pois que “as partes são livres de escolher o critério pelo qual se decidirá o preço da cousa e se sujeitam, naturalmente, ao que convençionaram”.

Quanto ao elemento *consensus*, reza a cláusula 5 do contrato preliminar, literalmente: “este instrumento fixa as condições possíveis de compra e venda das ações, motivo pelo qual é irretroatável para os acionistas (os apelados), valendo como opção a favor do pretendente (o apelante), dentro do prazo de 30 dias fixados no item 4”.

Diante dos termos incisivos dessa cláusula contratual, inadmissível denominar-se de “simples protocolo de intenções” essa peça dos autos, que, em verdade, é um contrato preliminar unilateral *irretroatável* para os 2.º e 3.ºs apelados, como expressamente nele se consignou, estabelecida uma opção de compra a favor da apelante a ser exercida dentro em trinta dias.

Desde o momento em que firmaram o Contrato preliminar unilateral para a compra e venda de ações, os 2.º e 3.ºs apelados, ficaram, pelo prazo de 30 dias obrigados a vendê-las.

Já para o apelante, valia ele como uma “opção” a ser exercida, ou não, em igual prazo.

E assim, é que pensavam em verdade, ambas as partes contratantes, como se vê das cartas de fls., transcritas no relatório desta apelação.

Na missiva de fls., os apelados são categóricos, quando dizem que a compra e venda das ações se tornou definitiva, como o exercício da “opção” por parte da apelante.

Agora, por razões de interesse exclusivamente de ordem pessoal deles 2.º e 3.ºs apelados, procuram negar seus compromissos, fugindo de cumpri-los, esquecidos de que já afirmaram ser definitiva a transação.

Chiovenda, citado por Alcides Mendonça Lima (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 6.º, tomo 2.º, p. 757, n. 1.741), é incisivo ao apreciar a finalidade do compromisso de concluir contrato: “As partes não estipulam contratos pelo prazer de permutar declarações de vontade, mas em vista de certas finalidades, para cuja consecução estabelecem relações entre si”.

Não se deve olvidar, na interpretação da vontade das partes contratantes, a entrega, pela apelante aos apelados, da vultuosa quantia de Cr\$ 10.000.000,00 quando da assinatura do contrato preliminar. Não o fariam, por certo, se aquele documento fosse "simples protocolo de intenções".

Não menos infeliz o fundamento de que o pré-contrato não continha todas as condições do negócio, tanto que a minuta do contrato definitivo o alterou substancialmente.

A minuta, ainda que assim procedesse, não tinha, como não tem, força para alterar o contratado pelas partes, salvo se por ambas aceitas. Então, passaria ela, a minuta, a substituir, no que o inovou, o pré-contrato, e só no que o alterou.

Na verdade, a minuta pode ser tomada como tentativa, no caso frustrada, de uma ou de ambas as partes, de alterar, parcial ou totalmente o contratado, ao qual não afeta, por não acolhida pelas partes contratantes.

A apelante, com a ação em que é autora objetiva a condenação dos réus a fazer-lhe a entrega das ações objeto do contrato preliminar ou a transferência dos direitos a elas referentes dentro do prazo que foi fixado, sob pena do pagamento de multa de Cr\$ 500.000,00 por dia de atraso.

Exerceu a apelante, pela carta de fls., transcrita no relatório deste recurso, a opção que lhe fora assegurada, realizada, assim, a condição única a que se subordinava o contrato preliminar unilateral.

E isso mesmo reconhecem os 2.º e 3.ºs apelados, quando, em sua carta de fls., também transcrita no referido relatório, dirigiram-se à apelante, para informar-lhe admitir que a compra e venda das ações objeto do contrato preliminar unilateral tornara-se definitiva.

Daí em diante, não havia mais um contrato preliminar unilateral, apenas obrigando os 2.º e 3.ºs apelados a vender à apelante o grupo de ações que refere, se este manifestasse, dentro em trinta dias, sua concordância em comprá-las. Com essa manifestação positiva de parte da apelante, realizada estava a condição única a que se subordinava o pré-contrato unilateral, convertendo-se ele em um contrato preliminar bilateral, obrigando ambas as partes contratantes por todas suas cláusulas.

Perfeita a formulação da inicial, que comporta pedidos alternativos como se deduz do relatório desta apelação, merecendo acolhida sua pretensão de compeli-se os 2.º e 3.ºs apelados, quando invoca o art. 644 do CPC, dentro do prazo que for marcado e sob as penas pecuniárias pedidas, assinar o contrato definitivo de compra e venda, com a conseqüente entrega da coisa vendida.

Incontestavelmente, a sentença decisória da ação ordinária é condenatória e executiva, por força do que dispõe o art. 639 do CPC, que outra coisa não fez que manter esses efeitos da sentença proferida por fulcro no art. 1.006 do Código de Processo de 1939, na política da economia processual.

A isso José Frederico Marques (*Instituições*, vol. 5.º, p. 320, n. 1.257), citado por Mendonça Lima (ob., vol. e t. cits., p. 763, n. 757) chama de "condenação simultânea com a execução".

Como já foi dito, o elemento *pretium*, do contrato de promessa de compra e venda, deve ser determinado, mediante os elementos já prefixados pelas partes contratantes. Para isso, razoável é um prazo de trinta dias, a partir do trânsito em julgado deste acórdão. Isto feito, compete ao apelante efetuar o pagamento do restante do preço, na forma contratada.

Findo, pois, esse prazo de trinta dias, satisfeita a obrigação contratual por parte do ora apelante, deverão os 2.º e 3.ºs apelados fazer a transferência das ações vendidas à apelante. Não o fazendo aqueles, sujeitam-se ao pagamento a esta de uma multa, multa essa que foi expressamente pedida na inicial.

Dispõe o art. 644 do CPC que se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, sem distinguir, como o faz o seu art. 287, se fungível ou infungível, poderá o credor pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo Juiz.

Cabe ainda ao Juiz, como ensina Mendonça Lima (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 6.º vol., tomo II, p. 779, n. 1.802), fixar o prazo, seu início e o valor da multa, se essas medidas não estiverem previstas no contrato.

A finalidade da *astreinte*, como execução indireta, é a de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação de fazer, mediante a ameaça de uma pena sujeita a aumentos indefinidos, não tendo por limite nem mesmo o valor da própria obrigação.

Assim, para que a *astreinte*, atinja seu objetivo, da capitulação do devedor por não haver fortuna que possa resistir a uma pressão contínua e incessantemente acentuada, no dizer de Josserand, referido por Mendonça Lima (ob. e loc. cit., p. 776), a pena pecuniária não pode ser de valor meramente simbólico, e nem também exagerado.

Na fixação dessa pena, no caso concreto destes autos, é de levar-se em conta que a apelada já está no desembolso de Cr\$ 10.000.000,00, que, pelo contrato, se convertem em princípio de pagamento do preço da compra e venda. Conseqüentemente, o valor dessa multa deve superar em muito a soma da taxa da inflação e dos juros comuns, que incidiria sobre esse depósito, em um total nunca inferior a 4% ao mês, ou seja, mensalmente Cr\$ 400.000,00 e, diariamente, Cr\$ 13.333,33. Para que seja eficiente a medida da *astreinte*, no caso, a pena de multa deve ser fixada, não no valor pedido de Cr\$ 500.000,00, sem dúvida elevado, mas no de Cr\$ 50.000,00.

A apelada Distribuidora de Comestíveis "Disco" S/A figura no contrato preliminar de compra e venda de ações, que firmou, como interveniente, assumindo, assim, o compromisso de ter em seu poder a quantia de Cr\$ 10.000.000,00 a ela entregue pela apelante, nos termos da cláusula 8 do referido contrato, importância essa que se converteria em pagamento inicial aos 2.º e 3.ºs apelados, tornada efetiva a compra e venda das ações.

Logo, *contrarius sensus*, desfeita a transação, e somente se desfeita, teria ela interveniente, a ora 1.ª apelada, o direito a devolver a mencionada quantia à apelante.

Não houve, até então, o desfazimento do negócio, quer de forma amigável, quer judicialmente.

Lícito, assim, não era à 1.ª apelada recorrer ao pagamento por consignação, que somente tem força de pagamento se "concorrem, em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento" (CC, art. 974).

No caso, com relação à pessoa do devedor e ao tempo não concorrem os requisitos indispensáveis à validade do pagamento.

Assim é que o pagamento deve ser feito ao credor ou a seu representante legal (art. 943 do CC). E a apelante somente se tornaria credora dos Cr\$ 10.000.000,00 desfeito que fosse o negócio, o que não ocorreu.

Resulta daí, também, que, no que concerne ao tempo, o pagamento por consignação foi indevido. E isso porque a promissória representativa da dívida estava vinculada a um contrato, que somente a tornaria exigível pela apelante a partir do instante em que fosse desfeito o contrato preliminar.

A modalidade do pagamento do preço está prevista nas cláusulas 6.1 e 6.2, sendo que a primeira dispõe a conversão do depósito de Cr\$ 10.000.000,00 em pagamento inicial, enquanto a segunda fixa o número de prestações do restante do preço, seus valores percentuais e as datas dos respectivos pagamentos, nenhuma antes de passados sessenta dias do pagamento inicial, ou seja, da conversão do depósito de Cr\$ 10.000.000,00 nesse pagamento inicial, o que não se deu até então, dado aos obstáculos opostos pelos 2.º e 3.ºs apelados.

Não há, assim, que falar em descumprimento de parte da apelante, de sua obrigação contratual, pelo não oferecimento de qualquer parcela restante do pagamento do preço, sendo indevida, pois, a invocação, pelos 2.º e 3.ºs apelados, da *exceptio non adimpleti contractus* (fls.).

Já o teor do voto vencido é o seguinte (fls.):

"*Data venia* da eminente maioria, confirmo a sentença apelada, porque toda a matéria em tela nos autos está centralizada no aforismo jurídico — *Pacta sunt servanda* — cuja tradução é cumpram-se os pactos; os contratos devem ser observados."

Vale, por outro lado, notar que é um modo elegante de afirmar: "O contrato faz lei entre as partes."

Assim, o deslinde da controvérsia está em verificar-se: se há contrato, na sua expressão formal ou de pré-contrato.

Evidentemente, inexistente contrato formal, mas, tão-só, uma troca de escritos que objetivam a futura formação de um contrato que, frente à lei comercial, precisa conter: o objeto do contrato e o preço certo ou incerto e meramente resultante de operação aritmética.

Assim, emerge a necessidade de apurar-se: se a matéria está sujeita à disciplina do Direito Comercial ou Civil ou Processual.

Tenho, *data venia*, de quem pense o contrário, como certo que o problema é de Direito Comercial.

Carvalho de Mendonça J. X. no *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. I, nota 306 é expresso em proclamar a existência de atos de comércio por dependência, dizer: — “atos de comércio por dependência ou conexão promanam... das palavras do art. 18 do Título único anexo ao Código: obrigações sujeitas às disposições do Código Comercial e o art. 1.º do Regulamento n. 737.”

Adiante, na nota 360, do citado volume, ensina o clássico doutrinador:

“Existe uma série de atos que o comerciante pratica não no exercício normal de sua profissão, mas em virtude ou no interesse deste exercício.”

No caso enfocado, trata-se de compra e venda do controle acionário de estabelecimentos comerciais e ainda Carvalho de Mendonça, na nota 765, do mesmo volume, diz:

“O contrato de venda de estabelecimento comercial, operação mercantil, conforme dissemos no n. 956 supra, não pode deixar de ter forma escrita para regular as relações entre os contratantes. A tradição opera-se ordinariamente, com a verificação do inventário e mediante a entrega das chaves da casa, realizando-se assim a transferência de todos os elementos móveis corpóreos, que nela se acham. Se há imóveis no ativo, é da substância a escritura pública, devidamente transcrita, para que se opere a transferência da propriedade. De ordinário, a venda do estabelecimento comercial acompanha a cessão do contrato de locação. Sabe-se que na locação a prazo fixo, para a cessão é indispensável o expresso consentimento do locador (CC, art. 1.201, parágrafo único), a menos que o contrato originário — permita a transferência.”

Ora, está, deste modo expresso que a venda de estabelecimento mercantil é ato sujeito ao império do Direito Comercial.

Portanto, examinados os instrumentos que poderiam dar nascimento a um pré-contrato de compra e venda mercantil, verifica-se: a não fixação do preço, o que é relegado para a fase de aperfeiçoamento, por acordo de vontades, o que não ocorreu.

Ainda do exame dos instrumentos, resulta a existência, apenas, de provocação para apresentação do requisito essencial do preço, o que não aconteceu sob a forma de preço certo.

Por outro ângulo, sob o aspecto de preço incerto, na dogmatização do Direito Civil (CC, arts. 1.123 e 1.124) teria este resultar de simples operação aritmética e não de deslinde de futuras demandas; e, sob o prisma do Direito Comercial, mais tolerante que o comum, teria que atender-se ao art. 194 do CCom., que diz:

“Art. 194 — O preço da venda pode ser incerto, e deixado na estimação de terceiros; se este não puder ou não quiser fazer a estimação, será o preço determinado por arbitadores”.

Note-se que nos instrumentos não há a menor alusão a estimação de preço por terceiro, o que vale dizer: não é possível, após recusa ou impossibilidade, recorrer-se ao arbitramento.

Emerge, pois, que o requisito essencial do preço inexistente, o que torna o chamado pelo apelante de pré-contrato, um simples protocolo de intenções, como com exatidão batizou a sentença de primeira instância.

O ponto de vista aqui expendido tem total apoio, tanto no tocante ao Direito Civil, como ao Comercial, com o que ensina Carvalho de Mendonça, no *Tratado* citado, V, VI, 2.ª parte, Anotações 1, 2 e 3 à nota 621, p. 40, onde se lê:

O Cód. Civil permite às partes, ao invés de designarem logo este terceiro, prometerem designá-lo.

Parece que esta disposição não se pode admitir em matéria comercial, *ex vi* do art. 194 do CCom.

Este terceiro designado pelas partes não é um árbitro no sentido jurídico da palavra, escreve Pipia, "nem um *quid medium* entre o árbitro e perito, nem um amigável compositor, mas um mandatário" *proveritate* (*Trattato*, V, 4, n. 278). Este mandatário é comum, isto é, de ambas as partes. . ."

Nestas condições, fica a evidência que tanto o Direito Civil, como o Comercial não toleram compra e venda com preço incerto que teria de ser fixado, não pelas partes, ou por terceiro que indicassem, mas sim por *sui generis* sentença judicial de fixação de preço de compra e venda, o que viola o conceito de liberdade de contratar que é assegurado, contrário senso, pelo *Pacta sunt servanda*.

Finalmente, vale acentuar que a simples leitura do chamado pré-contrato de fls. dos autos de adjudicação compulsória que ora se integra no presente voto, desatende *in totum*, os preceitos de Direito Civil e Comercial, no que tange à fixação de preço incerto em compra e venda.

Portanto, é útil, embora em resumo, enumerar-se algumas das demandas que surgiram ou poderão surgir, da fixação final do preço, fazendo com que o apelante comprador ficasse com a posse da coisa vendida, tendo pago só dez milhões de cruzeiros, fazendo o que bem entenda, a espera de que a notória inflação da moeda tornasse vil o pagamento total da compra.

Nestas condições, a análise do chamado pré-contrato de fls. dos autos de adjudicação compulsória, com o objetivo de precisar-se algumas das ações que poderiam ser necessárias para a fixação final do preço que, *data venia*, não é nada determinável.

1.º) Ação ordinária para apuração do valor final das ações, com base no n. 3 que quer a situação líquida patrimonial da empresa;

2.º) Ação para fixação dos aluguéis prevista no n. 3.1.1;

3.º) Ação para apuração dos estoques da empresa pelo custo atual, prevista no n. 3.2;

4.º) Ação para apuração do passivo máximo exigível possibilitada pelo n. 3.3;

5.º) Ação para verificação se o máximo aludido no n. 3.4 foi ou não ultrapassado;

6.º) Ação para fixação da forma de entrega dos demais imóveis, aludida no n. 3.4.1;

7.º) E, etc., como qualquer pessoa afeita ao Direito poderá prever.

Por último, é de notar-se que o apelante poderá demandar a restituição da quantia que entregou em depósito, com correção monetária e juros.

Confirmo, pois, pelos fundamentos, a sentença apelada e mais, porque a hipótese é regulada, expressamente, pelos arts. 194 do CCom., e 1.123 e 1.124 do CC.

Houve embargos de declaração, que foram rejeitados pelo seguinte acórdão (fls.):

"Acordam os Juízes da 6.ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça, do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, rejeitar os presentes embargos.

Diz a embargante, textualmente: "Foi omissis, *data venia*, o acórdão por não haver declarado expressamente a improcedência do pedido da ação de adjudicação compulsória formulado contra a sociedade ora embargante e a consequência natural a sucumbência da apelante nessa parte que é sua condenação ao pagamento das despesas e dos honorários advocatícios, na forma do que preceitua o art. 20 e seus parágrafos do Código de Processo Civil".

Isso exposto, assim conclui a embargante a sua petição de embargos: "Pelo exposto, pede e espera a embargante que esta Câmara conheça do presente recurso e lhe dê provimento para tornar expressa a improcedência da ação de adjudicação compulsória contra a ora embargante e a condenação da vencida nas despesas e nos honorários de advogados".

Somente a um equívoco enorme pode-se atribuir a origem destes embargos. E isso porque bastaria uma simples leitura da inicial da ação de "adjudicação compulsória" para ver-se haver ela sido intentada apenas contra o 2.º e os 3.ºs apelados, e, nunca, contra a primeira apelada, ora embargante.

Supermercados Pão de Açúcar S/A foi claro, como não poderia deixar de ser, na inicial da referida ação, pedindo a citação de Antônio Amaral, o 2.º apelado, de Virgínia

Pereira e do Dr. Francisco Antonio Domingues Amaral, os 3.<sup>os</sup> apelados, "para os termos da Ação de Adjudicação Compulsória", bem como quando encerra esse seu petitório pleiteando a condenação somente daqueles réus.

No que concerne à ora embargante, o único pedido foi que ela se abstivesse de "praticar quaisquer atos que possam beneficiar os réus na qualidade de acionistas, passando a cumprir a sentença no que se referir à transferência das ações nominativas, eventualmente emitidas" (fls. da ação de adjudicação compulsória).

Foram interpostos, então, embargos infringentes (fls.), que, por maioria de votos, foram parcialmente recebidos por acórdão onde se lê:

"Acordam os Juízes do 4.<sup>o</sup> Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em rejeitar as preliminares de nulidade do acórdão e de intempestividade dos embargos, em decisão unânime, e, por maioria de votos, em receber parcialmente os embargos para que sejam os réus condenados à entrega das ações, dentro em 30 dias, sob pena de valer o acórdão como título de transferência, vencidos os Des. Abeylard Gomes e Moraes e Barros que recebiam integralmente os embargos.

Rejeita-se a preliminar de nulidade do acórdão. Não houve, da parte deste, condenação *extra petitum*. O pedido da ação de adjudicação é a entrega ou transferência do direito sobre as ações, sob a cominação de uma multa. Ora, o acórdão embargado, considerando que essa transferência se há de realizar através da assinatura do contrato de compra e venda definitiva, a qual constitui obrigação de fazer dos promitentes vendedores, a ela os constrangeu mediante a imposição de uma pena pecuniária.

E nenhuma incerteza gera o acórdão embargado. O instrumento do contrato de fls. contém os elementos fundamentais da compra e venda, civil ou comercial. Bastaria que o instrumento do contrato definitivo contivesse tais elementos. E nada impede que, até então, permaneça o preço indeterminado, mais determinável, como se acha.

Rejeita-se a preliminar de intempestividade dos embargos. São conexas as ações de consignação do pagamento e da adjudicação compulsória. A *causa petendi* delas (remota, se se quiser) é uma só: o contrato preliminar de compra e venda das ações. Não é nem o depósito, nem o mútuo. Depósito propriamente não houve, inclusive porque depósito de coisa fungível é mútuo; aliás, é a embargada que afirma que iniciou assim o pagamento do preço. Nem a 1.<sup>a</sup> embargante recebeu, por empréstimo, da embargada os 10 milhões de cruzeiros. Se mútuo acaso houve, foi celebrado entre os acionistas e a 1.<sup>a</sup> embargante, a quem interessava ter desde logo o numerário, possivelmente para atender despesas inadiáveis.

Mas a conexão que enseja o litisconsórcio não é a conexão entre pedidos, de modo que não se pode cogitar de litisconsórcio quando, como no caso vertente, as ações é que são conexas. Pressupõe o litisconsórcio a existência de co-autores ou de co-réus, a pluralidade de partes, por conseguinte a mesma ação, e neste caso trata-se de autor de uma ação e réus de uma outra. Acresce que o litisconsórcio, na ação de adjudicação compulsória, foi rejeitado pelo acórdão embargado, que a considerou procedente apenas contra o 2.<sup>o</sup> e 3.<sup>o</sup> apelantes, o voto vencido não contemplou a questão e o julgamento dos embargos de declaração, que foi unânime, repeliu também o litisconsórcio, ressaltando que o 1.<sup>o</sup> embargante não foi réu na referida ação.

Por tais razões não poderiam os embargantes merecer o favor do art. 191 do CPC: contagem em dobro do prazo para recorrer.

Ocorre que entre a hipótese prevista nesse artigo (litisconsórcio com diferentes procuradores) e a que se configura nestes autos (ações conexas em que têm o autor de uma delas e os réus da outra interesses comuns, sendo representados por procuradores diferentes e ambas as ações sendo julgadas na mesma sentença e mesmo acórdão) há fundamento jurídico idêntico, de sorte que a analogia (permitida pelo art. 126) se impõe. Não havendo conexão de pedidos, senão de ações, não existindo litisconsórcio, senão comunhão de interesses entre partes das ações, por analogia aplica-se o art. 191 citado e conta-se em dobro o prazo para recorrer.

E recebem-se parcialmente os embargos para, ao invés de condenar os réus à assinatura do contrato definitivo, dentro em 30 dias, sob pena pecuniária, condená-los à entrega das ações, nesse mesmo prazo e nos termos estritos de um dos pedidos formulados na "ação de adjudicação compulsória" (entrega das ações ou transferência dos direitos a elas refe-

rentes, dentro em determinado prazo, sob pena de pagamento de multa) valendo, no caso contrário, o acórdão como título de transferência delas.

O instrumento, que consta das fls. dos autos, registra manifestação de vontade das partes quanto ao acordo que celebram ("deliberaram reduzir a escrito, como de comum acordo e intenção e vontade manifestadas por cada uma delas...", preâmbulo), menciona a coisa (97% das ações... cláusula 1) e indica o preço, que é o preliminar de 40 milhões de cruzeiros (cláusula 2) e o "final que resultará da apuração da efetiva situação líquida patrimonial da empresa" (cláusula 3); o preço determina-se na base de certos critérios que as cláusulas 3.1 a 3.4 mencionam cuidadosamente.

Entregou uma das partes à empresa, de que as outras partes são acionistas, de 10 milhões de cruzeiros, contra uma nota promissória emitida pela empresa e avalizada pelos referidos acionistas, depósito que se converteria em pagamento inicial e parcial do preço quando a compra e venda se aperfeiçoasse.

Impossível assim admitir hajam as partes, que manifestaram as suas vontades em consonância com as suas intenções, conforme expressamente disseram para o fim de proclamar a autenticidade do negócio impossível admitir hajam as partes firmado "um simples protocolo de intenções" ou projeto de acordo — expressões que, aliás, não têm o menor sentido jurídico.

É verdade que, em certas cláusulas, está previsto um "acerto" futuro e por isso se pretendeu que não há nenhum contrato. Mas o contrato se aperfeiçoa desde que haja o consenso relativamente aos elementos essenciais (*essentialia negotii*). "Os elementos essenciais ou *essentialia negotii* formam o núcleo fundamental do contrato. São indispensáveis. Está neles a essência do acordo" (Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 3.<sup>a</sup> ed., 1965, p. 210).

Esse acordo, e não aquele "acerto", é que é fundamental, e suficiente. Não se pode assim pretender que a eventual falta de acordo sobre os elementos acessórios do contrato, ao qual ulteriormente se chegaria, signifique não tenha havido acordo acerca dos elementos essenciais. "Os elementos naturais (*naturalia negotii*) chamam-se assim porque a lei os reputa conforme com a natureza do contrato, mas não indispensáveis para a sua existência material e validade jurídica "e" os elementos acidentais (*accidentalialia negotii*), chamados corretamente "cláusulas acessórias", não fazem parte do conteúdo necessário nem do conteúdo normal do contrato" (Inocêncio Galvão Telles, op. cit., pp. 211 a 213).

Aliás a doutrina, não apenas a brasileira, senão também a alienígena, propende no sentido de assentar que para a obrigatoriedade, assim do contrato preliminar, como do definitivo, basta que as partes estejam de acordo quanto aos elementos fundamentais do contrato. ("Da notare che la promessa non produce l'obbligazione se non quando sia completa, cioè contenga tutti quelli che saranno gli elementi essenziali del futuro contratto definitivo, cosicchè tutto sia predisposto per l'accordo delle dichiarazioni di volontà", Ludovico Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, p. 139; "Une fois l'accord réalisé sur les points essentiels, les clauses accessoires doivent être établies, conformément à la loi et à l'usage"... "Pour que la réponse d'acceptation forma avec l'ensemble des pourparlers antérieurs un contrat, il faut qu'il y ait entente sur des points essentiels du contrat"... "il n'y a donc pas vente s'il n'y a pas eu entente sur le prix ou détermination de tous les objets du contrat... Mais s'il y a entente sur ces deux points, cela suffit...". René Demogue, *Traité des Obligations en général*, I, t. II, pp. 232-234). O problema da formação progressiva do contrato, que se equaciona particularmente em relação aos contratos preliminares, contemplou Carnelutti, e resolveu-o no sentido de que o contrato surge desde o momento em que as partes acordam sobre o seu *contenuto minimo*, a menos que elas subordinem a eficácia do acordo ao acordo quanto aos elementos acidentais: "soltando perchè ciò sia, deve essere chiaramente manifestata la volontà di subordinare la efficacia del contratto, ormai formato, all'avverarsi di tale condizione", uma condição suspensiva ("Formazione progressiva del contratto", *Rivista di diritto commerciale*, vol. XIV, P. seconda, pp. 308 e segs.). "Ho cercato di dimostrare che, una volta avvenuto l'accordo sui punti essenziali, la riserva sui punti accessori non impedisce o sospende la formazione del contratto... ("Ancora sulla formazione progressiva del contratto", *Rivista di diritto commerciale*, vol. XV, P. prima, p. 339).

Em verdade, havendo o consenso relativamente aos elementos essenciais do contrato, considerado o seu tipo, o contrato se reputará formado, nada obstando a circunstância de faltar o acordo acerca de elementos acessórios, bastando que sejam estes ulteriormente

determináveis: “El contrato preliminar, para existir y ser válido, há de reunir los requisitos necesarios para los contratos en general, siendo necesario que en él se indique la especie del futuro contrato definitivo; pero no que sean igualmente determinados todos los elementos específicos del contrato mismo, bastando la posibilidad de su determinación ulterior” (Jaime Santos Briz, *La contratación privada*, 1966). E, na doutrina brasileira: “Também em qualquer contrato, pode certo ponto, inclusive essencial, ser reservado para solução ulterior, desde que haja critério prestabelecido, ou que não fique, de qualquer modo, a dependência de arbítrio unilateral (Darcy Bessone, *Da compra e venda*, p. 114). Vede ainda acórdão na apelação cível 90.170, 1975, do qual foi Relator o eminente Des. Olavo Tostes, e em que se ressalta que “há quase unanimidade da opinião de que, para a obrigatoriedade do contrato preliminar, basta que os contraentes tenham se posto de acordo sobre os elementos fundamentais do contrato”.

Ora, no caso vertente, não se subordinou a eficácia do consenso à ultimação do acordo sobre pontos não essenciais, os quais, de resto, são suscetíveis de determinação: a do preço, mediante a intervenção de terceiro, ou terceiros, peritos, contabilistas, que apurem a “efetiva situação líquida patrimonial da empresa” (cláusula 3), o passivo exigível; a da fiança (cláusula 7.2.1) através da oferta de fiador idôneo, nos termos da lei civil; a dos alugueis dos imóveis de propriedade dos acionistas mercê da invocação aos usos e costumes, ou ao arbitramento. No caso vertente não ficou a determinação de tais elementos acessórios a critério de uma das partes exclusivamente — essa seria a impossibilidade jurídica, que acarretaria não a invalidade, mas a inexistência do contrato. Configura-se a presença de todos os elementos imprescindíveis, o consenso, a coisa e o preço, estabeleceu-se a obrigação de transferir a propriedade de bens determinados e a do pagamento do preço correspondente. E porque se previu a celebração de um contrato definitivo, compreensivo também de outras obrigações (cláusula 7.), intitulou-se o instrumento corretamente de “contrato preliminar para compra e venda de ações”.

Irrelevante a circunstância de haver a empresa emitido e entregue ao promitente comprador uma nota promissória, ao receber os 10 milhões de cruzeiros — empresa da qual os promitentes vendedores tinham 97% das ações e eram diretores. O procedimento não revela a incerteza ou precariedade do negócio, por isso que, vinculado o título ao negócio, visava precisamente a reforçá-lo, propiciando ao promitente comprador uma garantia, no caso de seu arrependimento.

Demais, a assegurar, o cumprimento das obrigações assumidas, convencionaram as partes que o contrato “é irratável para os acionistas, valendo como opção para o pretendente, no prazo de 30 dias” (cláusula 5). Previu-se, pois o direito de arrependimento para uma das partes, a promitente compradora, e tanto assim é que se lhe assegurou o “direito de, a seu critério, renunciar à aquisição”, mediante a devolução da quantia depositada (cláusula 9).

O direito à aquisição, que era suscetível de renúncia, o promitente comprador manifestou dentro do prazo (fls.) e, em consequência, reconheceram os promitentes vendedores que, então, a compra e venda preliminar se tornara definitiva (carta de fls.), essa mesma compra e venda que pretendem eles agora que não exista. Que faltava apenas? A mera formalização do contrato, a redação do instrumento que inclusive dispusesse acerca dos direitos e obrigações acessórios da compra e venda. Também reconheceram os promitentes vendedores que, naquele momento, desaparecendo a incerteza que pendia sobre o contrato, oriunda da possibilidade de arrependimento de parte do promitente comprador, e tornando-se assim definitiva a compra e venda, bastaria somente, para comprová-la, redigirem as partes o instrumento adequado. Eis a razão pela qual nas cartas de fls., os promitentes vendedores referem “formalizar a compra e venda”, “formalizar o negócio”.

A rigor, portanto, nesse momento, os 10 milhões de cruzeiros, que se achavam depositados em poder da empresa, converteram-se em pagamento inicial do preço. A ação de consignação, ajuizada pela empresa, não podia, pois, senão ser considerada improcedente, por essa razão, e porque a devolução da quantia correspondente cabia apenas na hipótese da renúncia à aquisição por parte do promitente vendedor, a qual se não verificou. Os promitentes vendedores não podiam retratar-se.

Ultimada, a compra e venda e paga uma parte do preço, ficando o pagamento do restante na dependência da aplicação dos critérios referidos, uma vez que o promitente comprador ressalvou desde logo o direito dos promitentes vendedores “de receber o saldo

do preço final" (fls.), impunha-se a estes a prestação do fato relativo à entrega das ações ou a transferência do direito a elas referente (pedido formulado nas fls. da petição inicial).

No direito vigente incumbe ao credor o direito a exigir o desempenho direto da obrigação de fazer, ou as perdas e danos. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumpriu a obrigação, a outra parte, sendo isso possível ou não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado (art. 639 do CPC). A opção, diante do desempenho direto ou das perdas e danos, incumbe ao credor, não ao devedor, porque a obrigação não se convencionou como alternativa. Da prestação de fato ou do pagamento das perdas e danos se exime o devedor somente se demonstrar a impossibilidade de cumprimento da obrigação.

Essa demonstração não foi feita.

Há, pois, de se atender um dos pedidos do autor, a entrega das ações, que se deve realizar dentro em 30 dias, sob pena de produzir a decisão judicial o mesmo efeito do contrato

Recebem-se parcialmente os embargos tão-somente para reformar o acórdão embargado quanto à condenação, que se impôs ao réu da ação de adjudicação compulsória, a assinar a escritura definitiva, e a fazer a transferência das ações, sob pena pecuniária.

A condenação à entrega das ações não exclui a assinatura do instrumento do contrato, a presente decisão judicial não substitui esse instrumento. Não se ordena aos embargantes assinarem-no, porque se reconhece que, dentro no prazo mencionado no acórdão embargado, possivelmente não estariam ainda determinados os elementos do acordo, que faltam — nesse particular acolhem-se as considerações e os argumentos expendidos nos embargos. Ao invés de se condenarem os embargantes a assinar o contrato definitivo e a fazerem, dentro de 30 dias, a transferência das ações, sob cominação (elementos já determinados e elementos por se determinar) (*plus*), tão-somente se condenam os embargantes à entrega das ações (elementos já determinado) (*minus*), valendo a decisão judicial como título que legitima a transferência, ou produz o mesmo efeito do contrato. Legitima a transferência e produz o mesmo efeito do contrato mas não supre a sua formalização: "Não é que a sentença *vaudra pour contrat*, na linguagem de Pothier. Apenas servirá para integrar o instrumento que deve ser lavrado ou para conseguir bem cuja entrega independa de qualquer outra formalidade, que não seja apenas o recibo... Não é a sentença, por si própria, que produz o mesmo efeito do contrato, qual seja o definitivo. O mesmo efeito é o decorrente da declaração da vontade do réu-vencido a ser inserto no instrumento definitivo, por via da sentença se indispensável (escritura de compra e venda), ou se necessário para qualquer outro ato, que prescinda de formalidade especial — autorização para entrega de bem móvel em poder de terceiro adquirido pelo autor do réu" (Alcides Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*, VI vol., t. II, pp. 759-760) (fls.).

A fls., encontram-se os dois votos vencidos, cujo teor é este:

"Fiquei vencido porque recebi os embargos para reformar o acórdão embargado e restabelecer a sentença do dr. Juiz de 1.º grau, que julgou procedente a ação de consignação em pagamento e improcedente a de adjudicação compulsória.

Com a devida vênia da douda maioria, entendo que o contrato celebrado entre as partes, que deu origem ao litígio, não pode ser considerado *contrato preliminar*, de molde a ensejar execução compulsória, nos termos do art. 639 do CPC.

Na doutrina alemã os contratos preliminares têm o nome de *Vorvertrag*, na italiana *contratti preliminari*, e na francesa *avant-contrats*. No direito romano chamavam-se de *pacta preparatoria*, *pacta de contrahendo*.

Os eminentes advogados das partes litigantes, os jurisperitos que emitiram pareceres para esclarecimento dos julgadores e o erudito acórdão da lavra do douto Des. Ebert Chamoun, citaram opiniões de juristas alienígenas a respeito da natureza e da essência do contrato preliminar.

Prefiro, entretanto, ficar com a prata da casa, com a opinião do grande tratadista J. X. de Carvalho Mendonça, que "o contrato preliminar deve conter exatamente as cláusulas do contrato futuro, a cuja formação tende, para que na ocasião de ser aperfeiçoada a conclusão deste último, não surjam dificuldades e dúvidas". Mais adiante Carvalho de Mendonça enfatiza: "Parece singular que as partes ao invés de concluírem definitivamente o contrato, o adiem firmando contrato preliminar. Neste contrato, fixa-se, entretanto, o

acordo final das partes, que por motivos de conveniência ou de necessidade, não pode assumir desde logo a forma definitiva. Não há mais dúvidas sobre o contrato e por isso as partes querem ter a segurança de vê-lo realizado, amparando a possibilidade de fraudes e de prejuízos. O contrato preliminar é um contrato autônomo."

O contrato preliminar, gênero de que o contrato de promessa é a espécie, deve conter no seu bojo todas as cláusulas constantes do contrato definitivo; vale dizer, o contrato definitivo já deve estar modelado, plasmado no antecrato.

Só há contrato preliminar se as negociações referentes ao contrato definitivo já foram completadas e o contrato definitivo não é celebrado por uma razão de outra ordem, como por exemplo, não poder uma das partes desembolsar a importância que o contrato definitivo requer.

A *contrario sensu*, se para a celebração do contrato definitivo ainda há pontos em aberto, não se pode falar em contrato preliminar ou contrato de promessa.

Se as negociações ainda não estão findas, é mister que haja acordo sobre os pontos do contrato, mesmo não essenciais, porque às vezes é difícil saber quais os pontos essenciais e quais os pontos não essenciais.

O contrato que deu origem à demanda e que se acha à fls. dos autos da ação de adjudicação compulsória foi denominado pelas partes de contrato preliminar para a compra e venda de ações.

O eminente Relator deu relevo a isso.

Mas o *nomen juris* com que as partes tratam o instrumento celebrado é de somenos, o que importa é examinar o conteúdo do contrato, a sua amplitude e a sua essência.

Que diz o referido documento?

Começa por explicar que as partes reduziram a escrito sua intenção e vontade "*rati-ficando entendimentos que estão realizando*".

Quer dizer, as negociações não eram pretéritas, mas continuariam se processando até a lavratura do contrato definitivo.

Depois de estabelecido o preço preliminar da compra e venda das ações, constou do documento que "os imóveis de propriedade dos acionistas que estão atualmente pagos pela empresa, serão objeto de novos contratos de locação comercial, fixando-se desde logo o prazo de 10 anos, e como valor do aluguel a percentagem de 1,1/2% sobre as vendas das lojas existentes nos aludidos imóveis, com um aluguel mínimo a ser estipulado".

Aqui já há uma questão que só poderia ser resolvida no contrato definitivo: o aluguel mínimo dos referidos imóveis, aluguel esse que deveria resultar do consenso das partes.

Mais adiante, também se fala que "os demais imóveis deverão ser entregues aos acionistas mediante forma de direito a ser estudada".

Evidentemente, essa forma tinha de ser estudada em conjunto pelas partes contratantes.

A matéria transcendeu do contrato provisório, deferida que foi para o definitivo.

O contrato é condicional, tanto que diz a cláusula 6 "se a compra e venda das referidas ações vier a ser aperfeiçoada" e a cláusula 7 é expressiva: "do contrato definitivo de compra e venda das ações a ser celebrado, se nos termos dos itens seguintes vier a ser aperfeiçoada a compra e venda das ações, constarão cláusulas".

Uma dessas cláusulas era a pretendente garantir com fiança idônea e capaz, todas as obrigações que viesse a assumir para com os acionistas.

Na parte final consta que a importância de Cr\$ 10.000.000,00 paga contra a entrega de uma promissória contra a empresa e avalizada pelos acionistas converter-se-á em pagamento inicial aos acionistas "na contingência do aperfeiçoamento da compra e venda das ações aqui referidas".

A própria redação do contrato leva à conclusão de que a transação ali estipulada, poderia ser ou não aperfeiçoada, dependendo do êxito de futuros entendimentos.

Aperfeiçoar, diz Aurélio Buarque de Holanda no seu Novo Dicionário, é *acabar com perfeição, concluir com esmero, completar, perfazer*.

O douto Relator impressionou-se com o fato de constar do instrumento que ele era irrevogável para os acionistas, mas essa irrevogabilidade tem de ser apreciada em termos.

Não pode ser considerada como irrevogabilidade ou imutabilidade.

No meu entendimento, o contrato era irrevogável para os acionistas, porque não podia ser por eles alterado nos pontos em que houvera acordo.

Admitir-se o contrário, seria colocar uma das partes à mercê da vontade da outra, que imporia as suas condições, tanto mais que muitos pontos importantes ficaram em aberto para serem resolvidos no contrato definitivo.

Por exemplo: a entrega de determinados imóveis da empresa aos acionistas, mediante forma de direito a ser estudada.

Essa é uma cláusula de grande importância, porque influi obviamente até no preço da transação.

Parece que foi ela o pomo da discórdia, tornando inviável a assinatura do contrato definitivo, porque uma das partes subestimava o valor desses imóveis e eram eles superestimados pela outra.

Que o contrato *sub judice* era provisório, di-lo em letras redondíssimas a cláusula 4: "a pretendente deseja e os acionistas concedem o prazo de trinta dias, contados desta data, para as apurações prévias e preliminares dos valores indicados nos pressupostos referidos no item 3, prazo dentro do qual os acionistas não poderão praticar qualquer ato que desfigure os pressupostos referidos, nem oferecer a venda, alienar e ou onerar as ações de que são titulares".

Expirado esse prazo, poderiam os acionistas dispor das ações.

Dir-se-á que isso foi antes do exercício da opção por parte da pretendente, pois os próprios acionistas, em carta escrita a 2 de outubro de 1974, admitiram expressamente que o exercício da opção tornara definitiva a compra e venda das ações.

Não é possível interpretar literalmente esse documento, dando exagerado valor às suas palavras.

A letra mata e o espírito vivifica.

Obviamente a compra e venda não poderia ter se tornado definitiva, porque nem sequer houvera a compra e venda, tanto assim que era pedida a remessa da minuta do contrato de compra e venda "para o indispensável exame".

*Tollitur questio!*

Estamos diante de um negócio jurídico comercial.

Isso é o óbvio ululante.

O Código Comercial no art. 191 estabelece que "o contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado, logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e mais condições".

Não se presumindo na lei a existência de palavras supérfluas, conclui-se que não basta o consenso quanto à coisa e ao preço, mas é necessário ainda que as partes estejam acordos no que respeita às restantes condições do negócio: "não outras cláusulas" como explica Pontes de Miranda.

No caso vertente não houve acordo a respeito de diversas questões que ficaram em aberto para serem dirimidas no contrato definitivo, importando criação de uma rede bastante complexa de direito e obrigações recíprocas, de prestações e contraprestações de várias naturezas.

Como bem salientou o Dr. Juiz, transformar um contrato provisório em definitivo através de sentença significaria negociar pela parte, violentando-lhe a vontade.

O contrato objeto do litígio, di-lo a cláusula 5, fixa as condições possíveis de compra e venda das ações, quer dizer, as condições sobre as quais já haviam acordado as partes e que sucessivos entendimentos haveriam de completar até a lavratura do contrato definitivo.

Mas a verdade é que as partes se desavieram e o contrato definitivo tornou-se inviável.

Há contratos e contratos.

O contrato celebrado entre as partes não pode ser apreciado da maneira simplista por que o fizeram o acórdão embargado e o acórdão da lavra do eminente Relator dos embargos.

Regras indiscriminadamente aplicadas conduzem a soluções iníquas e até absurdas.

O referido contrato é complexo por envolver uma transação vultosa entre duas poderosas redes de Supermercados, uma do Rio e outra de São Paulo.

Basta dizer que o sistema operacional da Distribuidora de Comestíveis "Disco" S/A, abrange trinta e seis lojas instaladas e em pleno funcionamento, depósitos e oficinas nos seus respectivos contratos de locação em pleno vigor, bem como todos os equipamentos e máquinas que neles se encontram, veículos e outras dependências ou implementos.

O acórdão recebeu parcialmente os embargos para que sejam os réus condenados à entrega das ações, dentro em trinta dias, sob pena de valer o julgado como título de transferência.

Diz o acórdão: "a condenação à entrega das ações não exclui a assinatura do instrumento do contrato, a presente decisão judicial não substitui esse instrumento. Não se ordena aos embargantes assinarem-no porque se reconhece que dentro do prazo mencionado no acórdão embargado possivelmente não estariam ainda determinados os elementos do acórdão que faltam — nesse particular acolhem-se as considerações e os argumentos expendidos nos embargos".

É a própria maioria quem reconhece as insuperáveis dificuldades para ser celebrado o contrato definitivo, uma vez que há um dissenso irremediável entre as partes.

O julgado é contraditório e afigura-se-me inexequível, porque determina *tout court*, que as ações sejam entregues no prazo de trinta dias.

Tudo indica que na espécie não se trata apenas de ações ao portador que se transferem pela simples tradição, mas de nominativas que se transferem *ex vi legis*, por termo lavrado no livro de transferência das ações nominativas, datado e assinado pelo cedente e cessionário ou seus legítimos representantes.

*Ex positis*, recebi os embargos para julgar improcedente a ação de adjudicação compulsória e procedente a consignatória, subsistente o depósito e efetuado o pagamento a que o mesmo se refere, condenada a vencida nas custas e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor de cada uma das ações.

Abeylard Pereira Gomes — Desembargador Substituto.

## VOTO VENCIDO

Com o permanente e sempre alto respeito aos eminentes juízes que compuseram a douta maioria vencedora, dela, entretanto, ousamos divergir, para receber integralmente os embargos, de modo a que, por inteiro, prevaleça a sentença do ilustrado juiz de primeiro grau, de fls.

Inicialmente, subscrevemos sem restrições o lúcido voto do erudito Des. Abeylard, fazendo nossas as suas razões.

Cumpra salientar, como primeira consideração, que embargantes são a empresa "Disco" e seus sócios e que a empresa "Pão de Açúcar" não embargou e nem poderia fazê-lo, eis que, por maioria, foi a vitoriosa quando do julgamento da apelação, a da sentença de fls., que julgou conjuntamente as ações opostas de consignação e de adjudicação compulsória.

Não poderia, por isso, a decisão dos presentes embargos reformar *in peius* o acórdão da Sexta Câmara Cível, fazendo-o em proveito da embargada. É que houvera condenação *ultra petita* da Sexta Câmara Cível, ao determinar a assinatura da escritura, o que não fora pedido, bem como ao impor cominação sequer sugerida. Por esses defeitos do acórdão, votaria por sua anulação e somente não o fiz, porque julgaria o mérito a favor dos embargantes, sendo minha atitude validada pelo disposto no § 2.º do art. 249 do CPC.

O pedido da embargada, feito a fls. da ação de adjudicação compulsória, foi atendido com ampliação pelo acórdão de fls. Fora pedida apenas a entrega das ações ou a transferência dos direitos a elas relativos. O julgado embargado, entretanto, condenou os embar-

gantes a assinar o contrato definitivo de compra e venda das ações, a transferir para os vencedores os mesmos títulos e ainda pelo eventual não cumprimento ou retardamento cominou multa que não foi pedida.

Este Quarto Grupo, entretanto, por maioria, reformou o acórdão embargado, tornando-o ajustado ao pedido da vencedora da apelação, beneficiando-a, pois que validou, sem que lhe fosse pedido, julgado nulo por conceder mais do que lhe fora pedido.

É tranqüilo em doutrina que é problema exclusivamente de direito e não de fato a classificação de um negócio jurídico. Assim sendo, parece-nos inabonável a solução encontrada de consagrar-se como pré-contrato e não como simples registro de tratativas o escrito de fls. Não contém os elementos essenciais do contrato prometido, para que o juiz possa prestigiar o negócio jurídico acertado. É o escrito simples tratativa, situação que se não confunde com a do pré-contrato.

Simple "protocolo de intenções", mero "projeto de acordo", não é ainda o pré-contrato, na sua conceituação doutrinária e jurisprudencial. No caso presente, em várias passagens e cláusulas do escrito de fls., se previa o acordo futuro. Tais acordos futuros, para encher os vazios de vontade e de declaração não podem ser preenchidos pelo julgador, nem, no caso, se oferecem critérios já certos e determinados para preenchê-los ou completá-los. Há mais do que pontos incertos ou cambiantes: há pontos inexistentes. Há verdadeiras cláusulas em branco, isto é, sem conteúdo já fixado, sem o necessário acertamento. Esses vazios contratuais o juiz não pode encher. Nesses silêncios e diferimentos, não pode prover o juiz.

A promessa de concluir o contrato, como quer o art. 639 do CPC, quando sanciona o promitente inadimplente, não é e nem pode ser a obrigação de concordar com o que se quer impor, a de executar o conteúdo de cláusulas de conteúdo não estabelecido, mas tão-somente a de firmar o ato jurídico prometido, mas tal qual foi prometido, sem ampliações, reduções ou alterações. Tendo o contrato suas condições, os elementos acidentais valem aqui tanto quanto os essenciais. Não se impõem nem se presumem condições.

Existiam no escrito condições a definir, cláusulas a encher, não podendo o julgador consagrar o que está por acertar, o que expressamente depende de futuro entendimento e de apreciação e valoração de dados ainda não colhidos. Se assim o fizer, estará o juiz contratando pelas partes, o que é grosseiro desvio de função e vício insanável do julgamento, pois que se terá imposto em substituição às vontades necessariamente de se colher das partes, emitindo, como acabadas e perfeitas, declarações de vontade que elas não fizeram.

Sabe-se que a compra e venda, civil ou mercantil, somente é válida quando certas as partes a respeito da coisa, preço e condições. Não houve, no caso, um geral ou completo acertamento. As ações seria atribuído um valor. Dependeria o seu preço da prévia verificação da situação patrimonial da empresa embargante. Pode, como se sabe, qualquer comprador ou vendedor discordar dos valores que vierem a ser atribuídos a um patrimônio, já que a verificação bem que pode aviltá-lo ou inflá-lo. Incerto o preço da venda, discutível o seu montante, como é que pode ser vislumbrado um acordo sobre ele? E que coisas seriam alienadas? Somente as ações? Que imóveis ou bens de outra natureza permaneceriam no patrimônio da empresa e quais os que dele seriam excluídos? Por que preço seriam locados os imóveis não alienados e que continuariam servindo de base geográfica aos diversos estabelecimentos da empresa? Não havia também ainda qualquer acordo a respeito da fiança e do fiador. Não sendo certos a coisa, o preço e as condições, como outorgar-se a adjudicação compulsória? Era muito complexa a negociação.

Incerto o que seria vendido, incerto o montante do preço e não determinadas as condições cogitadas, é profundamente temerário prover sobre o que é tema de vontade das partes e tão-somente delas. Que critérios terá o juiz, para arrolar bens como compreendidos na venda futura das ações? Como impor-se o preço como sendo o certo, se dependente de condicionantes? Como impor o juiz um fiador e fixar os limites dessa garantia? Seriam, para os dois acórdãos proferidos neste feito, os dez milhões de cruzeiros o pagamento inicial do preço, ou melhor, uma sua parcela. E as outras? Quanto seriam e em quanto montariam? Como e quando se pagariam as outras, ou o restante, se parcelamento não houver? Qual seria mesmo o montante do preço, se não estão certas sequer as coisas alienadas nem concluídas as verificações do patrimônio da empresa alienada?

Ainda que estivessem absolutamente certas as coisas, as condições e o preço da venda, o que, no nosso entender, não ocorre, ainda aqui, com o devido respeito, decidiui contra a lei a maioria do Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Com efeito, mandou este Colégio simplesmente que os vendedores entregassem a coisa, sem que o comprador pague o preço, de resto ainda não determinado, não conhecido, mesmo que fosse determinável, à vista de elementos constantes do escrito de fls.

Para nós, esse preço é desconhecido, indeterminado, sem possibilidade de acertar-se, dado o conjunto de coisas remetidas para futuro entendimento entre as partes. Entendemos, por isso, haver o julgado deste Grupo violado o art. 1.092 do CC, porque, mesmo que existisse contrato, pré-contrato, ou o que fosse, não poderia o juiz determinar a entrega da coisa vendida, sem que fosse pago o preço. Determinou o Grupo, ao confirmar a maioria da Câmara, que era válida a venda de coisa não bem determinada por preço incerto e que o contrato vislumbrado fosse cumprido por uma parte, sem a contraprestação da outra.

A esse acórdão opuseram-se embargos de declaração que, ainda por maioria de votos, foram rejeitados nos termos do voto do Relator, *verbis*:

“Acordam os Juizes do 4.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em rejeitar os embargos, vencido o Des. Moraes e Barros que os recebia em parte para declarar que as condenações constantes do acórdão não abrangem os pontos sobre os quais não haviam ainda chegado a acordo os pré-contratantes; e o Des. Abeylard Gomes, no mesmo sentido e, também, para esclarecer que não foi imposta pena pecuniária no acórdão.

Não há obscuridade no acórdão embargado, que proclamou que o ato jurídico realizado é uma verdadeira compra e venda, não tendo as partes apenas assinado respectivo instrumento no qual se referissem os elementos acidentais do contrato. A pena pecuniária foi excluída, porque o acórdão serve de título à transferência das ações e ainda por causa da especial natureza jurídica desses bens. E acentuou-se que foram os embargantes condenados à entrega das ações, valendo a decisão judicial como título que legitima a transferência e produz o mesmo efeito do contrato e se esclareceu a seguir, mediante a citação de doutrina, que “não é que a sentença valha como contrato, apenas integra o instrumento que deva ser lavrado, ou para conseguir bem cuja entrega independa de qualquer outra formalidade, que não seja apenas o recibo...” (fls.).

Não há contradição no acórdão embargado. Proclamou-se que a compra e venda se ultimou porquanto foram presentes os seus elementos essenciais. Reconheceu-se que lhe faltam elementos meramente acidentais, sua ausência não obstando à obrigatoriedade do contrato.

Não há omissão no acórdão embargado. Está patente que não caducou a obrigação de contratar, pelo fato de não haver sido assinado o instrumento do contrato. Não se confunde a obrigação oriunda de um contrato (que é efeito essencial dele) com o dever, que acaso assumem as partes (efeito circunstancial) de assinar o instrumento desse contrato. E claro é que subsiste aquela, malgrado haver sido ultrapassado o prazo oposto ao cumprimento desta.

Não houve infringência ao art. 639 do CPC (aliás a matéria não pode ser objeto de embargos de declaração), por isso que, tal como se referiu expressamente, a decisão judicial não substitui o instrumento do contrato — torna compulsória a entrega das ações, legitimando-a e produzindo assim esse efeito fundamental do contrato.

E afinal preclusa é a questão da inépcia da petição inicial, inclusive porque não há, nesse particular, divergência entre o acórdão e o voto vencido” (fls.).

Os votos vencidos declaram:

“Recebia, parcialmente, os embargos de declaração, posto que e porque, no meu entender, mais de um vício afeta o acórdão.

Não é de corrigir-se em embargos de declaração a vacilação do julgado, quando flutua no estabelecer a exata natureza jurídica do escrito de fls., escrito que é relevante, fundamental, para o desate da controvérsia, isto é, quando ora o conceitua como uma compra e venda já ultimada, ou já aperfeiçoada, ou quando o considera uma simples promessa de compra e venda, cujo cumprimento se pediu com acerto jurídico através da

ação própria, e de adjudicação compulsória, fundada essa na emissão, que não ocorreu, da declaração de vontade dos ora vencidos.

Da maioria vencedora dissentimos o Des. Abeylard e eu, pois que caracterizávamos o documento de fls. como simples registro das tratativas, ou seja, o escrito que recolhia e fazia certas as intenções das partes, as já acolhidas e as simplesmente manifestadas.

Posto que variassem as causas que fundamentariam a decisão da nobre maioria, o decreto foi o mesmo.

Reitero que, a meu ver, não se está diante do que seria o cumprimento de um contrato de promessa de compra e venda, mas de simples tratativas, de negociações iniciadas, às quais em certas passagens, o acórdão dá o tratamento de compra e venda já acertada.

Se se trata de uma compra e venda já perfeita, por que motivo a ação vitoriosa, proposta por habilíssimos advogados, foi a de adjudicação compulsória? Fundara-se o futuro adquirente nos arts. 639 e 640 do CPC, os quais asseguram a conclusão dos contratos prometidos.

Estaria o acórdão mudando a *causa petendi*? Estaria o julgado passando do cumprimento da promessa de contratar para a execução do contrato prometido, como se ele já estivesse celebrado e perfeito?

Reconheceu existir uma compra e venda ultimada, quando o autor da ação vitoriosa pretendia o cumprimento de uma promessa e a execução do prometido.

Foi, aqui, infeliz o Grupo, pois que decidiu claramente *ultra petitem*. Reconheceu já existir uma compra e venda e deu-lhe a devida execução, quando o autor da ação vitoriosa, ação de adjudicação, pedia o reconhecimento e a eficácia de simples promessa.

Além do mais, se a compra e venda já se aperfeiçoara, como proclamou o acórdão, por que motivo teria a autora vitoriosa escolhido como ação a de adjudicação compulsória, fundada, como expressamente declara e pede, nos arts. 639 e 640 do CPC?

A proteção da compra e venda já concertada e perfeita é de fazer-se por outra ação que não a eleita pela autora vitoriosa, ação que afinal veio a prosperar.

Como reconheceu o acórdão ora embargado, existiam vários assuntos deixados pelos que seriam os pré-contratantes para um posterior acerto contratual. Foram eles, entretanto, *em bloco*, dados pelos julgados de segundo grau como já perfeitamente delineados, definidos e definitivos, concertados que já estariam pelos futuros contratantes.

Sendo certo que as condenações constantes do acórdão não abrangem os pontos das negociações a respeito dos quais não chegaram a acordo das partes, não há a nosso ver, como deixar-se de aclarar o julgado, para dizer que tais acordos laterais estão fora do campo da execução, pois que sobre eles não houve nem poderia haver provimento jurisdicional em qualquer sentido. Não se conhecem nem as prestações nem as contraprestações, contratos onerosos que são. Não encheu o julgado, nem poderia fazê-lo esses grandes vazios contratuais. Não houve, nem poderia haver, uma condenação civil em branco.

Sendo os presentes embargos de simples declaração e não infringentes, ou modificativos, eu, por isso, os recebo, para o exclusivo fim de tornar certo que as condenações constantes do acórdão embargado não abrangem as negociações a respeito das quais não tinham chegado a acordo as partes.

### VOTO VENCIDO

Com a devida vênia do eminente Relator e dos que o acompanharam, recebia parcialmente os embargos.

Não há como se falar, na espécie, em caducidade da obrigação de contratar e inépcia da inicial, matérias que não foram objeto do voto vencido.

O Juízo dos embargos é angusto.

Seus limites não podem ultrapassar a divergência entre a maioria e o voto vencido.

O voto vencido não faz a menor referência à caducidade do contrato e inépcia da inicial.

Ao revés, entendo que o deslinde da controvérsia estava em verificar-se se há contrato, na sua expressão formal ou de pré-contrato, concluiu inexistir contrato formal, mas tão-só uma troca de escritos objetivando a futura formação de um contrato.

Nenhuma omissão houve, portanto, do acórdão nessa parte.

Também não é possível apreciar a alegada infringência do art. 639 do CPC, pois envolve matéria de mérito, cuja apreciação é inoportável no âmbito dos embargos de declaração.

Como salientam os embargantes, o acórdão não foi claro no tocante à pena pecuniária; entretanto ela foi excluída, como elucida o Relator a fls.

Quanto a isso, não há a menor dúvida.

O acórdão, entretanto, padece do grande vício da *contradição*.

Ora fala em contrato preliminar de compra e venda, pré-contrato, ora fala em compra e venda, como a fls., quando diz: "ultimada a compra e venda".

Ora afirma que o contrato objeto do litígio contém os elementos do contrato definitivo, ora que "dentro do prazo mencionado no acórdão embargado, possivelmente não estariam ainda determinados os elementos do acordo que faltam — nesse particular aceitam-se as considerações e os argumentos expendidos nos embargos".

A *contradição* é manifesta.

Não é possível tergiversar: ou o contrato que chamo de *contrato provisório* e o Relator de pré-contrato tem todos os elementos constitutivos do contrato definitivo ou não tem.

A verdade é que não tem, como esclarece o doutíssimo Des. Hamilton de Moraes e Barros em seu fulgurante voto vencido, o que torna inexequível o acórdão embargado.

Os elementos do acordo não estarão determinados nem em 30, nem em 60, nem em 90 dias, dada a divergência total e absoluta entre as partes litigantes.

Em face do exposto, recebo parcialmente os embargos para declarar que não foi imposta pena pecuniária e que as condenações constantes do acórdão embargado, não podem abranger os pontos em aberto, sobre os quais não houve acordo entre os litigantes, e o próprio acórdão acha muito difícil haver.

Para concluir, faço meus os argumentos expendidos, com o brilho costumeiro, pelo talentoso Des. Hamilton de Moraes e Barros (fls.).

Contra essa decisão foi interposto recurso extraordinário, com fundamento nas letras *a* e *d* do inciso III do art. 119 da Constituição Federal, onde, além de dissídio de jurisprudência, se alega a negativa de vigência dos arts. 2, 499, 500, 501, 505, 512 (*reformatio in peius*), 128, 459, 460, 293 (julgamento *ultra vel extra petitum*), 204, parágrafo único, 267, IV (inércia da inicial da ação adjudicatória), 165, 458 (contradição na decisão recorrida), 461 (incerteza na mesma decisão), 373, parágrafo único (indivisibilidade de documento), 295, IV, 267, VI (decadência), 639, 640 e 890 e segs., todos do CPC; bem como dos arts. 1.122, 1.123, 1.126, 85, 531 e segs., 620, 622, parágrafo único, 675, 676 e 972 e segs. do CC; e 191 do CCom.

O recurso extraordinário foi admitido pelo seguinte despacho (fls.):

"Inconformados com o aresto de fls., complementado, em embargos declaratórios, a fls., Distribuidora de Comestíveis Disco S/A e outros interpuseram, tempestivamente, recurso extraordinário para o Excelso Pretório, com base nas alíneas *a* e *d* do permissivo, nos termos da petição de fls., impugnada a fls.

Segundo a petição recursal, a recorrida e os segundos recorrentes, em 1974, entabularam negociações para a eventual aquisição da rede de supermercados do primeiro recorrente. E, com base nessas negociações, firmaram as partes o documento de fls., que a recorrida sustentara conter um contrato preliminar (contrato-promessa) com todas as consequências daí emergentes, inclusive a execução coativa.

Julgando a lide, em grau de embargos infringentes, o acórdão de que ora se recorre entendeu tratar-se de um contrato perfeito e acabado, contrariando o ponto de vista de que o aludido documento se referiria a meras negociações preliminares, sem, por conseguinte, força vinculante, tanto mais quanto haviam ficado fora do acordo de vontades vários aspectos do negócio, dependentes de accertamentos futuros.

Segundo a *Súmula 454*, simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.

No caso, entretanto, não se cogita de simples interpretação de cláusulas contratuais, mas da questão de saber, à luz dos preceitos legais invocados e questionados, se se perfez, ou não, o contrato, questão basilar para a solução desta discutidíssima demanda, conforme se depreende dos próprios termos dos votos constantes do acórdão recorrido.

Abre-se ainda a esfera recursal extraordinária na parte relativa à executoriedade do conteúdo obrigacional do referido instrumento, assim como na parte atinente à indagação sobre a natureza jurídica do ato de entrega da quantia recebida pela primeira recorrente.

Vê-se, pois, que, longe de constituírem matéria de fato ou de mera interpretação de cláusulas, os temas discutidos e decididos resvalam para a incidência das regras de direito concernentes à qualificação jurídica do negócio, o que torna o caso suscetível de ser apreciado pela via extraordinária.

Se pela alínea *a* razoável afigura-se, portanto, o seguimento do feito, o mesmo incommo, todavia, no que tange à alínea *d*, eis que nenhum dissídio se demonstrou à luz das exigências da *Súmula 291*.

São estas as razões que levam a admitir o recurso pela alínea *a*. Prossiga-se.

É o relatório.

## VOTO

*O Sr. Min. Moreira Alves* (Relator) — 1. Do exame dos autos, verifica-se que a questão fundamental neles discutida é a de saber qual a natureza jurídica do documento a fls. do apenso (relativo a ação de adjudicação compulsória): se, como o qualificou a sentença, “negociações preliminares como base para um futuro contrato” ou “protocolo de intenções” (fls.); ou se, como o caracterizaram os votos vencedores na apelação e nos embargos infringentes, contrato.

Não se trata, portanto, como pretende a recorrida, de matéria concernente a simples interpretação de cláusulas contratuais — o que pressupõe a existência de um contrato, e que, consoante a *Súmula 454*, implicaria a inadmissibilidade do recurso extraordinário —, mas, sim, de apurar a qualificação jurídica de um documento, para determinar-se se ele configura um contrato, ou se traduz, apenas, etapa nas tratativas que antecedem à celebração do contrato, e que, reduzidas a escrito, configuram o que os autores mais antigos (assim, Mueller, *De minuta vulgo von Punctuationem*, Jonae, 1690) denominavam, em latim, *minuta*, termo vertido pelos juristas alemães para o seu idioma com o emprego das expressões *Entwurf*, *Project*, *Punctuation* (projeto, *punctação*).

Corretas, portanto, estas considerações que se encontram no despacho que admitiu o recurso extraordinário:

“No caso, entretanto, não se cogita de simples interpretação de cláusulas contratuais, mas da questão de saber, à luz dos preceitos legais invocados e questionados, se se perfez, ou não, o contrato, questão basilar para a solução desta discutidíssima demanda, conforme se depreende dos próprios termos dos votos constantes do acórdão recorrido” (fls.).

2. Não há dúvida de que o acórdão ora recorrido, mesmo depois dos esclarecimentos que se fizeram por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios não se utilizou de expressões rápidas para caracterizar a natureza jurídica que emprestou do documento controvertido.

Com efeito, ao declarar os embargos infringentes, ora usa expressões que indicam a existência, no caso de contrato definitivo (“tornando-se assim definitiva a compra e venda” ou “última da compra e venda e paga uma parte do preço...”, impunha-se a estes a prestação do fato relativo à entrega das ações ou a transferência do direito a elas referente... fls.), ora se utiliza de termos que implicam a ocorrência, na espécie, de contrato preliminar (“intitulou-se o instrumento corretamente de “contrato preliminar para a compra e venda de ações” ou “ao invés de se condenarem os embargantes a assinar o contrato definitivo e a fazerem, dentro em 30 dias, a transferência das ações, sob cominação... , tão-somente se condenam os embargantes à entrega das ações... , valendo a decisão judicial como título que legitima a transferência, ou produz o mesmo efeito do contrato”,

fls.). O que é certo, porém, é que já esse acórdão se fixava, de forma indistigável, na tese de que, no caso, o documento em causa não configurava a redução a escrito de tratativas, mas se caracterizava como contrato.

A vacilação sobre se esse contrato seria preliminar ou definitivo se acentuou na fundamentação do acórdão que rejeitou os embargos declaratórios. Aí, há passagens que são categóricas no sentido da existência de contrato definitivo (“Não há obscuridade no acórdão embargado, que proclamou que o ato jurídico realizado é uma verdadeira compra e venda, não tendo as partes apenas assinado respectivo instrumento no qual se referissem os elementos acidentais do contrato” e “Não há contradição no acórdão embargado. Proclamou-se que a compra e venda se ultimou porquanto foram presentes os seus elementos essenciais. Reconheceu-se que lhe faltam elementos meramente acidentais, sua ausência não obstando à obrigatoriedade do contrato”, fls.).

Por isso mesmo, em voto vencido, o Sr. Des. Hamilton de Moraes e Barros acentuou:

“Não é de corrigir-se em embargos de declaração a vacilação do julgado, quando flutua no estabelecer a exata natureza jurídica do escrito de fls., escrito que é relevante, fundamental, para o desate da controvérsia, isto é, quando ora o conceitua como uma compra e venda já ultimada, ou já aperfeiçoada, ou quando o considera uma simples promessa de compra e venda, cujo cumprimento se pediu com acerto jurídico através de ação própria, a de adjudicação compulsória, fundada essa na emissão, que não ocorreu, da declaração de vontade dos ora vencidos” (fls.).

De qualquer sorte — é isso o que importa para a solução da questão preliminar de saber se, no caso, houve tratativas ou contrato (independentemente da caracterização deste como contrato preliminar ou definitivo, já que ambos são vinculatórios, ao contrário daquelas) —, é inequívoco que o acórdão recorrido se manifestou pela existência de contrato, e não de tratativas.

E, de um exame mais aprofundado do texto do acórdão prolatado nos embargos infringentes, chega-se à conclusão — afastada, ainda, a imprecisão, que se observa no seu dispositivo, de se condenarem os então embargantes à entrega das ações “que se deve realizar dentro em 30 dias, sob pena de produzir a decisão judicial o mesmo efeito do contrato” (fls.), o que parece dar a entender que se determinou a execução do contrato definitivo, antes de a sentença suprir a falta da emissão da declaração de vontade a que se teriam obrigado os promitentes vendedores — chega-se à conclusão, repito, de que ele caracterizou o documento em discussão como sendo um contrato preliminar de compra e venda, o que, aliás, vem claramente expresso na ementa do acórdão (fls.):

“Procedência do pedido de entrega da coisa, em cumprimento de contrato preliminar de compra e venda: Validade e eficácia do pré-contrato diante da existência de acordo relativamente aos elementos essenciais do contrato e da possibilidade de determinação ulterior dos elementos acessórios. Sanção direta das obrigações de fazer, oriunda de contrato prévio”.

3. Portanto, do acórdão recorrido se extraem os seguintes fatos certos:

a) — Segundo os votos vencedores, o documento sobre o qual se controverte caracteriza contrato preliminar de compra e venda, porquanto houve acordo entre as partes sobre os elementos essenciais desse negócio (*consensus, res e pretium*). Sendo um deles (o preço) determinável, não tendo havido, apenas, acordo com relação a elementos acidentais (como os referentes aos fiadores e ao aluguel mínimo dos imóveis), acordo esse possível de ser suprido por critério legal, usos, costumes e arbitramento; é o que decorre destas passagens (fls.):

— “É verdade que, em certas cláusulas, está previsto um “acerto” futuro e por isso se pretendeu que não há nenhum contrato. Mas o contrato se aperfeiçoa desde que haja o consenso relativamente aos elementos essenciais (*essentialia negotii*). Os elementos essenciais ou *essentialia negotii* formam um núcleo fundamental do contrato. São indispensáveis. Está neles a essência do acordo... Esse acordo, e não aquele “acerto” é que é fundamental, e suficiente. Não se pode assim pretender que a eventual falta de acordo sobre os elementos acessórios do contrato, ao qual anteriormente se chegaria, signifique não tenha havido acordo acerca dos elementos essenciais”:

“Em verdade, havendo o consenso relativamente aos elementos essenciais do contrato, considerado o seu tipo, o contrato se reputará formado, nada obstando a circunstância de

faltar acordo acerca de elementos acessórios, bastando que sejam estes ulteriormente determinados"; e

"Ora, no caso vertente, não se subordinou a eficácia do consenso à ulatimação do acordo sobre pontos não essenciais, os quais, de resto, são suscetíveis de determinação: a do preço, mediante a intervenção de terceiro, ou terceiros, peritos, contabilistas, que apurem a "efetiva situação líquida patrimonial da empresa" (cláusula 3), o passivo exigível; a da fiança (cláusula 7.2.1) através da oferta de fiador idóneo, nos termos da lei civil; a dos aluguéis dos imóveis de propriedade dos acionistas mercê da invocação aos usos e costumes, ou ao arbitramento. No caso vertente não ficou a determinação de tais elementos acessórios a critério de uma das partes exclusivamente — essa seria a impossibilidade jurídica, que acarretaria não a invalidade, mas a inexistência do contrato. Configura-se a presença de todos os elementos imprescindíveis, o consenso, a coisa e o preço, estabeleceu-se a obrigação de transferir a propriedade de bens determinados e a do pagamento do preço correspondente. E porque se previu a celebração de um contrato definitivo, compreensivo também de outras obrigações (cláusula 7.), intitulou-se o instrumento corretamente de "contrato preliminar de compra e venda de ações";

Por isso mesmo que faltava acordo entre as partes sobre certas obrigações (o que integraria, também, o conteúdo do contrato definitivo), esses votos vencedores, na parte dispositiva do acórdão, salientaram:

"A condenação à entrega das ações não exclui a assinatura do instrumento do contrato, a presente decisão judicial não substitui esse instrumento. Não se ordena aos embargantes assinarem-no, porque se reconhece que, dentro no prazo mencionado no acórdão embargado, possivelmente não estariam ainda determinados os elementos do acordo, que faltam — nesse particular acolhem-se as considerações e os argumentos expendidos nos embargos. Ao invés de se condenarem os embargantes a assinar o contrato definitivo e a fazerem, dentro em 30 dias, a transferência das ações, sob cominação (elementos já determinados e elementos por determinar) (*plus*), tão-somente se condenam os embargantes à entrega das ações (elemento já determinado) (*minus*), valendo a decisão judicial como título que legitima a transferência, ou produz o mesmo efeito do contrato. Legitima a transferência e produz o mesmo efeito do contrato, mas não supre a sua formalização...";

b) — já os votos vencidos entenderam que, no caso, não há sequer contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória, porquanto, pelo art. 191 do CCom. (e, na espécie, tratar-se-ia de negócio mercantil), "o contrato de compra e venda é perfeito e acabado, logo que o comprador e o vendedor se acordem na coisa, no preço e mais condições", e, no caso, várias questões ficaram em aberto para serem dirimidas no contrato definitivo; é o que resulta destas passagens:

"Só há contrato preliminar se as negociações referentes ao contrato definitivo já foram completadas e o contrato definitivo não é celebrado por uma outra ordem, como por exemplo, não poder uma das partes desembolsar a importância que o contrato definitivo requer. *A contrario sensu*, se para a celebração do contrato definitivo ainda há pontos em aberto, não se pode falar em contrato preliminar ou contrato de promessa. Se as negociações ainda não estão findas, é mister que haja acordo sobre os pontos do contrato, mesmo *não essenciais*, porque às vezes é difícil saber quais os pontos *essenciais* e quais os pontos *não essenciais*" (fls.).

"O Código Comercial no art. 191 estabelece que "o contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado, logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e mais condições" ... No caso vertente não houve acordo a respeito de diversas questões que ficaram em aberto para serem dirimidas no contrato definitivo, importando criação de uma rede bastante complexa de direito e obrigações recíprocas, de prestações e contraprestações de várias naturezas" (fls.); e

"Simples "protocolo de intenções", mero "projeto de acordo", não é ainda pré-contrato, na sua conceituação doutrinária e jurisprudencial. No caso presente, em várias passagens e cláusulas do escrito de fls., se previa o acordo futuro. Tais acordos futuros, para encher os vazios de vontade e de declaração, não podem ser preenchidos pelo julgador, nem, no caso, se oferecem critérios já certos e determinados para preenchê-los ou completá-los. Há mais do que pontos incertos ou cambiantes: há pontos inexistentes. Há verdadeiras cláusulas em branco, isto é, sem conteúdo já fixado, sem o necessário acerto. Esses vazios contratuais o juiz não pode encher. Nesses silêncios e diferimento, não pode prover

o juiz. A promessa de concluir o contrato, como quer o art. 639 do CPC, quando sanciona o promitente inadimplente, não é nem pode ser a obrigação de concordar com o que se quer impor, a de executar o conteúdo de cláusulas de conteúdo não estabelecido, mas tão-somente a de firmar o ato jurídico prometido, mas tal qual foi prometido, sem ampliações, reduções ou alterações. Tendo o contrato suas condições, os elementos acidentais valem aqui tanto quanto os essenciais. Não se impõem nem se presumem condições" (fls.).

4. Como se vê, em síntese, a questão jurídica fundamental que se discute nestes autos é esta: se, no curso de negociações, as partes acordam sobre os elementos essenciais do contrato, deixando, porém, para momento posterior (o da celebração do contrato definitivo), a solução de questões relativas a elementos acidentais, e reduzem tudo isso a escrito, esse documento caracteriza um contrato preliminar (e, portanto, obrigatório para ambas), ou não passa, mesmo no que diz respeito aos pontos principais já considerados irretratáveis, de mera minuta (*punctação*), sem o caráter vinculante de contrato preliminar, e, conseqüentemente, insuscetível de adjudicação compulsória?

Essa questão é largamente examinada na doutrina estrangeira, havendo, a propósito, três correntes de opinião:

a) — aquela segundo a qual o contrato — preliminar ou definitivo — só se aperfeiçoa quando as partes estão de acordo com todos os pontos do contrato, sem distinção entre elementos essenciais e acidentais;

b) — a pela qual o contrato — preliminar ou definitivo — se perfaz com a concordância, apenas, sobre os elementos essenciais dele, salvo se elas se reservarem, para ulteriores tratativas, sobre os elementos acidentais; e

c) — aquela de acordo com a qual o contrato — preliminar ou definitivo — se reputa celebrado no momento em que as partes acordam sobre os pontos essenciais, ainda que se tenham reservado para discutir os pontos secundários, pois se não vierem a chegar a acordo sobre estes o juiz o suprirá levando em conta a natureza do negócio.

Na Itália, onde a legislação civil e comercial é omissa a esse respeito, os autores divergem de orientação. Pela primeira corrente, manifesta-se Scialoja ("*Sull'articolo 37 del Codice di Commercio*", publicado, originariamente na *Rivista del Diritto Commerciale*, 1909, I, p. 477, e reproduzido, posteriormente, nos *Studi Giuridici*, vol. IV, p. 105 e segs.) com estas palavras:

"Mi é toccato di leggere in una recente decisione, che non cito più particolarmente per non colpire il peccatore insieme col peccato, che il contratto si perfeziona quando il consenso si é fissato sugli *essentia negotii!* Evidentemente in tal modo si sovvertono tutte le nozioni fondamentali del diritto contrattuale; perchè gli elementi essenziali del negozio sono soltanto quelli senza dei quali un negozio o non può esistere in generale o non appartiene a quella determinata categoria giuridica; mentre per la formazione di un singolo contratto in concreto può avere per le parti valore decisivo uno degli elementi accidentali e l'ammissione o l'esclusione di uno degli elementi naturali".

Contra essa orientação, levantou-se Carnelutti ("*Formazione progressiva del contratto*", in *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. XIV — 1916 — parte segunda, p. 308 e segs.; e retomou o assunto em outro artigo "*Ancora sulla formazione progressiva del contratto*", publicado na mesma revista, vol. XV, 1917, p. 339 e segs.), assim resumindo sua posição:

"Io ho esaminato i casi, in cui i contraenti si accordano sui punti essenziali del contratto, riservando ulteriori trattative sui punti accessori; mi son servito, per esprimere questa situazione, della frase: *formazione progressiva del contratto, senza voler con ciò punto stabilire una distinzione tra due tipi di contratto, ma solo una distinzione tra due modi della sua formazione. E ho cercato di dimostrare che, una volta avvenuto l'accordo sui punti essenziali, la riserva sui punti accessori non impedisce o sospende la formazione del contratto; tutt'al più può farne dipendere la perfezione da una condizione (sospensiva), consistente nel raggiungimento dell'accordo ulteriore sulle condizioni di dettaglio*" ("*Ancora sulla formazione progressiva del contratto*", revista citada, p. 339).

Analizando a opinião de Carnelutti, Candian ("*Questionis in tema di formazione dei contratti*", in *Rivista del Diritto Commerciale*, parte prima, vol. XIV, 1916, p. 856 e segs.) acentuou que a reserva sobre os pontos acessórios deveria ter significado inequívoco de subordinação da eficácia do contrato ao acordo sobre tais pontos, o que levou Carnelutti a salientar, no segundo dos artigos acima citados (p. 338), que, para Candian, não bastava

uma reserva genérica sobre condições de pormenor, mas era necessário uma reserva específica, "tale da far presumere la essenzialità, nell'intenzione delle parti, della clausola riservata". E entre Carnelutti e Candian se estabeleceu, também, esta divergência: para aquele, a reserva de acordo ulterior sobre elementos acidentais não impedia a formação do contrato, mas atuava como condição suspensiva deste, de forma que, não ocorrendo o acordo, o contrato não se tornava eficaz; para este, havendo a reserva específica (o que fazia presumir ser ela essencial para as partes), o contrato não se formava enquanto não se verificasse o acordo com relação aos elementos acidentais, e ainda que as partes tivessem chegado a acordo definitivo sobre os elementos essenciais, esse acordo não constituía contrato preliminar ou definitivo, mas apenas as obrigava a continuar nas tratativas para alcançar a concordância sobre os elementos acidentais, o que, se afinal não fosse possível, desvincularia totalmente as partes.

Alguns anos mais tarde, em 1924, Graziani ("In tema di formazione dei contratti", publicado, primeiramente, no *Foro Italiano*, 1924, I, p. 562, e republicado nos *Studi di Diritto Civile e Commerciale*, p. 333 e segs.) retomou o tema, examinando as teses de Scialoja, Carnelutti e Candian, e sustentou a posição de Candian (a reserva sobre elemento acidental deveria ter o significado de que as partes a ela quiseram subordinar o nascimento do contrato, e que essa reserva impedia a formação mesma do contrato, não sendo condição suspensiva do contrato, já formado com o acordo sobre os elementos essenciais). Graziani apenas se afastou de Candian num ponto: negou a existência, decorrente do acordo sobre os elementos essenciais, de vínculo obrigatório para as partes no sentido de que elas continuem as tratativas para alcançar a concordância sobre os elementos acidentais sob reserva; em seu entender, o acordo sobre os elementos essenciais era irretroatável apenas para o efeito de que, se as partes chegassem à concordância sobre os elementos acidentais, nesse exato momento, de modo automático, o contrato se formava, vinculando-as irrevogavelmente. São dele estas palavras:

"Se per contro le parti si sono già accordate su alcuni o su tutti gli elementi del contratto, tranne uno, allorchè esse si accordano sugli elemento o sull'unico elemento riservato, l'accordo viene in quell'istante ad assersi verificato su tutti gli elementi contrattuali, il consenso sull'oggetto del contratto è da questo momento posto in essere, il contratto è perfezionato, e le parti sono l'una verso l'altra irrevocabilmente legate" (ob. cit., p. 341).

De certa forma, as teses de Candian e de Graziani, na parte em que sustentam que a reserva de acordo posterior sobre elementos acessórios obstava à formação do contrato preliminar ou definitivo, encontravam apoio em precedente legislativo específico, o Código da Prússia (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*), que, depois de estabelecer, no § 120 do Título V da Primeira Parte, o princípio geral de que a minuta subscrita por ambas as partes, e em que haja acordo sobre todas as condições essenciais do negócio, tem o mesmo valor de um contrato formal, determinava, no § 125 do mesmo Título, que, se faltar na minuta condições essenciais, ou se nela tiverem as partes expressamente se reservado para ajuste sobre determinadas condições acessórios, semelhantes *punctações* se consideram somente como tratativas. Por isso, Koch (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, erster Theil, erster Band*, 5.ª ed., p. 196, nota 2, Berlim, 1870), ao comentar o referido § 120, observava que, apesar de estarem determinados os elementos essenciais, era preciso que não houvesse reservas sobre cláusulas acessórios, pois, nesse caso, o consentimento definitivo estaria suspenso. O que, aliás, era assim explicado por Dernburg (*Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, erster Band*, 5.ª ed., § 106, 2, Halle, 1894): "das Geschäft gilt als Einheit, so dass es als Ganzes gewollt und genehmigt wird" (o negócio vale como unidade, de modo que ele é querido e consentido como um todo).

Mais recentemente, em 1961, Scognamiglio (*Contratti in generale*, n. 25, p. 89 e segs.) se deteve sobre esse tema ("Ma può avvenire — ed è l'ipotesi di maggior rilievo — che la proposta, ancorchè incompleta, sia accettata dal destinatario, concordando le parti sulla opportunità di rinviare ad epoca successiva l'accordo su tutti gli altri punti non ancora regolati"), e firmou posição que se enquadra na terceira das correntes a que aludimos atrás: o contrato se forma se falta acordo sobre pontos que não requerem específica disciplina, ou podem ser regulados por meio de integração do conteúdo contratual (normas jurídicas, supletivas, usos, etc.); ao contrário, não se constitui, na hipótese em que a falta dessa disciplina não pode ser suprida por tais meios de integração.

Em outros países, como a Alemanha, a Austria, a Suíça, Portugal, essa questão tem sido regulada em suas legislações.

O Código Civil alemão, distinguindo o dissenso explícito do dissenso implícito (*der offene und versteckte Dissens*), disciplina o primeiro — que é o que interessa no caso presente — no § 154, onde se lê:

“§ 154. Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat.

Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrags verabredet worden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist” (Enquanto as partes não acordarem sobre todos os pontos de um contrato, sobre os quais, segundo a declaração ainda que de uma só delas, deve haver acordo, o contrato, na dúvida, não se tem por concluído. O acordo sobre pontos particulares também não é vinculante, ainda quando tenha sido redigida uma minuta. Se se convencionou que o contrato projetado seria celebrado com forma especial, na dúvida ter-se-á o contrato como não concluído até que essa forma seja observada).

Com base nesse parágrafo, acentuam Enneccerus — Nipperden (*Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts — Allgemeiner teil, erster Band, zweiter Halband*, 14.ª ed., § 163, p. 689) que, se por exemplo, ao concluir um contrato de compra e venda as partes concordaram sobre a coisa e o preço, mas não ainda sobre qual delas deverá suportar as despesas de transporte, ponto esse, conforme a declaração de uma ou de ambas, deverá ainda estabelecer-se acordo, o contrato ainda não se tem por firmado, segundo o § 154, 1.ª parte; do B.G.B. (dissenso explícito ou manifesto). E, em seguida, salientam que o mesmo § 154 coloca em relevo a circunstância de que, ainda quando as partes têm redigido uma minuta (*Punktation*) sobre o acordo que firmaram sobre alguns pontos do contrato, essa minuta não as vincula enquanto elas não concordarem sobre todos os pontos. Essas regras *só não se aplicam se, inequivocamente*, as partes quiseram que o contrato se concluísse antes do acordo total, por entenderem que chegariam a ele, posteriormente, sobre os pontos acessórios. No mesmo sentido, Von Tuhr (*Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, zweiter Band, erste Hälfte*, § 62, p. 482), que explicita que o princípio se aplica não apenas aos *elementos essenciais* do negócio, mas também aos *naturais e acidentais* que qualquer das partes queira incluir no contrato (“Das gilt nicht nur von den essentialia negotii, sondern auch von den Accidentalien und den naturalia negotii, welche ein Kontrahent verabredet haben will”). Por outro lado, comentando o § 154 do B.G.B., Hölder (*Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, p. 338) extrai dele o princípio de que acordo incompleto não é acordo (“*Unvollständige Einigung ist keine Einigung*”), o que decorre, aliás, da observação de Kohler (*Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, erster Band*, § 225, pp. 503-4) de que o ato jurídico — inclusive o contrato — exige uma vontade exteriorizada de forma completa.

A presunção estabelecida no § 154 do B.G.B. é, admiravelmente captada neste comentário que acompanha a tradução francesa publicada pelo *Comité de législation étrangère* (tomo I, p. 183):

“La disposition de l'article 154 part de cette idée que le contrat ne peut être définitivement conclu que lorsque le consentement a porté sur tous les points qui doivent faire parti du contenu du contrat; si donc les parties avaient stipulé les clauses principales et laissé les autres en suspens, il n'y aurait pas encore de convention obligatoire, même sur les points qui eussent fait l'objet d'un accord de volonté; même si toutes les clauses avaient été convenues séparément, rien ne serait encore définitif, tant qu'il n'y a pas eu consentement sur l'ensemble”.

Essa orientação — que se aproxima, decididamente, da tese sustentada na Itália por Scialoja — foi seguida pelo novo Código Civil português, que, em seu art. 232, disciplinando o âmbito do acordo de vontades, se utilizou de fórmula que bem exprime o princípio de que só abstratamente há que distinguir elementos essenciais e elementos acidentais, porquanto estes, quando, concretamente, devam figurar num negócio jurídico, passam a ser essenciais desse negócio jurídico concreto. Reza o art. 232.º do atual Código Civil português: “O contrato não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo”.

Mesmo sob o império do Código Civil anterior — o de 1867 —, omissa a respeito, era essa a orientação que preconizavam os autores que enfrentaram especificamente essa questão, como Ascensão Barbosa (*Do Contrato-Promessa*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 94 e segs.) e Galvão Telles (*Manual dos Contratos em Geral*, 3.<sup>a</sup> ed., n. 80, p. 186 e segs.). Este último bem distingue as negociações preliminares (ainda quando a acordo parcial haja sido reduzido a escrito) do contrato preliminar:

“Quase sempre a celebração de um contrato é antecedida de negociações preliminares que ocupam espaço de tempo mais ou menos longo, a que se pode chamar fase ou período pré-contratual. Os futuros contraentes avizinham-se, sondam-se reciprocamente, manifestam as suas intenções, discutem, procurando chegar a acordo. E só depois de determinado o conteúdo do acordo em toda sua extensão, poderá haver contrato.

Muitas vezes, à medida que se vão estabelecendo certas bases, fixando certos pontos, reduzem-se a escrito, possivelmente com as assinaturas dos interessados, para não regressar à sua discussão. Mas de nada valem estes escritos fragmentários ou parciais quando se não forme um acordo total.

Consequindo esse total acordo, se a lei não exige documento e as partes também o não convencionam, ou convencionam-no com simples valor reprodutivo, o contrato surge no mesmo instante, — o que ainda é mais visível quando as partes lhe dão forma escrita. O contrato pode não ser o acordo definitivo, mas um contrato-promessa ou preliminar”.

Outro foi o caminho seguido pelo Código Suíço das Obrigações, que optou, em seu art. 2.<sup>o</sup>, pela terceira das orientações a que aludi anteriormente. Reza esse art. 2.<sup>o</sup>, na versão oficial francesa:

“Art. 2. Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés.

A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire.

Sont réservées les dispositions qui régissent la forme des contrats”.

Apesar da amplitude e da generalidade dos termos empregados nesse dispositivo, a doutrina faz distinções que restringem o seu âmbito de aplicação. Assim, adverte Von Tuhr (*Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, erster Halbband*, § 24, V, pp. 167-168) que esse artigo estabelece apenas uma presunção que cai diante da prova de que o acordo futuro sobre os pontos secundários era condição da celebração do contrato. E Theo Guhl (*Das Schweizerische Obligationenrecht*, 5.<sup>a</sup> ed., § 13, I, p. 94), ao dar exemplos sobre o que se deve entender por pontos essenciais e por pontos secundários, deixa a entrever, claramente, que os pontos essenciais não se adstringem aos elementos essenciais exigidos pelo tipo de contrato a ser celebrado. Com efeito, diz ele que “como ponto essencial no sentido do art. 2.<sup>o</sup>” (“Als wesentlicher Punkt im Sinne von OR 2...”) podem ser dadas como exemplo as informações sobre peso, se o peso é o da saída ou o da chegada da mercadoria junto ao comprador; e, no tocante, aos pontos secundários, exemplifica com as condições do pagamento, desde que não se trate de compra de imóvel ou de compra da totalidade das ações de uma sociedade por ações imobiliárias.

Com a mesma orientação do Código Suíço das Obrigações, encontra-se o Código Civil austríaco, que, em seu § 885, dispõe:

“§ 885. Ist zwar noch nicht die förmliche Urkunde, aber doch ein Aufsatz über die Hauptpunkte errichtet und von den Parteien unterfertigt worden (Punktation), so gründet auch schon ein solcher Aufsatz diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche darin ausgedrückt sind” (Se não existe ainda um documento formal, mas um escrito estabelece os pontos principais e foi assinado pelas partes, este escrito institui os direitos e as obrigações que nele foram expressos).

Mas também no direito austríaco a expressão *Hauptpunkte* (pontos principais) não se restringe exclusivamente aos elementos essenciais de determinado tipo de negócio jurídico, mas abarca, como acentua Ehrenzweig (*System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, zweiter Band*, 2.<sup>a</sup> ed., § 313, IV, a, p. 139), e é seguido por Gschnitzer, no *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch herausgegeben von Dr. Heinrich Klang, Zweiter Band, zweiter Halbband*, p. 885, “aqueles pontos do contrato que não podem ser supridos pela lei (costumes comerciais)” (“... diejenigen Vertragspunkte, die nicht durch Gesetz (Verkehrssit) ergänzt werden können”); e, mais adiante, fazendo a distinção entre a

*Punktation* e o *Vorvertrag* (pré-contrato), o mesmo Ehrenzweig (ob. cit., n. 313, V, 1, p. 145) diz que a *Punktation* é vinculante para as partes se ela "encerra os pontos principais e aqueles pontos acessórios que, segundo a vontade das partes (ou de uma delas) devem ser regulados contratualmente" ("die Hauptpunkte und diejenigen Nebenpunkte enthält, die nach dem Willen der Beteiligten (oder eines von ihnen) vertragsmässig geregelt werden sollten").

Portanto, como se vê, mesmo no direito suíço e no direito austríaco, os pontos essenciais ou principais não se adstringem, exclusivamente, aos elementos essenciais do tipo contratual em causa, e a força vinculativa do documento em que se fixa o acordo sobre esses pontos pode depender, também, do acordo sobre pontos secundários se, pela vontade das partes, deverem eles ser regulados contratualmente.

Ainda recentemente, esse problema foi estudado, em profundidade, na Itália, por Tamburrino (*I Vincoli Unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954).

Em capítulo sob o título "*Subli accordi provvisori e preparatori in ordine al contenuto del contratto definitivo*" (pp. 99 e segs.). Tamburrino teve o mérito de dar relevo, exatamente, à questão que se discute nestes autos, o que fez nestes termos:

"Però, in alcuni casi, può essere necessario od utile fissare vincolativamente dati punti e clausole su cui si è già raggiunto l'accordo, ovvero precisare in parte, sempre vincolativamente, il contenuto del futuro contratto, di modo che su quei punti e clausole non si abbia più a ritornare: ove il contratto si concluderà, quelle clausole saranno senz'altro clausole del futuro contratto, quel contenuto parziale e limitato farà parte senz'altro dell'oggetto del medesimo. Vincolo che può essere assunto reciprocamente e corrispettivamente da entrambi i futuri contraenti, o anche da uno solo di essi, quando le clausole o i punti fissati concernano il comportamento di uno soltanto, fissando obblighi e vincoli per uno solo degli stessi" (ob. cit., p. 100).

Em seguida, e depois de dar exemplo de contratos de conteúdo complexo, em que pela variedade de obrigações que serão assumidas é conveniente a fixação dos pontos em que as partes já chegaram a acordo, acentua que a importância prática desses acordos foi reconhecida por autores — como Carrara — que "a propósito della minuta distinguono tra minuta che non ha alcun valore vincolante ma è semplice appunto o schema o preoggetto, e minuta che consacra l'accordo intervenuto su alcuni o su tutti i punti essenziali, riservando, espressamente o tacitamente, successive discussioni sui punti non convenuti o su quelli secondari" (pp. 100-101).

Salienta, então, Tamburrino que a característica dessa hipótese está na circunstância de que, de um lado, as partes querem ter firme os acordos parciais, e, de outro, não querem obrigar-se à conclusão definitiva do contrato (p. 101). Ademais, diz ele (p. 103), "é evidente — a nostro avviso — che, in linea di principio, e salva diversa norma della legge imperativa, non può parlarsi di contratto perfetto quando non vi sia l'incontro del consenso su tutti i punti presi in esame dalle parti, siano essenziali o meno", certo como é que "il contratto surge sole quando l'accordo è completo e investe tutto il suo contenuto".

Qual o valor jurídico desses acordos provisórios nos quais os acordantes se vinculam a parte do conteúdo global que deverá ter o contrato definitivo, sem perderem a liberdade de, por não haver concordância sobre a parte restante, poderem não vir a celebrá-lo? A essa indagação responde Tamburrino (pp. 104-105):

"Trattando dello scopo pratico tenuto presente dalle parti, si è messo in luce la duplice finalità cui le mesimese mirano: da un lato la libertà delle ulteriori trattative e la eventualità della conclusione del contratto definitivo, dall'altro la ferma ed irrevocabile fissazione attuale delle clausole, dei punti o delle parti del contenuto contrattuale su cui si è raggiunto l'accordo, di modo che in ordine a dette clausole, punti o parti non è necessaria la manifestazione di alcun'altra volontà: se il contratto si concluderà, esse entreranno senz'altro a far parte del medesimo. Al momento della conclusione del contratto definitivo, le parti non manifestano alcuna volontà particolare al riguardo, nè possono, per effetto del vincolo preparatorio, modificare, revolvere, annullare o negare il loro valore e la loro efficacia alle clausole predeterminate. Il vincolo che da questi accordi provvisori surge è dunque vincolo a mantener ferme le clausole già determinate ove il contratto si concluderà: formazione progressiva della volontà contrattuale in ordine al contenuto, nel senso che le clausole progressivamente convenute e fissate rimangono ferme, e su esse la manifestazione della volontà contrattuale si è già definitivamente effettuata".

Daf, a diferença que há entre esses *acordos provisórios* e os contratos preliminares unilaterais ou bilaterais, e que assim é exposta por Tamburrino (p. 106) com relação à hipótese em que o acordo provisório é vinculativo apenas para uma das partes (pois esse é o objeto de seu livro que trata dos "vínculos unilaterais na formação progressiva do contrato"):

"Nel caso dell'accordo provvisorio che studiamo, e che impegni una sola della parti, questa é vincolata esclusivamente, ove il contratto si concluda, alla osservanza di quelle predeterminate clausole che rimangono ferme: a differenza di quanto avviene nella opzione e nel preliminare, essa rimane in una posizione di libertà in ordine alla conclusione del contratto, ma se al contratto medesimo vorrà addivenire, la sua libertà troverà un limite nella soggezione al vincolo provvisorio, nella impossibilità di modificare e revocare le clausole predeterminate e nella necessità di osservarle".

Em outras palavras, esses acordos não se confundem com o contrato preliminar porque, por eles, não há obrigação de as partes celebrarem o contrato definitivo por não chegarem a acordo com relação às cláusulas em aberto; mas, se quiserem concluir o contrato definitivo, estão vinculadas ao que já foi firmado no acordo provisório, de sorte que o contrato definitivo se aperfeiçoa no exato momento em que chegam à concordância sobre o restante do conteúdo contratual.

6. No direito brasileiro, no tocante à disciplina dos contratos comerciais — e, no caso, não se nega que a questão se coloca no campo do direito comercial (compra e venda de ações de sociedade anônima a ser celebrada por comerciantes) — há também texto genérico sobre o momento da formação do contrato mercantil, embora não seja ele vazado em termos tão claros, para a solução do problema em causa, como o dos Códigos da Alemanha, de Portugal, da Suíça, da Áustria. É ele o art. 126, que reza:

"Art. 126. Os contratos mercantis são obrigatórios, tanto que as partes se acordam sobre o objeto da convenção, e os reduzem a escrito, nos casos em que esta prova é necessária".

Examinando esse artigo, adverte J. X. Carvalho de Mendonça (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI, n. 543, p. 486, Rio de Janeiro, 1925) que: "O objeto da convenção ao qual se refere o artigo 126 citado significa os elementos integrais do contrato". E, em nota a esse texto, faz remissão ao art. 191 do Código Comercial, na parte em que estabelece: "O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor acordam na coisa, no preço e nas condições".

Mais adiante, tratando, especificamente, da fase que pode preceder à conclusão do contrato mercantil — a fase pré-contratual ou de elaboração —, acentua J. X. Carvalho de Mendonça (ob. cit., n. 544, pp. 487-488):

"Aqueles negociações ou práticas preliminares, combinações nas quais cada uma das partes procura para si condições mais favoráveis, não constituem contrato; não obrigam, ainda que do resultado decorresse uma série de pontos assentados, ou ainda redigidos por escrito (1).

Qualquer das partes pode livremente se retirar, romper ou modificar as combinações prévias, sempre a título provisório, sem receio de responsabilidade pela culpa extracontratual, ou, conforme se diz, da responsabilidade pré-contratual. É necessário que se manifeste a vontade de obrigar-se, firmando-se nitidamente a proposta e a aceitação sobre todos os pontos do contrato, para que este surja".

E, em nota (a de n. 1, pp. 487-8), escreve:

"É o que os alemães chamam *Punktation* e os italianos *puntuazione*.

Se, porém, se passa uma minuta completa sobre todos os pontos do contrato, ao menos sobre todos os pontos principais, podendo ser os outros supridos por disposições legais, e as partes a aprovam, e se de acordo com a lei ou a vontade das partes não tenha de ser dado ao contrato forma *ad solemnitatem*, firma-se entre elas vínculo obrigatório. A minuta de contratos e negociações faz prova por si só ou acompanhada de outras provas (Regul. n. 737, de 1850, art. 152, § 5.º). Isto não quer dizer que haja aí um contrato preliminar. O perigo desta minuta com força de contrato está no campo fiscal.

O Cód. Civil austríaco dispõe no art. 885: "Se o ato formal do contrato não se acha ainda redigido, mas existe uma minuta dos pontos principais adotada e firmada pelas

partes, esta minuta estabelece imediatamente os direitos e ônus que aí estão expressos". O juiz regula os pontos acessórios não incluídos na minuta.

O Cód. suíço das obrigações no art. 2.º dispõe: "Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés. A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle, en tenant compte de la nature de l'affaire. Sont réservées les dispositions qui régissent la forme des contrats".

O nosso direito não sufraga estas teses. Aproxima-se do Cód. Civil alemão no art. 154. — Bem se compreende que o ajuste sobre certos pontos de um contrato está subordinado ao consentimento sobre os outros, que não se pode admitir consentimento fragmentário e que enquanto o acordo não é completo, as partes não têm passado do período preparatório à fase definitiva (Leduc, *Des avant contrats*, p. 69)".

Por conseguinte, para J. X. Carvalho de Mendonça, nos contratos mercantis, o contrato (preliminar ou definitivo) só se aperfeiçoa no momento em que o consentimento se estabelece sobre todos os pontos discutidos pelas partes, só se admitindo que, se elas se omitirem sobre pontos secundários, estes podem ser supridos exclusivamente com normas dispositivas, como as dos arts. 132, 133, 137 do CCom. Por isso mesmo, logo após as transcrições dos textos austríaco e suíço, que admitem a formação do contrato ainda que haja reserva das partes sobre pontos secundários, Carvalho de Mendonça observa que "o nosso direito não sufraga estas teses", e arremata: "Aproxima-se do Cód. Civil alemão no art. 154".

Em verdade, vai além do § 154 do B.G.B. E isso ressalta nítido da regra do Código Comercial contida na primeira parte do art. 191, que diz respeito à compra e venda mercantil, terreno em que se desenvolveu toda a controvérsia objeto destes autos nas instâncias ordinárias, razão, aliás, por que deixo de lado a alegação, feita no recurso extraordinário, sobre a existência, no caso, de contrato atípico.

Dispõe o art. 191, primeira parte:

"Art. 191. O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor acordam na coisa, no preço, e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento de outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. Fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição (art. 127)".

Ao contrário do art. 1.126 do CC, que alude, apenas, ao objeto e ao preço (o que não impediu Carvalho Santos — *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XVI, p. 39, Calvino Filho Editor, Rio de Janeiro, 1936 — de observar que a compra e venda civil não se aperfeiçoa, "se, embora acordados no preço e na coisa, não entraram as partes em entendimento, sendo expresso o seu desacordo sobre essas cláusulas secundárias, por isso que, em casos tais, diante do desacordo manifestado, a lei não pode suprir a vontade das partes, que, em sentido contrário, se haviam manifestado"), ao contrário, repito, do art. 1.126 do CC, que alude, apenas, ao objeto e ao preço, o art. 191 do CCom. exige, para o aperfeiçoamento da compra e venda mercantil, o acordo sobre a coisa, o preço e as condições.

"Condições" nesse texto não é expressão empregada no sentido técnico de condição encarada subjetivamente (cláusula que faz depender a eficácia do contrato de acontecimento futuro e incerto), pois à condição em sentido técnico o mesmo art. 191 se refere pouco adiante, ao estabelecer: "... nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição". "Condições", aí, como bem acentua Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, vol. XXXIX, 2.ª ed., § 4.265, I, p. 6), está empregada no sentido de "outras cláusulas":

"Lê-se no Código Comercial, art. 191, 1.ª alínea: "O contrato de compra-e-venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições" — entenda-se nas outras cláusulas".

Portanto, no direito comercial brasileiro, só se forma o vínculo contratual (preliminar ou definitivo), quando as partes chegam a acordo sobre todas as cláusulas que devem constar do contrato, sejam elas relativas aos denominados elementos essenciais, sejam elas referentes aos chamados elementos acidentais, ambos objetivamente considerados.

Se, no curso das negociações, concordam com relação a certos pontos e deixam em aberto outros, ainda que, em documento escrito, estabeleçam a irretratabilidade quanto aos

pontos já acertados e declarem que os demais serão objeto de acordo posterior, o contrato preliminar ou definitivo somente surgirá no momento em que houver a concordância sobre estes, completando-se, assim, o acordo sobre o conteúdo global do contrato. Enquanto esse acordo posterior não ocorrer, continua-se no terreno das tratativas, não sendo permitido, porém, a qualquer das partes, isoladamente, se quiser vir a celebrar o contrato, desrespeitar o acordo sobre os pontos já acertados, e sendo certo, por outro lado, que, no momento em que ocorrer a concordância sobre as cláusulas em discussão, o contrato, independentemente de ratificação do acordo parcial, se reputa aperfeiçoado, vinculando-se as partes ao seu adimplemento.

Não se admite, em nosso sistema jurídico, ao contrário do que ocorre no direito suíço e no direito austríaco, que o juiz se substitua às partes para preencher os pontos em branco sobre os quais elas, apesar das negociações posteriores à minuta, não chegaram a acordo.

7. No caso presente, o próprio acórdão recorrido, expressamente, reconhece que o documento de fls. do apenso — a que as partes denominaram “contrato preliminar para compra e venda de ações” — não continha acordo sobre todas as cláusulas que deveriam integrar o contrato a ser firmado por elas. Com efeito, acentua ele, a fls.: “É verdade que, em certas cláusulas, está previsto um “acerto” futuro e por isso se pretendeu que não há nenhum contrato”.

E, mais adiante (fls.): “Ora, no caso vertente, não se subordinou a eficácia do consenso à ulatimação do acordo sobre pontos não essenciais, os quais, de resto, são suscetíveis de determinação: a do preço, mediante a intervenção de terceiro, ou terceiros, peritos, contabilistas, que apurem a “efetiva situação líquida patrimonial da empresa” (cláusula 3), o passivo exigível; a da fiança (cláusula 7.2.1) através da oferta de fiador idôneo, nos termos da lei civil; a dos aluguéis dos imóveis de propriedade dos acionistas mercê de invocação aos usos e costumes, ou ao arbitramento.”

Como se vê, a não ser no tocante à apuração da efetiva situação líquida patrimonial da empresa, necessária para a fixação do *quantum* do preço (elemento essencial), que há realmente a determinabilidade (preço determinável, segundo critérios fixados pelas partes) que não impede a formação do contrato, no que diz respeito à idoneidade dos fiadores e aos aluguéis dos imóveis, não há que se dizer que tais elementos são determináveis, porque a determinabilidade só ocorre quando a determinação não se faz no momento da conclusão do contrato, mas as partes, aí, estabelecem o elemento objetivo (assim, por exemplo, a cotação da bolsa, em certo dia) que irá produzi-la. Se, porém, num negócio complexo, em que um de seus elementos diz respeito ao aluguel que será cobrado de certos imóveis, as partes declaram que estipularão posteriormente esse aluguel, não há, evidentemente, que se falar em aluguel determinável por usos e costumes ou arbitramento judicial, mas, sim, em que deixaram elas, em aberto, o *quantum* desse aluguel.

Também os votos vencidos são categóricos na afirmação da existência de cláusulas em aberto.

Lê-se no voto do Des. Abeylard Pereira Gomes:

“No caso vertente não houve acordo a respeito de diversas questões que ficaram em aberto para serem dirimidas no contrato definitivo, importando criação de uma rede bastante complexa de direitos e obrigações recíprocas, de prestações e contraprestações de várias naturezas.

Como bem salientou o Dr. Juiz, transformar um contrato provisório em definitivo através de sentença, significaria negociar pela parte, violentando-lhe a vontade” (fls.).

E, adiante (fls.):

“Diz o acórdão: “A condenação à entrega das ações não exclui a assinatura do instrumento do contrato, a presente decisão judicial não substitui esse instrumento. Não se ordena aos embargantes assinarem-no porque se reconhece que dentro no prazo mencionado no acórdão embargado, possivelmente não estariam ainda determinados os elementos do acordo que faltam — nesse particular acolhem-se as considerações e os argumentos expendidos nos embargos”.

É a própria maioria quem reconhece as insuperáveis dificuldades para ser celebrado o contrato definitivo, uma vez que há um dissenso irremediável entre as partes”.

E, no voto do Des. Hamilton de Moraes e Barros, depois de amplas considerações sobre os pontos em aberto, se encontram estas palavras:

"Existiam no escrito condições a definir, cláusulas a encher, não podendo o julgador consagrar o que está por acertar, o que expressamente depende de futuro entendimento e de apreciação e valoração de dados ainda não colhidos. Se assim se fizer, estará o juiz contratando pelas partes, o que é grosseiro desvio de função e vício insanável do julgamento, pois que se terá imposto em substituição às vontades necessariamente de se colher das partes, emitindo, como acabadas e perfeitas, declarações de vontade que elas não fizeram" (fls.).

Aliás, da simples leitura do documento em causa (deixada de lado a impropriedade do *nomen iuris* que foi atribuído: "contrato preliminar para compra e venda de ações"), verifica-se que se trata, inequivocamente, de um projeto de contrato ou minuta (instrumento que "fixa condições possíveis de compra e venda das ações"), em que se estabelecem pontos já acertados, mas em que se expressam outros a serem determinados posteriormente, "se a compra e venda das referidas ações vier a ser aperfeiçoada". Assim, na cláusula 3.1.1. (que diz respeito aos elementos que irão possibilitar a determinação do preço definitivo) se lê:

"Os imóveis de propriedade dos Acionistas que estão atualmente ocupados pela Empresa, serão objeto de novos contratos de locação comercial, fixando-se, desde logo, o prazo de 10 (dez) anos e, como valor do aluguel, a percentagem de 1,5% (um e meio por cento) sobre as vendas das lojas existentes nos aludidos imóveis, com um aluguel mínimo a ser estipulado, contratos esses abrangidos pelo sistema operacional aqui referido".

Na cláusula 3.4.1, declara-se: "Os demais imóveis deverão ser entregues aos Acionistas mediante forma de direito a ser estudada: ...". E, na cláusula 7, se estabelece:

"7. Do contrato definitivo de compra e venda das ações a ser celebrado se, nos termos dos itens seguintes, vier a ser aperfeiçoada a compra e venda das ações, constarão cláusulas:

.....  
7.2.1. *garantir com fiança idônea e capaz* todas as obrigações que vier a assumir para com os Acionistas;

7.2.2. *substituir, em prazo a ser determinado*, todas as garantias pessoais dos Acionistas em favor da Empresa bem como liberar hipotecas que oneram atualmente imóveis que pertençam ou passem a pertencer ao patrimônio dos Acionistas".

As expressões "com aluguel mínimo a ser estipulado", "mediante forma de direito a ser estudada", "garantir com fiança idônea e capaz" e "substituir, em prazo a ser determinado" traduzem, de modo inequívoco, que as partes ainda não haviam chegado a acordo sobre esses pontos, reservando-os para decisão posterior (daí, chegarem a acentuar, na cláusula 7 dessa minuta, que "do contrato definitivo de compra e venda das ações a ser celebrado se, nos termos dos itens seguintes, vier a ser aperfeiçoada a compra e venda das ações, constarão cláusulas" nas quais se disciplinariam essas questões deixadas em aberto).

Portanto, a circunstância de a minuta ter estabelecido, na cláusula 5, que "este instrumento fixa as condições possíveis de compra e venda das ações, motivo pelo qual é irretroatável para os Acionistas, valendo como opção a favor da pretendente dentro do prazo de 30 (trinta) dias fixado no item 4", tem um único sentido: o de que os pontos já acertados eram irretroatáveis para os recorrentes (e, com a impropriamente denominada "opção" passaram também a ser irretroatáveis para a recorrida), o que não sucedia, pela própria natureza das coisas, com os que haviam sido, expressamente, deixado em aberto para serem estipulados *se a compra e venda viesse a ser aperfeiçoada*. O que torna claro que a concordância da recorrida, por meio da impropriamente denominada "opção", transformou a minuta de vínculo unilateral dos recorridos sobre os pontos acertados em vínculo bilateral nessa mesma medida, e não traduziu aceitação de oferta de que não poderia surgir contrato (preliminar ou definitivo) de compra e venda, pela simples razão de que havia questões em aberto, a serem decididas pelas partes posteriormente, não podendo o juiz, pelo nosso sistema jurídico (ao contrário do que ocorre em sistemas como o suíço ou o austríaco, por força de textos expressos de lei) substituir-se às partes, e deliberar por elas nos pontos sobre os quais não chegaram a acordo.

A minuta em causa (antes da "opção" da recorrida) era um exemplo típico da hipótese estudada por Tamburrino (ob. cit., p. 106), ou seja, "dell'accordo provisorio che studiamo, e che impegni una sola delle parti, questa è vincolata esclusivamente, ove il contratto si concluda, alla osservanza di quelle predeterminate clausole che rimangono ferme: a differenza di quanto avviene nella opzione e nel preliminare, essa rimane in una posizione di

libertà in ordine alla conclusione del contratto, ma se al contratto medesimo vorrà addivenire, la sua libertà troverà un limite nella soggezione al vincolo provvisorio, nella sua impossibilità di modificare e revocare le clausole predeterminate e nella necessità di osservare". E essa vinculação provisória e eventual de uma das partes, que, com o exercício da "opção", passou a ser de ambas as partes, com isso não teve, evidentemente sua natureza jurídica mudada, senão apenas de vinculação provisória e eventual unilateral passou a ser vinculação provisória e eventual bilateral. Mas sempre vinculação provisória e eventual, diferente, portanto, de contrato preliminar unilateral ou bilateral.

Por isso mesmo é que as partes desse acordo provisório e eventual, quando houve o exercício da "opção", continuaram suas tratativas, não apenas para tornar determinados os pontos determináveis (como o da fixação do preço), mas para preencher os pontos em aberto e que integravam indissolúvelmente o complexo negocial a que se propunham. E a demonstração, também evidente, disso se encontra na circunstância de que nunca entenderam que os dez milhões de cruzeiros, com o exercício da "opção", se tivessem transformado em sinal, tanto assim que as notas promissórias de valor correspondente e que eram garantia da devolução da quantia depositada foram substituídas por outras com data final igual à das datas das prorrogações de prazo para a conclusão do contrato definitivo; e tanto assim também que nessas tratativas posteriores ao acordo provisório e eventual se chegou a elaborar uma minuta de "contrato de venda e compra de ações da Sociedade Distribuidora de Comestíveis "Disco" S.A. e outras avenças" (fls.), que é bem diversa daquele acordo provisório e eventual (até no tocante ao pagamento do preço), o que não seria admissível se se tratasse, apenas, de uma formalização de contrato preliminar anterior.

8. Por outro lado, para que possa ser julgada procedente a ação a que alude o art. 639 do CPC, é mister que, não apenas se trate de contrato preliminar, mas também que esse contrato preliminar contenha todos os elementos do contrato definitivo.

Como bem observa Amílcar de Castro (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, p. 181), "o art. 1.006, § 2.º, do Código anterior exigia que o contrato preliminar preenchesse as condições de validade do definitivo, ao passo que o art. 639 fala: "sendo isso possível e não excluído pelo título", mas esta cláusula equivale àquela exigência, e o direito continua a ser o mesmo" (os grifos são meus). Ora, as condições de validade de um contrato pressupõem, como antecedente lógico, as condições de existência dele, e estas, no tocante à compra e venda mercantil, consoante o disposto no art. 191 do Código Comercial, se traduzem no acordo, na coisa, no preço e nas condições (ou seja, nas demais cláusulas). Daí a razão por que Micheli (*Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, livro sexto, Tutela dei Diritti, pp. 533-534), ao comentar o art. 2.932, primeira parte, do Código Civil italiano (do qual o art. 639 do CPC brasileiro é tradução, como se vê da comparação dos dois textos: "Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza que produca gli effetti del contratto non concluso" e "se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado"), escreve a propósito das expressões *qualora sia possibile*: "Il requisito in questione può avere particolare importanza quando si tratti di obblighi, sorgenti da contratti preliminari, i quali contengono solo alcuni degli elementi del contratto definitivo. In tali ipotesi il giudice dovrà, di caso in caso, determinare se sia possibile giuridicamente far luogo ad un'esecuzione in forma specifica. Vi sono, infatti, delle ipotesi in cui nel contratto preliminare mancano troppi elementi che dovranno entrare poi nel contratto definitivo; si pensi, ed esempio, al caso in cui le parti abbiano assunto il reciproco impegno di prestarsi reciprocamente a trattare per raggiungere l'accordo sulle condizioni del futuro contratto. È evidente che in questa ipotesi, ed in altre consimili, il giudice non può surrogarsi alla parte inadempiente, perfezionando così il contratto definitivo".

No mesmo sentido, manifesta-se Barbosa Moreira (*O Novo Processo Civil Brasileiro*, vol. II, p. 44):

"O primeiro pressuposto da obtenção de sentença que produz o mesmo efeito do contrato não concluído acha-se expresso nas palavras "sendo isso possível". A possibilidade ou a impossibilidade tem de ser apreciada, caso a caso, pelo órgão judicial. Ainda não se encontrou fórmula genérica que englobe todas as hipóteses de impossibilidade; esta pode originar-se de variadas circunstâncias, como por exemplo de não depender exclusiva-

mente do devedor a conclusão do contrato: a sentença poderia suprir a falta da sua declaração de vontade, não porém a de terceiro(s) que precisasse(m) assentir ou intervir no ato. Tratando-se de obrigação fundada em contrato preliminar, é indispensável, para acolher-se a pretensão do credor, que aquele negócio jurídico contenha todos os elementos do definitivo: ao juiz não é dado estipular cláusulas e condições, mas apenas fazer desnecessária, por meio de sentença, a declaração de vontade que, incidindo sobre cláusulas e condições já estipuladas, daria corpo ao negócio definitivo. Em outras palavras: a sentença não tem a virtude de criar, sequer em parte, o objeto ou o conteúdo do contrato que se deveria concluir: o que pode faltar, e que ela torna supérflua, é só a declaração de vontade, não emitida pelo devedor”.

Em verdade — e nisso não atentaram ambos esses autores —, quando as partes reduzem a escrito os pontos já acertados e se reservam para discutir, posteriormente, os demais, ainda não há sequer contrato preliminar, como se demonstrou atrás. Por isso, nesses casos, a ação do art. 639 do CPC brasileiro (correspondente à do art. 2.932 do Código Civil italiano) não é admissível por falta de um pressuposto antecedente ao da possibilidade: o pressuposto de que se trate de contrato preliminar. O exemplo correto de impossibilidade, em se tratando de contrato preliminar, é o dado por Barbosa Moreira ao dizer: “como por exemplo a de não depender exclusivamente do devedor a conclusão do contrato (é o caso de promessa de compra e venda de imóvel celebrada sem a participação da esposa; a promessa, como tem decidido esta Corte, é existente e válida, apenas não é eficaz — daí não poder ser usada a ação do art. 639 do CPC — enquanto a mulher não der sua concordância).

De qualquer sorte, porém, o que é certo é que, mesmo quando se pudesse pretender que tais acordos poderiam ser qualificados como contratos preliminares, não poderiam eles ensejar a procedência da ação do citado art. 639 do CPC, porquanto, como acentua Barbosa Moreira (loc. cit.) “a sentença não tem a virtude de criar, sequer em parte, o objeto ou o conteúdo do contrato que se deveria concluir; o que pode faltar, e que ela torna supérflua, é só a declaração de vontade, não emitida pelo devedor”. Ou, como acentuou em voto vencido, o Des. Hamilton de Moraes e Barros (fls.): “A promessa de concluir o contrato, como quer o art. 639 do CPC, quando sanciona o promitente inadimplente, não é e nem pode ser a obrigação de concordar com o que se quer impor, a de executar o conteúdo de cláusulas de conteúdo não estabelecido, mas tão-somente a de formar o ato jurídico prometido, mas tal qual foi prometido, sem ampliações, reduções ou alterações”.

9. Decidindo, como decidiu, o acórdão recorrido negou vigência ao art. 191 do CCom. e ao art. 639 do CPC, inaplicáveis à espécie em face dos elementos objetivos que serviram de premissa expressa da conclusão a que ele chegou.

Firmado esse ponto, dele decorre, necessariamente, que os dez milhões de cruzeiros objeto da ação de consignação em pagamento, entregues à Distribuidora de Comestíveis Disco S.A. a título de depósito irregular (depósito de coisa fungível), a esse título permaneciam em poder dela quando da propositura da referida ação, sendo-lhe lícito consigná-los em pagamento, pois, com o não aperfeiçoamento da compra e venda, desaparecera a causa que lhe dera ensejo, e a recusa do depositante em recebê-los era injustificada, até porque a restituição do depósito estava garantida por nota promissória de valor a ele correspondente.

Por essas razões, e deixando de lado as questões relativas a nulidades processuais por se verificar a hipótese prevista no § 2.º do art. 249 do CPC, conhecimento do recurso e lhe dou provimento, para julgar a recorrida carecedora da ação de adjudicação compulsória, e procedente a ação de consignação em pagamento, mantidas as cominações quanto a custas e a honorários de advogado estabelecidas na sentença de primeiro grau, que, assim, fica restaurada, corrigida, apenas, na parte em que ela julgou improcedente a ação de adjudicação compulsória, quando, em verdade, a autora, ora recorrida, era carecedora dela.

## VOTO

*O Sr. Min. Décio Miranda:* Sr. Presidente, há vários dias tenho dedicado horas à leitura dos memoriais que recebi de ambas as partes, contendo farto material de estudo sobre os problemas envolvidos no recurso extraordinário ora sob julgamento.

Não devo esconder que me impressionaram fortemente a cláusula do documento preliminar, segundo a qual o ali estabelecido se transformava em negócio irretroatável para os

vendedores, e, ao mesmo tempo, a confirmação por parte do comprador, a quem se reservou uma opção, pela carta de fls. dos autos. Seguida esta carta, esta manifestação de opção do comprador, por uma carta do vendedor, que considerava então definitivo o negócio, af se fechava o círculo que aparentemente conduziria à possibilidade de execução específica do contrato por via judicial.

Ocorre, porém, que, como bem salientaram os votos vencidos no Tribunal de Justiça, e com abundância de demonstração agora acentuou o eminente Relator, ficaram em aberto cláusulas a serem completadas por novo acordo entre as partes envolvidas. Sem precisar entrar na distinção entre cláusulas essenciais e cláusulas principais da avença, o fato é que entre essas cláusulas sobre as quais pendia acordo futuro, havia as relativas à retirada de certos imóveis do acervo vendido; à fixação de um aluguel mínimo, que em qualquer caso seria devido, pelos imóveis que os acionistas vendedores continuariam locando à empresa comercial; além disso, a fórmula a ser estudada para a transferência de certos bens; e, por fim, uma quarta espécie a depender de acerto, a fiança a ser dada às obrigações dos compradores.

Mostrou o eminente Relator que essas cláusulas em aberto não podiam ser supridas por sentença.

E, realmente, durante a leitura desses memoriais, pus-me a imaginar, sob o aspecto prático, como poderia o Juiz resolver esses problemas, suprir essas declarações de vontade, quando nenhum critério predeterminado se estabelecera para o cumprimento dessas projetadas obrigações. Se, de um lado, o aluguel firme seria o valor de 1,5% sobre as vendas, como fixar o Juiz um aluguel mínimo, que fosse do aprazimento de ambas as partes, para a situação em que aquele aluguel de 1,5% não proporcionasse rentabilidade adequada?

Enfim, todas estas questões não teriam senão uma solução violenta por parte do Juiz, porque nenhum critério legal ou predeterminado nas tratativas informariam a solução a ser dada.

Se isto, sob o ponto de vista prático, já me impressionara, agora, ante a demonstração minuciosa e brilhante que o eminente Sr. Ministro Relator fez do Direito aplicável, segundo os precedentes legislativos dos países cuja tradição jurídica acompanhamos, e em conformidade com o próprio Direito brasileiro, ficou bem à vista que, se não há critério predeterminado no contrato prévio, ou se não há critério legal, é impossível ao Juiz suprir tais cláusulas, sobre as quais as partes não chegaram a acordo.

O voto do eminente Relator dispensa-me de maiores considerações, para, como fez S. Exa., conhecer do recurso, por negativa de vigência do art. 191 do CCom. e do art. 639 do CPC, e lhe dar provimento, para o fim mencionado no douto voto, inclusive com a declaração de que os recorridos são carecedores da ação de adjudicação proposta e se mostra procedente a ação de consignação em pagamento.

## VOTO

*O Sr. Min. Cordeiro Guerra:* Sr. Presidente, o erudito e preciso voto do eminente Relator me trouxe à lembrança um conceito de Eça de Queiroz sobre a crítica portuguesa, a respeito, não sei se de um livro de poemas de Guerra Junqueiro ou de Antero de Quental, de que há certas obras literárias que o máximo que a crítica pode fazer é dizer onde se encontram e quanto custam.

O voto de S. Exa. foi tão primorosamente deduzido e fundamentado, que, a rigor me bastaria dizer, com simplicidade, que estou plenamente de acordo com os seus fundamentos e as suas conclusões. Mas os doutos Advogados de tal modo se empenharam na defesa dos seus pontos de vista e, por igual, se esforçaram para facilitar o conhecimento da causa pelos demais julgadores, que eu também quero mostrar que, de minha parte, na medida de minhas modestas capacidades, procurei apreciar a causa com a atenção que ela merecia.

Assim, fui consultar o Tratado de Direito Civil Belga, de Henri De Page, e lá se encontra que um contrato não se forma senão quando a vontade de todas as partes, que nele intervêm, concordam sobre todos os pontos que constituem o seu objeto. Desde o instante em que uma só vontade ou um só ponto permaneça em suspenso, o contrato não se forma. Esta regra não está formulada em nenhum texto, mas ela resulta da definição

mesma do contrato. É o que se lê no original — p. 467, vol. 3.º das obrigações do *Traité Élémentaire du Droit Civil Belge*, 2.ª ed., 1948:

“Un contrat n'est formé que lorsque les volontés de toutes les parties qui y interviennent concordent sur tous les points qui en constituent la matière. Dès l'instant ou une seule volonté, ou un seul point, demeurent en suspens, le contrat ne se forme pas. Cette règle n'est formulée par aucun texte, mais elle résulte de la définition même du contrat.”

Por igual, para que se chegue a um contrato há, evidentemente, uma elaboração progressiva, e a primeira fase do período pré-contratual é aquela das proposições, dos *pouparlers* e dos acordos preliminares. O contrato não existe, senão quando um concurso de vontades se estabelece, como disse, sobre todos os pontos, mesmo os acessórios. Não há contrato, se não há acordo sobre todos os pontos principais ou acessórios. É o que diz expressamente De Page:

“Cela est vrai même pour les accords préparatoires, car nous savons que le contrat n'existe que si le concours des volontés s'est formé sur tous les points, même accessoires” (idem, p. 470).

E as propostas, os *pouparlers* e os acordos preparatórios não têm, como tais, nenhum valor obrigatório. Eles não fazem senão preparar o contrato; não o constituem. Se os contratos se formam — na opinião de De Page — esses acordos preparatórios nem sempre se integram no contrato final; dependem, evidentemente, do acordo das partes (idem p. 472).

Esses ensinamentos de De Page não discrepam da lição de Scialoja, Holder, Tamburino e outros como salientou o eminente Relator Henri De Page em seus comentários chama por igual a atenção para o Código das Obrigações suíço, em que o juiz pode suprir a vontade das partes ou determiná-las, quando a lei o autoriza, o que o nosso Direito não comporta, tal como o belga, e foi muito bem observado na lição de J. X. Carvalho de Mendonça.

Por outro lado, é de ver-se que o nosso Código de Processo é também muito sábio, quando diz, no art. 639, que a adjudicação compulsória só é admissível:

“Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível, e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.”

Ora, o título, na espécie, no meu entender, não se define, realmente, como pré-contrato, porque não se chegou a acordo sobre todos os pontos da negociação. Como se dar, pois, execução compulsória sobre o que não foi acordado? Dá-se a execução compulsória sobre aquilo que já ficou definitivamente estabelecido em todas as suas cláusulas, sendo isso possível.

De outro modo, chegar-se-ia à conclusão esdrúxula, a que se chegou neste caso, de se mandar entregar as ações do controle de uma companhia sem que o preço tivesse sido pago ou depositado. Esta é a verdade. Considerou-se que havia obrigação de entregar, em trinta dias, as ações, e o preço não tinha sido pago ou depositado. É uma observação feita pelo eminente Des. Hamilton de Moraes e Barros, que faz uma crítica segura e irônica das conclusões do acórdão recorrido.

Por esses fundamentos, aliás dispensáveis, que apenas invoco como homenagem aos nobres Advogados das partes e em atenção ao esforço louvável e brilhante que fizeram, nos termos dos votos que me precederam, conheço do recurso e lhe dou provimento.

#### EXTRATO DA ATA

Decisão: Adiado o julgamento por haver pedido vista o Min. Leitão de Abreu, depois do voto do Relator e dos Mins. Décio Miranda e Cordeiro Guerra que conheciam do recurso e lhes davam provimento. Falou, pelo recte. o Dr. Victor Nunes Leal. Falou pela recda. o Dr. Alfredo Buzaid.

Presidência do Sr. Min. Djaci Falcão. Presentes à Sessão os Srs. Mins. Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves e Décio Miranda, 5.º Subprocurador-Geral da República, o Dr. Mauro Leite Soares.

## VOTO (VISTA)

O Sr. Min. Leitão de Abreu: Responsável pela celeuma jurídica que agita estes autos é um documento que as partes, naturalmente com a assistência de doutos causídicos, como pedia o vulto dos interesses em jogo, denominaram “contrato preliminar para compra e venda de ações”. Mas que valem nomes? — dizem na sua prosa erudita os juristas, repetindo o que classicamente já se afirmara em verso: *that which we call a rose by any other name smell as sweet*. Estribada nessa idéia, a primeira voz, com teor decisório, a fazer-se ouvir no processo, depois de examinar, meticolosamente, o dito papel, concluiu que o chamado contrato preliminar, além de não ser preliminar, não era sequer contrato, porém simples “protocolo de intenções”, o que vem a dar numa espécie de não ser jurídico, em algo que não tem carta de cidade no mundo do direito. Donde julgar-se procedente ação consignatória dos ora recorrentes e improcedente ação de adjudicação compulsória dos recorridos.

Provocada censura sobre essa decisão, o colégio de segundo grau, negando a insignificância jurídica, que se atribufra ao escrito, reconheceu-lhe, de modo inequívoco, a condição de contrato, e, de maneira que se afirma não ser isenta de ambigüidade, o caráter de contrato preliminar. A sentença apelada teria incorrido em evidente equívoco, porque o malsinado documento se apresentava com todos os elementos essenciais à validade do contrato preliminar. Se o preço se achava efetivamente não determinado, era ele determinável, mediante elementos e critérios pré-acordados pelas partes vinculadas ao contrato preliminar e dele constante. Logo, por não ficar a fixação do preço ao exclusivo arbítrio de um dos contraentes, existente era o contrato.

Essa conclusão reuniu a maioria, porém não a unanimidade dos sufrágios, pois um ilustre juiz sustentou, com abundância de razões, que o equívoco, imputado à sentença, não só não era evidente, como, principalmente, não era equívoco. “Evidentemente — asseverou —, “inexiste contrato formal, mas, tão-só, uma troca de escritos que objetivam a futura formação de um contrato que, frente à lei comercial, precisa conter: o objeto do contrato e o preço certo ou incerto e meramente resultante de operação aritmética”. Depois de argumentar que não havia fixação do preço, o que era relegado para a fase de aperfeiçoamento, por acordo de vontades, não ocorrido, decretou: “Emerge, pois, que o requisito essencial do preço inexistente, o que torna o chamado pelo apelante de pré-contrato, um simples protocolo de intenções, como, com exatidão, batizou a sentença de primeira instância”.

O vigor com que se opõe uma evidência a outra leva a crer que este termo não se usa, acepção comum, ou filosófica, segundo a qual uma proposição é evidente se todo o homem que tenha a sua significação presente ao espírito e que formule expressamente a questão de saber se ela é verdadeira ou falsa, não pode absolutamente duvidar de sua veracidade. Seja como for, este enérgico diálogo a respeito do ser ou do não ser, da existência, ou não existência, na hipótese, de contrato, se prolonga, com brilho e erudição, nos embargos infringentes e, por fim nos embargos de declaração. Ao passo que, nos infringentes, a maioria, com base na exegese das cláusulas do instrumento, que era objeto da contenda, rejeitava os embargos, visto reafirmar ter o citado instrumento se intitulado corretamente de “contrato preliminar para compra e venda de ações”, a minoria, agora com dois dissidentes, apoiando-se, também, na interpretação de cláusulas do mesmo documento, insiste em que este não pode ser considerado contrato preliminar, de molde a ensejar a execução compulsória, nos termos do art. 639 do CPC: “O contrato preliminar” — discorre um dos votos vencidos —, “gênero de que o contrato de promessa é a espécie, deve conter no seu bojo todas as cláusulas constantes do contrato definitivo; vale dizer, o contrato definitivo já deve estar modelado, plasmado no ante-contrato”. Como, para a celebração do contrato definitivo, ainda havia pontos em aberto, não se podia falar em contrato preliminar ou contrato de promessa, “simples ‘protocolo de intenções’, mero ‘projeto de acordo’”, — entende o outro voto dissidente —, “não é ainda o pré-contrato, na sua conceituação doutrinária e jurisprudencial. No caso presente, em várias passagens e cláusulas do escrito de fls., se previa o acordo futuro. Tais acordos futuros, para encher os vazios de vontade e de declaração não podem ser preenchidos pelo julgador, nem, no caso, se oferecem critérios já certos e determinados para preenchê-los ou completá-los. Há mais do que pontos incertos ou cambiantes: há pontos inexistentes. Há verdadeiras cláusulas em branco, isto é, sem conteúdo já fixado, sem o necessário acertamento. Esses vazios contratuais o juiz não pode encher. Nesses silêncios e diferimentos, não pode prover o juiz”. Pouco adiante,

acrescenta: "Existiam no escrito condições a definir, cláusulas a encher, não podendo o julgador consagrar o que está por acertar, o que expressamente depende de futuro entendimento e de apreciação e valoração de dados ainda não colhidos. Se assim o fizer, estará o juiz contratando pelas partes, o que é grosseiro desvio de função e vício insanável do julgamento, pois que se terá imposto em substituição às vontades necessariamente de se colher das partes, emitindo, como acabadas e perfeitas, declarações de vontade que elas não fizeram". Nos embargos de declaração, também rejeitados por maioria, foram repiados, por vencedores e vencidos, os pontos de vista anteriores, quanto à caracterização do chamado contrato preliminar, além de se examinarem questões atinentes à parte em que o acórdão dos embargos infringentes havia sido recebido, para reformar o acórdão embargado quanto à condenação, que se impusera ao réu da ação de adjudicação compulsória.

Interposto recurso extraordinário, pelas alíneas *a* e *d*, o nobre Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em fundamentado despacho, admitiu o apelo pela primeira das alíneas.

Doutamente, o eminente Relator do feito, nesta instância, depois de expor, com precisão, os termos em que a controvérsia se acha travada, assim resume o problema em debate: "Como se vê, em síntese" — explana Sua Excelência — "a questão jurídica fundamental que se discute nestes autos é esta: se, no curso de negociações, as partes acordam sobre os elementos essenciais do contrato, deixando, porém, para momento posterior (o da celebração do contrato definitivo), a solução de questões relativas a elementos acidentais, e reduzem tudo isso a escrito, esse documento caracteriza um contrato preliminar (e, portanto, obrigatório para ambas ou não passa, mesmo no que diz respeito aos pontos principais já considerados irretiráveis, de mera minuta (punctação), sem o caráter vinculante de contrato preliminar, e, conseqüentemente, insuscetível de adjudicação compulsória?". "Essa questão", — prossegue — "é largamente examinada na doutrina estrangeira, havendo, a propósito, três correntes de opinião: a) aquela segundo a qual o contrato — preliminar ou definitivo — só se aperfeiçoa quando as partes estão de acordo com todos os pontos do contrato, sem distinção entre elementos essenciais e acidentais; b) a pela qual o contrato — preliminar ou definitivo — se perfaz com a concordância, apenas, sobre os elementos essenciais dele, salvo se elas se reservarem, para ulteriores tratativas, sobre os elementos acidentais; e c) aquela de acordo com a qual o contrato — preliminar ou definitivo — se reputa celebrado no momento em que as partes acordam sobre os pontos essenciais, ainda que se tenham reservado para discutir os pontos secundários, pois se não vierem a chegar a acordo sobre estes o juiz o suprirá levando em conta a natureza do negócio."

Cada uma dessas correntes de opinião é submetida, em seguida, a completo e profundo exame, nada se deixando na sombra, seja quanto aos seus traços capitais, seja quanto às distinções que, aqui e ali, são estabelecidas acerca do âmbito de aplicação das direções doutrinárias menos rigorosas relativamente aos elementos exigidos para que o contrato, preliminar ou definitivo, se complete ou aperfeiçoe.

Dessas três correntes, somente se coaduna com o direito, no tocante à disciplina dos contratos comerciais, aquela segundo a qual o contrato — preliminar ou definitivo — só se aperfeiçoa quando as partes estão de acordo com todos os pontos do contrato, sem distinção entre elementos essenciais e acidentais. Em abono dessa conclusão, invoca o eminente Relator a lição de J. X. Carvalho de Mendonça, para quem, "nos contratos mercantis, o contrato (preliminar ou definitivo) só se aperfeiçoa no momento em que o consentimento se estabelece sobre todos os pontos discutidos pelas partes, só se admitindo que, se elas se omitirem sobre pontos secundários, estes podem ser supridos exclusivamente com normas dispositivas, como as dos arts. 132, 133 e 137 do CCom. Por isso mesmo, logo após as transcrições dos textos austríaco e suíço, que admitem a formação do contrato ainda que haja reserva das partes sobre pontos secundários, Carvalho de Mendonça observa que "o nosso direito não sufraga estas teses", e arremata: "Aproxima-se do Código Civil alemão no art. 154".

"Em verdade" continua o Min. Moreira Alves — "vai além do art. 154 do B.G.B. E isso ressalta nítido da regra do Código Comercial contida na primeira parte do art. 191, que diz respeito à compra e venda mercantil, terreno em que se desenvolveu toda a controvérsia objeto destes autos nas instâncias ordinárias, razão, aliás, porque deixo de lado a alegação, feita no recurso extraordinário, sobre a existência, no caso, de contrato atípico".

Transcreve, logo após, o art. 191 do CCom. que diz:

"Art. 191 — O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor acordam na coisa, no preço, e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepende-se sem consentimento da outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. Fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição (art. 127)".

"Condições", nesse texto — sublinha — é expressão empregada, como frisa Pontes de Miranda, no sentido de "outras cláusulas".

"Portanto" — conclui — "no direito comercial brasileiro, só se forma o vínculo contratual (preliminar ou definitivo), quando as partes chegam a acordo sobre todas as cláusulas que devem constar do contrato, sejam elas relativas aos denominados elementos essenciais, sejam elas referentes aos chamados elementos acidentais, ambos objetivamente considerados.

"Se, no curso das negociações" — explicita — concordam com relação a certos pontos e deixam em aberto outros, ainda que em documento escrito, estabeleçam a irretratabilidade quanto aos pontos já acertados e declarem que os demais serão objeto de acordo posterior, o contrato preliminar ou definitivo somente surgirá no momento em que houver a concordância sobre estes, completando-se, assim, o acordo sobre o conteúdo global do contrato. Enquanto esse acordo posterior não ocorrer, continua-se no terreno das tratativas, não sendo permitido, porém, a qualquer das partes, isoladamente, se quiser vir a celebrar o contrato, a desrespeitar o acordo sobre os pontos já acertados, e sendo certo, por outro lado, que, no momento em que ocorrer a concordância sobre as cláusulas em discussão, o contrato, independentemente de ratificação do acordo parcial, se reputa aperfeiçoado, vinculando-se as partes ao seu adimplemento.

"Não se admite" — remata — "em nosso sistema jurídico, ao contrário do que ocorre no direito suíço e no direito austríaco, que o juiz se substitua às partes para preencher os pontos em branco sobre os quais elas, apesar das negociações posteriores à minuta, não chegaram a acordo".

Assim colocada a questão, entrega-se o nobre Relator à análise, quer do acórdão recorrido, quer dos votos vencidos, quer das cláusulas mesmas do chamado contrato preliminar, para terminar por entender que a vinculação provisória e eventual unilateral que se estabeleceu inicialmente por via do documento em exame passara, diante do exercício da opção, a ser vinculação provisória e eventual bilateral. Mas sempre — salienta — vinculação provisória e eventual, diferente, portanto, de contrato preliminar unilateral ou bilateral. Ao dito papel atribui-se, destarte, a condição de simples tratativa ou punção.

2. Apesar do vigor e da carga persuasiva com que essa opinião é sustentada nas instâncias ordinárias, apesar do brilho com que essa tese é defendida pelo eminente Relator, não me convenci desde logo ser totalmente despida de consistência jurídica a posição adotada, em relação à natureza do citado documento, pelos votos que prevaleceram, no julgamento da apelação e dos embargos, tanto de declaração como infringentes.

Os numerosos, eruditos e lípidos pareceres, exarados por sumidades oraculares de nossas letras jurídicas, pareceres produzidos pelas partes, em confronto, não haviam, de outro lado, espancado, de modo completo, as vacilações a que o estudo prévio e apressado da questão deram origem. Pareceu-me indispensável, diante disso, examinar mais de espaço o problema em presença dos autos. Donde o pedido de vista, que me habilitou a formar a convicção, que me cumpre agora manifestar.

As partes estavam conscientes e seguras acerca da natureza jurídica do pacto que celebravam. Aliás, não teriam, com todas as letras, denominado esse pacto de "contrato preliminar para compra e venda das ações". É certo que o *nomen iuris* dado a um negócio jurídico não lhe define, só por si, o ser. Podem as partes conferir tal ou qual denominação ao ato que celebram sem que este revista o caráter que lhe é emprestado, pois a natureza do ato jurídico se determina em face dos elementos que o compõem ou informam e não da qualificação que lhe imprimam os seus autores. Daí não se infere, todavia, que não cumpra emprestar relevo ao nome com que os figurantes designam o ato que praticam, mormente quando, como ocorre na espécie, se trata de pessoas que, além de se presumirem possuidoras de larga experiência comercial, devem ter elaborado o contrato, dados os vultosos interesses que estavam em jogo, com assistência jurídica idônea. Por isso mesmo, não só se mostram categóricos os enunciados por meio dos quais se define a natureza do contrato,

como não se vislumbra dissenso, entre os intervenientes no negócio, quanto ao sentido e alcance do ato que praticavam.

Não infirma essa asserção a circunstância de se denunciar alguma ambigüidade na redação de certas cláusulas constantes do contrato, uma vez que a tudo sobrepara a feição vinculante que a este, expressamente, se confere nos seus pontos capitais, não de modo eventual ou transitório, porém de maneira definitiva e permanente. Em outras palavras: a obrigatoriedade que ressaí, no seu conjunto, do pacto definido como contrato preliminar é incompatível com a condição, que se lhe atribui, de mera tratativa ou punção. Inconciliável com isso se revela, notadamente, a opção que os acionistas, na cláusula quinze, asseguraram, de maneira irretroatável, ao pretendente para a aquisição das ações. Exercida a opção, dentro do prazo, nasceram em relação aos contratantes direitos e obrigações, que transcendem o âmbito do mero protocolo de intenções, isto é, de simples minuta que, por não revestir caráter vinculante, é privado de qualquer valor jurídico.

Somente porque se tinha em mente estabelecer, com o exercício da opção, vínculo bilateralmente obrigatório é que, nos termos da cláusula 8.ª, foi entregue à Empresa, no ato da assinatura do contrato, a importância de dez milhões de cruzeiros, "importância que se converteria em pagamento inicial aos acionistas na contingência do aperfeiçoamento da compra e venda das ações". Obrigatório o contrato, unilateralmente, para os acionistas, desde que se firmou o documento contratual, obrigatório se tornou ele, bilateralmente, a partir da opção, pois a contar daí, como está dito na mesma cláusula, a referida importância se converteria em pagamento inicial aos acionistas.

Objeta-se que a conversão da mencionada soma em pagamento inicial do preço das ações somente se daria na hipótese do aperfeiçoamento da compra e venda delas e que o aperfeiçoamento desse negócio jurídico não ocorreria enquanto não se efetuasse o contrato definitivo, ou seja, o contrato de que constituiria mero projeto, sem conteúdo definitivamente obrigatório o documento firmado em 4.9.1974.

Essa interpretação leva a admitir, no entanto, — contra a natureza das coisas, — que a promitente-compradora, entidade comercial, e, portanto, essencialmente de fins lucrativos, haja desviado tamanha importância do giro dos seus negócios, ainda que transitoriamente, para entregá-la à empresa cujo controle acionário visava empolgar, sem haver estabelecido com os acionistas dela, na posse da maioria das ações, acordo de vontades pelo qual os mesmos acionistas se houvessem obrigado, em face do exercício do direito de opção, a transferir-lhe o comando acionário da mencionada empresa. A inaceitabilidade da exegese que empresta ao chamado contrato preliminar de compra e venda o caráter de simples minuta ou punção se torna, porém, ainda mais clara, quando se adverte que a importância entregue para conversão em pagamento inicial representa nada menos que uma quarta parte do preço estimado em princípio para a compra e venda de ações avaliadas, com base na situação líquida patrimonial da Empresa, em quarenta milhões de cruzeiros (cláusula 2.ª).

Não bastasse isso para mostrar que o documento firmado no dia quatro de setembro estava longe de constituir, na vontade das partes, simples protocolo de intenções, carente, como tal, de valor jurídico, desfaria qualquer dúvida a esse respeito o comportamento posterior das partes, traduzido na troca de cartas entre elas realizada ao iniciar-se o mês de outubro seguinte. Na expedida a primeiro desse mês, a compradora, dizendo ratificar os termos do contrato preliminar para compra e venda de ações, exercia a opção prevista na cláusula 5.ª, propondo-se, daí em diante, para o aperfeiçoamento da compra e venda das ações, a examinar documentação imprescindível para atender as condições contratuais, bem como a apreciar, em conjunto, a minuta do contrato. Logo no dia seguinte, os vendedores, acusando o recebimento dessa carta, cujo texto transcrevem, informavam admitir que a compra e venda das ações objeto da opção cujo exercício tornara definitiva, fosse formalizada até o dia 10 próximo, impreterivelmente, acrescentando que aguardavam a remessa, com razoável antecedência em relação à data já referida, da minuta do contrato de compra e venda das ações, para o indispensável exame.

Dos termos dessa troca de cartas, colige-se, antes de tudo, que os vendedores, diante da opção, deram, expressamente, como definitiva a compra e venda das ações, não havendo falar, pois, ao menos desde então, quanto ao documento do dia 4 de setembro, em acordo provisório, não vinculante, realizado para mera documentação de tratativas. Verifica-se, em seguida, estarem os vendedores tão persuadidos de se acharem vinculados por obrigação

de fazer, concebida de modo preciso, que se propõem formalizar a compra e venda dentro de uma semana, aproximadamente, pois a carta era datada de 2 de outubro e o prazo que assinavam para o ato de formalização se esgotaria, impreterivelmente, no dia 10 do mesmo mês. Conclui-se daí, não só estarem as partes absolutamente convictas de que haviam, na verdade, firmado contrato preliminar de compra e venda, e não inexpressivo protocolo de intenções, como estarem, ainda, persuadidas que as cláusulas contratuais, como fixadas no contrato preliminar, permitiam, em prazo brevíssimo, cerca de uma semana, a formalização do contrato que se haviam obrigado a concluir.

Desautoriza isso o modo pelo qual um dos votos vencidos defende a opinião de que o escrito primitivo consubstancia simples tratativa. Afirma o douto magistrado: "Simple "protocolo de intenções", mero "projeto de acordo" não é ainda o pré-contrato, na sua conceituação doutrinária e jurisprudencial. No caso presente, em várias passagens e cláusulas do escrito de fls., se previa o acordo futuro. Tais acordos futuros, para encher os vazios de vontade e de declaração não podem ser preenchidos pelo julgador, nem, no caso, se oferecem critérios já certos e determinados para preenchê-los ou completá-los. Há mais do que pontos incertos ou cambiantes: há pontos inexistentes. Há verdadeiras cláusulas em branco, isto é, sem conteúdo já fixado, sem o necessário acertamento. Esses vazios contratuais o juiz não pode encher. Nesses silêncios e diferimentos, não pode prover o juiz".

Se houvesse vazios de vontade, pontos inexistentes, cláusulas em branco, sem conteúdo fixado, não concordariam as partes em que estavam habilitadas a formalizar o contrato no prazo estipulado, prazo exíguo, dentro no qual seria impraticável a feita do contrato definitivo. Se a indeterminação fosse tal como se pretende, isto é, se não suscetível de determinabilidade segundo critérios objetivos, não teria a promitente-compradora, no ato da assinatura do contrato preliminar, entregue à Empresa, para servir de princípio de pagamento do preço, dez milhões de cruzeiros, quantia correspondente a vinte e cinco por cento da importância estimada, em princípio, como representativa do ativo líquido da entidade, cujo controle acionário se intentava obter. A razão está, assim, com a opinião que prevaleceu, no acórdão recorrido, ou seja, que as cláusulas dadas como indeterminadas comportavam determinação, em face dos elementos delas constantes, dando lugar, pois, a relação jurídica atual e definitiva.

Sufragando, neste particular, a opinião adotada pelo aresto recorrido, reporto-me à demonstração, que nele se faz, acerca da determinabilidade das cláusulas, a que se recusa esse característico. Não está em branco, nem é inexistente, por exemplo, a cláusula em que a compradora se obriga a garantir com fiança idônea e capaz todas as obrigações que viesse a assumir para com os acionistas, uma vez que não se deixou ao alvedrio da compradora indicar fiador que bem entendesse, mas quem dispusesse de meios, objetivamente verificáveis, para garantir o credor contra o inadimplemento do devedor. Vale o mesmo em relação à "forma de direito a ser estudada", pois seria determinável, mediante critério técnico, dentre as formas de direito viáveis, a que melhor se ajustasse ao interesse das partes. "Substituir, em prazo a ser determinado, todas as garantias pessoais dos acionistas em favor da Empresa" não significa, igualmente, que esse prazo não pudesse ser determinado segundo critério de razoabilidade. Também não faltam elementos para a fixação do aluguel mínimo a ser estabelecido, quer em face do que se acha estipulado na cláusula na qual se provê quanto a essa obrigação, quer em presença dos usos comerciais.

É verdade que tais cláusulas, bem como outras, sobre as quais se trava a controvérsia, necessitam determinação. Mas é exato, por igual, que, embora com certo grau de indeterminabilidade, possuem, contudo, grau de determinabilidade, que as fazem obrigatórias. Não se trata, por conseguinte, no caso, de acordo provisório, em que as partes se comprometeram a firmar contrato, cujo conteúdo fosse não só indefinido, como indefinível, não só indeterminado, como indeterminável. Ao invés de indefiníveis ou indetermináveis, as cláusulas de acordo são definíveis e determináveis, com base em dados objetivos. Desse modo, o acordo de vontades, expresso no contrato preliminar de compra e venda, é vinculante, já que esse acordo diz respeito a todas as cláusulas contratuais, não obstante exigirem algumas delas especificação complementar do seu conteúdo.

A questão de saber se o contrato preliminar ou pré-contrato comporta cláusulas indeterminadas, porém determináveis, não é isenta de insegurança ou vacilações no direito alemão. Af se prescreve, art. 154 do B.G.B., que "enquanto as partes não acordarem sobre todos os pontos de um contrato, sobre os quais, segundo a declaração ainda que de uma

só delas, deva haver acordo, o contrato, na dúvida, não se tem por concluído". O problema é enfrentado por Karl Larenz, que ao tratar do pré-contrato, examina a hipótese de ser este realizado, quando as partes desejem estabelecer desde logo uma vinculação contratual, conquanto se apresentem à conclusão do contrato principal alguns obstáculos, particularmente quando não possam prever todas as circunstâncias capazes de assumir importância relativamente ao conteúdo do contrato principal. Assim — diz ele — dois empresários desejam constituir uma sociedade para cumprir determinado mandato que esperam lhes seja confiado; mas como ainda desconhecem as particularidades do mandato não podem estabelecer a classe e a extensão das cotas com que cada uma deva entrar. "Se presenta aqui una dificultad" — observa. "Si el precontrato ha de cumplir su finalidad entonces, si una de las partes rehusa la conclusión del contrato principal, podrá demandar a la otra, y la sentencia que estime la demanda será ejecutable según el § 894 ZPO. Sin embargo, el juez no puede constreñir a la conclusión de cualquier contrato de sociedad, de compraventa, etc., sino a la conclusión de un contrato de tal clase con un contenido determinado. Como" — pregunta — "podrá el juez establecer tal contenido siendo así que las partes han dejado fuera del precontrato puntos esenciales del contrato principal que ha de ser concluido después? De otra parte, si todos los puntos esenciales del contrato principal han sido ya establecidos en el precontrato, entonces el contrato principal se presentará como inútil; en este caso las partes hubieran podido concluir de inmediato el contrato principal, condicionándolo eventualmente (p. ej., bajo la condición de que se otorgue el mandato que se espera). La jurisprudencia exige (RG, JW, 38, 2.742) que el contenido del contrato principal sea determinable en el sentido de que pueda ser establecido por el juez "por vía de interpretación" del precontrato. En un caso concreto (RGZ, 106, 176) fué negada esta posibilidad: las partes se habían obligado exclusivamente a la subiguiente fundación de una sociedad mercantil, cualquiera que fuese su forma jurídica, colectiva, de responsabilidad limitada o anónima; lo mismo aconteció en otro caso (RGZ, 124, 83) en que debería enajenarse una finca, no abidiéndose establecido el precio en el precontrato, sino limitándolo en cuanto al máximo. El RG estimó en este caso que la determinación de las condiciones del contrato principal no podría depender de la libre determinación de ambas partes. En un fallo posterior (JW, 38, 2.742) estableció el RG que de la naturaleza del precontrato deriva el que sólo pueda pedirse una escasa concreción de sus cláusulas, ya que se concluye cabalmente porque el contenido del contrato definitivo depende del posterior desarrollo de las cosas. Debería bastar el que "aun para la más amplia interpretación, en armonía con los §§ 157 y 242, quepa comprobar la concurrencia de un contenido susceptible de integrar un contrato principal, adecuado en lo posible a las circunstancias del caso y exigible para las partes". Según esto deben ser visibles en el precontrato determinados "principios objetivos" por los que ha de orientarse el contenido del contrato principal" (*Derecho de Obligaciones*, t. I, pp. 99-100).

Visível é a flutuação que se observa, diante dos casos citados por Larenz, na maneira pela qual o judiciário germânico tem solvido o problema concernente à amplitude do acordo acerca das cláusulas contratuais. Tomando posição menos rigorosa, o último dos acordãos mencionados pelo autorizado tratadista admite, em cláusulas de pré-contrato, certo grau de indeterminação ou mais escassa concreção, quando o conteúdo do contrato definitivo dependa "del posterior desarrollo de las cosas". Entende mesmo dever bastar para mais ampla interpretação, em harmonia com os §§ 157 e 242 do BGB, o ter de comprovar-se a concorrência de um conteúdo suscetível de integrar um contrato principal, adequado quanto possível às circunstâncias do caso e exigível para as partes. Definindo a posição assumida, em face do problema, por esse julgado, afirma Larenz que, segundo tal decisão, devem transluzir no precontrato determinados "principios objetivos", que sirvam de guia na fixação do conteúdo do contrato principal.

O pensamento de Larenz adquire maior nitidez, porém, no tocante ao assunto, no compêndio que dedicou ao estudo da parte geral do direito civil alemão. Depois de se reportar à interpretação, em termos estritos, do art. 154 do Código Civil alemão, assevera: "Trata-se, contudo, somente de uma regra de interpretação. Podem as partes convencionar que o contrato, com o conteúdo sobre o qual já concordaram, tenha validade, e que a regulação dos pontos ainda em aberto seja deixada para um acordo posterior". ("Es handelt sich indessen nur um eine Auslegungsregel. Die Parteien können vereinbaren, dass der Vertrag mit dem Inhalt, über den sie sich bereits geeinigt haben, gelten solle, und dass die egelung der noch offen gebliebenen Punkte eine Späteren Absprache überlassen bleiben solle" (*Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1977, 4.<sup>a</sup> ed., p. 465).

Ora, no caso vertente, estão suficientemente determinados, no contrato preliminar, os princípios objetivos, em face dos quais se devem preencher as cláusulas que reclamam complementação. Além disso, é inequívoco terem as partes convenicionado que as cláusulas ainda parcialmente em aberto fossem reguladas mediante acordo posterior, sem que a obrigatoriedade do precontrato ficasse na dependência desse acordo. Cabe acentuar, ainda, que as cláusulas, que se concede haverem sido deixadas parcialmente em aberto, não são, de modo algum, cláusulas em branco, mas cláusulas onde se estabeleceram elementos objetivos, nos quais se traçam os critérios, que devem presidir à sua final determinação. Frise-se mais que a margem de indeterminação que denotam certas cláusulas do precontrato não exclui ter existido acordo quanto a elas, no que diz respeito à sua substância. Desse modo, não há falar, em relação a elas, propriamente, em falta ou ausência de acordo, mas em acordo cujos termos definitivos, a serem fixados ulteriormente, cumpria estabelecer, para repetir as palavras de Larenz, segundo princípios objetivos.

Por tudo isso, a conclusão a que chego é a de que o documento de fls., em vez de protocolo de intenções ou punctação, constitui, na verdade, mero contrato preliminar, que se tornou bilateralmente obrigatório para as partes que nele intervieram. Por via de consequência, não conheço do recurso no que diz respeito à ação consignatória, que o acórdão recorrido, a meu ver com acerto, julgou improcedente.

Conquanto divirja, pois, nessa parte, do voto do eminente Relator e dos demais votos que o acompanharam, penso, no entanto, que lhes assiste razão, quando julgam a recorrida carecedora da ação de adjudicação compulsória. Isto porque, embora o pacto sobre cuja natureza se contende, constitua, a meu ver, um contrato preliminar, neste não se contém todos os elementos do contrato definitivo. Pelas razões deduzidas, neste particular, pelo eminente Min. Moreira Alves, conheço, nesta parte, do recurso e lhe dou provimento.

#### CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O Sr. Min. Moreira Alves (Relator): — Sr. Presidente, com a devida vênia do eminente Min. Leitão de Abreu, mantenho meu voto, pelos fundamentos ali amplamente deduzidos.

Não posso, no entanto, deixar de observar que a conclusão de S. Exa., que julga improcedente a ação de consignação em pagamento, por entender que, no caso, há contrato preliminar e não apenas tratativas, e dá pela carência da ação de adjudicação compulsória por não conter o contrato preliminar os requisitos necessários para esse fim, encerra, *data venia*, contradição inamovível. Com efeito, a carência da ação de adjudicação torna certo que S. Exa. reconhece que o contrato preliminar não pode transmutar-se em contrato definitivo; e, em assim sendo, não pode negar S. Exa. que os dez milhões de cruzeiros, entregues a título de depósito, não se converteram em sinal e início de pagamento, o que só ocorreria se houvesse contrato definitivo. Ora, se por falta de celebração do contrato definitivo, e não sendo possível a adjudicação compulsória, os dez milhões de cruzeiros conservam sua natureza de coisa dada em depósito, como negar-se ao depositário o direito de restituí-los por haver cessado a causa do depósito?

No caso, dada a vinculação da natureza da entrega dos dez milhões de cruzeiros (depósito ou sinal e princípio de pagamento) com a do acordo de vontades (tratativas, contrato preliminar ou contrato definitivo), a sorte da ação de consignação em pagamento é decorrência natural do destino da ação de adjudicação compulsória: a carência desta acarreta, necessariamente, a procedência daquela.

#### VOTO

O Sr. Min. Djaci Falcão (Presidente): Esclareço que, quando se iniciou o julgamento, eu havia elaborado umas notas, mas não as tenho presentes. Todavia, como não pretendo ver a apreciação do recurso adiada por mais uma vez, e me encontro esclarecido sobre os temas em debate, resumo o meu voto nas seguintes palavras: afigura-se-me, em princípio, improcedente a arguição de nulidade do acórdão objeto deste recurso, sob a alegação da *reformatio in pejus* e do julgamento *extra petita*. Isto se deduz, especialmente, dos votos proferidos pelos eminentes Des. Abeylard Gomes e Moraes e Barros do que da conclusão a que chegou a maioria, ao condenar os réus à entrega das ações e assinatura de um con-

trato, como se houvesse uma promessa de compra e venda perfeita e acabada, ou mesmo uma compra e venda definitiva.

O acórdão — estou lembrado de seus termos — na verdade, se apresenta vacilante e contraditório. Todavia, como bem ressaltou o eminente Relator e os votos que o acompanharam, inclusive do eminente Min. Leitão de Abreu, impõe-se aplicar ao caso, por ser adequado, o § 2.º, do art. 249, do CPC. Assim também entendo, acompanhando, porém, a conclusão esposada pelo eminente Relator, *data venia* do eminente Min. Leitão de Abreu.

No caso, não se trata de mera interpretação de cláusula contratual, a ensejar a aplicação da *Súmula 454*.

Houve, sem dúvida, uma errônea qualificação jurídica dos atos em causa. Os documentos trazidos aos autos não consubstanciam, na verdade, um contrato perfeito e acabado de compra e venda e nem sequer uma promessa de compra e venda eficaz. O documento firmado, salvo engano em 1974, e a troca de correspondência que se lhe seguiu revelam apenas um simples acordo preparatório e provisório, prevendo, inclusive, acertos subsequentes. Daquela não resultou uma obrigação de contratar, eis que não havia um acordo total, completo, sobre elementos ponderáveis, imprescindíveis à feitura do negócio jurídico. Não se completara o acordo sobre a coisa, o preço e as condições, consoante a exigência expressa no art. 191 do CCom. Além disso, a locução "Contrato Preliminar para Compra e Venda de Ações" a mim não impressiona, face ao disposto no art. 85, do CC. É de considerar-se a intenção manifestada nas declarações de vontade. Na espécie, a meu entender, não se completou o acordo de vontade das partes, pois havia uma vinculação parcial, provisória. As diversas peças do processo, lidas pelo relator, revelam a falta de acordo entre as partes sobre certas obrigações que haveriam de integrar o contrato. Houve troca de cartas, apresentação de minutas de contrato, mas sem que chegassem a um acordo.

Com estas singelas considerações, chego à conclusão de que, no caso, não foi ultrapassada a fase de negociações preliminares desse contrato que se tinha em vista, contrato complexo, compreendendo alienação de ações, transmissão de prédios, realização de locações e operações jurídicas. Aspectos da maior importância do negócio, inclusive o preço, dependente de critérios de cálculo ainda não estabelecidos com exatidão, condicionados a acordos futuros, revelam a inexistência de um contrato definitivo, ou de uma promessa de venda consumada.

Com estas rápidas considerações, concluindo meu voto, acompanho o eminente Relator e os que o seguiram na inteireza do seu voto, *data venia* do eminente Min. Leitão de Abreu, conhecendo do recurso extraordinário, para julgar a recorrida carecedora da ação de adjudicação, e procedente a ação de consignação em pagamento, movida pela recorrente.

Este é o meu voto.

#### EXTRATO DA ATA

Decisão: Conhecido e provido nos termos do voto do Relator, vencido o Min. Leitão de Abreu que conhecia em parte e nesta parte provia o recurso.

Presidência do Sr. Min. Djaci Falcão. — Presentes à sessão os Srs. Mins. Leitão de Abreu, Moreira Alves e Decio Miranda. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Cordeiro Guerra. Subprocurador-Geral da República, o Dr. Mauro Leite Soares.

(RE 88.716 — RJ — (Segunda Turma) — Pub. in RTJ 92/250).

#### COMENTÁRIO

1. Retomando as palavras iniciais contidas na declaração de voto do eminente Min. Cordeiro Guerra, atrás transcrita, diríamos que o máximo que se pode pretender, diante do acórdão examinado, é dizer — parafraseando o conceito de Eça de Queiroz sobre um livro de poemas de Guerra Junqueiro ou Antero de Quental — que há certas decisões a respeito das quais o máximo que o crítico pode fazer é indicar o repertório de jurisprudência em que foram publi-

cadadas. Com efeito, é de tal modo proficiente o exame recebido pela matéria não apenas nos votos proferidos no Supremo Tribunal Federal, como na maior parte das manifestações exaradas nas Instâncias inferiores, que pouco ou nada resta a acrescentar.

Quer-nos parecer, contudo, que além da evidente utilidade representada pela maior divulgação dessa substanciosa decisão, não há nenhuma demasia em aqui consignar o resultado das reflexões feitas sobre o tema, já com um certo distanciamento desse pronunciamento que tanto honra o Poder Judiciário de nosso País.

2. Iniciando por uma perfunctória análise descritiva do acórdão do STF e dos decisórios transcritos em seu Relatório, não poderíamos deixar de mencionar a simplicidade e a precisão da sentença de 1.<sup>a</sup> Instância, que não necessitou derramar-se em citações doutrinárias, tão ao gosto dos chamados magistrados "juristas", para ministrar, no caso concreto, a prestação jurisdicional que mais pareceu, ao seu ilustre prolator, conforme a prova dos autos.

Chama a atenção do observador, de outra parte, a má sorte a que esteve fadada a recorrida, cujas razões somente foram acolhidas, parcialmente, por um voto do STF e, integralmente, pela 6.<sup>a</sup> Câmara Cível e pelo 4.<sup>o</sup> Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, porém obrando a 2.<sup>a</sup> Instância de forma tão tumultuada, que não houve como fugir aos apodos de decisões *ultra petitum* e *in reformatio in pejus*, ferina e procedentemente assestados pelo eminente Des. Hamilton de Moraes e Barros, em seus votos vencidos (respectivamente, pelo fato de o 4.<sup>o</sup> Grupo de Câmaras haver reconhecido como definitiva uma compra e venda, dando-lhe a devida execução, ao passo que a autora pleiteara tão-somente o reconhecimento e a execução específica de um contrato preliminar e por tentar adequar, no julgamento dos embargos infringentes, uma condenação manifestamente imprecisa, da lavra da 6.<sup>a</sup> Câmara Cível, em detrimento dos embargantes). Quiçá as imprecisões e inadequações apontadas é que culminaram por abrir caminho a que o Excelso Pretório reexaminasse e reformasse a decisão de 2.<sup>a</sup> Instância, ensejando, assim, a aprofundada análise da questão, encontrada, sobretudo, no voto do eminente Min. Relator, Prof. José Carlos Moreira Alves.

Dentre tantas virtudes e qualidades encontradas no referido voto, impressiona sobremaneira a incursão empreendida no Direito Comparado, com a separação, de um lado, dos sistemas legislativos que somente reputam definitiva a contratação quando acordes as partes sobre todas as cláusulas e condições do negócio (Portugal e Alemanha, importando tal princípio, no último país citado, em regra de interpretação aplicável na falta de expressa declaração das partes a respeito, como preleciona Fábio Konder Comparato, no artigo citado linhas abaixo), e, de outro, os que consideram perfeito o ajuste quando haja acordo sobre os pontos essenciais ou principais do negócio (Suíça e Áustria). Esse tratamento legislativo diversificado poderia sugerir que o tema não está sujeito a princípios científicos definitivamente sedimentados, resultando, antes, de opção do legislador, à vista das peculiaridades do respectivo ordenamento jurídico e das condições econômico-sociais; no que toca às promessas de contratar, todavia, parece-nos que a orientação legislativa deverá ser claramente definida em prol de sua execução específica, sob pena de essa etapa do procedimento negocial ter suas finalidades frustradas, como procuraremos demonstrar no item 4, abaixo.

3. Aspecto bastante interessante que foi discutido nas decisões comentadas refere-se à natureza da matéria *sub judice*. A questão foi primeiramente suscitada no voto vencido do Des. Abeylard Pereira Gomes, que, com apoio em J. X. Carvalho de Mendonça, concluiu tratar-se de matéria sujeita à disciplina do Direito Comercial. Esse entendimento foi endossado pelo eminente Min. Moreira Alves, que pôs em destaque as conseqüências práticas dessa colocação, resultantes do diverso tratamento acerca da conclusão dos contratos em nossas legislações civil e comercial: na primeira, basta que o *consensus* das partes se relacionem ao objeto e ao preço (CC, art. 1.126); já nos termos da legislação comercial, “o contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor acordam na coisa, no preço, e nas condições...” (CCom., art. 191, 1.<sup>a</sup> parte). Daí haver o ínclito Min. Relator concluído que “no direito comercial brasileiro só se forma o vínculo contratual (preliminar ou definitivo), quando as partes chegam a acordo sobre todas as cláusulas que devem constar do contrato, sejam elas relativas aos denominados elementos essenciais, sejam elas referentes aos chamados elementos acidentais, ambos objetivamente considerados”.

Esse entendimento, contudo, não é unânime na doutrina nacional. Para o Prof. Fábio Konder Comparato, “a expressão *condições*, no texto do art. 191 do mesmo Código, não se refere a outros bens ou interesses, diversos dos *essentialia negotii*, mas aos próprios elementos do preço e da coisa, objeto principal do sinalagma contratual. Importa assinalar que ambos esses elementos, na compra e venda, não precisam ser precisos e determinados, bastando a sua determinabilidade. Quanto à coisa, é expresso o Código Comercial, em seu art. 192, figurando aí os lucros futuros a título meramente exemplificativo. Quanto ao preço, não são menos expressos os arts. 193 e 194. Em suma, a exigência de determinação precisa da coisa e do preço, na compra e venda, salvo estipulação expressa das partes a respeito, é manifestamente contrária ao ditado legislativo” (*in* artigo intitulado “Reflexões sobre as promessas de cessão de controle acionário”, publicado na RF 266/17 e segs.).

Se, no caso submetido a julgamento, havia ou não consenso a respeito do elemento essencial *pretium* é difícil aquilatar-se sem o exame dos quatro volumes dos autos, dados os ponderosos argumentos alinhados num e noutro sentido (em favor da tese da existência de acordo, cumpre considerar, além das manifestações contidas no acórdão, as observações do Prof. Comparato, expendidas no artigo citado).

4. Por derradeiro, parece-nos oportuno tecer algumas considerações acerca dos negócios de cessão de controle societário, de que constitui modalidade o submetido ao crivo do Judiciário no acórdão sob exame, para o que nos valem os dados judiciosos lições do Prof. Fábio Konder Comparato, lançadas no artigo citado. Como elucida o preclaro jurista, os contratos preliminares constituem uma técnica empregada para a solução de variadas exigências econômico-sociais. Nas suas modalidades conhecidas por contratos-normativos, contratos-tipo ou contratos de adesão, a sua utilização decorre da “necessidade de estandardização dos contratos em série, fruto da produção industrial em massa e do consumo coletivo, como modos de ser típicos da vida em sociedade, numa civilização industrial”. Já na hipótese de contratações em que há uma grande complexidade dos bens ou interesses que constituem objeto das prestações das partes — como é o caso da negociação sobre a qual se manifestou o Judiciário, na

decisão comentada — recorre-se amiúde às modalidades de contratos preliminares conhecidas por pactos de preferência ou promessas de contratar. É compreensível que a cessão do poder de disposição sobre uma empresa, integrada por trinta e seis (36) lojas, instaladas e em funcionamento, obedeça a um *iter* mais alongado, denominado pela moderna doutrina contratual, como nos ensina Comparato, procedimento negocial (ordenação regular de atos tendentes à criação, modificação ou extinção de uma relação negocial). As promessas de contratar têm justamente por função tornar obrigatória a contratação, quando as partes não querem ou não podem, desde logo, contratar definitivamente. Após indagar sobre qual a relevante razão de ordem prática que orienta as partes no sentido da celebração de uma promessa de contratar, e não de um contrato definitivo subordinado a condição suspensiva ou a termo inicial, o preclaro jurista paulista apresenta as justificativas: “fundamentalmente, é a falta de precisão sobre todos os elementos do contrato definitivo. Com efeito, se esses elementos todos já são conhecidos e constituem objeto do acordo das partes, a duplicação negocial é perfeitamente inútil: ou se faz, desde já, o contrato definitivo, ou não se faz contrato algum. Daí por que constitui, segundo me parece, evidente paralogismo a posição dos que sustentam que a obrigatoriedade das promessas de contratar depende de um acordo geral sobre todos os elementos do contrato definitivo: como se multiplicação de promessas de contratar, nos dias que correm, se originasse de uma mania repetitiva ou de curioso vício de tartamudez jurídica. Atente-se para a necessária ocorrência desses dois fatos: as partes querem, desde logo, vincular-se à celebração de um contrato definitivo, embora ainda não tenham esclarecido ou concordado com todos os pontos desse futuro contrato. É exatamente essa combinação de *obrigatoriedade* e de *provisoriedade* que constitui a *ratio essendi* do negócio”.

É evidente, também, que as maiores incertezas e indefinições residam na exata quantificação do preço a ser prestado por uma das partes, posto que o mesmo se refere a uma gama extremamente variada e variável de elementos. Isso não impede, todavia, que os contratantes já se ponham de acordo, preliminarmente, sobre o modo e a forma por que se deverá pautar essa quantificação, donde falar-se, com respaldo nos textos legais minuciosamente examinados pelo Prof. Comparato, em acordo sobre o preço. O que se nos afigura relevante é ter presente a seriedade e a definitividade desse tipo de ajuste, cujo escopo único e final é a cessão do controle societário, finalidade essa que restará totalmente frustrada se judicialmente o acordo vier a redundar na composição de perdas e danos, mormente se uma das partes, como no caso vertente, recebeu previamente uma vultosa importância que representava cerca de um quarto do valor total estimado da transação.

**Mauro Rodrigues Penteadó**

**SOCIEDADE COMERCIAL — Responsabilidade limitada — Natureza — Cotas — Cessão — Falta de registro na Junta Comercial — Transformação em irregular — Solidariedade dos sócios cedentes — Ação de indenização procedente — Apelação provida — Voto vencido.**

*A falta de averbação na Junta Comercial, da cessão de cotas sociais, transforma a sociedade de responsabilidade limitada em irregular.*

*A sociedade por cotas de responsabilidade limitada é predominantemente de pessoas e transformada em irregular, os sócios respondem solidariamente se a lei for desatendida.*

N. 43.996 — Capital — Apelantes: Siegfried Janowsky e outros — Apelados: Os mesmos e Geraldo Sartorelli e outros.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação sumariíssima 43.996, da comarca de São Paulo, em que são apelantes Siegfried Janowsky, Fernando Pereira Barretto, sua mulher, outro e Zaida de Lima Pereira Barretto e apelados os mesmos e Geraldo Sartorelli, Isamo Kurumoto, José Marques Camarinha e Luiz Monzo: Acordam, em 4.ª Câmara do 2.º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, não conhecer dos agravos, bem como da apelação de Fernando Pereira Barretto e outros; no mérito, dar provimento à apelação do autor, desprovido o recurso da fiadora, contra o voto do segundo Juiz, que negava provimento aos recursos. Custas na forma da lei.

Trata-se de ação de indenização movida por locador contra sócios ostensivos e ocultos de sociedade por cotas, e fiadora, a fim de serem compelidos a pagar Cr\$ 180.000,00, prejuízo ocasionado no prédio locado. Decretada a carência, quanto aos primeiros, procedente contra a fiadora, condenada na quantia apontada, atualizada correccionalmente, juros de mora, custas em proporção, e honorários advocatícios de Cr\$ 30.000,00, e o autor, nas custas e verba advocatícia de Cr\$ 10.000,00, recorreram este, os sócios, Fernando Pereira Barretto, Liliana Toledo e Néelson Assalver, e a fiadora. O primeiro, pugna pela responsabilidade solidária dos réus e elevação da honorária; os segundos, majoração da honorária, e a terceira, improcedência, sendo o prejuízo inútil para o proprietário, que irá construir novo prédio. Processados os recursos, subiram os autos. Pendem de exame agravos retidos (fls.). A douta Procuradoria da Justiça opinou pelo improvimento.

É o relatório.

Não se conhece dos agravos retidos.

No primeiro, o autor investe contra despacho mandando os autos ao contador para o rateio de custas — fls., no segundo, contra determinação judicial, revogando aquela providência. Na realidade, o agravante, como declarou — fls., pretende evitar preclusão, relativamente à matéria de deserção. Entretanto, nenhum dos despachos impugnados a enfrentou, e são colidentes. Ambos são de caráter ordinário, e não impugnáveis por agravo.

A questão, todavia, merece ser examinada de ofício. Fernando Pereira Barretto e outros sócios apelantes não procederam ao preparo de seu recurso, julgado deserto nesta instância. Já em relação à fiadora, Zaida de Lima Pereira Barretto, terceira recorrente, não houve deserção. Cabia-lhe 1/3 das custas, reembolsando o autor, que as recolheu na sua totalidade; todavia, atendendo a intimação do Cartório — fls., pagou-as também *in totum*. Houve infração do § 2.º do art. 21 do Decreto-lei 203, de 1970, por fato que não lhe pode ser imputado. A sanção seria indevida de qualquer forma, pois houve preparo, ainda que irregular.

Em suma, não se conhece dos agravos, julgando de ofício deserto o recurso dos sócios apontados.

Quanto ao mérito.

A locatária do imóvel é a Mini-Churra Comercial Ltda., sociedade por cotas. Houve cessões de cotas não averbadas na Junta Comercial, fato que para o autor descaracterizou a sociedade, tornando-a irregular, com responsabilidade solidária de todos os sócios pelos prejuízos causados ao prédio. Para o douto Magistrado, a tese é indefensável, pois, dotada de personalidade jurídica, a sociedade é distinta dos seus membros, reclamando ação contra ela, e não contra os sócios.

A sociedade irregular não tem personalidade jurídica por falta de registro de seus atos constitutivos — cf. Carvalho de Mendonça, *Direito Comercial*, p. 130, Wálter T. Álvares, *Direito Comercial*, p. 254, Fran Martins, *Curso de Direito Comercial*, p. 244.

Entretanto, a questão é outra, resumida na seguinte pergunta: a falta de averbação das cessões das cotas, na Junta Comercial, transforma a firma em sociedade irregular?

A sociedade de pessoas tem seu substrato, no contrato, enquanto a instituição caracteriza as sociedades de capitais, como a anônima (cf. Wálter T. Álvares, ob. cit., p. 248, n. 230; p. 250, n. 245).

Na sociedade de pessoas, a irregularidade do registro não a faz desaparecer, enquanto alguns sustentam que não há sociedade irregular de ações, emanção coletiva orgânica de finalidade, que enche uma estrutura apresentada para uma destinação (cf. Wálter T. Álvares, ob. cit.).

Sendo contratual, é natural que a sociedade de pessoas, cuja alteração social não é registrada, torne-se irregular, envolvendo a responsabilidade de todos os sócios, ostensivos e ocultos, pois é o patrimônio destes a garantia dos credores.

Na sociedade de capitais, o patrimônio autônomo é fenômeno de primeiro relevo, enquanto os sócios se despersonalizam, expressando sua presença pelas ações.

A sociedade por cotas, ainda que de capitais, é predominante de pessoas, como ensina Waldemar Ferreira: (sic) "A sociedade por cotas, como sociedade solidária, que é, e, por isso mesmo, de pessoas..." (cf. *Instituições*, vol. 1.º/381, 1947, n. 292). Sendo de pessoas havendo cessão de cotas não averbada na Junta, torna-se sociedade irregular, respondendo todos solidariamente.

Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, citado pelo apelante, ensina, em sua conhecida obra *A Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*, 1956, vol. I/82-83: "Toda alteração deverá ser levada a registro. A omissão desta formalidade acarretará a transformação da sociedade em irregular e, conseqüentemente, a solidariedade e responsabilidade limitada de todos os seus membros".

A solução assenta-se em preceito de justiça, pois se os sócios não cumprem a lei, porém a ofendem, devem todos se sujeitar às conseqüências de sua infração.

Antigo acórdão da 4.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal assim também decidiu: "Sociedade de responsabilidade limitada, que sofre modificação e não é levada a registro público, passa a ser uma sociedade irregular" (Ag. Pet. 7.497, Relator Edmundo de Oliveira Figueiredo; cf. *Repertório de Jurisprudência*, Darcy de Arruda Miranda Júnior, *Sociedade por Quotas*, n. 593).

Em suma, não obstante o art. 16, II, do CPC dotar a sociedade de personalidade jurídica, os sócios respondem solidariamente, se a lei for desatendida.

É o que ocorreu nos autos, em que o prédio locado à sociedade passou de mão em mão de novos sócios, cujas cotas cedidas a Luiz Monzo, Geraldo Sartorelli e José Marques Camarinha, não foram averbadas — fls.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso do autor julgando a ação procedente, condenando os sócios ostensivos e ocultos juntamente com a fiadora na indenização, custas e honorários de 20% sobre a condenação.

Quanto ao recurso de Zaida de Lima Pereira Barretto, é improvido. Alega faltar interesse ao autor, porque demoliu o prédio para construir outro no local. Entretanto, ainda que comprovado o fato, o direito à indenização não é afastado, pois sofreu aquele prejuízo. Presume-se até que a construção nova, a ser levantada, decorre da circunstância de o imóvel locado tornar-se quase imprestável. As verbas relativas ao custo das obras — Cr\$ 150.000,00, e aos lucros cessantes — Cr\$ 30.000,00, são devidas, conforme laudo de fls. dos autos em apenso.

Votou vencido o eminente Juiz Figueiredo Cerqueira.

Participou do julgamento o Juiz Manoel Alves.

São Paulo, 22 de dezembro de 1977 — *Marino Falcão*, pres. — *Bueno Magano*, relator — *Figueiredo Cerqueira*, vencido, com a seguinte declaração de voto: 1.º *agravo retido* (fls.): Também não tomo conhecimento, pois, nesse despacho, limitou-se o MM. Juiz a determinar a remessa dos autos ao contador para o rateio das custas. Trata-se de mero despacho de expediente, sem importar em decisão de qualquer questão incidente. Irrecorrível, portanto.

3.º *agravo retido* (fls.): Parece-me que esse agravo fica prejudicado, pois o eminente Relator está julgando deserto o recurso de Fernando Pereira Barretto e outros sócios apelantes, por falta de preparo.

O agravo fica prejudicado, nessa parte, pois a deserção buscada com a interposição do agravo, para que o MM. Juiz apreciase a matéria, vem de ser alcançada, nesta instância, pelo conhecimento, de ofício, da matéria.

E a deserção desse recurso, realmente, está caracterizada, uma vez que esses apela-tes, apesar de intimados da conta constante dos autos, não efetuaram o preparo do recurso interposto, no prazo legal.

Quanto ao recurso da fiadora, o meu voto também toma conhecimento do mesmo, já que houve o prepaproprio integral, não obstante a recorrente estivesse obrigada ao pagamento apenas da metade do preparo correspondente ao primeiro recurso.

Mérito: A sociedade comercial por cotas de responsabilidade limitada Mini-Churra Comercial Ltda. tornou-se locatária de imóvel de propriedade dos autores e, ao depois, viu-se despejada do imóvel e envolveu-se em processo de falência, já encerrado.

A realidade dos danos praticados no imóvel locado é indiscutível e, na maior parte, proveniente de incêndio, hipótese em que a culpa é presumida *ex vi legis*.

Resta apenas saber se subsiste, ou não, a responsabilidade dos sócios cotistas primitivos e sucessores da empresa Mini-Churra Comercial Ltda., já que a da fiadora se mostra indiscutível.

Considerou o eminente Relator, com apoio em precedente judiciário apreciado pela 4.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que, quando não é levada a registro a alteração contratual (como ocorreu, na hipótese dos autos), a sociedade torna-se irregular.

Com a tese desse aresto, concorda o douto Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto (*A Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*, vol. 1/82).

Obtemperou, todavia, a douda Procuradoria da Justiça, apoiando a sentença, que “estando registrada a sociedade, na Junta Comercial, não há que falar em sociedade irregular, porque, sociedade irregular é aquela que não tem personalidade e que não a tem por não estar registrada. Atribuindo o registro personalidade à sociedade, não há que falar em sociedade irregular registrada, porque a sociedade irregular é, por definição, a que não tem registro, nem personalidade. As duas situações são antitéticas. A consequência de não se averbarem no registro as alterações sofridas pelo contrato, advindas da cessão de cotas sociais, e não serem oponíveis a terceiros tais alterações. Assim, não estando extinta a personalidade da sociedade, que foi a locatária, bem andou o MM. Juiz em julgar partes ilegítimas para o feito todos os sócios, ocultos ou ostensivos, e os denunciados. Note-se que, no caso, não se poderia cogitar da solidariedade prevista no parágrafo único do art. 1.518 do CC, porque a ação, de que cuidam os autos, não é de responsabilidade aquiliana, senão de responsabilidade contratual. Ademais, para se falar de responsabilidade delitual, ter-se-ia que verificar quais dos apelados teriam sido autores do dano, ou teriam contribuído para a sua produção. A prova dos autos não fornece elementos para que se chegue a alguma conclusão a respeito. A responsabilidade prevista no n. III do art. 1.521 seria, no caso dos autos, da pessoa jurídica”.

A tais fundamentos, pode-se acrescentar a lição do douto Pontes de Miranda: “Surge o problema da alteração que não foi levada ao registro. A 4.ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 20.3.1945, entendeu que, não sendo levada a registro a alteração, a sociedade passa a ser irregular. Seria atribuir efeitos — e efeitos *ex tunc* — à falta de registro. Irregular é a sociedade cujo contrato não se registrou, mas a sociedade registrada, cujo contrato sofre alteração, continua registrada, tal como é, até que se registre a alteração. A falta de registro é quanto à alteração e não quanto ao contrato social, que foi registrado e continua registrado tal como era” (*Tratado de Direito Privado*, tomo 49/390).

O autor também está pleiteando a elevação da honorária, fixada em Cr\$ 30.000,00, sendo o valor da causa de Cr\$ 180.000,00.

Essa fixação deve ser mantida, pois mostra-se justa e adequada.

Conseqüentemente, o meu voto não toma conhecimento dos agravos e não toma conhecimento do recurso de Fernando Pereira Barretto e outros e nega provimento aos demais.

## COMENTÁRIO

A sociedade por cotas de responsabilidade limitada Mini-Churra Comercial Ltda., regularmente constituída e com seu contrato social devidamente registrado na Junta Comercial, alugara do autor o prédio onde montara o seu estabelecimento. Posteriormente os sócios primitivos cederam suas cotas sem que o instrumento de cessão fosse levado ao Registro do Comércio. Em decorrência de incêndio em suas instalações, que atingiu também parte do imóvel locado, tornou-se a sociedade insolvente, acabando sendo despejada e decretada a sua quebra. O autor, proprietário do prédio, pretendendo ressarcir-se dos danos causados no seu imóvel moveu ação de ressarcimento de danos, pelo procedimento sumaríssimo (CPC art. 275, II, "d") mas, em vez de promovê-la contra a sociedade, fê-la contra os sócios, cedentes e cessionários, sob o fundamento de que tendo havido cessões de cotas não averbadas na Junta Comercial, a sociedade estaria descaracterizada, tornando-se irregular e conseqüentemente acarretando a responsabilidade solidária de todos os sócios pelos prejuízos causados ao prédio. Investiu assim o autor contra o patrimônio dos sócios, dado que contra a sociedade, por falida, não tinha com que responder pelos prejuízos. À evidência, o Douto magistrado de primeira instância, com prudência, repeliu a tese sustentada pelo autor, por indefensável, decretando a carência da ação.

Em grau de recurso o Tribunal reformou a Sentença de primeira instância negando a personalidade jurídica da sociedade, para atingir diretamente os seus membros, sob pretexto de que, tendo havido cessão de cotas, sem que essa cessão fosse averbada no Registro do Comércio, a sociedade, de regular que era, transformara-se em irregular e, não tendo esta personalidade jurídica, surgira, conseqüentemente, a responsabilidade solidária dos sócios.

*Data venia*, a orientação adotada pelo Tribunal para este caso concreto não nos parece a condizente com a melhor doutrina. Com efeito, negando a personalidade jurídica da sociedade em razão da não averbação da cessão de cotas, na realidade o Tribunal simplesmente "desconsiderou" a personalidade jurídica e inconscientemente fez aplicação da chamada doutrina de "desconsideração" da personalidade jurídica (a "disregard of legal entity" ou "disregard doctrine" do direito norte-americano), também denominada doutrina da "penetração" na pessoa jurídica (a "Durchgriff" dos alemães) ou do "superamento" da personalidade jurídica, assim chamada pelos autores italianos e entre nós pelo Prof. Rubens Requião.<sup>1</sup> Essa doutrina, elaborada pelo Prof. Rolf Serick,<sup>2</sup> com a qual conquistou o título de "Privat Dozent" na Universidade de Tübingen, foi posteriormente comentada na Itália pelo Prof. Piero Verrucoli<sup>3</sup> e entre nós explicada de maneira clara e concisa pelo Prof. Rubens Requião<sup>4</sup> e desenvolvida pelo Pro-

1. Requião, Rubens, "Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine)" in *Aspectos Modernos de Direito Comercial*, Ed. Saraiva, 1977, Estudo V, pp. 67 e segs.

2. Serick, Rolf, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, 1955, e na sua tradução italiana *Forma e realtà della Persona Giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966.

3. Verrucoli, Piero, *Il superamento della Personalità Giuridica delle società di Capitali nelle "Common Law" e nella "Civil Law"*, 1964.

4. Ob. e loc. citis.

fessor da Universidade Federal do Paraná, José Lamartine Corrêa de Oliveira.<sup>5</sup> Apareceu como criação pretoriana, como reação dos tribunais através de um conjunto de julgados que tiveram como ponto comum uma espécie de suspensão de vigência, para o caso concreto, do princípio da separação entre a pessoa jurídica e as pessoas de seus membros. E nossos Tribunais também a ela fizeram referência expressa, como podemos verificar do Acórdão da 1.<sup>a</sup> Câmara do 2.<sup>o</sup> Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, de 4.11.1975, nos autos da Ap. 35.462 de São Paulo<sup>6</sup> do qual transcrevemos este trecho por sua clareza e precisão: “sabe-se que nas sociedades de capitais, por efeito do reconhecimento da personalidade jurídica que ostentam, distinguem-se a pessoa e o patrimônio dos sócios, da sociedade. Esse direito do sócio em ver intangíveis os seus bens em face das obrigações da sociedade não é absoluto, todavia. Há casos em que fraudes e abusos de direito são cometidos precisamente através da personalidade jurídica que a sociedade apresenta, ficando imunes de sanções os seus componentes. Por isso é que a doutrina vem pacientemente formulando princípios, que de tempos para cá se cristalizaram na teoria do “superamento da personalidade jurídica” segundo a qual é desconsiderada essa personalidade, em termos de serem então responsabilizados os seus integrantes que praticaram aqueles abusos”.

Assim, esta teoria permite ao juiz “desconsiderar” a autonomia de uma pessoa jurídica quando a sua forma jurídica é utilizada abusivamente para manipulações desonestas. Mas, como acentua o Prof. Requião: “o que se pretende com a doutrina do “disregard” não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude)”.

Desta forma, a “desconsideração” da pessoa jurídica é feita em cada caso concreto, pelo tribunal, sem contudo negar a personalidade jurídica. Simplesmente “levanta-se o véu” que encobre a personalidade para verificar se a atuação dos membros visa evidente abuso de direito, como foi o caso no processo de repressão de “trust” intentado pela “Standard Oil Co.”, citado por Serick, em que os acionistas desta celebraram um “trust agreement” com acionistas de uma série de outras sociedades petrolíferas, logrando, economicamente, uma situação monopolística, ou, uma fraude contra credores, como no caso de marido e mulher constituírem uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, com todos seus bens, com evidente intuito de os subtrair dos credores por suas dívidas particulares.

Ora, no presente caso concreto o Tribunal não pesquisou os pressupostos para que a personalidade jurídica pudesse ser “desconsiderada” — abuso de direito ou fraude — mas simplesmente partiu do princípio de que, cedidas as cotas e não averbada a cessão no Registro do Comércio, a sociedade se transforma em irregular, acarretando a responsabilidade solidária de todos os sócios.

Em primeiro lugar convém ressaltar que a transformação, figura típica de direito societário, definida no art. 220 da Lei 6.404/76, Lei das Sociedades por

5. Corrêa de Oliveira, J. Lamartine, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, Ed. Saraiva, 1977.

6. RT 484/149.

Ações, como sendo a operação pela qual a sociedade passa independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro, não se opera *ex lege*, havendo necessidade de manifestação expressa da vontade dos sócios nesse sentido, como se depreende do art. 221 do mencionado diploma legal que exige, para a transformação o consentimento unânime dos sócios ou acionistas, salvo previsão contrária nos estatutos, facultando, nesse caso, a retirada da sociedade do sócio dissidente. Daí porque a simples cessão de cotas não ter o condão de transformar uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada em sociedade irregular. De fato, a cessão de cotas em uma sociedade, enquanto não levada a registro, simplesmente não produz efeitos em relação a terceiros, sendo apenas negócio entre cedente e cessionário, não atingindo a sociedade, como já decidiu a Egrégia 5.<sup>a</sup> Câmara do 1.<sup>o</sup> Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em Acórdão de 14.2.1973 na Ap. Cív. 188.888 de São Paulo<sup>7</sup> que adotando a lição de Pontes de Miranda, dispôs: “as modificações, como o contrato, são atos dos sócios e não da sociedade. Todavia, a satisfação dos pressupostos as faz vinculativas dos sócios. Alguns problemas se levantam a propósito da eficácia no tocante à sociedade. Ela já tem personalidade jurídica, porque se registrou; se as modificações, que os sócios fizeram, e ainda não foram registradas, atingissem a sociedade atingiriam a pessoa jurídica. Assim, os efeitos que podem ser considerados como de relações jurídicas só entre os sócios são atendíveis; os efeitos que se irradiariam de relações jurídicas entre sócios e a sociedade, ou entre a sociedade e terceiro, só se tem como irradiadas após o registro. O que é feito *erga omnes* não pode ser modificado sem que se dê a necessária publicidade registária”.

Assim, uma sociedade regularmente constituída, com seu contrato social registrado e dado à publicidade, é uma sociedade regular, com personalidade jurídica, distinta de seus membros e patrimônio próprio, o que não significa que uma sociedade irregular, definida por Carvalho de Mendonça como sendo “aquelas sociedades que funcionam durante certo tempo sem o cumprimento das solenidades legais da constituição, registro e publicidade”,<sup>8</sup> não seja pessoa jurídica. E Carvalho de Mendonça reconhece-lhe personalidade jurídica.<sup>9</sup> No mesmo sentido João Eunápio Borges: “sociedades irregulares são as que se contratam verbalmente ou as que, embora contratadas por escrito, não arquivaram os respectivos atos no registro do comércio”,<sup>10</sup> reconhecendo-lhe também personalidade jurídica. Por sua vez, Fran Martins distingue a sociedade irregular da

7. RT 453/165.

8. Carvalho de Mendonça, J. X., *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. III, p. 130, n. 665, Ed. Freitas Bastos, 5.<sup>a</sup> ed., 1954.

9. Aqui lamentável engano do Tribunal que adotou, sem conferir, as afirmações das partes, pois Carvalho de Mendonça expressamente reconhece personalidade jurídica às sociedades irregulares. No vol. III do seu *Tratado*, p. 88, n. 610 se pergunta se as sociedades irregulares são pessoas jurídicas e, logo a seguir, no n. 611, p. 89 dá a resposta: “as restrições mediante as quais as leis procuram dificultar a existência das sociedades irregulares afetam-lhes porventura a personalidade jurídica? absolutamente não. Personalidade jurídica significa capacidade para ter direitos patrimoniais; quer dizer autonomia patrimonial” e, em continuação passa a provar com argumentos convincentes a existência da personalidade jurídica das sociedades irregulares.

10. Borges, João Eunápio, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, 5.<sup>a</sup> ed., Forense, 1976, p. 283, n. 261.

de fato, considerando estas últimas como sendo aquelas que funcionam exercitando atividades comerciais, sem contudo, haver se constituído segundo os dispositivos legais, não arquivando os seus atos constitutivos, se houver, no registro do comércio.<sup>11</sup> Estas seriam simples comunhão de interesses entre os sócios, portanto destituída de personalidade jurídica, pois não chegou a possuí-la por não ter arquivado os seus documentos constitutivos no Registro do Comércio,<sup>12</sup> e irregular, aquela que se organiza legalmente, arquivando seus atos mas, posteriormente, pratica atos que desnaturam o tipo social, o que seria o caso concreto que estamos comentando. A estas reconhece personalidade jurídica dizendo: “já as “sociedades irregulares” tem sempre personalidade, uma vez que uma pessoa jurídica só deixa de existir quando extinta a sociedade (CC, art. 21)”<sup>13</sup>

Desta forma, no presente aresto, verificamos que o Tribunal partiu da premissa de que a cessão de cotas não sendo averbada no Registro do Comércio acarreta a transformação de uma sociedade de regular em irregular, do que, *data venia*, discordamos, dado que a cessão de cotas, enquanto não tornada pública com o registro, produz somente efeitos entre as partes, não atingindo a sociedade, (tanto assim que na referida Ap. 188.888 o Tribunal julgou o autor carecedor da ação intentada contra a sociedade para que esta procedesse a averbação da cessão das cotas na Junta Comercial), para, em seguida afirmar, interpretando erroneamente o ensinamento dos mestres, que a sociedade irregular não tem personalidade jurídica e, finalmente concluir que da falta de personalidade jurídica decorre necessariamente a responsabilidade solidária dos sócios, cedentes e cessionários.

Daf, concluindo, podermos utilizar para este caso as palavras do Prof. Rubens Requião: “Na apelação, desastradamente se desconsiderou a distinção entre a pessoa do sócio e a personalidade jurídica”.

**Carlos Alberto Senatore**

**MARCA COMERCIAL — Marcas semelhantes — Depósitos no Departamento Nacional da Propriedade Industrial — Registros pendentes — Carência de ação — Recurso provido.**

*Só o registro no Departamento Nacional da Propriedade Industrial confere o direito de uso exclusivo de marca comercial.*

N. 277.082 — Capital — Apelante: Modas Floriê Ltda. — Apelada: Confecções Flory Ltda.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 277.082, da comarca de São Paulo, em que é apelante Modas Floriê Ltda., sendo apelada Confecções Flory Ltda.: Acordam, em 5.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade de votos, adotado o relatório de fls., dar provimento ao recurso, para julgar a autora carecedora da ação, prejudicada a preliminar.

11. Martins, Fran, *Curso de Direito Comercial*. Forense, 6.ª ed., 1977, p. 265, n. 189.

12. Martins, Fran, ob. cit., p. 268, n. 191.

13. Idem, p. 269, n. 191.

1. A autora, que utiliza em seus produtos a marca "Flory", também como expressão ou sinal de propaganda, ajuizou a presente ação ordinária visando a impedir, sob pena de multa diária, a utilização, pela ré, da marca "Floriê", que configuraria concorrência desleal, com desvio de clientela. Pediu, ainda, indenização de perdas e danos.

A sentença, acolhendo a demanda, não pode subsistir.

Pelo que se deduz dos autos, as partes efetuaram os seus depósitos no Departamento Nacional de Propriedade Industrial, mas não obtiveram ainda os respectivos registros.

Por conseguinte, embora o depósito do pedido da autora fosse anterior, não lhe cabe a ação negatória para compelir a ré a se abster do uso de marca semelhante à sua. Só o registro, propriamente dito, lhe daria tal direito, em tese. Como se pronunciou a 3.ª Câmara Civil deste Tribunal, em caso análogo, a precedência no depósito só gera a prioridade a que aludia o art. 129 do antigo Código da Propriedade Industrial. "Tal prioridade possui valor relativo, produz uma expectativa favorável no atendimento, na eventualidade de depósitos outros de marcas semelhantes ou idênticas. A referida propriedade não induz a existência de um direito, consoante explica Gama Cerqueira (*Tratado da Propriedade Industrial*, vol. II, t. II/132, parte III). Por outro lado, o mencionado tratadista, cuidando da ação negatória, para abstenção de uso de marca idêntica ou parecida, frisa caber ela exclusivamente ao titular do registro (p. 282)". Assim se o interessado "não se ostenta como titular de marca registrada, fechadas se encontram as portas do Pretório para a demanda negatória" (cf. *Revista de Jurisprudência do TJSP*, ed. Lex, 14/107, Ap. Cív. 188.200, rel. Des. Lafayette Salles Júnior).

Nem colhe o argumento de que, na espécie, a ação se baseia na concorrência desleal, que não se confunde com a contrafação de marca. Esse argumento, desenvolvido pela autora em sua réplica de fls., não passa de uma sutileza, sem conseguir encobrir o pedido fundamental, numa ação de cunho inocultavelmente negatório, para obstar o uso de uma marca semelhante àquela a que se julga com direito.

2. Diante do exposto, dão provimento ao recurso, para julgar a autora carecedora da ação proposta.

Em conseqüência, resta prejudicada a preliminar em que a apelante alegou cerceamento de defesa, e a autora é condenada nas custas do processo e honorários advocatícios de 10% sobre o valor dado à causa.

São Paulo, 12 de julho de 1979 — Afonso André, pres. com voto — Tito Hesketh, relator — Participou do julgamento, com voto vencedor, o Des. Nogueira Garcez.

(Ac. pub. in RT 513/85).

## COMENTÁRIO

O acórdão em exame parece desconhecer a existência em nosso direito positivo das normas de repressão à concorrência desleal objeto do art. 178 do Dec.-lei 7.903, de 1945.

Efetivamente, nega a decisão vigência ao inciso III de referido artigo, confundindo a proteção decorrente da marca registrada com aquela pela qual a lei garante ao empresário o seu direito de distinguir-se dos concorrentes. Esta, objeto das normas de repressão à concorrência desleal, independe do registro. Como não atinou com a diferença, o julgado subordinou a ocorrência de concorrência desleal à existência de registro, desnaturando o instituto.

A diferença entre os dois institutos, o da marca registrada e o da concorrência desleal, é substancial. Da marca registrada decorre um direito absoluto sobre o sinal no ramo de atividade e no território do Estado que conferiu o registro. Assim, se, por exemplo, um empresário de São Paulo obteve o registro, poderá impedir que outro no Recife o empregue no mesmo ramo, mesmo que o primeiro somente distribua seus produtos em São Paulo e independentemente do

fato de o segundo ter ou não conhecimento da existência do registro. Já não havendo registro, o primeiro a empregar um sinal distintivo somente poderá impedir que outro o utilize quando tal utilização se faça perante a mesma clientela com o fito de desviá-la. Por isso não se trata de direito absoluto, mas de exclusividade relativa, que depende de circunstâncias de fato. Ocorrendo esta hipótese, estaremos em face do ilícito, cabendo o ressarcimento e, mesmo, a negatória, consoante dispõem os arts. 178, parágrafo único, e 189 do Código da Propriedade Industrial de 1945.

Acresce que, no caso, as denominações sociais das partes também se confundem, o que implica em violação do direito (absoluto) ao nome comercial, cuja proteção também independe de registro.

Por todo o exposto se verifica que a decisão, além de iníqua, feriu textos expressos de lei.

Newton Silveira

**SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA — Sociedade civil — Prestação suplementar — “Deficit” da empresa — Responsabilidade subsidiária do sócio pelas obrigações sociais — Adoção, em face do art. 1.396 do CC, de forma estabelecida nas leis comerciais, ressalvada a obediência a textos da lei civil, entre os quais se inclui o art. 19, IV — Recurso extraordinário não conhecido.**

RE 88.590 — RJ — (Primeira Turma) — Relator: O Sr. Min. Rodrigues Alckmin — Recorrente: Vera Alonso da Silva — Recorridos: Casa de Saúde Assistência Médica Infantil de Urgência Ltda. — AMIU e outros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamentos e notas taquigráficas, por maioria de votos, não conhecer do recurso.

Brasília, 22 de agosto de 1978. Antonio Neder, pres. — Rodrigues Alckmin, relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Rodrigues Alckmin: 1. A questão se resume ao seguinte:

Uma sociedade civil sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada (Casa de Saúde Assistência Médica Infantil de Urgência Ltda.) e três de seus sócios, médicos, propuseram ação contra a sócia recorrente, a fim de reclamar pagasse esta a sua parcela, proporcional à quota, num *deficit* apurado em balanço, sob pena de exclusão da sociedade. Houve defesa da ré, em que impugnou a correção do balanço, que conteria erro ou simulação, e em que se mencionou que se faziam obras desnecessárias, avolumando-se pedidos de subsídios.

A sentença acolheu a demanda, condenando a ré ao pagamento pedido na inicial, afastada a cominação de exclusão da sociedade.

Houve apelação dos autores e da ré, não logrando conhecimento aquela, porque intempestiva. E a da ré não foi provida, acentuando o aresto:

“No plano do *meritum causae*, sustenta a apelante o desacerto da sentença recorrida, por dupla censura. Eis a primeira: admitindo, como admitiu, a responsabilidade da sócia

apelante pelos prejuízos da sociedade e mandando recompô-los, deu abrigo *contra legem*, ao Instituto das *prestações suplementares*, colhido dos alemães e portugueses, ao que ensina o autorizado Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto. E eis a segunda: o balanço que registra o prejuízo já referido está eivado de erro, dolo, fraude ou simulação, decorrendo sua aprovação de procedimento incauto da apelante.

De fato, o Min. Cunha Peixoto, no seu magistério (fls.), não transige com as *prestações suplementares*, pois que elas constituiriam um desvio dos princípios da sociedade de responsabilidade limitada. E argumenta: “a grande vantagem desse tipo de sociedade encontra-se na estabilidade da obrigação do sócio, em saber ele, antecipadamente, o montante pelo qual ficará responsável perante a sociedade e terceiros. Ora, se os sócios podem, por maioria, deliberar o mandato da responsabilidade, desaparece o princípio norteador desta sociedade” (fls.).

O argumento impressiona, realmente, dada a sua pureza doutrinária.

Mas, o caso dos autos traz peculiaridades que o tornam incomum.

É que o contrato social prevê a prestação suplementar para cobrir os prejuízos da empresa, segundo se lê na sua cláusula oitava, aqui já reproduzida.

Ora, o Código Comercial reza, no seu art. 291: “As leis particulares do comércio, a convenção das partes sempre que não lhes for contrária, e os usos comerciais, regulam toda a sorte da associação mercantil...”

Logo, a essa consideração e mais a de que a prestação suplementar da qual se cuida só diz respeito aos próprios signatários da convenção, dela não se podendo valer os terceiros; e finalmente, a de que a recomposição dos prejuízos sociais passe a constituir poderosa garantia para quem negociar com a apelada, ante a certeza de um capital social sempre íntegro, é de se concluir pela recepção, no nosso direito positivo, da prestação suplementar, como admite o não menos autorizado Waldemar Ferreira.

Diz o grande professor paulista que na sociedade por cotas brasileira a vontade do sócio é elemento fundamental no organismo social (*Tratado das Sociedades Comerciais*, vol. III, p. 755).

De igual modo, imprcede a outra defesa da recorrente.

Nada há nos autos que confirme a alegação dos vícios de erro, dolo, simulação ou fraude do balanço social de 1974.

A contrário, o perito do Juízo, em laudo assaz pormenorizado, atesta a correção dos lançamentos do resultado negativo, nem a apelante foi induzida em erro, quando os aprovou.

Por todo o exposto, nega-se provimento à apelação.”

2. A ré interpôs recurso extraordinário pelas letras “a” e “d” do permissivo constitucional.

Alega negativa de vigência do art. 2.º do Decreto 3.708 de 1919 e dissídio com julgados que não permitem recaia a execução: por dívidas da sociedade, em bens de sócio (ADCOAS 36.467, RTJ 76/599; RT 276/819) ou com julgado que declara não ir, a responsabilidade do sócio, nas sociedades por quotas, além do total do capital social (RTJ 69/919).

O recurso foi admitido pela alínea “a” e se processou regularmente, alegando-se o não prequestionamento da matéria argüida.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Min. Rodrigues Alckmin (Relator): 3. É evidente que o acórdão examinou a questão de direito federal suscitada no presente recurso extraordinário. Houve, portanto, indubitavelmente, o prequestionamento reclamado para que o tema possa ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.

A preliminar suscitada, aliás, seria outra: a de não ter a ré alegado, ao contestar, ser inadmissível a exigência de prestações suplementares, o que somente veio a fazer de maneira expressa no apelo. Esta preliminar caberia argüida perante os juizes da apelação,

aos quais tocaria decidir se se tratava de tema levantado somente no apelo e se seria ele insuscetível de apreciação, por esse motivo, e em segundo grau. Mas sob as vestes de matéria não prequestionada, a preliminar é de nenhuma procedência.

4. O recurso não deve ser conhecido pela invocação da alínea "d", pois os paradigmas invocados em nada se ajustam à espécie. Aqui, o que se discute é se, reclamando-se à sócia de sociedade por quotas de responsabilidade limitada o pagamento de uma parcela, correspondente à quota, do *deficit* apurado em balanço (que decorreria, ao que diz a ré, de ter a sociedade realizado obras); e se, prevendo o contrato social, que os sócios responderiam pelo *deficit* na proporção das quotas, pode ser exigido a uma sócia que pague a parcela no que se apontou como dívida da sociedade. E isto, como se vê, nada tem com os paradigmas invocados, que não apreciaram a mesma questão federal.

5. Examinou o recurso pela alínea "a".

O eminente Mestre Cunha Peixoto versa o tema das quotas suplementares nas sociedades por quotas em seu livro, à p. 140, aqui largamente invocado, pela sua alta autoridade.

Mas observo que, no caso, o contrato social é expresso. Declara, com todas as letras, que os prejuízos serão divididos entre os sócios, na proporção de suas quotas, e recolhidos dentro do prazo máximo de cinquenta dias de sua comunicação. Trata-se de sociedade civil. Nestas, a lei (CC, art. 1.396) admite a responsabilidade dos sócios e a adoção de forma estabelecida nas leis comerciais, mas ressalva a obediência a textos da lei civil. E entre estes, figura o do art. 19, IV, a permitir se estipule a responsabilidade subsidiária do sócio pelas obrigações sociais. Não vejo impedimento a que, numa sociedade civil, os sócios, embora a revistam da forma atribuída à sociedade comercial de sociedade por quotas, assumam a responsabilidade pelos prejuízos, garantindo o pagamento deles, se insuficientes os recursos sociais, com seus bens. Friso que, no caso, de sociedade civil se trata. Incidiu o art. 19, IV, do CC. Logo, a teor do art. 1.396 do CC, as dívidas não cobertas pelo cabedal social haviam de ser rateadas entre os sócios. E a adoção, a meu ver, da forma de sociedade "por cotas de responsabilidade limitada", mas constante do contrato a responsabilidade dos sócios, pessoal, pelos prejuízos apurados, não exclui a exigência destes, na forma contratualmente prevista. Não vejo princípio de ordem pública, a afastar a valia da estipulação feita.

Por essas razões, não conheço do recurso.

### EXTRATO DA ATA

Decisão: Adiado o julgamento por haver pedido vista o Min. Cunha Peixoto, depois do voto do Relator que não conhecia do recurso.

Presidência do Sr. Min. Antonio Nader. Presentes à sessão os Srs. Mins. Xavier de Albuquerque, Rodrigues Alckmin, Cunha Peixoto e Soares Muñoz. 4.º Subprocurador-Geral da República, o Dr. Francisco de Assis Toledo.

### VOTO (VISTA)

O Sr. Min. Cunha Peixoto: 1. Trata-se de uma ação proposta pela Casa de Saúde Assistência Médica Infantil — sociedade civil sob a forma de sociedade por cotas de responsabilidade limitada — e três sócios, contra a recorrente, com o objetivo de obrigá-la a pagar a sua parcela, proporcional à cota, num *deficit* apurado em balanço, sob pena de exclusão da sociedade.

Defendeu-se a ré, impugnando a correção do balanço, que conteria erro ou simulação; e que se faziam obras desnecessárias. Acrescenta ainda não ser obrigada aos prejuízos, já que se trata de uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada com capital integralizado.

A sentença acolheu a demanda, condenando a ré ao pedido inicial, afastada a cominação, tendo merecido aprovação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

2. O eminente Min. Rodrigues Alckmin não conheceu do recurso pela letra "d", porque os paradigmas invocados não se ajustam à espécie; e pela letra "a", porque, tratando-se de sociedade civil, o art. 1.396 do CC permite a responsabilidade dos sócios pelos prejuízos da sociedade.

3. A solução da controvérsia cinge-se em saber se, em uma sociedade civil, que adota a forma da sociedade por cotas de responsabilidade limitada, é possível à sociedade exigir dos sócios o pagamento dos prejuízos por ela sofridos, embora o capital social esteja integralizado.

Ora, o art. 1.364 do CC permite à sociedade civil revestir-se das formas estabelecidas para a sociedade anônima, e, portanto, *data venia*, terá ela, neste caso, de seguir as regras estabelecidas para a sociedade cuja roupagem vestiu. A esta conclusão chega-se pelo exame do art. 1.365 do CC, que estabelece:

“Não revestindo nenhuma das formas do artigo antecedente, a sociedade reger-se-á pelo que neste Capítulo se prescreve.”

Portanto, se adotar a forma de qualquer sociedade comercial, entre as quais se encontra a por cotas de responsabilidade limitada, terá de reger-se pelo que determinar a lei daquela sociedade comercial.

Ora, o que caracteriza a sociedade por cotas de responsabilidade limitada é o limite da responsabilidade do sócio ao valor do capital social. Integralizado este, não é possível, no Brasil, ao contrário do que ocorre na Alemanha e em Portugal, exigir mais nada do sócio, mesmo que do contrato conste a permissão de cota complementar.

Pedimos licença para transcrever trecho de nosso livro sobre “Sociedade por Cotas”, por se ajustar perfeitamente ao caso em julgamento:

“Pode o contrato estabelecer que, no caso de prejuízo da sociedade, serão os sócios obrigados a pagá-lo na proporção de sua cota? A questão é fácil de aparecer e envolve um problema muito grave nas sociedades limitadas e de difícil solução — o da possibilidade ou não da estipulação das cotas suplementares.

Valdemar Ferreira, acompanhando a lição de Cosack, é de opinião que o contrato social pode estabelecer prestações suplementares. Entende o professor paulista não se tratar, porém, de um aumento de capital; não fixa, todavia, sua natureza jurídica, limitando-se a observar que uns as consideram capital circulante e ao mesmo tempo fundo de reserva, enquanto outros, um empréstimo dos sócios à sociedade. E adverte que esta cláusula significa apenas que, em caso de necessidade, a sociedade pode contar com este acréscimo. Daí não poderem os credores, mesmo em caso de falência da sociedade, obrigar os sócios a pagar estas prestações, visto como elas são instituídas em benefício da sociedade e não no interesse deles.

O assunto não é pacificamente resolvido nas legislações estrangeiras, mas a maioria versa, expressamente, o caso. Alguns países admitem as cotas suplementares, ao passo que outros a vedam.

A lei alemã permite aos associados estipularem no contrato, além das entradas iniciais do capital, a faculdade de decidir sobre entradas posteriores, fixas ou proporcionais ao capital.

A lei portuguesa adota uma posição intermediária. Permite as prestações suplementares, mas, quando estas não forem de quantia determinada, faculta ao sócio, cuja cota inicial estiver integralizada, exonerar-se desta obrigação, pondo sua cota, dentro do mês seguinte ao aviso para realizá-la, à disposição da sociedade.

A França colocou-se em ponto de vista doutrinário oposto aos países mencionados; e, embora faculte à maioria dos sócios, representada por três quartos do capital, modificar os estatutos da sociedade, acrescenta que em caso algum a maioria poderá obrigar um associado a aumentar sua cota social.

A prestação suplementar constitui, ao parecer, um desvio dos princípios da sociedade de responsabilidade limitada. De fato: a grande vantagem desse tipo de sociedade encontra-se na estabilidade da obrigação do sócio, em saber ele, antecipadamente, o montante pelo qual ficará responsável perante a sociedade a terceiros. Ora, se os sócios podem, por maioria, deliberar o aumento da responsabilidade, desaparece o princípio norteador desta sociedade.

*Data venia*, não pode ela exigir do sócio que integralizou sua cota nova prestação, qualquer que seja a razão apresentada. Daí terem as legislações dos países em que se

adota a prestação suplementar feito constar, expressamente, a possibilidade de ela figurar no contrato social, e Cañizares ensina que "es obvio decir que esta fórmula jurídica no puede adoptarse cuando la ley no la reglamenta".

Assim, qualquer que seja a natureza jurídica da prestação suplementar, não vemos como, sem texto expresso de lei, chegar à conclusão de sua obrigatoriedade" (*Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada*, vol. I, pp. 139/141).

Esta conclusão está hoje prestigiada por Egberto Lacerda Teixeira:

"Certas legislações, notadamente as da França e do Brasil, são omissas a respeito das prestações acessórias ou quotas suplementares. Parece-nos, dado o silêncio do legislador e a natureza do encargo, ser vedada a sua criação entre nós" (*Sociedade por Quotas*, p. 92, n. 43).

Fran Martins, a seu turno, leciona:

"Consistem as obrigações acessórias no compromisso, estipulado no contrato, de prestarem os sócios, além de sua quota para o capital, outros serviços à sociedade, ou mesmo conferirem bens, contanto que não haja a obrigação de entrarem com mais dinheiro. Dependendo de um dispositivo legal tornaram-se para isso, uma vez firmado no contrato, obrigação da sociedade e não dos sócios; não podem, desse modo, a não ser que haja dispositivo expresso da lei autorizando essas prestações, os sócios deliberar incluí-las no contrato, pois, assim o fazendo, irão dar à sociedade atribuições que a própria lei lhe nega. Aliás, sustenta Cañizares que "não é possível introduzir convencionalmente a fórmula de prestações acessórias em países que, como a Argentina e a França, estabelecem imperativamente pelas leis o alcance da responsabilidade dos sócios" (*Sociedades por Quotas no Direito Estrangeiro e Brasileiro*, vol. 2, p. 618, n. 269).

Nem se diga estabelecer o art. 1.396 do CC que, se o patrimônio social não cobrir as dívidas da sociedade, por elas responderão os associados na proporção em que houverem de participar nas perdas sociais, porque este dispositivo só prevalece quando a sociedade, como está expresso no art. 1.365, não adota nenhuma das formas das sociedades comerciais.

A aceitação, como regra geral, nas sociedades civis, do preceituado no art. 1.396, ou a possibilidade de adotá-lo em qualquer tipo de sociedade, seria tornar inútil o art. 1.364, já que transformaria toda sociedade em sociedade em nome coletivo. Com efeito, neste caso, o sócio não seria responsável apenas por sua cota ou, até a integralização do capital, por todo ele, mas, proporcionalmente, por toda a importância do prejuízo. Ora, a sociedade em nome coletivo caracteriza-se pela responsabilidade de cada sócio pelo montante do prejuízo.

Em resumo: admitir que os sócios, mediante cláusula contratual, podem responsabilizar uns aos outros pelos prejuízos da sociedade, com base no art. 1.396 do CC, seria concluir pela impossibilidade da sociedade civil adotar a forma de sociedade por cotas de responsabilidade limitada e, conseqüentemente, tornaria sem efeito parte do dispositivo da lei, o que iria contra as regras de hermenêutica.

Entendendo que, posto tenha a sociedade adotado a forma por cotas de responsabilidade limitada, possa tornar ilimitada a responsabilidade do sócio, negou o acórdão recorrido vigência ao art. 2.º do Decreto 3.708, de 1919.

Por estes motivos, *data venia* do eminente Min. Rodrigues Alckmin, conheço do recurso com base na letra "a" do permissivo constitucional e lhe dou provimento, para julgar improcedente a ação, invertendo os ônus da sucumbência.

#### EXTRATO DA ATA

Decisão: Adiado o julgamento, por haver pedido vista o Min. Soares Muñoz, após os votos dos Mins. Rodrigues Alckmin (Relator), que não conhecia do recurso, e Min. Cunha Peixoto, que dele conhecia e provia.

Presidência do Sr. Min. Antonio Neder. Presentes à sessão os Srs. Mins. Xavier de Albuquerque, Rodrigues Alckmin, Cunha Peixoto e Soares Muñoz. 4.º Subprocurador-Geral da República, o Dr. Francisco de Assis Toledo.

## VOTO (VISTA)

O Sr. Min. Soares Muñoz: — Discute-se sobre a validade da cláusula 8.ª do contrato que instituiu a Casa de Saúde Assistência Médica Infantil em sociedade civil sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

A cláusula em questão está assim redigida:

“O ano social corresponde ao ano civil. Semestralmente, em 30 de junho e 31 de dezembro, será feito o inventário do ativo e passivo e o respectivo balanço; os lucros existentes serão, após a dedução da quantia correspondente a 20% (vinte por cento) para a constituição de um fundo de reserva, partilhados entre os sócios na proporção de suas cotas. Os prejuízos, porventura existentes, serão também divididos entre os sócios também na proporção de suas cotas e recolhidos dentro do prazo máximo de 20 dias de sua comunicação.”

Alega-se que a última disposição vulnera o art. 2.º do Decreto 3.708, de 10.1.1919, que regula a Constituição de Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, *verbis*:

“O título constitutivo regular-se-á pelas disposições dos arts. 300 e 302 e seus números do Código Comercial, devendo estipular ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social.”

A imputação arrima-se na interpretação de que o dispositivo em referência limita a responsabilidade do sócio à integralização do capital, nada mais se lhe podendo reclamar uma vez satisfeita essa exigência.

Fran Martins, em seu *Curso de Direito Comercial*, escreve:

“Questão que tem preocupado os que tratam das sociedades por quotas é a de saber se, uma vez integralizado o capital social, continuam os sócios a responder pelo mesmo, em caso de ser ele desfalcado, na vida da sociedade. Grande parte da doutrina e mesmo a jurisprudência acham que, uma vez integralizado o capital social, não estarão os sócios mais sujeitos a completá-lo, caso venha a diminuir por más transações ou outros fatos. Um acórdão do Tribunal Federal de Recursos (Ag. Pet. 2.156) resolveu que o cotista, desde que inteiramente realizado o capital social, não responde, com seus haveres particulares, por dívidas da sociedade.

A orientação da jurisprudência, calcada no espírito do instituto, conforme se pode ver na legislação estrangeira que trata das sociedades limitadas, é indubitavelmente a certa.

Infelizmente, em face dos termos taxativos do art. 2.º do Decreto 3.708, somos de opinião que, enquanto não for modificada a lei brasileira, a responsabilidade dos sócios, no Brasil, é sempre pelo total do capital social e, assim mesmo integralizado o capital da sociedade, se, posteriormente, esse for desfalcado, os sócios poderão ser compelidos, solidariamente, a completá-lo. O art. 2.º do Decreto 3.708, ao declarar que “a responsabilidade dos sócios é pelo total do capital social”, traçou norma geral, dando aos sócios responsabilidade subsidiária até o total do capital social, diversa, portanto, da responsabilidade imposta pelas leis alemã (arts. 19 a 24) e portuguesa (arts. 15 e 16), em que o sócio responde não pelo total do capital social, mas pela efetivação desse capital, cada um sujeitando-se a, solidariamente, completá-lo, se por acaso um dos sócios deixar de pagar as suas quotas. O legislador brasileiro pode ter tido essa mesma intenção, mas ao dispor a respeito deu aos sócios a responsabilidade pelo total do capital social, razão por que, muito, muito embora achando errada essa norma da lei brasileira, julgamos que ela é a que, segundo a regra legal em vigor, expressamente marca a responsabilidade dos sócios, devendo esses, assim, em qualquer circunstância, mesmo, depois de integralizado o capital, responder pela integridade do mesmo já que os terceiros contrataram com a sociedade baseados em que os sócios assumiam essa responsabilidade subsidiária” (*Curso de Direito Comercial*, pp. 314-319).

Consoante esse magistério, a cláusula 8.ª, antes de infringir o art. 2.º da Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, com ele afina, porquanto visa à manutenção do capital social, compelindo os sócios a reporem, proporcionalmente às suas quotas, os prejuízos porventura ocorridos.

Milita, pois, contra a tese da recorrente, a *Súmula* 400.

Ademais, o art. 1.364 do CC estabelece que: “quando as sociedades civis revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais, ..., obedecerão aos respectivos preceitos, no em que não contrariem os deste Código”.

E Carvalho Santos, comentando esse dispositivo, escreve:

“A forma da sociedade, diz Clóvis, não lhe altera a natureza. É o objeto que atribui à sociedade o seu caráter civil ou comercial. Assim, a sociedade civil, embora revista uma das formas reguladas pela lei comercial, conserva a natureza civil e responderá por suas obrigações perante o foro civil (ob. cit., n. 22). Nessas condições, uma vez que entrem em conflito os preceitos comerciais e os do Código Civil, estes é que se têm de aplicar, pois nem o fato de revestir a forma comercial, nem o de obedecer a determinados princípios da lei comercial tiveram a virtude de transformar a natureza da sociedade” (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XIX, p. 12, 3.<sup>a</sup> ed.).

Reconhecida a preeminência do Código Civil, reputo perfeitamente adequada a invocação que o Relator, eminente Min. Rodrigues Alckmin, fez ao art. 1.396 do CC, e, bem assim, a consideração de que inexistente princípio de ordem pública que afaste a valia da cláusula em tela.

Pedindo a máxima vênia ao eminente Min. Cunha Peixoto, não conheço do recurso extraordinário, tanto pela letra “a” quanto pela letra “d”, ponto este em que não houve discrepância nos votos já proferidos, acompanhando o eminente Min. Rodrigues Alckmin.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Min. Xavier de Albuquerque: — Sr. Presidente, se a sociedade em questão fosse comercial por seu objeto e índole, eu não me aventuraria a votar sem pedir vista, diante da dissidência respeitável do eminente Min. Cunha Peixoto. Mas, tratando-se de sociedade civil, que apenas adotou a forma comercial de sociedade por cotas, parece-me que a invocação dos preceitos do Código Civil tem pertinência, e, assim entendendo, peço licença a S. Exa. para acompanhar o eminente Relator.

Não conheço do recurso.

#### EXTRATO DA ATA

Decisão: Não conhecido, vencido o Min. Cunha Peixoto, que conhecia e provia o recurso.

Presidência do Sr. Min. Antonio Neder. Presentes à sessão os Srs. Mins. Xavier de Albuquerque, Rodrigues Alckmin, Cunha Peixoto e Soares Muñoz. Procurador-Geral da República, o Dr. Henrique Fonseca de Araújo.

(RE 88.590 — RJ — (Primeira Turma) — Pub. in RTJ 87/652).

#### COMENTÁRIO

1. O aresto do STF, de que foi Relator o saudoso Min. Rodrigues Alckmin, trata da admissibilidade, nas sociedades limitadas civis, das chamadas prestações suplementares, desde que previstos nos respectivos atos constitutivos. Insere-se o tema no contexto da responsabilidade dos sócios de ditas sociedades enquanto simplesmente sócios, ou seja, como meros partícipes da pessoa jurídica, ausentes da administração dos negócios sociais. A problemática da responsabilidade dos sócios gerentes das sociedades por quotas, freqüentemente versada na jurisprudência, apresenta-se ainda inçada de dificuldades conceituais, mormente quando se defrontam os tribunais com a pretensão do Estado, através de seu poder tributário, relativa à execução pessoal do gestor social negligente no cumprimento das obrigações fiscais das sociedades. No tocante à responsabilidade individual dos sócios quotistas, enquanto simplesmente tais, localizam-se as questões de

maior significação na exata interpretação do art. 134, VII do CTN, muito embora hoje pareça prevalecer o entendimento de que o dispositivo em foco não incide sobre as sociedades por quotas, conforme já o proclamou aresto da 5.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, com apoio no ensinamento de Aliomar Baleeiro (RT 453/168) e consoante anterior pronunciamento do próprio STF (RTJ 41/566), recentemente reiterado em decisão relatada pelo Min. Thompson Flores (RTJ 89/942). Quanto ao mais, manifestações jurisprudenciais como aquelas criticadas com inteiro acerto por Waldirio Bulgarelli (RDM 30/96) são expressões de lamentável incompreensão do *status* jurídico-patrimonial do sócio quotista perante terceiros, que bem se poderiam dizer anômalas, se não exóticas, em matéria cujo tratamento legislativo é já sexagenário entre nós.

2. Nesse contexto, o acórdão comentado lança luz sobre um delicado problema concernente à limitação da responsabilidade dos sócios das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, que não tem sido objeto de discussão em nossos pretórios, conquanto examinado por autorizados doutrinadores do porte de Waldemar Ferreira, Cunha Peixoto, Egberto Lacerda Teixeira e Fran Martins, cujas opiniões se acham referidas no teor do aresto. Com exceção da posição de Waldemar Ferreira, as demais se mostram contrárias à admissibilidade das prestações suplementares, inclusive a de Cunha Peixoto que, como integrante da turma julgadora, votou vencido, em coerência com seu pensamento de tratadista ilustre do assunto.

3. A prática societária indica não ser raridade a inserção, em contrato social, de previsão de prestações suplementares, por parte dos sócios, para fazer frente a prejuízos sofridos pela sociedade, mesmo estando o capital social inteiramente integralizado, conquanto mais freqüentemente ajustem os sócios, por meio de instrumentos para-sociais, obrigação contratual de reforçar a posição financeira da sociedade sempre que a relação entre o capital fixo e o passivo exigível se deteriorar em relação a um nível considerado ótimo. A manutenção da *debt to equity ratio*, da prática norte-americana, tem sido constante preocupação de associados em *joint-ventures* e, como tal, refletida em acordos de acionistas, a partir de sua tipificação através do art. 118 da Lei 6.404, de 1976, inclusive com a participação de órgãos públicos de financiamento e investimento. Acordos semelhantes têm sido celebrados entre sócios de sociedades por quotas. Nesses casos, ao contrário da hipótese versada no aresto em exame, a responsabilidade dos acionistas ou sócios convenientes não deriva do próprio pacto social, mas de ajustes separados, ainda que oponíveis a terceiros, desde que cumpridas as formalidades da lei acionária, designadamente no § 1.<sup>o</sup> de seu art. 118 antes referido, de incerto alcance, aliás, no tocante às sociedades por quotas. Ademais, não há confundir o reforço da estrutura de capital fixo da sociedade com as chamadas prestações suplementares, enfocadas no caso julgado pelo STF, que, consoante a lição de Waldemar Ferreira, não redundam em aumento de capital, mas, ao contrário, podem se revestir da natureza de capital circulante ou de empréstimo puro e simples dos sócios à sociedade.

4. A tese vencedora, perfilhada pelo Relator Min. Rodrigues Alckmin, assenta sobre a inexistência de qualquer princípio de ordem pública capaz de afastar a valia da estipulação feita no contrato social no sentido de que "os prejuízos porventura existentes serão também divididos entre os sócios também na proporção de suas cotas e recolhidos dentro do prazo máximo de 20 dias de

sua comunicação". Com efeito, não cogitou o ato constitutivo de aumento compulsório do capital social, o que constituiria motivo mais que suficiente para a retirada do sócio dissidente, mas de autêntico suprimento de caixa, para fazer frente à perda verificada no exercício social menos feliz. Não se configurou, por igual, a hipótese do desfalque de capital, a que alude o art. 9.º do Decreto 3.708.

5. O cerne do problema enfrentado pelo STF diz respeito, de perto, à validade de norma convencional instituidora de obrigação de cada sócio proceder, *pro rata*, à composição do prejuízo da sociedade. Silente, a respeito, o mencionado Decreto 3.708, os escólios doutrinários colacionados pelo aresto concluíram pela invalidade de semelhante cláusula, apegados à estrita limitação da responsabilidade individual dos sócios à integralização do capital social, nos termos do art. 2.º do vetusto diploma de regência das sociedades por quotas.

6. Ocorre, porém que, em se tratando de sociedade civil, tinha cabimento a invocação do art. 1.396 do CC, que permite o rateio das perdas entre os sócios, quando as dívidas superam o cabedal social. A tal circunstância não passou despercebido o Min. Relator, nem o Min. Soares Muñoz, este último acentuando, com apoio em Carvalho Santos, a preeminência do Código Civil. O fato é que nenhum conflito parece de fato existir entre as disposições do Decreto 3.708 e a aplicação convencional do disposto no art. 1.396 da lei civil. Inadmissível seria — isto sim — a pretensão da sociedade em exigir, com base nesse dispositivo, prestações suplementares dos sócios se o contrato social não prevísse tais aportes. Configurar-se-ia, na espécie, violação do princípio da limitação da responsabilidade dos sócios, consagrado no art. 2.º do Decreto 3.708, o que não ocorreu na espécie, dado o teor incontroverso do pacto social. Inexistindo, portanto, incompatibilidade entre a lei que rege o tipo societário e convenção estribada no Código Civil, tinha razão o Min. Rodrigues Alckmin, ao não vislumbrar qualquer princípio de ordem pública a afastar a valia da estipulação, no que foi acompanhado pelo Min. Soares Muñoz. Relevante ainda a observação do Min. Xavier de Albuquerque no sentido de que a invocação dos preceitos do Código Civil só tem pertinência quando se trate de sociedade civil, ainda que revestida da forma comercial de sociedade por quotas.

7. Parece, dessa forma, que o decisório se justifica pelos sólidos fundamentos aduzidos no voto do Min. Relator, acolhidos pelos demais integrantes da Primeira Turma do STF, vencido apenas o Min. Cunha Peixoto, que não se afastou de sua posição anteriormente assumida frente a matéria, como autor de celebrada obra sobre as sociedades limitadas.

**José Alexandre Tavares Guerreiro**



# COMENTÁRIOS SOBRE O PROJETO DE LEI N. 1.734, DE 1979, DO DEP. FEDERAL JORGE ARBAGE

NEWTON DE LUCCA

O projeto de lei, em questão, propõe a extinção do protesto cambial.

Fundamenta-se tal proposição nas seguintes considerações:

“O instituto do protesto de títulos, além de desnecessário, tem sido utilizado como meio pernicioso contra as pessoas, físicas ou jurídicas, uma vez que, nos últimos tempos, atingiu foros de insuportável instrumento de coação.

Além disso, como bem salienta Alfredo Palermo, na obra *O Protesto Cambial — Sustação, Cancelamento*: “Dele (do protesto) se vêm valendo muitos portadores daqueles títulos, líquidos ou ilíquidos, regulares ou irregulares, legítimos ou ilegítimos, com o objetivo de obter imediata prestação, mesmo que esta se apresente às vezes com as características de inequívoco locupletamento ilícito e reprovável abuso de direito.”

Diga-se de passagem, que esses protestos arbitrários têm, provavelmente, origem nas próprias disposições legais, que estabelecem as condições em que os protestos se tornam necessários, como medida preliminar ao requerimento da prestação jurisdicional seja para a ação cambial ou para o pedido de falência.

Por outro lado, “é comum a perda do crédito de quem venha a sofrer protestos. Tanto a perda do crédito bancário como o com os seus fornecedores. Em São Paulo, a Associação Comercial tem um Serviço de Proteção ao Crédito, o qual mantém cadastro dos protestados”.

Podemos ver órgãos de imprensa especializados em publicações diárias dos protestos realizados, dando-lhes divulgação nacional. E, para os negócios de maior vulto, é costume exigir-se uma certidão negativa de protesto de títulos.

Por tudo isso é que o protesto de títulos, como uma nódoa em nosso direito, deve dele ser extirpado.

Pelos motivos expostos, estamos seguros do apoio indispensável deste Congresso Nacional, tornando lei o atual projeto que estamos apresentando.”

Terão procedência tais argumentos?

Parece necessário dividir-se o tema em algumas partes distintas de vez que o mesmo comporta abrangência um pouco mais ampla da que foi enfocada pelo projetista.

Seguiremos, a propósito, o seguinte roteiro:

- I. Introdução;
- II. O Protesto no Brasil;
- III. O Protesto na Doutrina;
- IV. O Protesto na Prática;
- V. Conclusão.

## I. Introdução

É comum ouvir-se o argumento segundo o qual, no plano do Direito Comparado, o instituto do protesto estaria perdendo certa importância.

A assertiva, contudo, não é de todo procedente.

Na América Latina, por exemplo, onde numerosos autores vêm criticando a subsistência do instituto, apenas a Colômbia, ao que se saiba, aboliu praticamente o protesto, juntamente com a Guatemala.

É verdade que o Projeto INTAL estabeleceu, em seu art. 85, que o protesto somente será necessário quando o credor da letra inserir a cláusula *com protesto* no anverso e com características visíveis.

Somente os dois países retromencionados, no entanto, seguiram essa orientação que poderíamos considerar contrária à Lei Uniforme de Genebra nessa matéria.

A situação não é muito diversa no Velho Continente. Mesmo na França, onde a importância do protesto parece ser reduzida (impressão que se extrai pelo corriqueiro uso da cláusula "sem protesto"), existe um Decreto, de 2.8.1949, estabelecendo a publicidade dos protestos, o que revela, evidentemente, o interesse público no conhecimento da impontualidade. Esse interesse é claramente corroborado pela existência, no Banco da França, de uma central de títulos não pagos.

É indubitável que o instituto do protesto ganhou vários inimigos, muito provavelmente a partir da contundente crítica de Stranz, na Alemanha. Isso não significa, entretanto, que as críticas existentes contra ele sejam de molde a determinar mudança de orientação nas diversas legislações do mundo.

## II. O Protesto no Brasil

Como é de todos sabido, após reiterados pronunciamentos do nosso Supremo Tribunal Federal, vige em nosso País a Lei Uniforme de Genebra com as reservas subscritas pelo Governo Brasileiro durante a Convenção.

É de todos sabido, igualmente que a Lei Uniforme modificou as normas do Decreto 2.044 no que se refere a prazos, procedimento e avisos do protesto.

No tocante à forma do protesto, continuam a vigor os arts. 29 a 33 do Decreto 2.044, posto que a Convenção ressalvou às partes contratantes a faculdade de legislar sobre esse ponto.

É evidente que a Lei Uniforme, naquilo em que ela alterou o Decreto 2.044, é muito mais flexível, em matéria de protesto, do que a nossa lei anterior.

Enquanto o nosso art. 44, II, considerava não escritas as cláusulas proibitivas do protesto ou excludente da responsabilidade pelas despesas, o art. 46 da Lei Uniforme permitiu que, com a utilização da cláusula "sem protesto", seja dispensado o portador de protestar a letra por falta de aceite ou de pagamento, para que possa exercer o seu direito de regresso.<sup>1</sup>

É de reconhecer-se, desde logo, que o sistema da Lei Uniforme tornou menos rígido, entre nós, o instituto do protesto. Menor rigidez, porém, está muito longe de significar a abolição pura e simples do protesto.

1. Cumpre lembrar, porém, que a cláusula não dispensa o portador da apresentação nos prazos prescritos e nem dos avisos a dar.

Além de ser completamente desaconselhável tal abolição, em razão dos numerosos aspectos positivos do instituto, ela seria altamente problemática, entre nós, dado que o Brasil é signatário da Convenção Genebrina.

Senão vejamos.

Todos nós sabemos que o protesto tanto pode ser *facultativo* quanto necessário.

Diz-se que o protesto é *facultativo* quando tem por escopo atestar o inadimplemento da obrigação por parte do devedor. Em tais casos, a função do protesto é simplesmente probatória, como a doutrina costuma designar.

O protesto será *obrigatório*, ao revés, quando se constitui num elemento fundamental para o exercício do direito de regresso. Inexistindo a cláusula "sem protesto" no título, não é possível o portador exercer o seu direito contra os coobrigados regressivos se não leva o título a protesto. Daí por que se diz que esse protesto tem uma função *conservatória* do direito.

Ora, dessas diferentes funções que o protesto possui, decorrem diferentes efeitos.

Poderíamos mencionar, entre os diversos efeitos do protesto, os seguintes: a constituição do devedor em mora, a fixação do termo legal da falência, o impedimento da concordata preventiva do devedor, a caracterização da impontualidade para o pedido de falência do devedor, além da importância fundamental do ato, como foi dito, para a salvaguarda do direito de regresso.

É fácil perceber, com efeito, que mesmo nessa análise meramente jurídico-formal do protesto,<sup>2</sup> não seria fácil imaginar todos os problemas que sua abolição do dia para a noite, traria para o nosso meio.

É de atentar-se, sobretudo, para o fato de que, mesmo com a flexibilização do protesto advinda com a Lei Uniforme, seria ainda o mesmo *necessário* em não poucos casos: na letra pagável a certo termo de vista, em que haja a falta de data (o portador deverá, para conservar os seus direitos de regresso contra os endossantes e contra o sacador, fazer constar essa omissão por um protesto, feito em tempo útil); na falta de aceite ou de pagamento, para salvaguardar os direitos do portador do título contra o sacador e contra os demais coobrigados (art. 44); é o protesto necessário, igualmente, quando a pessoa indicada para aceitar ou pagar a letra, no caso do aceite por intervenção, não o faça, a fim de que o portador não perca o seu direito de ação contra o que fez a indicação (art. 56); no caso de ter sido a letra aceita por intervenientes, mas não paga, é o protesto necessário para conservar o direito de regresso contra aquele que, em caso de necessidade, fez a indicação (art. 60); finalmente, completando a lista exemplificativa dos casos de protesto necessário, temos o art. 66 da Lei Uniforme: "Aquele que enviar ao aceite uma das vias da letra deve indicar nas outras o nome da pessoa em cujas mãos aquela se encontra. Esta pessoa é obrigada a entregar essa via ao portador legítimo doutro exemplar.

Se se recusar a fazê-lo, o portador só pode exercer seu direito de ação depois de ter feito constatar por um protesto".

2. Veremos, logo a seguir, que sob o ponto de vista macroeconômico, o instituto do protesto desempenha papel de grande relevância, tendo em conta a adequada distribuição do crédito disponível.

Temos, para nós, que esse elenco dá uma clara idéia de que o protesto, mesmo na Lei Uniforme, é instituto de grande importância, considerado, por enquanto, apenas o plano do direito cambiário.

*Se o Brasil resolvesse extinguir pura e simplesmente o protesto teria, antes de mais nada, de denunciar a Convenção de Genebra, mediante notificação dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas, conforme o art. 8 da Convenção para a adoção de uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias.*

Embora possa parecer um tanto burlesco, nunca será demais assinalar que o Brasil jamais fez qualquer denúncia à Convenção, mesmo existindo certos pontos na Lei Uniforme (e que não foram objeto de reserva) que romperam com tradições de nosso direito cambiário anterior, consubstanciado na grande peça legislativa que é o Decreto 2.044 (Lei Saraiva).

Teria algum sentido cogitar-se da denúncia de um Tratado Internacional pelo desejo de abolir-se um instituto que, entre outros argumentos, está absolutamente vinculado ao contínuo histórico brasileiro?

### III. O Protesto na Doutrina

Já Vivante<sup>3</sup> acentuava ser o protesto um ato público e solene, indispensável para provar o pontual adimplemento das práticas prescritas na lei para o exercício da ação cambiária e de seu resultado.

Após esclarecer ser esta uma função meramente probatória e conservatória do direito pertencente ao possuidor da cambial, salienta Vivante que o protesto por falta de pagamento tem ainda o escopo de determinar exatamente o conteúdo da cambial no momento do vencimento do título, evitando o endosso da letra depois de seu vencimento.

Ninguém melhor do que o grande comercialista italiano parece ter fundamentado tão bem o instituto do protesto. Embora pudessemos discordar de sua doutrina no tocante ao endosso posterior ao vencimento — hoje possível na sistemática da Lei Uniforme, conforme dispõe o art. 20 — o certo é que o endosso posterior ao protesto por falta de pagamento, ou feito depois de expirado o prazo fixado para se fazer o protesto, produz apenas os efeitos de uma cessão ordinária de créditos, pelo mesmo art. 20 da Lei Uniforme.

Afora o pormenor apontado, permanecem válidos, para nós, os fundamentos apresentados por Vivante no que se refere às funções probatórias e conservatórias do protesto, improcedendo as afirmações de Bajarlia<sup>4</sup> no sentido de que, rechaçada a tese de Vivante, subsistiria sem resposta o porquê do protesto.

A grande maioria da doutrina reconhece a extrema utilidade do protesto, seja pela necessidade de que certos atos decisivos para o exercício e conservação do direito estejam revestidos de solenidade, seja pela chamada "eficácia indireta", de que nos fala De Semo:<sup>5</sup>

3. *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. 3, p. 369, § 1.295, Ed. Francesco Vallardi, Milão, 1935.

4. *El Protesto y la Ley Mercantil*, p. 95, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

5. *Trattato di Diritto Cambiario*, 3.<sup>a</sup> ed., Padova, 1963, p. 556.

“Ma, prescindendo dalla funzione normale che gli è propria, e consistente nella accennata salvaguardia dei diritti e dell'azione in regresso del portatore, il protesto ha un efficacia indiretta anche di più ché, infatti, per i rigorosi termini perentori cui obbedisce per la solenne e sintetica attestazione dell'adempimento dell'obbligato diretto (tralasciando il caso del trattario non accettante), esso é cospicuo indice rivelatore, quando non resti isolato, di quello stato di insolvenza, che fatalmente conduce alla dichiarazione di fallimento: tanto che — come si vedrà — l'elenco dei protesti deve a frequenti periodi giungere al vigile riscontro del competente organo giudiziario, agli effetti di ufficio”.<sup>6</sup>

Quanto à primeira função mencionada, isto é, a de solenizar aqueles atos que são considerados decisivos para o exercício e para a conservação do direito, nos permitiremos citar apenas alguma doutrina, posto que a abundância de textos nesse sentido seria de tal ordem que a sua simples transcrição ocuparia dezenas e dezenas de páginas.

Asquini,<sup>7</sup> por exemplo, nos afirma:

“Il protesto documenta l'avvenuta presentazione ed il suo mancato effetto; esso è necessario a rendere operanti i presupposti sostanziali che condizionano l'azione di regresso e dei quali si è discusso al numero precedente: solo nel caso di fallimento del trattario (o emittente) o del traente cessa l'obbligo del portatore di effettuare la presentazione e di levare il protesto per agire contro gli altri obbligati.”

Guartieri<sup>8</sup> pondera que “il protesto è un atto publico richiesto dalla legge principalmente per documentare a) l'esatto adempimento delle pratiche necessarie affinché possa aver luogo l'accettazione o il pagamento bonario da parte di chi è tenuto a pagare in via principale: b) e il risultato negativo delle stesse pratiche (rifiuto dell'accettazione o del pagamento). In termini più concisi e perspicaci il Vivante definisce il protesto scrivendo che esso è un atto publico e solenne, indispensabile a provare il puntuale adempimento delle pratiche prescritte dalla legge per l'esercizio dell'azione cambiaria e il loro risultato.”

Entre os autores franceses, num trecho em que mostra, inclusive, a consequência indireta do protesto, Roblot<sup>9</sup> nos explica que:

“Le protêt est une procédure très ancienne par la quelle un créancier, porteur d'un titre, réclame le règlement de sa créance par le ministère d'un officier public, et fait constater par celui-ci que le débiteur ne veut pas ou ne peut pas accepter (protêt faute d'acceptation) ou payer (protêt faute de paiement). Il démontre d'une manière irréfutable aux garants, exposés ou recours du porteur, que la traite a été présentée régulièrement à l'acceptation ou au paiement, et qu'elle est restée en souffrance. Il présente en outre l'intérêt d'attirer l'attention du débiteur sur les conséquences graves de sa défaillance: la solennité et la

6. De nossa parte, entendemos que a chamada “eficácia indireta” do protesto possuiria sentido ainda mais amplo do que o assinalado pelo ilustre autor italiano, conforme será mostrado logo mais adiante.

7. *Titoli di Credito*, ed. Antonio Milani, Padova, 1966, pp. 288 e 289.

8. *I Titoli di Credito*, Ed. Torinese, Torino, 1953, pp. 241 e 242.

9. *Les Effets de Commerce*, Sirey, 1975, Paris, p. 315.

publicité qui l'accompagnent constituent une atteinte sérieuse au crédit de celui qui en est l'objet."

Na Espanha, onde a Lei de 22.7.1967 alterou profundamente a anterior sistemática do protesto, então estabelecida pela Lei de 31.12.1945,<sup>10</sup> Jesus Rubio<sup>11</sup> chega à conclusão seguinte:

"De aquí que el protesto resulte inexcusable, no sólo para el ejercicio de la acción de regreso, sino de cualquier acción cambiaria. Tanto si se ejercita en el procedimiento ejecutivo como en el ordinario. Tanto respecto de las obligaciones de regreso, como frente al aceptante. Así resulta principalmente de los arts. 469, 482, 502, 509, 516 y 517 del Código de comercio y el 1.170 del Código Civil".

Entre os nossos autores, conforme se verá a seguir, sempre foi reconhecida grande importância no instituto do protesto.

Eunápio Borges<sup>12</sup> assim se expressa:

"O protesto — prova oficial e insubstituível da falta ou recusa, quer do aceite, quer do pagamento — é de suma importância não só para o portador do título, como para os seus coobrigados de regresso.

Para o portador do título porque, sem ele, perderá seus direitos contra os devedores de regresso. Para esses devedores de regresso, porque a lei assegura a cada um deles — à vista do protesto — o meio simples e seguro de verificar se, pagando o título, poderá exercer, por seu turno, o direito de regresso contra os coobrigados a ele anteriores."

Lacerda<sup>13</sup> afirmava que "O protesto documenta, de modo solene e autêntico, a exata observância dos preceitos legais para o exercício dos direitos cambiários".

Mesmo opinando no sentido de que o protesto não cria, nem conserva direitos, Lacerda reconhecia que o protesto era um documento "único e necessário", tendo um duplo caráter: "de registro, que fixa definitivamente a cambial; e de prova da interpelação cambiária."

Magarinos Torres,<sup>14</sup> em trecho feliz pela sua clareza e concisão, escreveu: "O protesto, interpelação solene por meio de oficial público, é uma formalidade, não só útil, quaisquer que sejam os obrigados na rota promissória, mas, contra alguns, absolutamente necessária."

Saraiva<sup>15</sup> com sua precisão habitual, escreveu:

10. Referida lei praticamente elimina a função do protesto como prova da diligência do portador em relação aos seus devedores de apresentação. Mas, de outro lado, põe em relevo a necessidade do protesto para o exercício das ações de regresso, segundo nos informa o citado autor. Conforme se depreende da leitura do texto, aliás, o próprio Rubio termina por reconhecer que as funções do protesto, seja a de prova de diligência do portador, seja a de conservação das ações cambiárias, são inseparáveis e essenciais à função do protesto.

11. *Derecho Cambiario*, Madrid, 1973, p. 362.

12. *Títulos de Crédito*, Forense, 2.<sup>a</sup> ed., p. 108.

13. *A Cambial no Direito Brasileiro*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio, 1921, p. 276.

14. *Nota Promissória*, Saraiva, 5.<sup>a</sup> ed., 1943, p. 274.

15. *A Cambial*, vol. II, 1947, José Konfino, Rio, pp. 147 e 148.

“É, portanto, o protesto o meio pronto e eficaz reservado ao credor para a demonstração completa da sua habilitação ao exercício da ação executiva.

Por ser especial e rigorosa a ação cambial, a prova do fato constitutivo da falta ou recusa do aceite ou do pagamento deve ser incontestável — elemento essencial ao exercício do direito de regresso.

O protesto torna certo o fato, que o oficial certifica haver ocorrido de determinado modo”.

O Prof. Rubens Requião,<sup>16</sup> em didática e precisa exposição sobre os efeitos do protesto, ensinou:

“O protesto constitui, portanto, elemento fundamental para o exercício, do direito de regresso. Sem ele, dado o formalismo do direito cambiário, não é possível o detentor exercer seu direito contra os obrigados regressivos. Dele decai o credor, de nada lhe valendo a alegação de que apresentou o título por outros meios. Tudo isso evidentemente na hipótese de não haver a cláusula “sem protesto”, inserida na letra.

Nesse sentido, portanto, o protesto é *obrigatório*, com função *conservatória do direito*; contrastando com esse temos, também, o *protesto facultativo*, extra-cambiário, cuja função é simplesmente *probatória*, constituindo em mora o devedor. Battaglini, todavia, atribui funções cambiárias tanto a um como a outro. A primeira função — comenta ele — deriva do fato de que o ato é dirigido a constatar algumas circunstâncias que são relevantes para a atuação dos direitos cambiários, que constitui o processo escrito pelo oficial público da apresentação do título ao obrigado, e do resultado desta apresentação. Através de segunda função (função conservatória), que é posterior àquela típica do ato — prossegue o autor — assegura, de um lado, aos obrigados em regresso, a garantia necessária, e, de outro, ao titular, um meio para obter o pagamento. E em terceiro lugar indica uma outra função, a de aferir a insolvabilidade do devedor.”

Ele conclui o ilustre professor: “Na doutrina brasileira prevalecem os dois efeitos e funções sob a qualificação de *protesto probatório* ou *facultativo* e *protesto conservatório* ou *necessário*” (grifos do autor).

Pontes de Miranda<sup>17</sup> finalmente, assim se expressou sobre o caráter e natureza do protesto:

“O protesto era, e é, o ato formal, pelo qual se salvaguardavam os direitos cambiários, solenemente feito perante oficial público. Ligava-se ele ao exercício e à cautela dos direitos cambiários. Nos atos jurídicos cambiários, não é só interessado o ego, mas, também, o alter, a generalidade. Os atos jurídicos cambiários não poderiam, salvo casos excepcionais, como se o título não circulou, passar-se entre duas pessoas, em silêncio, como ocorre a atos do direito comum. Pelo protesto, dá-se conhecimento ao público do que acontece a título cuja vocação é caminhar, ligando a si pessoas que talvez não se conheçam, mas talvez se tenham adstrito à mesma sorte. Em relação ao próprio obrigado principal, o protesto ameaça-o de lhe desonrar a letra de câmbio e, pois, a firma. As consequências extracambiárias são conhecidas. Daí ter tido ele os seus amigos e os

16. *Curso de Direito Comercial*, Saraiva, 2.º vol., 9.ª ed., p. 359.

17. *Tratado de Direito Cambiário, Letra de Câmbio*, vol. I, Max Limonad, 1954, p. 345.

seus inimigos (J. Stranz, *Ein Protest gegen den Wechselprotest*, Berlin, 1903; G. Cohn, *Der Kampf um den Wechselprotest*, Berlin, 1905; W. Bernstein, *Die Reform des Wechselprotestes*, Berlin, 1907)."

Após tais considerações o grande jurista pátrio conclui no sentido de que "seria difícil e prejudicial excluí-lo."

Escusava salientar, evidentemente, que a enumeração dos autores retromencionados, estrangeiros e nacionais, é por demais canhestra e só a anotamos de passagem.

De outro lado, ninguém desconhece a existência de vozes, algumas das quais ilustres, que se levantaram contra o protesto, notadamente em razão do alto custo que tal diligência implica.

Nesse sentido, além da já mencionada obra de Stranz, merecem referência os estudos de Ascarelli (in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1957, I, pp. 285 a 287) e do Prof. Roberto Montessori (in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1907, I, pp. 167 a 168), além da já citada obra de Samuel Bajarlia e do excelente trabalho *La Reforma del Protesto* de Alberto Bercovitz Rodriguez-Cano, professor adjunto de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de Madri.

Entre os autores nacionais, foi muito tímido o esboço de crítica ao instituto do protesto.

Carvalho de Mendonça<sup>18</sup> considerava que as exigências e formas do protesto eram exageradas, mas nosso grande autor se mostrava partidário de uma reforma do instituto e não de sua supressão, conforme se verifica pela seguinte passagem: "O protesto, regulado pela Lei n. 2.044, de 1908, está cercado de exigências e formas exageradas e perfeitamente dispensáveis. A reforma prendeu-se à velha tradição e é chegado o momento de modificar-se esta parte do direito cambial. Para as letras de câmbio internacionais, a simplificação do protesto está pedindo urgência. Cada nação tem regras especiais, e no regresso exercido de um para outro país é difícil saber se o protesto foi tirado na conformidade da lei do lugar do pagamento."

Nessa ocasião, o Instituto dos Advogados Brasileiros, por sua Comissão de Justiça e Legislação, não concordara com o nosso grande jurista: "Não há razão para se alterar o nosso direito nesse particular. O protesto, deve ser ato público e constar de instrumento da lavra do respectivo oficial. É este o sistema do nosso direito cambial, que não convém alterar, sob fundamento de simplificar e baratear o ato do protesto."<sup>19</sup>

#### IV. O Protesto na Prática

Parece até desnecessário mencionar que o instituto do protesto, entre nós, sempre teve notória aplicabilidade.

Além de sua indispensável utilização em todos aqueles casos, já anteriormente mencionados, onde se apresenta como ato insubstituível, também tem larga aplicação, em nosso meio, o simples protesto *facultativo*.

18. Citado por Pontes de Miranda, ob. cit., p. 346.

19. Idem, *ibidem*.

É através da certidão do protesto lavrado pelo oficial público que se comprova, de maneira fácil, o cumprimento de certos atos por parte do credor cambiário.

Fala-se, às vezes, no caráter coercitivo do protesto, sendo utilizado como meio de pressão do credor sobre o devedor.

O argumento, todavia, parece superficial e eivado de unilateralismo. Em primeiro lugar, cumpre ter presente que a lei assegura ao credor cambiário os seus direitos de ação contra os devedores se o pagamento não foi efetuado no vencimento do título. Em tal sentido, o protesto seria apenas uma tentativa de receber o crédito cambial antes do procedimento judicial competente, colocada a questão em seus termos mais serenos.

Em segundo lugar, invertendo-se o raciocínio, poder-se-ia dizer que a coação exercida pelo protesto é benéfica, porquanto ela propicia, quando eficaz, que as obrigações sejam solvidas sem o ônus do procedimento judicial, este sim, de custo bastante elevado para todos.

Assim, parece que o argumento de que o protesto constitui um meio coercitivo para o adimplemento da obrigação cambial propende mais em favor do que contra o instituto, se é que se possa reduzir a questão em termos tão maniqueístas.

Sob outro enfoque, é preciso ter presente a função do protesto no sentido de permitir a aferição da insolvabilidade do devedor, tal como apontou, com propriedade, o jurista Battaglini<sup>20</sup>: "Oltre queste che sono le funzioni dirette del protesto un'altra ve n'è che potremmo definire indiretta: quella di essere l'indice dello stato di insolvenza."

Sobreleva notar, sob tal aspecto, o alto interesse da sociedade, considerado no plano macroeconômico, de que a distribuição do crédito disponível se faça de maneira ótima.

Ora, o conhecimento da situação econômico-financeira de cada pretendente de crédito é fundamental e, nesse sentido, tanto o comércio em geral como a Rede Bancária, em particular, têm necessidade de um adequado sistema de informações que permita a aferição de cada um que solicita crédito.

Nunca será demais assinalar, talvez, que o crédito concedido aos que não têm capacidade financeira para tomá-lo representa pesado ônus sobre a economia de um país, tanto que a moderna doutrina procura vislumbrar a possibilidade de continuação do negócio na falência, tão desastrosas são as conseqüências que certos processos falimentares acarretam.

É evidente, assim, que os protestos constituem — desde que a eles tenham acesso as entidades representativas do comércio e dos bancos, como acontece em nosso País<sup>21</sup> — um canal de informação muito importante para o exame de solvabilidade e da pontualidade dos devedores em geral.

20. *Il Protesto*, Giuffrè, Milão, 1972, p. 21.

21. Em nosso País, em princípio, variando tal assertiva segundo as normas das Corregedorias Estaduais, qualquer terceiro interessado pode ter acesso às relações dos títulos protestados, existindo apenas um regime favorecido de custas para as entidades mencionadas. A proibição existente, de caráter geral, é no tocante a não publicação dos protestos.

## V. Conclusão

Diante do exposto, embora de forma sumária, é forçosa a conclusão de que a supressão do instituto do protesto, entre nós, é altamente desaconselhável, por um lado, e preocupantemente problemática, de outro.

Desaconselhável, evidentemente, em razão de todas as funções que são exercidas pelo instituto, conforme julgamos ter logrado demonstrar.

Problemática, inegavelmente, porquanto o Brasil é signatário de uma Convenção Internacional que prevê a figura do protesto como ato absolutamente insubstituível em numerosas situações jurídicas, conforme elenco que pudemos arrolar no item II.

Espera-se que o nosso Congresso Nacional, integrado por alguns ilustres juristas, não aprove o referido projeto de lei, absolutamente contrário aos interesses da Nação Brasileira.

# EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO — CORREÇÃO MONETÁRIA SUA CONTABILIZAÇÃO E EFEITOS FISCAIS

LUIZ MÉLEGA

1. Como se sabe a União foi autorizada a constituir a Eletrobrás pela Lei 3.890-A, de 25.4.1961, cujo art. 9.º assim declarava: “A Sociedade poderá emitir, até o limite do dobro de seu capital social, obrigações ao portador, com ou sem garantia do Tesouro Nacional”.

1.1. Na técnica do Decreto 117-A, de 15.9.1893, “obrigações ao portador” e “debêntures” eram expressões sinônimas. Com efeito, o referido Decreto declarou na sua ementa que “regula a emissão de empréstimos em obrigações ao portador (debêntures) das companhias ou sociedades anônimas”, e dispôs no seu art. 1.º: “As companhias ou sociedades anônimas poderão emitir empréstimos em obrigações ao portador (debêntures), de conformidade com o disposto nesta Lei”.

Preceituou o § 1.º que a emissão de tais obrigações tem como garantia todo o patrimônio da Sociedade. Outros dispositivos estabeleceram os requisitos formais que esses títulos devem possuir e as normas de processamento de sua emissão.

De relance se verifica, na ementa do Decreto e no texto do seu art. 1.º que obrigações ao portador e debêntures são, pois, expressões sinônimas.

1.2. E como está dito no art. 9.º da Lei 3.890-A/61, citada, que a Eletrobrás poderá emitir *obrigações ao portador*, está dito, *ipso facto* que esses títulos são debêntures, na definição do diploma legislativo que regulou a emissão de tais títulos.

Não se descure que a Eletrobrás é uma sociedade anônima. A totalidade de seu capital foi subscrita de início pela União, que se reservou, nas emissões posteriores de ações, subscrever no mínimo 51% delas (art. 7.º da Lei 3.890-A/61). Essas circunstâncias caracterizaram a *Eletrobrás*, sucessivamente, como *empresa pública e sociedade de economia mista*, ambas estas entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, na definição trazida pelo art. 1.º do Decreto-lei 900, de 29.9.1969.

Aliás, o art. 1.º da própria Lei 3.890-A/61, que autorizou a União a constituir a Eletrobrás, declara textualmente que ela seria uma *sociedade por ações*.

De concluir, portanto, que aquelas “obrigações ao portador” de que fala o citado art. 9.º são idênticas a quaisquer outras emitidas pelas sociedades anônimas em geral, e se intitulam, indiferentemente, “obrigações ao portador” ou “debêntures”, na técnica da legislação retrocitada.

1.3. Nem lhe desnaturou a figura jurídica o fato de tais debêntures corresponderem a um empréstimo compulsório, juridicamente possível, naqueles tempos, em face da Constituição então vigente.

Com efeito, a Lei 4.156, de 28.11.1962, estabeleceu no art. 4.º esse empréstimo compulsório, arrecadável com as contas de consumo de energia elétrica, as quais, exibidas à Eletrobrás, facultavam ao consumidor receber dela as obrigações ao portador correspondentes ao empréstimo.

Essa exigência compulsória ia até 1968, as obrigações seriam resgatáveis dentro do prazo de 10 anos e venciam juros de 12% (doze por cento) ao ano.

O referido art. 4.º foi alterado pela Lei 4.364, de 22.7.1964, e pelo art. 5.º da Lei 4.676, de 16.6.1965, em pontos que não são essenciais a este estudo.

A Lei 5.073, de 18.8.1966, prorrogou, no seu art. 2.º, até 31.12.1973, a exigência da tomada compulsória das obrigações da Eletrobrás; determinou, ainda, que a partir de 1.º.1.1967, as obrigações seriam resgatáveis em 20 anos, vencendo juros de 6% (seis por cento) ao ano, e, finalmente, estabeleceu a correção monetária desses títulos, na mesma base da correção monetária do ativo imobilizado das empresas (art. 3.º da Lei 4.357, de 16.7.1964).

Essa correção incide sobre o valor nominal das obrigações, para efeito do pagamento periódico dos juros e para efeito de determinar o valor de resgate na ocasião oportuna.

1.4. Ficou assegurada a responsabilidade solidária da União, em qualquer hipótese, pelo valor nominal dos títulos, os quais têm assim dupla garantia, da empresa e da União, garantia que, dessa forma, supera aquela das debêntures comuns. A estas deu a lei vigente à época as seguintes características essenciais: são emitidas pelas sociedades anônimas, com garantia de todo o seu patrimônio, em cobertura de um empréstimo público, possuindo obrigatoriamente certos requisitos formais que a lei estabelece.

Possuem todas essas características as obrigações ao portador da Eletrobrás, tendo ainda, por contrapeso, a garantia da União.

Necessário é que se faça esta distinção: uma coisa é o *empréstimo*, outra coisa é a *debênture* que lhe dá cobertura.

Não se desfigura a debênture, assim, pelo fato de o empréstimo não ser lançado à subscrição facultativa do público, mas exigido em caráter compulsório.

1.5. Convém notar, ainda, que a Constituição vigente somente permite empréstimo compulsório, que aliás tem o caráter de tributo, nos casos especiais definidos em lei complementar (art. 21, § 2.º, II).

Certamente com o propósito de eliminar alegações no sentido de que o empréstimo compulsório em favor da Eletrobrás não guarda compatibilidade com a Carta Magna em vigor, promulgou-se a Lei complementar 13, de 11.10.1972, que no seu art. 2.º ratificou e manteve a cobrança do empréstimo compulsório, efetuada com base na Lei 4.156/62.

Não alterou os termos do problema o advento da Lei 4.728, de 14.7.1965, que disciplinou o mercado de capitais, cujo art. 26 declara, numa linguagem que não *prima* pela correção:

“As sociedades por ações poderão emitir debêntures, ou obrigações ao portador ou nominativas endossáveis, com cláusula de correção monetária” etc.

Além dessa norma, preceituou o art. 44:

“As sociedades anônimas poderão emitir debêntures ou obrigações assegurando aos respectivos titulares o direito de convertê-las em ações do capital da sociedade emissora”.

O que se pode inferir daí é que “debêntures” que se identificavam, na sistemática legislativa anterior, com “obrigações ao portador”, passaram a identificar-se simplesmente com “obrigações” de emissão das sociedades anônimas.

Verificou-se, assim, a existência, desde então, de obrigações ou debêntures ao portador, nominativas endossáveis e conversíveis em ações.

1.6. Promulgada a Lei 6.404, de 15.12.1976 (Nova Lei das Sociedades por Ações), passaram a ser admitidas quatro espécies de debêntures: a) com garantia flutuante; b) com garantia real; c) sem preferência (quirografárias); d) subordinadas aos demais credores da companhia. A garantia flutuante assegura à debênture privilégio sobre o ativo da companhia, não impedindo, porém, a negociação dos bens que compõem esse ativo. As garantias flutuante e real podem ser cumulativas. A debênture que não gozar de garantia poderá conter cláusula de subordinação aos credores quirografários, preferindo apenas aos acionistas no ativo remanescente, se houver, em caso de liquidação da companhia. A obrigação de não alienar ou onerar bem imóvel ou outro bem sujeito a registro de propriedade, assumida pela companhia na escritura de emissão de debêntures, é oponível a terceiros se averbada no competente registro. Foi permitida a emissão de debênture conversível em ação, com cláusula de correção monetária e ainda com cláusula de vencimento somente na ocorrência de inadimplemento da obrigação de pagar juros ou na dissolução da companhia.

Como regra, o valor total das emissões de debêntures não poderá ultrapassar o capital social da companhia.

As debêntures podem ser emitidas na forma ao portador e endossável. As empresas ganharam ampla liberdade, no regime da nova lei, na definição das vantagens conferidas pelas debêntures aos seus titulares, podendo emitir títulos sem vencimento prefixado, sujeito à ocorrência de certos eventos, com juros fixos ou variáveis, correção monetária e participação nos lucros (arts. 52 a 65 da Lei 6.404/76).

1.7. Recolhe-se, do que foi exposto, que aquelas "obrigações ao portador" da Eletrobrás não perderam as suas características iniciais e passaram a identificar-se com a expressão "debêntures ao portador", com correção monetária, em face do que dispôs a Lei 5.073/66, citada.

Convém assinalar que o art. 1.º da Lei 5.824, de 14.11.1972, determinou que o empréstimo objeto deste estudo, passasse a ser cobrado, a partir de 1.º.1.1974 até 31.12.1983, sob forma de percentual sobre a tarifa fiscal de consumo industrial de energia elétrica.

2. Com o advento do Decreto-lei 1.512, de 29.12.1976, o empréstimo compulsório instituído em favor da empresa referida passou a ser exigido na forma desse diploma legal. O montante das contribuições de cada consumidor industrial, apurado sobre o consumo de energia elétrica verificado em cada exercício, passou a constituir um *crédito* a título de empréstimo compulsório, resgatável no prazo de vinte anos, vencendo juros de seis por cento ao ano. O crédito referido é corrigido monetariamente, na forma do art. 3.º da Lei 4.357/64, para efeito de juros e de resgate. Os juros são pagos anualmente, no mês de julho aos consumidores industriais contribuintes, pelos concessionários distribuidores, mediante compensação nas contas de fornecimento de energia elétrica, com recursos que a Eletrobrás lhes creditará. A Eletrobrás, através de Assembléia Geral, foi autorizada no vencimento do empréstimo ou antes, a convertê-lo em participação acionária, emitindo ações preferenciais nominativas de seu capital. As vantagens dessas ações são as do § 3.º do art. 6.º da Lei 3.890-A/61,

com a redação do art. 7.º do Decreto-lei 644 de 23.6.1969: prioridade no reembolso do capital e na distribuição de dividendos de 6% (seis por cento), ao ano, sem direito de voto.

Tais ações serão gravadas com a cláusula de inalienabilidade até o vencimento do empréstimo, podendo essa restrição ser suspensa pela Eletrobrás, mediante decisão de sua Assembléia Geral. A conversão em ações preferenciais do crédito atrás referido, bem como a de que trata o § 10 do art. 4.º da Lei 4.156/62, na redação que lhe deu o art. 5.º do Decreto-lei 644/69 (possibilidade de conversão em ações preferenciais das obrigações emitidas no regime anterior), será feita pelo valor corrigido do crédito ou do título, pagando-se em dinheiro o saldo que não corresponder a número inteiro de ação.

3. Verifica-se pelo acima exposto que o empréstimo compulsório em favor da Eletrobrás obedeceu a dois regimes diferentes: a) com emissão de obrigações ou debêntures; b) mediante a constituição de crédito. Para qualquer dos dois regimes foi prevista a correção monetária e o vencimento de juros. Esses rendimentos até um certo momento sofreram o desconto do imposto de renda na fonte à alíquota de 10% (dez por cento), conforme art. 15, § 2.º, do Decreto-lei 1.089, de 2.3.1970. Após o advento do Decreto-lei 1.560, de 30.6.1977, tais rendimentos continuaram a sofrer o desconto do imposto de renda na fonte, à alíquota de 10% (dez por cento), mas agora como antecipação do tributo apurado na declaração anual de rendas.

3.1. Com a instituição do *sistema de crédito*, introduzido pelo Decreto-lei 1.512/76, sistema esse vigente a partir de 1978, cessou o desconto do imposto de renda na fonte. Isso porque não foi prevista pelo referido Decreto-lei essa retenção, sendo certo que o art. 15 e § 2.º do Decreto-lei 1.089/70, com a redação dada pelo Decreto-lei 1.560/77, referem-se apenas à tributação na fonte dos *rendimentos das obrigações ao portador emitidas pela Eletrobrás*.

3.2. Pelo que ficou acima exposto, constata-se que as obrigações ao portador de emissão da Eletrobrás, em decorrência do empréstimo compulsório, embora identificando-se com as debêntures reguladas pela legislação atrás citada, jamais estiveram sujeitas ao regime fiscal destas últimas, que se incluem entre os chamados títulos de renda fixa, cuja tributação está atualmente regulada pelos arts. 1.º, 5.º e 17 do Decreto-lei 1.494, de 7.12.1976 e Resolução BCB/399, de 22.12.1976.

4. Os esclarecimentos constantes dos itens anteriores, sobre a natureza jurídica das debêntures ou obrigações ao portador, tiveram por finalidade assinalar que esses títulos não se confundem com as ações que compõem o capital social das companhias, o que nos parece de relevante importância para a classificação contábil dos mesmos e seus reflexos na composição do lucro tributável pelo imposto de renda.

5. Não obstante eventuais opiniões em contrário, entendemos que tanto as *obrigações* como os *créditos* gerados pelo empréstimo compulsório instituído a favor da Eletrobrás, têm a sua classificação contábil no ativo realizável a longo prazo, tal como o conceitua o art. 179, item II, da Lei 6.404/76 (Nova Lei das Sociedades por Ações), segundo o qual serão classificados sob esse título "os direitos realizáveis após o término do exercício seguinte, assim como os derivados de vendas, adiantamentos ou empréstimos a sociedades coligadas ou con-

troladas, diretores, acionistas ou participantes no lucro da companhia, que não constituírem negócios usuais na exploração do objeto da companhia”.

Nesse particular aderimos à orientação constante do item 11 do Parecer Normativo CST/108, de 28.12.1978, que embora reconhecendo que as obrigações e o crédito gerados pelo empréstimo compulsório em favor da Eletrobrás possam ter algumas características de investimento, tais aplicações melhor se amoldam no realizável a longo prazo, porque, diferentemente de outras aplicações, cuja permanência depende da intenção do investidor, a recuperação do empréstimo de natureza compulsória se faz em prazo certo, podendo ser convertido em participação acionária, ou resgatado antes do seu vencimento.

Em reforço desse entendimento pode ser apontada a valiosa opinião de Sérgio Approbato Machado no magnífico trabalho denominado *As Demonstrações Financeiras e a Lei das Sociedades Anônimas*, item 07.03, divulgado pela Ed. Resenha Universitária, S. Paulo, 1977, como Estudo n. 6 da Lei das Sociedades por Ações, Coordenação de Geraldo de Camargo Vidigal e Ives Gandra da Silva Martins. Confira-se também a lição de Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca em *Comentários à Lei de Sociedades por Ações*, 6.º vol., p. 30, ed. Saraiva e de Américo Oswaldo Campiglia in *Comentários à Lei das S.A.*, 5.º vol., pp. 88-89, ed. Saraiva.

5.1. No item 11 do Parecer Normativo acima referido, o parecerista diz que, quando as obrigações tiverem cláusula de correção monetária, esta deve ser apropriada anualmente. O mesmo raciocínio parece que necessariamente se aplica ao crédito, pois tanto este, como as obrigações têm a sua origem no mesmo fato econômico: o empréstimo compulsório, cuja natureza tributária não faz mister discutir aqui (art. 21, § 2.º, II, da Constituição Federal), embora possa concorrer para definir a sua exata classificação contábil.

5.2. Parece óbvio que o parecerista não está prescrevendo ao titular das obrigações e do crédito uma norma ou um procedimento contábil, mesmo porque, segundo o disposto no art. 185, § 1.º, “a” e “b”, da Lei 6.404/76, a correção monetária abrange o custo de aquisição do ativo permanente e os saldos das contas do patrimônio líquido; não as contas do ativo realizável a longo prazo ou do ativo circulante.

Ainda mais: é exigência do art. 183, I, da mesma Lei 6.404/76, que os direitos e títulos de crédito, bem como quaisquer valores mobiliários não classificados como investimentos, sejam avaliados no balanço pelo custo de aquisição ou pelo valor do mercado, se este for menor; excluem-se os já prescritos e fazem-se as provisões adequadas para ajuste ao valor provável de realização, sendo admitido o aumento do custo de aquisição, até o limite do valor do mercado, para registro de correção monetária, variação cambial ou juros acrescidos.

5.3. Como ficou dito no item 7 da Exposição de Motivos que acompanhou o projeto que se converteu no Decreto-lei 1.598, de 26.12.1977, a lei das sociedades por ações seguiu a orientação de manter nítida separação entre a escrituração comercial e a fiscal, porque as informações sobre a posição e os resultados financeiros das sociedades são regulados na lei comercial com objetivos diversos dos que orientam a legislação tributária. O Decreto-lei 1.598/77 assegurou essa distinção mediante criação do livro auxiliar destinado à apuração do lucro real (art. 8.º). A determinação desse lucro real continua a basear-se na escritu-

ração comercial, porém os ajustes do lucro líquido do exercício, que forem necessários para a determinação do lucro real, assim como os registros contábeis para efeito exclusivamente fiscal, não modificam a escrituração comercial, porque serão feitos no livro de apuração do lucro real.

Nada impede, por isso mesmo, quando necessário, que a lei fiscal adote, para a apuração do lucro tributável, conceitos ou procedimentos diversos daqueles instituídos pela legislação do direito societário, respeitados os limites do art. 110 do CTN.

A lei tributária poderia, em face disso, e mais pela já indiscutida autonomia do direito tributário, instituir, para efeitos fiscais, a obrigação do titular dos direitos de crédito provenientes do empréstimo compulsório à Eletrobrás corrigir anualmente, esses direitos, com base nos índices utilizados por essa entidade. Não o fez, porém, no nosso modo de ver. E só a lei poderia criar essa obrigação porque dela resulta conseqüências tributárias subordinadas à estrita reserva legal (§ 29 do art. 153 da CF).

E nem parece correto dizer que a definição de lucro real constante do art. 6.º do Decreto-lei 1.598/77, justificaria a inclusão da correção monetária do empréstimo compulsório à Eletrobrás, para efeitos fiscais, na hipótese dessa correção monetária não ser contabilizada. Isso porque as adições ali referidas, tanto quanto as exclusões são aquelas elencadas nos arts. 222 e 223, respectivamente, do Decreto 76.186, de 2.9.1975 (atual Regulamento do Imposto de Renda) e outras eventual e expressamente constantes de legislação específica. Em nenhum dispositivo dessa legislação está dito que a correção monetária do empréstimo compulsório, não contabilizada, deve ser adicionada ao lucro real para o efeito da tributação.

O art. 18 do Decreto-lei referido não serve a esse propósito, porque ele determina apenas o cômputo das contrapartidas das variações monetárias, que tanto podem ser obrigatórias, como facultativas. E no caso de empréstimo compulsório aqui discutido, é *facultada* e não *obrigatória* a atualização do custo do empréstimo para registro da correção monetária até o valor de mercado. E nem seria de utilidade, no caso, o apelo ao § 1.º, "a", do art. 187 da Lei 6.404/76, porque a regra ali constante só pode referir-se a rendimentos, receitas ou ganhos efetivamente recebidos ou *creditados*. Além do mais o princípio consubstanciado no art. 183, I, da mesma lei, deve ser registrado como exceção à regra antes mencionada.

5.4. Como esclarecem José Luiz Bulhões Pedreira e Manoel Ribeiro da Cruz Filho, no *Manual da Correção Monetária das Demonstrações Financeiras*, 2.ª tiragem, p. 28, o art. 39 do Decreto-lei 1.598/77 não inclui entre as contas sujeitas a correção monetária as que registrem créditos ou obrigações em moeda nacional sujeitos a correção, indexados ou em moeda estrangeira. Esses créditos e obrigações devem ser atualizados na data do balanço, segundo dispõem os arts. 183, I e 184, II e III, da Lei 6.404/76.

As variações monetárias decorrentes da atualização são computadas na determinação do lucro operacional, por força do disposto no art. 18 do citado Decreto-lei 1.598/77.

Mas essa atualização não constitui parte do procedimento legal da correção monetária das demonstrações financeiras. A lei distingue entre variações mone-

tárias e correção monetária das demonstrações porque: a) as variações decorrem de disposições legais ou contratuais que regulam os créditos e obrigações, que podem seguir critérios diferentes da base adotada para a correção monetária das demonstrações financeiras; b) as variações monetárias são receitas ou despesas que resultam dos critérios de avaliação de elementos do ativo e passivo circulante ou a longo prazo, enquanto que a correção monetária apenas atualiza o custo histórico de elementos estáveis da estrutura financeira do patrimônio. Embora as variações monetárias de créditos e obrigações sejam consideradas para efeito de determinar a existência de lucro inflacionário, a lei, continuam aqueles dois especialistas, considerando sua natureza distinta da correção monetária do custo histórico, orientou-se no sentido de separá-las com nitidez na demonstração do resultado do exercício, a fim de fornecer ao leitor informações adicionais para análise dos resultados da pessoa jurídica.

6. Não padece dúvida, em face do que dispõe o art. 18 do Decreto-lei 1.598/77, que devem ser incluídas no lucro operacional as contrapartidas das variações monetárias, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis, por disposição legal ou contratual, dos direitos de crédito. As variações monetárias decorrem da atualização dos direitos de crédito do contribuinte e, por igual, das suas obrigações, conforme ficou esclarecido no item 3 do Parecer Normativo CST/86, de 26.9.1978, da Coordenação do Sistema de Tributação.

O *crédito* e as *obrigações* que se originaram, ou que se originarem do empréstimo compulsório devido a Eletrobrás, não podem fugir à conceituação de *direitos de crédito*, assim para os efeitos do que dispõe o art. 183, I, da Lei 6.404/76, como para as conseqüências previstas no art. 18 do Decreto-lei 1.598/77.

Certamente foi baseado neste último dispositivo, que o autor do Parecer Normativo CST/108/78, afirmou que a correção monetária dos créditos originados do empréstimo compulsório da Eletrobrás deve ser apropriada anualmente. Em outra linguagem isso quer dizer que as variações monetárias desses direitos de crédito, quer estejam representados por obrigações ou títulos de outra natureza, influenciarão o lucro operacional, anualmente, como decorrência da atualização desses créditos na data do balanço. Mas parece de óbvia evidência que para haver contrapartida é preciso que ocorra a variação monetária.

6.1. Em primoroso trabalho publicado na revista "CEFIR", abril/1979, pp. 7 e seguintes, Jorge Gusman Ascêncio, procura demonstrar incorreção no Parecer Normativo CST/108/78, na parte em que alude à obrigação de ser apropriada anualmente a correção monetária das obrigações emitidas em decorrência do empréstimo compulsório à Eletrobrás.

Não obstante o brilho dos argumentos desenvolvidos, quer nos parecer que a lei fiscal não está em oposição à legislação societária. Esta estabelece determinados critérios para a avaliação, no balanço, dos direitos e títulos de crédito. Aquela determina que as variações decorrentes dessa avaliação sejam consideradas na determinação do lucro operacional.

O ilustre autor do parecer divulgado pela "CEFIR" vê nesse procedimento uma irregularidade, porque a Eletrobrás estaria cobrando, na fonte, o imposto de renda sobre a totalidade da correção monetária quando do resgate das obri-

gações, o que resultaria na duplicidade do tributo se a mesma correção monetária fosse anualmente apropriada.

Essa correção monetária é feita através de uma fórmula que leva em conta uma unidade padrão representativa dos créditos corrigidos (art. 3.º, parágrafo único do Decreto 81.668, de 16.5.1978 e Resolução da Eletrobrás n. 120/79, de 14.2.1979).

Não é dessa forma que interpretamos a parte final do item 11 do já referido Parecer Normativo CST/108/78. Para nós o que ali está dito significa nada mais, nada menos do que uma afirmação no sentido de que, ocorrendo variação monetária em decorrência da avaliação dos direitos de crédito, essa variação deverá ser anualmente considerada na determinação do lucro operacional. E essa variação pode ocorrer, já que, nos termos da parte final do inciso I do art. 183 da Lei 6.404/76, o titular do direito de crédito pode aumentar o custo de aquisição, até o limite do valor do mercado, para registro de correção monetária, variação cambial ou juros acrescidos.

O que o art. 18 do Decreto-lei 1.598/77 exige, no caso em discussão, é que sejam incluídas no lucro operacional as contrapartidas das variações monetárias, obviamente quando tais variações ocorrerem por força da avaliação determinada pela lei societária ou por ela permitida, já que no caso não se trata de correção com base contratual. Compreende-se que adotado esse critério da avaliação, ele deve ser seguido anualmente, a bem da uniformidade dos balanços.

6.2. A Coordenação do Sistema de Tributação ou qualquer outro órgão da administração fazendária não pode, como já afirmado, impor aos contribuintes normas de direito privado. Pode, isso sim, interpretar as disposições das leis tributárias. Por isso mesmo não se deve ver nas conclusões do Parecer Normativo CST/108/78 senão uma forma de conciliação dos dispositivos da nova lei das sociedades por ações com o art. 18 do já tantas vezes mencionado Decreto-lei 1.598/77, artigo esse que, ao que tudo indica, tem como pressuposto o ganho pelo menos juridicamente disponível.

E parece que a interpretação que atribuímos àquela conclusão alcança esse objetivo, porque o aumento do custo de aquisição dos direitos de crédito, para registro de correção monetária, etc., até o limite do valor de mercado é *admitido*, o que vale dizer que é *facultado*, não *obrigatório* (art. 183, I, parte final da Lei 6.404/76).

E é isso o que está escrito na parte final do item 4.3 do Parecer Normativo CST/61, de 12.9.1977, onde está expressa a idéia de que atualização do valor de aquisição das obrigações emitidas pela Eletrobrás é uma *faculdade* e não uma *obrigação* do contribuinte titular de tais direitos.

E nem se diga que esse Parecer Normativo foi editado na vigência de legislação agora desatualizada, pois a matéria relativa à contabilização de contrapartidas decorrentes de variações monetárias tem seu assento no art. 14, § 2.º, do Decreto-lei 1.338, de 23.7.1974. A legislação atual apenas manteve o princípio instituído faz mais de um lustro pelo diploma legal atrás referido.

Deve ser notado, ainda, que o autor do Parecer Normativo CST/108/78, no final do item 11 desse ato normativo, diz que *quando* as obrigações tiverem cláusula de correção monetária, esta deve ser apropriada anualmente. É evidente que o parecerista não podia ignorar que as obrigações emitidas pela Eletrobrás,

em razão do empréstimo compulsório, estão sujeitas à correção monetária em virtude de disposição legal. Esse fato leva a crer que a observação final do item 11 do questionado Parecer Normativo tem sentido bem diverso do que aparenta, isto é, essa observação final significa que o titular do direito de crédito *pode* corrigi-lo; *quando* o fizer a contrapartida da variação monetária irá afetar o lucro operacional.

6.3. Ainda que se admitisse, simplesmente como base de argumentação, que a atualização monetária dos direitos de crédito em questão é anualmente obrigatória, não vemos como se poderia chegar à chamada *bitributação econômica* aludida pelo ilustre autor do parecer publicado na revista "CEFIR" antes referida. Isso porque se a correção monetária é feita anualmente, já não haveria possibilidade da Eletrobrás efetuar o desconto do imposto de renda na fonte sobre a correção acumulada, porque um regime exclui o outro. Todas as disposições legais que disciplinam o recolhimento do imposto de renda sobre os rendimentos pagos pela Eletrobrás em decorrência do empréstimo compulsório por ela lançado, são de indiscutível natureza tributária, como o é o art. 18 do Decreto-lei 1.598/77. Admitindo-se que este dispositivo exige a contabilização anual da correção monetária dos direitos de crédito aqui discutidos, com todos os efeitos fiscais dela decorrente, poderíamos admitir que estariam implicitamente revogadas as disposições legais ou regulamentares que determinam à Eletrobrás a retenção do imposto de renda na fonte por ocasião do resgate dos títulos.

Caberia então a aplicação do disposto no § 1.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657, de 4.9.1942) segundo o qual a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, *quando seja com ela incompatível* ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Mais ainda: o possível desconto do imposto de renda na fonte, pela Eletrobrás, sobre o total da correção monetária, por ocasião do resgate, não significa que o contribuinte deva contabilizar essa correção monetária como receita, porque ela já teria sido considerada, em cada exercício ou ano-base, através da atualização dos créditos com fundamento nos índices fornecidos pela própria Eletrobrás; o imposto descontado na fonte teria que ser compensado na época de sua retenção, já que a tributação teria ocorrido nos exercícios financeiros correspondentes aos anos-bases das atualizações.

A não ser assim estaria ocorrendo dupla tributação, sem lei que autorize esse procedimento, máxime em se tratando de empréstimo compulsório, que gera para o contribuinte o direito de receber, no respectivo vencimento, a quantia que pagou, com o mesmo poder aquisitivo da época do pagamento. A tributação sobre a correção monetária, que é mera preservação do poder aquisitivo da moeda emprestada, já constitui um desfalque, porque o contribuinte não recebe a mesma quantia que emprestou, em termos de poder aquisitivo. A dupla tributação seria absurdo que se não pode conceber. Mesmo porque não há disposição legal que a autorize.

A se admitir a coexistência dos dois sistemas (correção anual e desconto do imposto de renda na fonte), então a Eletrobrás só poderia reter o tributo calculado sobre a diferença entre o valor atualizado do último balanço e o montante da correção monetária no momento do resgate do empréstimo compulsório.

7. Por tudo quanto foi exposto é nosso entendimento que os direitos de crédito originados do empréstimo compulsório em favor da Eletrobrás, estejam eles representados por obrigações ou por quaisquer outros títulos capazes de formalizar o crédito instituído em favor do consumidor de energia elétrica, devem ser classificados no ativo realizável a longo prazo. Não existe, na legislação comercial, assim como na legislação fiscal que disciplina o imposto de renda devido pela pessoa jurídica, qualquer disposição que obrigue os titulares desses créditos a promoverem a sua avaliação ou correção além dos limites fixados no art. 183, I, da Lei 6.404/76.

7.1. Nem se pode perder de vista que o fato gerador do imposto de renda, qualquer que seja a sua forma de arrecadação, nos termos do art. 43 do CTN, é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, bem como de proventos de qualquer natureza, que se definem como os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda.

7.1.1. Na opinião de eminentes tributaristas, que se têm dedicado ao estudo do direito tributário brasileiro, a “disponibilidade econômica” corresponde a “rendimento ou provento realizado”, isto é, dinheiro em caixa. Já a “disponibilidade jurídica” corresponde a *rendimento ou provento adquirido*, isto é, ao qual o beneficiário tem título jurídico que lhe permite obter a respectiva realização em dinheiro (por exemplo: o juro ou dividendos creditados). “Disponibilidade econômica” quer dizer “rendimento realizado”, ganho efetivamente percebido, dinheiro em caixa ou de que o contribuinte tem a livre disposição. “Disponibilidade jurídica” representa o direito de exigir, de cobrar, de propor a ação judicial, isto é, implica em ser o contribuinte titular de um direito que o qualifica à exigibilidade, e não à mera expectativa desse direito (Rubens Gomes de Souza in *Pareceres — 1 — Imposto de Renda*, ed. da Resenha Tributária, 1975. Henry Tilbery, *Comentários ao Código Tributário Nacional*, vol. I, pp. 86/87, ed. José Bushatsky, 1975. Modesto Carvalhosa, *Conceituação no Sistema Tributário da Carta Constitucional*, p. 193, *apud* Henry Tilbery, *ob. cit.* Prof. Ruy Barbosa Nogueira, in *Revista Notícias Econômicas do Mapa Fiscal*, n. 612, Semana de 23 a 29.7.1979, pp. 11 a 17. Sem a ocorrência da disponibilidade jurídica ou econômica de renda ou provento, não existe o fato gerador do tributo, diz o estudioso Ricardo Mariz de Oliveira, *Fundamentos do Imposto de Renda*, p. 79, Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

7.1.2. No caso dos direitos de crédito provenientes do empréstimo compulsório devido à Eletrobrás, a correção monetária só se torna devida no momento do resgate do crédito. Embora a Eletrobrás, como empresa devedora, possa ou deva promover anualmente a atualização de sua dívida, isto não quer dizer que os titulares desses direitos de crédito tenham a disponibilidade econômica ou jurídica do valor correspondente à correção monetária, que só estará disponível na ocasião do resgate. O titular do crédito não tem meios legais, ou extralegais, que lhe permitam exigir o valor da correção monetária antes do respectivo resgate, o que vale dizer que inexistente qualquer disponibilidade, seja econômica ou jurídica e, por conseqüência, qualquer fato gerador hábil para obrigar ao pagamento do tributo. Esses direitos de crédito têm sofrido modificações seguidas através do tempo e, no longo período de vinte anos, é bem possível que se sujeitarão a outras alterações, capazes até de modificar o regime

de sua correção monetária. Tais vicissitudes estão a demonstrar que o montante da correção monetária é simples expectativa de ganho, se se pode qualificar de ganho a mera atualização de valor. A Eletrobrás, ao que se sabe, não procede ao crédito individualizado em benefício de cada um dos detentores dos títulos por ela emitidos, sejam obrigações ao portador ou não, o que enfatiza a absoluta ausência da disponibilidade econômica ou jurídica do valor da correção antes do resgate. E nem parece materialmente possível a individualização desse eventual crédito, pelo menos quanto às obrigações ao portador, que podendo ser negociadas e transferidas por simples tradição manual, não enseja oportunidade para identificação de seus titulares. E nem a lei exige essa identificação (Decreto-lei 1.089/70, art. 15, § 2.º, consolidado no art. 331 do atual Regulamento do Imposto de Renda).

7.1.3. Assim sendo, não há que se discutir aqui o regime de competência ou o de caixa ou financeiro, porque num ou noutro é indispensável que ocorra a disponibilidade econômica ou a jurídica da correção monetária, para que seja devido o imposto de renda.

7.2. Não desconhecemos o fato de algumas empresas procederem, anualmente, ao registro da correção monetária dos direitos de crédito em causa, com base no Parecer Normativo CST/108/78, que sem dúvida pode comportar interpretação outra diversa da que sustentamos neste estudo. A perfeição do balanço, contudo, parece ficar comprometida quando se estima um direito de crédito por valor acima do seu custo, se inexistente valor de mercado, como é o caso do empréstimo compulsório constituído em forma de *crédito*, por natureza inegociável. E nem parece ser diferente a situação das obrigações ao portador, que embora negociáveis, não podem ser avaliadas, nos termos da lei das sociedades por ações, por valor superior ao do mercado, o qual, ao que se sabe, não chega a ultrapassar o valor do custo de aquisição.

7.2.1. Necessário reconhecer, no entanto, que as empresas que agirem exclusivamente de acordo com a *letra* do art. 11 do Parecer Normativo citado, sob o ponto de vista fiscal não devem ser molestadas, e nem haveria, pensamos, a dupla tributação a que alude o ilustre Jorge Gusman Ascêncio, pelos motivos que expusemos no item 6.3 deste trabalho. Seria de aplicar-se, na pior das hipóteses, o disposto no parágrafo único do art. 364 do Regulamento do Imposto de Renda, sem falar-se em multa, tendo em vista o que prescreve o art. 100, parágrafo único do CTN.

7.2.2. O que teria levado tais empresas a procederem à contabilização anual da correção monetária seria, talvez, o desejo de evitarem a possível conseqüência de terem que promover a escrituração contábil e fiscal de *toda a correção* no exercício do resgate dos títulos, com o gravame do recolhimento da totalidade do tributo num único exercício.

8. Pelos elementos expostos neste estudo não será difícil compreender que estamos enfrentando uma legislação complexa, redigida sem técnica apropriada, que tem propiciado as mais variadas interpretações sobre a contabilização da correção monetária do crédito decorrente do empréstimo compulsório devido à Eletrobrás. Mesmo os especialistas e estudiosos da matéria divergem sobre a correta exegese dos textos legais aqui referidos.

Seria, por isso, de boa inspiração político-fiscal e de inquestionável utilidade, a iniciativa, por quem de direito (possivelmente as autoridades fazendárias), no

sentido da revisão de toda a legislação relativa ao empréstimo compulsório objeto deste trabalho, na parte referente aos dispositivos fiscais que prevêem a tributação, pelo imposto de renda, dos rendimentos produzidos por esse empréstimo compulsório.

Nesse mister seria importante considerar que, nos termos da nova lei das sociedades por ações (art. 183, I) o custo de aquisição dos direitos de crédito, representados por obrigações ou por outros títulos sem os efeitos daquelas, não pode ser alterado, para registro de correção monetária, senão até o valor de mercado.

Considerando que é indiscutível que o titular desses créditos, antes de seu resgate, nunca terá a disponibilidade jurídica ou econômica da totalidade da correção monetária, o registro desta, para a avaliação anual do direito de crédito, não pode ultrapassar a diferença entre o custo de aquisição e o valor de mercado. Não existindo valor de mercado, a rigor não haveria possibilidade de alteração anual do custo de aquisição.

9. E nem seria impróprio que essa correção monetária, contabilizada ou não, ficasse imune à tributação do imposto de renda, tendo em vista o argumento já antes utilizado de que, em se tratando de um empréstimo, nada mais justo que sua devolução se faça em quantia exatamente igual àquela que foi aplicada em caráter compulsório.

O imposto sobre a correção monetária não permite que a quantia restituída se identifique, em termos de poder aquisitivo, com a que foi aplicada, já que para isso seria necessário preservar a integridade dessa correção monetária, mutilada pelo imposto de renda que se está exigindo do contribuinte consumidor de energia elétrica.

9.1. No caso não seria incorreta a afirmação de que a correção monetária não tem características de rendimento capaz de suportar a tributação do imposto de renda, que deveria incidir apenas sobre os juros. A não ser assim o contribuinte sujeito ao empréstimo compulsório jamais receberá o que emprestou, se considerarmos o desgaste do poder aquisitivo da moeda no longo período de vinte anos. Isso, naturalmente, se não for contida a espiral inflacionária, causa direta da correção monetária, a qual desaparecerá se aquela inexistir.

9.2. Tendo em vista a especial natureza desse empréstimo, submetido pela Constituição Federal (art. 21, § 2.º, II) ao mesmo regime constitucional idealizado para os tributos, poder-se-ia objetar, com base no § 2.º do art. 97 do CTN, que a correção monetária em causa não constitui um acréscimo do valor do empréstimo, sendo vazia de conteúdo econômico no sentido de produzir obrigação de ordem tributária. O contribuinte, pelo tão-só fato da aludida correção monetária, não recebe mais do que entregou compulsoriamente à Eletrobrás. A devolução do empréstimo compulsório, devidamente atualizado, permite apenas ao titular do crédito a recomposição do seu patrimônio, desfalcado por aplicações obrigatórias inteiramente desvinculadas dos objetivos sociais. A objeção de que se estaria criando uma exceção ao princípio da tributabilidade das correções monetárias, poder-se-ia responder que a natureza do crédito justifica a exceção, como aconteceu na hipótese do item 5.2 (cinco-dois) da Portaria MF/80, de 1.º.3.1979, a respeito da atualização do preço de alienação de imóveis, cujo lucro se sujeita ao imposto de renda nos termos do Decreto-lei 1.641, de 7.12.1978.

9.3. Nem é coisa diferente o que diz Bulhões Pedreira às pp. 478 e 479 do seu magnífico *Imposto Sobre a Renda — Pessoas Jurídicas*, vol. I, onde esclarece que a correção monetária é simples quantidade adicional de moeda necessária para exprimir, em poder aquisitivo atual o valor original do capital financeiro aplicado. Ela não é remuneração pela cessão do uso do capital, mas sim o *próprio capital* (grifo nosso). E à p. 197 da mesma obra, quando definindo a disponibilidade jurídica, informa que esta só ocorre depois de verificadas todas as condições necessárias para que se torne efetiva a disponibilidade do ganho.

# SOBRE A OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Ainda muito pouco conhecida no Brasil, a opção de compra de ações reclama detido exame de sua disciplina jurídica, à luz da Lei 6.404. Com efeito, só por meio da definição de seus traços fundamentais, poder-se-á chegar a conclusões concretas a respeito da utilidade do instituto, ainda não integrado à nossa prática societária. Tem ele, no entanto, virtualidades interessantes, como instrumento de incentivo ou prêmio a administradores e empregados, sendo de largo uso na experiência de outros países, inclusive e muito especialmente nos Estados Unidos.

Em verdade, indagações se colocam a partir da própria denominação. De fato, preliminarmente, será preciso esclarecer se a expressão *opção de compra de ações*, no § 3.º do art. 168 da Lei 6.404, designa corretamente o instituto. Segundo o dispositivo legal, o estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite de capital autorizado, e de acordo com plano aprovado pela assembléia geral, outorgue *opção de compra de ações* a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle.

Teria a opção por objeto, efetivamente, negócio jurídico de *compra e venda*, em sentido estrito, ou negócio jurídico diverso, a saber direito à *subscrição* preferente de ações? A questão não é acadêmica, nem tampouco encerra mera sutileza terminológica. Levando em conta que a Lei de S/A emprega o termo *preço de emissão* para referir o valor a ser pago pelos subscritores do capital, quer em sua formação inicial (art. 80, II), quer em seu aumento (art. 170, § 1.º), seria lícito presumir que, na sistemática do diploma legal, a locução *compra de ações* pode indicar, indiferentemente, a transferência de propriedade de ações (compra e venda em sentido estrito) ou a aquisição da titularidade de ações via subscrição de capital. Nesse último caso, é imprópria a linguagem da Lei de S/A por se referir a *preço de emissão*, já que a idéia de *preço* se acha tradicionalmente ligada ao instituto da compra e venda *strictu sensu*, parecendo preferível *valor de emissão*, expressão que melhor parece refletir a natureza da prestação do subscritor.

Na hipótese presente, a terminologia *opção de compra de ações* revela-se problemática, não tanto por preciosismo de forma, mas por verdadeiro dilema conceitual. À vista das palavras da Lei, hesita o intérprete: refere-se a opção à *compra* de ações emitidas pela companhia, que tenham circulado e posteriormente hajam sido recolhidas à tesouraria, ou à *subscrição* de ações novas, emitidas no limite do capital autorizado?

Cumpra distinguir entre uma e outra hipótese. As ações recolhidas à tesouraria são suscetíveis de verdadeira alienação, como deixa claro a própria Lei (art. 30, § 1.º, c), entendendo-se por *alienação*, no caso, a transferência de domínio, em típica relação jurídica de compra e venda, literalmente considerada. Assim, quem adquire da companhia ações anteriormente recolhidas à tesouraria, paga autêntico *preço*, em sentido estrito. De outro lado, na emissão de ações novas, decorrentes de aumento de capital, a posição do tomador é a de *subscritor*; embora preste ele *preço de emissão* (na acepção da Lei de S/A), rigorosamente *não compra ações*: torna-se titular delas por meio da subscrição. Assi-

nale-se que o aumento de capital, dentro dos limites autorizados pelo estatuto, pode, como qualquer outro, se verificar pela *emissão* de ações, as quais comportam *subscrição*, da mesma e exata maneira como ocorreria em relação a sociedade cujo estatuto não contivesse autorização para aumento do capital social independente de reforma estatutária.

Para demonstrar que a diferenciação acima feita não representa apenas exercício teórico, basta atentar a que a *compra de ações* não gera qualquer benefício fiscal ao comprador, enquanto a *subscrição de ações* de companhia aberta enseja ao subscritor pessoa física redução do Imposto de Renda devido, em cada exercício, correspondente a 30% do valor assim aplicado no ano-base (Decreto-lei 1.338/74, art. 2.º, *j*, modificado pelo Decreto-lei 1.641/78, art. 8.º). Não houvesse outros motivos, essa consideração prática já seria o suficiente para evidenciar quão importante se torna definir exatamente o instituto previsto no § 3.º do art. 168 da Lei 6.404. Tenha-se em mente, nesse particular, que a norma tributária acima referida, por contemplar hipótese de redução do Imposto de Renda, requer interpretação *literal*, nos termos do art. 111 do CTN, razão pela qual, aludindo ela à *subscrição de ações*, afastada fica a possibilidade do benefício, no caso de *compra de ações*.

Impõe-se, dessa forma, precisar o alcance do questionado § 3.º do art. 168 da Lei de S/A, no sentido de determinar se a opção nele capitulada visa assegurar preferência à compra de ações recolhidas à tesouraria ou preferência à subscrição de ações novas, emitidas em decorrência de aumento de capital.

Em defesa desse segundo entendimento, pode-se argumentar que a própria Lei, no art. 171, § 3.º vem excluir o direito de preferência dos acionistas na outorga e no exercício de opção de compra de ações. Em outras palavras, aos respectivos beneficiários se assegura direito que, de outra forma, pertenceria aos próprios acionistas — exatamente o direito à subscrição preferente, formulado no *caput* do art. 171: na proporção do número de ações que possuírem, os acionistas terão preferência para a subscrição do capital. Desconsiderando demais hipóteses legais de exclusão de tal direito, por não interessarem diretamente à presente análise, dir-se-á que o afastamento do direito de preferência dos acionistas, na outorga e no exercício de opção de compra de ações, está contemplado, precisamente, em um parágrafo do art. 171.

Ora, sendo regra de hermenêutica subordinar os parágrafos ao *caput* dos preceitos legais, e como o *caput* desse mesmo art. 171 consagra especificamente o direito dos acionistas à *subscrição* preferente de ações, em caso de aumento de capital, concluir-se-ia, na mesma linha de raciocínio, que a exclusão desse direito, pelo § 3.º, na outorga e no exercício de opção de compra de ações, viria confirmar que a opção assegura *direito à subscrição preferente de ações* a não acionistas (administradores ou empregados da companhia, ou pessoas naturais que lhe prestem serviços ou a sociedade sob seu controle). Por via de consequência, a opção teria como objeto não a aquisição, pelos beneficiários, de ações recolhidas à tesouraria após terem circulado, mas, ao contrário, a subscrição, por tais beneficiários, de ações novas, emitidas em aumento de capital, dentro dos limites estatutariamente estabelecidos.

Conquanto fundamentada em sólidas razões, semelhante conclusão há de ser recebida com reservas. Não há dúvida — e é isto que a argumentação precedente demonstra — de que a Lei *admite* a outorga a não-acionistas, de direito

à subscrição preferente de ações novas em aumento de capital, nas condições do § 3.º do art. 168. Tanto é assim, que, para viabilizar o mecanismo, a Lei em caráter verdadeiramente excepcional, tanto na outorga quanto no exercício da opção, exclui o direito à subscrição preferente, em princípio assegurado aos acionistas, transferindo-o aos beneficiários da opção. Daí, porém, a entender-se que fica *eliminada* a hipótese de a companhia outorgar a não acionistas opção de compra de ações recolhidas à tesouraria, vai, a meu ver, substancial diferença.

Segundo me parece, o teor do § 3.º do art. 168 da Lei de S/A ampara plenamente essa última hipótese, sem prejuízo, como é evidente, de também admitir a outorga de opção para subscrição de ações, como acima examinada. A redação do dispositivo legal enseja que se considere como alternativas e não como excludentes recíprocas a opção para compra de ações recolhidas à tesouraria e a opção para subscrição de ações. Ainda pressupondo que a possível intenção do legislador tenha sido a de apenas contemplar a opção para subscrição, nenhuma razão existe para que, à vista do § 3.º do art. 168, se exclua a possibilidade jurídica da opção para compra (em sentido estrito), objetivando, nesse último caso, ações recolhidas à tesouraria, até porque a expressão utilizada no preceito em exame — *opção para compra de ações* — também acomoda essa segunda alternativa.

Aliás, ao tratar das ações recolhidas à tesouraria, não exige a Lei, em nenhum passo, que a respectiva alienação (art. 30, § 1.º, c) se faça preferencialmente aos acionistas. Nem, tampouco, o requer a Instrução CVM/10/80, com relação às companhias abertas. Assim, se é verdade que, a tal alienação, não é necessário que concorram preferencialmente os acionistas, parece igualmente certo sustentar, pelo mesmo motivo, que a outorga de preferência a não-acionistas, relativamente às ações recolhidas à tesouraria, se faça em bolsa, salvo se a companhia só tiver registro para negociar em mercado de balcão, vedadas, em qualquer caso, as denominadas *operações privadas*. Ora, de acordo com a regulamentação em vigor, nada impede que a opção se exerça em bolsa ou em mercado de balcão, através de operação direta, em que figure numa das pontas da transação, como vendedora, a própria companhia emissora e, na outra ponta, como comprador, o beneficiário da opção, com a intervenção dos competentes intermediários de mercado.

Digno de nota, a respeito, o preceito do art. 15 da retrocitada Instrução CVM/10/80, como que sugerindo condições peculiares para negócios da espécie. Dispõe o art. 15 no sentido de que a alienação de ações em tesouraria (por companhia aberta), em condições capazes de afetar substancialmente a formação do preço em mercado, está sujeita a procedimento especial de negociação aprovado pela CVM. Muito embora provavelmente não visando essa espécie de transação em particular, a norma regulamentar em questão permite que se resguarde a cotação das ações no mercado, mesmo quando, mercê do exercício da opção, verifiquem-se aquisições de ações em tesouraria a preços diferenciados.

Em qualquer das duas modalidades analisadas de opção para compra de ações (opção para compra *strictu sensu* de ações em tesouraria ou opção para subscrição de ações novas), está presente a promessa unilateral de contratar, por parte da companhia. O exercício da opção, quer por compra, quer por subscrição de ações, representa a execução da promessa, materializando-se através da celebração do contrato respectivo. Tanto tem caráter contratual a

compra de ações, em sentido estrito, quanto a subscrição. Mas à opção, enquanto tal, falta esse caráter. Objetivando incentivar ou premiar os beneficiários qualificados, de acordo com plano aprovado pela assembléia geral, a opção, como está no § 3.º do art. 168, é *outorgada* pela companhia. Pela opção em si, não há, pois, correspectiva obrigação dos beneficiários, como contrapartida do benefício concedido. Basta que a ele se qualifiquem, preenchendo os requisitos determinados pela competente resolução da assembléia geral sendo certo que, deixando de fazê-lo, perderão o direito ao exercício. Face à Lei brasileira, que se refere à *outorga da opção*, não se prevê a *onerosidade* da mesma opção, tal qual acontece na prática societária norte-americana, em que o beneficiário do *stock purchase warrant* pode ser demandado a pagar *consideration* pelos direitos que lhe são conferidos pela *Corporation (Model Business Corporation Act, § 20)*.

A natureza do instituto é, assim, de promessa unilateral de contratar, o que, impropriamente embora, se denomina, na teoria dos contratos, de *opção*. A proposta da companhia há de ser completa e inalterável, de tal sorte que permita aos outorgados plena liberdade, mediante sua exclusiva manifestação de vontade, de transformar em vínculo contratual concreto — de compra e venda ou subscrição — a promessa preliminar e unilateral. Imprópria, por isso mesmo, e por contrariar o pressuposto da *outorga*, explícito no § 3.º do art. 168, a redação da alínea *b* do § 1.º do art. 157, que se refere às opções de compra de ações que o administrador tiver *contratado* no exercício anterior.

É do exercício da opção pelo beneficiário que nasce, para este último, a obrigação de pagar o *preço*. Trata-se, naturalmente, não de preço de opção, senão do *preço de compra* das ações (no caso de negócio jurídico de compra e venda de ações em tesouraria) ou do *preço de emissão* dessas mesmas ações (no caso de negócio jurídico de subscrição de ações novas em aumento de capital).

## ÍNDICE REMISSIVO

- Arnoldo Wald** — Artigo sobre: Do Regime Legal da Venda das Ações de Sociedades de Economia Mista Pertencentes à União Federal ..... 23
- Alberto Xavier** — Artigo sobre: Problemas Jurídicos das Filiais de Sociedades Estrangeiras, no Brasil e de Sociedades Brasileiras no Exterior .. 76
- Benedito Garcia Hilário** — Artigo sobre: Reservas, Reserva de Lucro e Provisões ..... 96
- Carlos Alberto Senatore** — Comentários sobre: Sociedade Comercial — Natureza — Cotas — Cessão — Falta de Registro na Junta Comercial — Transformação em irregular — Solidariedade dos sócios cedentes — Ação de indenização ..... 183
- Comentários sobre o Projeto de Lei n. 1.734, de 1979, do Dep. Federal Jorge Arbage** ..... 203
- Egberto Lacerda Teixeira** — Artigo sobre: As Sociedades Limitadas Face ao Regime do Anonimato no Brasil 40
- Empréstimo compulsório — Correção monetária, sua contabilização e efeitos fiscais** — Artigo de Luiz Mélega 213
- Ernesto Leme** — Artigo sobre: Os mestres de Direito Comercial na Faculdade de Direito de São Paulo .... 9
- Formação de Contrato Preliminar suscetível de Adjudicação Compulsória (STF)** ..... 136
- José Alexandre Tavares Guerreiro** — Artigo sobre: O Usufruto de Ações ao Portador e a Posição da Companhia Emissora ..... 84
- Idem sobre: Sobre a Opção de Compra de Ações ..... 226
- Comentários sobre: Sociedades por quotas de responsabilidade limitada — Sociedade Civil — Prestação Suplementar — “Deficit” da empresa 192
- Luiz Mélega** — Artigo sobre: Empréstimo Compulsório — Correção monetária, sua contabilização e efeitos fiscais ..... 213
- Marca comercial** — Marcas semelhantes — Depósitos no Departamento Nacional da Propriedade Industrial — Registros pendentes — Carência de ação — Recurso provido (TJSP) .. 190
- Mauro Rodrigues Penteado** — Comentários sobre: Formação de Contrato Preliminar Suscetível de Adjudicação Compulsória ..... 136
- Menor** — Venda de ação — Artigo de Plínio Paulo Bing ..... 91
- Mestres de Direito Comercial na Faculdade de Direito de São Paulo (Os)** — Artigo de Ernesto Leme ..... 9
- Nelson Abrão** — Artigo sobre: Oferta de Caução, em Lugar de Depósito em Dinheiro, na Concordata Preventiva ..... 37
- Newton de Lucca** — Comentários sobre o Projeto de Lei 1.734/79, do Dep. Federal Jorge Arbage ..... 203
- Newton Silveira** — Comentários sobre: Marca Comercial — Marcas semelhantes — Depósitos no Departamento Nacional da Propriedade Industrial — Registros pendentes .... 190
- Oferta de caução, em lugar de depósito em dinheiro, na concordata preventiva** — Artigo de Nelson Abrão ... 37
- Opção de compra de ações (sobre a)** — Artigo de José Alexandre Tavares Guerreiro ..... 226

<b>Plínio Paulo Bing</b> — Artigo sobre: Menor — Venda de Ação .....	91	<b>Sociedades por quotas de responsabilidade limitada</b> — Sociedade Civil — Prestação suplementar — "Deficit" da empresa — Responsabilidade subsidiária do sócio pelas obrigações sociais — Adoção, em face do art. 1.396 do CC, de forma estabelecida nas leis comerciais, ressalvada a obediência a textos da lei civil, entre os quais se inclui o art. 19, IV — Recurso extraordinário não conhecido (STF) .....	192
<b>Problemas jurídicos das filiais de sociedades estrangeiras, no Brasil e de sociedades brasileiras no exterior</b> — Artigo de Alberto Xavier .....	76	<b>Teoria "ultra vires societatis" perante a Lei das Sociedades por Ações (A)</b> — Artigo de Waldírio Bulgarelli .....	111
<b>Regime legal da venda das ações de sociedades de economia mista pertencentes à União Federal (Do)</b> — Artigo de Arnaldo Wald .....	23	<b>Usufruto de ações ao portador e a posição da companhia emissora (O)</b> — Artigo de: José Alexandre Tavares Guerreiro .....	84
<b>Reservas, reserva de lucro e provisões</b> — Artigo de Benedito Garcia Hilário .	96	<b>Vera Helena de Mel'o Franco</b> — Comentários sobre: Seguro — Correção Monetária .....	127
<b>Seguro</b> — Correção Monetária — Cabimento, a despeito de não regulamentada a Lei 5.488/68 — Termo inicial (TJMG) .....	127	<b>Waldírio Bulgarelli</b> — Artigo sobre: A teoria "Ultra Vires Societatis" — perante a Lei das Sociedades por Ações .....	111
<b>Sociedade comercial</b> — Responsabilidade limitada — Natureza — Cotas — Cessão — Falta de registro na Junta Comercial — Transformação em irregular — Solidariedade dos sócios cedentes — Ação de indenização procedente — Apelação provida — Voto vencido .....	183		
<b>Sociedades limitadas face ao regime do anonimato no Brasil (As)</b> — Artigo de Egberto Lacerda Teixeira .....	40		

