## Doutrina

## O SISTEMA NORMATIVO DA COMPANHIA

#### Luiz Machado Fracarolli

1. Sistema normativo. 2. Contrato de sociedade e contratos parassociais. 3. O contrato parassocial na LSA. 4. Compatibilidade das cláusulas do contrato com o regime da lei. 5. Normas legais e contratuais. 6. Normas criadas pelos órgãos sociais. 7. Contrato de sociedade. Modelo legal. 8. Normas legais e liberdade de contratar. 9. Estatuto social.

#### 1. Sistema normativo

- 1.1 O sistema legal regente da sociedade anônima percorreu, em especial ao longo dos dois últimos séculos, caminho particular, começando como conjunto de normas de caráter predominantemente público - vejam-se os arts. 295 a 299, do Código Comercial de 1850, que a concebiam como entidade privada destinada a desenvolver atividade econômica sob permanente fiscalização da autoridade pública, a comecar pela necessidade de autorização do Poder Executivo para constituir-se (art. 295)<sup>1</sup> -, até a Lei n. 6.404, de 15.12.1976 (LSA), com sua redação atual, que não tem dúvida em desenhá-la, em sua forma básica, como mecanismo jurídico voltado à exploração econômica por particulares.
- 1.2 Desnecessário advertir que, não obstante essa seja a concepção que reveste
- 1. "Art. 295. As companhias ou sociedades anônimas, designadas pelo objeto ou empresa a que se destinam, sem firma social e administradas por mandatários revogáveis, sócios ou não sócios, só podem estabelecer-se por tempo determinado, e com autorização do Governo, dependente da aprovação do Corpo Legislativo quando hajam de gozar de algum privilégio: e devem provar-se por escritura pública, ou pelos seus estatutos, e pelo ato do Poder que as houver autorizado."

a anônima, tem ela sido utilizada para a dar forma, também, a empresas públicas, ou estatais, à conveniência da Administração. A rigor, em nossos dias, a companhia sujeita-se a regras de autorização prévia somente nos casos em que seu objeto seja uma daquelas atividades que a lei define como sensíveis para a economia, a exemplo da financeira e da securitária, ou vinculada à defesa do próprio Estado nacional e suas riquezas, como a pesquisa e lavra de minerais, entre outras.2 Fica claro, no entanto, nestas hipóteses, que a autorização administrativa prévia não se deve ao modelo da sociedade por ações escolhido pelo empresário, mas pela atividade a ser desenvolvida. Isto é, se fosse outra a forma de organização societária, ainda assim o Poder Pú-

2. Luiz Antonio Soares Hentz em Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (São Paulo, LEUD, 1997), diz, na p. 171: "São dependentes de autorização para funcionar as empresas relacionadas no anexo à IN DNRC n. 32, de 19 de abril de 1991, com os respectivos fundamentos legais e órgãos de aprovação e a natureza do ato constitutivo. O extenso rol pode ser sintetizado, tendo por base a atividade a desempenhar: a) instituições financeiras e assemelhadas, públicas e privadas; b) sociedades de investimento; c) empresas de mineração; d) empresas estrangeiras; e e) empresas estatais, cuja autorização se dá por lei federal específica".

blico deveria emitir sua autorização, previamente à instalação da empresa dedicada a um dos tipos de exploração econômica que a lei reputa necessitar de maior rigor fiscalizatório, desde sua fundação.

1.3 A companhia surgiu no início do século XVII como privilégio concedido pelo Estado mediante lei especial e até o fim do século XVIII era instituto do direito público. A primeira lei a discipliná-lo como negócio jurídico de direito privado foi o Código de Comércio francês de 1807, que regulou a sociedade anônima como um dos tipos de sociedade comercial, ao lado das em nome coletivo e em comandita, admitiu a liberdade de constituição das comanditas em ações, mas subordinou a constituição da sociedade anônima à autorização administrativa.

1.4 O Código de Comércio francês regulou, em sete artigos, a divisão do capital em ações, a emissão de ações ao portador, a transferência de ações nominativas, a responsabilidade limitada dos acionistas, a nomeação e responsabilidade dos administradores e a forma e publicidade dos atos constitutivos, que não permitiam dúvida sobre a natureza contratual do estatuto social da sociedade anônima, como atestou J. M. Pardessus,3 ao afirmar que "os estatutos aprovados pelo Governo passam a ser o contrato entre as partes e as obrigam, mas o caráter da autorização não modifica sua natureza de contrato, e eles não podem impor obrigações particulares a terceiros que nele não intervieram".

1.5 Após o Código de Comércio, a disciplina legal das companhias desenvolveu-se na França com base na experiência dos órgãos administrativos que autorizavam a constituição das sociedades anônimas e em resposta aos riscos e abusos observados na prática das sociedades em comandita por ações, ocorridos principalmente no período referido como o da "febre das coman-

ditas" (entre 1820 e 1840). Uma Lei de 1856 aplicou a esse tipo de sociedade normas que foram reproduzidas e complementadas na Lei de 1867 a qual, ao instituir a liberdade da constituição da companhia, dispôs sobre sua estrutura básica e influenciou a legislação dos demais países da Europa e da América Latina.

1.6 O regime legal da companhia desenvolveu-se, nos séculos XIX e XX, mediante acréscimo de normas que, além de disciplinarem as relações entre os sócios, regulavam a estrutura e funcionamento da organização nascida do contrato, a circulação dos títulos por ela emitidos e visavam a proteger terceiros que com ela mantinham relações, especialmente credores e investidores do mercado. Esse regime compreende grande número de normas imperativas sobre diversos aspectos da constituição e do funcionamento das companhias, incompatíveis com o conceito doutrinário de contrato que então prevalecia, o que explica a opinião de autores que, a partir do fim do século passado, negaram a natureza contratual da companhia.

1.7 O conceito de contrato foi formado a partir dos negócios bilaterais de prestação, que organizam sistemas sociais de troca, em regra com poucas pessoas e de curta duração. Daí a análise do contrato concentrar-se tradicionalmente no seu aspecto de fato jurígeno (como causa do nascimento das relações jurídicas que organizam um sistema social concreto), com menor atenção ao efeito desse fato, que é a existência (nos planos social e cultural) de um sistema social organizado por sistema jurídico. Esse enfoque explica definição do contrato como acordo de vontade de partes que têm interesses opostos<sup>4</sup> – acordo que consiste no ajustamento de manifestações de vontade que passam a ter o mesmo objeto, formando-se por "fusão de vontades", um consentimento, ou concordância.

<sup>3.</sup> Cours de Droit Commercial, v. III, 6ª ed., Paris, Henri Plon, Libraire-Éditeur, 1857, p. 164.

<sup>4.</sup> F. Messineo, Manuale di Diritto Civile e Commerciale, v. III, 9<sup>4</sup> ed., Milão, Giuffrè, 1959, pp. 569-571.

DOUTRINA

- 1.8 Esse conceito abrange as sociedades de pessoas com pequeno número de sócios, nas quais o processo de formação de consenso é semelhante ao dos contratos bilaterais, mas não se ajusta à constituição das sociedades por ações mediante assinatura de boletim de subscrição e deliberação dos subscritores em assembléia geral, quando as declarações de vontade se sucedem no tempo e cada subscritor pode desconhecer a maioria dos demais.
- 1.9 Desde logo, no entanto, importa observar que o simples sistema normativo das anônimas, de per si, obrigatoriamente já incorpora em sua estrutura normas que ultrapassam o simples acordo de vontades entre os particulares normas alteráveis pelos sócios mediante manifestação concorde em tal ou qual sentido —, e que se podem considerar de ordem pública, não derrogáveis pelos estatutos ou através de acordos parassociais, posto que de natureza cogente e obrigatória.
- 1.10 Este aparente paradoxo constitui desafio complexo para o estudioso e para o doutrinador. Afinal, trata-se de um modelo de sociedade destinado a possibilitar aos particulares ampla flexibilidade negocial venda de ativos, por exemplo, total ou parcial, mediante alienação de ações, sem obrigatoriedade de formas contratuais complexas, muitas vezes notariais –, e o empresário que o adota se vê obrigado a cumprir regras de ordem pública em sua própria estruturação interna. Matéria de não pouca monta constitui a perquirição do caráter de tais ou quais disposições constantes da lei, de presença obrigatória nos esta-

tutos, a fim de esclarecer a natureza jurídica dessas disposições, e do próprio contrato de constituição da sociedade anônima em que elas se inserem.

1.11 Desnecessário enfatizar que esta situação ocorre há tempo, não só no Brasil, mas em todos, ou quase todos, os países que consagram forma da companhia semelhante à de nossa legislação do anonimato. Merece citação, por obviamente pertinente, o estudo sobre esta matéria efetuado pela Prof. Sophie Schiller,<sup>5</sup> a qual, depois de longa referência à publicização das formas societárias privadas, tanto no direito civil como no direito comercial, afirma: "Les méthodes suivies par les deux matières sont en particulier très différentes, les règles étant définies beaucoup plus rigoureusement en droit civil qu'en droit commercial. Cette faible précision des règles de droit commercial empêchait de les qualifier d'impératives. Cependant les règles impératives se sont vite multipliées en matière commerciale. Depuis le début du siècle, la doctrine suggère un rapprochement du droit civil e du droit commercial, car les particularités sociologiques que les justifiaient se seraient estompées. L'étude comparée de l'importance de la présence des règles d'ordre public dans ces deux matières permettra d'effectuer une mesure de la realité de ce rapprochement".

E, a seguir, a autora francesa apresenta uma tabulação do percentual de normas de ordem pública que encontrou nas normas de direito societário inseridas no Código Civil francês:

Étude des textes de droit des sociétés insérés dans le Code civil:

2. En arain de sheadade	Règles d'ordre public	Règles supplétives	Règles non qualifiées
Relations entre associés	21%	50%	29%
Relations avec les tiers	17%	5%	78%
Question intéressant à la fois les tiers et les associés	21%	5%	74%

5. Les Limites de la Liberté Contractuelle en Droit des Sociétés. Les Connexions Radicales, Paris, ed. LGDJ, 2002, pp. 28-32. F. Messineo, Ma-

nuale di Diritto Civile e Commerciale, v. III, 9ª ed., Milão, Giuffrè, 1959, pp. 569-571.

Étude des textes	de droit	des sociétés	insérées da	ns le Code civil:

den shubboos alradandakero ob or - o	Règles d'ordre public	Règles supplétives	Règles non qualifiées
Relations entre associés	32%	37%	31%
Relations avec les tiers	19%	3%	78%
Question intéressant à la fois les tiers et les associés	33%	0%	67%

Em seguida, a autora apresenta outras duas tabelas, tendo em vista as diferenças entre as regras do direito ordinário e as regras decorrentes de legislação extravagante, observando que o número das disposições de ordem pública parece aumentar à medida que esta legislação se torna mais específica para cada caso que tem em vista

regular. E, por último, apresenta duas novas tabelas, baseadas na distinção das diferentes etapas da vida da sociedade, em especial sua criação, sua gestão e sua liquidação, variando o percentual de normas de ordem pública, conforme se tenha em vista uma ou outra etapa:

Étude des textes de droit des sociétés insérées dans le Code civil:

n sel sel tralos que su resenha drasser est secondans los estados de	Règles d'ordre public	Règles supplétives	Règles non qualifiées
Création de la société	27%	0%	73%
Gestion de la société – Droit commun	39%	16%	44%
Gestion de la société – Sociétés civiles	12%	40%	48%
Gestion de la société – SEP	25%	25%	50%
Dissolution de la société	7%	13%	80%

1.12 Não obstante o estudo acima tenha sido feito sobre os textos legais franceses referidos, pouca dúvida pode restar de que, em nosso direito, situação semelhante está a ocorrer, dado que o fenômeno da publicização do direito privado tem abrangência universal, consequência do cada vez mais intenso inter-relacionamento entre os ramos do direito, que torna difícil, frequentemente impossível, marcar as fronteiras entre o público e o privado. Quer se tenha em vista a velocidade com que as formas comerciais se difundem e se alteram, em nível global, quer se tenha em vista a sempre invocada necessidade de melhor proteger terceiros, no que tange às garantias do pactuado, o fato é que a invasão, cada vez mais fácil de constatar-se, de normas de ordem pública nos negócios particulares, é a conclusão inescapável de quem quer que se aplique à matéria. Invasão essa que, na legislação do anonimato, é ainda mais visível, em face da relevância das companhias na economia moderna, tanto no Brasil como na maioria dos outros países.

## 2. Contrato de sociedade e contratos parassociais

#### 2.1 Contrato de sociedade

2.1.1 Parece não restar dúvida, em nossos dias, de que os atos constitutivos da companhia se enquadram na categoria dos contratos, muito embora as formalidades exigidas até a constituição definitiva da

DOUTRINA

sociedade revistam, por vezes, aspectos que parecem mais apropriados para a criação de organismos institucionais. Da simples leitura do texto da LSA sobre a formação da companhia (Capítulo VII), vê-se que as providências que darão origem a uma nova sociedade anônima – particularmente quando se opta pela constituição por subscrição pública – são sujeitas a formalidades muito mais complexas do que as destinadas a simples acordos de vontade entre particulares, com vistas a desenvolver alguma atividade lucrativa.

- 2.1.2 A conceituação do contrato, em nossos dias, encontra-se bastante estabilizada, dentro da concepção de acordo de vontades para constituir uma relação jurídica patrimonial ou, na forma do art. 1.321 do Código Civil italiano de 1942: "o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial". Darcy Bessone, por exemplo, considera conter esta definição o verdadeiro conceito do contrato, em razão do que, com pequenas alterações, a adota em sua famosa obra sobre a matéria.
- 2.1.3 Em se tratando de companhias, no entanto, a discussão vai muito além da caracterização dos atos constitutivos como contratos, estando assente a noção segundo a qual as sociedades, em especial as anônimas, poderiam constituir verdadeira instituição, e não uma simples relação contratual, dado que desta resulta, habitualmente, uma organização complexa, com uma miríade de relações que interessam a muito mais pessoas do que os sócios.
- 2.1.4 Como é consabido, este debate é antigo – Jean Escarra afirma que a chamada corrente institucionalista nasceu na segunda metade do século XIX, primeira-

mente entre publicistas e comercialistas alemães —, tendo tido grande divulgação na França, especialmente a partir dos estudos de Hauriou. Entretanto, no entender de alguns doutrinadores mais recentes, o debate perdeu *momentum* em nossos dias, por não conseguir a forma institucional, segundo eles, abrigar todas as características funcionais das companhias.

29

- 2.1.5 As primeiras objeções à natureza contratual da companhia basearam-se, por isso, na análise de seus atos constitutivos: no fim do século XIX alguns autores alemães (como Lehmann e Kuntze) classificaram a constituição da companhia como ato "complexo" ou "coletivo" - conceito (formado no Direito Público) que representa um conjunto de declarações de vontade originárias de sujeitos que têm o mesmo interesse; são "paralelas", e não se encontram, nem se combinam, como no contrato. E Gierke sustentou que a constituição de sociedade é ato unilateral coletivo de natureza especial - de "fundação" -, em razão do efeito de dar origem a novo sujeito de direito.8
- 2.1.6 As objeções à classificação da companhia como contrato em razão do processo de manifestação de vontade dos subscritores foram, todavia, diminuindo, à medida que no presente século se difundiram as modalidades dos contratos de massa (que se repetem em grande quantidade, ou compreendem grande número de partes), nos quais é impraticável o processo de formação de consenso mediante ofertas e contra-ofertas e "fusão de vontades": a viabilidade desses contratos requer conteúdo prefixado unilateralmente por uma das partes (em oferta permanente, condições gerais, ou contratos-tipo), que é objeto de simples aceitação, ou adesão, da outra ou outras partes. A propagação dos negócios de massa levou à definição de uma categoria de contrato - designada "de (ou por) adesão",

<sup>6.</sup> No original: "Articolo 1.321: Nozione – Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale".

<sup>7.</sup> Do Contrato - Teoria Geral, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 17.

<sup>8.</sup> Cf. T. Ascarelli, Problema das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969, p. 261.

em que o acordo de vontade das partes contratantes tem significado diverso do que apresenta no contrato bilateral e semelhante ao observado na constituição da companhia mediante subscrição pública.

- 2.1.7 Outras objeções à natureza contratual da companhia baseavam-se na extensão do regime legal imperativo da lei, que contrastava com a disciplina dos demais negócios jurídicos nominados: a liberdade de constituição da companhia, ao ser adotada no século XIX, foi acompanhada de leis que restringiam a autonomia da vontade na constituição e no funcionamento da nova forma de sociedade. Esse regime legal ampliou-se com importantes derrogações a princípios do direito contratual, inclusive a modificação do contrato por deliberação da maioria (e não da unanimidade) dos acionistas, e com restrições à liberdade de contratar bem maiores do que nos negócios de prestação e nos demais tipos de sociedade, consideradas incompatíveis com o conceito de contrato como expressão da autonomia da vontade.
- 2.1.8 A evolução do direito positivo nesse século foi, todavia, no sentido de crescente intervenção do Estado em muitos tipos de contratos, inclusive em negócios de prestação. Multiplicaram-se os exemplos de contratos cujo conteúdo é em grande parte definido pela lei, em grau semelhante ao observado na companhia. Aquilo que no século passado e no princípio deste século era um regime excepcional, aparentemente inconciliável com a noção de contrato, passou a ser a regra em muitos tipos de contrato, cuja função social justifica elevado grau de regulação legal sem alterar, todavia, a natureza contratual do negócio jurídico.
- 2.1.9 As objeções à natureza contratual da companhia diminuíram, contudo quando, a partir da década de 1930, a doutrina construiu, com base na análise do fenômeno associativo, o conceito de "contrato plurilateral", como espécie distinta, com algumas características diferentes das dos contratos bilaterais, ao qual não se aplicam

todas as normas legais sobre contratos de prestação, e que é sujeito a normas especiais, adaptadas às suas peculiaridades. O Código Civil italiano de 1942 contém normas sobre os "plurilaterais" e de "fim comum" (em que as partes cooperam para o mesmo fim), e a doutrina moderna usa ainda os conceitos de "contratos associativos" (abrangendo os diversos tipos de associação) ou de "organização" (assim designados porque dão origem a uma organização social).

2.1.10 A companhia é hoje classificada como contrato do tipo associativo, ou plurilateral. É constituída pela manifestação de vontade dos subscritores das ações, e os fundadores têm a função de mediadores; as estipulações do contrato de companhia constam inicialmente dos atos constitutivos (estatutos, boletins de subscrição e ata de constituição); devido à circulabilidade que caracteriza as ações, as pessoas dos sócios podem ser substituídas sem modificação estatutária; e como todo negócio associativo, é contrato aberto, no sentido de que permite, mesmo após conclusão pelos contratantes originais, a agregação de novas partes sem dissolução das relações jurídicas preexistentes, nem necessidade de novo contrato entre antigos e novos associados. A agregação de novos sócios dá-se mediante aquisição de ações em circulação ou criadas em aumento do capital social, e o adquirente da ação assume posição jurídica de parte contratual do negócio original. A estrutura da organização nascida do contrato compreende órgãos de deliberação e administração com competência para alterar o estatuto social, inclusive pela criação de novas ações. É negócio de formação progressiva, em que a fase de formação pode continuar mesmo depois de iniciada a de execução. E como o conceito de contrato associativo é formado a partir da observação dos negócios dessa natureza, não apresenta as dificuldades de classificação de companhia no conceito tradicional de contrato formado com base nos negócios de prestação.

2.1.11 As objeções à natureza contratual da companhia são acompanhadas, em regra, de proposta de sua classificação como "instituição", palavra que tem significado diverso na análise das estruturas sociais e na doutrina jurídica. Como conceito sociológico é empregada para significar tipo de estrutura social que: (a) se repete freqüentemente na sociedade, ou (b) apresenta características de estabilidade, duração e auto-sustentação.

Nesse segundo sentido, instituição é a estrutura social orientada para determinado fim com grau de organização interna que lhe assegura, independentemente da identidade dos indivíduos que são atores nos seus papéis, estabilidade, duração por prazo indeterminado e continuidade de objetivos e procedimentos. Dizemos que determinada organização social é uma instituicão quando se acha de tal modo estabelecida no meio social que o processo de ação coletiva parece apresentar inércia própria, ou velocidade de auto-sustentação, cuja continuidade independe da vontade dos atores que, em cada momento, desempenham seus papéis: a estrutura é mais importante que os atores, que ficam em segundo plano, como seus acessórios. A existência da instituição pressupõe uma idéia diretriz (que define o objeto da ação coletiva), estrutura hierarquizada (compreendendo órgãos especializados, com divisão de poderes e funções) e alto grau de organização normativa (que assegura sua identidade e permanência não obstante a substituição dos atores). Essas características são mais encontradas nas organizações formais de grande dimensão, e por isso os conceitos de instituição e burocracia representam fenômenos semelhantes.

2.1.12 A característica básica da organização institucionalizada é a sua continuidade independentemente dos indivíduos que, a cada momento, exercem suas funções, e por isso sua antítese é a estrutura personalizada, no sentido de que existe na dependência da vontade dos indivíduos que desempenham seus papéis, como ocorre na

microempresa com empresário individual ou nas pequenas sociedades de pessoas.

- 2.1.13 O processo de concentração industrial iniciado no fim do século XIX deu origem à formação de grandes companhias e respectivas empresas, com dimensão, complexidade e significação social, econômica e política antes desconhecidas, cujo controle é exercido pelos administradores devido à pulverização da propriedade das ações entre grande número de acionistas. Esse fenômeno levou alguns analistas a afirmar o interesse geral no funcionamento dessas macroempresas, que teria atingido o plano do interesse público, ultrapassando a esfera contratual privada em que se constituíram e desenvolveram.
- 2.1.14 Essas idéias, que foram pela primeira vez defendidas na Alemanha, logo após a Primeira Guerra Mundial, por Walther Rathenau, passaram a ser referidas como teoria institucional ou "da empresa em si", e serviram para justificar a proposta da ampla intervenção do Estado na sociedade por ações com o fim de deixar a empresa livre para perseguir seus próprios fins, que seriam os de construir a riqueza para a comunidade, criar empregos, melhorar a técnica e favorecer o progresso científico. Para isso precisaria destinar seus lucros ao investimento e à pesquisa, e os pequenos acionistas seriam os inimigos mais perigosos da empresa: o slogan dos autores da teoria era a necessidade de defender a empresa contra seus proprietários.9
- 2.1.15 O conceito de empresa usado por Rathenau e seus seguidores era impreciso, e uma segunda corrente institucionalista alemã, conhecida como da "pessoa jurídica em si", postulou que há na sociedade por ações, enquanto pessoa jurídica, um interesse público, que não coincide com o dos sócios, e é superior a estes. <sup>10</sup> Essa noção de empresa institucionalizada tem servido para fundamentar a proposição de

10. Cf. Jaeger, nota 9 supra, pp. 31 e ss.

<sup>9.</sup> Cf. Pier Giusto Jaeger, *L'Interesse Sociale*, Milão, Giuffrè, 1972, pp. 18 e 25.

que o fim da companhia é satisfazer o interesse geral, da economia nacional ou da empresa, e não auferir lucros para distribuir aos seus acionistas.

2.1.16 A concepção institucional da companhia não fornece, todavia, conceitos e princípios para a interpretação e aplicação da lei de sociedades por ações. É o que destacou Solá Cañizares<sup>11</sup> que, depois de fazer profissão de fé na teoria institucional, observa: "O que ocorre é que os juristas que abandonaram o contrato ainda não formularam, de modo claro e satisfatório, a noção jurídica que há de substituí-lo. A concepção institucional vai se desenvolvendo sobre duas bases fundamentais: uma doutrina da instituição que infelizmente foi mais sociológica e filosófica que jurídica e que, por outro lado, não foi suficientemente elaborada, e uns fatos diversos e às vezes heterogêneos, que mostram a impossibilidade de manter a noção contratual, mas que colocam o problema resolvendo apenas seu aspecto negativo".

Não se conhece até hoje a formulação de um regime jurídico, a partir da análise sociológica, econômica e política das grandes empresas, que substitua a conceituação da companhia como contrato. Acresce que essa conceituação da companhia como instituição com base da macroempresa com ações pulverizadas no mercado resulta da confusão dos conceitos de empresa e companhia.

2.1.17 A companhia, quando sociedade empresária, é subsistema da empresa, na qual desempenha o papel de empresário. Por isso os acionistas que a controlam exercem o poder empresarial — próprio da estrutura da empresa. Quando, por efeito da pulverização da propriedade das ações, o poder de controle é assumido pelos administradores, a companhia passa a funcionar como acessório da estrutura da empresa; mas, nesse caso, instituição é a empresa, e não a companhia – que somente pode ser dita institucionalizada na medida em que é segmento da estrutura da empresa.

2.1.18 É possível imaginar que uma companhia não empresária, ou que exerca apenas em parte a função empresarial, possa vir a apresentar as características da instituição, mas o fato econômico e social relevante para a inteligência da legislação das sociedades por ações é a macroempresa institucionalizada, e esta não autoriza a classificação jurídica da companhia como instituição. A transferência do poder de controle para os administradores á fato que não altera a natureza jurídica da companhia. Os acionistas, embora omissos no exercício do poder, continuam a ser os titulares dos direitos de voto na assembléia geral, e a experiência mostra que, nos momentos de crise da empresa, é comum que o poder seja retomado pela maioria dos acionistas. Além disso, a preservação da natureza contratual da companhia é confirmada pelo fenômeno do take-over bid: é através da compra das ações dispersas no mercado que um empresário ou sociedade empresarial assume o controle da companhia e da empresa.

2.1.19 A doutrina francesa usa o conceito de "instituição jurídica", no qual a palavra instituição tem significado diverso dos conceitos sociológicos acima referidos; na definição de Paul Roubier: 12 "uma instituição jurídica é um conjunto orgânico que contém a regulamentação de um dado concreto e durável da vida social e que é constituído por um complexo de regras jurídicas dirigidas para um fim comum".

Com esse sentido a instituição difere do contrato pelo grau da liberdade na manifestação de vontade: no contrato, as partes em princípio têm liberdade de definir suas obrigações, desde que respeitem as normas de ordem pública; na instituição, o poder da vontade individual se limita a fazer nascer, sem modificá-los, os direitos e

<sup>11.</sup> Tratado de Sociedades por Acciones en el Derecho Comparado, v. III, Buenos Aires, Tipografia Editora Argentina S/A, 1957, p. 67.

<sup>12.</sup> Théorie Générale du Droit, 2ª ed., Paris, Sirey, 1951, pp. 19-20.

obrigações previstos no conjunto das normas legais. A propriedade privada e a dos demais direitos reais, por exemplo, são instituições: o domínio e os direitos sobre coisas alheias ou de garantia são regulados pela lei e não podem ser modificados por atos de vontade.

- 2.1.20 Esse conceito de instituição jurídica é também invocado por alguns autores para negar a natureza contratual do casamento, com o argumento de que as partes se limitam a manifestar a vontade de casar, e que todos os direitos e obrigações resultantes do casamento são definidos em estatuto legal imperativo, ao qual aderem os que se casam; mas, como observa Orlando Gomes<sup>13</sup> "a necessidade da adesão ao estatuto legal não elimina a base voluntarista do casamento, O que imprime a um ato natureza contratual não é a livre determinação de seu conteúdo pelas partes, mas sua formação por acordo livre e espontâneo de vontade".
- 2.1.21 A análise da área de autonomia de vontade que continua a existir na companhia deixa evidente que a ela não se aplica esse conceito de instituição, pois a constituição e o funcionamento da companhia pressupõem muito mais do que a vontade de criar a companhia exclusivamente nos termos de um estatuto legal. A importância da autonomia da vontade na criação e no funcionamento da companhia pode ser avaliada mediante a comparação dos temas objeto de estipulação no contrato social das demais sociedades comerciais e nos atos constitutivos da companhia.
- 2.1.22 Sobre essa matéria, faz sentido transcrever o que, a respeito, em obra bastante atual, diz Yves Guyon:

"On a beaucoup discuté a une certaine époque le point de savoir si les sociétés, et plus spécialement les sociétés anonymes, devaint être considérées comme des contrats ou comme des institutions. "On sait que, lorsqu'il y a contrat, les parties déterminent librement les obligations qui les unissent, sous réserve du respect de l'ordre public (C. civ. Art. 6 et 1.134). Au contraire, lorsqu'il y a institution, les parties adoptent ou rejettent globalement un ensemble de règles, sans pouvoir les modifier. Ainsi le mariage est une institution et non un contrat parce que les époux, une fois qu'ils ont consenti au marriage, sont tenus de plein droit des obligations légales de cohabitation, fidélité, secours et assistance, sans pouvoir les dissocier et sont également soumis aux règles du regime matrimonial primaire.

"Dans un premier temps, le recours à la théorie institutionnelle a été invoqué pour donner plus de souplesse au fonctionnement des sociétés anonymes, notamment en faisant échapper les modifications des statuts à l'exigence de décisions unanimes. Mais plus récemment la tendance s'est inversée. L'origine contractuelle de la société a été rappelée afin de pouvoir déroger a une réglementation trop pesante. Notamment la société par actions simplifiée a une inspiration contractuelle.

"Cependant, de manière générale, la solution ne fait guère de doute. La société a une nature plus institutionnelle que contractuelle (...)." 14

2.1.23 O que fica claro, desde logo, à luz de toda a criação doutrinária sobre o tema é que a companhia se constitui mediante formas contratuais, que disciplinam a vida da sociedade, em particular os direitos dos acionistas frente à mesma e em relação aos demais sócios. Tal disciplina varia, de acordo com o tipo de participação acionária de cada um, maneira de eleição de administradores e fiscais, forma das ações (ordinárias com direito a voto, ou preferenciais, em princípio sem direito a voto), tipo de ações quanto à sua emissão (escriturais, com ou sem valor nominal),

<sup>13.</sup> Direito de Família, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, pp. 54-55.

<sup>14.</sup> Les Sociétés - Aménagements Statutaires et Conventions entre Associés, Paris, LGDJ, 1995, pp. 19-20.

poderes da assembléia e dos administradores, aumento ou redução do capital, entre outras circunstâncias.

2.1.24 A LSA não usa a expressão contrato, no capítulo referente à constituição da companhia (Capítulo VII), fazendo, por outro lado, referência à subscrição das ações, à realização da entrada, ao depósito da mesma no Banco do Brasil ou outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM (art. 80), à constituição, por subscrição particular, mediante deliberação dos subscritores, em assembléia geral ou por escritura pública (art. 88), ao registro prévio da emissão na CVM, em se tratando de constituição por subscrição pública (art. 82), bem como ao projeto de estatuto (art. 83) e prospecto (art. 84), à convocação de assembléia para promover a avaliação dos bens e deliberar sobre a constituição da companhia (art. 86) e à assembléia de constituição da companhia propriamente (art. 87).

Da simples leitura do Capítulo VII, é fácil constatar que a LSA não recorre à expressão contrato, para descrever qualquer desses atos ou procedimentos. Sem embargo, trata-se de contratos, sem dúvida, em especial quando verificamos que todos esses atos, ou conjuntos de atos, se contêm sempre na forma da definição acima: acordo de duas ou mais pessoas para constituir e regular relações jurídicas de ordem patrimonial.

2.1.25 O Prof. Rubens Requião, aludindo ao tema, afirma que "se se pode admitir que a sociedade anônima configure, após sua formação, uma instituição, não deixa ela de ser formada pelo contrato, e este da espécie plurilateral. Como instituição está ela voltada para a consecução do 'bem comum', visando primacialmente aos altos interesses coletivos, desvanecendo um tanto o interesse privado, perseguido pelos acionistas. Como contrato regula os interesses pessoais de seus membros". 15

2.1.26 Entre nós, alguns defensores da teoria institucional reforçam seus argumentos com a proposição de que ela teria sido adotada pela Lei n. 6.404/1976, ao dispor que: "O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender" (art. 116, parágrafo único); "O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem publico e da função social da empresa" (art. 154).

Esses deveres não decorrem, entretanto, da natureza institucional, e sim da função social da companhia empresaria: na economia de mercado, o empresário, individual ou coletivo, exerce a função – fundamental para o funcionamento do sistema econômico – de organizar, dirigir e expandir a empresa, que cria os bens econômicos que satisfazem às necessidades da sociedade.

2.1.27 Na Lei n. 6.404/1976, o fim da companhia empresária, como o de qualquer outra sociedade comercial, é auferir lucros a serem distribuídos a seus acionistas mediante organização e direção da empresa que exerce a atividade que constitui o objeto social da companhia. O acionista, enquanto desempenha a função de membro da assembléia geral, tem o dever legal de exercer o direito de voto no interesse da companhia (art. 115), e não de qualquer outro. A lei somente prescreve o dever de ter em conta outros interesses - exigências do bem comum, função social da empresa, trabalhadores e comunidade em que atua a empresa - aos administradores e ao acionista controlador (que é o administrador supremo da companhia) porque são estes que, ao dirigir e representar a companhia e a empresa, devem agir no interesse da com-

<sup>15.</sup> Curso de Direito Comercial, 2º v., São Paulo, Saraiva, 2000, pp. 14-15.

panhia de modo compatível com sua função social.

- 2.1.28 Para cobrar da companhia e de seus administradores e controladores a responsabilidade social que a lei lhes imputa, não é preciso recorrer ao conceito de instituição basta observar o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que prescreve ao juiz, na aplicação da lei, atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem-comum.
- 2.1.29 Na prática brasileira de companhias criou-se o costume (para o qual contribuiu o elevado custo das publicações exigidas pela lei) de reduzir o estatuto social às disposições negociais (sobre objeto social, direitos dos acionistas e destinação dos lucros) e às exigidas por dispositivo legal, sem reproduzir normas legais imperativas ou supletivas. Por isso cada companhia concreta é regulada por um sistema jurídico que compreende normas legais não reproduzidas no estatuto social e normas criadas pelo estatuto, algumas negociais (como a de definição dos direitos de acionistas) e outras para satisfazer a prescrições legais (como, por exemplo, as que fixam a data do encerramento do exercício social e as que estabelecem, na companhia fechada, se a administração compreende conselho de administração e diretoria, ou apenas diretoria).
- 2.1.30 Segundo Francesco Galgano<sup>16</sup> mesmo na doutrina a questão da natureza jurídica da companhia está pacificada ou superada, pois a "concepção contratualista tornou-se incontrastada na doutrina e na jurisprudência contemporâneas". E na França, segundo Yves Guyon<sup>17</sup> a questão continua em aberto na doutrina, mas o "direito positivo não tomou parte nessa controvér-

sia sem grandes conseqüências práticas", as diretivas do mercado comum europeu são "freqüentemente coativas notadamente em matéria de nulidade, poderes dos dirigentes, existência de um capital único, etc."; porém "a Corte de Justiça das comunidades européias considera, ao menos sob certo aspecto, a sociedade como um contrato".

- 2.1.31 De tudo o que foi acima exposto acima, podemos assumir as seguintes conclusões:
- a) a controvérsia sobre a natureza jurídica da companhia é improcedente, ao menos no direito brasileiro: a lei a regula como modalidade de contrato de sociedade comercial e seu regime não se ajusta ao conceito doutrinário de instituição jurídica, no sentido usado pela doutrina francesa, uma vez que o modelo legal de companhia somente pode ser adotado mediante consumação de um contrato (salvo no caso de constituição de subsidiária integral, quando o modelo é usado mediante negocio jurídico legal unilateral e só se transforma em contrato quando admitido outro acionista);
- b) o modelo de companhia é regulado na lei por um sistema de normas, algumas imperativas, outras dispositivas, que dispõem, inclusive, sobre matérias que devem ser reguladas no estatuto e nas quais prevalece (dentro dos limites que a lei estabelece) a autonomia da vontade dos subscritores de ações e acionistas;
- c) cada companhia concreta é regida por um sistema de normas legais genéricas (que entre nós em regra não são reproduzidas no estatuto social) e por normas particulares, próprias da companhia, de natureza contratual, porque criadas por partes no exercício da autonomia da vontade;
- d) a aplicação de lei nova às companhias existentes não pode ser fundamentada apenas na natureza jurídica da companhia, mas requer, em cada caso, a análise das normas legais em questão, para verificar se sua função é (i) regular exclusivamente as relações internas entre acionistas e a companhia, ou (ii) proteger interesses

<sup>16. &</sup>quot;Le società per azioni, Principi Generali", in Codice Civile, Commentario Diretto da Piero Schieringer, art. 2.325-2.341, Milão, Giuffrè Editore, 1996, pp. 185 e ss.

<sup>17.</sup> Les Sociétés, Paris, LGDJ, 1995, pp. 20-

de credores, investidores do mercado ou acionistas minoritários, e assegurar o desempenho, pela companhia, da função social de criar e dirigir a empresa. Na primeira hipótese, a constituição da companhia ou a alteração estatutária pode constituir ato jurídico perfeito, de que decorrem direitos adquiridos; na segunda, não há que se falar de ato jurídico perfeito, mas apenas verificar se, na vigência da norma legal modificada ocorreu o nascimento de direito adquirido.

2.1.32 Esta forma de entendimento do assunto provavelmente concilie contratualistas e institucionalistas, posto ser inegável que a companhia, efetivamente, tanto é contrato, ao menos em seu momento de constituição, ao mesmo tempo em que se apresenta como instituição, no desenvolver de suas atividades, como, de resto, bem assinalou a Exposição de Motivos da LSA, ao dizer que: "Há muito a S/A deixou de ser um contrato de efeitos limitados para seus poucos participantes: é uma instituição que concerne a toda a economia do País, ao crédito público, cujo funcionamento tem de estar sob o controle fiscalizador e o comando econômico das autoridades governamentais".

## 2.2 Contratos parassociais

2.2.1 Se a matéria do caráter contratual ou institucional da companhia levou tanto tempo para atingir ponto de relativo equilíbrio, entre os defensores de uma e de outra forma, os contratos parassociais ainda não chegaram a conclusões que, de alguma forma, se possam considerar cristalizadas.

Trata-se da prática de sócios, detentores de porções importantes do capital de sociedades anônimas, de formalizarem, entre si, acordos paralelos ao estatuto da mesma companhia, dos quais resulta freqüentemente uma espécie de "usurpação" de funções dos órgãos institucionais, inclusive da própria assembléia geral. Embora antigo, esse procedimento cresceu de importância, juntamente com a relevância eco-

nômica que a forma do anonimato foi assumindo nos países mais desenvolvidos, na família do chamado direito continental europeu.

2.2.2 O estudo pioneiro de Giorgio Oppo 18 provavelmente tenha sido o primeiro a consagrar pesquisa e meditação sobre o tema, sendo a própria expressão "contrato parassocial" de sua lavra. Publicado em 1942, poucos meses após a entrada em vigor do Código Civil italiano, examinou a matéria à luz deste diploma, sem ignorar, no entanto, o direito anterior, que embasa muitas de suas conclusões. A este autor seguiram-se vários outros, sendo certo que, tanto no Brasil como em outros países, a matéria está longe de ser pacificada, dado revestir grande complexidade e numerosos aspectos de grande relevância para as companhias, do ponto de vista econômico e institucional.

2.2.3 O problema colocado consiste em decidir o que deve ser prestigiado em primeiro lugar: o direito dos particulares, titulares de acões do capital de uma anônima, de disporem contratualmente acerca das matérias previstas no art. 118, à luz do direito de contratar - fundamento da economia de base privatística -, ou o aspecto institucional da companhia, cujo estatuto, uma vez arquivado no órgão do Registro do Comércio, goza da presunção de estar conforme a lei e, em consequência, deve ser integralmente observado pelos acionistas, sem recurso a expedientes que, de alguma forma, possam tornar inoperante ou meramente subsidiário o acordo básico, corporificado no estatuto, do qual resultou a companhia.

2.2.4 A verdadeira perplexidade que o tema impõe revela-se na circunstância de um acordo particular entre acionistas, formalizado por meio de contratos a latere do estatuto, sobre temas os mais diversos – por exemplo, a escolha dos administradores, ou a forma de votar na assembléia geral, ou

<sup>18.</sup> Contratti Parasociali, Milão, Vallardi, 1942.

DOUTRINA 37

ainda a respeito da outorga de preferência para aquisição de posições acionárias entre as partes signatárias desses contratos — prevalecer, de fato, sobre disposições do estatuto da companhia. E a tarefa do jurista, logicamente, consiste em averiguar se tal ou qual cláusula de um contrato parassocial está, ou não, a violar disposição estatutária e, em última análise, a própria legislação do anonimato, nos pontos que contêm normas de direito público, de derrogação impossível por ajuste entre particulares.

2.2.5 O autor português Mário Leite Santos, 19 em obra dedicada especificamente ao tema, noticia que a legislação do anonimato de vários países simplesmente nega validade a pactos parassociais, devido a considerá-los inconvenientes ou potencialmente violadores da lei, subtraindo-lhes qualquer efeito para fins de implementação judicial. O mesmo autor observa que a LSA brasileira foi pouco menos que pioneira ao determinar, em seu art. 118, a obrigatoriedade da observância de tais ajustes, desde que tenham sido arquivados na sede da companhia. 20

2.2.6 O fato é que a validade e eficácia dos acordos de acionistas sempre foi objeto de contradições doutrinárias e divergências legislativas. Data de longo tempo a resistência de vários estudiosos da lei e da jurisprudência, em muitos países, em aceitar que os acionistas de uma companhia possam contratar a maneira de votar, préconstituir maiorias, bloquear a venda das próprias ações e firmar pactos parassociais, com influência direta na vida de uma qua-

se-instituição, que só tomará conhecimento de tais avencas posteriormente. Não obstante, como freqüentemente acontece, alheios às preocupações dos estudiosos, os empresários têm praticado tais acordos com freqüência cada vez maior, obrigando a jurisprudência a alterar aquela atitude que Antonio Pedrol caricatura como o horror dos tribunais a esse exemplar da fauna abissal que um dia vem à superfície para desorganizar conceitos sistematizados das instituições jurídicas: "han preferido rechazar ese intruso desconocido a las regiones de lo ilegal antes que buscarle un lugar difícil entre lo ya coleccionado". 21

2.2.7 O Prof. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, em parecer exarado exatamente sobre o tema ("Pactos parassociais – Natureza jurídica – Execução específica"), 22 depois de relembrar a conhecida classificação dos contratos entre principais e acessórios, estes obrigatoriamente dependentes daqueles, afirma que:

"Na relação de dependência, mais do que na idéia de acessoriedade, fica preservada a função típica de cada contrato, que aglutina, em estruturas autônomas, obrigações principais e acessórias. Pois, embora vinculados numa relação de dependência, os contratos, principais e acessórios, desfrutam de causas distintas.

- "2.5 Essa concepção de causa-função de cada contrato foi consagrada pelo Código Civil italiano (arts. 1.322, 1.325-2 e 1.343 usque 1.345) e tem sido acolhida pela doutrina brasileira mais moderna. (...).
- "2.6 Foram essas distinções que inspiraram Giorgio Oppo a propor sua teoria dos contratti parasociali, consagrada na doutrina italiana. Embora haja uma coligação indefectível entre as normas societárias e os acordos parassociais, cumpre sublinhar que os mesmos se distinguem pela causa eficiente. Os acordos de sócios são conven-

<sup>19.</sup> Contratos Parassociais e Acordos de Voto nas Sociedades Anônimas, Lisboa, Edições Cosmos, 1996.

<sup>20. &</sup>quot;Para além da lei alemã de 1965, que ainda hoje constitui o principal referencial legislativo no domínio dos grupos, apenas a lei brasileira de sociedades anónimas, de 15 de dezembro de 1976, contemplava, até há pouco tempo, disposições sobre essa matéria. Como se sabe, o nosso Código das Sociedades Comerciais, em muitos pontos influenciado pela lei alemã, veio igualmente dedicar a essa matéria o título VI (...)" (ob. cit., p. 96).

La Anónima Actual y la Sindicación de Acciones, Madri, Ed. Revista de Derecho Privado, 1969, p. 28.
 22. RT 601/40-49, 1985.

ções paralelas – collateral agreements, no Direito anglo-saxão – que se posicionam à margem do contrato social, embora existam em razão do mesmo, isto é, como contratos dependentes. Pois o pacto parassocial depende da existência da pessoa jurídica gerada pelo contrato social, que logicamente o precede, como contrato principal. Mas, conforme lembra Oppo, com apoio em Vivante, há distinguir a declaração de vontade e a obrigação do sócio como membro da sociedade e a declaração e a obrigação pessoal do sócio como titular de seu patrimônio."

2.2.8 O que caracteriza o acordo de acionistas, como modalidade de negócio jurídico, é que ele tem por objeto o exercício de direitos conferidos por ações: uma ou mais partes no acordo assumem a obrigação de exercer de determinado modo direitos de que são titulares na qualidade de acionistas de certa companhia.

A expressão "acordo de acionistas" significa uma classe de negócios jurídicos semelhantes pelo seu objeto, e não um único negócio típico, que apresente sempre a mesma estrutura jurídica e a mesma espécie de prestações. Assim, do acordo de acionistas podem nascer obrigações apenas para uma das partes, ou para duas ou diversas partes; com prestação única e determinada, ou prestações sucessivas; o acordo pode ter por objeto o exercício de voto com relação a determinada ou determinadas matérias, ou em qualquer matéria, em certa assembléia ou em qualquer assembléia; no caso de contrato plurilateral, as partes podem buscar fins diferentes ou fim comum, etc.

2.2.9 Mediante acordo de acionistas, o acionista não exerce direitos sociais, mas assume obrigação de exercer de determinado modo algum desses direitos. Por isso, a LSA a ele se refere apenas para regular seus efeitos com relação à companhia e a terceiros. A validade, eficácia e interpretação dos acordos são regidos pelo direito geral das obrigações e pelas normas próprias do tipo de negócio jurídico a que se assemelhe.

Como o acordo de acionistas pode apresentar diferentes estruturas jurídicas, a determinação das normas legais sobre contratos nominados a ele aplicáveis pressupõe, em cada caso, a prévia definição da sua natureza e sua classificação em algum dos negócios jurídicos nominados.

2.2.10 Inicialmente, as opiniões da doutrina sobre a validade de obrigações assumidas por acionistas, quanto ao exercício do direito de voto, polarizaram-se em duas posições radicais, uma a favor da plena liberdade contratual e outra, contrária a qualquer modalidade de acordo de acionistas. A tese da liberdade contratual - predominante na Alemanha, na Suíça, na Inglaterra e nos Estados Unidos - partiu das seguintes premissas: (a) o direito de voto é direito individual, como qualquer outro direito de participação contido na ação; (b) no direito das obrigações, prevalece o princípio da liberdade de contratar; (c) a prestação de uma obrigação de fazer pode consistir na prática de ato que é exercício de direito de que o devedor é titular. Em vista disso, nada impede que o acionista se obrigue, em negócio jurídico, a exercer de determinado modo um ou mais direitos contidos na ação. Raciocínio que valida qualquer modalidade de obrigação de votar contratada com outros acionistas, com terceiros, com a própria sociedade ou órgãos de administração da companhia, em negócios unilaterais, bilaterais ou plurilaterais, admitindo-se, inclusive, a venda do voto.

- 2.2.11 A coerência dessas conclusões completava-se com a proposição de que os acordos de acionistas seriam inteiramente estranhos ao direito societário, regular-seiam exclusivamente pelo direito geral das obrigações, não teriam qualquer efeito em relação à companhia e aos acionistas não participantes do negócio, e o descumprimento das obrigações assumidas resolver-se-ia em perdas e danos.
- 2.2.12 Já a tese contrária, da nulidade dos acordos de acionistas que prevaleceu na França, na Bélgica e na Itália baseavase na premissa segundo a qual um dos prin-

DOUTRINA

cípios do direito das companhias requeria que o acionista, ao proferir seu voto na assembléia geral, tivesse plena liberdade de escolher seu modo de votar, o que é incompatível com a contratação prévia do voto. Alguns autores diziam mesmo que a liberdade de votar pressupunha que o acionista só firmasse sua decisão depois de participar do debate das questões submetidas à assembléia geral, para que estivesse plenamente informado sobre as matérias em deliberação. Entre posições tão extremadas, a evolução da doutrina, da jurisprudência e da legislação deu-se no sentido de moderálas.

- 2.2.13 A necessidade, que não mais se discute, de opor limites ao princípio majoritário e de proteger as minorias, tornou claro que o exercício do direito de voto somente é regular quando adotado no interesse da companhia, e mesmo os defensores da tese contratualista passaram a admitir que as obrigações, assumidas em contratos parassociais, estão subordinadas às normas e princípios do regime legal das companhias, sendo certo que há obrigações incompatíveis com esses princípios. Assim, a doutrina passou a entender, e a lei alemã declarou, a nulidade do acordo pelo qual os acionistas se obrigam a exercer o voto segundo instruções da própria companhia, ou dos órgãos de sua administração, pois essa obrigação implica inversão na hierarquia dos órgãos societários estabelecida na lei. Além disso, orientaram-se no sentido de considerar nulo o negócio da venda de
- 2.2.14 O direito suíço manteve a tradição de ampla liberdade de contratar obrigações de votar, mas a maioria da doutrina considera nula a obrigação de voto segundo instruções de órgãos de administração da companhia, e reconhece que há limites para essa liberdade, decorrentes de normas e princípios do direito das companhias. Já na Inglaterra, continuam a prevalecer as idéias de que o direito de voto é um property right, e de que o acionista pode obrigar-se contratualmente a exercê-lo de determina-

do modo, ou mesmo a vender seu voto. Mas a necessidade de proteger as minorias levou a jurisprudência a estabelecer que o acordo de acionistas pode ser declarado sem validade, se em fraude da minoria.<sup>23</sup>

39

- 2.2.15 Nos Estados Unidos as convenções de voto tiveram, e ainda têm, a mais ampla utilização, compreendendo os shareholders voting agreement e os voting trusts, nos quais fica caracterizada a fissão dos direitos de voto e dos direitos patrimoniais da ação, mediante o instituto do trust, estranho ao direito brasileiro. Diversas legislações estaduais regulam, para impor algumas restrições, o voting trust, cuja validade é reconhecida pela jurisprudência, desde que seu fim esteja conforme a lei e os estatutos, e que não importe em prejuízo para os demais acionistas, a companhia ou seus credores.
- 2.2.16 Por outro lado, a experiência, cada vez mais intensa, das convenções de acionistas, revelou que sua eficácia ficava bastante reduzida quando os efeitos do descumprimento das obrigações nelas contraídas se reduziam a perdas e danos. Daí a orientação adotada pela doutrina e jurisprudência de aceitar a tese contratualista, no sentido de admitir a execução específica das obrigações desses pactos, inclusive as referentes ao exercício do direito de voto.
- 2.2.17 Na França, a jurisprudência tem se firmado no sentido de que a validade de acordos de acionistas deve ser examinada caso a caso, tendo em vista seu conteúdo e fim, de modo a verificar sua compatibilidade com os princípios do direito das companhias. Em 1937, um decreto-lei declarou nulas e de nenhum efeito as cláusulas que tivessem por objeto limitar o livre exercício do direito de voto nas assembléias gerais das sociedades comerciais. Os Tribunais, no entanto, amenizaram a severidade dessas disposições, para admitir, sob condições, a validade dos acordos de acionis-

<sup>23.</sup> Palmer's Company Law, 21<sup>a</sup> ed., Londres, Stevens & Sons. p. 478.

tas. E a Lei de 1967, sobre as sociedades comerciais, não reproduziu a norma da Lei de 1937, nem contém qualquer dispositivo sobre a matéria, o que dá azo a que prossigam as discussões sobre a validade dos acordos, até hoje prevalecendo os que sustentam sua nulidade. Já na Bélgica, segundo Jurgen Dohm,<sup>24</sup> as leis sobre sociedades não proíbem expressamente as convenções de voto, mas a doutrina e a jurisprudência tem se mostrado severas na apreciação de sua validade.

2.2.18 Na Itália, a lei é omissa sobre o assunto, e a doutrina clássica era radicalmente contrária a qualquer modalidade de acordo de acionistas. Nas últimas décadas, no entanto, aumentou o número dos autores que admitem sua validade, desde que suas disposições não conflitem com os princípios da lei das companhias. Num estudo bastante esclarecedor do problema nos vários sistemas jurídicos e, em especial, no direito italiano, Cottino25 historia a conhecida polêmica que sobre a matéria travaram Sraffa, Ascoli e Bonelli, através da Rivista del Diritto Commerciale, e resume os argumentos dos que repelem a validade das convenções: (a) a incomercialidade do direito de voto e sua incidibilidade da pessoa do sócio; (b) a necessidade de uma formação assemblear da vontade social livre e efetiva, "através do filtro de uma verdadeira discussão"; (c) consequentemente, a observância da regra de funcionamento da assembléia, "que é o único órgão de formação das deliberações vinculantes, as quais, por metáfora, se consideram como expressão de uma vontade social".

Necessário observar, sem embargo, que, na prática, os acordos continuaram a ser feitos, pois o mundo comercial costuma andar à frente dos teóricos e das próprias leis e, no exame de cada caso levado aos tribunais, decidem eles se houve, ou não, "violação do livre direito de voto", como noticia Noirel.<sup>26</sup>

### 3. O contrato parassocial na LSA

3.1 A solução adotada pela LSA de 1976 para o contrato parassocial, ou acordo de acionistas, embora inspirada no longo e profícuo debate travado entre os doutrinadores estrangeiros e nas normas vigentes em outros países, apresenta especificidades que cumpre ressaltar, e que são importantes para que o intérprete possa definir os limites de validade dos contratos. Em realidade, a LSA tomou posição sobre a tormentosa questão, dando-lhe disciplina própria, específica, sem observância estrita dos modelos existentes, como se vê de simples leitura de seu art. 118 e parágrafos. Importante assinalar que, como toda construção jurídica, inspirou-se no acervo de experiência dos vários sistemas jurídicos existentes, encontrando sua explicação natural e inteligência nas reflexões sugeridas pelo direito comparado. Por isso, uma referência, ainda que breve, dada a extensão deste trabalho, à posição da doutrina, da jurisprudência e da legislação estrangeiras sobre o problema é útil à compreensão dos preceitos da lei brasileira e dos princípios de que decorre o seu regime.

3.2 Na "Exposição Justificativa", que acompanhou o Anteprojeto da lei, foi afirmado: "O art. 118 regula o acordo de acionistas — modalidade contratual de prática intensa em todas as latitudes, mas que os códigos teimam em ignorar. Ocorre que essa figura jurídica é da maior importância para a vida comercial, e a ausência de disciplina legal é, certamente, a causa de grande número de abusos e malefícios que se lhe atribuem. Com efeito, como alternativa da holding (solução buscada por acionistas que pretendem o controle pré-constituí-

<sup>24.</sup> Les Accords sur l'Exercice du Droit de Vote de l'Actionnaire, Genebra, Librairie de l'Université, 1971, p. 144.

<sup>25.</sup> Le Convenzioni di Voto nelle Società Commerciali, Milão, Giuffrè, 1958, pp. 4-5.

<sup>26.</sup> La Société Anonyme devant la Jurisprudence Moderne, Paris, Librairie Techniques, 195-8, pp. 162 e ss.

do, mas que apresenta os inconvenientes da transferência definitiva das ações para outra sociedade) e ao acordo oculto e irresponsável (de eficácia duvidosa em grande número de casos), cumpre dar disciplina própria ao acordo de acionistas que, uma vez arquivado na sede da companhia e averbado nos registros ou nos títulos, é oponível a terceiros, e tem execução específica. Trazido, pois, à publicidade (§ 5º, do art. 118), esses acordos representam ponto médio entre a holding e o acordo oculto, com as vantagens legítimas que ambos podem apresentar e sem os inconvenientes para a companhia ou para os sócios, que também podem acarretar".

3.3 As normas da lei sobre a matéria constam do seu art. 118, que rezam, litteris:

#### Acordo de Acionistas

- Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, ou exercício do direito de voto, deverão se observados pela companhia quando arquivados na sua sede.
- § 1º. As obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.
- § 2º. Esses acordos não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto (art. 115) ou do poder de controle (arts. 116 e 117).
- § 3º. Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas.
- § 4º. As ações averbadas nos termos deste artigo não poderão ser negociadas em bolsa ou no mercado de balcão.
- § 5º. No relatório anual, os órgãos da administração da companhia aberta informarão à assembléia geral as disposições sobre política de reinvestimento de lucros e distribuição de dividendos constantes de acordos de acionistas arquivados na companhia.

- 3.4 A comparação desse texto com os sistemas jurídicos estrangeiros evidencia as seguintes características:
- a) a lei regula o acordo de acionistas como parte integrante dos instrumentos de organização da companhia e, em consequência, cria condições para sua eficácia prática;
- b) reconhece, em termos genéricos, sua validade, à diferença das leis que o desconhecem ou proíbem (como nos sistemas italiano e francês), ou se limitam a negar a validade a alguns tipos de acordo (como a lei alemã);
- c) admite a execução específica das obrigações neles contraídas; e
- d) estabelece, para a companhia, o dever de observar os acordos nela registrados.
- 3.5 Os preceitos do art. 118 aqui transcrito mostram que a lei incorporou o acordo de acionistas, formalizado mediante contratos parassociais, ao sistema acionário, como mecanismo complementar de organização da vida societária, válido e eficaz perante terceiros e a própria companhia. Esse regime reflete a orientação da lei de reconhecer e regular o fato - notório no mundo dos negócios - de que a organização do poder político na companhia não se esgota com as normas legais sobre o funcionamento da assembléia geral, mas compreende ainda a vinculação dos acionistas fora das assembléias, através de diversos negócios jurídicos - em "corpos intermediários" - dentre os quais os mais importantes são as sociedades holding e os acordos de acionistas.
- 3.6 O modelo de companhia tradicionalmente regulado nas leis de sociedades por ações estabelece que o poder político na sociedade compete aos acionistas, e regula a assembléia geral como o órgão social através do qual esse poder se manifesta. Segundo esse modelo, o poder político somente existe enquanto a assembléia geral se acha reunida, e os acionistas somente tomam conhecimento dos negócios sociais,

discutem-nos e sobre eles deliberam, no momento da assembléia: enquanto a assembléia não se acha reunida, ou seja, durante a maior parte da vida da sociedade, os acionistas acham-se dispersos, não conhecem os assuntos da sociedade, não se encontram nem discutem seus problemas, nem se acham vinculados por outros tipos de relações jurídicas além da participação na mesma companhia.

3.7 Em verdade, na grande maioria das companhias, o poder político não se manifesta exclusivamente no momento em que a assembléia geral se acha reunida, mas existe e atua permanentemente. Essa realidade é que levou a LSA: (a) a regular, como um dos papéis do modelo de companhia, a função do acionista controlador; (b) a disciplinar em capítulos próprios as sociedades controladoras, coligadas e controladas e os grupos e sociedades; e (c) a incorporar o acordo de acionistas ao sistema da lei, como mecanismo complementar indispensável ao funcionamento do modelo de companhia, em grande número das sociedades que o adotam.

3.8 A orientação da lei, de conferir estado de cidade ao acordo de acionistas, integrando-o no mesmo sistema das normas da vida societária, tem por contrapartida necessária, sujeitá-la à estrita observância das normas institucionais – sem o que não poderia ser cumprido pela companhia. Esta a conseqüência, de maior relevo, da incorporação do acordo com o texto da LSA e da eficácia que esta lhe conferiu, ao obrigar a companhia a observar um contrato que os acionistas estão livres para firmar, mas cujos resultados repercutirão na comunidade dos sócios.

# 4. Compatibilidade das cláusulas do contrato com o regime da lei

4.1 Como parte do sistema anonimário, as cláusulas dos contratos parassociais devem ser compatíveis com as normas e os princípios do restante da lei, somente aplicando-se secundariamente, e na medida em que inexistam mandamentos especiais da LSA, as normas e os princípios do direito geral das obrigações.

Essa imprescindíve l compatibilização das normas do contrato com os comandos legais se faz sentir de forma aguda quando se trata de convenções de voto, pois o acordo relativo à compra e venda de acões, ou preferência para adquiri-las, coloca-se, precipuamente, no campo da liberdade de contratar. Já o direito de voto, e seu exercício, são temas corporativos por excelência, dizendo respeito à essência do funcionamento da companhia e, para não dar margem a dúvidas de que as convenções de voto estão subordinadas às normas corporativas, dispôs a lei expressamente, no § 2º, do art. 118 que: "Esses acordos não poderão ser invocados para excluir o acionista da responsabilidade no exercício do direito de voto (art. 116) ou do poder de controle (arts. 116 e 117)".

4.2 Por meio desse preceito, a lei reafirma expressamente o princípio – que decorre do sistema – de que a liberdade de convenção sobre o exercício do direito de voto é limitada pela disciplina legal desse direito e da responsabilidade do acionista ao exercê-lo.

## 5. Normas legais e contratuais

5.1 Em vista da circunstância de conterem os atos constitutivos da companhia normas derivadas de contrato, e outras decorrentes da lei, coloca-se, desde logo, o problema da identificação, entre as várias normas, das regras legais obrigatórias do direito societário – portanto não derrogáveis pelos sócios – e das regras de conteúdo meramente contratual.

5.2 Tradicionalmente, entende-se que a liberdade contratual – que autoriza os particulares a livremente comprometeremse uns com os outros, sob condições por eles próprios deliberadas – continua a predominar em matéria de contratos societários. Cita-se, tradicionalmente, como nor-

ma para a identificação de um limite para tais compromissos o art. 6º do Código Civil francês, que proíbe a derrogação, por convenções entre particulares, das leis que dizem respeito à ordem pública e aos bons costumes, bem assim as normas que interditam a disposição de alguns direitos.

- 5.3 Da simples formulação de tais princípios decorre a óbvia dificuldade que sua aplicação, na vida prática, forçosamente acarreta, já que a simples noção do que seja ordem pública vem sendo discutida há séculos, sem que possa, com certeza, assegurar-se que algum conceito já tenha sido formulado de maneira definitiva, sendo aceito pacificamente pela doutrina. Igualmente, a legislação restritiva da disposição de direitos costuma ser casuística, sendo difícil formular regra geral aplicável às várias circunstâncias que determinam tal disposição de direitos. Sendo de lembrar-se que. de resto, boa parte dessas normas pertinem o mais das vezes ao direito público do que ao direito societário.
- 5.4 A busca de uma interpretação sistemática à crescente inserção de normas de ordem pública na legislação do anonimato tem suas raízes no crescente intervencionismo estatal na economia privada, fácil de verificar-se, ao menos nos países ocidentais, a partir da grande crise da Bolsa de Nova Iorque, em 1929 e, de maneira crescente e até hoje quase irresistida, depois da Segunda Guerra Mundial.
- 5.5 A desordem financeira provocada pelo crash daquela Bolsa norte-americana alastrou-se pelo mundo todo, com seu quadro de queda da produção, desemprego, guerras comerciais entre os países exportadores mediante o uso de políticas fiscais, e tantas outras conseqüências que levaram muitos autores a identificar nesse quadro a origem do nazismo e, em conseqüência, da Guerra de 1939/1945. Paralelamente, a longa administração Franklin Roosevelt nos Estados Unidos, com sua orientação confessadamente intervencionista, em vista de seu sucesso induziu muitos estadistas a adotar políticas semelhantes, na esperança de

repetir a experiência americana. Consta que data dessa época a preeminência que economistas, administradores e planejadores assumiram na administração pública de quase todas as nações, com especial participação nos governos dos chamados países do "Terceiro Mundo" ou, mais diplomaticamente, "em vias de desenvolvimento" (developing countries, na forma inglesa).

5.6 Tullio Ascarelli, escrevendo há mais de 50 anos, já apontava o tipo de norma protetora de interesses da sociedade, cujo caráter de ordem pública se impõe, ao dizer:

"Os mais complexos são os problemas suscitados pela segunda tendência [a grandíssima anônima]. No âmbito da sociedade anônima, denunciam eles um vício que, por sua vez, se reflete também no funcionamento das normas destinadas a tutelar a integridade do capital social.

"Em relação a essa situação, apresentou-se, um lado, a necessidade de tutelar a economia popular; de tutelar os subscritores e compradores de ações, disciplinando a colocação das ações entre o público, para evitar o que os norte-americanos chamam, significativamente, de 'venda do céu azul'; tutelar os economizadores, para que a sociedade não seja fraudulentamente utilizada apenas no interesse pessoal dos 'grandes' acionistas, integrando, às vezes, com uma cautela de direito público, a auto-tutela de direito privado dos acionistas ou do credor; frisar a tutela dos acionistas e delimitar os poderes dos diretores; de outro lado, tutelar os consumidores e o progresso técnico e econômico.

"O problema da sociedade anônima prende-se, assim, aos problemas fundamentais da economia moderna."<sup>27</sup>

- 5.7 Parece que a noção de ordem pública, ao menos no direito continental eu-
- 27. Cf. "Organização interna da sociedade e tutela do acionista", in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969, p. 347.

ropeu, foi empregada por primeira vez no referido art. 6º, do Código Civil francês. na época do predomínio do individualismo liberal, em que se chegava a proclamar que a "ordem pública estava a servico da liberdade".28 Nesse tempo, o direito mostravase grandemente respeitador dos contratos, embora já houvesse normas limitativas do direito de contratar. Em nossos dias, vivese verdadeira primazia do coletivo, cujo reflexo no mundo do direito é a interdição de várias práticas, muitas delas no domínio da economia. Dentro dessa formulação, não é demasia afirmar-se que não se considera mais o indivíduo, mas sim o grupo, a coletividade, como a base da vida social. E o direito, em consequência, deve organizar a vida em comum, visando a satisfazer às necessidades sociais. Em vista do que o estado fica autorizado a limitar a liberdade contratual, se tal limitação for considerada necessária para melhor atender a tais necessidades. Nesse momento é que o estado encontra os meios de sua ação na noção de ordem pública.

5.8 Muitos especialistas tentaram conceituar a ordem pública, sendo de referência obrigatória alguns da França, como Planiol, para quem "uma norma é de ordem pública todas as vezes que ela decorre de considerações de interesse geral, que se veriam prejudicados se os particulares fossem livres para impedir a aplicação da lei",29 ou para Ripert, o qual afirma que a característica da ordem pública é a defesa do interesse público,30 ou, mais recentemente, P. Bernard entende que "a ordem pública dá ao interesse geral a primazia sobre os interesses particulares".31 Deven-

do citar-se, igualmente, a opinião dos juristas que afirmam que são de ordem pública não somente as normas cuja desobediência implica pena de nulidade, mas todas aquelas que são inspiradas pelo cuidado de assegurar a supremacia do interesse geral sobre o interesse particular, e que podem constituir limites à liberdade de contratar. <sup>32</sup> Escusado observar que a noção de interesse geral é demasiado vaga, mais uma vez permanecendo imprecisa a noção de ordem pública, da qual o interesse geral é o fundamento.

5.9 Em face da dificuldade de estabelecer critérios sólidos para a delimitação da ordem pública, os doutrinadores vêm tentando identificar alguma forma objetiva de estabelecer qual, ou por que maneira, o caráter de ordem pública eventualmente refletido em determinada norma legal seria definido.

Uma das formulações remete ao próprio legislador a tarefa de determinar se tal ou qual regra é, ou não, de ordem pública. Baseados em princípios ilustres, como o de que, em direito privado, tudo o que não é proibido pela lei é permitido - como consta, aliás, do art. 5º, II, da Constituição Federal -, os defensores de tal posição consideram que a liberdade humana só pode ser limitada, em nome do interesse comum, por meio de leis, discutidas e votadas pelos representantes do povo. No entanto, uma consegüência de remeter-se ao legislador a definição da norma como de ordem pública pode conduzir à situação, na vida real, de termos de recorrer, simplesmente, à procura da vontade dos redatores do texto, o que poderia resultar, eventualmente, em uma situação de considerar-se obrigatória uma regra limitativa da vontade individual com base, apenas, em sua interpretação gramatical.

5.10 Outros doutrinadores, em especial na França, em face dessa limitação sugerem que se delegue ao juiz a definição

<sup>28.</sup> Savatier, Les Métamorphoses Economiques et Sociales du Droit Civil d'Aujourd'hui, 1<sup>a</sup> série, Panorama des Mutations, 3<sup>a</sup> ed., Dalloz, 1964, p. 83, apud Sophie Schiller, ob. cit., p. 19.

<sup>29.</sup> M. Planiol e G. Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. I, 2ª ed., LGDJ, por Robert Savatier, 1951, *apud* Sophie Schiller, ob. cit., p. 20.

<sup>30.</sup> Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947, n. 99.

<sup>31.</sup> La Notion d'Ordre Public en Droit Administratif, Paris, LGDJ, 1962, apud Sophie Schiller, ob. cit.

<sup>32.</sup> Ripert e Roblot, Traité de Droit Commercial, I. t. la, n. 67, Paris, LGDJ, 2001, pp. 50-51.

de uma norma ser, ou não, de ordem pública. A doutrina e a jurisprudência do século XIX insistiam em que só o legislador deveria ter essa função. O temor dos autores era que o Judiciário se tornasse absoluto, nesse campo, quando dispusesse do poder de qualificar uma norma legal como de ordem pública. Entretanto, essa prática tornou-se comum, pela circunstância de ser a ordem pública uma noção tão imprecisa que, o mais das vezes, é impossível deduzir do simples texto da lei seu caráter mandatório.

5.11 Não obstante toda essa dificuldade, é possível apontar, entre as normas da LSA, algumas que contêm, livre de dúvidas, normas cogentes e obrigatórias, cuja observância se impõe, como as que definem os chamados "direitos essenciais dos acionistas" (art. 109), ou a que veda a atribuição de voto plural a qualquer classe de ações (art. 110, § 2º), por exemplo. Tullio Ascarelli, na mesma obra acima citada, é muito claro ao dizer:

"Por outro lado, no entanto, foi diminuída a discricionariedade das partes no ato constitutivo. Foram-se, assim, identificando, cada vez mais precisamente, uma série de direitos que cabem a cada acionista ou a cada acionista ordinário, e são inderrogáveis até no estatuto originário e, a fortiori, com uma deliberação por maioria. Assim, o direito aos lucros; o direito à paridade de tratamento entre os acionistas ou entre os acionistas da mesma categoria, assim como o de o acionista continuar sócio; o direito do acionista a não dever, salvo seu consentimento, versar importâncias ulteriores, além das devidas pela subscrição das ações, o direito a obter informações na assembléia; e assim por diante. Essa categoria de direitos foi se alargado progressivamente: foi assim que se admitiu o direito de preferência dos acionistas ao aumento do capital social. (...)

"Correlativamente à evolução acima notada, foram melhor disciplinados tanto a assembléia, quanto o direito de voto; foram disciplinadas as situações daqueles que, no ato de votar, estivessem em conflito de interesses com a sociedade; os votos por procurações; o voto dos diretores e dos fiscais sobre a própria responsabilidade e sobre o balanço; admitiu-se, na jurisprudência, a possibilidade de impugnar a deliberação da maioria 'por abuso de poder' ou 'contraste com os bons costumes'; foram disciplinadas as ações relativas aos vícios das deliberações assembleais e dos votos'. 33

5.12 O regime legal da companhia é muito mais pormenorizado do que o dos tipos mais antigos de sociedades mercantis (em nome coletivo, de capital e indústria e em comandita) devido às suas características essencialmente diferentes - responsabilidade limitada de todos os sócios, circulabilidade das ações (com a possibilidade de substituição de todos os sócios sem modificação na sociedade) e administradores que não são necessariamente sócios nem são solidários nas obrigações sociais. Devido a essas características, para que o modelo da companhia seja eficiente e justo é indispensável que a lei disponha, com normas cogentes sobre diversos aspectos das relações internas e externas da sociedade, tais como capital social, ações e outros valores mobiliários, direitos de credores e acionistas, órgãos sociais e suas atribuições, responsabilidade dos administradores, etc.

5.13 Em consequência, o regime legal das sociedades por ações é um sistema que compreende normas prescritivas, permissivas e supletivas, mas seu princípio básico é o mesmo do Direito das Obrigações — o da liberdade de contratar, dentro dos limites definidos pelas normas legais cogentes. As normas cogentes são identificadas em função do fim de proteger credores, acionistas minoritários, futuros acionistas, investidores no mercado, ou terceiros, e existem para proteger interesses, e não como prescrições abstratas. Somente por referên-

cia ao fim da lei e ao interesse que cada norma visa a proteger é possível, portanto, afirmar que determinada estipulação estatutária é incompatível com preceito legal cogente.

5.14 A crescente presença de normas de ordem pública na legislação do anonimato explica-se, teleologicamente, em primeiro lugar, pela necessidade de proteger os terceiros que, ao tratar com uma sociedade precisam conhecer as garantias de que dispõem e os poderes dos órgãos administrativos, de forma que tenham eles meios de saber quais são as características essenciais de uma tal forma de sociedade, sem se verem obrigados a efetuar pesquisas longas e complexas. Para isso, o caráter imperativo de várias normas se mostra altamente eficaz.

5.15 É fácil de entender, por exemplo, que se terceiros contratam com empresários individuais, ou com uma sociedade em nome coletivo - hipóteses em que até os bens pessoais dos empresários, em última instância, podem ser apreendidos para garantir a boa liquidação de suas dívidas -, o cuidado com garantias será menor do que se contratar com uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, ou com uma anônima, onde só excepcionalmente se poderá responsabilizar um sócio, ou um administrador, por obrigações da sociedade. Isto é, quem conceder crédito, ou efetuar fornecimento de bens ou serviços para pagamento futuro, precisa estar ciente de que sua garantia contra eventual inadimplemento consiste na solidez da sociedade, mais do que no patrimônio dos sócios ou administradores. Por isso, os atos constitutivos são mais precisos e pormenorizados do que os contratos de sociedades em que os sócios, ou os administradores, ou ambos, podem ser responsabilizados por obrigações das mesmas. Esse um dos papéis fundamentais das normas de direito público contidas em tais atos constitutivos.

5.16 Em segundo lugar, visam as normas de ordem pública a proteger os próprios associados. Os quais muitas vezes se

vêem afastados de diretores ou fundadores, tendo pouco contato com os órgãos dirigentes da sociedade. Por isso, a lei garante-lhes um mínimo de acesso à informação e de direitos frente à administração, ou aos próprios controladores, tanto mais necessários quando se trata, por exemplo, de sociedade que faz apelos à poupança popular para capitalizar-se. Entre as várias medidas de intervenção do Estado nas sociedades anônimas, a mais conhecida é a que se desenvolve por meio de órgãos de fiscalização e disciplinamento das companhias de capital aberto, como a que compete à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), no Brasil, instituída pela Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com vasta gama de competências e poderes.

5.17 É verdade que a imposição de normas que visam a proteger terceiros e os próprios associados precisa ser cuidadosamente sopesada pelo legislador, já que, muitas vezes, o excesso de rigor não torna a regra mais eficaz. Esta circunstância, que não reside apenas no direito brasileiro, tem sido observada em vários outros países, sendo oportuno lembrar a opinião de Ives Guyon, 34 que diz:

"Comme dans les autres domaines du droit, cet ordre public n'a pas seulement une origine formelle, c'est-à-dire des prohibitions formulées expressément par les lois que régissent les sociétés. La situation serait alors relativement simples, car l'autonomie de la volonté ne serait bridée que par de règles écrites. L'examen de la jurisprudence montre que l'ordre public trouve aussi ses source dans les príncipes généraux plus imprécis, comme le principe d'égalité entre associés ou de proportionalité, le respect des droits individuels des associés, le caractère d'intérêt commun de la société, etc. Il est donc souvent difficile, en présence d'un texte donné, de savoir si celui-ci a ou non un caractère impératif. Mais à l'inté-

<sup>34.</sup> Les Sociétés – Aménagements Statutaires et Conventions entre Associes, Paris, LGDJ, 1995, "Introduction", pp. 23-24.

47

rieur de cette doublé limite, le principe demeure que tout ce qui n'est pas intérdit est permis.

"(...).

"Deux phénomènes atténuent le caractère apparemment très contraignant du droit des sociétés. D'une part la nullité, qui est la sanction normalement attachée à la violation d'une règle imperative, a un domaine restreint en droit des sociétés. Elle n'y constitue plus la sanction de droit commun (C. civ. Art. 1.844-10 - L. 24 juill. 1966, art. 360). Notamment l'annulation d'une constitution de société ou d'un acte modifiant ses statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse de la loi (pas de nullité sans texte) ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. Par consequent la violation de nombreuses règles impératives entraîne seulement une ménace de régularisation ou de mise en cause de la responsabilité de leur auteur, ce qui est une sanction beaucoup moins efficace et intimidante que la nullité. L'ordre public sociétaire est assez souvent un tigre de papier qui n'éffraye que les naifs."

5.18 Como ocorre em várias circunstâncias, em se tratando de normas jurídicas ditadas para a solução de conflitos, incumbe à doutrina e à jurisprudência o exame e a ponderação no aplicar regras legais que, muitas vezes, ao invés de cumprirem o desiderato do legislador, podem provocar resultados indesejáveis. De um lado, as normas de cunho meramente contratual, em se tratando de sociedades anônimas, muitas vezes não são adequadamente debatidas com os acionistas, que preferem conformar-se ao desejo das maiorias a enfrentar batalhas judiciais ou administrativas. E de outro, as normas de ordem pública, com todo seu aparato de apoio da autoridade, em caso de descumprimento, às vezes não se revelam fortes o bastante para oferecer aos terceiros, ou aos próprios acionistas, toda a proteção buscada pois, como recorda o jurista acima citado, frequentemente a ordem pública pode não passar de um tigre de papel.

#### 6. Normas criadas pelos órgãos sociais

6.1 As disposições legais que regem a companhia, em que pese serem no mais das vezes minuciosas e cobrirem vasto campo de aplicação, no sentido de resolver conflitos e de orientar a administração da sociedade, não podem tudo prever. O dia a dia de qualquer entidade, pública ou privada, conhece uma miríade de imprevistos, aos quais é preciso dar resposta pronta e adequada. Por isso, os órgãos de administracão sociais podem completar os ditames, seja da lei, seja do estatuto, com outras normas, visando a solucionar tal ou qual situação imprevista.35 Estas normas, criadas pelos órgãos sociais, são válidas e gozam da mesma autoridade das disposições legais. Via de consequência, sua violação pode induzir penalidades, inclusive a declaração de nulidade do ato violador.

6.2 Evidente que certos cuidados devem revestir as normas emanadas dos órgãos sociais, para que não sejam inquinadas de vícios ou de nulidades. Inicialmente, devem tais normas ser conformes ao interesse social, parâmetro insubstituível, já que, caso contrário, seriam normas destituídas de causa. Em segundo lugar, devem tais normas ser aceitas individualmente pelos sócios, quando criam obrigações subsidiárias. Se o estatuto contiver previsão de que determinados órgãos da administração têm competência para emitir normas sempre que se verificar ausência de disposições específicas para algumas situações, ficará

35. "Malgré son caractère contraignant, le droit des sociétés anonymes a toujours fait place à des créations de la pratique, venues répondre à des besoins non satisfaits par des dispositions légales. Assez souvent ces innovations ont reçu une consécration législative de telle sorte que, dans le domaine des sociétés plus encore que dans d'autres disciplines, la création du droit résulte d'une interaction de la pratique et de la loi" (Ives Guyon, ob. cit., p. 201).

claro que, ao tornar-se acionista o novo membro da companhia estará aceitando por antecipação a possibilidade de que tais normas venham a ser editadas e, da mesma forma, concordando com cumpri-las, desde que revestidas do interesse em executar os objetivos sociais.

- 6.3 No entanto, se o estatuto for totalmente omisso a respeito dessa competência normativa de órgãos da administração, ficará difícil justificar tal edição de atos, exceto se houver manifestação unânime a favor de tal procedimento. Caso contrário, estar-se-ia na presença de criação de encargos imprevistos, sem o consentimento de quem os teria de cumprir, o que contrariaria os princípios da liberdade contratual, em que se baseia a constituição das sociedades, inclusive a anônima.
- 6.4 Esta problemática, por complexa que pareça, tem um contraponto na circunstância de que nem sempre serão numerosas as situações em que seja necessário criar normas por meio dos órgãos sociais, para regrar problemas inesperados. O objeto principal de uma companhia, ou de qualquer sociedade, é a distribuição de ganhos entre os sócios. Criar novas obrigações para eles, não previstas nos atos constitutivos, é sempre uma operação delicada, a adotarse apenas quando for inevitável.
- 6.5 Estas normas, ditadas pela prática da vida social, devem ser, antes de tudo, lícitas, não estabelecendo quaisquer formas de procedimento que pudessem violar as características essenciais das companhias, estabelecidas pelo legislador tanto no interesse dos acionistas como no de terceiros. Devem, outrossim, ter pertinência com a organização e o funcionamento da sociedade, pois o estatuto, em princípio, tem finalidade limitada ao atingimento desses dois objetivos. Obviamente, não é próprio dele a criação de regras totalmente estranhas à realização do objeto social. Nem, muito menos, dos órgãos sociais, por ele próprio estabelecidos e que têm nele sua fonte de competência.

### 7. Contrato de sociedade. Modelo legal

- 7.1 A LSA foi elaborada, debatida e finalmente aprovada pelo Congresso Nacional com a intenção confessada de criar a estrutura institucional da grande empresa privada de capital nacional. A escala dos empreendimentos, consequência do desenvolvimento econômico acelerado do Brasil, em especial na segunda metade do século XX, superou a capacidade da pequena e média empresas - tradicionalmente organizadas como sociedades de pessoas. por quotas, ou anônimas fechadas, familiares. O desempenho da função empresarial nos grandes projetos estava restrito ao Estado e ao empresário estrangeiro, ou multinacional, porque o brasileiro não dispunha dos instrumentos institucionais hábeis para tanto.
- 7.2 De um modo geral, podemos afirmar que a LSA regula um modelo jurídico de organização de grupo de pessoas que se associam para exercer a função empresarial, que compreende três atividades diferentes: (a) criar e expandir a empresa; (b) administrá-la e (c) aplicar o capital social de risco indispensável à sua operação. Essa função empresarial pode ser exercida por um indivíduo, grupo de pessoas que se associam para esse fim, ou pelo Estado. As sociedades comerciais são modelos jurídicos de organização dos grupos empresariais.
- 7.3 Na empresa individual de pequeno porte e mesmo nas sociedades de pessoas e companhias fechadas –, o empresário desempenha, habitualmente, toda a função empresarial, ao mesmo tempo de empreendedor, gestor e proprietário do capital. Na medida em que a empresa cresce de
  dimensão verifica-se, como em toda organização, a tendência para a especialização.
  Em dado momento, o empresário-proprietário não mais consegue expandir a empresa apenas com seu capital, necessitando
  associar-se a terceiros, que também aportarão seu capital. E, crescendo ainda mais
  a empresa, ao atingir dimensão e comple-

xidade que ultrapassam a capacidade gerencial do empresário-empreendedor, a administração passa a exigir a presença de administradores profissionais, com conhecimentos específicos para a formação das decisões.

7.4 A sociedade anônima foi exitosa, como principal mecanismo institucional da economia capitalista, ou de livre iniciativa, principalmente por sua característica de modelo jurídico de organização em que as três subfunções empresariais são bem definidas, possibilitando seu exercício por pessoas diferentes. O empresário-empreendedor é fundador ou acionista controlador e. em geral, exerce um dos cargos da administração. Cargos que, no entanto, podem também ser exercidos por administradores profissionais, que não foram os criadores da empresa nem são aplicadores de capital de risco. E a função de investidor, graças à divisão do capital em ações, pode ser exercida, simultaneamente, pelo empresário-empreendedor e por milhares ou milhões de investidores do mercado. Esta a grande flexibilidade do modelo legal da companhia, hábil para a organização tanto de empresas de pequeno porte quanto das macroempresas dos países mais desenvolvidos.

7.5 O modelo legal da anônima, segundo muitos autores, tenta reproduzir o formato da administração dos países democráticos: um poder executivo, confiado a uma diretoria, hoje em dia normalmente recebendo instruções de um conselho de administração, nas empresas de maior porte; um poder legislativo, a cargo da assembléia geral, ordinária ou extraordinária, conforme as matérias a serem debatidas; e um poder semelhante ao judiciário, exercido pelo conselho fiscal, ainda que a competência deste se limite, o mais das vezes, ao exame da regularidade contábil das demonstrações financeiras.

7.6 É fácil de ver que este modelo reside mais no pensamento de vários doutrinadores, do que na realidade quotidiana das anônimas. Vale recordar, por exemplo, que

o princípio da decisão em assembléia geral pelo voto majoritário — única solução até hoje encontrada em direito político, desde que minorias se conformem decisões das maiorias —, é realmente estranho ao esquema legal criado por empresários e pelo mercado, com base em sua experiência do dia a dia. Necessário reconhecer que, na vida empresarial, os princípios políticos do sufrágio universal, e da igualdade de todos perante a lei, nada têm a ver com o voto do acionista e dos direitos e garantias que lhe têm de ser assegurados.

7.7 Em verdade, o investidor ingressa na companhia que escolhe, sai dela quando considera conveniente, visa ao lucro e compra e vende ações - isto é, votos - sem restrições, a não ser as do mercado. Como já foi dito alhures, uma assembléia geral de sociedade anônima é uma "reunião de sacos de dinheiro que votam", e não uma festa cívica. O que, aliás, nada tem de condenável, já que os pontos básicos de toda sociedade mercantil são: co-participação nos lucros e prejuízos e direito de fiscalizar, mas não de participar das deliberações, normas que, de resto, são tradicionais em nosso direito, e já constavam, inclusive, do nosso Código Comercial, em seus arts. 288 e 290, que rezavam, litteris:

> Art. 288. É nula a sociedade ou companhia em que se estipular que a totalidade dos lucros pertença a um só dos associados, ou em que algum seja excluído, e a que desonerar de toda contribuição nas perdas as somas ou efeitos entrados por um ou mais sócios para o fundo social.

> > (...).

Art. 290. Em nenhuma associação mercantil se pode recusar aos sócios o exame de todos os livros, documentos, escrituração, correspondência, e do estado da caixa da companhia ou sociedade, sempre que o requerer; salvo tendo-se estabelecido, no contrato ou outro qualquer título da instituição da companhia ou sociedade, as épocas em que o mesmo exame unicamente terá lugar.

7.8 O modelo legal da LSA brasileira não tenta reproduzir qualquer das características da sociedade política. Cinge-se a organizar a atividade de pessoas que se unem, tendo em vista um objetivo comum - obter lucros - mediante produção ou intermediação de bens ou servicos para o mercado, sob forma organizacional que lhes permita o máximo de flexibilidade no que tange à alienação ou aquisição de posições de comando, a transferência de bens, de forma total ou parcial, com o mínimo de formalidades, isto é, através da compra ou venda de ações, bem como da possibilidade de fiscalizar, de maneira bastante razoável, a atividade dos administradores, seiam eles acionistas ou profissionais contratados no mercado.

7.9 De maneira realista, a LSA institui um conselho de administração - o qual, de resto, só é obrigatório para companhias abertas e as de capital autorizado (art. 138. § 2º) -, com a função conhecida de representar os interesses dos acionistas dentro da sociedade: uma diretoria, obrigatória para todas as companhias, a quem incumbe a direção da companhia em suas relacões e operações diuturnas; e um conselho fiscal, a quem é cometida, entre outras, a atribuição tradicional de fiscalizar os atos dos administradores e o cumprimento de seus deveres legais e estatutários, o exame e emissão de parecer sobre as demonstrações financeiras e sobre propostas da diretoria relativas a alteração do capital, emissão de debêntures ou bônus de subscrição, entre outras tarefas descritas com pormenor no art. 163 da LSA.

Importante observar que este modelo tem se mostrado de grande utilidade, e não apenas no setor privado da economia, mas também em boa parte da administração pública, a qual, freqüentemente, se vale da forma do anonimato para organizar suas empresas, mais uma vez graças ao formato extremamente eficiente da companhia.

7.10 De ressaltar-se que a flexibilidade conferida pela LSA aos empresários, no que se refere à organização institucional de sua atividade, torna o formato da companhia ainda mais hábil ao maneio desta, como se verifica de vários dispositivos, a exemplo do art. 138, que deixa ao estatuto a decisão de adotar, ou não, determinada companhia, conselho de administração e diretoria, ou apenas esta, pois, no caso das sociedades fechadas, a obrigatoriedade de instalar-se um conselho de administração poderia constituir-se em razoável complicador. Comentário semelhante, e que também é válido para demonstrar a flexibilidade operacional conferida à companhia pela LSA, poderia fazer-se com respeito ao art. 161, o qual possibilita ao estatuto dispor se os conselhos fiscais funcionarão de maneira permanente, ou apenas quando instalados a pedido de acionistas que representem, ou 1/10 das ações com direito a voto, ou 5% das ações sem direito a voto (art. cit., § 2º).

#### 8. Normas legais e liberdade de contratar

8.1 A circunstância de a LSA permitir grande maleabilidade à organização de empresas que optem pelo formato da companhia leva, paradoxalmente, ao exame de quanto há de normas cogentes, e, portanto, de observação obrigatória, e quando existe de normas contratuais puras e simples, resultado de simples deliberações dos acionistas. Pois, de feito, é tal o relevo assumido pela anônima em todos os países que adotam a economia de mercado que o Estado se viu, de forma mais e mais crescente, obrigado a intervir na outrora intocável liberdade de contratar. Hoje em dia, é problema de não pouca monta separar, entre as disposições da LSA, ou mesmo de um estatuto, o que é plenamente alterável pela vontade das partes do que é de observância compulsória.

8.2 A análise da área de autonomia da vontade que continua a existir na companhia deixa evidente que a ela não se aplica o conceito de instituição, defendido por tantos autores, pois o fato é que a instituição e

DOUTRINA 51

o funcionamento da companhia pressupõem muito mais do que a vontade de criar a companhia exclusivamente nos termos de um estatuto legal. A importância da autonomia da vontade na criação e no funcionamento da companhia pode ser avaliada mediante a comparação dos temas objeto de estipulação no contrato social das demais sociedades comerciais e nos atos constitutivos da companhia.

8.3 O velho e, nesta parte, revogado Código Comercial, em seu art. 302, determinava o que contrato da sociedade comercial deveria conter. Tais disposições constam, atualmente, do art. 997, do Código Civil, que reza:

Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

I – nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas;

 II – denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;

III – capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação pecuniária;

IV – a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la;

 V – as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços;

VI – as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições;

VII – a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;

VIII – se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

8.4 Nos atos constitutivos e nas modificações do estatuto social da companhia essas mesmas matérias são reguladas por atos de vontade das partes, pois os subscritores das ações e acionistas têm liberdade para definir:

- a) no estatuto, a denominação, o objeto, o capital social, o número, a espécie e classe das ações, as vantagens das ações preferenciais, as limitações à circulação de ações e as vantagens particulares de fundadores ou terceiros;
- b) respeitada a estrutura legal da organização interna da companhia, dependem da vontade dos subscritores de ações e acionistas a existência ou não de conselho de administração (na companhia fechada), o número de administradores e o prazo de sua gestão, as atribuições dos diretores, a mesa da assembléia geral e a competência para convocá-la, o número de membros e o exercício permanente ou não do conselho fiscal, assim como a organização da sociedade em liquidação.
- 8.5 Essa comparação mostra que os mesmos aspectos da organização interna das sociedades que, segundo o novo Código Civil, devem ser regulados no contrato social, dependem, na companhia, de atos de vontade de subscritores de ações (na constituição da companhia ou no aumento do capital) ou dos órgãos sociais, mediante alteração estatutária (na companhia em funcionamento). Essa participação da vontade das partes na definição do conteúdo do contrato de companhia é incompatível com a proposição de que ela nasce de ato de adesão a estatuto legal que regula - sem qualquer lugar para a autonomia da vontade todos os direitos e obrigações de uma situacão iurídica.

8.6 É inquestionável, entretanto, que o papel da autonomia de vontade do contrato de companhia é bem mais restrito do que na maioria dos demais negócios jurídicos nominados, dada a quantidade de normas legais imperativas, mas esse fato não decorre de peculiaridades na natureza jurídica da companhia, e sim da importância da função social desempenhada por esse tipo de contrato e pelas repercussões que suas características implicam sobre terceiros e o sistema econômico:

- a) em matéria de direitos dos acionistas, a liberdade de contratar precisa ser limitada devido à quantidade dos sócios, à circulabilidade das ações, à natureza das ações como valores mobiliários e à necessidade de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados de capital;
- b) como nenhum acionista responde pelas obrigações sociais além do capital por ele contribuído, a proteção dos credores depende inteiramente do instituto do capital social, e grande número das normas da lei visam proteger a fixidez, realidade e intangibilidade desse capital;
- c) a proteção do capital social e os interesses dos investidores nos mercados de capitais, assim como a determinação dos direitos de participação dos acionistas, requer normas sobre demonstrações financeiras e a apuração e distribuição de resultados;
- d) os valores mobiliários que a companhia tem privilégio de emitir – são regulados na lei para proteger os seus titulares e os investidores do mercado;
- e) o funcionamento eficiente de organização que pode atingir grande escala requer a definição legal da estrutura interna da companhia, com a disciplina dos seus órgãos, a fim de dar segurança às relações com terceiros e proteger os interesses de acionistas minoritários e investidores do mercado;
- f) o regime de publicidade dos atos da companhia não tiveram, todavia, influência no direito positivo: toda as leis sobre sociedades por ações promulgadas desde o século passado, assim no Brasil como nos países da Europa continental, pressupõe a natureza contratual da companhia, não obstante a quantidade de normas imperativas que as integram.
- 8.7 No Brasil, a primeira lei sobre sociedades anônimas (Decreto n. 575, de 10.1.1840) referia-se a "estatuto ou contrato constitutivo da sociedade", e o Código Comercial, de 1850, regulou as companhias em cinco artigos inspirados no Código de

- Comércio francês de 1908, submetendo sua constituição à autorização governamental; a Lei n. 1.150, de 4.11.1882, que instituiu a liberdade de constituição de companhia, continuou a se referir ao "contrato ou estatutos da sociedade", mas no art. 33 declara aplicáveis às sociedades anônimas existentes os artigos que relaciona, sobre razão social; responsabilidade dos sócios; competência do juízo comercial; publicidade dos atos constitutivos e de alteração do estatuto; liquidação; livros e registros de ações; poderes, responsabilidade e preenchimento de vagas de administradores; conselho fiscal; assembléias e liquidação.
- 8.8 O regulamento aprovado pelo Decreto n. 434, de 4.7.1891, que consolidou as disposições legislativas e regulamentares relativas às sociedades anônimas, estabeleceu (no art. 212) que "as sociedades anônimas preexistentes se podem converter nas sociedades anônimas de que trata este decreto", e declarou aplicáveis às sociedades anônimas existentes quando da promulgação do Decreto n. 164, de 1890, diversas disposições deste decreto sobre as mesmas matérias referidas no art. 33 da Lei n. 3.150/1882. Por conseguinte, já nas duas últimas décadas do século passado, a lei brasileira, embora regulasse a companhia como contrato de sociedade, previa a aplicação às sociedades existentes das leis novas em matéria de ordem pública ou de proteção de interesses de terceiros.
- 8.9 O Decreto n. 24.536, de 15.6.1932, que regulou as ações preferenciais, dispôs que as sociedades anônimas já constituídas podiam criar ações preferenciais, mediante deliberação aprovada por 4/5, pelo menos, do capital representado na assembléia geral, mas assegurando direito de retirada aos titulares de ações ordinárias dissidentes da deliberação da assembléia. E o art. 14 dispôs que "as ações preferenciais emitidas antes do presente decreto deverão conformar-se aos seus dispositivos, sem que estes, porém, as invalidem, nem as deliberações e nem os atos praticados na conformidade das leis que o regulavam".

- 8.10 Trajano de Miranda Valverde (Sociedades por Ações, v. I, Rio de Janeiro, Forense, 1953, n. 201), ao comentar a lei que resultou de anteprojeto por ele redigido, depois de criticar a concepção contratual da companhia informa que a lei "não manifestou seu pendor por esta ou aquela doutrina, mas fugiu à impropriedade dos termos, tanto quanto possível". Nada obstante, a lei dispôs, no item II do art. 40. do Decreto-lei n. 2.627/1940, que "além dos elementos exigidos para as sociedades mercantis em geral (...) o projeto do estatuto satisfará os requisitos peculiares às sociedades anônimas ou companhias, e conterá as normas pelas quais se regerá a sociedade". E estabeleceu (no art. 179) o prazo de seis meses para que as companhias existentes adaptassem seus estatutos à nova lei, em assembléia geral dos acionistas, para isso convocada, declarando os diretores e membros do conselho fiscal responsáveis pelos prejuízos que se originassem da inobservância desta norma.
- 8.11 A Lei n. 6.404/1976, por sua vez, admite expressamente a natureza contratual, ao dispor (no art. 83) que "o projeto do estatuto deverá satisfazer a todos os requisitos exigidos para os contratos das sociedades mercantis em geral e aos peculiares às companhias, e conterá as normas pelas quais se regerá a companhia"; também prescreveu às companhias existentes a adaptação do estatuto aos preceitos da nova lei, ressalvando embora, no § 2º, do art. 296, que essa adaptação não prejudicaria os direitos conferidos por partes beneficiárias e debêntures em circulação na data da publicação da lei.
- 8.12 É inquestionável, entretanto, que o papel da autonomia de vontade do contrato de companhia é bem mais restrito do que na maioria dos demais negócios jurídicos nominados, dada a quantidade de normas legais imperativas, mas esse fato não decorre de peculiaridades na natureza jurídica da companhia, e sim da importância da função social desempenhada por esse tipo de contrato e pelas repercussões que

suas características implicam sobre terceiros e o sistema econômico:

- a) em matéria de direitos dos acionistas, a liberdade de contratar precisa ser limitada devido à quantidade dos sócios, à circulabilidade das ações, à natureza das ações como valores mobiliários e à necessidade de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados de capital;
- b) como nenhum acionista responde pelas obrigações sociais além do capital por ele contribuído, a proteção dos credores depende inteiramente do instituto do capital social, e grande número das normas da lei visa a proteger a fixidez, realidade e intangibilidade desse capital;
- c) a proteção do capital social e os interesses dos investidores nos mercados de capitais, assim como a determinação dos direitos de participação dos acionistas, requer normas sobre demonstrações financeiras e a apuração e distribuição de resultados;
- d) os valores mobiliários que a companhia tem privilégio de emitir – são regulados na lei para proteger os seus titulares e os investidores do mercado;
- e) o funcionamento eficiente de organização que pode atingir grande escala requer a definição legal da estrutura interna da companhia, com a disciplina dos seus órgãos, a fim de dar segurança às relações com terceiros e proteger os interesses de acionistas minoritários e investidores do mercado;
- f) o regime de publicidade dos atos da companhia também visa a proteger tanto acionistas quanto a credores e investidores.

#### 9. Estatuto social

9.1 Estatuto – do latim statutum, de statuere, significa estabelecer, constituir – é o complexo de normas a serem observadas por uma entidade jurídica. No caso de uma sociedade anônima, seu estatuto estabelece as normas reguladoras da atividade da empresa e das relações entre os elemen-

tos que a integram. Cada companhia in concreto é organizada normativamente pela LSA (que, como sistema normativo genérico, aplica-se a todas as companhias) e pelo estatuto social (que é seu sistema jurídico particular). A nota característica do estatuto social de companhia - que o distingue dos demais tipos de sistemas jurídicos particulares - é a natureza de conjunto de normas que, não obstante organizar apenas determinado sistema social concreto, é formado, em sua maior parte, por normas jurídicas genéricas - que são modelo de um gênero de ação para uma classe ou gênero de pessoas. Em verdade, as posições dos acionistas e os cargos dos órgãos sociais são definidos no estatuto com abstração da identidade das pessoas que os ocupam, e as normas estatutárias em vigor em cada momento aplicam-se a todas as pessoas que ocupem ou venham a ocupar essas posições iurídicas.

9.2 Provavelmente devido a esse caráter vinculante e obrigatório de suas normas, e ao fato de ser anterior ao próprio nascimento da sociedade (ainda na forma de projeto de estatuto), às vezes o estatuto é confundido com o ato constitutivo da companhia. Pois o ato constitutivo é a fonte dos direitos dos sócios. É esse ato que, nos limites das normas cogentes da lei, define e regula os direitos dos sócios.

9.3 O Prof. Luiz Gastão Paes de Barros Leães teve oportunidade de emitir opinião sobre a matéria, em estudo que vale a pena citar neste passo, dizendo:

"2.2 Assim, para que seja possível analisar o regime jurídico do aumento de capital, cumpre lançar previamente os olhos às relações existentes entre o ato constitutivo e o estatuto, em cuja confluência se localiza a operação em apreço. Como é sabido, teve consagração definitiva a elaboração dogmática do contrato plurilateral, para definir o ato constitutivo das sociedades. A despeito da inexistência de textos legais que agasalhem essa configuração, como existe no Código Civil italiano, há praticamente unanimidade na doutrina bra-

sileira, incluindo o contrato de sociedade entre os contratos plurilaterais.

"Basta fazer referência ao art. 83 da Lei 6.404/1976, in fine, que diz que 'o projeto de estatuto deverá satisfazer a todos os requisitos exigidos para os contratos das sociedades mercantis em geral e aos peculiares às companhias, e conterá as normas pelas quais se regerá a companhia'. Vale dizer: ao mesmo passo que o estatuto é elemento do contrato de constituição da companhia, ele encerra o conteúdo do contrato plurilateral.

"2.5 Essa correlação entre estatuto e ato constitutivo advém do fato de que os dois instrumentos não constituem duas partes opostas mas, ao contrário, estão intimamente imbricados, de forma a compor o ordenamento único, da natureza contratual, da sociedade. Ao se afirmar que o estatuto é 'parte integrante' do ato constitutivo, quer-se eliminar a fratura do ordenamento da sociedade por ações em duas porções distintas no que respeita à origem e ao seu conteúdo. Como adverte Diego Corapi, no seu livro clássico, o significado dessa 'integração', a que se refere a lei italiana, entre o ato constitutivo, que estabelece os elementos necessários ao surgimento da sociedade, e o estatuto, que estabelece os elementos necessários ao seu funcionamento. é de que a sociedade anônima supõe sempre uma estrutura regulamentar única, de natureza negocial, gerada no âmbito de uma tipicidade estabelecida em lei.

"2.6 Sendo, assim, conteúdo e ao mesmo tempo continentes do contrato social, o estatuto se relaciona com os atos constitutivos numa dialética de implicação e polaridade. Daí porque, p.ex., o aumento de capital social mediante subscrição de ações importa numa reforma estatutária, que ao mesmo tempo implica em modificação do contrato plurilateral de constituição da companhia, pois diz respeito à criação de novos vínculos sociais" ("A conversão de

debêntures em ações e o correspondente aumento do capital social", excerto de Parecer publicado na RT 699/19-20).

9.4 Grosso modo, pode-se dizer que os atos constitutivos são os referidos na LSA no art. 80 (subscrição das ações, realização de no mínimo 10%, ou mais, do capital e depósito em banco da parte realizada em dinheiro), registro da emissão na CVM, no caso de companhias abertas (art. 82), elaboração e divulgação de prospecto contendo as informações exigidas pelo art. 84, realização de assembléia geral para deliberar sobre a constituição da companhia (arts. 86-88), ou confecção de escritura pública, alternativamente, no caso da sociedade anônima fechada. E, a final, arquivamento e publicação dos atos constitutivos no registro do comércio (arts. 95 e 96). Já a matéria relativa ao estatuto da companhia é tratada em vários artigos da LSA, porém mais pormenorizadamente no Capítulo VII (Constituição da Companhia), em especial nos arts. 80 a 88, cuidando o art. 83 do projeto de estatuto especificamente. O estatuto social, portanto, não se confunde, nem equivale, ao ato constitutivo da companhia, embora nele tenha presença obrigatória, seja na forma de projeto (art. 83), seja em sua forma final, para registro (art. 95). Não há, pois, confundir os conceitos de estatuto e de ato constitutivo. Trata-se de coisas diferentes, como se demonstrou, embora corelacionadas.

9.5 Em todos os tipos de sociedade comercial, com exceção da companhia e da comandita por ações, os direitos de sócio são personalizados, no sentido de que são direitos de determinadas pessoas, figurantes nas relações jurídicas nascidas do contrato social. E não são necessariamente iguais, nem padronizados, pois os quinhões

ou quotas de capital poder ser diferentes e a participação pode não ser proporcional ao número ou valor dos quinhões ou quotas de cada um. Nas sociedades por ações, os direitos dos acionistas são organizados a priori em unidades padronizadas, ou quotas-partes iguais, que não levam em conta nem o número, nem o nome dos acionistas. O total dos direitos atribuídos a todos os acionistas é dividido, no estatuto, em conjuntos iguais, indivisíveis em relação à sociedade (art. 28 da LSA).

9.6 O estatuto social tem, portanto, a mesma natureza do direito objetivo, no sentido de que é sistema de normas jurídicas genéricas, obrigatórias e permanentes, que somente são modificadas, ou deixam de existir, com observâncias de outras normas jurídicas - que regulam sua produção, vigência e eficácia. A criação, modificação e extinção do estatuto social, como sistema normativo, ou das normas que o compõem, são reguladas pela LSA, com normas cogentes que reservam aos subscritores (na constituição) e à assembléia geral dos acionistas (durante a existência da companhia) a competência para criar ou modificar o estatuto. O dispositivo do estatuto social adotado na constituição da companhia ou por deliberação da assembléia geral, cuja ata tenha sido arquivada no Registro de Comércio, somente deixa de viger ou (a) por deliberação a assembléia geral adotada com observância dos preceitos legais aplicáveis ou (b) por decisão judicial que declare sua invalidade. Enquanto não tiver a vigência suspensa, o dispositivo estatutário é obrigatório para todos os acionistas e órgãos sociais, inclusive para a própria assembléia geral, que tem competência para modificar o estatuto, mas não pode, legitimamente, deliberar com violação de preceito estatutário em vigor.