

FABIO KONDER COMPARATO  
Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
Doutor em Direito da Universidade de Paris

Nº 0653

NOVOS  
ENSAIOS E PARECERES  
DE  
DIREITO EMPRESARIAL

*Luiz Góes Rêgo - (ed. 1981)*

FORENSE  
Rio de Janeiro  
1981

Em primeiro lugar, o preenchimento, pela promessa de contratar, dos requisitos de validade de qualquer ato jurídico, o que já foi assinalado. Em segundo lugar — e é esta a diferença específica — a existência das condições de obrigatoriedade do contrato definitivo, o que supõe, como procurei demonstrar acima, a *simples determinabilidade dos seus elementos essenciais*.

12. Resumindo e concluindo, temos que os negócios de cessão de controle, pela sua complexidade e importância, costumam exigir um procedimento negocial mais longo, não podendo as partes determinar, desde logo, todos os seus elementos. Por outro lado, a necessidade de se preservarem os interesses das partes e da empresa, que podem vir a ser afetados pela falta de sigilo, impõe uma solução rápida para as negociações.

Tais exigências, aparentemente contraditórias, são conciliadas com o recurso à técnica das promessas de contratar, que combinam obrigatoriedade e provisoriedade.

Objeto da promessa de contratar não é o adimplemento de prestações típicas de um contrato definitivo, mas a conclusão de determinado contrato. Portanto, a certeza e determinação, inerentes ao conteúdo de qualquer relação contratual obrigatória, dizem respeito ao tipo de contrato definitivo a concluir, não às prestações deste.

Por último, assinale-se que nem toda promessa de contratar obrigatória preenche os requisitos necessários para a sua execução forçada específica, tal como estatuído nos arts. 639 e 640 do Código de Processo Civil. A inexistência dessas condições de admissibilidade de execução específica faz com que o inadimplemento da promessa de contratar se resolva em perdas e danos, de acordo com o princípio geral do art. 1.056 do Código Civil.

## 2

## A CESSÃO DE CONTROLE ACIONÁRIO É NEGÓCIO MERCANTIL?

A resposta primeira e quase de instinto à indagação assim formulada parece ser afirmativa. Não é, afinal, a sociedade anônima mercantil pela forma, regendo-se pelas leis e usos do comércio, qualquer que seja o seu objeto social (Lei n.º 6.404, de 1976, art. 2.º, § 1.º)? Não vem o negócio de cessão de controle acionário contemplado expressamente na lei de sociedades por ações?

Essa reação imediata e instintiva à questão proposta revela-se, porém, inaceitável à razão jurídica, após exame mais detido. Pelo menos aqui, não tem aplicação o conselho paradoxal de Talleyrand: *méfiez-vous de la première idée, parce qu'elle est la bonne*.

Afaste-se, desde logo, qualquer tentação de se enveredar, para a solução do problema proposto, pelos ínvios caminhos que envolvem a impropriamente chamada unificação do direito privado. Não se há de cuidar, aqui, de questões meramente doutrinárias ou de suputações *de iure condendo*. Tem-se que raciocinar e decidir em face do sistema jurídico em vigor, independentemente de um juízo de valor acerca de sua perfectibilidade lógica ou conveniência histórica.

Pode-se, até mesmo, fazer abstração do sistema normativo que se convencionou denominar direito comercial. Com efeito, este compreende, segundo o mais largo consenso doutoral, várias matérias que se não compendiam num só corpo normativo — como sociedades por ações, letras de câmbio e notas promiss-

sórias, duplicatas, cheque, mercado de capitais, Bancos, Bolsas, propriedade industrial *et alia*. Reduzido à sua essência, o problema cinge-se à questão de saber se determinada hipótese de fato — aquisição onerosa de controle acionário — está ou não submetida a um conjunto de normas inscritas no Código Comercial, tal como ainda em vigor, e, especialmente, às disposições contidas nos citados artigos desse Código.

Escusa sublinhar, no entanto, que se o problema se põe é porque vigora no Brasil uma duplicidade de normas legais, no referente a algumas obrigações privadas. Em matéria de compra e venda, mandato, depósito, mútuo, por exemplo, o intérprete deve aplicar, conforme as circunstâncias, ora as normas do Código Civil, ora as disposições do Código Comercial. A circunstância que decidirá da aplicação de um ou de outro desses corpos normativos é a existência ou não, no caso concreto, de uma obrigação civil ou de uma obrigação mercantil. Põe-se, pois, preliminarmente, nessa matéria, um problema de *qualificação*, que é a definição de uma situação de fato perante o Direito, ou melhor, a sua identificação com o *tipo* ou modelo previsto como hipótese de incidência da norma. O problema das qualificações, é, com efeito, preliminar à tarefa de aplicação de normas jurídicas em geral; não se trata, apenas, de uma técnica específica do chamado direito internacional privado, onde, aliás, foi pela primeira vez analisado.<sup>1</sup>

Na teoria tradicional do direito mercantil, esse problema de qualificação é apresentado — de resto, sem muita clareza — sob o título de “definição da matéria de comércio”, como questão ligada ao debate sobre a autonomia da disciplina, no quadro geral do direito privado. Aceitando-se essa denominação por razões de facilidade expositiva, pois compendia numa só expressão uma multiplicidade de idéias e conceitos, parece avisado discorrer, numa primeira parte, sobre a definição da matéria

<sup>1</sup> Cf. Emilio Betti, *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*, 2.<sup>a</sup> ed., Milão, Giuffrè, 1971, p. 100 e segs.; Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, 1.<sup>o</sup> vol., t. II, São Paulo (Max Limonad), 1952, n.º 351, p. 543.

de comércio no direito privado brasileiro, para, na segunda parte, enfrentar, como natural consequência, a questão da qualificação da compra e venda de controle acionário.

## I

### *A Definição da Matéria de Comércio no Direito Privado Brasileiro*

O discurso sobre o assunto, na literatura jurídica brasileira, não prima pela clareza e escoreição de raciocínio. Os autores nacionais, ao que tudo indica, sucumbiram vítimas de nossa balda intelectual de tudo copiar, sem a necessária análise crítica. Dessa impressão penosa de um debate mal proposto, somente se pode sair recolocando a questão em sua perspectiva histórica — em primeiro lugar — e, afastando, metodicamente, todos os comentários e repetições ociosas, como segunda exigência preliminar.

Na perspectiva histórica, deve-se principiar pela reprodução do sistema original do Código Comercial, sem excrescências inúteis, isto é, reduzido aos seus elementos fundamentais.

#### A) *O sistema original do Código Comercial sobre a definição da matéria de comércio*

Aplicando-se ao Código a análise funcional, no sentido de determinar qual a razão última, tanto dos seus institutos quanto do sistema global por ele adotado, devemos indagar, de início, sobre o interesse prático da delimitação da chamada matéria de comércio. Na origem, a resposta é dupla: em primeiro lugar, a regulação de um problema de competência judiciária; ademais, o esclarecimento de uma questão de qualificação jurídica, como acima aludido.

A questão da competência judiciária prendia-se, em 1850, à criação de uma jurisdição mercantil, enucleada em Tribunais do Comércio, como órgãos judicantes de primeira instân-

cia, analogamente ao que ocorria em vários países da Europa Ocidental, cuja legislação nos servira de modelo, à época.

No Título Único do Código ("Da Administração da Justiça nos Negócios e Causas Comerciais"), complementar às três partes em que se dividia aquele corpo normativo ("Do Comércio em Geral", "Do Comércio Marítimo", "Das Quebras"), ordenou-se a criação de "Tribunais do Comércio na Capital do Império, nas Capitais das Províncias da Bahia e Pernambuco, e nas Províncias onde para o futuro se criarem, tendo cada um por distrito o da respectiva Província" (art. 1.º). Esses Tribunais eram competentes para julgar as "causas comerciais", reputando-se tais "todas as causas que derivarem de direitos e obrigações sujeitas às disposições do Código Comercial, contanto que uma das partes seja comerciante" (art. 18). Além disso, seriam também julgadas na conformidade das disposições do Código Comercial, e pela mesma forma de processo, "ainda que não intervenha pessoa comerciante: 1) as questões entre particulares sobre títulos da dívida pública, e outros quaisquer papéis de crédito do Governo; 2) as questões de companhias ou sociedades, qualquer que seja a sua natureza ou objeto; 3) as questões que derivarem de contratos de locação compreendidos nas disposições do Título X do Código Comercial, com exceção somente das que forem relativas à locação de prédios rústicos ou urbanos" (art. 19).

Cinco meses, exatamente, após a promulgação do Código Comercial, ou seja, em 25 de novembro de 1850, baixava-se o Decreto n.º 737, que determinava "a ordem do juízo no processo comercial". Ao explicitar e desenvolver as disposições contidas no citado Título Único do Código, não se pode dizer que esse Decreto tenha sido puramente regulamentar, como devera. Na verdade, houve clara ampliação dos textos legais, dados como regulamentados. Assim, por exemplo, no rol das causas a serem julgadas pelos juizes do comércio, mesmo entre partes não-comerciantes, acrescentaram-se "as questões relativas a letras de câmbio e de terra, seguros, riscos e fretamentos" (art. 20, § 4.º).

Seja como for, no sistema do Direito Brasileiro, em meados do século transcurso, a matéria de comércio, para o efeito da

determinação da competência dos Tribunais mercantis, definiu-se, quer "em razão das pessoas e dos atos", quer "em razão somente dos atos", como se disse, explicitamente, no Regulamento n.º 737.

Por outro lado, a delimitação dessa matéria de comércio, no sistema de Direito Privado de 1850 tinha, também, por objetivo determinar, preliminarmente, qual a lei aplicável a certos contratos e obrigações, dada a duplicidade legislativa acima apontada, e independentemente da instauração de qualquer instância, judicial ou arbitral. Sobre essa questão de qualificação jurídica, voltarei dentro em pouco.

#### B) O sistema atual de definição da matéria de comércio

Sucedeu que, em 1875, unificou-se no país a Justiça Cível, revogando-se o Título Único do Código Comercial e suprimindo-se, *ipso facto*, os Tribunais de Comércio. Com isto, como é perfeitamente óbvio, deixou de existir, por inteiramente superada, a questão da delimitação da matéria de comércio em razão da competência judiciária, não obstante continuasse em vigor o Regulamento n.º 737, como estatuto processual. No entanto, toda a doutrina brasileira, sem exceção, continuou imperturbável na discussão do assunto, como se nenhuma alteração em nosso direito positivo houvesse ocorrido. Continuou-se a discorrer, profusa e confusamente, sobre os chamados "atos de comércio" (expressão, aliás, que o Código somente menciona uma vez, de forma incidente, em seu art. 30, curiosamente ao se referir a estrangeiros, como se a expressão brotasse da pena do legislador por reflexo condicionado), na esteira do pensamento jurídico alienígena. Sobre esse "problema insolúvel para a doutrina, martírio para o legislador, enigma para a jurisprudência", na frase sempre citada de Brasília Machado, afadigaram-se inutilmente os autores nacionais, após 1875, porfiando-se — haja vista a famosa classificação de atos de comércio de Carvalho de Mendonça — na menção a "atos de comércio por força ou autoridade de lei", que somente teriam existido enquanto em vigor o art. 19 do Título Único do Código.

Em suma, superada a questão da delimitação da competência judiciária, em matéria comercial, o que restou, como problema de fronteiras entre o Direito Comercial e o Direito Civil, reduziu-se a duas questões: 1.<sup>a</sup>) a definição de *mercancia*, como atividade profissional dos comerciantes, para efeito da aquisição dessa qualidade, independentemente de matrícula nos Tribunais de Comércio (Código Comercial, art. 4.<sup>o</sup>), estendendo-se o conceito assim definido à matéria societária, para a distinção — pela natureza do objeto social — entre sociedades mercantis e civis; 2.<sup>a</sup>) a distinção entre contratos e obrigações mercantis, de um lado, e contratos e obrigações civis, de outro. As normas de direito cambial, pela ausência de duplicidade legislativa, não suscitavam problema algum de qualificação. Ou seja, a velha e tormentosa discussão a respeito dos chamados “atos de comércio”, como categoria genérica, perdera sentido, completamente.

Em relação à questão da qualificação dos contratos e obrigações mercantis, os critérios definidores devem ser encontrados no próprio direito positivo. Vejamos.

Deve-se admitir, *ab initio*, que as obrigações de um contrato mercantil são, obviamente, dessa mesma natureza. A esse respeito, a observação, tantas vezes citada de Carvalho de Mendonça, quanto à redação do art. 121 do Código, <sup>2</sup> frisa à evidência.

Não há, no Código Comercial, uma definição geral do que deva ser considerado como contrato mercantil. No entanto, a respeito de vários contratos em particular, há normas definidoras de um critério distintivo específico. É o que ocorre quanto ao mandato (art. 140), à comissão (art. 165), à compra e venda (art. 191, segunda parte, considerando-se o escambo ou troca como uma dupla venda — art. 221), à fiança (art. 256) e ao depósito (art. 280). Onde não existe a indicação desse critério distintivo — como na locação e no mútuo — deve-se admitir que a comercialidade do contrato resulta de sua inserção no fluxo da atividade empresarial ou mercancia.

<sup>2</sup> *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 6.<sup>a</sup> ed., vol. VI, 1.<sup>a</sup> parte, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S/A, 1960, n.º 254.

Delimitados, assim, os campos respectivos do direito comercial e do civil, em matéria obrigacional, importa assinalar que, no próprio regime do Código Comercial, o princípio é a aplicação das normas civis, figurando os dispositivos do Código de Comércio *como autênticas normas de exceção* — não no sentido de restrição de direito, mas de aplicação especial a casos determinados. O art. 121 declara que “as regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código”. E o art. 428, paralelamente, dispõe que “as obrigações comerciais dissolvem-se por todos os meios que o direito civil admite para a extinção e dissolução das obrigações em geral, com as modificações deste Código”. Temos, pois, que não há, propriamente, contraposição de dois sistemas jurídicos distintos, em matéria de obrigações: o do Código Civil e o do Código Comercial. O que há é *um só sistema*, no qual os dispositivos do Código de Comércio aparecem como modificações específicas das regras gerais da legislação civil, relativamente às obrigações e contratos mercantis. A duplicidade legislativa aparece, tão-só, no que tange a essas regras de exceção, dentro do sistema global.

## II

### *A Inaplicação dos Dispositivos do Código Comercial Brasileiro à Cessão de Controle Acionário*

Importa distinguir, desde logo, a cessão de controle acionário da compra e venda, pura e simples, de ações. A distinção era pouco desenvolvida, entre nós, até o advento da nova lei de sociedades por ações. Como tive ocasião de escrever, <sup>3</sup> “a cessão de 51% das ações votantes de uma companhia difere da cessão de 49% dessas ações, não apenas por razões de ordem quantitativa, mas sobretudo pela diversidade qualitativa do objeto.

<sup>3</sup> *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1977, n.º 82.

Essa diferença de 2% não é apenas numérica, pois importa a alienação de outro bem econômico, diverso dos títulos acionários. No primeiro caso, aliena-se, com a maioria das ações votantes, o poder de decidir e comandar na sociedade, em última instância". Objeto do negócio de cessão de controle acionário, portanto, é, apenas imediatamente, ações; o que se visa, na verdade, por intermédio da titularidade das ações, é a própria empresa. A causa jurídica do contrato não é a especulação acionária, ou o simples investimento proveniente da participação no capital da companhia; é a dominação sobre a empresa.

No sistema da Lei n.º 6.404, de 1976, essa distinção é bem marcada, em vários dispositivos, seja pela caracterização do acionista controlador como diverso dos demais acionistas (art. 116), por um regime específico de deveres e responsabilidades (art. 117); seja pela distinção entre sociedade controlada e sociedade coligada, no grupo societário (art. 243, §§ 1.º e 2.º); seja pela regulação especial do negócio de alienação de controle de companhia aberta (art. 254), ou da compra, por companhia aberta, do controle de qualquer sociedade mercantil (art. 256).

Isto posto, reafirme-se que o único problema jurídico a ser resolvido é o da qualificação jurídica do negócio, para o efeito de eventual aplicação à espécie das normas constantes do Código Comercial Brasileiro, ao invés dos dispositivos concorrentes do Código Civil. Por conseguinte, são de todo impertinentes as indagações ou discussões a respeito da identificação do negócio em causa como uma "questão de companhia" ou como uma "operação de banco", tal como vinha inscrito, respectivamente, nos revogados Título Unico do Código Comercial (art. 19, II) e Regulamento n.º 737 (art. 19, § 2.º). Tais critérios, como frisado acima, não diziam respeito à qualificação de contratos ou obrigações, mas à determinação da competência dos Tribunais de Comércio, quando ainda existentes, isto é, até 1875. Para a qualificação de contratos ou obrigações, o intérprete só pode recorrer, hoje, aos dispositivos ainda em vigor do próprio Código Comercial.

Ademais, ainda que pertinentes fossem aqueles dois critérios, no tocante à aplicação dos dispositivos do Código Comercial, nem por isso eles serviriam para a solução do problema em exame.

Quanto à "questão de companhia", em primeiro lugar, porque todos os dispositivos do Código referentes às "companhias de comércio ou sociedades anônimas" (arts. 295 a 299, inclusive) acham-se, de há muito, revogados. O direito aplicável seria, pois, a atual Lei n.º 6.404, de 15.12.76.

Por outro lado, ainda que se trate de aquisição, por Banco, do controle acionário de outra instituição financeira, não ocorrerá uma "operação de banco", segundo a expressão do art. 19, § 2.º, do Regulamento 737, ainda que tal critério fosse pertinente para a qualificação de contratos e obrigações mercantis.

Com efeito, o dispositivo do art. 19, § 2.º, do Regulamento n.º 737, ao falar em "operação de banco" — sempre na perspectiva da determinação da competência judiciária, repita-se — não leva em consideração um contrato isolado e, sim, a *mercancia*, isto é, o conjunto de atos, a atividade profissional consistente, na hipótese, na realização de operações bancárias. Em segundo lugar, ainda que o mencionado Regulamento estivesse em vigor para o efeito de definir quais os contratos ou obrigações aos quais aplicar-se-ia o Código Comercial — e já se viu que não era o caso, mesmo quando da vigência do Decreto de 1850 — mesmo assim é impossível identificar na cessão de controle acionário uma "operação de banco" unicamente pelos fatos de que cessionário do controle é um Banco e de que Banco é, também, a sociedade anônima cujo controle é cedido. Em parte alguma do mundo se entende por operação bancária a aquisição, sem intenção de revenda, de controle acionário de companhias, mesmo que estas sejam outros Bancos. Entre nós, aliás, essa conclusão resulta, claramente, dos próprios termos do diploma legal que dispõe sobre "a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias", a Lei n.º 4.595, de 31.12.64. Em seu art. 17, as instituições financeiras (expressão genérica que abrange todos os Bancos) definem-se como sendo "as pes-

soas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros, próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros". Os Bancos comerciais ou de depósito emprestam, financiam, afiançam, recebem depósitos, realizam cobranças; não praticam, empresarialmente, a atividade de aquisição de controle de companhias. Nem mesmo os Bancos de investimento, entre nós, realizam essa atividade, pois suas operações de *underwriting*, quando nas modalidades de garantia ou de *firm-commitment*, não têm por objetivo a aquisição do controle das companhias emitentes dos valores mobiliários; e quando isso acontece, por acidente, o Banco procura, desde logo, renegociá-lo, a fim de liberar recursos para novas operações.

O Banco que adquire o controle acionário de outra instituição financeira faz um investimento em ativo permanente, não uma "operação de banco". Pois, de outra sorte, teríamos que admitir, em boa lógica, que toda e qualquer aquisição de bens classificáveis no ativo permanente de uma instituição financeira (até mesmo a compra de mesas e cadeiras, como "móveis e utensílios") seria operação bancária, dando ensejo ao pagamento de imposto de operações financeiras etc. — o que, pelo simples enunciado, já demonstra o absurdo. Uma coisa é o investimento para a realização, direta ou indireta, da atividade constante do objeto social da companhia; outra coisa, a própria realização dessa atividade. Eis por que a Lei n.º 6.404 manda classificar como "investimentos", no grupo de contas do ativo permanente, "as participações permanentes em outras sociedades" (art. 179, III), mandando avaliá-las pelo custo de aquisição, enquanto que os valores mobiliários destinados à revenda são avaliados pelo valor do mercado, se este for menor que o custo de aquisição (art. 183, I e III).

A análise do negócio de cessão onerosa de controle acionário, em sua estrutura interna, leva, necessariamente, a uma aproximação com a compra e venda. De fato, a causa do controle é a transferência de propriedade ou titularidade de um

bem; e o sinalagma se completa com a obrigação de pagamento de um preço. Pouco importa que o poder de controle empresarial não se reduza a uma coisa, mas se configure como um direito, em sentido amplo, ou uma situação jurídica. A verdade é que esse poder decorre da titularidade de ações e estas, como autênticos valores mobiliários, materializam-se em títulos ou contas.

Ora, definindo a comercialidade da compra e venda, o Código de 1850, seguindo a tradição do Código Napoleão de 1808, fixa três elementos essenciais: 1.º) o caráter de coisa móvel da coisa; 2.º) a intenção de revenda ou de locação da coisa; 3.º) a qualidade de comerciante, do vendedor ou do comprador (art. 191, segunda parte). É interessante notar como essa caracterização da compra e venda mercantil é apresentada, no texto citado, sob o nítido aspecto de uma exceção, dentro do sistema geral das obrigações privadas, de acordo com o observado na primeira parte deste parecer: "É *unicamente* considerada mercantil etc."

Detenhamo-nos no segundo elemento, que é totalmente ausente no caso em exame.

Teixeira de Freitas não escondeu a sua repulsa ao que considerou como um falho critério psicológico do legislador: "Atos comerciais, porque ao potente legislador assim aprovou qualificá-los, não são atos comerciais por sondagem de intenções", observou, à margem da redação do artigo do Código.<sup>4</sup> Mas a crítica era infundada. Carvalho de Mendonça bem percebeu que não se cuidava de sondar a psicologia das partes, mas de analisar a *causa* da operação, pelas suas próprias circunstâncias objetivas: "Se não há expressa declaração do contratante, essa intenção resulta dos próprios atos, tais como a quantidade e a qualidade da mercadoria, a forma do contrato, o lugar onde foi este celebrado, ou onde se deve fazer a entrega da coisa, e desvenda-se claramente se o comprador é comerciante, isto é,

<sup>4</sup> *Additamentos ao Código do Commercio*, Rio de Janeiro, 1878, vol. 1.º, p. 590.

se pratica atos reiterados, transações amiudadas durante regular espaço de tempo.”<sup>5</sup>

Não foi outro, de resto, o critério preconizado pelo grande Vivante, ao interpretar dispositivo análogo do Código Comercial italiano de 1882.<sup>6</sup> “Elemento característico desses negócios (compra e venda de mercadorias)”, escreveu ele, “está no fato de que eles devam ser considerados por quem os realiza como negócios compreendidos numa série sucessiva de trocas. Tal é a compra comercial que, sendo por si mesma um ato de troca, prepara, na mente de quem compra, uma troca ulterior; tal é a venda que, sendo por si mesma um ato de troca, realiza, na mente de quem vende, uma troca anterior”. E esclarece: “A intenção de revender pode ser *reconhecível* pela quantidade e qualidade das mercadorias, pela expressa declaração dos contraentes, pelo modo de pagamento, pela profissão comercial do comprador, pelas anteriores relações de negócio, pela forma do contrato, pelo lugar em que o negócio é concluído ou deve ser feita a entrega das mercadorias. Quando a intenção de revender emerge das circunstâncias contratuais que todas as partes podem perceber, a compra não perde o caráter comercial, somente porque, no caso, o vendedor não as percebeu.”

Por isso, ambos os autores frisam que compra e venda mercantil tem por objeto *mercadorias* (como estava, aliás, no texto do revogado Código Comercial italiano de 1882), e não quaisquer coisas móveis. Pois aquelas, como advertiu Carvalho de Mendonça, constituem espécie de que estas são o gênero: as mercadorias são as coisas móveis consideradas como objeto da circulação mercantil, situando-se a diferença específica, entre umas e outras, nessa destinação.<sup>7</sup>

É com fundamento em tal análise que Vivante extrai uma conclusão da maior relevância: “A importância essencial que a

<sup>5</sup> *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, cit., vol. I, n.º 328.

<sup>6</sup> *Trattato di Diritto Commerciale*, 5.ª ed., Milão (Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi), 1929, vol. I, n.ºs 36 e 37.

<sup>7</sup> *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, cit., vol. V, 1.ª parte, n.º 24.

intenção de revender apresenta na configuração jurídica desse ato de comércio não nos permite nele compreender também a aquisição de um inteiro estabelecimento comercial, porque nesse caso a aquisição não é feita com a intenção de revenda.”<sup>8</sup> A analogia com a aquisição de controle acionário é patente. Aliás, já tive ocasião de assinalar que, durante a primeira metade deste século, a doutrina européia, em cuja esteira seguia a nossa, desconhecia, totalmente, a problemática das cessões de controle acionário, mas dissertava com segurança sobre as cessões de estabelecimento, tendendo, freqüentemente, a assimilar aquelas a estas.<sup>9</sup>

Ademais, a ausência dessa intenção de revenda resulta clara, também, da própria contabilização das ações de controle, nos livros de companhia adquirente. Como lembrei acima, elas se classificam como “investimento” no ativo permanente da companhia que as adquiriu, e não no realizável. Assim lançadas na contabilidade da compradora, avaliam-se pelo seu custo de aquisição — e nunca pelo valor de mercado, se houver — custo esse sujeito à correção monetária anual, como todos os demais elementos do ativo permanente (Lei n.º 6.404, arts. 179, III; 183, III e 185, § 1.º, “a”). Trata-se de mais um dado objetivo — e da maior importância, porque correspondente a um dever legal — a atestar a inexistência desse elemento indispensável à configuração de qualquer compra e venda mercantil: a intenção de revenda da coisa, ou a inserção da operação no ciclo de circulação comercial da mercadoria.

A conclusão que decorre, inelutavelmente, das premissas acima demonstradas é que a compra e venda de controle acionário não está submetida, no direito brasileiro, às normas constantes do Código Comercial e, sim, à legislação civil, que é o direito comum. Especificamente, em matéria de constituição do devedor em mora, não se há de aplicar, no caso, a norma da prévia interpelação, quando a obrigação inadimplida tiver prazo certo (Código Comercial, arts. 138 e 205). Ao contrário,

<sup>8</sup> Op. cit., *ibidem*.

<sup>9</sup> *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., n.º 89.

rege a matéria o art. 960 do Código Civil, posto que as obrigações principais, tanto do comprador quanto do vendedor, são positivas e líquidas (sem o que, aliás, não se pode dizer que o contrato foi concluído).

De resto, sob o aspecto de política legislativa, essa solução harmoniza-se, perfeitamente, com as exigências de menor formalismo e de maior respeito à substância dos pactos celebrados, características do direito hodierno nessa parte. É sabido que, contrariamente ao que sucede na maioria das demais legislações ocidentais, o direito brasileiro é mais moderno nas obrigações civis do que nas mercantis, em razão do longo lapso de tempo — mais de meio século — que medeou entre a promulgação do nosso Código Comercial e a posterior promulgação do Código Civil. O juízo jurídico-formal da não-aplicação das normas do Código de Comércio às cessões de controle acionário vê-se, assim, corroborado com a aprovação dessa solução, no plano valorativo, em atenção aos fins sociais do Direito e às exigências do bem comum (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5.º).

Restaria, agora, para rematar o raciocínio, fazer uma espécie de teste, com base no direito comparado, verificando se essa mesma solução aqui encontrada harmoniza-se ou não com as soluções dadas a problema idêntico nos sistemas jurídicos alienígenas. Para tanto, é mister recorrer ao direito francês, não só porque foi ele a matriz das demais legislações da família romanística, nesta parte, como também porque apresenta a apreciável vantagem de não haver sido substancialmente modificado, quanto à caracterização da matéria de comércio, desde o início do século passado. A experiência gaulesa, neste ponto, é, pois, das mais ricas.

Mantendo a dualidade de jurisdições em primeira instância, no campo cível, a França conhece Tribunais de Comércio ao lado de órgãos judiciários competentes sobre matéria não mercantil. Dispõe, a respeito, o sempre citado art. 631, § 2.º, do Código Napoleão, que *les tribunaux de commerce connaîtront des contestations entre associés, pour raison d'une société de*

*commerce*. Surgindo a questão de saber se um litígio concernente à cessão de quotas sociais ou ações de companhia deveria ser considerado civil ou mercantil, a jurisprudência firmou orientação no sentido da incompetência dos Tribunais de Comércio, por se tratar de um contrato ou operação meramente civil.<sup>10</sup>

Precisamente, no litígio julgado pela Corte de Apelação de Paris em 24 de junho de 1966, tratava-se da cessão de totalidade das quotas de uma sociedade limitada a outra sociedade, com a obrigação colateral desta última de assumir todas as responsabilidades da primeira, em processo de concordata. Poder-se-ia assimilar uma transação dessa natureza à cessão de estabelecimento, pacificamente entendida como sendo um ato de comércio?<sup>11</sup> Eis as razões da resposta negativa da Corte de Apelação de Paris, que pela clareza e rigor de raciocínio merecem ser transcritas:

*Qu'il est constant que les dispositions de l'article 631 paragraphe 2, du Code de commerce attribuant à la juridiction consulaire la connaissance des contestations entre associés pour raison d'une société de commerce ne peuvent recevoir application que lorsque le litige opposant les associés a sa source dans le pacte social, mais doivent être écartées lorsque la contestation née d'une cession de parts est étrangère audit pacte et oppose cessionnaires et cédants, lesquels ne peuvent avoir simultanément la qualité d'associés;*

*Que tel est précisément le cas en l'espèce, le litige portant sur la validité d'une vente de parts sociales, acte de caractère civil mettant seulement en jeu les rapports personnels des ces-*

<sup>10</sup> Acórdãos da Corte de Apelação de Paris, de 17 de outubro de 1960, *Dalloz*, 1961, 199 e de 10 de outubro de 1964, *Dalloz*, 1965, 125; e da Corte de Cassação, de 5 de dezembro de 1966, *Dalloz*, 1967, J., 409 e de 11 de outubro de 1971, *Dalloz*, 1972, 688.

<sup>11</sup> Cf. acórdão da Corte de Cassação, de 19 de junho de 1972, em *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Commerciale*, org. por Roger Houin e Bernard Bouloc, 2.ª ed., Paris, *éditions Sirey*, 1976, p. 48.

*sionnaires et des cédants et étant par conséquent de la compétence des juridictions civiles.*

A única exceção admitida pelos Tribunais franceses a esse princípio da competência civil, em matéria de transferência de quotas sociais e ações de companhias, é a de litígios sobre cessões que se integram numa operação ulterior do tipo liquidação social — afetando a própria pessoa jurídica.<sup>12</sup>

Observe-se que essa orientação do direito francês diz respeito à competência judiciária, matéria que, como se viu, ficou superada entre nós com a unificação da jurisdição cível, em 1875. No entanto, ainda que continuasse em vigor o art. 19, II do Título Único do Código Comercial, e ainda que não revogados os artigos do Código sobre sociedades anônimas, o entendimento da jurisprudência gaulesa não poderia ser desconsiderado, ao julgar que uma cessão de controle acionário não constitui “questão de companhia” e, por conseguinte, não é ato de comércio.

<sup>12</sup> Acórdão da Corte de Apelação de Colmar, de 17 de novembro de 1972, *Dalloz*, 1973, Sumário, 77.

B — Sociedade por quotas de responsabilidade limitada —  
Transformação em Sociedade Anônima — Pretendida  
aplicação subsidiária da Lei das Sociedades por  
Ações no cálculo do valor de reembolso das quotas  
do sócio dissidente

#### PARECER

O contrato social de I. — Intercâmbio de Comércio Exterior Ltda. estipulava, em sua cláusula IX, que “todas as deliberações sociais serão tomadas por sócio ou sócios representando a maioria do capital social”.

Os três sócios dessa sociedade foram convocados para uma reunião, na qual dois deles, representando mais da metade do capital social, decidiram transformá-la em companhia. O terceiro sócio não compareceu a essa reunião e, posteriormente, manifestou sua dissidência, declarando exercer seu direito de retirada. Não concordou, contudo, em que o valor de reembolso de suas quotas lhe fosse pago de acordo com o pactuado no contrato social, pretendendo recebê-lo no prazo e pela forma estabelecidos na lei de sociedades por ações. Segundo esse sócio dissidente, dever-se-ia aplicar ao caso a legislação pertinente à sociedade anônima, que foi o tipo social adotado na transformação.

Daí a consulta que a sociedade transformada, I. S/A. — Intercâmbio de Comércio Exterior, nos dirige, formulando os quesitos mais abaixo apresentados.

A consulente apresentou-nos, para exame, o texto integral do contrato social, no momento da transformação.

Já foi profusamente salientada, por todos os que se ocuparam da sociedade por quotas de responsabilidade limitada entre nós, a composição lacunosa do Decreto n.º 3.708, de 1919. Di-