

Tullio Ascarelli  
Catedrático na Universidade de Bolonha – Professor contratado pela Faculdade  
de Direito de São Paulo

**PROBLEMAS DAS  
SOCIEDADES ANÔNIMAS  
E DIREITO COMPARADO**

1ª reimpressão

2008



SÃO PAULO-SP

de; os limites, quanto à redução do capital, da discricionariedade da assembléia à vista dos direitos dos terceiros credores.

As normas que se relacionam com o princípio da responsabilidade limitada correspondem, em princípio, às relações que poderíamos dizer *externas* da sociedade, isto é, às suas relações com terceiros.

Isso em dois sentidos; é levando em conta as relações para com os terceiros que se estabelece o princípio da responsabilidade limitada do acionista, ou seja, a irresponsabilidade do acionista pelas dívidas sociais<sup>992</sup>; é, antes de mais nada, para a tutela de terceiros que se ditam as normas, que visam a obviar os perigos decorrentes desse princípio.

#### 11. Indiferença da pessoa do sócio à caracterização jurídica da sociedade

Admitido o princípio da responsabilidade limitada era possível admitir, também, ser a pessoa do sócio indiferente à caracterização jurídica da sociedade, sendo, por isso, possível a mudança da pessoa do sócio, independentemente de uma modificação do contrato social e do consentimento dos demais sócios<sup>993</sup>. Com efeito, quando o sócio é limitadamente responsável – especialmente se a ação é integralizada –<sup>994</sup>, pode ser, juridicamente, indiferente, em princípio, ser o acionista da sociedade, Fulano ou Beltrano.

992. Em alguns sistemas jurídicos não está excluída a possibilidade de que o acionista, contraia, ulteriormente e até certos limites, uma responsabilidade maior, para com a sociedade, que a resultante da subscrição das ações da sociedade. Isso, no entanto, não derroga o princípio de ser o acionista responsável apenas pelo que prometeu e irresponsável pelas dívidas da sociedade.

993. Ao contrário do que acontece nas demais sociedades, a não ser quanto ao comanditário de uma comandita por ações.

994. Se a ação não é completamente integralizada, a transferência é possível, mas o alienante fica responsável pela integralização justamente para evitar um prejuízo a terceiros. Cf. art. 75, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. Na atual legislação, a responsabilidade é solidária entre alienante e adquirente (Cf. art. 108 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

Note-se, no entanto, o alcance deste princípio; a sociedade acaba por ser, juridicamente<sup>995</sup>, independente das pessoas dos seus sócios; a pessoa do sócio desaparece e, ao contrário, campeia o capital; à variabilidade das pessoas dos sócios contrapõe-se a fixidez do capital social<sup>996</sup>.

Este princípio contrasta com os princípios tradicionais do contrato de sociedade, baseado justamente nas pessoas dos sócios, sendo por isso impossível a mudança dos sócios independentemente da modificação da sociedade.

Esse princípio coaduna-se, porém, com o da responsabilidade limitada e foi, com efeito, desenvolvendo-se, historicamente, paralelamente com aquele.

O princípio de não importar a mudança dos sócios uma modificação do contrato social apresentou-se, talvez, na origem das sociedades anônimas, com um cunho ainda mais excepcional, do que o próprio princípio da responsabilidade limitada, cujos precedentes históricos eram mais freqüentes e numerosos. Constituiu, no início, um “privilégio” das companhias, decorrente da “carta” em que se baseava a sua constituição; reconheceu-se, depois, nele, uma característica das sociedades anônimas relacionada, justamente, com o princípio da responsabilidade limitada.

Já desde o início da evolução histórica do instituto, este princípio – relacionado com o desenvolvimento do instituto dos títulos de crédito – importou possibilidade de incorporar as ações em títulos de crédito, circuláveis, por isso, com a particular facilidade e segurança própria dos títulos de crédito, sendo, portanto, possível a participação do público nas sociedades anônimas.

Surgiram assim novos problemas que encontram a sua origem justamente no número dos acionistas de uma sociedade

995. É claro, com efeito, poder, a personalidade dos sócios ter, de fato, uma grande importância, apesar da responsabilidade limitada deles.

996. Há, portanto, uma “despersonalização” do contrato de sociedade. Esta tendência à “despersonalização” (podem-se lembrar, também, os títulos ao portador e, em geral, os títulos de crédito) encontra-se, com freqüência, nos institutos do direito comercial.

anônima; no fato de serem as suas ações espalhadas pelo público; na necessidade, portanto, de uma proteção deste; no desenvolvimento de um mercado financeiro e nos problemas que, por seu turno, decorrem da existência desse mercado.

## 12. Organização interna da sociedade e tutela do acionista

As normas que se prendem à divisão do capital em ações dizem respeito à organização *interna* da sociedade.

Nas sociedades anônimas, em substância, o direito parte do conceito de que, em conseqüência do número dos acionistas e da variabilidade deles, o sócio, como tal, não pode administrar, direta e pessoalmente, a sociedade. Daí a distinção entre sócios e diretores; entre um órgão deliberativo (assembléia) e um órgão que preside à gestão normal da sociedade (diretores).

O acionista não tem nem sequer um poder ilimitado e contínuo de controle pessoal direto; também o controle geral e contínuo é confiado a um órgão especial (fiscais)<sup>997</sup>, ao passo que apenas determinadas funções de controle são confiadas ao acionista individualmente ou a minorias qualificadas<sup>998</sup>.

997. No direito inglês não há distinção entre um órgão de fiscalização e um órgão de direção: conhece-se somente o *board of directors* ao passo que a revisão contábil é confiada a contadores revisores, que não constituem, porém, um órgão da sociedade, nomeado pela assembléia.

998. Os sócios com responsabilidade ilimitada, ao contrário, têm fundamentalmente a possibilidade de administrar a sociedade (embora, o contrato social, possa confiar a administração somente a um ou mais sócios). O mesmo se pode dizer quanto aos sócios de uma sociedade por quotas com responsabilidade limitada. Ao passo que estas sociedades não estão aptas a fazer apelo ao público quanto ao seu financiamento, não apresentam, por outro lado, em princípio na sua organização interna, a complexidade peculiar à sociedade anônima, aproximando-se, sob este aspecto, das sociedades em nome coletivo; à falta da circulabilidade da participação social e à relevância da pessoa do sócio, quanto à caracterização da sociedade, correspondem maiores poderes do sócio quanto à gestão e à fiscalização da sociedade. Os comanditários, por seu turno, não têm e não podem ter poderes de administração, reservados, ao contrário, aos sócios ilimitadamente responsáveis; possuem, entretanto, um poder de controle. Economicamente, como nota-

Distingue-se, por isso, na organização interna da sociedade, o que respeita à orientação geral da sociedade; à gestão dela; ao controle desta e, respectivamente, portanto, o que respeita à assembléia; aos diretores; aos fiscais.

Apresentam-se, assim, na sociedade anônima, os problemas que respeitam aos poderes do "executivo" e aos seus limites; à organização das assembléias, às quais cabe ditar a orientação geral; à necessidade de que, a gestão da sociedade, obedeça aos critérios determinados pela maioria; à tutela do direito de cada acionista no que respeita ao seu direito de voto; à garantia dos direitos da maioria e à tutela da minoria; à disciplina e à independência de um órgão de controle. Decorrem daí as analogias de alguns problemas das sociedades anônimas com os problemas do direito público.

No início da evolução histórica das sociedades anônimas prevaleceu uma concepção que poderia quase denominar-se "aristocrática", admitindo a possibilidade de ser, a administração da sociedade, reservada aos incorporadores ou a alguns acionistas.

A evolução sucessiva, a não ser em algumas manifestações<sup>999</sup>, foi democratizando a sociedade anônima e frisando o princípio de serem, os diretores, "mandatários" (os norte-americanos dizem *trusts*) da sociedade.

Na concepção da Lei francesa de 1867, prevalecia uma orientação rigorosamente contratualista; esta concepção, por um lado, limitava os poderes da maioria na vida da sociedade; por outro lado, porém, "descuidava dos limites da discricionariedade das partes na constituição da sociedade".

mos, a circulabilidade da ação e a efetiva existência de um mercado de capitais proporciona, ao acionista, uma tutela quanto aos perigos decorrentes da situação notada no texto; evidenciam-se assim as relações entre a circulabilidade das ações e os direitos do acionista no que respeita à gestão da sociedade. É desnecessário, entretanto, acrescentar não poder, esta consideração, levar a descuidar da tutela jurídica do acionista. Aliás, faltando uma efetiva tutela jurídica do acionista, já a circulação da ação resulta, de fato, impossível e impossível a existência do respectivo mercado.

999. Como a Lei alemã de 1937.

Por isso opunham-se limites rigorosos às modificações estatutárias, dando-se muito relevo à distinção entre as várias modificações estatutárias; negava-se em princípio poderem, as reformas legislativas respeitar, de qualquer forma, às sociedades já constituídas; encarava-se, no aumento de capital uma nova constituição parcial; admitia-se, porém, de outro lado, a possibilidade de subordinar o direito de voto do acionista à posse de um número mínimo de ações; descuidava-se da disciplina dos vícios da deliberação assemblear; tendia-se a assimilar o sistema dos vícios na constituição da sociedade àquele geral dos vícios dos contratos no direito comum e assim por diante.

Na evolução posterior, que se inicia com a lei belga e se acentua com as ulteriores, pode-se notar, ao contrário, uma corrente diversa, talvez inspirada, substancialmente, em duas preocupações.

Por um lado, os poderes da maioria foram-se alargando para facilitar a gestão da sociedade e a adaptação de seus estatutos às diferentes exigências sociais. Assim se admitiu a possibilidade, em muitos direitos, de qualquer reforma estatutária<sup>1000</sup>, sem distin-

1000. A não ser, em quase todos os direitos, a mudança de nacionalidade e, em muitos direitos, a transformação. Cf. art. 72, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, mantido em vigor por força do art. 300 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976; arts. 104 e 150, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 e, respectivamente, arts. 135 e 221 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. No sistema italiano, a possibilidade de a maioria modificar o estatuto foi, no entanto, moderada pela instituição do direito de retirada, adotado também no Brasil pelo Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, e mantido pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. No direito francês a evolução assinalada no texto se realiza pelas Leis de 1913 e 1930. No direito inglês e norte-americano, mantém-se ainda o conceito da "carta" como base da sociedade, tendo-se em vista um triplicê contrato: entre a sociedade e os acionistas, entre a sociedade e o Estado e entre os acionistas e o Estado. Esse contrato não pode, em princípio, ser modificado em suas cláusulas essenciais. (Cf. Cook, *Principles of Corporation Law*, Ann Arbor, 1931, pp. 383 ss.) A redação das cláusulas estatutárias veio ampliando, porém, a possibilidade de reformar os estatutos e, às vezes (cf. Berle & Means, cit.), perigosamente ampliando, a este respeito, os poderes da maioria e dos diretores.

guir entre reformas previstas e não-previstas nos estatutos, mas exigido, entretanto, *quorum* e maiorias especiais; admitiu-se, em alguns direitos<sup>1001</sup>, que a ação social de responsabilidade contra os diretores cabe apenas à assembleia, podendo ser exercida só em virtude de prévia deliberação assemblear e por meio de órgãos designados pela assembleia. Em alguns direitos<sup>1002</sup> foi admitida a possibilidade de reformar os estatutos, não só com as maiorias especiais, mas também, desde que assim tenha sido previsto no ato constitutivo, com a maioria ordinária ou foram disciplinadas maiorias diversas<sup>1003</sup> quanto às diversas modificações estatutárias.

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 e, *a fortiori*, com uma deliberação por maioria<sup>1004</sup>.

1001. Por exemplo, no italiano. A Lei suíça de 18 de dezembro de 1936 volta, porém, ao sistema da possibilidade de o acionista exercitar a ação de responsabilidade social contra os diretores. No direito brasileiro (cf. art. 123, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940), a ação cabe à sociedade, mas, caso esta não aja no prazo de seis meses, cada acionista pode agir. No direito francês o acionista pode, desde logo, exercitar a ação social de responsabilidade; ademais o Decreto de 31 de agosto de 1937, modificando o art. 17 da Lei de 1867, declarou nulas as cláusulas estatutárias que subordinassem a ação de responsabilidade social (exercitável pelo acionista) à prévia deliberação da assembleia; nulas as deliberações assembleares que renunciem à ação de responsabilidade social e transigam a respeito.

1002. Por exemplo, no art. 158 do Código de Comércio italiano de 1822.

1003. Cf. art. 104 e art. 105 do Decreto brasileiro nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. Atualmente regulamentado pelos arts. 135 e 136 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

1004. Cf. art. 78, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. Os direitos essenciais do acionista estão hoje previstos no art. 109 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 e são: I – participar dos lucros sociais; II – participar do acervo da companhia, em caso de liquidação; III – fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais; IV – preferência para subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos arts. 171 e 172; V – retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei.

Assim, o direito aos lucros<sup>1005</sup>; o direito à quota de liquidação; o direito de voto (excluindo a possibilidade de subordinar o voto à posse de um número mínimo de ações)<sup>1006</sup>; o direito à paridade de

1005. Este direito não respeita apenas ao direito de o acionista participar dos lucros sociais, mas abrange também o direito a uma efetiva distribuição periódica do lucro distribuível. Coaduna-se com este direito a impossibilidade, para a assembléia ordinária, de constituir reservas; os limites que, quanto à constituição das reservas, encontram também os estatutos; o problema das reservas ocultas e assim por diante. A respeito do problema das reservas ocultas cumpre talvez distinguir entre: 1) o dever dos diretores de indicar os critérios adotados na avaliação dos bens sociais e dos fiscais de verificar-lhes a aplicação; 2) os limites dos poderes da assembléia no que respeita à avaliação deles (sendo, a meu ver, possível encarar de modo especial a posição do acionista que se retira no que se refere à possibilidade de impugnar o balanço por serem os bens subavaliados; realmente no que respeita ao acionista que se retira os poderes da assembléia na avaliação dos bens sociais devem ser menores, justamente porque respeitariam quem deixa de fazer parte da sociedade); 3) as sanções que respeitam à hipótese de superavaliação dos bens (que, diversamente das sub-avaliações, contrariam os direitos dos terceiros e não o do acionista à distribuição periódica dos lucros, sendo, por isso, natural uma maior severidade, evidenciada realmente na tutela de direito penal).

1006. Entretanto no direito francês chegou-se a admitir o princípio do direito individual de voto de cada acionista apenas quanto às assembléias extraordinárias; quanto às ordinárias, admite-se poder, o direito de voto, estar subordinado à posse de um determinado (vinte ao máximo) número de ações. Cf. Decreto de 30 de outubro de 1935. Por outro lado, a evolução mais recente vem atenuando esse princípio; primeiro, admitindo as ações com voto plural (de origem francesa, e contra as quais se manifestou, em seguida, uma reação legislativa; cf., no próprio direito francês, os limites decorrentes, quanto às ações a voto plural, da Lei de 10 de novembro de 1933; no direito brasileiro a proibição do art. 80, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, mantida no art. 110, § 2º, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976); segundo, admitindo as ações com voto limitado (de origem norte-americana). As legislações visam a disciplinar estas hipóteses e a ditar-lhes os limites, bem como a tutelar, com maiores direitos no terreno patrimonial, os acionistas com voto simples ou sem voto (impondo, por exemplo, que sejam privilegiados nos dividendos. Cf. arts. 9º e 10 do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, e arts. 15 e 17 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976). Inspiram-se elas, então, no justo princípio de que aos *menores* direitos quanto à administração deve corresponder uma garantia *maior* do ponto de vista patrimonial: uma aplicação tradicional desta orientação é

tratamento entre os acionistas ou entre os acionistas da mesma categoria<sup>1007</sup>, assim como o de o acionista continuar sócio<sup>1008</sup>; o direito do acionista a não dever, salvo seu consentimento, versar importâncias ulteriores, além das devidas pela subscrição das ações<sup>1009</sup>; o direito a obter informações na assembléia; e assim por diante. Essa categoria de direitos foi-se alargando progressivamente: foi assim que se admitiu o direito de preferência dos acionistas ao aumento de capital social.

Esta evolução relaciona-se, talvez, à progressiva circulação das ações de acordo com o progressivo desenvolvimento de um mercado financeiro<sup>1010</sup>.

a que, nas sociedades em comandita, liga os poderes de administração à responsabilidade ilimitada, e vice-versa.

1007. Deste direito decorre, por exemplo, a impossibilidade de reservar a subscrição de novas ações tão-somente a alguns acionistas, mesmo independentemente da existência de um direito de preferência dos acionistas no aumento de capital (este último direito, com efeito, tutela os acionistas não somente entre si, mas também perante terceiros. Cf. art. 111, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, e, atualmente, art. 171 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976); deste direito decorre deverem, o resgate e a amortização, abranger igualmente todas as ações (cf. arts. 16 e 18, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, atualmente art. 44, Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

1008. As conseqüências deste direito são particularmente discutidas e importantes no que respeita às várias formas para efetuar uma redução de capital. De um modo geral, o sócio só pode perder esta posição quando não satisfaz sua contribuição. Cf. arts. 74 ss., Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, e, atualmente, art. 106 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Quanto à suspensão dos direitos do acionista, art. 85, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, hoje, art. 120 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

1009. Deste direito decorre a impossibilidade para a sociedade, deliberando por maioria, de obrigar os sócios a participarem de um aumento de capital, o que levantou o problema (resolvido, no direito brasileiro, em sentido afirmativo; cf. art. 113, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, hoje art. 167 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) da possibilidade de aumentar o capital com as reservas. Em alguns sistemas, admite-se, no entanto, a possibilidade de deliberar, a maioria, a "reintegração" do capital com a obrigação de os acionistas participarem dela, quando não preferirem retirar-se da sociedade com o reembolso do valor de suas ações.

1010. Bem como ao fato de que, com o decorrer do tempo, aumentou o número das sociedades anônimas constituídas dezenas de anos atrás - às vezes

Com efeito, enquanto os acionistas ficarem sempre, de fato, os mesmos, durante toda a vida da sociedade, apresenta-se, por um lado, mais grave uma modificação estatutária que contraste com o que foi originariamente contratado; apresenta-se, por outro lado, de menor relevo a exigência de limitar a discricionariedade das partes na constituição da sociedade.

Quando, porém, os acionistas, de fato, mudam com frequência durante a vida da sociedade, é natural, de um lado, o aumento dos poderes da maioria; de outro lado, uma maior preocupação acerca da tutela dos direitos individuais de cada acionista mesmo no que diz respeito à discricionariedade das partes na constituição da sociedade.

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<sup>1011</sup>; 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 assembleares e dos votos<sup>1012</sup>.

mais de um século atrás – adquirindo conseqüentemente maior alcance o problema da modificabilidade dos estatutos.

1011. Cf. arts. 82, 84, 91, 95, 100, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, e, respectivamente, arts. 115, § 1º, 114, 126, 115 e 134 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

1012. Foram-se portanto, distinguindo os vícios do voto e os vícios da deliberação: os primeiros viciam a deliberação, quando, à vista do número dos votos viciados, falte a maioria necessária. Entre os vícios da deliberação, foram-se distinguindo os que respeitam à ineficácia (enquanto violem direitos dos terceiros) dela; os que respeitam à nulidade da deliberação e aqueles que, ao contrário, respeitam à impugnabilidade (enquanto, por exemplo, sejam violadas as normas que respeitam ao procedimento das deliberações assembleares) da deliberação. De um lado, a exigência de tutelar os terceiros e de evitar incertezas, determinou uma orientação favorável a prescrições curtas quanto aos vícios de impugnabilidade (cf., no direito brasileiro, art. 156, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro

Realmente não pode haver um sadio desenvolvimento das sociedades anônimas sem uma eficaz tutela da minoria e do acionista, e independentemente do princípio de que os poderes da diretoria são outorgados no interesse dos acionistas.

O problema da tutela da minoria foi, por isso, adquirindo sempre maior importância no desenvolvimento das sociedades anônimas e a doutrina e a jurisprudência foram, progressivamente, sempre melhor evidenciando as normas a respeito.

De outro lado, no desenvolvimento das sociedades, foram-se diferenciando tanto as várias categorias de ações<sup>1013</sup>, quanto as várias categorias de financiadores e de interessados nos lucros<sup>1014</sup>.

de 1940; atualmente regulamentado pelo art. 286 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976); de outro lado, justamente por isso, frisou-se a distinção entre vícios de impugnabilidade e vícios de nulidade.

1013. Ações privilegiadas; ações com voto plural (vedadas, no Brasil, mas previstas em algumas legislações); ações com voto limitado. Cf. arts. 9º, 10, 80, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, respectivamente, hoje, arts. 15, 17 e 110 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Particularmente fecunda foi, a este respeito, a prática norte-americana, também à vista da diferença entre as legislações dos vários Estados dos Estados Unidos, sendo ali, a legislação sobre as sociedades anônimas, de competência estadual e não federal. As várias categorias de ações e de títulos sociais ali conhecidos são elencados em Cook, *Principles of Corporation Law*, Ann Arbor, 1931, pp. 47-53.

1014. Obrigações (por sua vez, de várias categorias); partes beneficiárias. Cf. arts. 31 e 105, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, hoje regulamentados pelos arts. 46 e 136 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. As obrigações representam um instrumento para o financiamento a longo prazo da sociedade, tendo em vista a constituição do seu "capital fixo". Correspondem, por conseguinte, "economicamente", à função a que, em princípio, deveriam corresponder as ações, a despeito das profundas diferenças; não objetivam o financiamento do "giro" dos negócios sociais, ao qual atendem, ao contrário, o desconto bancário e as operações análogas. Essa circunstância e o fato de ser feito, esse financiamento, através de títulos de crédito emitidos em massa e lançados entre o público torna necessária uma disciplina legal especial, seja para tutelar os debenturistas, seja para tutelar a sociedade e os demais credores dela. No direito brasileiro visou-se, no entanto, antes de mais nada, a cuidar da distinção entre debêntures e papel-moeda. Encontravam-se, assim, previstas apenas as debêntures ao portador, na legislação anterior. Na Lei

A existência dessas várias categorias requereu uma disciplina ulterior dos direitos da maioria. Por um lado, é óbvio, que a maioria dos acionistas ordinários ou a dos acionistas preferenciais não pode derogar os direitos dessas categorias; de outro lado, porém, foi mister organizar um sistema, para tornar possível, em alguns casos, a modificação dos direitos dessas categorias, independentemente do consentimento individual de cada interessado; submeter ao consentimento dessas categorias algumas modificações estatutárias que, embora não dizendo respeito aos seus direitos, poderiam, entretanto, prejudicá-las indiretamente; organizá-las para alcançar uma tutela mais eficaz de cada um dos seus membros<sup>1015</sup>.

As leis mais recentes cuidam, justamente, de uma organização coletiva dessas categorias de financiadores, interessados nos lucros, e acionistas<sup>1016</sup>.

nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, por força da reforma introduzida pelas Leis nº 8.021, de 12 de abril de 1990 e nº 9.457, de 5 de maio de 1997, estipulou-se que as debêntures serão sempre nominativas. De outro lado são, no direito brasileiro, as debêntures, legalmente privilegiadas. Estas características, entretanto, não se encontram na maioria das demais legislações que, de um lado, disciplinam, seja debêntures ao portador, seja debêntures nominativas; de outro lado, não reconhecem serem as debêntures legalmente privilegiadas, embora admitindo poderem, elas, ser garantidas com uma garantia convencional sobre bens determinados.

1015. Mesmo antes da intervenção legislativa, esta tendência foi-se realizando espontaneamente, por exemplo, mediante "associações" de obrigacionistas. Aliás, é fácil notar, mesmo no âmbito interno da sociedade anônima, a tendência dos acionistas a se organizar coletivamente: é o que acontece nas hipóteses de sindicato acionário.

1016. Cf., no direito brasileiro, Decreto nº 781, de 12 de outubro de 1938 (regula a comunhão de interesses entre portadores de debêntures). Hoje a matéria está regulada por completo nos arts. 52-74, especialmente no art. 71, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Veja-se também o art. 37, § 3º, do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 (quanto às partes beneficiárias), matéria hoje regulamentada pelo art. 51 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976; no direito francês a Lei de 29 de janeiro de 1939 (quanto às partes beneficiárias) e o Decreto de 30 de outubro de 1935 (quanto às debêntures).

### 13. Posição do sócio

A complexidade de disciplina da sociedade anônima põe em evidência, parece-me, a impossibilidade de identificar os direitos do sócio em "um só" direito, seja real, seja obrigacional. Pode-se, antes, encarar na posição do sócio uma "posição", um pressuposto, um *status* do qual – verificados demais requisitos, diversos nos vários casos – decorrem, de um lado, deveres (em relação à integralização das ações) e, de outro lado, direitos de caráter patrimonial (por exemplo, o direito ao dividendo, o direito à quota de liquidação) e não patrimonial (por exemplo, o direito de informação, o direito de participar da assembléia) e poderes (como o de votar na assembléia)<sup>1017</sup>; direitos e poderes extrapatrimoniais, por seu turno, contribuem a tutelar os direitos patrimoniais do acionista. Cada um desses direitos está sujeito a uma disciplina própria; diverso, com efeito, pode ser o momento da aquisição e da perda de cada qual, e estas podem se verificar até independentemente da aquisição e da perda da posição do sócio; até a transferência de alguns desses direitos pode, às vezes, se verificar independentemente daquela da posição do sócio<sup>1018</sup>.

Todos esses direitos, poderes, obrigações, têm, no entanto, um pressuposto comum<sup>1019</sup>. A ação se refere a este pressuposto

1017. Utilizo esta expressão para indicar a possibilidade de a manifestação de vontade de um sujeito, influir, imediata e diretamente, na esfera jurídica alheia. Cf. a minha *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, São Paulo, 1943, p. 36.

1018. Pode, por exemplo, o sócio ficar tal, embora tendo já recebido o reembolso do que corresponde ao valor nominal das ações (tal se dá na hipótese das ações de gozo ou fruição; cf. art. 18, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 ou, atualmente, art. 44, § 5º, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976); pode o direito aos lucros (corporizado nos cupons das ações) ter até uma circulação independente daquela da posição do sócio (o que, ao contrário, não é admitido, quanto ao direito de voto); apesar da transferência da ação, o acionista fica responsável das entradas devidas se a ação não estava ainda integralizada (cf. art. 75, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 e art. 108 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) e assim por diante.

1019. Ficam, assim, superadas as discussões a respeito da natureza (real ou obrigacional) do direito do sócio. Na realidade, estas discussões puseram

em evidência a variedade dos direitos do sócio; é justamente por isso que se torna necessário considerar distintamente, de um lado, a "posição" de sócio como pressuposto comum de uma série de direitos, obrigações, poderes, e, de outro lado, os vários direitos que decorrem desta posição. Cf. os meus *Appunti di Diritto Commerciale*, vol. II (*Società*), p. 113 s., 3ª ed., 1936, e Waldemar Ferreira, *Instituições de Direito Comercial*, Rio, 1944, vol. I, p. 292. Discute-se a respeito da responsabilidade de considerar, tecnicamente, esta posição como um *status*. Decorre a resposta, a este respeito, da conceituação, diversa nos vários autores, do conceito de *status*. Entendem, com efeito, alguns, possa, o conceito de *status* ser utilizado apenas para indicar pertença, o sujeito, a uma coletividade organizada e de caráter necessário; outros, possa ele ser utilizado apenas para indicar que, o direito, encara diretamente uma determinada qualificação jurídica, independentemente dos fatos em que ela assenta. Com freqüência quer-se indicar, com *status*, uma situação jurídica que não assenta na vontade do próprio sujeito, contrapondo, então, *status* e "contrato" e justamente notando a progressiva e justa evolução, do sistema jurídico, do *status* ao "contrato". Parece-me, entretanto, possível utilizar o termo *status* para indicar o pressuposto comum a uma multiplicidade de obrigações e direitos de um sujeito, à vista da sua participação a uma coletividade, embora assente na vontade dele. Aproveita-se, então, do termo *status* apenas num sentido formal, como uma expressão sintética que visa a pôr em evidência a participação do sujeito numa coletividade e, portanto, o pressuposto comum e constante de uma série de conseqüências jurídicas. Realmente, quando uma multiplicidade de direitos e deveres cabe a um idêntico sujeito jurídico tendo, esses direitos e deveres como pressuposto comum e constante, a sua participação numa coletividade, é mister levar em conta esse pressuposto, examinando a sua disciplina jurídica, independentemente da disciplina jurídica diversa de cada um dos direitos ou das obrigações que dele decorrem, preenchidos os demais requisitos necessários a respeito. O fato de não assentar, esse pressuposto, na vontade do sujeito constitui, sem dúvida, um elemento de importância básica e, sociologicamente, fundamental. Não me parece, entretanto, que o fato de decorrer, a posição, da vontade do sujeito e, mais precisamente, de um contrato, contraria a possibilidade de utilizar o termo *status* num sentido jurídico-formal. Também na terminologia anglo-saxônica o termo *status* é usado com referência à posição dos acionistas. (Cf. Cook, *op. cit.*, p. 37); por seu turno, o direito suíço (art. 646, conforme a Lei de 18 de dezembro de 1936) fala em "qualidade de membro" e o direito brasileiro (art. 91 do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, hoje, art. 126 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) em "qualidade" de acionista. A posição de sócio pode, pois, ser diversamente qualificada (por exemplo, acionistas ordinários e acionistas privilegiados), o que permite, por sua vez, distinguir a posição ou *status*

e não, diretamente, aos direitos dele decorrentes, alguns entre os quais podem até ser corporizados em títulos de crédito distintos<sup>1020</sup>; constitui um "título de crédito" ou "título-valor", enquanto faculta a incorporação dessa posição num título que circula conforme as regras dos títulos de crédito, ou seja, transferindo um direito literal e autônomo; constitui, mais exatamente, um "título de participação", enquanto – na categoria geral dos títulos de crédito ou títulos-valor – pode-se subdistinguir a subespécie dos títulos de participação, caracterizados justamente pelo fato de se prenderem à posição de membro de uma pessoa jurídica, ou seja, ao pressuposto do qual, por seu turno, verificados eventualmente demais requisitos, decorrem direitos, poderes, obrigações, diversas<sup>1021</sup>.

do sócio, da "qualidade" própria de algumas categorias, a qual, por seu turno, constitui o pressuposto de direitos e obrigações especiais.

1020. É o que se dá quanto ao direito ao dividendo e aos cupons das ações, que o representam.
1021. Encaro, nos "títulos de crédito", uma categoria geral, identificada por características jurídicas próprias, mas independente do fato de se prender, o direito mencionado no título, a uma operação de crédito ou de constituir, ele, um direito de crédito no rigoroso sentido do termo; o alcance jurídico da expressão não corresponde ao seu alcance literal. Por isso acharei preferível a denominação "títulos-valor" ou "títulos negociáveis" em vez daquela e "títulos de crédito" peculiar à terminologia brasileira e italiana. Na terminologia espanhola o termo usado é título-valor; na alemã, *Wertpapier* (com um sentido que, no entanto, abrange, com freqüência, também os chamados títulos impróprios ou documentos de legitimação); na norte-americana, *negotiable instrument* (que, no entanto, se refere apenas aos títulos para pagamento de importância em dinheiro, sendo, por isso, os demais, chamados *quasi negotiable instruments*); na francesa, fala-se de *effets de commerce* e de *valeurs mobilières*, assentando-se a distinção na diversa função econômica dos títulos e descuidando uma teoria geral. As características jurídicas da literalidade e da autonomia, assentam, ao meu ver, nas exigências da circulação e se encontram em uma série de títulos (por isso classificáveis, todos, em uma única categoria geral), apesar da possibilidade de subdistinções quer quanto à abstração ou causalidade, quer quanto ao conteúdo do direito (por exemplo: por pagamento de dinheiro, por entrega de mercadoria, de participação), quer quanto à lei de circulação deles (nominativa, à ordem, ao portador), quer quanto à função econômica (por exemplo: *valeurs mobilières* e *effets de commerce*) e assim por diante. A categoria geral, parece-me, deve abranger todos os títulos (denominem-se, eles, títulos de

Dever-se-á, portanto, determinar, de um lado, a disciplina da posição de sócio (da sua aquisição, da sua transferência, da sua perda) e conseqüentemente da subscrição, da transferência, do reembolso da ação; de outro lado, a disciplina de cada qual das obrigações, dos direitos e dos poderes decorrentes da posição de sócio; a possibilidade de serem derogados ou não pela maioria; de serem estatutariamente disciplinados; as várias categorias deles.

A irrelevância da mudança da pessoa do sócio no que diz respeito à identidade da sociedade, exige que se distinga entre o que se relaciona com a constituição, a gestão e a dissolução da

crédito ou títulos-valores ou títulos negociáveis) caracterizados pelos requisitos da literalidade e da autonomia, pois que, nestes requisitos, assenta, sempre uma disciplina jurídica fundamentalmente constante nos seus princípios; não pode abranger (diversamente do que acontece na doutrina alemã) os meros documentos de legitimação; não pode, porém (como às vezes na doutrina brasileira), e apesar do sentido gramatical da expressão, ser limitada apenas aos títulos que mencionem um direito de crédito ou preencham uma função de crédito. Economicamente, o ponto de partida quanto à delimitação da categoria, é, parece-me, constituído pelas exigências da circulação dos direitos; juridicamente, pelos requisitos indicados na conhecida definição de Vivante, pois que todos os títulos que preenchem aqueles requisitos estão sujeitos a uma disciplina jurídica constante. Cf. a minha *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, São Paulo, Saraiva, 1943. À vista da orientação acima indicada, constituem, as ações, um título de crédito e um título de participação, indicando assim, respectivamente, a categoria geral e a subespécie à qual pertencem. Caso, no entanto (como, em geral, na doutrina brasileira, seguindo Carvalho de Mendonça), se assente a categoria dos títulos de crédito no fato de só prender, o título, a uma operação de crédito, distinguindo portanto títulos de crédito propriamente ditos e títulos de crédito impropriamente ditos (esta distinção, note-se, é completamente diversa daquela, italiana, entre títulos de crédito e títulos impróprios), poderia a ação ser classificada como título de participação; não poderia, porém, ser classificada de título de crédito propriamente dito. Nem seria, então, exato classificar a ação como sendo, simultaneamente, título de crédito e título de participação, levando em conta os direitos patrimoniais e os direitos extrapatrimoniais dela decorrentes, pois a ação se refere, diretamente, à posição do sócio e não, diretamente, aos direitos decorrentes desta posição. Falando em título de participação, quer-se justamente indicar que a ação se refere à posição de sócio, da qual pois decorrem quer direitos patrimoniais, quer direitos extrapatrimoniais.

sociedade e o que se relaciona, ao contrário, com a aquisição, a transferência e a perda da posição de sócio.

Ao lado da posição típica ou normal, deveremos examinar as eventuais categorias particulares de acionistas<sup>1022</sup>, de acordo com as suas várias regras e a disciplina dos direitos especiais que lhes são conferidos.

Ao lado dos acionistas, encontraremos categorias de financiadores, juridicamente bem distintos dos acionistas nos seus direitos e na sua disciplina, e sujeitos a regras especiais que devem ser objeto de exame. Na variedade das categorias de acionistas e financiadores, poder-se-á descobrir a tendência da prática para criar títulos diversos em relação às diversas exigências das várias categorias de economizadores; poder-se-á notar, às vezes, através do jogo das cláusulas contratuais, uma certa aproximação de títulos pertencentes a categorias opostas<sup>1023</sup>.

Talvez nas sociedades anônimas, mais do que em outros institutos jurídicos, se bem que seja esse um fenômeno geral, se possa notar uma certa fungibilidade dos instrumentos jurídicos em relação a um determinado objetivo econômico<sup>1024</sup> ou uma compatibilidade de propósitos econômicos diversos com o mesmo instrumento jurídico.

#### 14. Formação da vontade social e manifestação dela a terceiros

Ao estudar a organização da sociedade, devemos distinguir, por outro lado, entre o que diz respeito à formação da vontade

1022. Isto é, as "qualificações" especiais da posição de acionista.

1023. Pense-se, por exemplo, de um lado, nas ações sem voto e, de outro, nas obrigações ou nas partes beneficiárias conversíveis em ações, naturalmente nos direitos que admitem tais institutos. No exame dos vários títulos sociais cumpre justamente levar em conta a prática estatutária para entender o real alcance financeiro deles.

1024. Pense-se, por exemplo, no problema econômico do financiamento social e na possibilidade econômica, em determinados casos, de prover a isso através de uma emissão de ações ou de obrigações, a despeito das óbvias e claras diferenças jurídicas. Cf. Keynes, *Treatise on Money*, vol. II, p. 195.

social (deliberação assemblear, decisões do conselho dos diretores) e o que respeita à manifestação dessa vontade aos terceiros.

Os que concorrem para determinar a formação da vontade social podem não ser encarregados da sua manifestação a terceiros<sup>1025</sup>. Será preciso, pois, examinar as recíprocas competências e responsabilidades, e os problemas relativos à tutela dos terceiros contraentes com a sociedade.

Particular relevância pode assumir o objeto ou escopo social. Com efeito, este pode ser diretamente entendido como um limite da capacidade da sociedade, ou, ao contrário, como um limite posto à competência da assembléia ordinária e relevante quanto à responsabilidade<sup>1026</sup> dos diretores. O ponto de vista histo-

1025. Assim, justamente, se ensina ter, em princípio, a deliberação assemblear, de per si, um caráter interno, devendo ser, pois (aos cuidados dos diretores ou de outrem com poderes a respeito), manifestada a terceiros para ter relevância quanto a estes. Por sua vez, entre os diretores, alguns podem ter o poder de manifestar a terceiros a vontade social (e, por isso, de obrigar a sociedade perante terceiros), tendo, no entanto, também os outros, o poder de concorrer (é óbvio, nos limites decorrentes da lei, do estatuto e das deliberações assembleares) para a determinação da vontade social que, em seguida, deve ser manifestada a terceiros. Por isso se indaga quando os terceiros sejam tutelados e quando não o sejam, nas hipóteses em que a declaração manifestada a eles não corresponde, efetivamente, à tomada pela sociedade. É óbvio não poderem, problemas semelhantes, propor-se quanto à pessoa física: eles encontram, ao contrário, paralelismo no direito público.

1026. O problema decorre do fato de não poder ressaltar, de cada ato singelo, a conformidade dele com o escopo social. Por isso, quanto à tutela dos terceiros (em contraste, a respeito, com as exigências de tutela dos acionistas), é preferível poder, a eventual desconformidade, ser invocada na ação de responsabilidade social contra os diretores; não, porém, para que a sociedade possa exonerar-se da sua responsabilidade perante os terceiros. Haverá, nesta hipótese, um "abuso", não um "excesso" de poderes por parte dos diretores, diversamente do que acontece quando os diretores cumprem um ato que exorbita dos poderes que lhes são outorgados (por exemplo, vendem um imóvel ao passo que não têm poderes para vender imóveis; emitem uma cambial com a assinatura de apenas um diretor, ao passo que os estatutos exigem a assinatura de dois diretores e assim por diante) e que, portanto, obviamente, não vincula a sociedade. Diverso é o problema de quais sejam os poderes que podem ser outorga-

ricamente originário é o primeiro<sup>1027</sup>; o desenvolvimento subsequente, porém, vem pondo em evidência o segundo<sup>1028</sup>.

## 15. Evolução recente da sociedade anônima e problemas relativos

Tendo conquistado, no século passado, a liberdade de sua constituição, a sociedade anônima tornou-se o arcabouço cada vez mais freqüente da empresa econômica moderna; o seu desenvolvimento acompanhou progresso técnico e econômico, industrialização, aumento geral da riqueza.

Apresentaram-se, assim, novos problemas.

De um lado, na evolução do instituto, foi campeando o conceito do patrimônio separado; o benefício da responsabilidade limitada levou também pequenas empresas a constituir-se como sociedades anônimas; multiplicaram-se as sociedades anônimas familiares; os negócios individuais se transformaram em sociedade anônima, para facilitar assim a sua continuidade depois da morte dos fundadores, ou em consequência desta; negócios individuais constituíram-se, por meio de óbvios artifícios, como sociedade anônima para gozar do benefício do exercício do comércio com responsabilidade limitada. Nem sempre a existência da sociedade

dos aos diretores e o de quais sejam os poderes que lhes são, efetivamente, outorgados, no silêncio dos estatutos. Há, a respeito, no direito comparado e na doutrina internacional, duas orientações: mais liberal a primeira e mais severa a segunda; a primeira nega qualquer valor, nesta hipótese, à distinção tradicional entre administração ordinária e extraordinária; acha, ao contrário, a segunda dever-se observar esta distinção, embora seja, neste caso, o seu alcance diverso daquele que lhe é peculiar no direito civil. Cf. no direito brasileiro arts. 116, § 2º, e 119 do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, hoje com regulamentação nos arts. 144 e 158 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

1027. Peculiar, especialmente, ao direito francês e ao inglês (doutrina dos atos *ultra vires*).

1028. Por seu turno, a possibilidade de modificar os estatutos acabou incluindo também a de modificar o objeto social. Cf. art. 105, alínea *d*, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 e hoje, art. 136, VI, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

por quotas de responsabilidade limitada exclui essa utilização da sociedade anônima.

De outro lado, a difusão das ações entre o público – de per si benéfica, e base da função preenchida pelas sociedades anônimas e da difusão da propriedade alcançada por meio delas – e as próprias relações da sociedade com o mercado financeiro provocam, quanto às grandes anônimas, especialmente nos países com forte desenvolvimento do mercado financeiro<sup>1029</sup>, quase que uma dissociação entre a propriedade e o controle da riqueza<sup>1030</sup> e tornam mais grave o problema da tutela das minorias; permitem, com efeito, através de vários artifícios (a começar pelas procurações por ocasião das assembléias), que um grupo, substancialmente minoritário, domine, às vezes, a sociedade, de tal maneira que o problema que se denomina tutela da minoria é, às vezes, o da tutela da maioria dos acionistas.

Os acionistas alheios ao grupo que controla<sup>1031</sup> a sociedade, aplicadores de capital ou “especuladores”<sup>1032</sup>, mais do que empre-

1029. O problema se apresenta, especialmente, em alguns países europeus e na América do Norte. Cf. o estudo abaixo citado de Berle & Means.

1030. Cf. Keynes, abaixo cit., p. 149; Berle & Means, *Modern Corporation and Private Property*. New York, 1932 (que, talvez melhor que qualquer outro, examinaram agudamente este fenômeno de dissociação e a tendência para uma concentração no controle da riqueza); Laidler, *Concentration of Control in American Industry*, New York, 1931; Meyers, *Modern Economics Problems*, New York, 1941.

1031. Evidencia-se, assim, o particular valor da posse de um número de ações bastante para controlar a sociedade, apresentando-se problemas jurídicos peculiares no que respeita à posse ou à transferência, em cada caso concreto, do número de ações que faculta o controle da sociedade.

1032. Este último aspecto foi recentemente indagado, com a maestria que lhe é peculiar, por Keynes, *Teoria General de la Ocupación, el Interesse y el Dinero*, trad. cast. (México, Fondo de Cultura Económica), pp. 152 ss., particularmente examinando a influência do mercado bolsístico em determinar o preço das ações em relação às previsões sobre as reações (a breve prazo) do público e não em relação às previsões (a longo prazo) acerca da empresa. Aliás, desde que os títulos representativos de inversões a longo prazo sejam quotados num mercado, há a possibilidade que sejam aproveitados por economizadores a curto prazo à vista da facilidade de revenda deles. Talvez uma das conseqüências de maior impor-

enedores (conseqüência natural da difusão das ações entre o público)<sup>1033</sup>, carecem e até descuidam, às vezes, da possibilidade de acompanhar realmente, o desenvolvimento da empresa<sup>1034</sup>.

A sociedade anônima representa, já de per si, a forma jurídica da grande empresa; o desenvolvimento das sociedades anônimas prendeu-se à progressiva industrialização da economia com o progressivo aumento da importância das grandes empresas e dos chamados capitais “fixos”.

A ligação entre várias empresas, instrumento de uma ulterior concentração industrial, com freqüência com tendências monopolísticas, pode, por seu turno, encontrar o seu instrumento jurídico na sociedade anônima; acentua, simultaneamente, o poder do grupo que, controlando a sociedade-chave, controla, assim, também, as demais.

Os problemas recentes das sociedades anônimas encontram seu ponto de partida nas tendências acima mencionadas, podendo-se quase que distinguir entre a sociedade anônima típica de um lado e a pequena<sup>1035</sup> e a grandíssima anônima nos dois extremos opostos.

tância decorrente da difusão das ações no público é justamente aquela da variedade de fins visados pelos acionistas, até quando – juridicamente – da mesma categoria.

1033. Podem-se assim contrapor acionistas empreendedores, de um lado, e acionistas aplicadores de capital e “especuladores”, de outro lado. Ao contrário, nas demais sociedades (salvo a comandita), todos os sócios podem ser encarados como empreendedores.

1034. Por seu turno, na prática estatutária encontram-se, simultaneamente, duas orientações. De um lado, foram-se multiplicando as cláusulas que procuram, afinal, reforçar o poder do grupo que está no controle da sociedade (exemplificativamente: depósito prévio das ações em ocasião da assembléia; limites à circulabilidade das ações; voto plural); de outro lado, foram-se introduzindo nos estatutos, até antes de qualquer disciplina legislativa, institutos que visam à tutela do acionista (exemplificativamente: o direito de preferência no aumento de capital).

1035. Às vezes, se exageram os perigos das pequenas sociedades anônimas; a sociedade por quotas de responsabilidade limitada não apresenta, aliás, perigos menores – apesar da responsabilidade solidária dos sócios quanto à integralização do capital – pois que faltam, na disciplina das sociedades

Os mais complexos são os problemas suscitados pela segunda tendência. 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<sup>1036</sup>.

Em relação a essa situação, apresentou-se, de 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"<sup>1037</sup>; tutelar os economizadores para que a sociedade não seja fraudulentamente utilizada

por quotas, muitas entre as normas que, nas sociedades anônimas, visam à tutela de terceiros. Não convém esquecer que, de qualquer forma, as pequenas empresas se encontram numa situação de inferioridade perante as grandes; não parece justo frisar esta inferioridade com medidas legislativas, esquecendo a função da pequena e média empresa. Quanto às sociedades anônimas com poucos sócios, em geral relacionados entre si, e que poder-se-iam dizer familiares, é certo que elas não correspondem à função econômica típica da sociedade anônima e, especialmente quando alcançam grandes dimensões, cumprirá, com freqüência, levar em conta problemas peculiares, seja fiscais, seja no que respeita à concentração de riqueza. Isso porém não equivale a uma constante periculosidade de qualquer sociedade anônima familiar. Na evolução do instituto da sociedade anônima foi-se - e isto é bem natural - evidenciando de modo sempre mais nítido a importância da constituição do patrimônio separado, que prevaleceu sobre a do vínculo social. Esta evolução não me parece, de per si, perigosa, e o problema deve, a meu ver, ser examinado levando-se em conta realisticamente a tutela dos interesses dos terceiros.

1036. Pois diminui a eficiência do controle dos fiscais; facilita a possibilidade de balanços não verdadeiros; diminui aquela efetiva fiscalização por parte da minoria e do acionista singelo da qual, sob muitos aspectos, decorre, embora indiretamente, também a tutela de terceiros.

1037. Por isso nas legislações recentes frisa-se mais o fato de haver ou não haver lançamento das ações no público, do que a diferente forma jurídica dos vários processos de constituição. Nota-se, na França, uma tendência contrária à possibilidade de colocar ações no público a não ser por meio das bolsas e dos bancos (evitando qualquer forma de "reclame" e afastando a obra de "agentes" cuja "facúndia" profissional acaba, com freqüência, por iludir o pequeno poupador e cujas porcentagens - a meu ver ilicitamente - acabam por fazer com que a sociedade gaste uma parte do seu capital, até antes de iniciar os seus negócios), especialmente quando as ações não devem ser imediatamente integralizadas (com efeito, o pou-

apenas no interesse pessoal dos "grandes" acionistas, integrando, às vezes, com uma tutela de direito público, a auto-tutela de direito privado do acionista ou do credor<sup>1038</sup>; frisar a tutela dos acionistas e delimitar os poderes dos diretores; de outro lado, tutelar os consumidores e o progresso técnico e econômico<sup>1039</sup>.

O problema da sociedade anônima prende-se assim aos problemas fundamentais da economia moderna<sup>1040</sup>.

## 16. Extensão da sociedade anônima fora do âmbito do direito comercial

Surgida no direito comercial, a sociedade anônima estendeu-se ao campo civil, e quase todas as legislações reconhecem agora a legitimidade de sua utilização nesse domínio, sujeitando-a,

pador fica mais facilmente iludido quando a entrada inicial é modesta). Nos Estados Unidos da América do Norte, há uma legislação que visa a submeter o lançamento no público, ou a quotação na bolsa, a um controle especial que, às vezes, não diz só respeito à "legalidade", formal da constituição da sociedade (ou do aumento de capital, ou do lançamento das debêntures etc.), mas à "seriedade" financeira da operação. Em todos os países há uma orientação severa, quer quanto às declarações feitas pelos incorporadores nos manifestos da emissão, quer a respeito dos bancos que colocam os títulos no público.

1038. Isto ressalta da disciplina da colocação de ações e debêntures no público (cf. nota nº 1.037); da determinação legal do método de redação dos balanços; do aumento das sanções penais.

1039. Cf. de recente, Wendell Berge, *Cartels: Challenge to a Free World*, Washington, 1944.

1040. Cf. Berle & Means, *op. cit.*, p. 355; Laidler, *op. cit.*; Mayer, *op. cit.*; Berle e Means distinguem a respeito três orientações: 1) a primeira aceita o aumento dos poderes do grupo que está no controle da sociedade; 2) uma segunda visa, ao contrário, a reforçar os direitos dos acionistas para evitar os arbítrios hoje decorrentes dos poderes dos diretores; 3) uma terceira procura encontrar um critério orientador no interesse geral a que ficariam subordinados diretores e acionistas. Berle e Means, adotando esta terceira orientação, observam, justamente, ser iníqua a primeira; justa, a segunda, mas, entretanto, insuficiente à vista da necessidade de levar também em conta os interesses de consumidores e empregados. (Cf. também a conferência de A. Berle no Instituto dos Advogados do Rio de Janeiro em 7 de setembro de 1945).

mesmo quando constituída para uma finalidade civil, à lei comercial, e, em muitas legislações, até a falência.

Às vezes, a sociedade anônima é utilizada, também, indiretamente, para objetivos diversos daquele da consecução de um lucro a dividir entre os sócios<sup>1041</sup>, através de uma adaptação oportuna de suas cláusulas estatutárias, uma vez que as partes tenham em vista aproveitar-lhe a disciplina, minuciosamente elaborada.

Vem-se ampliando e modificando, desse modo, o campo de aplicação da sociedade anônima, e essa ampliação acarreta, por sua vez, novos problemas.

De outro lado, é agora freqüente a participação do Estado ou de repartições públicas nas chamadas sociedades de economia mista ou a constituição de sociedades anônimas, cujos acionistas são todos instituições públicas, sendo que, nesses casos, a sociedade anônima constitui, economicamente, um dos instrumentos técnico-jurídicos da socialização da economia, sujeitando-se, entretanto, juridicamente, o ente público, à disciplina própria das sociedades anônimas e aproveitando aquela técnica jurídica.<sup>1042</sup>

## 17. Contrato e personalidade jurídica na sociedade anônima

A sociedade anônima representa, pois, um dos instrumentos jurídicos típicos da economia moderna, e uma espécie de

1041. Isto acontece, por exemplo, quanto às sociedades anônimas, que visam, em definitivo, a um escopo de mutualidade (ou seja, um benefício direto dos próprios sócios independentemente da participação num lucro decorrente das operações com terceiros), mas que, entretanto, respeitam os requisitos da sociedade anônima. Não importa aqui examinar se e quando esta utilização seja lícita. Cf. De Gregorio, *Società*, Turim, 1938, p. 15.

1042. As sociedades anônimas são largamente utilizadas até na organização econômica russa (obviamente: com o Estado, único acionista), em relação à necessidade de organizar a produção e verificar os custos de produção dos vários empreendimentos. Sociedades anônimas, bem como letras de câmbio e desconto, são então utilizadas como instrumentos de técnica jurídica, numa economia socializada, apesar de se tratar de institutos típicos de uma econômica assente na propriedade privada dos instrumentos de produção.

microcosmo jurídico, singularmente rico de problemas, que às vezes correspondem, em um campo mais limitado, a problemas de caráter bem mais geral.

Concorrem na sociedade anônima os problemas e as regras dos contratos com os problemas e as regras de pessoa jurídica, de maneira que se torna necessário distinguir quando se deve levar em conta o ponto de vista do contrato e, quando, ao contrário, o da pessoa jurídica.

Com efeito, a sociedade surge de um contrato; este, porém, não se limita a disciplinar as obrigações entre os sócios, mas cria uma organização destinada ao desenvolvimento de uma atividade ulterior com terceiros; esta organização tem personalidade jurídica e um patrimônio que, por sua vez, difere rigorosamente do patrimônio individual dos sócios<sup>1043</sup>.

Assim, por exemplo, é substancialmente do ponto de vista do contrato concluído entre os sócios<sup>1044</sup> que nos devemos colocar ao examinarmos a constituição da sociedade, embora não esque-

1043. Embora não esquecendo que, substrato da personalidade, é justamente a relação social e a constituição do patrimônio dali decorrente. É, sem dúvida, inexato encarar os acionistas como condôminos do patrimônio social, mas é exato encarar na personalidade jurídica social um instrumento de técnica jurídica para disciplinar unitariamente as relações – entre si e para com terceiros – dos sujeitos que, de outra forma, apresentar-se-iam como os condôminos dos bens sociais. A oportunidade desta disciplina unitária decorre justamente do que se poderia chamar de caráter “dinâmico” da sociedade (que visa a aproveitar dos bens sociais em operações para com terceiros), ao passo que a disciplina do condomínio visa, antes de mais nada, a uma situação estática, ou seja, ao gozo direto, pelos próprios condôminos, dos bens comuns. É igualmente deste caráter que decorre a necessidade, na sociedade, de uma avaliação em dinheiro dos bens sociais, continuamente diversos, à vista da própria atividade de uma sociedade, o que se coaduna, por seu turno, ao conceito de capital social e àquele do “balanço” em que, por seu turno, assenta o conceito de “lucro social”.

1044. A meu ver (cf. os citados *Appunti di Diritto Commerciale*, vol. II, *Società*) a constituição da sociedade anônima decorre de um contrato e, mais precisamente, de um contrato plurilateral. Essa categoria de contratos (embora constituindo uma subespécie da categoria geral do contrato) é diversa da dos contratos comutativos.

cendo tratar-se de um contrato sujeito a uma disciplina diversa daquela dos contratos de "permuta".

A "plurilateralidade" deste contrato permitirá distinguir os vícios do contrato e os vícios das adesões individuais; estes últimos só influem sobre todo o contrato quando determinam a impossibilidade de consecução do objetivo social.

A circunstância de se constituir, através do contrato, uma organização destinada a entrar em relações com terceiros, com patrimônio separado, exige que se examine até que ponto os vícios do contrato ou das adesões individuais podem estar sujeitos às normas do direito comum; quais os seus efeitos, entre as partes; quais os seus efeitos para com os terceiros e como podem estes últimos ser tutelados<sup>1045</sup>.

É, ao contrário, do ponto de vista da pessoa jurídica que nos devemos colocar ao examinarmos a gestão da sociedade anônima uma vez constituída, embora não esquecendo a sua origem contratual<sup>1046</sup>.

1045. Esse é o objeto da teoria das sociedades nulas. Em matéria de vícios do contrato de sociedade, cada vez mais viva é a tendência para excluir poder, a anulação da sociedade arquivada, agir retroativamente em prejuízo de terceiros credores sociais e para admitir serem os vícios de constituição (a este respeito distintos dos requisitos que respeitam à vida da sociedade) saneados pelo arquivamento (tal a orientação das legislações anglo-saxônicas e, em parte, da alemã) ou estarem sujeitos a um curto prazo de prescrição (cf. art. 155, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, e art. 285 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976). Igualmente, em matéria de vícios das adesões sociais, de um lado, se afirma não acarretar, de per si, a invalidez de uma entre as adesões, um vício do inteiro contrato; do outro lado, é viva a tendência para excluir que a anulação da adesão do sócio possa operar retroativamente em prejuízo dos terceiros credores sociais de boa-fé. Por seu turno, quanto à ilegalidade de uma cláusula do estatuto, de um lado, há, a tendência a excluir, quanto a terceiros, a eficácia retroativa da declaração de nulidade da cláusula arquivada; de outro lado, a invalidez de uma cláusula estatutária pode não invalidar o contrato no seu conjunto (art. 153, Código Civil brasileiro). Também quanto às deliberações assembleares tende-se a excluir poder, a declaração de nulidade ou da anulação da deliberação, operar retroativamente em prejuízo de terceiros de boa-fé.

1046. O que é também interessante no domínio do direito intertemporal. As novas normas legislativas sobre as sociedades anônimas podem aplicar-se

Essa distinção, por sua vez, acentua a distinção entre as condições relativas à constituição e as relativas à permanência da sociedade já constituída, permitindo entender-se por que nem todas as condições requeridas no primeiro caso são cabíveis no segundo.

Esta distinção reflete-se na possibilidade de distinguir um ato constitutivo, em sentido restrito, do estatuto, que ele, também, tem seu fundamento na vontade contratual das partes, mas se destina a funcionar quase como lei interna da sociedade. A mudança das pessoas dos sócios e a tutela de quantos entram a fazer parte da sociedade, adquirindo as ações, podem levar a seguir, na interpretação do estatuto, um critério objetivo.

Ao examinar a sociedade como pessoa jurídica e como patrimônio separado<sup>1047</sup>, podemos individualizar-lhe, antes de tudo, a constituição; devemos examinar se o momento da conclusão do

à gestão das sociedades anônimas já constituídas, mas não concernem à validade dos atos constitutivos celebrados na vigência de lei anterior.

1047. Embora sem esquecer que, em definitivo, a constituição do patrimônio separado representa o instrumento técnico para o exercício do comércio por parte dos sócios com responsabilidade limitada. Essa consideração pode ter importância no domínio do direito internacional privado (cf. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, 1923, p. 229) e em matéria fiscal.

Realmente, de um ponto de vista econômico, o rendimento da sociedade é, afinal, o rendimento dos sócios. Por isso a doutrina fiscal, no que respeita à tributação das sociedades, visa a evitar seja, o rendimento social, simultaneamente tributado quer em poder da sociedade, quer em poder dos sócios, ou justifica esta dupla tributação como um indireto suplemento do imposto progressivo quanto aos rendimentos sociais. (Cf. Seligman, verbete *Income Tax* na *Encyclopedia of Social Science*.) Com frequência, portanto, tributa-se o rendimento realizado pela sociedade, com o imposto proporcional, e o distribuído ao sócio com o imposto complementar progressivo (ou com aquele, descontado na fonte, sobre os rendimentos ao portador, que constitui, então, uma liquidação à *forfait* do progressivo); a tributação completa do rendimento social decorre então da sua tributação, parcial, em poder da sociedade e, parcial, em poder do sócio. Deste sistema decorre, entretanto, embora indiretamente, a isenção do imposto progressivo dos lucros que ficam retidos na sociedade. Para evitar esta injusta isenção tributam-se, de modo especial, nas legislações anglo-saxônicas, as reservas excessivas.

contrato coincide com o da constituição do patrimônio separado; ou se, ao contrário, são, para este fim, exigidos requisitos especiais, em face da relevância que, para os terceiros, apresenta essa constituição; quais sejam as sanções que respeitam à falta ou à irregularidade do arquivamento e da publicidade legal e quais aquelas que respeitam aos vícios do ato de constituição<sup>1048</sup>. Este problema é, em substância, o objeto da teoria das sociedades irregulares, isto é, daquelas que não observam as normas de publicidade ditadas justamente para tutela de terceiros credores<sup>1049</sup>.

Em seguida, deveremos examinar a vida e a extinção da sociedade, fazendo-o distintamente, quanto ao que se refere à sua organização interna, e quanto ao que se refere às suas relações com terceiros.

Dada a constituição de uma pessoa jurídica, devem ser examinados os problemas relacionados com tal constituição, como sejam o nome, a localização no espaço, a finalidade.

Na deliberação da assembléia se exprime a própria vontade social. A deliberação, por um lado, deve ser considerada como

1048. Análoga distinção apresenta-se quanto às modificações do estatuto. Também a respeito dessas é necessário distinguir o que diz respeito à sua validade e o que diz respeito à sua publicidade; o que diz respeito às conseqüências dos seus vícios e o que diz respeito à falta de arquivamento e publicidade. Cf. art. 50 e art. 156, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, hoje com regulamentação nos arts. 94 e 286 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

1049. Diversa, por conseguinte, deve ser a teoria da sociedade cujo contrato é viciado (examinada anteriormente) e a da sociedade não regularmente arquivada e publicada. A primeira diz respeito à validade do contrato social; a segunda à sua eficácia; a sociedade embora arquivada pode ser viciada; pode, ao contrário, embora não arquivada, estar, o contrato social, isento de vícios (a não ser no que respeita à falta de arquivamento e publicidade). Na falta de arquivamento não há, no direito brasileiro, constituição de patrimônio separado e responsabilidade dos acionistas pelos atos dos diretores (art. 55, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, hoje regulamentado pelo art. 99, parágrafo único, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), não podendo o vício ser sanado a não ser com o cumprimento das formalidades prescritas. Não pode haver convalidação por decurso de tempo.

uma manifestação unilateral de vontade, pois representa justamente a vontade de um único sujeito; por outro lado, porém, ela resulta do concurso de outras tantas vontades (votos) diversas, que concorrem justamente em formar a vontade do sujeito-sociedade. Devem-se pois examinar, distintamente, os requisitos da deliberação e os dos votos; os vícios de uma e os vícios de outros, os quais, por sua vez, só influem sobre a primeira, quando, em conseqüência deles, falte a necessária maioria<sup>1050</sup>.

O poder da assembléia abrange não só a gestão da sociedade, mas também a reforma dos estatutos<sup>1051</sup>.

A assembléia não pode, porém, como é natural, dispor de direito de terceiros<sup>1052</sup>, sem o consentimento deles.

O princípio majoritário encontra a justificação na comunhão de escopo entre os acionistas, assente na participação de todos eles na sociedade *ad utilitatem communem*, conforme a expressão de Grocio; é lógico, por conseguinte, que, no contraste entre as várias opiniões, as várias tendências e os vários interesses particulares, prevaleça o voto da maioria. O princípio majoritário não pode, entretanto, ser invocado quando se trata de direitos especialmente concedidos a determinadas categorias de acionistas<sup>1053</sup>; encontra necessariamente seus limites nos princípios gerais

1050. É fácil observar constituir, a deliberação, "um" ato "colegial", e ser, o voto, por sua vez, um negócio unilateral que se funde no ato colegial.

1051. É óbvio o caráter excepcional dessa possibilidade, que concerne aos elementos "contratuais" e não à gestão do interesse comum. Compreende-se, pois, por que foi admitida só lentamente e quase com relutância; porque submetida a cautelas especiais (acerca dos *quorum* e das maiorias) e, muitas vezes, a controles e publicidade especiais (análogos aos relativos à constituição; cf. arts. 50, 104 e 105, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, hoje arts. 94 e arts. 135 e 136 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

1052. Por exemplo, obrigacionistas, titulares de partes beneficiárias (art. 37, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, hoje art. 51 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), empregados com participação nos lucros.

1053. A não ser com o consentimento destes acionistas privilegiados. Cf. art. 106, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, atualmente art. 136,

de ordem pública, nas normas que visam à tutela dos interesses de terceiros, nos direitos do acionista que, por seu caráter essencial, escapam completamente à competência da assembléia e do estatuto<sup>1054</sup>.

Caso a deliberação viole estes limites é, ela, nula.

Caso não sejam observadas as normas que, no interesse dos acionistas, regulam a assembléia e as deliberações dela, ou sejam violados direitos dos acionistas que a maioria não pode derogar<sup>1055</sup> será, a deliberação, impugnável.

Por sua vez, o voto é concedido ao acionista para tutela do seu interesse como sócio e partindo da premissa de dever, a orientação da sociedade, ser aquela determinada pela maioria dos sócios. Daí os limites do direito de voto nas hipóteses em que o

II e § 1º. Neste caso costuma-se, às vezes, falar, na terminologia germânica, *Sonderrechte*.

1054. Cf. art. 78, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. Hoje chamados direitos essenciais e tratados no art. 109 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 que adotou essa terminologia como título da seção II, no capítulo X da mesma lei. Neste caso costuma-se, às vezes, falar, na terminologia germânica, *Individualrechte*.

1055. Também netas hipótese fala-se, na doutrina germânica, *Individualrechte*. Quando o objeto da deliberação contraste um direito do acionista que nem pode ser derogado no estatuto originário (sendo, por isso, irrenunciável) a deliberação é nula, pois que, de outra forma, chegar-se-ia, indiretamente, à renunciabilidade do direito. Quando, ao contrário, a deliberação viola, num caso concreto, um direito do acionista ou quando o seu objeto contrasta com um direito do acionista que a maioria não pode derogar, mas ao qual o acionista pode renunciar, a deliberação é impugnável. No primeiro caso, uma disciplina diversa da legal não pode resultar nem sequer do estatuto originário ou de uma deliberação unânime dos acionistas da sociedade; no segundo pode, uma disciplina diversa, resultar do estatuto originário ou de uma deliberação unânime dos acionistas ou quanto a novas ações a serem emitidas. No primeiro caso exclui-se, de qualquer forma, uma disciplina diversa da legal; no segundo limitam-se os poderes da maioria. Examinamos, páginas atrás, como, na evolução legislativa das sociedades anônimas, foram, simultaneamente, evidenciados os direitos dos acionistas que não podem ser derogados nem sequer no estatuto originário e ampliados os poderes da maioria.

deveria, com seu voto, concorrer para julgar a sua própria atividade individual<sup>1056</sup> ou, quando se achar em conflito de interesses com a sociedade<sup>1057</sup>.

A formação da vontade social processa-se através de uma série de órgãos e deve, por isso, ser examinado o que se refere à competência de cada um deles, e, em conseqüência, o que se refere à competência da assembléia e à dos diretores; em que medida a distribuição da competência recíproca é fixada legalmente e em que medida não o é; em que medida a determinação legal é derogável e em que medida não.

Em princípio, pode-se falar de uma competência "privativa" e "inderrogável" da assembléia: a) no que concerne à orientação e apreciação geral da gestão social, exercida através da aprovação do balanço; b) no que concerne às reformas estatutá-

1056. Assim, na avaliação da entrada em bens que não sejam dinheiro; numa deliberação concernente à responsabilidade do próprio sócio (como no caso dos sócios que sejam diretores ou fiscais, desde que se trate de aprovar o balanço ou julgar da responsabilidade). Cf. art. 82 e art. 100, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, com regulamentação atual nos arts. 115, § 1º, e 134, § 1º, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

1057. Essa segunda hipótese não se identifica com a precedente; cf. art. 120, Decreto nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, hoje art. 156 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, quanto aos diretores (nas deliberações da diretoria) e art. 95, quanto aos acionistas (nas deliberações assembleares); estes artigos declaram ser, o votante, nestas hipóteses, responsável pelos prejuízos assim causados. Deu-se, ademais, um passo (cf., entre as leis recentes, art. 706 da Lei suíça de 18 de dezembro de 1936) ao admitir-se também a impugnabilidade da deliberação concretamente inspirada a um interesse contrário ao social e em prejuízo dos demais acionistas (como por exemplo, no caso de acionistas que, constituindo, de um lado, a maioria de uma sociedade, e, de outro, a totalidade de uma outra sociedade, podem servir-se do voto para prejudicar, em proveito da segunda sociedade, os interesses da primeira, ou seja, em definitivo, os da minoria que não partilha da duplicidade da posição da maioria. É talvez, hoje, esta duplicidade de posição, às vezes, peculiar ao grupo que controla uma sociedade, um dos meios mais freqüentes de fraudes). Discute-se, no entanto, acerca da delimitação mais exata desta hipótese. Cf. Goldschmidt R., *Revista Forense*, vol. XCVII, p. 27.

rias; c) no que concerne à nomeação e revogação dos órgãos da sociedade<sup>1058</sup>.

Diverso do problema da formação da vontade social é o dos controles, e, por isso, dever-se-á distinguir entre o que respeita às funções de controle dos fiscais e o que respeita às funções de controle confiadas a determinadas minorias e ao acionista individualmente.

A posição do sócio deve ser distintamente examinada, devendo ele, por um lado, ser considerado como membro da comunidade, que concorre com o seu voto para a formação da vontade social, e, por outro lado, do ponto de vista dos seus direitos e dos seus deveres para com a sociedade<sup>1059</sup>, seja no

1058. Definindo os diretores quais "mandatários" da sociedade, quer, a lei, justamente frisar o princípio que os poderes dos diretores são outorgados no interesse da sociedade, ou seja, afinal, dos acionistas. Este princípio fundamental é claramente frisado nas leis, independentemente das discussões técnicas acerca do caráter jurídico mais preciso dos diretores. Análogo princípio foi, de recente, frisado na doutrina norté-americana justamente afirmando serem, os diretores, *trustees* dos acionistas.

1059. Por isso, mesmo quanto ao voto, cumpre distinguir: a) o direito ao sócio de votar; b) o voto dado no exercício deste direito. Quanto ao primeiro ponto duvida-se se o voto seja inseparável da ação ou se, ao contrário, possa pertencer também a quem não seja acionista: é dominante a resposta negativa, ou seja, a afirmação da inseparabilidade. Afirma-se, no entanto, poder, o voto, pertencer a quem, embora não sendo acionista, seja, no entanto, titular de um direito real sobre a ação. (Cf., no direito brasileiro, art. 83 e art. 84, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, conferindo ao credor caucionado, pignoratício ou usufrutuário o poder de vetar o exercício do voto ao proprietário da ação, em certas deliberações. A matéria hoje se encontra regulamentada nos arts. 113 e 114 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Duvida-se da validade das convenções em virtude das quais os acionistas se comprometem entre si a votar segundo uma determinada diretriz, embora não haja dúvida a respeito da ilicitude da venda do voto (cf. no direito brasileiro, art. 171, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, hoje regulamentada pelo art. 177, § 2º, do Código Penal: "Incorre na pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, o acionista que, a fim de obter vantagem para si ou para outrem, negocia o voto nas deliberações de assembléia geral". Às vezes, destas convenções decorre a obrigação das partes de votar conforme uma determinada diretriz, previamente determinada ou estabelecida pela maioria dos participantes; às vezes os partici-

terreno patrimonial, seja no extrapatrimonial<sup>1060</sup>. Na dissolução e na liquidação da sociedade, deve ser considerada, por um lado, a tutela dos terceiros credores, a fim de impedir que patrimônio social lhe seja subtraído, e, por outro lado, as relações internas, entre sócios, quanto à repartição do ativo líquido social, Esses dois pontos de vista se encontram também, necessariamente, na fusão e na incorporação social, em que costumam ser indicadas hipóteses de sucessão universal entre pessoas jurídicas.

O estudo das sociedades anônimas deve, justamente, levar simultaneamente em conta os vários aspectos dos diferentes problemas para interpretar a lei e aplicá-la analogicamente.

## VII

### Vícios de Constituição das Sociedades Anônimas e a Prescrição

#### 1. O art. 155 do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940<sup>1061</sup>

Reza o art. 155 do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940: "A ação para anular a constituição da sociedade

pantes outorgam a um representante comum (revogável apenas com de-liberação da maioria) a representação de todos na assembléia; às vezes estabelecem fiquem as ações de cada um no condomínio de todos (fala-se, quanto a todas estas convenções, de sindicatos de acionistas, ou, no direito anglo-saxão, de *voting trust*) ou até constituem uma nova sociedade, civil ou comercial, cujo patrimônio é constituído pelas ações anteriormente possuídas individualmente, Cf. Trajano de Miranda Valverde, *Sociedades por Ações*, Rio, 1942, vol. I, p. 398. O direito de voto é distinto daquele de participar na assembléia e tomar parte na discussão. Este direito com efeito pertence mesmo a acionistas que, no entanto, não têm o direito de voto (por exemplo, aos acionistas-diretores, nas assembléias que têm por objeto a aprovação do balanço e em cujas deliberações, por isso, eles não podem tomar parte). Cf. art. 90, parágrafo único, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 e, hoje, art. 125, parágrafo único.

1060. E portanto dos limites dos poderes da maioria no que respeita a estes direitos e deveres.

1061. Nota de atualização: Redação idêntica ao atual art. 285 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

anônima ou companhia, por vícios ou defeitos verificados naquele ato, prescreve em um ano, a contar da publicação de seus atos constitutivos – Parágrafo único. Ainda depois de proposta a ação, é lícito à sociedade, por deliberação da assembléia geral extraordinária, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito”<sup>1062</sup>.

Consoante sua própria letra, o artigo respeita aos vícios de constituição da sociedade cujos atos constitutivos já tenham sido arquivados na repartição competente; o momento inicial da prescrição que estabelece é, com efeito, o da publicação dos atos constitutivos, a qual é precedida pelo arquivamento<sup>1063</sup>.

1062. Não cuida o artigo de determinar quem seja legitimado para intentar a ação. Parece caíba, a ação do art. 155, a qualquer acionista e até a terceiros interessados (cf. Houpin & Bosvieux, *Traité des Sociétés*, nºs 774 ss., 6ª ed.), bem como ao público ministério, na hipótese de objeto ou atividade ilícita (art. 167, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940). Quanto ao acionista foi discutido no direito francês, se, nesta hipótese, a ação fosse individual ou sócia, o que se prende à conhecida distinção, da jurisprudência francesa, entre a ação individual e social do acionista; prevaleceu, justamente, a primeira tese (cf. Houpin & Bosvieux, *Traité des Sociétés*, vol. II, p. 551, 6ª ed.); decorre desta tese, a consequência de faltar, à assembléia, competência para disciplinar esta ação. Na doutrina italiana, é pacífico o caráter individual da ação (no sentido próprio deste termo na doutrina francesa); acrescentou-se; às vezes, agir, entretanto, o acionista, nesta hipótese, também para a tutela do interesse geral de todos os acionistas (não podendo, por isso, a ação ser objeto de compromisso arbitral).

Nota de atualização: Semelhante redação encontramos na atual Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976: “A ação para anular a constituição da companhia, por vício ou defeito, prescreve em 1 (um) ano, contado da publicação dos atos constitutivos. Parágrafo único. Ainda depois de proposta a ação, é lícito à companhia, por deliberação da assembléia geral, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito.”

1063. Cf. Trajano de Miranda Valverde, *Sociedades por Ações*, Rio, 1941, vol. I, p. 206. É desnecessário lembrar que, apesar do arquivamento, a sociedade pode ser viciada. A decisão do Registro de Comércio quanto ao arquivamento não tem eficácia de coisa julgada. O Registro (art. 53, Decreto-Lei nº 2.627) deve verificar a legalidade da constituição e das cláusulas estatutárias: entretanto, apesar do arquivamento, é possível pleitear judicialmente a nulidade da sociedade ou de uma cláusula estatutária, observadas as normas relativas à matéria. Quanto à possibilidade de ser, o arquivamento, anulado pelo próprio Registro, cf., quanto ao Estado de

O dispositivo não entende, portanto, com a falta de arquivamento ou de publicidade<sup>1064</sup>. Cogita deste último problema, o art. 55, parágrafo único, ao dispor: “Parágrafo único. A sociedade não responde pelos atos ou operações praticadas pelos primeiros diretores antes de cumpridas as formalidades de constituição. A assembléia geral dos acionistas poderá entretanto, resolver que a responsabilidade de tais atos ou operações incumba à sociedade.”

Ressalta; por isso, claramente, a distinção entre vícios do contrato<sup>1065</sup> e vícios de publicidade<sup>1066</sup>.

Análoga distinção se encontra quanto às modificações estatutárias: no Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, encontramos o art. 156 disciplinando a prescrição dos vícios das deliberações assembleares regularmente publicadas; no art. 50, parágrafo único, as consequências de não terem sido arquivadas e publicadas as deliberações de modificação dos estatutos<sup>1067</sup>.

São Paulo, o Decreto estadual nº 10.424, de 11 de agosto de 1939, art. 50. Hoje a matéria está regulamentada nos arts. 64 a 74 do Decreto nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996, especialmente no art. 72.

1064. A redação da norma brasileira afigura-se-me, por isso, preferível à do Decreto francês de 30 de outubro de 1935 (modificando o art. 8 da Lei de 14 de julho de 1867) que parece, aparentemente, incluir no prazo prescricional também os vícios de publicidade, o que contrasta com a natureza destes.

1065. Sigo, com efeito, a doutrina que encara na constituição da sociedade um contrato. As peculiares características que apresenta têm justificativa no fato de ser, ele, um contrato plurilateral e nos peculiares efeitos que produz, quanto à constituição de um patrimônio separado e de uma pessoa jurídica. Tais efeitos, entretanto, não contrariam, a meu ver, a natureza contratual do ato constitutivo.

1066. Nota de atualização: Igualmente, o art. 99 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 dispõe: “Os primeiros administradores são solidariamente responsáveis perante a companhia pelos prejuízos causados pela demora no cumprimento das formalidades complementares à sua constituição. Parágrafo único. A companhia não responde pelos atos ou operações praticados pelos primeiros administradores antes de cumpridas as formalidades de constituição mas a assembléia geral poderá deliberar em contrário.”

1067. É desnecessário lembrar que a invalidade de uma modificação dos estatutos não acarreta nenhum vício da própria constituição da sociedade. Cf.