

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO



dos fatores da produção para os fins de produção de riqueza e de valores novos” (*Trattato di Diritto Dell'Industria*).

Excluindo de seu estudo as relações originadas do trabalho subordinado, interessam ao direito industrial as relações dos industriais entre si e destes com os consumidores, para o fim de manter e restabelecer o equilíbrio entre as forças produtoras entre si e destas com as consumidoras (cf., Julio Ledesma, ob. cit.). Deve incluir-se, pois, na matéria a proteção do consumidor, tendo em vista a função social da atividade industrial em seus fins de atingir o progresso cultural e tecnológico.

Seu estudo sistemático atenderá a necessidades fundamentais de nosso País, devendo-se referir que desde 1948 foi criada na Argentina a Cátedra de Direito Industrial, na Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires, pelas mesmas razões que justificam sua existência nas faculdades de direito brasileiras.

A nosso ver, o Direito Industrial pode ser visto como disciplina autônoma, tendo por objeto os bens imateriais (invenções, modelos e desenhos industriais, sinais distintivos e obras artísticas) e direitos afins, compreendendo o seu estudo o direito de autor, a propriedade industrial, a concorrência desleal, a transferência de tecnologia e a proteção do consumidor.

RESTRIÇÕES À CIRCULAÇÃO DE AÇÕES EM COMPANHIA FECHADA: “NOVA ET VETERA”

FÁBIO KONDER COMPARATO

Objeto destas reflexões é a possível elusão de um direito de preferência à aquisição de ações, estipulado em acordo de acionistas, por atos ou manobras da parte obrigada a respeitá-lo.

O raciocínio parte do pressuposto de que a análise dessa problemática, no contexto de uma relação societária, é sensivelmente diversa daquela que resultaria da interpretação de um direito de preferência em contrato bilateral. Não se trata, apenas, de recorrer ao modelo ou fórmula do contrato plurilateral e, sim, de discutir a utilidade ou não de uma revalorização da antiga e abandonada noção de *affectio societatis* nas sociedades anônimas — o que parece, hoje, uma antiquilha de mau gosto.

Daí as duas partes em que se desdobra o ensaio: a existência e originalidade das “sociedades anônimas de pessoas” e a elusão maliciosa de um direito de preferência à aquisição de ações, estipulado em acordo de acionistas.

I — Importância da “*affectio societatis*” no direito acionário. As “sociedades anônimas de pessoas”

Rejeitada pela doutrina moderna, como noção inútil à compreensão do mecanismo das sociedades mercantis, sobretudo das anônimas, a *affectio societatis* manifesta grande teimosia em sobreviver a essa universal condenação ao silêncio. Ela renasce, com o próprio nome ou outra terminologia, como elemento indefectível da estrutura e funcionamento das sociedades. Mais ainda: ela se instala em campo que tradicionalmente se lhe considera estranho, o das chamadas sociedades de capitais, em manifesta comprovação de sua operatividade, em termos de interpretação jurídica.

Já em comentário de acórdão dos idos de 1931, retomando a crítica de seu mestre de Roma, Cesare Vivante, para quem a distinção entre sociedades de capitais e sociedades de pessoas era “mais brilhante do que sólida”, Tullio Ascarelli observava que “mesmo as sociedades anônimas têm uma individualidade própria, e podem, elas também, possuir uma tradição de correção e integridade — naturalmente baseada na dos homens que as compõem — de sorte que, ao se celebrar um contrato social com uma companhia, podem assumir um peso decisivo considerações tiradas da individualidade do sócio, além das ligadas ao montante de sua contribuição de capital”.¹ É aliás, de observação corrente que, nas sociedades de sociedades, o que se procura na pessoa jurídica sócia, ou o que dela se espera, não é apenas uma contribuição de capital, absolutamente anônima e fungível, mas, antes de tudo, uma experiência tecnológica acumulada, a tradição comercial, a capacidade gerencial, o fato de o controlador ter a nacionalidade do país

1. “Confusione del patrimonio della società e del socio; società con una società anonima e società anonima simulata”, in *Studi in Tema di Società*, Milão (Giuffrè). 1952. p. 57.

em que se vai atuar, e assim por diante. Daí ser possível falar, escusado o neologismo jurídico, em "sociedades anônimas de pessoas", ao lado de "sociedades anônimas de capitais", sublinhando-se, pela contradição da primeira dessas expressões, a importância do *intuitus personae* como pressuposto integrativo do pacto societário.

De resto, os norte-americanos, sempre menos preocupados com a lógica dos conceitos ou a geometria das classificações, já nos haviam habituado a considerar a existência de *joint venture corporations*, algumas vezes também chamadas *joint companies*, *jointly owned subsidiaries*, *collaborative subsidiaries* ou, simplesmente, *business consortiums* sob a forma de companhias.² Nos Estados Unidos, desde a última guerra mundial, criaram-se centenas de *joint venture corporations*, provocando um "tremendo impacto" na economia do país.³

Igualmente, nos países subdesenvolvidos, associações de empresas estrangeiras com sociedades locais, sob a forma acionária, multiplicaram-se desde a década de 50, superando os antigos contratos de concessão internacional, e tendendo a igualar em importância as subsidiárias de companhias alienígenas.⁴ Em nosso País, especificamente, a nova política de investimentos em setores básicos, seguida pelo governo federal, procura incentivar a formação de companhias tripartidas, em que uma empresa multinacional se associa a grupo de controle privado brasileiro e a uma empresa estatal. Noutros setores, como no financeiro, exclui-se, tradicionalmente, o controle estrangeiro sobre certo tipo de instituições, como os Bancos comerciais ou de depósitos, pela limitação da participação acionária; o que conduz, naturalmente, à criação de sociedades bancárias *intuitu personae*, em que ao sócio estrangeiro minoritário são reconhecidos certos poderes extraordinários para garantia de seu investimento.

A "sociedade anônima de pessoas" apresenta, assim, algumas características peculiares, que a distinguem das demais companhias, tanto abertas quanto fechadas. São elas, comumente: 1) a limitação à circulação das ações, seja no estatuto, seja em acordo de acionistas; 2) *quorum* deliberativo mais elevado do que o legal, para certas e determinadas questões, tanto na assembléia geral, quanto no conselho de administração, o que equivale à atribuição de um poder de veto à minoria; 3) a distribuição equitativa dos cargos administrativos entre os grupos associados; 4) a solução arbitral dos litígios societários.

Por isso mesmo, já se pôs em dúvida que tais sociedades ainda possam ser consideradas, propriamente, anônimas. No Direito norte-americano, por exemplo, algumas decisões judiciais declararam incompatível com o estatuto legal de *corporation* a sociedade em que os acionistas assumem, uns perante os outros, a posição de autênticos *partners*.⁵ Mas essa opinião, pelo seu radicalismo formalista, não chegou a prosperar. Admitiu-se, ao contrário, sempre mais, que se a *joint venture corporation* é um tipo diferente de companhia, nem por isso devem

2. Cf. F. Hodge O'Neal, *Close Corporations, law and practice*, 2.^a ed., Chicago (Callaghan & Company), 1971, vol. I, § 1.06.

3. Idem, *ibidem*.

4. Cf. Andrea Astolfi, "Il Contratto Internazionale di Joint Venture", *Rivista delle Società*, 1977, p. 809.

5. F. Hodge O'Neal, *ob. cit.*, § 5.05.

se lhe aplicar as regras típicas de uma *partnership*, notadamente a responsabilidade pessoal e ilimitada dos sócios pelas dívidas sociais. O personalismo próprio de uma *joint venture* existe *interna corporis*, nas relações dos acionistas entre si, mas ele não elimina o efeito da personalidade jurídica perante terceiros.⁶

Nos direitos do sistema romano-germânico, como os da Europa Continental e da América Latina, a possibilidade jurídica da "sociedade anônima de pessoas" está ligada à mais larga admissão da validade jurídica e da execução específica de estipulações em acordos de acionistas, como é o caso da nossa Lei 6.404, de 15.12.1976. Essa possibilidade jurídica prende-se, também, ao reconhecimento de que os acionistas podem ter, para com a companhia, obrigações de prestação acessória, além da normal responsabilidade capitalística pelo pagamento das ações subscritas ou adquiridas.

As chamadas prestações acessórias (*Nebenleistungen*, do Direito alemão) podem ser estabelecidas no estatuto, dizendo respeito a todos os acionistas, ou somente aos titulares de uma espécie ou classe de ações. Elas consistem, por exemplo, na obrigação, a título oneroso ou gratuito, de o acionista fornecer matérias-primas à companhia, adquirir parte de sua produção, prestar-lhe assistência técnica, financiá-la dentro de certas condições, ou, então, não exercer atividade concorrencial à sociedade. O assunto vem regulado, positivamente, no Direito alemão,⁷ no Direito italiano⁸ e no argentino,⁹ o que bem demonstra não haver, nessa matéria, nenhum atentado à "natureza" da sociedade anônima.

6. Como disse a Suprema Corte do Estado de Michigan, em decisão considerada paradigmática, "when joint ventures use the corporate form for convenience in carrying out their project, their mutual rights and liabilities will be determined in furtherance and in harmony with their joint purpose rather than with the form of their operation, and the corporate entity will be recognized or ignored accordingly" (*apud* F. Hodge O'Neal, *op. cit.*, § 1.06).

7. Lei alemã de sociedades por ações, de 1965, § 55: "Se a transferência das ações é subordinada à aquiescência da sociedade, os estatutos podem impor aos acionistas, além da obrigação de contribuir com os fundos necessários à formação do capital, também certas prestações periódicas não-pecuniárias, especificando se tais prestações devem ser feitas a título oneroso ou gratuito. A obrigação e o alcance dessas prestações devem ser indicados nas ações e nas cautelas provisórias. Os estatutos podem fixar cláusulas penais para o caso de inadimplemento ou inexacto cumprimento da obrigação".

8. Código Civil italiano, art. 2.345: "Além da obrigação de efetuar os pagamentos de capital, o ato constitutivo pode estabelecer a obrigação de os sócios executarem prestações acessórias não consistentes em dinheiro, determinando-lhes o conteúdo, a duração, as modalidades e a contrapartida, e estabelecendo sanções particulares para o caso de inadimplemento. As ações às quais é conexa a obrigação das prestações referidas devem ser nominativas e não são transferíveis sem o consentimento dos administradores. Salvo disposição em contrário do ato constitutivo, as obrigações previstas neste artigo não podem ser modificadas sem o consentimento de todos os sócios".

9. No Decreto-lei argentino 19.550, de 1972, disciplinador das sociedades mercantis, as prestações acessórias são admitidas e reguladas para todos os tipos societários (art. 50). Sublinha-se que elas não integram o capital social, devendo atender às seguintes exigências: 1.^o) resultar de um contrato, onde se precisarão seu conteúdo, duração, modalidade, retribuição e sanções no caso de inadimplemento, sendo que, não resultando de contrato, elas se consideram obrigações de terceiros; 2.^o) devem ser claramente diferenciadas das contribuições de capital; 3.^o) não podem ser em dinheiro; 4.^o) só podem ser modificadas de acordo com o estipulado no contrato ou, caso este seja omissivo, conforme as exigências e a maioria requeridas para a reforma contratual. Tratando-se de prestações acessórias em companhias, as ações às quais sejam conexas devem ser nominativas.

Note-se o caráter acessório de tais prestações. Não se trata de substituir, por meio delas, a necessária participação do acionista no capital da companhia. No Direito brasileiro, não se admitem as chamadas contribuições de capital atípicas, como o *know how*.¹⁰ Mas essa acessoriedade é mais de cunho jurídico que econômico. Economicamente, pode suceder que a prestação principal do acionista não seja a participação no capital e, sim, a outra; que o acionista subscreva, por hipótese, uma única ação — porque a lei a tanto o obriga, a fim de adquirir o *status socii* — e se comprometa a fornecer à sociedade, em condições altamente favoráveis, a matéria-prima indispensável à sua produção industrial, ou uma assistência técnica de grande relevância. Juridicamente, a prestação não-capitalística permanece sempre acessória e, portanto, suprimível.

Daí resulta que nas “sociedades anônimas de pessoas” aplicam-se aos acionistas regras consideradas próprias das sociedades não-acionárias, como a proibição de concorrência à sociedade.

Isto nada mais é, aliás, do que a admissão de que nesse tipo de companhia, em que os acionistas não são meros investidores de capital, mas colaboradores específicos num empreendimento comum, encontra inteira aplicação o princípio da *affectio societatis*.

Em que consiste ele?

Nas fontes romanas, mais precisamente em texto célebre de Ulpiano,¹¹ esse elemento é apresentado como nota distintiva da sociedade em relação à comunhão ou condomínio. Uma certa doutrina resolveu, posteriormente, tomá-lo por diferença específica do contrato de sociedade, perdendo-se assim em falsos caminhos que não deixaram de ser denunciados pelos autores contemporâneos: a *affectio societatis* confundir-se-ia com os demais elementos do contrato social, vale dizer, a contribuição dos sócios com esforços ou recursos para a consecução de determinado resultado, visando à partilha dos lucros ou perdas.¹²

Não se pode, porém, tomar a expressão, no contexto da sentença de Ulpiano, por mais do que ela aí significa. Se a *affectio societatis* é apresentada como elemento distintivo em relação ao estado de comunhão, nem por isso se pode daí inferir que ela só existiria, enquanto *affectio*, no contrato de sociedade. Ao contrário, as fontes empregam o mesmo vocábulo, tanto em matéria de matrimônio¹³ quanto de posse.¹⁴ Como explicou Arangio-Ruiz¹⁵ a *affectio* é um *consensus*, mas não instantâneo e sim prolongado; um estado de ânimo continuativo, a perseverança no mesmo acordo de vontades (*in eodem consensu perseverare*). Daí distinguir-se tanto dos demais contratos consensuais, como a compra e venda e o mandato, em que o acordo de vontades não precisa ser continuamente renovado,

10. Cf. Giuseppe B. Portale, *I Conferimenti in natura "atipici" nella S.p.A.*, Milão (Giuffrè), 1974.

11. D. 17, 2, 31.

12. Veja-se, a esse respeito, mais recentemente, a crítica de Renzo Bolaffi, *La Società Semplice*, Milão (Giuffrè), 1975, pp. 360 ss.

13. D. 24, 1, 32, 13: *non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*.

14. D. 41, 2, 1, 3: *furiosus et pupillus non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent*.

15. *La Società in Diritto Romano*, Nápoles (Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene), 1965, § 12.

quanto das situações de comunhão não-contratual, nas quais não se manifestou acordo algum criador de obrigações.

Sem dúvida, esse estado de ânimo continuativo diz respeito a todos os elementos do contrato social, notadamente à pessoa dos sócios, ao objeto e ao objetivo comum. No Direito romano clássico, não é uma única vez e para sempre que os sócios manifestam o seu consentimento em permanecer *naquela* sociedade; é continuamente e todos os dias, de tal maneira que, cessando a *affectio* rompe-se, *ipso facto*, o vínculo contratual que os une.¹⁶

Ora, essa exigência de perseverança em certo e determinado acordo social — único e infungível — acarreta, por via de consequência, a exigência de acendrada boa fé. Característica da *actio pro socio* é que o que se deixa condenar pelo inadimplemento de uma de suas obrigações contratuais por insignificante que seja, comete um ato de grave malícia (*dolus malus*) e incorre na infâmia.¹⁷

Ambas as idéias — de boa fé e de perseverança — estavam, na verdade, intimamente unidas no espírito dos romanos. Para eles, como agudamente observou Fritz Schulz, a fidelidade nada mais é do que um dos aspectos da *constantia*, suprema virtude do homem.¹⁸ E consiste, antes de tudo, na preservação da palavra dada (*fit quod dicitur*). Daí por que o comportamento contraditório, o *venire contra factum proprium* constitui, nessa perspectiva, a manifestação por excelência da falta de boa fé.¹⁹

A *affectio societatis* é, portanto, não um elemento exclusivo do contrato de sociedade, distinguindo-o dos demais contratos, mas um critério interpretativo dos deveres e responsabilidades dos sócios entre si, em vista do interesse comum. Quer isto significar que a sociedade não é a única relação jurídica marcada por esse estado de ânimo continuativo, mas que ele comanda, na sociedade, uma exacerbação do cuidado e diligência próprios de um contrato *bonae fidei*. Em especial, o sócio que descumpre disposição estatutária e, sobretudo, contratual (pois a relação convencional é mais pessoal e concreta que a submissão a normas estatutárias), como é o caso de acordos de acionistas numa sociedade anônima, pratica falta particularmente grave sob o aspecto da ética societária; ele se põe em contradição com sua anterior estipulação ou declaração de vontade, revelando-se pessoa pouco confiável enquanto sócio (*venire contra factum proprium*).

Há, assim, dois elementos componentes da *affectio* ou *bona fides societatis*, representativos do duplo aspecto dessa relação: a fidelidade e a confiança. A fidelidade é o escrupuloso respeito à palavra dada e ao entendimento recíproco que presidiu à constituição da sociedade, ainda que o quadro social se haja

16. Gai. III, 151: *Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseverant*. C.4, 37, 2: *Tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium integer perseverat*.

17. *In rebus minoribus socium fallere*, escreveu Cícero, *turpissimum est*. E fazendo referência à *traditio maiorum*, um dos critérios supremos da civilização romana: *recte igitur majores eum qui socium fefellisset in virorum bonorum numero non putarunt haberi oportere* (*Pro Roscio Am.*, 40, 116).

18. *Principles of Roman Law*, Oxford (Clarendon Press), 1936, p. 224. Schulz lembra, em exergo desse capítulo, a declaração de Cícero no *De Officiis*: *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas* (I, 7, 23).

19. Cf. Henri Deschenaux, “Le Titre Préliminaire du Code Civil”, no *Traité de Droit Suisse*, t. II, 1, Friburgo (Editions Universitaires), 1969, pp. 171 e ss.; Franz Wieacker, *El Principio General de la Buena Fe*, Madri (Editorial Civitas), 1977, pp. 60 ss.

alterado, mesmo completamente. Por outro lado, a confiança é também um dever do sócio para com os demais, dever de tratá-los não como contrapartes, num contrato bilateral em que cada qual persegue interesses individuais, mas como colaboradores na realização de um interesse comum.

Não resta dúvida que essa característica de contrato de boa fé varou os séculos e marca ainda, fundamente, as nossas sociedades de pessoas, mesmo revestidas da forma acionária. O intérprete não pode, pois, deixar de levar em consideração esse princípio, sob pena de cometer, no *summum ius* formalista, absurdos lógicos ou graves injustiças. A “sociedade anônima de pessoas”, em especial, está longe de ser aquele “mecanismo jurídico” descrito por Ripert. Ela não existe longe e fora do acordo personalíssimo das partes, a modo de um *deux ex machina* que vive e age autonomamente, livre da vontade e dos interesses dos que o engendraram. Por detrás do tênue véu do anonimato, enxerga-se a realidade concreta dos sócios, com suas intenções, palavras e obras.

A sanção mais enérgica contra a violação desse dever de boa fé do sócio é a sua exclusão da sociedade. Nas sociedades não-acionárias, admite-se, geralmente, que essa exclusão possa fazer-se com fundamento em disposição legal ou específica cláusula contratual. Há, também, bons argumentos para se sustentar a validade da deliberação de exclusão de sócio, mesmo na ausência de disposição legal ou convencional específica.²⁰

Na sociedade anônima, ao revés, doutrina e jurisprudência são mais reticentes, quando não francamente contrárias, à admissibilidade de um direito de exclusão do acionista, argumentando com o “direito individual” de permanecer na sociedade. É de se assinalar, no entanto, um acórdão relativamente recente da *Cour d'Appel de Rouen*, na França, em que essa possibilidade jurídica foi admitida.²¹ Tratava-se de sociedade anônima, cujos estatutos continham não só a cláusula de *placet* do conselho de administração na transferência de ações por ato *inter vivos*, como também a previsão de que o conselho de administração poderia exercer um “direito de preempção” das ações de qualquer sociedade acionista, cujo controle fosse transferido a pessoas físicas ou jurídicas que não seriam aceitas, em razão da cláusula de *placet*, como cessionárias de ações da companhia. O tribunal julgou válida tal disposição estatutária, invocando o caráter convencional da sociedade e o fato de que, mesmo em sociedades de capitais, o *intuitus personae* pode ser levado em consideração. Admitiu que esse “direito de preempção” (que, na verdade, era um direito de compra compulsória) nada mais seria do que um reforço da cláusula de *placet*, na cessão de ações, cláusula essa cuja validade ninguém contestava; de outra forma, a necessária submissão da pessoa do cessionário de ações à aprovação do conselho de administração seria facilmente contornável com a cessão do controle da sociedade acionista, o que, realmente, ocorrera na espécie. Afastou, por fim, a objeção de que se tratava de uma expropriação unilateral de acionista, declarando que a inserção dessa norma no pacto social atribuía-lhe um caráter convencional.

20. Cf. Fábio Konder Comparato, *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio, (Forense), 1978, p. 131.

21. O acórdão é de 8.2.1974, e foi publicado em *Dalloz*, 1974, *Somm.* 71, e em *Banque*, 1974, p. 647, com comentário de L. M. Martin. Foi também comentado na *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1974, n. 2, p. 291.

Pelas reações da doutrina francesa, já se pode perceber que essa decisão não permanecerá isolada na jurisprudência e tenderá, certamente, a influir na prática societária.

Independentemente dessa medida radical, as leis acionárias de alguns países, inclusive do nosso, consagram outro remédio societário adequado a sancionar as violações dos deveres de colaboração de acionistas, em função do interesse comum. É a suspensão do exercício dos direitos societários (Lei 6.404, de 1976, art. 120).

II — A questão da alusão maliciosa de um direito de preferência à aquisição de ações de companhia

Acabamos de ver que a *affectio societatis* comanda, nas relações entre os sócios — quaisquer sócios, mesmo acionistas — uma exacerbação do dever de fidelidade e diligência, próprio de um contrato *bonae fidei*. Importa, agora, examinar, mais precisa e detidamente, como se aplica esse princípio na hipótese de um pacto de preferência entre acionistas para a aquisição de ações da companhia.

A primeira consideração a fazer, neste ponto, é quanto ao dever geral de boa fé entre partes, na fase do procedimento contratual que precede a conclusão do contrato. A moderna doutrina aplica, com efeito, à matéria contratual, a mesma noção de procedimento, consagrada em direito processual e administrativo. Nestes últimos, distingue-se o processo, enquanto quadro geral de relações jurídicas, do procedimento, que é a sucessão ordenada de atos, dentro da relação jurídica processual. Nos contratos, também é possível distinguir a relação jurídica de onde derivam os direitos e obrigações, das diferentes fases que precedem e sucedem o estabelecimento dessa relação definitiva.²² Pois bem, nos contratos mais complexos, a celebração da relação definitiva é geralmente precedida de uma fase de negociações ou tratativas e, eventualmente, de um acordo preliminar ou precontrato. É aí, justamente, que se inserem as opções e os pactos de preferência à aquisição de bens.

A pergunta que se põe, nesse particular, é se o princípio de boa fé, que deve presidir ao comportamento das partes contratantes, é o mesmo que enforma a responsabilidade *in contrahendo*. Em particular, deixando de haver contratação, qual o fundamento de uma eventual responsabilidade de um dos negociadores por culpa ou dolo?

À primeira vista, tem-se a impressão de que, enquanto não unidas na relação de contrato, não há que se falar em boa fé contratual. Se dolo houver na conclusão do contrato, ele será anulável. Mas, se uma das partes causar prejuízo à outra na fase preliminar à contratação, por negligência ou leviandade, estaremos diante de uma responsabilidade extracontratual. De qualquer modo, a conclusão primeira parece ser a de que o princípio da boa fé contratual não se estende a um momento anterior ao nascimento do próprio contrato.

Não é esta, porém, a solução do direito moderno. Assim, por exemplo, conforme o disposto no art. 1.337 do Código Civil italiano, os contratantes, tanto

22. Cf. Alberto Ravazzoni, *La Formazione del Contratto*, I, Milão (Giuffrè), 1973.

no desenvolvimento das negociações preliminares, quanto no momento da formação do contrato, devem comportar-se com a mesma boa fé. Interpretando o dispositivo em acórdão de janeiro de 1972, a Corte de Cassação daquele país teve ocasião de fazer uma análise esclarecedora, declarando que “o bem tutelado pelo art. 1.337 do CC não é o que a parte se propunha a conseguir com o contrato, mas põe-se em um momento anterior; é o bem constituído pela legítima expectativa, não tanto de que as negociações redundem na conclusão do contrato (de outra forma, estar-se-ia hipotecando a autonomia negocial das partes), mas de que elas se desenvolvam de forma leal e correta num plano de igualdade, sem que uma parte, por reservas mentais ou mesmo por leviandade e sem seriedade de intenções, empenhe a outra em negociações (que não deseja concluir), precludindo assim, no entretempo, a possibilidade de concluir o contrato com outros”.²³ Temos, portanto, mesmo antes da conclusão do contrato, uma antecipação dos deveres gerais de lealdade e correção que devem disciplinar o comportamento de contratantes, mesmo se, como bem salientou o tribunal supremo italiano, as partes mantêm, sempre íntegra, a sua liberdade de celebrar ou não o contrato.

Esses esclarecimentos são fundamentais, quando se trata de litígio a respeito do cumprimento de um pacto de preferência. Ainda que o titular do direito de preempção não queira exercê-lo, por não lhe convir o negócio em razão do preço e das condições propostas, não deve, obviamente, ser prejudicado pela eventual oferta maliciosa ou insincera da outra parte. É que esta pode servir-se do próprio mecanismo do direito de preferência para afastar o oblato da aquisição do bem ou, então, para compeli-lo a adquirir em condições econômicas desvantajosas.

Ressalte-se, por outro lado, mais uma vez, que não se trata, pura e simplesmente, de uma relação jurídica bilateral, em que as partes defendem interesses contrapostos. No caso, não se está diante de uma simples compra e venda ou cessão de propriedade de ações. O pacto de preferência insere-se no contexto de um acordo de acionistas, reforçando o caráter pessoal da relação societária. Deparamo-nos, pois, com um negócio jurídico plurilateral ou com comunhão de escopo.

Nos contratos plurilaterais, há sempre dois tipos de interesse em causa: o interesse comum das partes e os seus interesses individuais. Entre um e outro existe uma relação de intermediação ou complementariedade. Não são quaisquer interesses individuais que a ordem jurídica protege no contrato de sociedade, mas apenas os interesses dos sócios *enquanto sócios*; isto é, os interesses que não só não se contrapõem ao escopo comum de realização do objeto social com fim lucrativo, mas cuja realização depende da efetiva consecução desse interesse comum. Nos contratos bilaterais, há distribuição de bens para a satisfação de interesses contrapostos. Nos plurilaterais — de que a sociedade é o melhor exemplo — há conjugação de esforços e recursos para a satisfação de interesses convergentes. Aqui, o individualismo é não só imoral como ilícito.

Os poderes normalmente ligados à propriedade, como o de alienar, por exemplo, não podem ser exercidos segundo o mesmo critério, quando não há

23. Acórdão e comentário na *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligationi*, ano LXXI (1973), ns. 3-4, segunda parte, p. 78.

nenhuma relação societária envolvida nessa propriedade e quando, ao contrário, essa relação existe. *A fortiori*, a estipulação de preferência à aquisição de bens não pode ser interpretada da mesma forma, entre sócios e não-sócios. Se a relação societária existe e se, ademais dela, foi estipulado um direito de preempção de ações, está fora de cogitações o absolutismo da propriedade (vender a quem quiser pelo preço que bem entender) e a máxima *caveat emptor*, pois não se cuida de interesses puramente individuais (*mea res agitur*). Trata-se, antes, de proteger e reforçar os laços de comunhão societária, dando-se aplicação ao princípio da fidelidade e da perseguição do interesse comum (*nostra res agitur*), que exclui toda manobra tendente a descartar o direito de preempção, reconhecido aos sócios. Aqui, já não há poder arbitrário de alienar a qualquer preço, dado que a fixação de preço manifestamente superior ao valor venal da coisa pode representar uma maneira de fraudar a disposição estatutária ou a estipulação contratual que criou a preempção.

Eis por que, na técnica do direito societário, não há apenas abuso da maioria ou do sócio controlador a evitar, mas também abusos da minoria a sancionar. A recente lei acionária, em matéria de exercício do voto em assembléia, tornou esse princípio mais claro do que no regime do Decreto-lei 2.627, ao dispor que “o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido” (art. 115, § 3.º).

A mesma regra se aplica, *mutatis mutandis*, no tocante às relações entre os sócios quanto à cessão de sua participação societária, como já se reconheceu nos Estados Unidos. Comentando a jurisprudência norte-americana a respeito do dever de lealdade da minoria acionária nas companhias fechadas, J. A. C. Hetherington observa que o Direito deve proteger a maioria contra as tentativas dos minoritários de exercer seus direitos de propriedade das ações de modo a obter vantagens desmedidas às custas dos demais acionistas ou da própria companhia.²⁴

E, de fato, a ausência de boa fé na proposta de cessão onerosa de posição acionária pode ser inferida, objetivamente, de uma desproporção grosseira de interesse no negócio,²⁵ procurando o ofertante alcançar um preço manifestamente superior ao valor da coisa. Tratando-se de negócio que se insere em relação societária, o princípio da equivalência de prestações adquire inegável realce.

Cuidar-se-á, assim, de saber, preliminarmente, se a posição acionária que se pretende ceder é de controle ou não de companhia. Não estando em transação o controle, o critério para a determinação de preço justo das ações oferecidas à venda já está expresso na lei. É o art. 170, § 1.º que combina valor de mercado,

24. A respeito do precedente *Matteson v. Ziebarth*, escreve Hetherington: “The rule of the decision seems to be that at some point the law will protect the majority against an attempted of ownership rights by a minority shareholder, at least to the extent of denying equitable relief to one whose conduct is merely an effort to take financial advantage of the other shareholders. It must follow that, to some extent, the minority shareholder has a duty no to seek “unfair” advantage over his associates” (*The Minority's Duty of Loyalty in Close Corporations*, publicado originalmente em 1972, *Duke Law Journal*, p. 294; republicado em *Selected Articles on Corporate Law*, coletânea editada pela *American Bar Association* em 1977).

25. Cf. Henri Deschenaux, *Le Titre Préliminaire du Code Civil*, cit., p. 170.

montante de patrimônio líquido da companhia e suas perspectivas de rentabilidade. Verificando-se, pois, que uma oferta de ações, objeto de pacto de preferência, é feita com ágio, sem que esse sobrevalor se justifique quer pela detenção do poder de controle, quer pelo jogo combinado dos fatores expressos no mencionado artigo da lei acionária, a desproporção de interesse transparece patentemente.

Em casos que tais, é de se perguntar se o ofertante das ações à venda tenciona, realmente, concluir o negócio; ou, pelo menos, se a oferta é séria e não tem por objetivo, simplesmente, afastar os titulares de um direito de preferência. A indagação é importante, no campo da análise jurídica.

Com efeito, aceita a idéia de que o núcleo do chamado “negócio jurídico” se encontra na manifestação de vontade juridicamente válida e eficaz, resulta óbvio que a questão da existência ou não, em uma das partes, da vontade de concluir o negócio (*Geschäftswille*, na dogmática alemã), no sentido de aceitar as conseqüências jurídicas da manifestação de vontade realizada (*Rechtsfolge-wille*), é fundamental. É possível, segundo o princípio geral da confiança, atribuir eficácia jurídica às manifestações de vontade simplesmente aparentes, quando a outra parte desconhece esse fato. Mas desde que a falta de vontade de contratar se torna patente, o oblato, sobretudo se titular de um direito de preferência, tem a pretensão jurídica de ver reconhecida a invalidade da oferta, para evitar um prejuízo.²⁶

Assim, o Código Civil alemão considera que a parte que, em um negócio jurídico, faz declaração de vontade com restrição mental não pode se prevalecer desse fato, para sustentar a invalidade do negócio. Mas a invalidade se impõe se a contraparte conhecia a restrição mental (§ 116). Analogamente, se uma declaração de vontade é feita sem seriedade — por brincadeira ou bazófia, por exemplo — na expectativa de que assim seja entendida, ela não produz efeitos jurídicos (§ 118).

A necessidade de uma real vontade de contratar, ou intenção de se submeter aos efeitos jurídicos de uma oferta de contrato, constitui, indubitavelmente, um dos requisitos ou elementos intrínsecos de todo negócio contratual. Até mesmo no sistema de *common law*, em que a importância central da *consideration*, como contraprestação objetiva, parece dominar soberanamente toda a teoria do contrato, relegando a pesquisa da causa do negócio ou intenção das partes a plano secundário, a doutrina contemporânea tem reconhecido que sem intenção séria de contratar não há contrato. Assim, no Direito inglês, os tribunais firmaram, de há muito, orientação no sentido de que as palavras levemente pronunciadas (*mere puffs*) não podem ser tomadas como obrigando quem as pronun-

26. O princípio geral da confiança (*Vertrauensprinzip*) não tem sido posto em foco, habitualmente, na dogmática não-germânica. Sua importância, no entanto, é incontestável em qualquer sistema jurídico. No Direito alemão, cf., Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Munique (Beck), 1967, pp. 574 ss.; Josef Esser, *Schuldrecht*, 2.^a ed., Karlsruhe (Müller), 1960, § 7, ns. 3 e 4. No Direito suíço, veja-se a tese de doutoramento de Robert Patry, *Le principe de la Confiance et la Formation du Contrat en Droit Suisse*, Genebra, 1953.

cia.²⁷ Comentando o conjunto dos precedentes judiciais ingleses sobre essa matéria, Treitel conclui que eles não podem ser satisfatoriamente explicados, a não ser levando-se em conta que a ausência de intenção de contratar impede a formação do contrato; devendo, portanto, essa intenção ser reconhecida como um requisito distinto para existência do contrato.²⁸ Daí, também, por que o mesmo autor define a oferta de contrato, no Direito inglês, como sendo “a expressão da vontade de contratar em certos termos, feita com a intenção (*real ou aparente*) de que ela tornar-se-á vinculante tão logo for aceita pela pessoa a quem é dirigida.”²⁹

Temos, pois, que para a validade jurídica de uma proposta de contratar é indispensável haver, por parte do proponente, a vontade ou intenção séria de se obrigar contratualmente. Se o oblato consegue demonstrar que essa intenção nunca existiu e que a proposta foi feita, unicamente, com o intuito de prejudicá-lo, a oferta de contrato é, juridicamente, nenhuma e, portanto, totalmente ineficaz. Vale dizer que de uma oferta assim feita não decorre efeito algum quanto a prazo de aceitação. O titular do direito de preferência está, pois, juridicamente fundado a considerar como não iniciado o procedimento final da conclusão do contrato de compra e venda.

Essa análise é plenamente compatível com o sistema do Direito privado brasileiro, em matéria de contratos, o qual se funda, todo ele, no princípio da autonomia negocial. A manifestação de vontade constitui a sua pedra angular. E, especificamente quanto à proposta de contratar, a ausência de uma intenção séria do proponente de se obrigar pela sua declaração, quando conhecida pelo destinatário desta, representa, exatamente, uma das hipóteses em que a proposta não é obrigatória em razão das “circunstâncias do caso” (CC, art. 1.080 *in fine*).

A pesquisa da real intenção de contratar não se perde num psicologismo estéril. Ela pode e deve ater-se aos elementos objetivos do negócio. Já se fez referência ao valor das ações, num pacto de preferência de aquisição entre acionistas. Mas há que se lembrar, também, a necessária precisão que deve comportar toda oferta para que produza efeitos jurídicos. Tal precisão é apreciada concretamente, em cada caso, em função das circunstâncias do negócio. Os *essentialia negotii* não são apenas os que a doutrina fixou, de modo geral, para o tipo de contrato em exame. As próprias partes podem “essencializar” outros elementos, notadamente quando o contrato em causa insere-se em relação jurídica mais abrangente, como sucede com os pactos de preferência entre acionistas.

27. *Even a statement that is perfectly precise*, observa um autor, *may nevertheless not be binding if the court considers that it was not seriously meant. Thus in Weeks v. Tybald the defendant “affirmed and published that he would give £ 100 to him that should marry his daughter with his consent”. The court held that “it is not reasonable that the defendant should be bound by such general words spoken to excite suitors”* (G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 4.^a ed., Londres, Stevens & Sons, 1975, p. 97).

28. Ob. cit., p. 104.

29. Ob. cit., p. 7. O acento tônico do pensamento do autor, aí, não deve ser posto no momento em que a proposta de contrato obriga o proponente — pois os sistemas jurídicos variam nesse particular, como sabido (haja vista a norma do art. 1.080 do nosso Código Civil) — e sim no fato de que, sem intenção de contratar não há oferta.

III — Conclusões

Em toda sociedade, estabelece-se um quadro geral de relações entre os sócios, fundadas na fidelidade e na confiança recíprocas. É a *affectio* ou *bona fides societatis*. Esse relacionamento de especial boa fé e de verdadeiro *intuitus personae* pode existir na sociedade anônima fechada, notadamente a que conta, complementarmente ao estatuto, com acordo particular entre todos os acionistas, regulando o exercício do voto em assembleias gerais, o poder de fiscalização da minoria, a obrigação de prestações acessórias e o direito de preferência recíproco à aquisição de ações.

Especificamente em relação a esse último direito, o comportamento dos acionistas deve se pautar pela mais rigorosa boa fé, não sendo admissível que, sob a aparência de cumprimento da obrigação, haja na verdade uma tentativa para eludir o exercício do direito preferencial. É que a venda de ações, em tal hipótese, deixa de ser um contrato bilateral isolado, em que cada parte persegue interesses próprios que se contrapõem, mas insere-se no contexto de uma relação plurilateral, na qual a satisfação dos interesses individuais fica subordinada à realização do interesse comum.

Há abuso na oferta de venda de ações, objeto de direito de preferência entre acionistas, quando se comprovar uma desproporção grosseira de interesses. Tal ocorre, por exemplo, quando o preço fixado pelo ofertante supera de muito o valor venal das ações. Em especial, na oferta de venda de ações feita pelo acionista minoritário ao controlador, essa desproporção grosseira de interesses pode ser reconhecida quando a venda de posição acionária implica a cessação de obrigação de colaborar com a empresa por meio das prestações acessórias, como, por exemplo, as de formação de pessoal qualificado e de publicidade institucional.

Toda oferta de contrato supõe, para sua validade, que o ofertante tenha realmente intenção de contratar. Se o oblato desconhecia a ausência de vontade do proponente em concluir o negócio, admite-se, segundo o princípio da confiança, que a declaração de vontade do ofertante seja obrigatória. Mas se a oferta de contrato é feita sem uma intenção séria de conclusão do negócio, o seu destinatário é fundado a pleitear o reconhecimento da invalidade ou ineficácia da proposta recebida, notadamente quanto ao prazo de aceitação da proposta pelo titular do direito de preferência.

A ausência de vontade de contratar pode ser reconhecida quando a oferta é feita em tais condições que a sua aceitação pelo oblato se revele, econômica ou praticamente, impossível, por razões de ordem objetiva, como a inequivalência patente das prestações, ou a falta de precisão sobre os elementos fundamentais do negócio.

JURISPRUDÊNCIA