

PRINCÍPIOS CARACTERÍSTICOS E REALIDADE NAS LEIS DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

FRAN MARTINS

1. *Sociedade anônima e empresa*

Em uma tese que mereceu aplausos gerais e merecidos elogios do Deão Honorário da Faculdade de Direito de Rennes e professor da Faculdade de Direito de Paris, IVON LOUSSOUARN, o prof. JEAN PAILLUSSEAU estuda e aprecia vários aspectos da sociedade anônima, destacando que a mesma se caracteriza como uma “técnica jurídica de organização da empresa”.

De fato, com o crescimento, de um lado, da empresa, organização de capital e trabalho destinada à produção e circulação de bens ou serviços, e de outro com o desenvolvimento da sociedade anônima, que de simples contrato passou a ser considerada como uma instituição, a junção da empresa e sociedade se operou de tal modo que muitas vezes ambas são tratadas como uma mesma coisa. Na realidade, as duas possuem conceitos diversos: a empresa é a organização em si, revestindo-se de características econômicas, destinada a produzir ou fazer circularem bens ou serviços. É, assim, a empresa uma unidade econômica, despida de aspecto jurídico. Já a sociedade anônima é uma pessoa jurídica que abarca a empresa, marcando os limites de atuação desta no campo comercial.

E é justamente por delimitar a sociedade anônima a atuação da empresa comercial que se costuma confundir sociedade com empresa, esquecendo de que se trata de noções diferentes, de continente e conteúdo, de sujeito e objeto, que marcham juntos porque a sociedade anônima acompanha a evolução, sempre crescente, da empresa comercial.

2. *Teorias sobre a natureza da sociedade anônima*

Inicialmente, quando regras jurídicas surgiram para regular as sociedades comerciais, estas foram consideradas como contra-

tos, tendo o Código Civil francês estatuído, no art. 1.831, que a sociedade “é um contrato pelo qual duas ou mais pessoas convêm em pôr em comum bens ou trabalho com a finalidade de partilhar lucros”. O Código Civil brasileiro também dispôs que “celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns.”

Era, assim, a sociedade considerada como um contrato unindo pessoas para fins comuns. O próprio Código Comercial brasileiro já em 1850 acentuava o caráter contratual das sociedades comerciais estatuído, quando tratou das sociedades em comandita simples, que essas existem “quando duas ou mais pessoas se associam para fim comercial”, declarando, com mais precisão, ao conceituar as sociedades em nome coletivo, que essas se formam “quando duas ou mais pessoas... *se unem para comerciar em comum*”. O caráter contratual das sociedades comerciais se estendia também às sociedades anônimas pois o art. 289, aplicável tanto às sociedades como às companhias, se refere expressamente ao *contrato* em que todas as sociedades devem fixar o prazo e a forma segundo os quais os sócios devem entrar com suas quotas e contingentes para o fundo social.

Mas as normas jurídicas evoluíram, em relação às sociedades comerciais, levando a que essas fossem consideradas pessoas jurídicas e distinguindo as sociedades em que tinha importância principal a pessoa dos sócios — as chamadas sociedades de pessoas ou contratuais — e aquelas em que se tinha mais em conta o numerário com que cada sócio concorria para o capital social. A diferença entre as duas categorias se fez com bastante profundidade, passando a sociedade anônima, protótipo das sociedades de capitais, a contar com regras muito especiais sobre a sua constituição e funcionamento.

Concedida personalidade jurídica a algumas sociedades comerciais — a sociedade em conta de participação é desprovida de personalidade e as em nome coletivo e em comandita simples não são consideradas pessoas jurídicas na Alemanha e na Inglaterra —, com o tempo surgiu a teoria de que as sociedades anônimas não constituem um contrato mas uma *instituição*, isto é, um organismo que para funcionar prescinde da colaboração obrigatória das pessoas que lhe deram origem. A partir de então passaram a existir duas correntes divergentes sobre a natureza das sociedades anônimas — a que lhes dá o caráter *contratual*, sobretudo requerendo para a sua criação e existência a pluralidade de sócios, e a que lhes dá o caráter *institucional*, deixando o organismo de depender das pessoas que o criaram.

Essas duas correntes sobre a natureza das sociedades anônimas ainda hoje se digladiam, com defensores de ambos os lados. Aqueles que consideram a sociedade anônima como contratual se arrimam sobretudo no fato de exigirem as leis, para a criação e mesmo existência dessas sociedades, duas ou mais pessoas, o que as caracteriza como um contrato. Isso é o que existe na quase totalidade das leis que atualmente regulam as sociedades anônimas, variando apenas o número dos acionistas originais.

Por sua vez, os defensores da teoria institucional argumentam que entre os sócios das sociedades anônimas não existe *affectio societatis*, que elas podem funcionar durante um certo período de tempo com uma única pessoa detentora de todas as partes sociais e, finalmente, que em alguns países elas podem ser criadas por uma única pessoa, física ou jurídica, não sendo requerida, assim, união de vontades mas uma só vontade para dar-lhes vida.

Sinais de ambas essas teorias encontramos hoje nas diversas leis que, nos vários países, regulam as sociedades anônimas. Como é fácil concluir, cada concepção produz efeitos especiais, dando origem, assim, a inúmeros problemas em face da diversidade de interpretação de fatos ligados a essas sociedades.

3. *Os princípios e a realidade*

Escrevendo sobre as sociedades anônimas, o Deão RIPERT destacou, nos "*Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*", que "não há direito das sociedades anônimas; há leis das sociedades anônimas". E todos reconhecem que essas leis, tendo em vista o dinamismo das atividades comerciais, são leis que necessitam ser constantemente revistas, para que as regras jurídicas possam acompanhar o desenvolvimento econômico das empresas.

Por sua vez, tomando por base um conceito de RATHENAU, o Prof. JOAQUIM GARRIGUES, em um estudo que é uma preciosidade pela clareza e profundidade dos conceitos ("*Nuevos hechos, nuevo derecho*"), esclarece que o direito legislado é bem diferente do direito vivido, ou seja, que nem sempre a realidade corresponde aos princípios legais, como, aliás, também já alertara o Prof. PAILLUSSEAU (ob. cit., p. 2), que chega a falar em *divórcio* entre o direito e os fatos. E recentemente o jurista espanhol VICTOR MANOEL GARRIDO DE PALMA, em um estudo sobre "*La Sociedad Anónima en el Derecho vivido*" (*Revista de Derecho Mercantil*, n.º 174, Madrid, setembro/dezembro de 1984), destaca os pontos principais evocados pelo Prof. GARRIGUES, em que há às vezes até mesmo oposição entre as regras que, na prática, se aplicam a certos aspectos das

sociedades anônimas e os princípios que as leis sobre essas entidades estabelecem como normas a serem seguidas.

Há, desse modo, nas diversas leis que atualmente regulam as sociedades anônimas, vários choques entre princípios geralmente estabelecidos e a realidade resultante da análise de disposições legais. Essa diversidade de conceitos chama a atenção dos especialistas. Em regra, essas distorções levam a dar-se às sociedades anônimas natureza completamente diversa da normalmente esperada segundo a análise de determinado fato. Se a análise não destrói os princípios, pelo menos deixa dúvida no espírito dos estudiosos, razão pela qual os que trataram do assunto, como GARRIGUES, esperam que um dia haja perfeita correlação entre os princípios alardeados como características das companhias e o resultado da apreciação fria dos fatos ou das regras do direito legislado.

4. *Características das sociedades anônimas*

É sabido que as sociedades anônimas se caracterizam pelo fato de terem o capital dividido em partes iguais, de ser limitada a responsabilidade do sócio ao valor das ações subscritas ou adquiridas e de haver livre cessibilidade de ações. Esses princípios constam, expressa ou implicitamente, em todas as leis das sociedades anônimas e a lei brasileira os consagra nos arts. 1.º, 11, § 2.º, e 29 e 36.

Entretanto, tais princípios não são exclusivos das sociedades anônimas, podendo ser encontrados também em outras sociedades. Talvez se possa dizer com mais precisão que tais princípios não caracterizam as sociedades anônimas porque existem em outras sociedades, sendo da maior importância para a conceituação desses outros tipos sociais.

Assim, a divisão do capital em partes iguais também é obrigatória, em alguns direitos, para as sociedades (por quotas) de responsabilidade limitada. É o que acontece com as sociedades de responsabilidade limitada da França, estando estabelecido no art. 35 da lei de sociedades de 1966 que as participações dos sócios devem ser de igual valor. Do mesmo modo acontece com a Bélgica, constando a regra do art. 124 da Lei de 1935. Também a lei luxemburguesa de 1935 estatuiu valor igual para as participações dos sócios nas sociedades de responsabilidade limitada. E a lei argentina das sociedades comerciais, de 1972, igualmente dá como característica das sociedades de responsabilidade limitada a divisão do capital em quotas de igual valor (art. 148), dizendo ARECHA e GARCIA CUERVA que “é evidente que, ao recorrer à fixação de um valor nominal, este não representa o valor real

das quotas, senão que a fixação é necessária para determinar a alíquota do sócio na totalidade do patrimônio social” (ARECHA e CUERVA, “*Sociedades Comerciales*”, Depalma, 1976, p. 230).

Por sua vez, a característica da responsabilidade limitada dos sócios, encontrada em todas as leis das sociedades anônimas, também não é exclusiva desse tipo social pois as sociedades por quotas, não apenas no Brasil como no estrangeiro, se destacam pelo fato de ser a responsabilidade dos sócios limitada ao valor das quotas subscritas ou adquiridas (lei argentina, art. 146) ou ao total do capital social (lei brasileira, art. 2.º). Igualmente desvirtua o princípio da limitação da responsabilidade dos acionistas a subscrição de ações com ágio, como sucede na lei brasileira, em que está expressamente determinado que a responsabilidade do acionista é pelo preço de emissão das ações subscritas (Lei n.º 6.404/76, art. 1.º), sabido que o *preço de emissão* é constituído com uma parte para integralizar o capital (valor nominal, quando as ações são dessa modalidade) e uma parte como reserva de capital (art. 13, § 2.º), que pode se destinar a um aumento futuro (arts. 182, § 1.º, e 200, n.º IV).

Finalmente, muitas vezes o acionista responde subsidiariamente pelos atos praticados nas funções que exerce na sociedade, como os membros do Conselho de Administração, que obrigatoriamente devem ser acionistas (art. 146) e que são responsáveis civilmente por certos atos que praticam mesmo dentro de suas funções (art. 158, I), ou com violação da lei ou do estatuto (n.º II), sendo solidariamente responsáveis até por atos praticados por outros administradores (arts. 158, § 4.º) ou em casos de omissão (art. 158, § 4.º) — isto é, pela *não prática* de determinados atos.

Por último, caracteriza também as sociedades anônimas a livre cessibilidade das ações. Contudo, nas sociedades fechadas o estatuto “pode impor limitações à circulação das ações nominativas” (art. 36) e mesmo em sociedades abertas leis especiais podem impor a proibição de transferência de ações para determinadas pessoas, como acontece com a interdição de estrangeiros serem proprietários de ações de companhias, cujo objeto é a exploração de petróleo ou de empresas jornalísticas ou de telecomunicação (Dec. n.º 57.795, de 30.12.63 — Reg. dos Serviços de Radiodifusão, art. 7.º, letra c).

Vê-se, desse modo, que, apesar de consagrados nas leis das sociedades anônimas, os princípios da divisão do capital em partes iguais, da responsabilidade limitada dos sócios e da livre circulação das ações não são exclusivos das sociedades anônimas ou sofrem restrições da própria lei que regula essas sociedades, ou por leis

especiais. Daí se concluir que esses princípios não podem constituir regra geral para a caracterização das sociedades anônimas, como é normalmente aceito.

5. *Pluralidade de pessoas na constituição e na vida da sociedade*

As leis em geral estabelecem que as sociedades anônimas devem ser constituídas por duas ou mais pessoas (2 pessoas na Itália, Holanda, Venezuela, Cuba e Irã; 3 na Dinamarca, Finlândia, Noruega, Peru, Suíça, Uruguai e em alguns Estados dos Estados Unidos; 5 na Colômbia, Alemanha, Honduras, México e Turquia; 7 na Bélgica, Egito, França, Japão, Grã-Bretanha e Israel e 10 no Paraguai e em Portugal. Essa pluralidade de sócios tem sido considerada característica das companhias, como aliás de todas as sociedades.

A pluralidade de pessoas para a constituição das sociedades anônimas é um resquício da origem dessas sociedades, quando era feito um apelo ao público em geral para que pudesse ser levantado o capital destinado à atividade da companhia. Hoje, o fato de determinar a quase totalidade das leis a existência de duas ou mais pessoas para a criação dessas sociedades serve de argumento para que certa corrente de estudiosos considere a sociedade anônima como de natureza contratual, falando muitas leis, mesmo, em *contrato* de sociedade ao se referirem ao ato constitutivo das companhias.

Entretanto, algumas leis, como a do Liechtenstein e de vários Estados dos Estados Unidos permitem que as sociedades anônimas sejam fundadas por *uma* só pessoa, física ou jurídica. O "*Model Business Corporation Act*", dos Estados Unidos, dispôs, na Seção 47 do texto original, posteriormente transformada na Seção 53 do texto revisto de 1973, que as corporações podem ser criadas por uma única pessoa, princípio que foi incluído na legislação de vários Estados americanos, inclusive no Estado de Nova York.

Um fato de suma relevância aconteceu com a lei alemã de 1980, que reformou a Lei de 1892 sobre as sociedades por quotas. Sabe-se que, na Alemanha, essas sociedades, denominadas sociedades de responsabilidade limitada, se orientam pelos princípios das sociedades anônimas, enquanto que em alguns outros países, como o Brasil e a Bélgica, elas são contratuais. A nova lei alemã sobre sociedades de responsabilidade limitada, de 4 de julho de 1980, entrada em vigor em 1.º de janeiro de 1981, estatuiu (art. 1.º) que as sociedades de responsabilidade limitada, correspondentes às sociedades por quotas do Brasil, podem ser constituídas

por *uma* ou mais pessoas, o que não acontece na Alemanha com as próprias sociedades anônimas.

Por outro lado, em quase todas as leis que regulam as sociedades anônimas é permitido que, se, por um determinado momento, todas as ações pertencerem a um só acionista, a sociedade não se dissolve, continuando a funcionar por um certo espaço de tempo — normalmente um ano — dentro do qual deverá ser recomposto o número mínimo de sócios exigido pela lei. No Brasil esta circunstância consta da letra *d* do art. 206 da lei das sociedades anônimas.

Mais ainda: a lei brasileira, inovando a respeito, admite que uma sociedade (*subsidiária integral*) seja criada com *todas* as suas ações pertencentes a uma sociedade brasileira. Também em sua vida normal uma sociedade anônima pode se converter em subsidiária integral, desde que outra sociedade adquira todas as suas ações. E as sociedades, controladora e subsidiária integral, ficam funcionando normalmente (arts. 251 e 252).

Esses fatos provam que as sociedades anônimas estão perdendo a natureza contratual que as caracterizava por exigir pluralidade de pessoas para a sua fundação ou funcionamento. De nossa parte, aceitamos a idéia de que a sociedade pode ser criada por uma só pessoa proprietária de todas as ações, enfileirando-nos na corrente dos que consideram a sociedade uma instituição e não o resultado de um contrato.

6. *Sociedade aberta e fechada. Grande e pequena sociedade*

As leis em geral procuram classificar as sociedades em *abertas* e *fechadas*, de acordo com a negociação de suas ações. A lei brasileira considera a sociedade *aberta* aquela em que suas ações são negociadas em bolsas ou no mercado de balcão e as *fechadas* as que não têm essa negociação. As sociedades fechadas denotam, assim, características de sociedades de pessoas. Apesar de não serem suas ações negociáveis em bolsas e no mercado de balcão, as sociedades fechadas podem contar com um elevado número de sócios, em virtude de não haver a lei limitado o máximo de sócios que dela podem fazer parte, como fez a lei inglesa com as *private companies*. Também não limitou a lei uma importância máxima para o capital das sociedades fechadas.

Diversa é a caracterização da grande e pequena sociedade. Em tal caso leva-se em conta o montante do capital social. A tendência da sociedade anônima é a de servir de instrumento da grande empresa. Assim, o lógico é que essa sociedade conte com um capital avultado.

Por tal razão, algumas leis estatuem um limite mínimo de capital para que essas sociedades possam se constituir. Tal acontece na Alemanha, França, Itália, México, Noruega, Suécia, Suíça, Áustria, Turquia e Espanha.

Com a fixação do capital mínimo para as anônimas pode-se distinguir essas das sociedades por quotas, em princípio destinadas à empresa média. A mesma distinção será feita com as empresas familiares ou microempresas.

A lei brasileira, entretanto, como muitas outras, não levou em consideração esses fatos, deixando de fixar um capital mínimo para as sociedades anônimas. E por essa razão é comum a existência de sociedades anônimas com um capital irrisório, enquanto sociedade por quotas contam com capital bastante elevado, constituindo grandes empresas. Dadas as facilidades existentes na administração, tem-se visto, mesmo, importantes sociedades anônimas se transformarem em sociedades por quotas. Por outro lado, a lei regulou recentemente a microempresa, considerando como tais sociedades com pequeno número de sócios cuja receita anual seja inferior a 10.000 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. Como as sociedades anônimas podem se constituir com apenas duas pessoas, e não havendo limite mínimo para o capital das companhias, teoricamente uma sociedade anônima pode se constituir com capital inferior ao de uma microempresa.

Parece que houve uma velada intenção do legislador de fixar um capital mínimo para as sociedades anônimas quando permitiu que as que tivessem um capital inferior a 5 milhões de cruzeiros se transformassem com regalias especiais em sociedades por quotas. Mas isso constituiu apenas uma exceção legal, que se destaca pelas facilidades dadas pela lei a essa transformação em um certo período de tempo, pois a verdade é que a transformação da anônima em sociedade por quotas sempre pode acontecer, segundo as regras da lei.

Vê-se, assim, que, de acordo com a lei brasileira e de outras semelhantes, a sociedade anônima deixa de ser o instrumento da grande empresa para servir também à empresa média ou até equiparar-se, pelo capital, à microempresa.

7. Objeto social e interesse social

É regra comum que os estatutos das sociedades anônimas devam conter normas sobre o objeto social, dentro do qual as sociedades exercerão suas atividades. Algumas leis exigem que o objeto social conste detalhadamente do estatuto, como acontece no direito inglês (*Palmer's Company Law*, 23.^a ed., 1982, n.º 9-12), dando lugar

ao nascimento da doutrina do *ultra vires*, hoje em decadência não apenas na Inglaterra como nos Estados Unidos. É necessário, contudo, estabelecer-se no estatuto um *objeto social* dentro do qual a empresa exercerá suas atividades.

O conceito de *objeto social*, entretanto, tem cedido lugar ao conceito de *interesse social* (Cf. PAILLUSSEAU, ob. cit., ps. 173 e segs.; CLAUDE CHAMPAUD — “Le pouvoir de concentration de la société par actions”, Sirey, 1962, n.º 40 e segs.). Assim, apesar de o estatuto da sociedade anônima estabelecer um *objeto* determinado, poderão ser lícitamente praticados atos *fora* do objeto social sem que tais atos sejam considerados abuso de direito. Daí dizer PAILLUSSEAU que “a conformidade dos atos de gestão ao interesse social constitui, com efeito, *um dos critérios de validade desses atos*. O abuso de direito e o abuso de poder não são apreciados senão em referência ao interesse da sociedade. Os atos que o contrariam podem ser anulados enquanto os que com ele estão conformes são válidos. Por isso, a importância do objeto social é tal que o seu desconhecimento será tido como um dos elementos constitutivos de numerosos delitos cometidos na gestão das sociedades” (ob. cit., p. 173).

Vê-se, desse modo, que o objeto social, contanto ainda represente requisito especial a constar do estatuto da companhia, cede lugar ao *interesse social* que hoje pode ser considerado como o elemento principal para a atividade da empresa. A decadência do princípio do *ultra vires* é uma prova de que o objeto social está sendo suplantado pelo interesse social. Em tais condições, o conceito de interesse social supera hoje o de objeto da sociedade, não sendo raros os atos praticados no interesse da sociedade *fora* do objeto social.

Entretanto, o interesse social pode dar lugar a abuso por parte dos administradores da sociedade. Muitas vezes, arguindo interesse social, administradores desonestos realizam pela companhia atos em proveito próprio e não no interesse da sociedade. Daí surgiu a chamada “desconsideração da pessoa jurídica” (*disregard of legal entity*), negócio jurídico indireto de que já tratara ASCARELLI, e que ROLF SERICK, em tese famosa (“*Forma e realidade da pessoa jurídica*”) estudou detalhadamente, dando origem a uma série de estudos importantes sobre o assunto, como o de PIERO VERRUCOLI sobre *O superamento da personalidade jurídica das sociedades de capital* (Giuffrè, 1965).

A lei brasileira determina que do estatuto conste o *objeto social*, que, por lei especial (Decreto n.º 57.651, de 19.1.66 — Re-

gulamento do Registro do Comércio, art. 74, XI, a) deve ter uma declaração “precisa e detalhada”. Mas, em várias passagens, a lei brasileira sobre sociedades anônimas se refere ao *interesse social*, declarando, no art. 115, que o acionista deve exercer o direito de voto “no *interesse da companhia*”, considerando abuso de poder do acionista controlador, dando ao mesmo responsabilidade pelos prejuízos causados quando “promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que *não tenham por fim o interesse da companhia*” (art. 117, § 1.º, c). Também os administradores devem exercer as suas atribuições *no interesse da companhia*, como estipula o art. 154, tratando da finalidade das atribuições e do desvio de poder dos administradores.

Na realidade, o *interesse social* supera o *objeto social*.

8. Formação do capital social

O capital social é formado pela contribuição dos sócios e expresso em dinheiro. Determinam as leis, como obrigação dos sócios, a integralização das ações subscritas (lei brasileira, art. 106), resultando, assim, o *estado de sócio* da participação da pessoa no capital social.

Entretanto, existem algumas legislações que admitem as ações de trabalho (na Itália, Cód. Civil, art. 2.349; na França, Código das Sociedades, art. 217, 1), mas como já tivemos oportunidade de esclarecer (“*Comentários à lei das sociedades anônimas*”, vol. 1, n.º 27) trata-se na verdade de *ações de capital*, provindo a confusão apenas do nome dado às ações. Contudo, o Código de Comércio da Colômbia de 1972 criou *ações de indústria*, “para compensar a contribuição de serviços, trabalhos, conhecimentos tecnológicos, segredos industriais ou comerciais, assistência técnica e, em geral, toda obrigação de fazer a cargo do contribuinte” (art. 380).

Por outro lado, o acionista tem a obrigação apenas de contribuir para o capital da sociedade com as importâncias relativas ao valor das ações subscritas. Contudo, na Itália (Cód. Civil, art. 1.345) e na Alemanha (Lei de 1965, art. 55), os estatutos da sociedade podem prever que os acionistas são obrigados a entrar para as mesmas com *prestações acessórias* não consistentes em dinheiro, o que faz com que os sócios, além do dinheiro, concorram com trabalho para a sociedade, havendo, inclusive, penalidade pela não observância dessa obrigação.

Como se viu, o estado de sócio provém da contribuição da pessoa para o capital social. Entretanto, as leis permitem o res-

gate das importâncias pagas pelos acionistas, permanecendo, contudo, a pessoa que recebeu a devolução a gozar do estado de sócio, possuindo, em lugar de suas ações, ações denominadas de *gozo* ou *fruição* e podendo exercer os direitos comuns aos sócios, exceto, em caso de liquidação, receber a importância com que entrou para a sociedade pois essa já foi antecipadamente paga.

De tudo se evidencia que o sócio pode entrar para a sociedade não apenas com dinheiro mas, em alguns países (Colômbia, Itália e Alemanha) sua contribuição pode consistir também em trabalho, como nas sociedades de capital e indústria. Igualmente, os vários sistemas jurídicos admitem que haja antes da liquidação da sociedade devolução do montante com que o acionista entrou para o capital ficando ele, entretanto, a gozar dos direitos de sócio, com evidente vantagem sobre os demais. Donde não ser certa a afirmação de que o *status* de sócio depende da contribuição do acionista para o capital social.

9. *Direitos dos acionistas*

Apesar de terem as ações valores iguais (lei brasileira, art. 11, § 2.º), os direitos conferidos aos acionistas são desiguais, dependendo da forma espécie das ações.

Assim, no que diz respeito aos direitos econômicos, as ações preferenciais gozam de regalias especiais, dando aos seus titulares o direito à percepção de um dividendo mínimo e a prioridade no recebimento do mesmo. Em princípio, essas ações gozam do direito de voto; mas, para contrabalançar as vantagens econômicas, esse direito é geralmente retirado pelo estatuto. Convertem-se, assim, as ações preferenciais na realidade em aplicação de um determinado capital na sociedade, isentas do risco que existe nas ações ordinárias em geral.

A lei brasileira acentuou mais essa disparidade entre os direitos dos acionistas quando estabeleceu que somente as ações nominativas dão o direito de voto (art. 112). Desse modo, as sociedades anônimas deixam de ser aquelas entidades democráticas em que os participantes deveriam ter direitos iguais por haverem concorrido com importâncias iguais para o capital, para ser entidades em que apenas uma minoria tem a posição de mando, participando ativamente das deliberações da assembléia.

Também os direitos dos acionistas sofrem restrições quanto à circulação das ações, só podendo circular facilmente as ações ao portador; as nominativas requerem uma anotação especial nos livros de registro da sociedade, anotação sem a qual não se opera a transferência de propriedade das mesmas.

Não é, assim, a sociedade anônima uma entidade em que todos os participantes gozam de direitos iguais, apesar de todos concorrerem com importâncias iguais para a formação do capital social. A desigualdade dos direitos decorre da espécie e forma das ações possuídas. E essas espécie e forma dependem do que os acionistas convencionaram no estatuto social pois é ao estatuto que cabe enumerar as espécies e forma das ações. Na realidade, todas as ações deveriam ser ordinárias, dando direito à percepção de um dividendo igual e o direito de voto aos titulares das mesmas. Mas a lei desvirtuou esse princípio básico das sociedades anônimas, de modo que hoje, em quase todos os sistemas jurídicos, as ações dão direitos políticos e econômicos diversos aos seus possuidores.

10. *Participação do acionista no lucro social*

Os lucros obtidos pela sociedade anônima, como pessoa jurídica, a ela pertencem; entretanto, é da natureza das sociedades fazer a distribuição periódica dos lucros — coisa que só deveria se realizar quando a companhia deixasse de existir — aos acionistas, podendo essa distribuição ser feita anualmente, ou em épocas estatuídas pelo estatuto da sociedade.

Não são os lucros, entretanto, distribuídos apenas aos acionistas, apesar de terem sido esses os únicos que formaram o capital social, ou seja, os únicos que proporcionaram meios para as atividades da empresa, sem o que a sociedade não poderia funcionar.

Participam, também, do lucro social — e em alguns casos com direito à percepção anterior aos acionistas — os portadores de partes beneficiárias ou de debêntures, os administradores e, em alguns casos, os empregados da empresa. Há, assim, uma repartição dos lucros entre várias pessoas apesar de apenas os acionistas terem concorrido para o capital. Ao que parece, existe desvantagem no que diz respeito à distribuição dos lucros aos empregados da empresa, pois esses já são devidamente remunerados nas suas funções e não correm os riscos que correm os acionistas de auferir ou não rendimentos do seu capital. No que diz respeito às partes beneficiárias, quando são emitidas a título oneroso, os lucros são justificáveis pois a sociedade vai usufruir das importâncias relativas à venda dos títulos, muito embora se trate de quantias estranhas ao capital social; sendo as partes beneficiárias distribuídas a título gratuito, equiparam-se a uma remuneração de serviços prestados à companhia, como expressamente declara o art. 47 da lei brasileira. No caso de debêntures, a participação nos lucros é uma liberalidade da companhia com prejuízos dos

acionistas, pois a verdade é que as debêntures, sendo partes de um empréstimo, já têm a sua remuneração consistente em juros pagos aos debenturistas.

11. *Assembléia Geral*

Foi, durante muitos anos, amplamente divulgado que a assembléia geral era o poder mais alto da sociedade, capaz de resolver, em última instância, os problemas que por acaso existissem na companhia.

Sabemos que, hoje, a assembléia geral, de fato, tem esses poderes apenas aparentemente. Na realidade, a assembléia não representa a manifestação da vontade da totalidade dos sócios mas simplesmente da maioria de determinados acionistas, os detentores das ações votantes, ou, como bem se expressou a lei brasileira, do acionista controlador (art. 116).

Se bem que, teoricamente, a assembléia geral seja a reunião de todos os sócios para deliberar sobre assuntos sociais, sabe-se que, na prática, o comparecimento dos acionistas a essas assembléias é diminuto ou quase nulo, não passando a assembléia de uma farsa legal na tentativa de mostrar que a sociedade anônima é uma entidade democrática.

Várias justificativas existem para esse fato. Em primeiro lugar, só aos titulares de ações com direito a voto — ações ordinárias nominativas ou preferenciais com direito a voto, segundo a lei brasileira — interessa comparecer à assembléia pois só eles têm o direito de decidir. Depois, mesmo que titular de uma ação com direito a voto, o acionista só terá o seu ponto de vista atendido se fizer parte do grupo que constitui o acionista controlador, na forma do art. 116 da lei brasileira. Não sendo controlador individual ou membro do grupo que constitui o acionista controlador — o minoritário não conseguirá impor o seu ponto de vista, razão pela qual comumente não comparece à assembléia.

Por todas essas razões, as assembléias gerais são farsas legais que obedecem à orientação do acionista controlador e que no máximo servem de elemento para instrumentar validamente certos atos determinados pela lei, como a reforma do estatuto e a eleição de alguns administradores, que, para que sejam realizados, precisam obedecer à formalidade da aprovação pela assembléia.

12. *Administração da sociedade*

Nas chamadas sociedades de pessoas, ou contratuais, que se formam mediante um contrato especial ligando os sócios entre si

e com a pessoa jurídica, a administração se faz por sócios, em virtude justamente desse contrato que os liga à pessoa jurídica. Nas sociedades anônimas, ou de capitais, em que não há o *intuitus personae*, a administração poderia ser feita por qualquer pessoa fora dos quadros sociais ou estranha às sociedades.

Entretanto, em algumas leis a qualidade de sócio é exigida para que a pessoa possa exercer certas funções na administração social. Assim, na lei francesa (Cód. de Sociedades, art. 95) e na lei brasileira (art. 146), os membros do Conselho de Administração, que é órgão de deliberação coletiva que orienta a sociedade, devem ser acionistas, o que dá à anônima, nesse particular, o caráter de sociedade de pessoas.

Os administradores, eleitos pela assembléia geral, são considerados órgãos da sociedade; entretanto, desde que na assembléia geral prepondera não a vontade da maioria dos sócios mas a do acionista controlador, de fato os administradores se assemelham a meros executivos, revestidos dessa roupagem de órgãos da sociedade mas demissíveis a qualquer momento por deliberação da assembléia, que obedece à vontade do acionista controlador, ainda mesmo que a maioria dos acionistas, incluindo os que não têm direito a voto, seja contrária à demissão.

Fala-se muito, nos dias atuais, da participação dos empregados na administração da empresa, ou *co-gestão*, segundo o preconizado no direito estrangeiro, notadamente no francês, no sueco e principalmente no alemão (ÁLVARO GARRALDA VACAREL, "*La participación de los trabajadores en la dirección de las empresas en Alemania*", Oviedo). CARRIGUES, contudo, adverte que os trabalhadores certamente se sentirão deslocados figurando em caráter minoritário, sendo-lhes talvez mais vantajoso discutir com os administradores sobre os problemas de sua categoria do que participar, como minoria, dos órgãos de deliberação.

No direito brasileiro, apesar do preceito constitucional, parece-nos bastante difícil, sem radical modificação da lei, a participação dos trabalhadores, como tais, nos órgãos de orientação da grande sociedade anônima, ou seja, na sociedade aberta, porque, para integrar o órgão que tem o poder de orientação, que é o Conselho de Administração, necessário é que a pessoa seja sócia. Quanto aos diretores, são eles meros gestores sociais, não tendo poder decisivo de orientação, a não ser nas sociedades fechadas, quando não possuírem Conselho de Administração. Além do mais, a lei exige certas qualificações para a escolha dos diretores, como competência, reputação profissional e valor dos seus serviços no mercado. Poder-se-ia talvez pensar na participação dos empregados na administração da sociedade, constituindo os mesmos um

órgão consultivo, à semelhança do que existe em outros direitos, órgão que assistiria às reuniões do Conselho de Administração e da Diretoria como consultor para questões gerais da atuação da sociedade, não tendo, contudo, poder deliberativo.

13. *Sociedades controladoras e controladas*

No momento atual, um dos fatos mais comuns é a participação de uma sociedade em outra, controlando-a ou não. Quando há controle, a lei dispõe regras que procuram manter a autonomia das sociedades, de modo que a controladora não prejudique os interesses da controlada ou dos associados desta.

Será que, de fato, assim sucede? Parece-nos que o interesse maior do controle de uma sociedade é fazer com que essa atue em harmonia com os interesses da controladora. Sendo os órgãos de administração da controlada eleitos pela controladora e, mais que isso, sujeitos os administradores a serem demitidos pela vontade do acionista controlador, que é a sociedade controladora, parece-nos que a sociedade controlada perde a sua autonomia, passando, assim, a defender os interesses da controladora, mesmo que essa evite praticar atos que incorram nas disposições do art. 117 da lei.

14. *Ações de controle*

É inegável que, apesar de todas as ações terem um valor igual, as ações de controle do acionista controlador na realidade valem mais que as outras. A lei brasileira procurou amparar o acionista minoritário — o possuidor de ações com direito a voto que não faz parte da maioria acionária —, dando às suas ações, em caso de alienação de controle, valor idêntico às do controlador. Assim, havendo aquisição de controle, o adquirente deve se oferecer para comprar as ações votantes que constituem a minoria, pagando pelas mesmas preço idêntico ao pago pelas ações de controle.

Não nos parece que esse dever de aquisição se estenda às ações não votantes. Nas sociedades anônimas, como já foi visto, as ações dão direitos desiguais aos seus titulares, apesar de todas terem o mesmo valor nominal. As ações de controle, ao que parece, constituem uma categoria especial, e só as ações votantes, quando há alienação de controle, terão direito a uma remuneração superior ao seu valor nominal porque a minoria, de um instante para outro, pode se tornar participante da maioria, bastando que uma parte dessa se afaste da maioria constituída agregando-se à minoria, num jogo de política societária, que também existe.

15. *Sociedades de economia mista*

A lei brasileira regulou as sociedades de economia mista sujeitando-as às regras das sociedades anônimas, sem prejuízo das disposições especiais da lei federal (arts. 235 a 242).

Proliferam no Brasil as sociedades de economia mista, fazendo concorrência às companhias do direito comum. E a lei estatui para aquelas sociedades certos privilégios tais como a limitação da correção monetária do ativo permanente, de que trata o art. 185, § 1.º, *a* (art. 241), e a não sujeição ao processo de falência, apesar de responder a pessoa jurídica que a controla, subsidiariamente, pelas obrigações sociais. O fundamento para tais prerrogativas parece ser o fato de concorrer o Estado com determinada importância para o capital da sociedade.

Não existe uma razão plausível para essas prerrogativas porque o Estado, como qualquer pessoa, física ou jurídica, ao concorrer com certa importância para o capital das sociedades de economia mista, deixa de ser titular das importâncias aplicadas, ficando, apenas, com um direito de crédito eventual contra a sociedade.

O que acontece na verdade é que as sociedades de economia mista são entidades criadas pelo Estado, que permite a participação de estranhos nas mesmas, sem o que teríamos uma empresa pública e não uma sociedade anônima. Daí julgarmos que a lei ou deveria retirar as sociedades de economia mista do âmbito das sociedades anônimas ou, mantendo a subordinação das mesmas à lei das companhias, abrir mão de prerrogativas especiais, já que as sociedades, gozando de personalidade jurídica, constituem pessoa diversa do Estado que as criou ou concorreu com certa quantia para o seu capital.

O estranho no caso é a lei subordinar as sociedades de economia mista ao regimen das sociedades anônimas, "sem prejuízo das disposições especiais da lei federal". Parece-nos que essas duas disposições se opõem, pois as disposições da lei federal a serem observadas são disposições *especiais*, ou seja, disposições que vão de encontro às regras comuns que regem as sociedades anônimas.

Segundo nos parece, a determinação de que as sociedades de economia mista devem ficar sujeitas à lei das sociedades anônimas deve ser cumprida integralmente, sem que haja privilégios para essas sociedades, colocando em situação de inferioridade as sociedades comuns.

16. *Situação atual das sociedades anônimas. Características contratuais e institucionais*

Os poucos casos por nós acima apresentados, sobre divergências entre o direito legislado, os princípios unanimemente aceitos e a verdadeira situação das sociedades anônimas, mostram-nos que, na realidade, há muitas dúvidas que necessitam ser desfeitas para que as sociedades anônimas possam constituir entidades em que o direito se una aos fatos ou em que a realidade substitua a aparência.

Como um dos grandes problemas que não tem ainda solução uniforme, encontra-se o da verdadeira caracterização da sociedade: é essa de natureza contratual ou institucional? As leis não chegaram ainda a um acordo e sabe-se que muitos problemas estão ligados à caracterização da sociedade como contratual ou institucional. Acontece muitas vezes que numa mesma lei são destacados princípios contratuais e institucionais, fazendo com que o intérprete ou o aplicador seja forçado a chegar a conclusões às vezes antagônicas na interpretação de dois ou mais incisos legais.

Dando às companhias as características de sociedades contratuais, encontramos nas leis dos diversos países a criação por duas ou mais pessoas, a restrição da circulação das ações, a participação obrigatória de sócios em alguns órgãos da administração, a responsabilidade por função dos administradores, o direito de preferência dos acionistas antigos na subscrição de ações nos aumentos de capital, o direito de recesso do acionista discordante de deliberações sociais, a existência da sociedade fechada e principalmente da sociedade familiar. Essas características todas encontramos na atual lei brasileira que rege as sociedades anônimas.

Por sua vez, caracterizam as sociedades anônimas como sociedades institucionais a concentração de todas as ações em mãos de um único acionista sem que o fato leve à dissolução de pleno direito, a criação da sociedade por uma só pessoa, a desnecessidade de ser sócio para pertencer, como administrador, à diretoria da sociedade, a existência de ações ao portador atestando a ausência de *affectio societatis* e, finalmente, a possibilidade de funcionar a sociedade sem a colaboração dos sócios, agindo como organismo inteiramente desprendido daqueles que detêm suas partes sociais. Também essas características se encontram na mesma lei brasileira que encerra características contratuais — como aliás acontece em muitas outras leis que, nos diversos países, regem as sociedades anônimas.

Ao que nos parece, a tendência atual é para levar a sociedade anônima para o campo exclusivo das sociedades institucionais. Mas só o tempo mostrará se assim realmente acontecerá.

17. *Direito das sociedades anônimas*

De início mencionamos que o Deão RIPERT declarou que “não existe direito de sociedades anônimas; existem leis de sociedades anônimas”. De fato, segundo se pode ver, poucos são os princípios uniformemente aceitos pelas diversas leis das sociedades anônimas; ainda assim, os princípios unanimemente admitidos nem sempre correspondem à realidade, como o da limitação da responsabilidade dos acionistas à importância com que concorrem para a formação do capital social. Há grande disparidade, nos diversos sistemas jurídicos, de regras relativas à constituição e funcionamento das sociedades anônimas, o que dificulta a existência de um *direito* sobre a generalidade dessas sociedades.

Entretanto, ao que nos parece, alguns passos estão sendo dados para que se forme esse direito. Devem-se esses passos à Comunidade Econômica Européia, que, através de *Diretivas*, destinadas a serem observadas pelos países que formam a Comunidade — que dia a dia aumentam, já alcançando os mais importantes da Europa —, vem procurando não *uniformizar* mas *harmonizar* as várias regras jurídicas reguladoras, nesses países, das sociedades anônimas. Essas *Diretivas* têm sido bastante discutidas e muitas já adotadas pelos Estados-Membros da Comunidade, que alteram os seus direitos para pô-los em harmonia com as regras emanadas do órgão coordenador dessa grande iniciativa.

Assim, já foi divulgada a 1.^a Diretiva, atinente à divulgação (*disclosure*) de atos ligados às sociedades anônimas, para maior garantia dos que delas participam ou mantêm relações com as mesmas. Tais informações dizem respeito principalmente aos balanços das sociedades, mudanças de sede, dissolução e nulidades da companhia. A 1.^a Diretiva seguiu-se a 2.^a, de 1976, em que foram estabelecidas normas sobre a constituição das sociedades anônimas, limites do capital, seu aumento ou redução. A 3.^a Diretiva, de 1978, tratou das fusões e a 4.^a, de 25 de julho de 1978, versou sobre balanços anuais. A 6.^a Diretiva se refere à cisão das sociedades anônimas.

Em março de 1979 foi baixada uma Diretiva sobre os requisitos para a admissão das ações em Bolsas. Essa Diretiva foi complementada em 1980. Em 1973 foi expedida outra Diretiva sobre contas consolidadas.

Vários projetos de Diretivas ainda estão recebendo sugestões por parte dos interessados. Assim, desde 1972 está sendo discutida a 5.^a Diretiva, sobre a estrutura da direção das sociedades e participação dos empregados na mesma. Em estudos estão também os projetos da 8.^a Diretiva, de 1978, sobre a qualificação profissional dos auditores, o da 9.^a sobre grupos de sociedades e o da 10.^a, sobre liquidação.

Como se vê, aos poucos estão sendo harmonizadas as regras básicas sobre as sociedades anônimas, das quais sem dúvida sairá um direito uniforme nos países da Comunidade Econômica Européia. Esses países, como foi dito, têm alterado constantemente suas leis para que as mesmas atendam ao louvável empreendimento decorrente do Tratado de Roma. Na Inglaterra, por exemplo, foram baixadas as leis de sociedades anônimas de 1980 e 1981 para que o direito ali vigente se conformasse às regras das 2.^a e 4.^a Diretivas.

De tudo se conclui que, ao que parece, está surgindo um novo horizonte para as sociedades anônimas, com a harmonização de regras jurídicas sobre essas sociedades nos vários países que, na Europa, constituem a Comunidade Econômica. Esse é, sem dúvida, um fato auspicioso. As leis deixarão de ter regras conflitantes e com certeza muitos desentendimentos deixarão de existir. Teremos, finalmente, um *direito* das sociedades anônimas.