

RUY BARBOSA

SOCIEDADES ANONYMAS

QUESTÕES DE NULLIDADE

RIO DE JANEIRO

TYPOGRAPHIA DA GAZETA DE NOTICIAS

70 RUA SETE DE SETEMBRO 70

—
1892

LVI.

Appellação commercial n. 219

CÔRTE DE APPELLAÇÃO

RAZÕES DOS REUS APPELLANTES

Sebastião de Pinho

E

COMPANHIA CHOPIM

CONTRA

o A. appellado Dr. José Antonio P. de Magalhães Castro

« Il s'agit d'empêcher des destructions; il s'agit d'empêcher les ruines, qui ébranlent le crédit, non seulement d'une certaine société, mais quelques fois d'une nation toute entière. »

JACQUAND (*Congr. int. des sociétés par actions*, p. 109.)

I

A nullidade nas sociedades anonymas

(OBSERVAÇÕES PRELIMINARES)

Certamente não vimos fazer aqui a critica da lei, e pugnar contra a sua aspereza, como si um tribunal pudesse reformal-a. Não confundimos o direito constituendo com o constituido, o legislador com o juiz.

Mas o magistrado, a quem não assiste o arbitrio de despir os textos legislativos da sua severidade, tambem não tem o de exaggeral-a, estendendo-a além da sua orbita precisa, ou, dentro nella, aggravando-lhe a rispidez, a poder de interpretações odiosas.

Quando muito, ainda se comprehenderia essa tendencia á crueza, si ella favorecesse os altos interesses da moral, ou da justiça. Mas, em materia de sociedades anonymas,

não é este o aspecto, sob que se apresenta a applicação das nullidades.

Ao considerar na facilidade, com que a sentença appellada meneia esse instrumento demolidor, crêr-se-hia ser elle o escudo natural das boas causas, a garantia da probidade nessa esphera de relações, um meio de ordem, um serviço á propriedade, uma instituição tutellar e reparadora. Mas, pelo contrario, a experiencia, hoje, quasi não n'ò assignala, senão como semeador de males, perigos e ruinas, que os tribunaes contribuíram, para augmentar, empregando-o immoderadamente.

Auctor da lei cuja applicação se discute neste litigio, somos evidentemente insuspeito na dureza desta censura contra ella. Não hesitamos, entretanto, em pronuncial-a, com a mesma isenção de amor proprio, com que o principal auctor da lei belga de 1873 acerca das sociedades anonymas, EUDORO PIRMEZ, ex-ministro de estado, um dos homens mais competentes, em seu paiz, sobre este assumpto, promovia, poucos annos depois, a reforma radical desse acto em materia de nullidades, advogando-lhes a suppressão quasi total. Não ha, talvez, parte do direito contemporaneo, em que a legislação tenha procedido por tentativas mais amiudadas. A Inglaterra, desde a lei de 5 de setembro de 1844 até á de 15 de agosto de 1879, teve não menos de vint^e e sete actos legislativos sobre a organização das sociedades anonymas. Na Belgica, a lei de 18 de maio de 1873, dentro em breve condemnada pelos seus proprios progenitores, foi substituida, em 1886, pela de 22 de maio. A Italia passou da legislação piemonteza de 1842 ao codigo commercial de 1865, e deste ao de 1882. O legislador francez accumula ensaios sobre ensaios desde 1807: « *Nous l'avons*

vu remettre sans cesse dans le métier un ouvrage, dont il n'est jamais content, le retoucher, le refaire, pour le défaire le lendemain.» (1)

Não é de estranhar, pois, que, entre nós, o desenvolvimento se opere do mesmo modo, que as reformas effectuadas nos abram immediatamente os olhos á necessidade de outras. Mas, si estas pertencem á acção da legislatura, si a justiça não pôde usurpal-a, pôde, ao menos, inspirando a sua hermeneutica no espirito, que incuba o progresso legislativo, evitar as demasias de rigor, que engravescem os inconvenientes da lei, intentando-lhe as agruras.

O tribunal *a quo* procedeu em sentido opposto, incorreu no erro, de que já se queixava um celebre juriconsulto francez, «amplificando, e aggravando» os inconvenientes, já lamentaveis, do direito escripto no regimen das nullidades em questões concernentes a sociedades commerciaes. (2)

E' para a abolição completa das nullidades, na constituição das sociedades anonymas, que tende o genio juridico dos nossos tempos. A necessidade, imposta á lei, de reprimir os vicios da má fé na existencia dessa especie de associações teve a sua primeira expressão no regimen da auctorização prévia, isto é, da tutella official. Eliminada a auctorização prévia nas legislações mais adeantadas, ao influxo das idéas liberaes, que sopravam de Inglaterra, cuidou-se ter achado a solução do problema, substituindo inteiramente a prevenção pela re-

(1) LESCEUR: *Essai hist. et crit. sur la législ. des sociétés commerc.* (Par., 77), p. 316.

(2) VAVASSEUR: *Traité des sociétés civiles et commerc.*, I, p. 477.

pressão, mediante um systema de nullidades implacaveis, destinadas a punir com a dissolução das sociedades os seus vicios de gestação. Mas não tardou em se perceber que, si a exigencia da auctorização prévia attentava contra os direitos da liberdade e as vantagens della, a sanção das nullidades feria o principio de associação na sua moralidade e os capitaes na sua segurança, estabelecendo contra os interesses do seu desenvolvimento um apparelho de surpresas terriveis, uma conjuração legal de insidias, um flagello multiplice, contra que seriam muitas vezes baldadas a providencia, a vigilancia e a boa fé dos organizadores.

Tomando *as sociedades mais sérias*, dizia um delegado da camara do commercio de Lyão no congresso de 1889, «eu não juraria que não lhes pudesseis descobrir elementos de nullidade, que, em um momento dado, venham a produzir os mais escabrosos resultados.» (1) GUILLERY, apoiando esta affirmativa, assegurava, que, *d'entre dez sociedades, nove* não resistiriam á prova nullificativa. (2) «A sciencia do jurisconsulto, a experiencia do homem de negocios são colhidas em falso», diz VAVASSEUR (3), «e os estatutos mais maduramente estudados vêem-se sob a ameaça de perigos mysteriosos.»

A malicia foi quem veio a aproveitar com essas precauções, inspiradas no desejo de salvar a boa fé. «Tão assustadoras se tornaram as variadas e inopinadas applicações de semelhante lei, que assombra ainda haver homens de negocio bastante affeitos, para fundarem sociedades, e

(1) *Congrès internation. des sociétés par actions* (Par., 1890), p. 108.

(2) *Ib.*, p. 114.

(3) *Op. cit.*, pag. 475.

mesmo homens do fôro assaz temerarios, para prestarem o seu ministerio á redacção de estatutos.» (1) Tornou-se verdadeira industria a exploração das nullidades. «Organizaram-se batidas geraes: toda a caça, de pêlo, ou de pena, lhes serve.» (2) Que melhor especulação do que subscrever acções a uma sociedade, que se inicia, para adquirir o direito de annullal-a, e jogar com esse direito contra os interessados em evitar a nullidade?

Pullulam as tentativas de *chantage*, «suscitadas, cada vez mais frequentemente, pelo perigo, imminente sempre, de uma jurisprudencia hostile.» (3) De modo que, afinal, a maior aspiração dos commercialistas, no tocante ás sociedades anonymas, consiste, hoje em dia, na supressão das nullidades, «o mais prodigioso instrumento de *chantage*, que jámais legisladores inventaram.» (4)

Verificou-se que «não existe sancção nesta sancção das nullidades; que ellas nada salvam, e apenas acarretam ruinas» (5); que representam «uma ameaça absolutamente inefficaz» (6); que «os seus effeitos são graves, desastrosos e contrarios á moralidade publica.» (7)

Vale a pena de ouvir, a este respeito, algumas opiniões magistraes.

«E' principalmente nas sociedades por acções», escrevia DELOISON, em 1882 (8), «que se revela a injustiça

(1) *Ib.*, pag. 477.

(2) *Ibrd.*

(3) *Ib.*, pag. 479.

(4) VAVASSEUR: *Revue des sociétés*, juin 1883, p. 355.

(5) NYSSENS: *Congr. internat. des sociétés par actions*, p. 113.

(6) GUILLERY: *Ib.*, |. 128.

(7) ALB. NYSSENS: *Avant-projet sur les sociétés commerciales* (Gand, 1884), p. 17.

(8) *Traité des sociétés commerciales*, ns. 61, 47.

da repressão, e que a nullidade acaba em desastre, fulminando grande numero de innocentes, na persuasão de punir alguns culpados. » D'ahi conclue peremptoriamente o juriconsulto francez, estygmatisando a lei de 1867, em que se moldou a nossa de 1882: «Diminuir o número das nullidades, ou, até, *abolil-as*: tal um dos primeiros escopos, a que se devia propôr uma reforma legislativa. E' o melhor meio de eliminar copioso numero de embarços, que se erguem de redor das sociedades commerciaes, depreciando-as, ou arruinando-as, e estorvando assim a expansão da prosperidade publica.» (1)

Um dos homens, a que mais deve, em nossos dias, a orientação das idéas juridicas, no que respeita ás associações commerciaes, é ALBERTO NYSENS, famoso juriconsulto belga. Pois bem: contra o regimen das nullidades é que elle estreita energicamente o assédio da sua propaganda, empenhando-se em demonstrar, com o bom senso e os factos, «as consequencias desastrosas, que, para as sociedades por accões, se originam da nullidade.» «Taes são essas consequencias», pondera elle, «que excellentes espiritos estão, já hoje, de accôrdo em reconhecer a facilidade, com que essa especie de sanção transcende, muitas vezes, a sua méta, occasionando prejuizos maiores do que os da inobservancia dos preceitos, a que ella pretende obviar. A ameaça de nullidade nem sempre basta, com effeito, para vencer a negligencia, e, longe de obstar a má fé, será, por vezes, arma logo de principio reservada, para evadir o desempenho das obrigações sociaes, constituindo, em todo o caso, pe-

(1) *Ib.*, ns. 81, 51.

rigo perpetuo para todos, e ferindo a miude com mais crueldade os innocentes do que os máus.» (1)

Sete annos depois, no congresso internacional de Pariz, o sabio professor da universidade de Louvain reflectia:

« Um dos maiores damnos, que as sociedades commerciaes têm gerado, nos tempos hodiernos, são incontestavelmente as nullidades. Na França e em muitos outros paizes se vão levantado os mais vivos protestos contra este systema. O que, graças a elle, em realidade se obtem, é embahir o publico da maneira mais funesta, produzindo-se os erros mais consideraveis, e achando-se os credores, em certas circumstancias, absolutamente ludibriados. Succede, até, haver fundadores de sociedades anonymas, nem sempre pessoas de honorabilidade perfeita, mais financeiros, ás vezes, do que outra coisa, que reservam meios de nullidade, para os invocarem, quando a situação da sociedade se difficulta, e não se effectuam as entradas. Vimos sentenciar-se mesmo que a sociedade, em sendo nulla, nem sequer existe. Que acontece então? Os accionistas, que se tinham constituido como associados, e promettido contribuir com certa quantia para a sociedade, não o tendo feito, comprometteram-se para com um ente, que em realidade não existia. e, em consequencia, de devedores, que são, convertem-se em credores, equiparados aos credores da sociedade, que com ella contractaram sobre a fé do pacto social.» (2)

Nada mais absurdo e menos honesto do que a condição creada ás sociedades anonymas por este regimen.

(1) *Avant-projet de loi sur les sociétés commerciales rédigé à la demande du gouvernement du grand duché de Luxembourg*, p. 59.

(2) *Cong. intern. des sociét. par actions*, p. 93

A nullidade, verificavel sempre mais de noventa vezes sobre cem, é um alçapão constantemente occulto sob as organizações mais uteis, mais legitimas, mais florescentes. «Uma sociedade constitue-se, sem se conformar com todas as prescripções legaes. Em relação aos terceiros, ella assumiu corpo, e annunciou-se como individualidade juridica, susceptivel de direitos, senhora de um patrimonio, que lhe abona os compromissos. Um bello dia, porém, se descobre (e por via de regra esse achado se dá, quando os seus interesses se arruinam) que a sociedade claudica numa das condições legaes. Pleiteia-se, pois, a nullidade da associação: o tribunal ha-de pronuncial-a, ainda em proveito da má fé; e os credores sociaes, que, mercê do anonymato, perderam o penhor dos seus direitos no patrimonio dos associados, vêm, por effeito da sentença, desapparecer, total, ou parcialmente, o patrimonio social. O caso lembra o «Tudo está desfeito, meu genro», da comedia: o ente social morreu; e bem felizes serão os credores, se puderem dividir as migalhas apuradas em uma liquidção lenta, ouriçada de tropeços, semeada de processos, ou as magras perdas e danos liquidados na acção de responsabilidade contra os fundadores, em geral insolventes » (1)

Esta a linguagem, na Belgica, das auctoridades mais abalizadas: PIRMEZ, DE LANTSHEERE, GUILLERY, NYSSENS; na França, a de DELOISON, VAVASSEUR, JACQUAND, LYON-CAEN; na Italia, a de CALAMANDREI e outros.

Varias legislações, poderemos dizer as mais notaveis d'entre todas, enveredaram pelo caminho dessas idéas: a ingleza, a allemã, a belga, a italiana, abolindo funda-

(1) ALB. NYSSENS: *Avant-project*, p. 16.

mentalmente, ou reduzindo a um minimo as hypotheses de nullidade. Por um alvitre, de que já se encontra o germen no codigo commercial hespanhol de 1829 (art. 293), o systema preventivo, universalmente condemnado, ha certo numero de annos, sob a fórma da auctorização prévia, reapareceu, extreme dos inconvenientes que o caracterizavam, sob a de uma verificação preliminar, confiada a uma auctoridade imparcial e competente.

Propugnando estas conquistas do progresso juridico, o auctor do ante-projecto destinado ao Luxemburgo escrevia, em 1884:

« *Com os melhores auctores, temos sustentado que urge assegurar a estabilidade das associações, acabar com a incerteza, que paira sobre a situação das individualidades juridicas, dar-lhes um estado civil regular; desideratum que não haveria outro meio de obter, senão supprimindo todas essas nullidades especiaes, impendentes, como outras tantas espadas de Dámocles, ás sociedades por acções. Nem nos argúam de temeridade: na Belgica os homens mais auctorizados no assumpto propõem a extincção das nullidades, sob a resalva de augmento de responsabilidade para os fundadores.*» (1)

Dois annos mais tarde esse pensamento se encarnava na lei belga de 22 de maio de 1886, em cujo projecto a mais importante modificação é a relativa á situação das sociedades por acções, nas quaes se não houverem satisfeito os dictames legaes. « A nullidade dos actos », observavam os seus auctores, justificando a reforma, « é, muitas vezes, reprovavel sancção das prescripções legislativas. Ella

(1) NYSSENS: *Op. cit.*, p. 64.

póde servir a intenções improbas, e lesar o credito publico. Devia-se esperar que a simplicidade das exigencias prescriptas reduzisse a extrema rareza os casos de inobservancia. Mas tal não succedeu : a frequencia das nullidades excedeo tudo o que se poderia suppor, e casos houve, em que os tribunaes tiveram de pronunciar a nullificação de sociedades, em detrimento de grandes e legitimos interesses. A actual proposta de lei extingue as nullidades, mantendo, todavia, e, até, aggravando as condições preceituadas para a constituição de uma companhia anonyma, mas impondo, quando ellas se não preenchem, aos fundadores e associados o seu implemento, em vez de invalidar a sociedade. » (1)

Este exemplo, dado por nações tão reflectidas como a Belgica e a Allemanha, «onde abundam homens praticos, para as dirigir na elaboração de suas leis», actuou vigorosamente no congresso de 1889 (2), e, sem receio de erro, poderíamos dizer que norteia o rumo do pensamento juridico actual. Perante os resultados geraes da observação, já não seria licito contestar que a nullidade, em materia de associações commerciaes, é uma criação maligna, «uma solução fatal», (3) cujos inconvenientes não se annullam, por mais que a temperemos. (4) Parecendo não enxergar da vida commercial «nada, senão os abusos», «ferindo mil innocentes, para alcançar um culpado» (5), esse regimen perdeu o direito de recommendar-se á justiça em nome

(1) LYON-CAEN: *Annuaire de législation étrangère en 1886* (Par., 1887), p. 471.

(2) *Congr. internat. etc.*, ps. 91, 92, 94, 108, 119, 127 e 128.

(3) *Ib.*, p. 95.

(4) *Ib.*, p. 127.

(5) LESCOEUR: *Op. cet.*, p. 325.

da moral publica, e é exactamente como o refugio dos maiores abusos perpetráveis no commercio contra ella que agora se impõe á desconfiança dos tribunaes.

Notae bem o character pernicioso dessa funcção dissolvente, que põe nas mãos de cada membro de uma associação o instrumento da sua morte, em prejuizo dos interesses confiados na justa expectativa da sua durabilidade :

« Porque se exige a publicidade da companhia? Porque os terceiros têm interesse em conhecer que essa sociedade existe. Desde o momento em que essa individualidade moral nasce, nascem, para os credores, direitos novos: ficão sabendo elles que a insolvencia dos associados não os alcançará, que o patrimonio social, revelado ao publico, se consagra inteiramente em penhor das obrigações contrahidas. Si quizerdes permittir a particulares crearem pessoas moraes, necessario é que as crêem com certeza: não se deixe dizer que essas pessoas, si existem hoje, não existirão amanhã. Eu não posso dizer aos meus credores: Amanhã já não existirei. Entretanto, é o que agora se póde, em materia commercial. Uma assembléa commercial é hoje o penhor dos seus credores. Amanhã, porém, qualquer accionista virá dizer aos terceiros: Já não tendes esta garantia; intentei acção de nullidade; a sociedade foi-se. » (1)

Dessa faculdade immoral e damninha, conferida aos associados, de annullarem as sociedades commerciaes, sob o pretexto de irregularidades, creadas, ou entretidas, muitas vezes adrede, em proveito dos que as invocam, — a lei,] bem sabemos, é a grande culpada. (2)

(1) *Congr. internat. des sociétés par act.*, p. 97.

(2) VAVASSUR: *Sociétés*, I. p. 477.

Mas nem por isso devem receber-se os que se procuram acolher sob as suas vantagens com a benevolencia, que pretendem reivindicar, e que naturalmente mereceriam, si os não acompanhasse a presumpção de um interesse suspeito e fatal, como o que, as mais das vezes, representam.

E por isso mesmo é razão estudar o texto legislativo sob o temperamento da opinião juridica dominante na jurisprudencia geral.

Por isso mesmo não seria licito engravescer o formalismo da lei, entendendo-a no sentido mais cego e mais pernicioso.

Por isso mesmo, onde a interpretação vacilar, onde os elementos de certeza não forem irrefragaveis, onde houver argumentos por uma e outra parte, entre a nullidade que destroe, e a reparação, que conserva, a sentença deve pender para a segunda, contra a primeira solução.

Por isso mesmo, importa que a nullidade nunca se estabeleça por inferencias, ou ampliações, — que não prevaleça a nullidade, senão quando resultar inequivocamente, materialmente, intimativamente dos factos e dos textos.

II

Discussão da sentença

A sentença appellada inspirou-se em regras diametralmente oppostas, accomodando, com illações, a uma preocupação hostil as circumstancias duvidosas, violentando, com elasticidade forçada, as disposições especiaes ao assumpto, e adaptando a elle preceitos estranhos, trazidos á força para o caso.

E' o que mostraremos, acompanhando-a em cada um dos artigos de nullidade, que lhe servem de apoio.

§

ASSIGNATURA DOS ESTATUTOS

Infel á verdade na materia de direito, a sentença principia por sel-o insignemente na de facto.

O facto qual é?

Segundo ella, « está cumpridamente provado não ter o auctor, *ou outro qualquer accionista*, assignado os estatutos »; porque, no seu entender, as listas existentes de

assignaturas nenhuma relação têm com elles: são apenas « listas para a subscrição de acções. » (Fl. 185 v.)

Aqui o julgado *a quo* é digno de espanto, e ha de inspiral-o a quem quer que o coteje com os autos.

Affirmação tão peremptoria não se poderia enunciar, com a imparcialidade da justiça, sem a mais decisiva das provas. Apreciemos onde e qual foi buscal-a a sentença.

Aventura ella esse asserto sob a responsabilidade « do exame de livros. »

Ora, dos dois louvados, que procederam á diligencia, o primeiro não suffraga tal opinião. No seu laudo, inserto a fls. 112, onde a sentença o esqueceu, reduzindo *o exame de livros* ao parecer do perito do auctor, consignado a fls. 114, o unico a que alludem os prolatores do accórdão, o primeiro perito, em dissidencia com o outro, declara que « os estatutos estão datados, e as assignaturas occupam varias folhas de papel. »

Não se sabe porque, desprezando o sentir desse profissional, em cujas palavras de balde procuramos signaes externos de incompetencia, que o desvaliem perante os honrados julgadores, o accordão attribuiu ao outro arbitro, ao nomeado pelo auctor, credibilidade absoluta, concentrando nelle só toda a auctoridade do exame.

Mas esse laudo a si mesmo se destroe, condemnado, na temeridade das suas asserções, pelo *criterium* do senso commun.

Quando não, vejamos.

Assegura cathegoricamente o segundo perito que « os estatutos não têm assignatura alguma. » Proposição tão estupenda carecia de justificação terminante, inilludível.

A credulidade mais apaixonada repugnaria em admittir que qualquer sujeito da mais ordinaria habilidade e experiencia nestes assumptos, quanto mais um capitalista cujo nome se afama pelo numero e pela importancia das companhias organizadas sob a sua iniciativa, formasse sociedades anonyms, sem lhes submeter os estatutos á assignatura dos associados. Tamanha inverosimilhança não podia ceder, senão á mais séria das provas.

Ora, a que nos dá o arbitro do auctor não impressiona, senão pela audacia da sua inconsideração. Não é um facto o que elle nos attesta, mas a illação individual de um observador inimigo. A seu ver, não estão assignados os estatutos, porque, terminando numa folha de papel, as assignaturas principiam em outra; porque, na folha onde começam, « não ha titulo algum por cima, que indique ao que se referem »; porque essas assignaturas « *têm rabiscos* »; porque « não ha conformidade » no lançamento dos algarismos correspondentes ao numero de acções aquinhoadas aos subscriptores, e, enfim, até porque « todas as sommas estão feitas a lapis. »

A impertinencia destas declarações, em sua maior parte alheias ao quesito, caracteriza logo o valor moral desse laudo, imprimindo-lhe no habito exterior os signaes da preocupação do perito. Quando se tracta de saber si os estatutos foram, ou não foram subscriptos pelos accionistas, que importa a somma das acções, que importa a escripturação dellas a lapis, ou a tinta? Que importa a *falta de uniformidade* na inscripção das verbas, consignadas aos varios subscriptores? E em que consiste essa desuniformidade, que o louvado não nos deslinda? Na variedade das letras? Mas não seria natural que

variassem de subscriptor a subscriptor? Nas emendas, que se diz alterarem algumas verbas? Mas que lei as veda? Demais esses defeitos de escripta revelarão por algum modo a ausencia, que se busca demonstrar, do laço de união entre os estatutos e os rôes de assignaturas, a elles annexos? Taes incorrecções, como *os rabiscos*, que não escaparam ao implacavel louvado, censuraveis seriam nos livros de contabilidade mercantil, a que é obrigado o negociante; porque ahi a escripta é funcção de um guarda-livros, a que se commette a sua uniformidade, o seu asseio, a sua nitidez. Mas requerer a mesma clareza, a mesma isenção de vicios calligraphicos, a mesma segurança de arithmetica numa lista de subscriptores, composta, mão a mão, por cada um dos accionistas, que ás centenas a assignam, é realmente zombar da lei e dos tribunaes.

Das circumstancias, onde se gerou a convicção do perito, simplemente nos resta, pois, a disposição material da lista de assignantes, começada numa pagina differente daquella, em que os estatutos findaram. Mas onde já se vio mais pequenina futilidade? A não se descobrir a arte miraculosa de escrever indefinidamente numa superficie limitada, a mesma falta reproduzir-se-ha sempre em todos os originaes de estatutos, onde o accaso não permittir que elles deixem, na mesma folha do seu remate, espaço bastante ás firmas dos accionistas. E, si estas forem muitas, si se contarem ás dezenas, ás centenas, como frequentemente succede, façam o que fizerem, as assignaturas hão de estender-se a varias folhas de papel, correndo, nesse caso, o risco de que apreciadores do jaez deste, com o mesmo fundamento que na especie vertente,

neguem a relação real das folhas avulsas com os estatutos, a que se acharem annexas.

Note-se bem: não se trata de folhas, que hajam de ser authenticadas por uma auctoridade, com rubrica e numeração, que as coordenem, estabelecendo solememente a subordinação de todas ao escripto, a que se associam. Taes dictames não poz a lei, aliás tão formalista no assumpto. Logo, emquanto se não descobrir o meio de abranger integralmente os estatutos, com as assignaturas, em uma só folha de papel, seja qual fôr a extensão delles e a multiplicidade dellas,—a simples juxtaposição dos estatutos ás folhas de assignaturas, solemnizada opportunamente pelo seu registro legal, encerrará em si mesma a prova da relação de continuidade entre as firmas dos subscriptores e o compromisso social.

Porque (repare-se ainda), si a circumstancia de não caberem os nomes na mesma folha, onde se escreveram os estatutos, induz a suspeita de dissociação entre estes e aquelles, a consideração de não se abrangerem os estatutos numa só folha auctorizaria igualmente a pôr em duvida a sequencia entre as varias partes delles, escriptas em folhas differentes. Si as assignaturas pódem superpor-se, os diversos capitulos dos estatutos pódem interpolar-se, trancar-se, ou augmentar-se. Contra esta possibilidade que garantia nos offerece a lei? Méramente a inscripção dos estatutos no registro official, reunida ás condições de publicidade, que lhe são inherentes. No tocante ás assignaturas, á ligação dellas aos estatutos, a garantia é a mesma. Como admittir, pois, a sua contestabilidade mediante presumpções, e presumpções ridiculas como esta?

Si a justiça a sanccionasse, necessario seria então re-

formar a lei, estatuinto que, á semelhança do praticado nas modernas machinas de impressão, *os estatutos de sociedades anonymas se escreverão e assignarão em papel continuo.*

Seria o unico meio de evitar coarctadas semelhantes.

Quereria o perito que cada folha se encimasse com um cabeçalho, allusivo aos estatutos, que se subscrevem. Mas que segurança offereceria esta precaução, quanto á data das assignaturas? Com a mesma facilidade, os interessados no abuso poderiam addicionar, após a assembléa geral constituinte, as listas, que quizessem, devidamente encabeçadas com a referencia salvadora, cuja importancia bem se vê assim a que se reduz. Contra isso não ha senão um obstaculo, um meio de authenticação: é o registro. Invalidal-o, a poder de supposições, mais ou menos especiosas, seria, pois, attentado contra a estabilidade geral das sociedades anonymas, contra a boa fé das transacções commerciaes, contra o regimen do direito escripto.

Carregar a este a severidade, onde já é tamanha, e onde aproveita as mais das vezes á especulação, não fôra sensato, nem decente.

Registrados os estatutos, com as assignaturas que os acompanham, arguil-as de suppositicias é inquinar de erro de officio, ou falsidade, a auctoridade especificamente preposta a essa funcção. E' da sinceridade do registro que se tracta; e, emquanto ella não for desmentida mediante prova irrefragavel, que a destrua, não pôde ser licito contestal-a por inferencias circumstanciaes, de valor mais ou menos contestavel, apreciadas num incidente.

Não contente desse desvio, o tribunal ainda mais

sensivelmente se affasta da verdade dos autos, dizendo que « essa falta de assignaturas », isto é, a falta *total* dellas, « foi confessada pelo incorporador em depoimento á fl. 80 e nas razões a fl. 160 e fl. 161.

E' inexacto.

O que o réu depoz (a fl. 81), é isto : « Os estatutos têm falta de assignaturas de *alguns* accionistas, que não assignaram pessoalmente; mas outros assignaram por elles, supprindo essa falta.»

Nas razões, a fl. 160 e fl. 161, as palavras do réu, ou, mais propriamente, do seu patrono, são estas :

« Apurado pelo rateio o numero exacto dos subscriptores, *annunciava-se* o pagamento da primeira prestação do capital, devendo, nessa occasião, cada subscriptor assignar os dous exemplares dos estatutos em listas annexas aos mesmos. *Acontecia* muitas vezes que o subscriptor mandava pagar a entrada por terceiro, não tendo este poderes, para assignar os estatutos, ou não querendo assignal-os; *acontecia* que, por distração ou esquecimento proprio, ou por descuido e negligencia do empregado, ou por affluencia de subscriptores, o subscriptor pagava, recebia a cautela, e não assignava os estatutos. »

Nestas palavras não descreveu o advogado o que se passara na organização da Chopim. Simplesmente quiz esboçar, em geral, « *o estylo adoptado na praça*, em materia de subscrição de associações, e na epocha em que foi lançada a companhia Estreito e S. Francisco ao Chopim.» (*Ibidem.*) E porque não se referia a um caso, mas a uma serie dellas, a um uso, a factos quotidianos, empregou o verbo no imperfeito *acontecia*, que a sentença infelizmente

substituiu pelo preterito *aconteceu* (fl. 86), beneficiando, com o engano, a intelligencia favoravel ao auctor.

Não ha, pois, no arrazoado confissão nenhuma; e, no depoimento do réu, o que apenas se reconhece, é que alguns accionistas assignaram, representados por outros.

Toda a questão, pois, está em saber si é admissivel, nesta materia, a subscrição mediante procurador, e sob que fórma se legitima ella.

Na opinião do tribunal *a quo*, a procuratura, em taes casos, não valeria, senão mediante instrumento formal de procuração, com poderes expressos.

Mas esta intelligencia não estriba nos textos. O art. 15, § 8º, do decr. n. 164, de 17 de janeiro de 1890, em que ella expressamente se firma, dispõe que, « para a eleição dos administradores e empregados da sociedade, bem como para as *deliberações* de qualquer natureza, serão admittidos votos por procuração com poderes especiaes.» Obvio é, porém, que esta clausula, sob o vocabulo *deliberações*, o unico a que se poderia soccorrer a sentença, abranje unicamente as medidas adoptadas pela associação em assembléa, e, portanto, não comprehende a assignatura dos estatutos, facto que legalmente *precede* a assembléa constituinte, isto é, a primeira assembléa social, nos termos do art. 3, § 2º, o qual prescreve, como um dos dois modos para a constituição da sociedade, « a deliberação da assembléa geral, tomada na conformidade do art. 15, § 4º, sendo apresentados e lidos os estatutos *préviamente* assignados por todos os subscriptores.»

Logo, não exige a lei, para a assignatura dos estatutos, poderes explicitos, ou procuração formal.

Aliás, suppondo que o exija, não está demonstrada a falta de instrumento procuratorio por parte dos accionistas, que assignaram em nome de outros. O não se acharem archivadas, na Junta Commercial, essas procurações não prova que não fossem exhibidas. Si a lei as mandasse archivar, a ausencia dellas no archivo competente seria, sem duvida, prova indubitavel da sua falta. Mas, desde que, em materia onde os textos observam a mais minuciosa precisão, não se encontra regra, que imponha essa formalidade, não temos o direito de induzil-a. A auctoridade, conferida á Junta Commercial (art. 3, § 4º, 1º), de registrar « o contracto ou estatutos da sociedade », combinada com a disposição desse mesmo paragrapho, que subordina a esse requisito a validade dos actos da companhia, liga implicitamente á inscripção a presumpção de regularidade nesses tramites iniciaes da organização das companhias, constituindo a auctoridade registradora em juiz da execução das formulas, a que os textos não associaram solemnidades especiaes.

Tão notoria é esta verdade que a praxe constante, geral, unanime nas operações do registro exclue a arrecadação dessa especie de procurações naquelle archivo. E' essa repartição mesma quem o declara, na certidão que aqui temos a honra de apresentar-vos. Ora, não ha, talvez, associação anonyma, em cujos estatutos não figurem subscriptores, assignando como representantes de outros. A prevalecer, pois, a jurisprudencia, que agora surde, não haveria sociedade anonyma, que resistisse ás accções de nullidade. E teriamos de concluir que só agora se atinou com o pensamento do decr. de 17 de janeiro, que até hoje a auctoridade preposta ao registro

ignorou um dos seus deveres elementares, dispensando exhibição das procurações, onde a lei a exigisse como essencial.

Não recuar ante esta consequencia e os seus effeitos desastrosos para os grandes interesses nacionaes, alliados á existencia das sociedades anonymas, seria familiarizar-mo-nos com o absurdo, e dar fôro de uso commum a uma calamidade incalculavel.

Não podemos, certamente, dispensar nas fórmulas, que a lei impõe. Por maioria de razão, conseguintemente, não podemos exigir fórmulas, que a lei se absteve de impor. Onde ella não mandou, pois, archivar as procurações, não ha obrigação de archivar-as.

Ora, é principio corrente a legitimidade da delegação, no exercicio dos direitos individuaes, toda a vez que os textos a não prohibem. Logo, si a lei não obriga o subscriptor de uma companhia a lhe assignar pessoalmente os estatutos, é porque o auctoriza a investir em outrem a faculdade, que não queira, ou não possa exercer elle mesmo. E, si não sujeita essa especie de representação ás solemnidades do mandato formal, é porque admite independentemente dellas o exercicio do mandato.

Não importa que o decr. de 17 de janeiro (art. 6º, § unico) declare «*nulla de pleno direito* a companhia ou sociedade anonyma, que fôr constituida sem os requisitos e as formalidades do art. 3, §§ 1º e 2º.» Por lamentavel inadvertencia, essa qualificação de nullidades *de pleno direito* passou da lei de 1882 para o decreto de 1890. A lei franceza de sociedades anonymas encerra mais de um erro por omissão, ou inserção de palavras, que a jurís-

prudencia não tem hesitado em supprir, ou rectificar. (1) E taes faltas « sóem occorrer nas leis mais bem concebidas. » (2) GUILLERY, na sua grande obra (3), estudando o regimen das sociedades anonymas no direito belga, assignala a mais deploravel confusão no uso das expressões *nullidades, restituição, rescisão, nullidade de direito, nullidade de pleno direito*, que se chofram, e embarção, « não se achando traçados nitidamente nem mesmo os principios fundamentaes. » Muito poderíamos dizer, portanto, sobre o emprego e o alcance dessas locuções nos textos brasileiros, si, para o caso, valesse a pena. Mas não vale; porque podemos acceitar, sem prejuizo da causa, a letra dellés, na sua maior severidade.

Não procuraremos, portanto, attenuar a comminação do art. 6º no decr. de 17 de janeiro. Elle fulmina a nullidade de pleno direito, quando os estatutos não se acharem previamente assignados pelos subscriptores. (Art. 3º, § 2º, e art. 6º § unico.) Mas a assignatura pôde ser pessoal, ou representativa, isto é, firmada pelo proprio subscriptor, ou por mandatario seu. E, nos casos em que o é por mandatario, a lei não taxa a fórma do mandato. Logo, o mandato, nestes casos, se exerce legitimamente sob qualquer das fórmas, que elle reveste em direito,

(1) Quanto á omissão, ver PONT: *Des sociétés civiles et commerciales*, t. II, p. 322, n. 1.244; ROUSSEAU: *Des sociétés commerc.*, I, p. 627, n. 1.593; SOURDAT: *Traité génér. de la responsabilité*, II, p. 425, n. 1248; ALAUZET: *Soc. civil et commerc.*, II, p. 668, n. 757; VAVASSEUR: *Soc. civ. et commerc.*, II, p. 174, n. 918; LYON CAEN: *Man. de dr. commerc.*, p. 196, n. 271.

Quanto ao accrescentamento, SOURDAT, *op. cit.*, II, p. 46, ROUSSEAU, *op. cit.*, I, p. 628, n. 1594.

(2) MATHIEU et BOURGUIGNAT, n. 242.

(3) *Des sociétés commerciales en Belgique*, I, n. 253, p. 257.

desde a procuração solemne até á gestão de negocios, convertida em mandato pela ratificação do interessado.

Prescrevendo a assignatura prévia dos estatutos pelos associados, o legislador não foi escravo de uma preocupação formalista: teve o seu fim pratico. Esse fim, obvio, palpavel, é assignalar, por uma expressão material, a incorporação do accionista á companhia, o concurso voluntario da sua quota de capital, a sua submissão ao compromisso collectivo da sociedade. Quando, portanto, como no caso vertente, os bons officios de um accionista supprem a ausencia pessoal de outro na subscrição dos estatutos, e o ausente acquiesce á assignatura em seu nome prestada, entrando com o seu contingente pecuniario para o capital social, estão plenamente satisfeitos os designios do legislador, mediante a intervenção de mandato regular, plenamente reconhecido pelas nossas leis.

O codigo commercial, com effeito, art. 163, dispõe:

«Quando um commerciante, *sem mandato*, ou excedendo os limites deste, conclue algum negocio para o seu correspondente, é *gestor do negocio segundo as disposições da lei geral*; mas, *si este for ratificado*, toma o *caracter de mandato mercantil*, e *entende-se feito no logar do gestor.*»

Exactamente o que se passa nas subscrições de companhias commerciaes. Accionistas, com ou sem procuração, habilitados por mandato especial, ou independentemente d'elle, assignam uns por outros. E' uma gestão de negocios, dependente da sua integração juridica, para

ser efficaz. Mas o ausente comparece; realiza a entrada, a que pelos estatutos são adstrictos os accionistas; assume assim materialmente os deveres de accionista, reconhecendo os estatutos, pela obediencia formal, que lhes rende. Ahi está, pois, a approvação do procedimento do gestor, o complemento juridico da gestão, a *ratificação*, com todos os seus caracteres, e, portanto, com todos os seus effectos.

A lei não faculta especialmente esta maneira de obrar no tocante ás sociedades anonymas; mas, por isso mesmo que a não exclue, somos obrigados a consideral-a admittida.

Porque? Porque essa faculdade é de direito commum; e o direito commum não se póde haver por dirimido, senão nos casos em que disposições expressas inequivocamente o excluem. Assim, em questão de sociedades anonymas, no direito francez, a clausula, que liga a pena de nullidade á infracção dos requisitos intrinsecos na constituição das companhias, não estatue, como a que se refere ás sociedades em commandita por acções, que essa nullidade não possa ser articulada contra terceiros pelos accionistas. Todavia, a jurisprudencia estendeu essa restricção, das sociedades em commandita, a que a lei as impõe, ás sociedades anonymas, que os textos legislativos não contemplam. (1) Isto simplesmente, dizem os jurisconsultos, porque tal restricção « *é de direito commum.* » (2)

Mas de direito commum é igualmente o mandato, e de direito commum é que elle não está subordinado a con-

(1) PONT, II, p. 303, 320, 321, ns. 1221, 1243, 1244. — GUILLERY, I, p. 253, n. 263. — ALAUZET, II, p. 668, n. 757.

(2) SOURDAT II, p. 425, n. 1248.

dições de fórma, onde quer que a lei as não particularize cathegoricamente. « *La validité du mandat n'est assujettie à aucune formalité extrinsèque* », diz ZACHARIE. (1) E' a mesma idéa mais explanada por DALLOZ (2):

« O mandato é um contracto de direito das gentes, para cuja validadé basta o consentimento das partes, e que *não está sujeito a formalidade alguma*, conferindo-se por acto publico, por instrumento particular, verbalmente, ou, até, por modo *tacito*. »

Todas as legislações contemporaneas pronunciam-se mais ou menos assim. E, para não citar senão uma das menos conhecidas, lembrarei a helvetica, exposta pelo mais recente dos seus tractadistas (3):

« Le code fédéral ne soumet le mandat à aucune condition de forme, en sorte qu'il peut être conféré même verbalement. *Le seul consentement des parties suffit à sa validité* (arts. 1 et 9). »

Que a delegação de poderes, em materia civil, ou commercial, se opera *tacitamente* com a mais plena validade, unanimemente o reconhecem jurisconsultos e arestos. (4) Apenas divergem alguns quanto ao caracter

(1) *Dr. civil franc.*, ed. MASSÉ e VERGÉ, V, p. 37, § 751.

(2) *Répertoire*, XXX, p. 678, n. 174.

(3) ROSSEL: *Manuel du droit fédéral des obligations* (Lausanne, 1892), p. 463, n. 516.

(4) ZACHARIE, *loc. cit.*, n. 2.—DALLOZ: *Loc. cit.*, p. 683, 684.

da relação jurídica, que, nessa hypothese, segundo TOULLIER (1) e PROUDHON (2), é de simples gestão, ao passo que os demais lhe attribuem o de verdadeiro mandato. Mas esses mesmos reconhecem que essa distincção, « mui importante sob o direito romano, bem pouca relevancia tem no direito francez, onde todas as acções são de boa fé, seja qual fôr a denominação, que se lhes pouha.» (3) E realmente, no codigo francez (arts. 1578 e 1922), tal qual, segundo, ha pouco, vimos, em nosso codigo commercial, a gestão de negocios, pelo concurso tacito do interessado, resolve-se em verdadeiro mandato, produzindo todos os seus effectos. (4)

E como se manifesta o mandato *tacito*?

A jurisprudencia tem decidido:

Que elle «póde resultar *de factos*»;

Que «póde induzir-se *de certas circumstancias*»;

Que é admissivel «*ainda em casos, em que deva ser expresso*» (5);

Que «*resulta mesmo necessariamente de certas situações.*» (6)

Ora, praticavel, usual mesmo no direito civil,—«*é particularmente no direito commercial que o mandato tacito recebe a sua applicação.*» Todos os auctores o ensinam. (7) E taes facilidades, neste ramo de direito, se lhe abrem, que ahi póde justificar-se mediante prova

(1) T. XI, n. 25.

(2) *Usufruit*, n. 1527.

(3) TOULLIER: *Ibid.*

(4) DALLOZ: *Loc. cit.*, p. 684, n. 167.

(5) DALLOZ: *Id.*, p. 686, n. 169. — ZACHARIAE, v. V, p. 37, n. 2.

(6) ZACHARIAE, § 751, n. 2, p. 38.

(7) DALLOZ: *Id.*, p. 687, n. 174.

oral, não permittida, para taes contractos, no direito civil. (1)

O art. 163 (supratranscripto) do nosso codigo commercial não faz mais que condensar esses principios, facultando a representação de um individuo por outro, *sem mandato*, em negocios commerciaes, e considerando transformado esse quasi-contracto em contracto bilateral de mandato, si o representado ratifica os actos do representante. O vinculo obrigativo é então perfeito, achando-se as partes «adstrictas por um laço de direito, tão rigorosamente quanto si o fossem por convenção synallagmatica : *quasi ex contractu... quasi si contractum consulto inüssent.*» (2)

Que faz, logo, o accionista de uma companhia em formação, assignando-lhe por outro, com mandato prévio, ou sem elle, os estatutos, senão praticar acto de gestão mercantil nos termos do art. 163, parte primeira, do codigo commercial ? E que faz o outro accionista, aquelle por quem o primeiro subscreveu os estatutos, que faz esse, realizando as entradas impostas aos accionistas pelo compromisso social, senão sancionar o acto do gestor com a ratificação, que, na fórmula do art. 163, parte final, o converte em mandato regular ?

A disposição, de onde emana esta resultante juridica, é geral a todas as materias commerciaes, onde possa intervir o mandato. O proprio art. 163 invoca expressamente «*as disposições da lei geral.*» E onde está, no mechanismo das sociedades anonymas, na sua natureza, nas

(1) *Ib.*, p. 688, n. 178.

(2) DELAMARRE et LE POITVIN : *Trait. de dr. commerc.*, II, n. 85, p. 138.

suas conveniências, na sua moral, o principio, ou o texto, derogatorio das leis geraes do mandato a esse respeito? Não será manifestamente abuso ir buscar, como a sentença faz, no decr, de 17 de janeiro, o § 8º do art. 15, peculiar ao processo deliberativo nas assembléas geraes, para o amolgar, por assimilação, á assignatura dos estatutos?

Ha ahi quem não perceba a differença fundamental entre as duas especies?

Onde a sentença vê nullidade insanavel, temos, pois, simplesmente a expressão pratica, usualissima no assumpto, de uma tradição geral de direito, textualmente sancionada pelo codigo commercial e perfeitamente accommodavel ás sociedades anonymas, cuja legislação não revoga, nem altera essa regra.

Bem avisado andou, pois, o auctor, appellando, nas razões de fls. , para o decr. n. 603, de 20 de outubro de 1891, art. 406, que prescreve:

«Parapho unico.—A falta de assignatura do subscriptor nos estatutos, ou nas actas das assembléas constituintes, não tendo sido supprida em tempo, *considera-se, comtudo, sanada*, si houver feito uma ou mais entradas, ou prestações, *afirmando assim a vontade inequívoca de pertencer á sociedade.*»

E' um argumento adminicular, absolutamente legitimo e concludente.

Fosse embora revogado esse acto do poder publico, seu valor como elemento critico, na questão, nem por isso é menor, *desde que não se tracta de crear direito novo*, mas unicamente de desdobrar, na sua applicação a uma especie de sociedade mercantil, a disposição ampla, illimitada, com que o art. 163 do codigo commercial autoriza as fórmulas implicitas do mandato.

Lêde a exposição de motivos preliminar ao decreto de 20 de outubro, e encontrareis cuidadosamente accentuadas as suas intenções méramente declaratorias, o seu objecto estrictamente regulamentar :

« O projecto de regulamento, que ora apresentamos, contém com exactidão as normas vigentes, *sem innovar o direito estabelecido pelo poder competente*; mas, cingindo-se quanto, possivel, aos intuitos do legislador, buscou acautelar, na pratica da lei das sociedades anonymas a reproducção de graves abusos, que se hão dado com frequencia, levando serios clamores, aos quaes não póde ser indifferente o Governo da Republica, sob pena de deixar de cõrresponder á sua elevada e patriotica missão.

« Assim que, por meio de medidas convenientes, não vexatorias e *de character puramente regulamentar*, quer a *constitução das sociedades anonymas*, quer o seu funcionamento e meneio forão cercadas de garantias de seriedade e honestidade, como é de mister, á bem dos proprios accionistas e dos terceiros, com quem as sociedades entrarem em relações. » (1)

O decr. de 20 de outubro era, assim, um acto de interpretação e consolidação do nosso direito positivo e da

(1) *O Direito*, vol. LVI, p. 470.

nossa jurisprudencia no concernente ás sociedades anonymas. Como tal, como dado hermeneutico acerca das nossas leis commerciaes no assumpto, o argumento do art. 106 desse decreto é innegavelmente do maior peso.

Ora, os actos interpretativos retroagem á data dos interpretados: « *Ea quae per interpretationem adjiciuntur, in illis obtinere debere in quibus legibus interpretatis locus est.* » (1) O direito territorial prussiano de 1794 (§ 4º) declara que « a interpretação de uma lei anterior, competentemente publicada, deve se applicar a todos os casos juridicos ainda não decididos. » Este o principio « quasi unanimemente propugnado pelos escriptores e applicado pelos tribunaes », ainda sob codigos, como o da França, que o não enunciam explicitamente. (2)

Dir-se-ha que a autoridade official desse acto cessou com a sua abrogação. Mas os effeitos da revalidação, determinados pela sua vigencia, os direitos adquiridos consequentemente a essa revalidação cessariam tambem com a cessação desse decreto? A materia é questionavel, e, na duvida, a solução ha de inclinar-se naturalmente em sentido opposto á nullidade. Demos, porém, a alternativa mais desfavoravel ás nossas conclusões. Ainda assim, a auctoridade scientifica dessa consolidação, graças á sua origem, á alta competencia juridica da sua fonte, é incontestavel.

Demais, basta acarear, lado a lado, os dois textos, para evidenciar que o mais novo é apenas applicação, severamente fiel, do mais antigo.

(1) JUSTINIANO, Nov. 19, praef. in f.

(2) GABBA : *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. 1, p. 26-7.

E vejamos:

COD. COMMERC. art. 163:

« Quando um commerciante, sem mandato, ou excedendo os limites deste, cunclue algum negocio para o seu correspondente, é gestor do negocio, segundo as disposições da lei geral; mas, si este fôr ratificado, toma o character de mandato mercantil, e entende-se feito em logar do gestor. »

DECR. 20 OUT., art. 107:

« A falta de assignatura do subscriptor nos estatutos, ou nas actas das assembléas constituintes, não tendo sido supprida em tempo, considera-se, comtudo, sanada, si houver feito uma ou mais entradas ou prestações de capital, *affirmando assim a vontade inequívoca de pertencer á sociedade.* »

Em summa (resumindo-nos), desde que o legislador, no decr. de 17 de janeiro, não excluiu o mandato na assignatura dos estatutos, e desde que para esse caso particularmente não especificou a condição de mandato formal, não proscreevou as fórmulas tacitas do mandato,—a lei dominante no assumpto é o principio generico do codigo commercial, juridicamente entendido pelo regulamento de 20 de outubro e intelligivel, independentemente desse adjutorio, a qualquer perscrutador judicioso da lei. Logo, ante a ratificação obvia, eloquente das assignaturas, expressa nas entradas de capital pelos accionistas, que acaso não tiverem assignado pessoalmente os estatutos,—duvidar da efficacia do mandato, é irrogar nullidades, onde a lei as não declarou. Ora, a verdadeira regra é a formulada por BRAVARD: « *Le législateur ne prononce pas la nullité, et je ne crois pas qu'on puisse la suppléer.* » (1)

(1) BRAVARD-VEYRIÈRES: *Traité de dr. commerc.*, I, p. 339.

De toda essa apparatusa nullidade, architectada sobre a falta de assignaturas nos estatutos, mal sobrenada, pois, o caso singular do auctor, que duas vezes, pelo menos, fez acto solemne de accionista, pagando a entrada, e recebendo a cautela correspondente, mas, ao mesmo tempo se absteve de firmar o pacto social, para se reservar o direito de annullal-o, allegando não tel-o subscripto.

A omissão dessa assignatura constitue, não ha negal-o, uma lacuna. Mas essa lacuna será irreparavel? E (em segundo logar), quando o não fosse, poderia aproveitar a quem a apparelhou em beneficio dos seus interesses?

Não e não, é a resposta a estas duas interrogações.

A sociedade anonyma é uma aggremação de capitaes, e não, como todás as outras sociedades, um consorcio de pessoas. « Só um elemento existe nella, e esse elemento é puramente material... Ella exclue as pessoas, e *compõe-se tão sómente de coisas.*» (1) E' esse o caracter *essencial e distinctivo da sociedade anonyma.* (2) E' o que os commercialistas repetem á saciedade, como o rudimento primigeno desta creação hodierna. Logo, a assignatura dos estatutos não tem outra razão de exigibilidade, senão firmar, em relação a cada accionista, a garantia da realização do seu contingente de capital, a effectividade do compromisso, cujo desempenho é a condição de ser da sociedade. Pagando a entrada, e recebendo, em consequencia, o titulo representativo das suas accções, o associado satisfaz a condição, de que a assignatura dos estatutos era destinada a ser penhor, mas que, verificando-se independen-

(1) *Ib.*, p. 328.

(2) *Ib.*, p. 320.

temente della, suppriu-lhe a omissão, excluindo-lhe a necessidade. A vinculação do subscriptor ao contracto social celebrou-se formalmente pelo ingresso da sua quota no acervo commum. A associação de coisas consumou-se pela contribuição material do accionista. A defficiencia no concurso pessoal reparou-se pela presença do elemento real. Não valendo o primeiro senão como precaução assecuratoria do segundo, effectuado este, cessou a imprescindibilidade daquelle. O direito não pôde ser antipoda ao senso commum.

Por absoluta que seja a nullidade, pronunciada pelo art. 6º do decr. de 17 de janeiro, é mister não fazel-a irracional a poder de feroz. E' clamando contra essa tendencia que o celebre commercialista belga escreveu : «Nenhuma lei quer que uma nullidade de fórmãs anniquile tudo o practicado antes da annullação do acto; e, *ainda quando lei expressa o dissesse, cumpriria, na applicação, entendel-a com certos temperamentos.*» (1) Como qualificaria elle, pois, a brutalidade da interpretação, que annullasse uma opulenta sociedade anonyma, na plenitude de sua vida, unicamente pela ausencia, nos estatutos, de uma assignatura de subscriptor, que realizou depois as suas entradas, e recebeu as suas acções?

Dando o seu verdadeiro valor, a sua importancia real ao papel das assignaturas nos estatutos, diz um commercialista suiso, em um dos melhores livros acerca do assumpto :

« Nous croyons qu'en général il ne faut pas mettre trop d'importance aux formalités, quand il s'agit d'affaires commerciales, car les transactions commerciales represent

(1) GUILLERY: *Op. cit.*, II, n. 544, p. 210.

essentiellement sur la bonne foi des contractants, auxquels le temps matériellement nécessaire pour remplir les formalités fait souvent défaut. *C'est surtout dans la déclaration obligatoire que le souscripteur connaît et accepte le prospectus, etc., que nous mettons peu de valeur, car nous sommes persuadé que la grande majorité des souscripteurs signent ces pièces, si elles sont un peu longues, sans les lire en entier; sans compter que beaucoup d'autres ne les comprendraient pas avec la meilleure volonté.* » (1)

Não é, portanto, propriamente como expressão do conhecimento dos estatutos pelo subscriptor que a lei prescreve essa formalidade. E' antes, é propriamente como assumção positiva por elle do compromisso de realizar as entradas sociaes. Mas claro é que, si ellas se realizaram não obstante a omissão do compromisso prévio, cessa a necessidade da promessa, desde que o seu objecto se effectuou apezar da ausencia della.

Concedamos, porém, momentaneamente a indispensabilidade da garantia ainda após o cumprimento da obrigação, que ella devia affiançar. Demos que a arrecadação da entrada e a entrega das acções não escusem a omissão da assignatura. Póde, ainda assim, o accionista, que ageitou essa irregularidade, armar-se com ella contra a associação? Haveria, na sanção judicial desse jogo, uma quebra de moralidade, incompativel com a honestidade da lei. «A nullidade é odiosa, quando se converte em arma da má fé. Em tal caso, deve ser repellido, toda a vez que o legislador formalmente não se opponha. » (2)

(1) FELIX BING: *La société anonyme en droit italien* (Genève, 1887), p. 74, 107.

(2) SOLON: *Théorie sur la nullité*, I, p. v 11.

A phrase *nullidade de pleno direito* não corta a questão em proveito do auctor. «Essas nullidades são absolutas, quando resultam de contravenções, que inquinem de *non esse* o contracto, ou convenio. Ao contrario, podem ser *apenas relativas, ainda quando pronunciadas de pleno direito, si a infracção não impede que o contracto tivesse certa força.*» (1) Ora, como sustentar que não tenha força absolutamente nenhuma o liame juridico estabelecido entre uma associação e o individuo que faz acto material de associado, pagando a contribuição social, e aceitando o titulo que o obriga ás prestações ulteriores, subordinadas á execução da primeira? E, desde então, como considerar subsistente a nullidade ligada á verificação de uma formula, que não tem outro objecto, senão subordinar o associado a essa obrigação, executada por elle, sem o constrangimento desse freio, espontanea e pontualmente?

Permittindo aos associados articularem contra a associação as nullidades dessa cathegoria, a lei, evidentemente, não póde ter abrangido nesta faculdade os que as tramam, para as utilizar depois em vantagem de si mesmos. A lei não preconiza monstruosidades. O interprete não tem o direito de suppol-o.

E a que titulo levanta o auctor essa nullidade?

Como accionista?

Mas é elle mesmo quem se recusa essa qualidade, empenhando-se em demonstrar, com a inexistencia da sua assignatura nos estatutos, a insubsistencia da sua entrada no gremio social.

Como terceiro? Como estranho?

Mas essa posição é impossivel com a realização

(1) *Ib.*, p. 7.

da sua quota de capital, com a posse de acções, com a sua cooperação nas deliberações da sociedade.

A logica, depois da boa fé, portanto, oppõe insuperaveis embargos ao artificio de urdir uma nullidade, sem perder o direito de invocal-a.

Ser associado, para ter o privilegio de invocar uma nullidade, e, por effeito dessa mesma nullidade, não ser associado, são situações inconciliaveis na mesma pessoa. A lei não subscreve estes enigmas; a justiça não póde servir a taes machinações.

§

NULLIDADE DA ASSEMBLÉA INAUGURAL

Não se tendo enunciado na petição inicial, nem na replica, essa nullidade não podia ser considerada na sentença, *primeiro*, porque não foi objecto do pedido na acção, *segundo*, porque não passou pelo criterio da prova impugnativa na dilacção competente.

Todavia, em presença da importancia capital, que lhe attribuiu o julgado a fl. , não nos seria licito deixar de reduzir-a ás suas proporções reaes, á sua inanidade, facilmente demonstravel.

E' o caso que, na assembléa constituinte da associação, entre as 200. 480 acções, que concorreram, perfazendo mais dos dois terços legaes, como reza, sem contradicção, a acta respectiva, figuram 10.000 acções, subscriptas pelo réu, em nome do Banco Pariz e Rio, que, a esse tempo, ainda não recebera as ultimas solemnidades da sua constituição regular. Ora, segundo a sentença, essas acções,

correspondentes a uma entidade juridica ainda não perfeitamente constituida, não se podiam computar no total, e, desfalcado elle dessa parcella, o remanescente não perfaz os dois terços exigidos. Logo, conclue o accordão é nulla, por insufficiencia de votos, a assembléa, que fundou a companhia.

Mas a premissa, de onde se desdobra esta conclusão, desconhece principios elementares em materia de sociedades anonymas.

Vejamos.

Como se mencionam essas acções na lista dos subscriptores? Como inscriptas em nome do Banco Pariz e Rio «*pele seu incorporador Sebastião Pinho.*» (Certidão a fl. 144 v.)

A questão, que a especie suscita, é, portanto, esta:

1.º) Os fundadores, promotores, ou, na expressão usual entre nós, os incorporadores de companhias, cuja constituição legal ainda não se ache ultimada, poderão operar por conta dellas, em seu beneficio e sob o seu nome?

2.º) Si pódem, como se determina a validade de taes actos? Valem elles de si mesmos? Ou requer a sua validade condições ulteriores, que a sellem?

3.º) No caso affirmativo, essas condições em que consistem?

4.º) E, não se realizando ellas, qual a consequencia? Nulla, por falta dos requisitos complementares, essa especie de representação antecipada, exercida pelos incorporadores, invalidar-se-ha para todos os effeitos o que em nome della se fez? Ou, nullos esses actos, com relação á entidade juridica em cujo nome se praticaram, subsistirão,

não obstante, como actos regulares do individuo que os praticou?

Não esqueçamos, para solver a questão, que se tracta de sociedades anonymas, e que taes sociedades *estão inteiramente fóra do direito commum.* «*La société anonyme est complètement en dehors du droit commun.*» (1) D'ahi certas relações de direito, que, logo no periodo preparatorio a essas associações, se principiam a estabelecer eventualmente para ellas. D'ahi a existencia legal dos fundadores, ou incorporadores, com uma gestão de negocios peculiar, a beneficio dessas sociedades, antes de completamente formadas. D'ahi a subrogação dellas nas obrigações assumidas por elles com o fim de organizal-as. «*E' naturale che la responsabilità delle obbligazioni assunte per dare vita alla società passi per via di surrogazione dai promotori ad essa.*» (2)

Nesses actos, sem duvida, se deve entender que os promotores, ou incorporadores obram por conta propria: «*si devono considerare quale persone che agiscono per conto proprio.*» (3) Mas, si a sociedade acaba de constituir-se, e approva essas transacções, ellas reputam se como praticadas pela propria sociedade mediante representação regularmente conferida. Citarei, como aresto, a sentença, como tal invocada por VIDARI (4), da cõrte de cassação turinense em 5 de março de 1880. Vigorava então, na Italia, o regimen da auctorização prévia, antes da qual não tinham existencia legal as sociedades anonymas. Pois

(1) BRAVARD-VEYRIÈRES: *Op. cit.*, I. p. 39.

(2) VIDARI: *Corso di diritto commerciale*, 3ª ed., II, p. 70.

(3) *Ib.*, p. 68.

(4) *Ibidem.*

bem: o tribunal sob esse regimen, sentenceou que, «quanto o mandante seja un.a sociedade anonyma, ainda não auctorizada por decreto régio, *todavia não é licito dizer que ella não tenha os seus representantes proprios e legaes. Benchè il mandante sia una società anonyma, non per anco autorizzata per decreto reale, tuttavia non può darsi che essa non abbia i proprii legali rappresentanti.*»

Não ha, pois, illegitimidade no acto, que o encorporador de uma companhia pratica em nome della, antes de rematada a sua constituição. E' simplesmente um gestor, cujos actos, pela ratificação ulterior da companhia, recebem character identico ao do mandato. «Comme la société anonyme n'acquiert la personnalité morale qu'après l'accomplissement de toutes les formalités prescrites, il est logique de rendre les personnes, *qui ont antérieurement traité en son nom*, personnellement et solidairement responsables envers les tiers, avec les quels elles ont contracté. Si la société se constitue plus tard, elle peut prendre pour son compte ces engagements.» (1)

Nas transacções anticipadamente celebradas, á conta de uma companhia em organização, pelos seus organizadores, não ha, portanto, nullidade. Ellas valem sempre, *como actos da companhia*, si esta depois os sanciona, e, si os não sanciona, *como actos dos incorporadores*.

Dir-se-ha que esta especie de gestão tutelar, essa representação anticipada, confiada aos fundadores, pela imprescindibilidade dos seus bons officios á constituição de toda sociedade anonyma (2), só comprehende os actos necessarios á gestação della?

(1) FELIX BING : *Op. cit.*, p. 127.

(2) *Ib.*, p. 132.

Tal não ha. A acção da previdencia dos organizadores abrange legalmente, sob a clausula de ratificação ulterior pela associação organizada, todas as operações concluidas por elles em nome e por conta della.

Assim o decr. de 17 de janeiro diz indistinctamente, no art. 5º :

«Os actos anteriores á constituição legal da sociedade e ao preenchimento das formalidades dos §§ 4º e 5º do art. 3º ficarão sob a responsabilidade dos seus fundadores, ou administradores, salvo si, constituída a sociedade, a assemblea geral assumir a responsabilidade de taes actos.»

Os actos, diz o texto. Mas quaes? Elle não o discrimina. Logo, são todos os actos, indispensaveis á organização da companhia, *ou simplesmente uteis aos interesses della*, que, praticados pelo incorporador, merecerem depois a annuencia da encorporada.

O testemunho das legislações modernas comprova o acerto desta interpretação.

No codigo commercial italiano, de 1882, por exemplo, depois de se regular, no art. 126, a posição reciproca da sociedade e dos organizadores, emquanto aos *actos concernentes á organização da companhia*, se preceitúa, no art. 138, que qualquer operação de outro genero é validavel mediante ratificação ulterior da associação :

«Ogni operazione fatta dai promotori, all'infuori degli atti occorrenti per la costitu-

zione della società, è nulla rispetto ad essa, quando non sia approvata dall'assemblea generale. » (1)

A lei belga de 22 de maio de 1886 prescreve igualmente, com referencia aos fundadores de sociedades commerciaes :

«Ceux qui ont pris un engagement pour des tiers, soit comme mandataires, soit en se portant fort, sont réputés personnellement obligés, s'il n'y a pas mandat valable, ou si l'engagement n'est pas ratifié.» (2)

No projecto de codigo de commercio, redigido, para a Republica Argentina, por decreto do poder executivo em 1886, os arts. 312 e 324 reproduzem os arts. 126 e 138 do codigo italiano, estabelecendo, no primeiro, a responsabilidade solidaria dos fundadores pelas obrigações, que tiverem contrahido, para constituir a sociedade, e estatuinto, no segundo:

«Toda a operação praticada pelos fundadores, fóra dos actos precisos para constituir a sociedade, é nulla em relação a ella, si não for approvada pela assemblea geral.» (3)

(1) MARGHERI: *I motivi del nuovo codice di commercio italiano* (Napoli, 1886), vol. I, p. 44, 49, 50, vol. II, p. 383, v l. III, p. 74.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, vol. XVI, p. 478.

(3) LYSANDRE SEGOVIA: *Projet de code de commerce de la Republ. Argent.* (Paris, 1889), p. 173, 179.

O *codigo federal das obrigações*, de 14 de junho de 1881, na Suissa, dispõe, no art. 623:

« Os que obrarem sob o nome da sociedade, antes de operada a inscripção, ficam pessoal e solidariamente responsaveis.

« Todavia, as obrigações expressamente contrahidas *em nome da sociedade anonyma em formação*, que não couberem nas disposições do art. 619 » (isto é, que não disserem respeito a negocios do fundador com a companhia), « *podem ser acceitos por ella, depois de constituída, no prazo de tres mezes, a datar da inscripção. Nesse caso, o credor é obrigado a reconhecer a sociedade como seu unico devedor.* » (1)

O commentador mais moderno dessa legislação expõe o principio contido nesses textos assim:

« Todas as obrigações contrahidas pelos fundadores, directamente, ou por meio de representantes, *em nome da sociedade anonyma, antes da existencia juridica desta*, si não se referirem a transacções concluidas por conta da sociedade em formação com um fundador (art. 619), pódem ser adoptadas por ella nos tres mezes subsequentes á matricula. » (2)

Todas essas legislações, portanto, inclusive a nossa, no art. 6º do decr. de 17 de janeiro de 1890, que, aqui, é

(1) Soldan : *Code fédéral des obligations* (Lausanne, 1881), p. 184.

(2) V. Rosset : *Man. du dr. fédér.*, p. 708, n. 816,

pura transcripção textual da lei de 4 de novembro de 1882, art. 5º, legitimam a pratica de «actos anteriores á constituição legal da sociedade» em nome della, permittindolhe ratifical-os, desde que se constitua.

Ora, o nullo, o inexistente não se ratifica. «Confirmar um acto, ou ratifical-o, é dar-lhe o vigor, que elle de si só não teria. A confirmação não confere ás partes direito novo; todo o seu objecto consiste em imprimir ao acto ratificado a força, que elle em si proprio não encerraria.» (1)

A confirmação revalida, não crêa, nem amplia. *Confirmatio robur addit confirmato, sed non extendit.* Ou, na phrase de DUMOULIN, confirmar não é innovar. *Qui confirmat, nihil dat.* Confirmar é simplesmente esposar o acto alheio, praticado em nossa intenção. A confirmação presuppõe, consequentemente, a validade potencial de uma obrigação, dependente apenas, para sua efficacia plena, da acquiescencia ulterior do confirmante.

«Só se póde ratificar, ou confirmar», diz um dos mais antigos mestres no assumpto, «o que realmente exista, posto que destituído de força... *Quod nullum est, non potest confirmari.* Esta proposição tem por base a natureza das cousas; é resultado necessario da definição e da natureza da confirmação; pois como conceber um acto, que tivesse por fim accrescentar força a cousas, que absolutamente a não tivessem? A ratificação não suppõe uma relação intima e forçada entre suas disposições e as do acto anterior, que, si não basta, para formar o direito, é, ao menos, o germen e a primeira condição delle?

(1) SOLOX: *Théor. sur la nullité*, II, p. 253.

Não será mister um acto, não totalmente baldio de força, e outro, que lhe sirva de complemento, existindo como dois factos entre si correlativos, como duas condições mutuamente dependentes? » (1)

Si estes são os principios, claro está que a lei das sociedades anonymas, considerando confirmaveis por ellas, depois de constituídas, os actos em seu nome praticados, antes da sua constituição, pelos seus incorporadores, não invalida esses actos em relação ás companhias: tem-n'os simplesmente como incompletos, antes da ratificação; mas, após esta, os encara como perfeitos desde a sua origem.

Logo, a subscripção das 10.000 acções pelo incorporador do Banco Pariz e Rio, approvada, como foi, posteriormente por este, vale desde a data, em que se fez, como acto daquelle estabelecimento.

O acto primitivo era contestavel, mas não vão; e « a ratificação tem por intuito acrescentar ao acto primitivo o que lhe fallecia, para se tornar incontestavel. » (2)

Ratificando, sana-se a imperfeição, do acto desde o seu termo inicial. A ratificação retroage, pois, á data do acto ratificado, remontando a ella a responsabilidade do ratificante, levando a essa epocha as obrigações delle, ligando-o ao acto primordial desde o momento da sua celebração. E' o elemento juridico, que transforma a gestão em mandato.

TOULLIER (3), figurando a hypothese de um acto essencialmente nullo, qual a venda de um immovel meu,

(1) *Ib.*, p. 292—3.

(2) *Ib.*, p. 268.

(3) Tom. VIII, n. 518.

sem a minha auctorização, mas em meu nome, observa : « Entretanto, é certo que esse contracto póde ser ratificado ; póde sel-o expressa, ou tacitamente (art. 1998 do cod. civil). Essa ratificação tem, até, effeito retroactivo, a meu respeito : *mandato equiparatur*. Remonta ao tempo do contracto ratificado. *Só em prejuizo de terceiros é que a ratificação não tem effeito retroactivo.* » Mas, no tocante ás sociedades anonymas, quanto aos actos praticados pelos seus fundadores antes da sua constituição, esse principio vae ainda mais longe, ao menos em certas legislações ; porque, como ha pouco vimos, na Suissa, quando essas transacções são ratificadas pela companhia, durante o trimestre immediato á inscripção no registro do commercio, « *le créancier est tenu de reconnaître la société comme son seul débiteur.* » (1)

Mas, dir-se-ha, o Banco Pariz e Rio não existia, ao tempo em que o seu incorporador subscreveu, por elle, as acções da Chopim. Esta, porém, é exactamente a propriedade especifica do acto ratificativo. Basta, para o legitimar, a capacidade do ratificante *na data da ratificação*, ainda que incapaz fosse na epocha do acto ratificado. « A ratificação de uma convenção, ou de um acto, deve emanar daquelle, que, *em razão da sua incapacidade, não se achava obrigado validamente* » : são palavras do tractadista classico das nullidades. (2) E é elle ainda quem nos ensina : « Basta que o ratificante, *no momento em que ratifica, seja capaz de praticar actos da natureza do que constitue objecto da ratificação.* » (3)

(1) *Cod. Fédéral des obligations*, art. 623.

(2) *Ib.*, p. 265.

(3) *Ib.*, p. 266.

Estamos precisamente, pois, no caso do Banco Pariz e Rio com a Chopim. Aquelle, não se achando, ao tempo da inauguração desta, perfeitamente constituído, não podia subscrever directamente acções, na companhia cuja organização precede a sua. Mas, *depois de capaz*, confirmou o acto, que em seu nome praticára o seu fundador. Esse acto está, pois, ratificado, e, como tal, valido, desde a sua data, como acto do proprio banco, pelo effeito retrocessivo da ratificação.

E, queiram advertir os veneraveis juizes, não estabelecemos esta theoria por inducção. A propria lei de 24 de novembro de 1882 (art. 5º), o proprio decreto de 17 de janeiro de 1890 (art. 6º) é que a estabelecem positivamente, declarando ratificaveis pelas sociedades anonymas, depois de regularizadas, as transacções (quaesquer que forem), concluidas, em seu nome, pelos seus promotores, durante o periodo da regularização. Os textos legislativos, pois, é que auctorizam essas associações, quando legalmente existentes, a revalidarem actos praticados por sua conta antes da sua existencia legal.

Actos taes, nunca poderiam incorrer, portanto, em nullidade; *porque se resolvem necessariamente pela responsabilidade da companhia, si ella os ratifica, ou pela do incorporador, si ella os repelle*. E' uma alternativa, que se estabelece, assegurando, em ambos os extremos do dilemma, a validade da transacção. As dez mil acções de que se trata, não poderiam ser jamais eliminadas; porquanto ellas exprimiriam sempre um compromisso de accionista, fosse elle Sebastião Pinho, ou o banco que este incorporava. E, desde que esse banco, depois de entrar em funcções, assentiu na subscrição feita, em seu

nome, pelo incorporador, a confirmação, pelo seu caracter regressivo, determina a presença virtual do confirmante no acto da subscrição.

Este é o consenso geral dos jurisconsultos :

«E' o que exprimem AUBRY e RAU, e o que tem julgado a cõrte de cassação. O assentimento, ou a ratificação do terceiro, *por quem um individuo transigiu sem mandato, terá por effeito tornal-o presente no dia do contracto*, ou, por outra, *terá effeito retroactivo?*

« Sim, entre as partes contractantes. » (1)

Os contractantes, na especie, são a Chopim, cuja nullidade se demanda, e o Banco Pariz e Rio, cuja inclusão entre os accionistas daquella, isto é, cujo compromisso de accionista para com ella se pretende invalidar.

Como, de mais a mais, se poderia sustentar esta inculcada nullidade em face da propria sentença? A situação juridica de Sebastião Pinho, subscrevendo, como incorporador do Banco Pariz e Rio, ainda não constituido, é identica á do mesmo individuo, acceitando, no ministerio da agricultura, a transferencia da concessão feita ao coronel Dyonisio Cerqueira e outros, como incorporador da Chopim, ainda não organizada.

O auctor, logico neste ponto, arguiu como nullidades ambos esses factos, absolutamente correlativos. A sentença despreza o segundo, e abraça o primeiro.

(1) GUILLE Y : *Op. cit.*, vol. II, p. 225.

Com que direito? A razão de validade, ou invalidade, é a mesma, nos dois casos; porque, num e noutro, o incorporador da companhia funciona em seu nome, antes da sua existencia regular. Logo, si subsiste, como a sentença concorda, o acto do réu, contractando no caracter de representante da Chopim *nondum nata*, pelo mesmíssimo principio se ha-de legitimar o seu acto, representando, na assignatura dos estatutos da Chopim, o Banco Pariz e Rio, ainda em via de incorporação. *Ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio.*

§

SIMULAÇÃO DO DEPOSITO

Neste ponto, sob a obsessão da nullidade, a sentença desceu a subtilezas prodigiosas.

O considerando relativo a esta circumstancia, o mais caracteristico da preocupação, em que laboram os respeitaveis prolores do julgado, encerra duas partes, que convém discriminar.

Na primeira se diz que «o deposito prévio da 10ª parte do capital, condição tambem elementar e essencial para a constituição, só podendo ser provado por documento do respectivo fiscal do governo, certificando a realidade da entrada do dinheiro no cofre do estabelecimento e sua escripturação nos livros *a credito* da companhia *ex-vi* do art. 5º do decreto n. 850 de 1870, essa formalidade foi substituida pelo *visto* daquelle funcionario, como confes-

sam os RR., nas razões fl. 171, e, por conseguinte, a nulidade do acto é a consequencia fatal da falta commettida. »

Argucias taes parece que não deviam passar das razões suspeitas do interessado para as decisões intemeratas da justiça.

O art. 5º, invocado pela sentença, do decr. n. 850, de 13 de outubro de 1890, expedido, como o decr. de 17 de janeiro, sob o Governo Provisorio, pelo auctor destas linhas, reza assim :

« O deposito, a que se refere o art. 1º, só poderá effectuar-se nos bancos de emissão e em outros sujeitos á fiscalização do governo, ou que, para esse fim, se sujeitarem a ella, mediante *documento* do respectivo fiscal, certificando a realidade da entrada do dinheiro ao cofre do estabelecimento e sua escripturação nos livros da casa, a credito da companhia projectada. »

Documento do fiscal, que certifique a realidade da entrada, é o que o texto reclama. No deposito da Chopim como se procedeu? O banco depositario attestou o ingresso da somma correspondente ao deposito legal, e o fiscal do governo *visou* essa declaração. A sentença nega a esse *conforme*, a esse *visto* do fiscal a idoneidade certificativa.

Mas porque, senhores?

Acaso essa declaração authentica não constitue *documento*? E esse documento não *certifica*? Pois que faz

o fiscal do governo, visando e subscrevendo a attestação, onde o banco affirma a effectividade do deposito, senão declarar que averiguou, que *viu*, que conhece de sciencia propria a existencia d'elle, e que a faz certa, sob a responsabilidade do seu cargo?

Si, quando a lei taxa a um acto fórma especial, a transgressão dessa fórma, a sua substituição por outra determinaria (como a sentença recorda, a fl.) a nullidade desse acto, — *a contrario sensu*, quando a lei, exigindo um acto, não lhe dá fórma necessaria, todas as fórmas uteis, todas as fórmas expressivas, todas as fórmas claras, precisas, inequivocas satisfazem á prescripção legislativa.

O decr. de 13 de outubro exige um documento certificadorio do fiscal; mas não particulariza a esse documento a especie, o estylo, a designação classificativa. Ha de ser uma certidão palavreada do facto? Será uma certidão transcriptiva das verbas da escripturação do estabelecimento, correspondentes ao deposito? Deverá escrevel-a o fiscal? Ou bastará que a assigne? Não valerá o documento, si não for certidão solemne, modelada no typo das certidões judiciaes? Ou qualquer declaração attestativa bastará, comtanto que seja explicita, precisa, manifesta?

Qualquer destas fórmas especiaes poderia ser a curial, com exclusão das outras, si a lei a individuasse. Mas desde que a lei não formula, não distingue, não exclue, todas ellas preenchem o seu fim; porque todas são meios de certificar.

Os fiscaes, instituidos pelo decr. de 13 de outubro, têm *exclusivamente uma funcção*: verificar e certificar a effectuação dos depositos essenciaes á constituição legal das sociedades anonymas. Logo, quando o banco attesta a seriedade do deposito, e o fiscal acrescenta a esse

attestado o seu *visto*, devidamente subscripto, que faz esse funcionario, senão exercer a funcção peculiar do seu ministerio, portando por fé a consummação do deposito no banco ?

Accaso a declaração do instituto de credito, corroborada pelo visto approbativo do fiscal, não é *documento*? Documento, dizem os lexicographos é «a declaração escripta, para servir de prova, ou titulo»; é «qualquer objecto, ou factó, que serve de prova, confirmação, ou testemunho.» (Citamos o AULETE, porque, para taes bagatellas, seria escusado ir além.) Quer-nos parecer que qualquer dessas definições cabe ao papel, de que se tracta.

Não será *certificativo* esse documento? Mas, si o banco affirma que o deposito se fez, e o fiscal, vigia profissional dos depositos, certificador privativo da existência delles, confirma, com o *visto*, o depoimento escripto do banco, digam-nos que especie de acto pratica ahí esse funcionario, si não é o de desempenhar os deveres da sua missão official, isto é, *certificar*, sobrepor á declaração do banco o sello authenticativo do official publico?

Si mais fosse mister, esta intelligencia colheria ainda novas forças no decr. n. 434, de 4 de julho de 1891, art. 68. Ahí se mantem cuidadosamente a palavra *documento*, no tocante aos actos dos fiscaes, discernindo-a, com visível proposito, da palavra *certidão*, que, a respeito de outras auctoridades, apparece no texto logo depois:

«O deposito feito nos bancos fiscalizados pelo governo prova-se por *documento* do respectivo fiscal, certificando a realidade da

entrada do dinheiro no cofre do estabelecimento e sua escripturação nos livros da casa, a credito da companhia projectada; os depositos feitos no Thesouro, thesouraria e collectoria, serão provados por *certidão* dos thesoureiros e collectores.»

N'um caso, *documento*, que certifique. No outro, *certidão*. Quando são as repartições fiscaes que funcionam, — *certidão*; porque este é o meio solemne de certificar, consagrado, em relação a ellas, pelas leis, que as regem, as leis geraes da fazenda. Quando funcionam os fiscaes de bancos, — *documento* desses fiscaes, sem distincção de fórma particular, comtanto que o seu theor seja certificativo; porque a lei, que creou o munus desses funcionarios *sua generis*, não os adscreveu á pragmatica das repartições administrativas.

Ou isto é a evidencia mesma; ou isto é rudimentario como as primeiras noções de coisas; ou então melhor é gracejarmos do que discutirmos.

O *visto* de um funcionario verificador, em documento declaratorio de factos cuja verificação as leis lhe commettem, e a respeito de cuja existencia ellas lhe attribuem fé juridica, auctoridade attestatoria, é, sem duvida possivel, um modo legitimo, efficaz, peremptorio de *certificação*. A não ser que, por cumulo de irrisão, se ouse considerar o *visto* como simples expressão de que o seu auctor viu o papel, a que o appoz, sem responder pela realidade dos factos, nesse papel relatados.

Si, pois, a sinceridade do deposito se acha devidamente

authenticated por documento certificativo do fiscal, documento que o Thesouro acolheu, sem restricções, como a prova especifica exigida, no decreto de 13 de outubro, pelo ministerio da fazenda,—em que fundamentos se estriba a sentença appellada, para exauctorar Thesouro e fiscal, averbando de ficticio o deposito da Chopim?

Assombra a segurança, com que no julgado se affirma (a fl. 189) que « esse deposito, como dizem os peritos, não passou de manobra de cifras, por isso que foi creditado á conta do incorporador, quando a lei o manda creditar á companhia projectada. »

Dir-se-lia que os honrados prolores da sentença não leram, dos autos, senão as razões do auctor.

E', com effeito, nesse arrazoado, cujas paginas recordam o proloquio de CATHERINOT : « *Bon avocat cécutive en sa cause* » (1), é alli que se encontra, como resultado final do exame de peritos, esta asserção.

Em verdade o perito do auctor, no laudo a fl. 106, se pronuncia deste modo. Mas o exame, sobre o qual elle formou este juizo, é o *dos livros da companhia*, como se verifica, por declaração do proprio louvado, no cabeçalho do seu parecer, a fl. 104.

Ora, manifestamente não eram os livros da companhia Chopim que nos poderiam attestar os termos em que o deposito, *preliminar á constituição della*, se effectuou. Taes livros não têm para isso idoneidade :

Primero, porque se tracta de factes anteriores á exis-

(1) NICOLAS CATHERINOT: *Les axiomes du droit français*, Ed. de E. LABOULAYE (Par., 1883, p. 20.

tencia da companhia, e esta ainda não podia ter escripturação :

Segundo, porque, ante o texto expresso do decr. de 13 de outubro (art. 50), reproduzido no de 4 de julho (art. 68), o registro do deposito se opera nos livros do banco, que o recebe, e não nos da sociedade, que o faz. « A realidade da entrada do dinheiro no cofre do estabelecimento », resam os dous textos, « e sua escripturação nos livros da casa, a credito da companhia projectada. » Aliás, independentemente de qualquer disposição explicita, seria sempre de vulgarissimo senso commum que a certificação do deposito ha de fazer-se pela escripta do depositario official, e não pelos livros do particular depositante.

Ora, os autos encerram o exame, a que se procedeu no estabelecimento depositario, o Banco de Credito Movei, e o parecer, dado pelo proprio arbitro do auctor, acha-se a fl. 116 dos mesmos autos.

Nesse parecer, desdizendo-se, perante a realidade ineluctavel, do que aventurara a fl. 106, o professional, nomeado pelo auctor declara, sem restricções, que o deposito se acha regularmente escripturado, nos livros do banco competente, *a credito da companhia Chopim.*

Transcreveremos:

« Em que dia, ou dias, a caixa do banco accusa o recolhimento, por parte do incorporador da companhia Chopim, do producto das subscripções ; a quanto montou, e em que especie foi feito o deposito ?

« *Resposta*: Vê-se que, em 31 de janeiro de 1891, foi debitada a caixa do banco pela verba de 12.000:000\$000, como dinheiro depositado pelo incorporador da companhia Sebastião de Pinho.

« *Em conta de quem* fez escripturar estas quantias, *cuja existencia conste realmente* da caixa do banco: si em movimento particular de Sebastião de Pinho, ou da companhia?

« *Resposta*: Acha-se escripturada essa somma **EM NOME DA COMPANHIA ESTRADA DE FERRO ESTREITO E S. FRANCISCO AO CHOPIM.**

« Quando foram ellas retiradas, e a ordem de quem?

« *Resposta*: Foram retiradas em 7 de fevereiro do mesmo anno, **E PELA PROPRIA COMPANHIA.**

(Fl. 116).

Perante o enunciado formal, terminantissimo destas respostas, *dadas e assignadas pelo perito do auctor*, José dos Santos Andrade, não ha tugiversação possível. A retractação do arbitrio é cabal. Os livros do banco depositario mostraram-lhe a verdade, que elle discernira mal e levemente prefigurara nos livros da companhia depositante.

Com o proprio louvado, portanto, a que se pretendeu arrimar a sentença, está irrefragavelmente demonstrado :

Que o deposito da Chopim foi escripturado no Banco de Credito Movel *a credito da Chopim*, e não de Sebastião de Pinho.

Que a quantia assim creditada á Chopim foi posteriormente retirada *por ella mesma*.

Como se obstina, pois, a sentença em dizer o contrario ?

Como teve olhos o tribunal *a quo*, para enxergar o laudo a fl. 106, intempestivamente proferido sobre o exame incompetente da escripturação da Chopim, e não os teve, para descobrir o laudo a fl. 116, formulado ante a escripturação do Banco de Credito Movel ?

A justiça, cega para um dos dous lados, já não é justiça. Cumpre que enxergue por igual á direita e á esquerda.

E aqui a anomalia dessa visão unilateral se torna gravissima; porque a sentença viu, nos autos, o inutil, deixando de ver o essencial. Como explical-o ?

§

BENEFICIOS DE INCORPORAÇÃO

Aqui, como no mais, claudica deploravelmente a acção proposta.

Duas vezes se pronunciou, depois do decreto de 17 de janeiro, o poder publico acerca do assumpto: a primeira legislativamente, ainda sob a dictadura, no decr.

n. 1362, de 14 de fevereiro ; a segunda, regulamentarmente, no decr. n. 434, de 4 de julho de 1891.

E em ambos esses actos se legitima o facto, ora arguido contra o reu.

O primeiro determina (art. 7º) que «os fundadores ou *incorporadores* de sociedades anonymas e os cedentes dos contractos feitos com o poder publico, que auferirem vantagens, sob a fórma de venda, commissão, ou porcentagem, a *deduzir do capital*. pagarão 20 % do valor da venda, commissão, ou porcentagem.»

O segundo (art. 10) reestatuê litteralmente a disposição do anterior.

Ora, si o primeiro desses decretos foi revogado, o segundo continúa até hoje em vigor. E elle expressamente admite a legitimidade de vantagens de incorporação *deductiveis do capital* das companhias.

Não quer a sentença que essa disposição possa aproveitar á especie, argumentando, para esta conclusão, com a posterioridade desses dois decretos á incorporação da Chopim. Mas, para comprehender o sophisma, basta meditar a natureza dos dois textos, em que nos firmamos.

Elles contêm evidentemente duas partes : a incidente, de character puramente declaratorio ; a principal, onde se traduz a intenção dispositiva.

A parte imperativa, a que opera criação de direito novo, abrange-se na oração principal, que abre e encerra o periodo. E' a que resa : « Os fundadores ou incorporadores de sociedades anonymas, etc. . . . pagarão 5 % do valor da venda, commissão, ou porcentagem. »

A outra parte, inserida entre os dois membros oração

principal sob a fôrma de incidente, como elemento complementar, como dado explicativo, como limitação integrante do pensamento do legislador, é a que se liga, pela conjuncção « *que* », ao agente da proposição, « *fundadores ou incorporadores* », « *que auferirem vantagens, sob a fôrma de renda, commissão, ou porcentagem, a deduzir do capital.* » Aqui o texto não estabelece direito novo. Presuppõe direito vigente. Declara, interpreta, confirma. Não innova.

Ora, as disposições desta natureza, como atraz demonstrámos, são retroactivas. Essas disposições vigoram para todos os actos praticados sob o dominio da legislação preexistente, que a lei nova esclarece, desenvolve, accentua.

Si os decretos ns. 1362 e 434 quizessem prescrever lei nova, diriam : « Os fundadores ou incorporadores poderão perceber vantagens a deduzir do capital das companhias incorporadas. » Mas tal não fazem : apenas accessoriamente se referem a ellas como materia já liquida no direito preestabelecido.

Discriminadas assim essas duas partes no art. 7º do primeiro decreto, como no art. 10 do segundo, torna-se palpavel a confusão da sentença, quando objecta que o reu não provou o pagamento do imposto de 5 ½%, nem preencheu as formalidades dos arts. 2º, 3º, 4º e 5º do decreto de 14 de fevereiro.

E' demasiado calvo, aqui, o paralogismo. O imposto de 5 ½%, bem como as formalidades alludidas constituem materia dispositiva nesse decreto. Representam direito novo, inexistente antes desse acto. Obvio é, pois, que

não podiam estar subordinados a elle factos anteriores á sua decretação. Só por artes de advinho o incorporador da Chopim, fundada em janeiro, poderia ter modelado os seus prospectos nas condições e formulas creadas por deliberação legislativa quarenta dias mais tarde. E só por extorsão fiscal tributos inexistentes ao tempo da incorporação poderiam abrangel-a. Taes disposições, por isso mesmo que creavam obrigações novas, não poderiam ferir direitos anteriormente adquiridos.

Factos sollemnes, da nossa historia administrativa, mostram que o governo tem reconhecido varias vezes, com a sua sancção formal, essa contribuição do capital das emprezas a beneficio dos seus organizadores.

Citaremos alguns.

No orçamento da via-ferrea de Bagé a Cacequi, organizado pelo engenheiro fiscal e accito pelo governo, figura, para a *organização da companhia*, a verba de 10 0/0. 813:257\$314.»

No da estrada de ferro de Cacequi a Uruguayana, se destacam, «em beneficio da empreza, *organização da companhia* e serviço das finanças», 10 0/0. 1.188:582\$765.»

No da estrada de ferro de Guarahin a Itaquí, se consignam, a beneficio da *organização da companhia*, etc. 10 0/0. 541:953\$742. (1)

Mas, ainda quando illegitima fosse a remuneração outorgada ao incorporador da Chopim, onde a dispo-

(1) CYRO PESSOA: *Estudo descriptivo das estradas de ferro do Brazil*, pgs. 469, 472, 481.

sição de lei, que imprima a esse facto o caracter de nullidade?

Os vicios, capazes de inquinare a organização das sociedades anonymas, acham-se taxativamente definidos na referencia do art. 6º, § unico, do decr. de 17 de janeiro, ao art. 3º, §§ 1º e 2º, desse mesmo decreto. E entre elles nem directa, nem indirectamente, cabem os abusos de despeza na incorporação.

As comminações de nullidade «restringem-se e limitam-se», na phrase da cõrte de cassação em França (1), «aos vicios inherentes á propria constituição da sociedade.»

Excessos na retribuição do incorporador interessam a administração do capital social, mas não ás condições legaes de constituição das sociedades.

Na theoria das nullidades, em materia de sociedades anonymas, não póde caber, pois, essa exerescencia, senão por *excesso de zelo*, que não encontra base nos textos.

Desde que não ha, entre nós, disposição explicita de lei, fixando positivamente limite ás vantagens liberalizaveis aos incorporadores, as demasias commettidas em favor delles caem na esphera da administração dos interesses sociaes, e correm á discreção dos accionistas em assembléa.

O decreto de 20 outubro, que, apesar de abrogado, não deixa de valer como elucidación da doutrina admittida no paiz, é, portanto, méra expressão do direito implicito na legislação anterior, quando (art. 329) estatue que «quaesquer despezas ou encargos preliminares, a titulo de incorporação ou installação da companhia, de collocação

(1) PAUL PONT: *Soc. civ. et commerc.*, II, p. 316, n. 1235.

de acções, ou sob outra rubrica, não poderão ser debitados á sociedade, *sem que sobre ellas se enuncie formalmente a assembléa geral, depois de submittidas as contas respectivas ao seu exame.*»

Essa prerogativa das assembléas geraes, exerceu-a a assembléa geral da Chopim, approvando, sem reservas, a gerencia da primeira administracção da sociedade, e dando ao réu um triumpho de 8.768 suffragios, representado por 71 accionistas, contra a diminuta minoria de 18 accionistas, com 373 votos.

Eis, em rapida analyse, a sentença appellada.

Ora contrariando o testemunho material da prova, ora estendendo as nullidades legaes a factos, que não as auctorizam, ora engendrando nullidades inauditas, essa decisão fere a verdade, victima a boa fé dos direitos adquiridos, crêa perigos incalculaveis para a situação das sociedades anonymas, e desconhece mais de uma vez o direito positivo.

Ella não póde ser judicialmente confirmada.

E esperamos que o venerando Tribunal lhe fará justiça a ella e a nós.

Rio de Janeiro, 16 de Julho de 1892.

Puy Barbosa
Graça Branha

ADVOGADOS.