

MISES, Ludwig von. *Ação Humana: um Tratado de Economia*. Trad. de Donald Stewart Jr. Rio de Janeiro, Instituto Liberal, 1990.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Insider Trading: Regime Jurídico do Uso de Informações Privilegiadas no Mercado de Capitais*. São Paulo, Quartier Latin, 2005.

RAO, P. K. *The Economics of Transaction Costs: Theory, Methods, and Applications*. Grã-Bretanha, Antony Rowe, 2003.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 25ª ed., revista e atualizada por Rubens Edmundo Requião, vol. 2. São Paulo, Saraiva, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. "Diluição de controle". In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2006 (pp. 63-74).

—. "Informação completa, direito societário e mercado de capitais". In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito*

Societário. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2006 (pp. 153-163).

—. *A Disciplina do Poder Econômico como Núcleo da Teoria Geral do Direito Empresarial*. Palestra proferida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul/UFRS no Curso de Especialização em Direito Empresarial, em 7.5.2007.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *O "Trust" e o Direito Brasileiro*. São Paulo, LTr, 1996.

SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S/A: "Business Judgment Rule"*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2007.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima: Estrutura, Funções e Poderes, Responsabilidade dos Administradores*. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 1999.

ULEN, Thomas, e COOTER, Robert. *Law and Economics*. 4ª ed. Boston, Addison Wesley, 2004.

Atualidades

DA LIVRE PARTICIPAÇÃO, COMO REGRA, DE SOCIEDADE ESTRANGEIRA EM SOCIEDADE BRASILEIRA DE QUALQUER TIPO

(CC, Art. 1.134, Segunda Parte)

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

1. Introdução. 2. A origem do art. 1.134 do CC. 3. O art. 1.134 do CC não limita a forma de participação de sociedade estrangeira. 4. Em conclusão.

1. Introdução

Não fossem as gravíssimas e incompreensíveis consequências que a equivocada interpretação do art. 1.134, segunda parte, do CC¹ tem suscitado nos tribunais, o tema talvez nem tivesse envergadura suficiente para constituir objeto destas despreziosas linhas. Ocorre, porém, que, apoiados numa leitura incompleta e superficial do citado artigo de lei – segundo o qual a sociedade estrangeira não pode funcionar no país sem autorização do Poder Executivo, “podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira” –, alguns juízes têm entendido que seria vedada (e,

portanto, irregular) a participação de sociedade estrangeira como sócia de sociedade brasileira que não adote a forma de anônima e, por efeito, têm aplicado sanções severas à sociedade brasileira da qual a estrangeira participa – e, por extensão, aos demais sócios.²

Esta interpretação – segundo a qual a sociedade estrangeira poderia ou funcionar

1. O art. 1.134, *caput*, que se encontra na “Seção III – Da Sociedade Estrangeira” do “Capítulo XI – Da Sociedade Dependente de Autorização”, “Subtítulo II – Da Sociedade Personificada”, “Título II – Da Sociedade”, do “Livro II – Do Direito de Empresa” do vigente CC, tem a seguinte redação: “Art. 1.134. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no país, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira”.

2. Notícia divulgada no caderno “Legislação & Tributos” do jornal *Valor Econômico* (edição de 20.10.2008) informa que “no início deste ano a Justiça Paulista negou a uma empresa o requerimento de falência de um credor por ela ser sócia estrangeira de uma sociedade limitada no país. A 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo entendeu que, por ser cotista de uma limitada e funcionar sem a autorização do Poder Executivo, a empresa seria irregular e, portanto, não teria o direito de pedir a falência de um credor. Em uma outra situação, a Justiça do Trabalho da Capital Paulista autorizou que os sócios de uma sociedade limitada respondessem com seus bens pelos débitos trabalhistas da empresa. A sociedade também foi considerada irregular por possuir sócios estrangeiros e atuar sem a autorização do Executivo. As decisões citadas, ainda que de primeira instância e raras na jurisprudência, ilustram os debates que começam a surgir no Poder Judiciário sobre o funcionamento das sociedades estrangeiras no Brasil”.

no país por intermédio de estabelecimento subordinado, desde que obtida autorização do Poder Executivo, ou, então, apenas participar como acionista de sociedade anônima brasileira – constitui um manifesto equívoco, para o qual, reconhece-se, contribui imensamente a imperfeita redação do art. 1.134 do CC; mas, ainda assim, não se justifica nem se sustém. Deve ser superado.

2. A origem do art. 1.134 do CC

De início, é preciso lembrar a origem da regra. O art. 1.134 do CC, que trata substancialmente da autorização para a sociedade estrangeira operar no país, tem origem no art. 64 da antiga Lei das Sociedades por Ações (Decreto-lei 2.627/1940),³ do qual é praticamente cópia servil. E, justamente por conta desta origem em texto da antiga Lei Acionária, ao transpor a regra para o vigente Código Civil o legislador pátrio acabou por inadvertidamente se referir apenas à livre possibilidade de participação da sociedade estrangeira como acionista de sociedade anônima brasileira – quando, decerto, deveria ter se reportado à faculdade de livre participação em qualquer tipo de sociedade brasileira, como regra.⁴ Tanto assim é que perante o Congres-

3. O caput do art. 64 do Decreto-lei 2.627/1940 tinha a seguinte redação: “Art. 64. As sociedades anônimas ou companhias estrangeiras, qualquer que seja o seu objeto, não podem, sem autorização do Governo Federal, funcionar no país, por si mesmas, ou por filiais, sucursais, agências, ou estabelecimentos que as representem, podendo, todavia, ressaltados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira (art. 60)”.

4. Com razão, Alfredo de Assis Gonçalves Neto observa que, “por evidente descuido, o codificador de 2002 reproduziu a norma revogada sem considerar que só no contexto anterior, inserida que estava na respectiva lei, é que se justificava a referência restrita à sociedade anônima (Decreto-lei 2.627/1940, art. 64)” (*Direito de Empresa*, São Paulo, Ed. RT, 2007, n. 582, p. 541). E acrescenta: “Não há por que compreender a norma como não abrangente da possibilidade de a sociedade estrangeira participar do capital social de qualquer socie-

so Nacional tramita projeto de lei (PL 7.160/2002, de autoria do falecido deputado Ricardo Fiúza) que, dentre outros pontos, pretende alterar a redação da parte final do citado artigo, para espancar quaisquer dúvidas.

Sob a égide do art. 64 do Decreto-lei 2.627/1940 a possibilidade de livre participação, como regra, de sociedade estrangeira em sociedade brasileira que não adotasse a forma anônima foi aceita entre nós, sem qualquer séria contestação.⁵ Da mesma forma, não se vê razão alguma para que agora venha a sê-lo, se para tanto não há qualquer motivo ponderável de ordem superior, a não ser a imperfeita redação do art. 1.134 do CC, fruto da transposição linear da regra da antiga Lei Acionária (lei especial) para o contexto da disciplina geral. Nada sugere, pois, tenha o legislador pátrio realmente pretendido vedar a participação de sociedade estrangeira em sociedade brasileira que não adote a forma anônima.

Poder-se-ia contra-argumentar – é verdade – que, diante do texto promulgado, a possível intenção subjetiva do legislador cede espaço à regra objetiva da lei,⁶ de modo que, pouco importando a *mens le-*

dade brasileira (anônima ou não). Nenhuma particularidade comporta uma tal discriminação” (ob. e loc. cit.).

5. Em doutrina houve manifestação contrária à participação de sociedade estrangeira em sociedade limitada nacional (v. Roni Genicolo Garcia, “A multinacional ‘limitada’: uma ilimitada distorção”, *RDM* 56/147-160, São Paulo, Ed. RT), mas essa posição, isolada, foi logo superiormente rebatida (v. Carlos Augusto da Silveira Lobo, “Participação de sociedades estrangeiras em sociedades por cotas de responsabilidade limitada”, *RDM* 64/23-29, São Paulo, Ed. RT) e, na prática, não teve guarida. Pelo contrário, o Departamento Nacional do Registro do Comércio baixou sucessivas instruções normativas admitindo em geral a participação estrangeira, sem restringi-la pela forma (por exemplo: Instrução Normativa 58, de 13.6.1996, e Instrução Normativa 76, de 28.12.1998).

6. Cf. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 2ª ed., Rio Grande do Sul, Globo, 1933, ns. 23-37, pp. 30-45.

gislatoris, prevalece a *mens legis*. Pois bem. Que assim seja, pouco importa, fato é que até mesmo a letra objetiva do art. 1.134 do CC não restringe a forma de participação de sociedade estrangeira em sociedades brasileiras.

3. O art. 1.134 do CC não limita a forma de participação de sociedade estrangeira

A interpretação consoante a qual o art. 1.134 do CC teria vedado a participação livre de sociedades estrangeiras em sociedades brasileiras que não adotem a forma de sociedade anônima não se justifica e não se sustém, pelos seguintes motivos:

Em primeiro lugar, o art. 1.134 do CC não traz qualquer proibição – e o que não é proibido é, “*ipso facto*”, permitido. O uso do gerúndio do verbo “poder” nas *verba legis* do preceito legal (“podendo ... ser acionista de sociedade anônima brasileira”) expressa somente a idéia de possibilidade, faculdade ou opção, e nunca de proibição ou imposição. Não há, ao menos aí, vedação alguma à participação *in genere* de sociedades estrangeiras no capital de sociedades que adotem forma diversa da anônima – e, como corolário lógico-necessário dos princípios constitucionais da legalidade (CF, art. 5º, II) e da livre iniciativa (CF, art. 170), segue-se a inferência de que o que não é proibido, é, “*ipso facto*”, permitido. Ao facultar uma forma de participação, o legislador nem por isso vedou pudesse ela se dar de outro modo.

Em segundo lugar, a interpretação “a *contrario sensu*” da cabeça do art. 1.134 do CC não autoriza deduzir a regra inversa proibitiva. O argumento a *contrario sensu* – “muito prestigioso outrora, malvisto hoje pela doutrina, pouco usado pela jurisprudência” e que, ainda nas palavras de Carlos Maximiliano, constitui “meio de dedução e de desenvolvimento, legislativamente, só adotável cautamente”⁷ – não

pode ser validamente utilizado na espécie. Não cabe tirar a regra oposta pelo método a *contrario* porque, de um lado, o comando não se refere a hipótese determinada de forma taxativa e, de outro, não há relação recíproca entre o pressuposto e a consequência da norma.⁸ Na realidade, à interpretação do art. 1.134, segunda parte, do CC deve-se aplicar a parêmia oposta – *positio unius non est exclusio alterius*: “a especificação de uma hipótese não reduzida em exclusão das demais”.

Em terceiro lugar, a interpretação sistemática do Código Civil reforça o entendimento de não haver proibição genérica à participação da sociedade estrangeira em sociedades contratuais. O art. 997 do CC – que se encontra no capítulo da sociedade simples e, por via remissiva, apli-

que “não podem os códigos abranger explicitamente todas as relações e circunstâncias da vida, em constante, eterno volver (...). Do silêncio do texto não se deduz a sua inaplicabilidade, nem tampouco a supremacia forçada do princípio oposto. A generalização do argumento a *contrario* extingiria a analogia e a exegese extensiva, e até restringiria o campo da interpretação estrita, considerada esta nos termos em que os modernos a compreendem” (ob. e loc. cit.). Do ponto de vista lógico, afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr. que o argumento a *contrario sensu* “é insustentável, pois uma consequência verdadeira pode resultar de um princípio falso, bem como duas hipóteses contrárias podem ter a mesma consequência. Seu estatuto da validade não é, pois, lógico, mas retórico” (*Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, 1ª ed., 4ª tir., São Paulo, Atlas, 1991, n. 6.3.4.3, p. 309).

8. Discorrendo sobre o argumento a *contrario*, Tércio Sampaio Ferraz Jr. invoca as lições de Ulrich Klug (*Juristisches Logik*), que distingue dois casos: “O primeiro ocorre quando há, entre os pressupostos legais e as correspondentes consequências, uma relação recíproca, isto é, uma implica a outra; neste caso, pode-se dizer, com certa segurança, que, se o caso não preenche as condições da lei, a ele não se aplicam as suas disposições (...); se, porém, a relação entre os pressupostos e as consequências não é recíproca, isto é, os pressupostos implicam as consequências mas estas não implicam necessariamente os pressupostos, então, o argumento é fraco; é o caso de normas gerais, que dispõem sobre uma generalidade de situações, sem cláusula restritiva” (*Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, cit., 1ª ed., 4ª tir., n. 6.3.4.3, p. 310).

7. Idem, n. 296, p. 263. A respeito do argumento a *contrario*, lembra ainda o grande jurista

58

ca-se igualmente aos demais tipos societários regulados naquele mesmo diploma (CC, arts. 1.040, 1.046, 1.053 e 1.096) – indica os requisitos do contrato de sociedade, o qual deverá mencionar “nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas” (inciso II). Para vários estudiosos a exigência de indicação da “nacionalidade e sede dos sócios” que sejam pessoas jurídicas não se justificaria se para os tipos societários aos quais essa regra se aplica não fosse, então, permitida a participação de sociedades estrangeiras.

Em quarto lugar, a “ratio legis” de-sautoriza extrair do texto legal qualquer diferenciação fundada na forma. Este é, para nós, o argumento principal e decisivo. De fato, “mais que a letra crua” – ensinava Carlos Maximiliano –, “indicam se a exegese deve ser mais, ou menos, estrita os motivos, o fim colimado, a razão lógica, os valores jurídico-sociais que deram vida à regra e a justificam no sistema geral da legislação”.⁹ No caso, a *ratio legis* do art. 1.134 do CC é evitar que a sociedade estrangeira possa exercer suas atividades no território brasileiro, fora do alcance da fiscalização e do controle do Poder Público, em condições privilegiadas e de favorecimento em comparação aos demais agentes do mercado nacional. Para tanto, impõe o legislador que ou a sociedade estrangeira atue de forma direta, mas com a necessária autorização do Poder Executivo, ou participe de sociedade brasileira – hipótese, esta última, em que, independentemente da forma adotada pela sociedade brasileira, a fiscalização dar-se-á sobre esta, da mesma forma como sucede para todas as demais sociedades nacionais, tenham ou não investimento estrangeiro.¹⁰ A *ratio legis*,

portanto – como já esclarecera Pontes de Miranda, ao analisar o art. 64 do Decreto-lei 2.627/1940 –, é a de impedir o *funcionamento sem autorização* de sociedade estrangeira – o que, obviamente, não ocorre com a mera participação desta em sociedade brasileira.¹¹ Vê-se, portanto, que, para os fins colimados pela norma, a forma adotada pela sociedade estrangeira é dado totalmente irrelevante – fato, esse, que reforça a conclusão de que a sociedade estrangeira pode participar de qualquer outra sociedade brasileira, e não apenas daquelas que adotem a forma de anônima (tipo societário, esse, ao qual o legislador pátrio aludiu *exemplificationis causa*, e não *taxationis causa*, apenas porque, na origem, o preceito estava alocado na antiga Lei Acionária).¹²

Em quinto lugar, se proibição genérica houvesse, seria ela desarrazoada (arbitrária e desproporcional) – e, portanto, inconstitucional. Embora não se consiga ex-

lei 2.627/1940 no âmbito das companhias: “Nenhuma razão, entretanto, há para proibir as sociedades anônimas estrangeiras de serem acionistas de companhias brasileiras, já que estas estão integralmente sujeitas às leis nacionais e podem ser controladas ou fiscalizadas pelo Poder Público” (*Sociedades por Ações*, 3ª ed., vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 420 – grifos nossos). Esse mesmo controle ou fiscalização pode ser exercido, com muito mais intensidade até, sob certo aspecto, sobre as sociedades contratuais, como a limitada, cujos sócios podem ser conhecidos de todos (compare-se a publicidade irrestrita, constante do art. 29 da Lei de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins – Lei 8.934/1994 –, com a do art. 100, § 1º, da Lei das Sociedades por Ações – Lei 6.404/1976).

11. “A exigência do art. 64 de modo nenhum apanha a subscrição de ações de sociedades por ações ou de comanditas por ações por parte de estrangeiros ou de sociedades estrangeiras de pessoas ou por ações, porque aí não está em causa *funcionamento de sociedade estrangeira*, quer de pessoas, quer por ações” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., 2ª reimpr., t. L, São Paulo, Ed. RT, 1984, p. 201).

12. O Departamento Nacional do Registro do Comércio, em 31.7.2003, aprovou o Parecer Jurídico DNRC/COJUR-126/2003 (disponível em www.dnrc.gov.br) confirmando a possibilidade de ingresso de pessoa jurídica estrangeira em sociedade limitada.

trair da letra do art. 1.134 do CC a existência de genérica proibição à participação de sociedades estrangeiras em sociedades brasileiras que não adotem a forma de anônima, insta registrar que, fosse possível detectá-la naquele dispositivo, a mesma estaria inquinada de irremissível inconstitucionalidade, pois: (1ª) ofenderia o princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*),¹³ criando infundada diferenciação de regime jurídico não só entre as sociedades brasileiras e sociedades estrangeiras, mas também entre sociedades estrangeiras, de um lado, e outras espécies de pessoas jurídicas e pessoas naturais estrangeiras (às quais não se aplicaria a restrição), de outro, tão-só em função da forma adotada, e não da atividade exercida;¹⁴ e (2ª) seriam violados, igualmente, o mesmo princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) e o princípio da livre iniciativa (CF, art. 170) ao segregar e submeter a distintas regras sociedades brasileiras conforme tenham, ou não, participação estrangeira,¹⁵ e isso sem considerar

13. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa também identifica a violação ao princípio da isonomia, nos seguintes termos: “Considerando que a regra acima representa medida discriminatória do ponto de vista jurídico e completamente ineficiente sob o aspecto econômico, ela deve ser vista como inconstitucional, pela quebra do princípio de isonomia” (*Curso de Direito Comercial*, vol. 2, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, n. 1.22.2.1, p. 276). A nosso ver, a proibição à participação estrangeira não existe na letra da lei; mas, caso se pudesse extrai-la através de métodos exegéticos abusados, a inconstitucionalidade seria manifesta.

14. As restrições à atuação de estrangeiros, muitas delas com respaldo no próprio texto constitucional (CF, arts. 176, § 1º, 178, parágrafo único, 199, § 3º, e 222; ADCT, art. 52, I e II), nunca se prendem ao veículo desta atuação, nem à qualidade das pessoas envolvidas (não se diferenciam pessoas naturais e pessoas jurídicas, nem apenas algumas dentre estas últimas); relacionam-se, sempre, à atividade a ser exercida pela sociedade nacional, e não à forma por ela adotada. Eis o ponto nodal.

15. Lembre-se, outrossim, que a Lei 4.131, de 3.9.1962, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o Exterior, prescreve, em seu art. 2º, que “ao capital estrangeiro que se investir no país será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional

que muitas vezes a participação estrangeira é minoritária, e outras tantas vezes pode até ser expressiva mas insuficiente de per si para aprovar a operação de transformação societária – hipótese em que a sociedade brasileira e os demais sócios não podem ser indiretamente penalizados. De mais a mais, (3ª) a genérica discriminação da participação de sociedade estrangeira em sociedade brasileira que não adote a forma de anônima, pouco importando seu objeto social e o setor em que esta atua, também haveria de ser reprovada à luz dos sobreprincípios da razoabilidade e da proporcionalidade,¹⁶ por ausente qualquer razão subjacente a legitimá-la ou a autorizar o discriminar: a forma adotada pela sociedade brasileira, da qual a estrangeira participa, em nada altera a extensão dos poderes de fiscalização e de intervenção do Poder Público sobre a atividade exercida por aquela (= principal razão subjacente à exigência de autorização do Poder Executivo para a atuação direta de sociedades estrangeiras no país), precisamente porque tais poderes se manifestam sobre a sociedade brasileira, que, ademais, estaria atuando no mercado em igualdade de condições com os demais agentes. Por fim, (4ª) se o art. 1.134 do CC tivesse circunscrito a possibilidade de participação de sociedades estrangeiras apenas em companhias brasileiras e se essa limitação fosse legítima, ter-se-ia que modular sua incidência, pondo a salvo as situações pré-constituídas, assim como seus efeitos ulteriores, que não poderiam ser

em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente Lei”.

16. A razoabilidade e a proporcionalidade dos meios são, como se sabe, autênticas condições de legalidade da medida: “É em função do duplo caráter de obrigação e interdição que o princípio da proporcionalidade tem o seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptar em todas as suas atividades os meios de que dispõem aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos. A proporção adequada se torna assim condição da legalidade” (Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1994, pp. 356-357).

9. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, cit., 2ª ed., n. 289, p. 256.

10. E é por isso mesmo que Miranda Valverde justificava a exceção aberta pelo art. 64 do Decreto-

afetados pela lei superveniente (CF, art. 5º, XXXVI).

A livre participação, como regra,¹⁷ das sociedades estrangeiras no capital de sociedades brasileiras, independentemente do tipo societário destas, é realidade que se tem por assente em nosso país desde há muito. Não foi negada ante a primitiva remissão do art. 64 do Decreto-lei 2.627/1940, em que pese à sua quase-identidade vernacular.¹⁸ Tinha – e tem – respaldo em diversos outros diplomas legais extravagantes ainda hoje em vigor (LICC, art. 2º, § 1º).¹⁹

17. As vedações ou restrições para estrangeiros (fundadas na atividade a ser exercida, e não propriamente na forma por eles adotada) existem, por exemplo, nas áreas de assistência à saúde (CF, art. 199, § 3º; Lei 8.080/1990, art. 23); navegação de cabotagem (CF, art. 178, parágrafo único; Decreto-lei 2.784/1940, arts. 1º, “a” e “b”, e 2º); empresas jornalísticas e de radiodifusão (CF, art. 222; Decreto 70.436/1972, art. 14, § 2º, I), transporte rodoviário de cargas (CF, art. 178; Lei 6.813/1980, art. 1º, I a III, e §§ 1º e 2º). Além disso, empresas em faixa de fronteira também sofrem restrições à atuação estrangeira, claramente inspiradas e justificadas por motivos de soberania e defesa nacionais (Lei 6.634/1979, art. 3º, I e III; Decreto 85.064/1980, arts. 10, 15, 17, 18 e 23).

18. A interpretação antiga e tranqüila da regra de Direito não deve ser abandonada sem que existam razões das mais sólidas: *minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt* (“altere-se o menos possível o que sempre foi entendido do mesmo modo”). “Esta preciosa máxima” – observava Carlos Maximiliano – “impõe o respeito à exegese pacífica, faz observar as normas de acordo com o sentido e o alcance uniformemente definidos durante dilatados anos pela doutrina e pela jurisprudência” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, cit., 2ª ed., n. 303, p. 269).

19. O rol é por demais extenso. Poder-se-ia, aqui, ficar, porém, apenas com a já citada Lei 4.131/1962, que disciplina o capital estrangeiro, e não apenas enuncia o princípio de igualdade jurídica entre capitais nacionais e estrangeiros (art. 2º), como, ademais, traz, em seu art. 21, regra que claramente indica a possibilidade de participação estrangeira noutros tipos societários: “Art. 21. É obrigatória, nos balanços das empresas, inclusive sociedades anônimas, a discriminação da parcela de capital e dos créditos pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas, residentes, domiciliadas ou com sede no Exterior, registrados na Superintendência da Moeda e do Crédito”. Os estudiosos que se dedicaram ao estudo

E não foi proscrita ou limitada pelo art. 1.134 do CC. Que deve ser interpretado inteligentemente, em harmonia com sua letra e sua *ratio*, tal como sempre o foi, sem conduzir a resultados chocantes e incompatíveis com a lógica que inspira nosso sistema jurídico: “É antes de crer que o legislador haja querido exprimir o conseqüente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito”.²⁰

4. Em conclusão

À vista de todo o exposto, conclui-se que a regra da segunda parte da cabeça do art. 1.134 do CC, que transpõe quase literalmente a regra do art. 64 da antiga Lei das Sociedades por Ações para a lei geral empresarial, não restringiu, nem poderia validamente circunscrever, o princípio de que, de regra, e ressalvadas as situações específicas, a sociedade estrangeira pode ser sócia de sociedade brasileira que se revista da forma de sociedade anônima, limitada

dessa lei nunca colocaram em dúvida a participação estrangeira noutros tipos societários personificados (v.: Áttila de Souza Leão Andrade Jr., *O Capital Estrangeiro no Sistema Jurídico Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 62).

20. É novamente do grande jurista Carlos Maximiliano a escorreita advertência: “Quanto possível, evita uma conseqüência incompatível com o bem geral; adapta o dispositivo às idéias vitoriosas entre o povo em cujo seio vigem as expressões de Direito sujeitas a exame. Prefere-se o sentido conducente a resultado mais razoável, que melhor corresponde às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave. É antes de crer que o legislador haja querido exprimir o conseqüente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, cit., 2ª ed., n. 178, p. 182). Negar o pedido de falência, recusar o processamento de pedido de recuperação judicial ou desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade limitada porque dela participa sociedade estrangeira são soluções iníquas, absurdas e sem qualquer lógica. Penalizam-se a sociedade brasileira, os sócios brasileiros e a empresa que nela se incorpora, escorados numa exegese obtusa da lei. Realmente, não dá para entender.

ou outro tipo societário,²¹⁻²² porquanto: (1º) no citado artigo de lei não há proibição – e, portanto, o que não é proibido nesta matéria é, *ipso facto*, autorizado; (2º) a interpre-

21. Cf. (admitindo a participação de sociedade estrangeira em outros tipos societários): Adalberto Simão, *A Nova Sociedade Limitada*, São Paulo, Manole, 2004, n. 3.2.4, pp. 81-84; Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Direito de Empresa*, cit., n. 582, p. 541; Eduardo Grebler e Gustavo Grebler, “O fundamento da sociedade estrangeira no Brasil em face do novo Código Civil”, in Frederico Viana Rodrigues (coord.), *Direito de Empresa no Novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, pp. 405-406; Elidie Palma Bifano e Sérgio Roberto de Oliveira Bento, *Aspectos Relevantes do Direito de Empresa de Acordo com o Novo Código Civil*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, n. 24.2.2, p. 297; Fábio Tokars, *Sociedades Limitadas*, São Paulo, LTr, 2007, n. 2.6, p. 136; Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de Direito Comercial*, cit., vol. 2, n. 1.22.2.1, p. 276; Jan Curschmann e Cláudio Jolowicz, “Brasilien”, in Rembert Süß e Thomas Wachter (coords.), *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*, Bonn, Zerb, 2006, n. 13, p. 417; Jorge Lobo, *Sociedades Limitadas*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2004, n. 3.3.1.1.5.1, p. 78; José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 181; Luiz Antônio Soares Hentz, in Arruda Alvim e Thereza Alvim (coords.), *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. X, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 241; Priscila M. P. Corrêa da Fonseca e Rachel Sztajn, *Código Civil Comentado*, vol. XI, São Paulo, Atlas, 2008, pp. 761-762; Sérgio Campinho, *O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, n. 12.2.2, p. 272; Syllas Tozzini e Renato Berger, “Notas de Atualização” in Egberto Lacerda Teixeira, *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, 2ª ed., São Paulo, Quartier Latin, 2006, pp. 43-44 – entre outros. No regime anterior, cf.: Áttila de Souza Leão Andrade Jr., *O Capital Estrangeiro no Sistema Jurídico Brasileiro*, cit., p. 62; e Carlos Augusto da Silva Lobo, “Participação de sociedades estrangeiras em sociedades por cotas de responsabilidade limitada”, cit., *RDM* 64/23-29.

22. Cf. (restringindo a participação de sociedade estrangeira em sociedade anônima): Armando Rovai, “As sociedades estrangeiras e as limitadas”, artigo publicado no jornal *Valor Econômico* (de São Paulo), caderno “Legislação & Tributos” (edição de 22.9.2008); e Ricardo Fiuza, *Novo Código Civil Comentado*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 1.045 (afirmando que, “se a sociedade estrangeira pretender tornar-se quotista de sociedade limitada nacional, a autorização é imprescindível”). No regime anterior, v.: Roni Genicolo Garcia, “A multinacional ‘limitada’: uma ilimitada distorção”, cit., *RDM* 56/147-160.

tação *a contrario sensu* do citado artigo de lei não permite inferir a existência de regra inversa de caráter proibitivo; (3º) a interpretação sistemática do Código Civil reforça a idéia de liberdade de participação de sociedades estrangeiras em sociedades contratuais brasileiras; (4º) a *ratio legis* do artigo em análise também não permite admitir tenha o legislador se preocupado em tutelar a forma da sociedade receptora dos investimentos; e, por fim, (5º) se proibição genérica houvesse, seria ela juridicamente desarrazoada (arbitrária e desproporcional) e, portanto, de constitucionalidade duvidosa – sem se mencionar, ainda, que representaria uma péssima inovação no Direito pátrio, a consagrar uma vedação que estaria em franca dissonância com a legislação até então em vigor, expressa em autorizá-la, e em completo contraste com as imperiosas necessidades de desburocratização de nossa legislação empresarial, para a atração de investimentos estrangeiros, de que tanto o país necessita para o cumprimento de seus objetivos fundamentais (CF, art. 3º).²³ O ambiente empresarial brasileiro já é dos mais áridos, inóspitos e difíceis; não carece ainda ser açoitado pela insegurança jurídica, notadamente em tema tão sensível para a atração de capitais externos.

Bibliografia.

ANDRADE JR., Áttila de Souza Leão. *O Capital Estrangeiro no Sistema Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1979.

ARRUDA ALVIM, J. M. de, e ARRUDA ALVIM, Thereza (coords.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. vol. X. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

23. Esta preocupação não é recente: “Uma das condições básicas para a criação e manutenção de um clima favorável aos investimentos de capitais estrangeiros consiste na garantia que se possa oferecer aos investidores alienígenas de que não sofrerão discriminações de tratamento com relação aos investidores nacionais” (Herculano Borges da Fonseca, *Regime Jurídico do Capital Estrangeiro*, Rio de Janeiro, Letras e Artes, 1963, p. 66).

- BENTO, Sérgio Roberto de Oliveira, e BIFANO, Elidie Palma. *Aspectos Relevantes do Direito de Empresa de Acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- BIFANO, Elidie Palma, e BENTO, Sérgio Roberto de Oliveira. *Aspectos Relevantes do Direito de Empresa de Acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1994.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- CURSCHMANN, Jan, e JOLOWICZ, Cláudio. "Brasilien". In: SÜß, Rembert, e WACHTER, Thomas (coords.). *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*. Bonn, Zerb, 2006.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 1ª ed., 4ª tir. São Paulo, Atlas, 1991.
- FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo, Saraiva, 2002.
- FONSECA, Herculano Borges da. *Regime Jurídico do Capital Estrangeiro*. Rio de Janeiro, Letras e Artes, 1963.
- FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da, e SZTAJN, Rachel. *Código Civil Comentado*. vol. XI. São Paulo, Atlas, 2008.
- GARCIA, Roni Genicolo. "A multinacional 'limitada': uma ilimitada distorção". *RDM* 56/147-160. São Paulo, Ed. RT.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. São Paulo, Ed. RT, 2007.
- GREBLER, Eduardo, e GREBLER, Gustavo. "O fundamento da sociedade estrangeira no Brasil em face do novo Código Civil". In: RODRIGUES, Frederico Viana (coord.). *Direito de Empresa no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- HENTZ, Luiz Antônio Soares. In: ARRUDA ALVIM, J. M. de, e ARRUDA ALVIM, Thereza (coords.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. vol. X. Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- JOLOWICZ, Cláudio, e CURSCHMANN, Jan. "Brasilien". In: SÜß, Rembert, e WACHTER, Thomas (coords.). *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*. Bonn, Zerb, 2006.
- LOBO, Carlos Augusto da Silveira. "Participação de sociedades estrangeiras em sociedades por cotas de responsabilidade limitada". *RDM* 64/23-29. São Paulo, Ed. RT.
- LOBO, Jorge. *Sociedades Limitadas*. vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 2ª ed. Rio Grande do Sul, Globo, 1933.
- MIRANDA VALVERDE, Trajano de. *Sociedades por Ações*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1959.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed., 2ª reimpr., t. L. São Paulo, Ed. RT, 1984.
- RODRIGUES, Frederico Viana (coord.). *Direito de Empresa no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- ROVAL, Armando. "As sociedades estrangeiras e as limitadas". *Valor Econômico* (de São Paulo) edição de 22.9.2008. Caderno "Legislação & Tributos".
- SIMÃO, Adalberto. *A Nova Sociedade Limitada*. São Paulo, Manole, 2004.
- SÜß, Rembert, e WACHTER, Thomas (coords.). *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*. Bonn, Zerb, 2006.
- SZTAJN, Rachel, e FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Código Civil Comentado*. vol. XI. São Paulo, Atlas, 2008.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 2ª ed., atualização de Syllas Tozzini e Renato Berger. São Paulo, Quartier Latin, 2006.
- TOKARS, Fábio. *Sociedades Limitadas*. São Paulo, LTr, 2007.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. vol. 2. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- WACHTER, Thomas, e SÜß, Rembert (coords.). *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*. Bonn, Zerb, 2006.

Atualidades

ELEIÇÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA S/A: VOTO MÚLTIPLO E VOTOS FRACIONÁRIOS

JOSÉ MÁRIO BIMBATO*

I – Introdução. II – Método d'Hondt. III – Fórmula de Cole. IV – Votos fracionários. V – Número de votos necessários para eleger um candidato. VI – Conclusão.

I – Introdução

Ao contrário do que comumente se supunha ao tempo da elaboração da lei das sociedades por ações de 1976, a introdução, no Brasil, do voto múltiplo, também conhecido como voto cumulativo, não era tão estranha, quanto parecia, aos hábitos brasileiros em matéria de eleições.

Como informa Walter Costa Porto, o Brasil teve, na Primeira República, um sistema de voto cumulativo para a eleição da Câmara dos Deputados. Tendo a Lei n. 1.269, de 1904, estabelecido a eleição por distritos, cada eleitor votava em três nomes nos distritos de quatro deputados, em quatro nomes nos de cinco, em cinco nos de seis, e em seis nos de sete deputados. Admitindo a possibilidade de acumulação dos votos, dizia o art. 59 dessa lei: "Na eleição geral da Câmara, ou quando o número de vagas a preencher no distrito for de cinco ou mais Deputados, o eleitor poderá acumular todos os seus votos ou parte deles em um só candidato, escrevendo o nome do mesmo candidato tantas vezes quantos forem os votos que lhe quiser dar".¹

O voto múltiplo ou cumulativo é um dos meios de assegurar representação minoritária em organismos colegiados, como assembleias legislativas e conselhos administrativos. Por esse processo, cada eleitor dispõe de certo número de votos, podendo atribuí-los a um só candidato ou distribuí-los entre os candidatos de sua preferência.

Segundo Costa Porto, "o voto cumulativo foi adotado, pela primeira vez, no Cabo na Boa Esperança, em 1853, para a eleição da Câmara Alta e para os poucos deputados que a capital elegia à outra Câmara; na Inglaterra e na Escócia, para os conselhos de escola; nas eleições legislativas do Estado de Illinois, EUA, desde 1870 e para eleições administrativas ou burocráticas em outros Estados americanos; no Chile, em 1884, para eleições legislativas".²

No que se refere ao Estado de Illinois, temos a acrescentar que o voto cumulativo foi instituído na Constituição de 1870 para assegurar a representação de correntes minoritárias na Assembleia Legislativa e de acionistas minoritários na administração das companhias. Para a composição da primeira, cada distrito elegia três deputados e

* jimbato@uol.com.br.

1. Walter Costa Porto, *Dicionário do Voto*, Ed. UnB, 2000, verbete "voto cumulativo".

2. Ibidem.