CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — CESSÃO DE AÇÕES — PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

PARECER

CONSULTA

A companhia aberta, concessionária dos serviços públicos de telefonia — contém, em seu estatuto, dispositivos relativos ao exercício de seu objeto social e à definição dos direitos de seus acionistas ordinários e preferenciais, dentre os quais vale transcrever:

"Art. 5º

§2º — As ações preferenciais da classe A gozarão das seguintes vantagens:

a) — ("omissis")

b) — ("omissis")

c) — preferência à instalação de terminal telefônico, nos casos e nas condições estabelecidas no art. 10 e seus parágrafos.

§8º — A propriedade e a cessão serão reconhecidas de direito quando lançadas nos livros apropriados de "Registro de Ações Nominativas e Transferência de Ações Nominativas".

Art. 9º -

Parágrafo único — Sempre que, na forma da lei, couber a acionistas dissidentes de deliberação de assembléia geral o direito de reembolso da respectiva participação no capital social, esta devolução será acompanhada da perda dos direitos à assinatura dos serviços telefônicos instalados a seu favor, em decorrência do disposto no art. 10 destes Estatutos.

Art. 10 -

O acionista que subscrever e realizar integralmente a quantidade de ações preferenciais que representem, pelo seu valor patrimonial, o valor do contrato de assinatura de serviço público de telefonia, terá direito à preferência na instalação de terminal de telefonia para o seu próprio uso.

Parágrafo único — Tal direito será transferível juntamente com as ações que o asseguram desde que as partes interessadas compareçam à Companhia e formalizem os atos de transferência conforme estabelecido pela Diretoria, na forma exigida em lei e em atos normativos sobre serviços telefônicos".

A empresa negociou com os titulares de ações a cessão de seus direitos, em documentos que revestem a forma de mandatos com poderes para "vender, ceder ou de qualquer forma onerar as ações ...excluídos os direitos de uso e de alienação sobre a linha telefônica etc."

Em face do exposto, consulta a empresa sobre a juridicidade e eficácia dos documentos firmados (anexos por cópia).

A nosso ver, os documentos citados são eficazes e juridicamente válidos, em face das normas de ordem pública que regem a emissão e circulação das ações das sociedades anônimas, e do principio de razoabilidade que deve presidir aos atos da administração (direta ou indireta), e que foram violados no estatuto da companhia de economia mista — tudo como, a seguir, será exposto.

I — *As ações das s.a. e sua transferibilidade*

1.1. As sociedades chamadas de capital (sociedades anônimas e as comanditas por ações) nasceram da necessidade de associar grande número de sócios de forma a tornar viáveis empreendimentos que requeriam vultosos capitais.

1.2. Em busca da mobilização do maior número possível de partícipes, a primeira e básica condição a atender era assegurar a livre entrada e saída dos sócios, vale dizer, permitir a circulação dos direitos societários, sem necessidade de concordância dos demais sócios, ou da sociedade, como ocorria nos tipos societários chamados de pessoas (sociedades em nome coletivo, comanditas simples, capital e indústria, e mesmo as limitadas).

1.3. No livro que escrevemos, juntamente com J. L. Bulhões Pedreira (A Lei das S.A., 2a ed., vol. I, p. 34 do 1º vol.) tivemos oportunidade de sublinhar:

"A livre negociação das ações é fato do maior relevo para a atração dos investidores, e, pois, a própria viabilidade da sociedade que se formava" (p. 34).

1.4. E, adiante, transcrevemos o art. 22 do Estatuto do Banco de Law, sempre citado como a melhor formulação da teoria das ações como titulos-valores:

"Art. 22 — As ações são tidas como mercadorias, e poderão ser vendidas, comprados e negociadas como melhor pareça aos seus proprietários".

1.5. Cumpre ponderar, entretanto, que a prática da vida mercantil que criou o direito comercial e continua a modelá-lo — revelou que algumas sociedades anônimas (sobretudo em seu nascimento) continuavam a manter certas características de ordem pessoal que as aproximavam das sociedades primitivas, ou seja, das sociedades "intuitus personae". Daí por que as leis das companhias sempre contemplaram hipóteses de limitações à circulação das ações, embora em caráter de excepcionalidade.

1.6. A nossa lei vigente — a Lei nº 6.404/76 — teve presente essas circunstâncias, e distinguiu, na sua regulação, as companhias fechadas (cujas ações não circulam nas bolsas ou no mercado de balcão) das companhias abertas, destinadas a alimentar, com seus títulos, os mercados de capitais. As primeiras, ainda vinculadas ao elemento pessoal (e não, apenas, a capital) podem por lei — e excepcionalmente repetimos — conter restrições à circulação de suas ações.

1.7. Nas companhias abertas, entretanto, cujos títulos obedecem a normas padronizadas, de ordem pública, porque destinados à livre circulação no mercado, tal limitação é ilegal.

1.8. Leia-se, a propósito, o texto do art. 36 da Lei vigente:

"Art. 36 — O Estatuto da COMPANHIA FECHADA pode impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regule minuciosamente tais limitações E NÃO IMPEÇA A NEGOCIAÇÃO, nem sujeite o acionistas ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas" (nosso o grifo).

1.9. A lei, portanto, impõe como primeiro requisito para admitir a limitação estatutária à negociação das ações, que se trate de companhia fechada — o que não ocorre na espécie, e desde logo invalida a prescrição do estatuto da CRT.

1.10. Há mais porém. É que toda limitação à circulação das ações tem sua razão de ser na qualificação exigida para o novo sócio. As exigências existem com relação ao adquirente das ações, e não ao vendedor, por isso que a parte do vendedor na sociedade — sua contribuição ao capital social — está cumprida, e não sofre qualquer alteração com a venda do titulo.

1.11. Já quanto ao adquirente, o novo sócio — que vai ingressar na companhia (palavra

que se origina da expressão latina "cum panis", ou seja, os que comem do mesmo pão) entende-se que numa empresa fechada haja exigências, ou mesmo que os antigos sócios queiram policiar o ingresso dos que irão partilhar da comunhão societária. Dal os preceitos que exigem a oferta das ações do sócio retirante aos que permanecem, ou impõem exigências de qualificação de sócios em sociedades profissionais etc.

1.12. Mas, saliente-se, em qualquer hipótese — como diz a lei — não há como criar, em companhia aberta, condições que limitem a negociação nem impeçam a negociação.

1.13. Ora, no caso em exame, para vender sua ação o sócio terá que acoplá-la à venda de um telefone, pelo que a limitação incide na venda e não na qualificação do novo comprador.

Como ensina TRAJANO VALVERDE, ao comentar o art. 27 da anterior (Decreto-lei 2.627/40) que continha a norma idêntica à da lei vigente,

"Todas essas disposições limitativas por sua natureza devem ser restritamente interpretadas.

Doutrinam com acerto HOUPIN & BOSVIEUX que as disposições restritivas são licitas todas as vezes que não tiverem por efeito impedir a transferência das ações, TORNANDO, POR ASSIM DIZER, O ACIONISTA PRISIONEIRO DO SEU TITULO ..." (nosso o grifo)

1.14. Esta citação diz bem do objetivo da lei: não pode o estatuto mesmo de companhia fechada — tornar o acionistas prisioneiro de seu titulo, submetendo-o à satisfação de condição (no caso a transferência de seu aparelho telefônico) que nada tem a ver com sua condição de acionista, subscritor de ações já integralizadas.

1.15. A condição imposta pelo Estatuto da empresa coibe ou impede a negociação do titulo como tal, exigindo do eventual vendedor do título que se proponha a abrir mão de seu serviço telefônico, e do eventual comprador que adquira também um telefone.

1.16. Essa irregularidade do texto estatutário projeta-se, aliás, com maior nitidez no seu art. 9º, que prevê sanções para o acionista que exercitar o seu direito de retirar-se da sociedade nos casos previstos em lei — qual seja a "perda dos direitos à assinatura dos serviços telefônicos instalados a seu favor, em decorrência do disposto no art. 10 destes Estatutos".

1.17. Ora, o direito do dissidente é definido na lei como um "direito essencial do acionista, do qual "nem o estatuto social nem a assembléia geral poderão privar o acionista" como expressamente prescreve o art. 109, item V da lei vigente.

1.18. Impondo ao dissidente uma sanção inteiramente estranha à condição de sócio de uma anônima, está o Estatuto alterando erroneamente o que a lei definiu como principio de ordem pública, como "direito essencial do acionista" e que é intocável.

1.19. Não precisamos ponderar que, se fosse legitimo tal proceder, desapareceria o direito de recesso, sufocado, certamente, pelas condições que inseririam no estatuto todos os fundadores que quisessem obstar ao exercício da retirada dos dissidentes.

1.20. Também por esse aspecto, o Estatuto infringe as normas legais, o que invalida os preceitos sob exame.

1.21. Em conclusão: como companhia aberta as limitações estatutárias à circulação das ações são ineficazes, porque violadoras da lei. E ademais a limitação imposta é de todo irrazoável, como a seguir se fará referência.

II — *O princípio da razoabilidade e as normas estatutárias*

2.1. As normas estatutárias citadas, além de contrária à lei vigente, ferem frontalmente o principio da razoabilidade que deve presidir aos atos da administração direta ou indireta.

2.2. Ensina CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO ('Curso de Direito Administrativo, obra conjunta, p. 20) que

"ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou *propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público*" (nossos os grifos).

2.3. Em seu "Direito Administrativo" Maria Sylvia di Pietro transcreve a opinião de GORDILLO, para quem (p. 68):

"a decisão administrativa discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é irrazoável, o que pode ocorrer, principalmente, quando não guarda uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja atingir".

2.4. Cite-se, finalmente, pela precisão com que define o principio, o substitutivo da Comissão de Sistematização da Constituinte de 1988, que, embora não consagrado no texto constitucional, consubstancia a doutrina vencedora na matéria:

"§1º — Nenhum ato da administração pública imporá limitação, restrição ou constrangimento salvo se indispensável para atender a finalidade da lei"

2.5. Leiam-se, agora, as normas estatutárias sob exame, e questione-se sobre sua razoabilidade face à finalidade que deve tê-las inspirado.

2.6. Condicionar a prestação de serviço telefônico à subscrição de ações — visa, de evidência, ao financiamento do serviço: — mas por que vincular o titulo já pago ao serviço prestado, de tal forma que perde o serviço quem transferir o titulo? Qual a razão da limitação? E a perplexidade que, desde logo, assalta o leitor não parece encontrar resposta.

2.7. Ademais, vincular o telefone ao titulo leva a problemas que, aliás, já devem ter surgido: — o que ocorre nos casos de falência do assinante subscritor? e na de divórcio? e na morte do cônjuge casado em comunhão de bens? E na partilha em que o titulo e o telefone tocam a herdeiros diversos? E na sucessão inter-vivos? É evidente que o direito pode dar solução a tão grande número de problemas: — mas, por que suscitá-los, praticando infrações legais através de restrições e limitações desarrazoadas, — fica a pergunta.

2.8. Há mais, porém, e da maior significação: — é que o serviço telefônico é uma concessão de serviço público. A relação principal entre o concedente e o concessionário se completa com a relação secundária entre o concessionário e o usuário, regida pelo direito administrativo.

2.9. Não faz sentido vincular a aquisição ou perda do direito de uso do serviço à permanência da qualidade de acionista. discriminando entre os direitos e deveres dos usuários, sobretudo quando o vinculo se estabelece, à revelia do concedente, mediante disposição estatutária da sociedade comercial.

2.10. A ausência de razoabilidade despe de legalidade a sanção indireta assim constituída.

III — *Validade e eficácia dos contratos assinados*

3.1. Evidenciada a ilicitude das restrições à negociabilidade dos títulos, por violadoras da lei de s.a., e do principio da razoabilidade, segue-se, necessariamente, a liberdade dos acionistas para negociarem seus títulos.

3.2. Cabe, no entanto, referir, que a restrição constante do § 8º do art. 5º, do Estatuto Social da CRT, em que se consigna que a cessão de ações só serão reconhecidas "de direito" (sic) quando lançadas nos livros próprios admitido, para argumentar, que fosse legal e válida — não atingiria a validade e eficácia dos documentos de cessão que nos foram presentes.

3.3. Invoque-se, desde logo, a lição de CLOVIS ao comentar o art. 1.078 do Código Civil:

"Em regra todos os direitos podem ser cedidos, sejam condicionais, eventuais ou litigiosos".

3.4. Dessa regra geral que preside ao problema da cessão de direitos não se excluem os valores mobiliários, ou os títulos de crédito em geral, embora tenham regras específicas de circulação.

3.5. No que diz respeito aos títulos de crédito, têm eles regra para sua circulação. Assim, os títulos ao portador circulam mediante a tradição, os títulos à ordem através do endosso, e os títulos nominativos pelo "transfert", isto e, pela assinatura do cedente e do cessionário no livro da entidade emissora.

3 6. Durante algum tempo discutiu-se, no país, se as demais formas de transferência de direitos — como a cessão, a sucessão por herança ou legado, a fusão e a cisão das sociedades — seriam eficazes, dada a existência de forma específica para a circulação dos títulos.

3.7. Em parecer elaborado antes da vigência da lei de s.a. (6.404/76) — num caso de doação de ações nominativas sem assinatura do termo de transferência nos livros próprios, (que se encontra transcrito em "A Lei das S.A.", cit., p. 37/45, 2º vol.) tivemos oportunidade de examinar demoradamente o tema, demonstrando que:

"Os títulos de crédito têm uma lei de circulação que lhes confere segurança e rapidez na transferência, como a tradição do titulo ao portador, o endosso do "à ordem", o termo ou registro na entidade emissora no nominativo; essas formas de transferência não excluem as de direito comum, como a cessão, a doação, a sucessão, a sub-rogação, a fusão ou cisão de sociedades, o leilão etc., — embora nestas formas o direito seja derivado, e não autônomo, pelo que o novo titular do crédito apenas sucede ao anterior em sua posição, não goza de proteção cambiária, e corre o risco de ver seu direito ceder diante da proteção ao terceiro possuidor de boa-fé, e/ou de responder por todas as exceções oponíveis ao titular anterior".

3.8. A nova Lei das S.A., no tocante à transferência das ações nominativas introduziu alteração na matéria (art. 31, § 2º) de forma a eliminar dúvidas existentes ao tempo da lei anterior. E, na Exposição Justificativa da Lei vigente foi ressaltado:

"O § 2º do art. 31 admite a transferência de ações nominativas mediante averbação no "Livro de Registro das Ações Nominativas" de qualquer titulo e não apenas de atos judiciais. A solução elimina, sem prejuízo da segurança da propriedade das ações (baseada, em qualquer caso, na inscrição no Livro de Registro) os inconvenientes do regime em vigor, em que há dúvidas sobre o assunto, sustentando muitos que somente se permite a transferência por ato extrajudicial mediante termo lavrado no "Livro de Transferência de Ações Nominativas" o que importa submeter essas ações a regime de registro de propriedade mais formal do que o próprio Registro de Imóveis".

3.9. Leia-se, agora, como ficou a redação da Lei:

Art. 31 ("omissis")

§ 2º — A transferencia das ações nominativas em virtude de transmissão por sucessão universal ou legado, de arrematação, adjudicação ou outro ato judicial, *OU POR QUALQUER OUTRO TÍTULO*, somente se fará mediante averbação no livro de "Registro de Ações Nominativas", à vista de documento hábil, que ficará em poder da companhia".

3.10. Em face do novo texto legal parece evidente não remanescerem dúvidas de que os instrumentos de cessão são eficazes para investir o cessionário nos direitos do cedente, embora sem o rigor cambial — só assegurado pela assinatura do termo de transferência na sociedade emissora. Está, pois, o cessionário titular do mesmo direito que assistia ao subscritor da ação quando da aquisição do telefone, cumprindo-lhe promover todas as medidas que se fizerem úteis ou necessárias para assegurar o exercício desse direito, até sua devida transcrição no "Livro de Registro das Ações Nominativas".

Resumindo o quanto se afirmou até o presente:

1º — qualquer limitação à circulação de ações constante de estatuto de companhia aberta é ilegal, e, pois, ineficaz;

2º — qualquer restrição ao direito de retirada do acionista, ou imposição de condição que limite tal direito essencial, é ilegal, e, pois, ineficaz;

3º — as restrições à circulação das ações violam o principio da razoabilidade que deve presidir aos atos da administração direta ou indireta, e também por esse fundamento são ineficazes;

4º — todos os direitos podem ser cedidos, e os documentos de mandato que nos foram apresentados (por cópia) pela Consulente, satisfazem aos requisitos jurídicos para sua integral validade.

Este o nosso parecer, s.m.j.

Rio de Janeiro, 23 de abril de 1996

Alfredo Lamy Filho