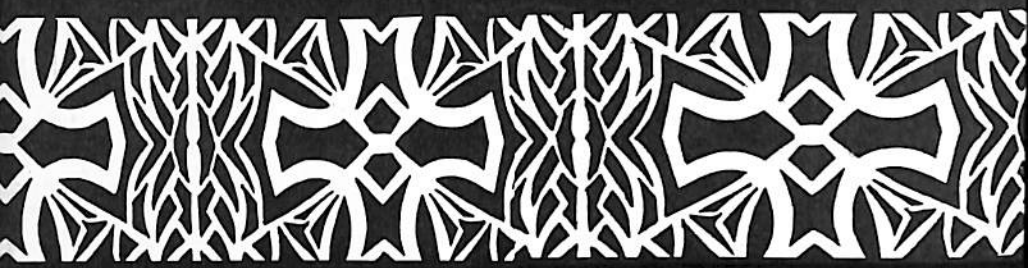
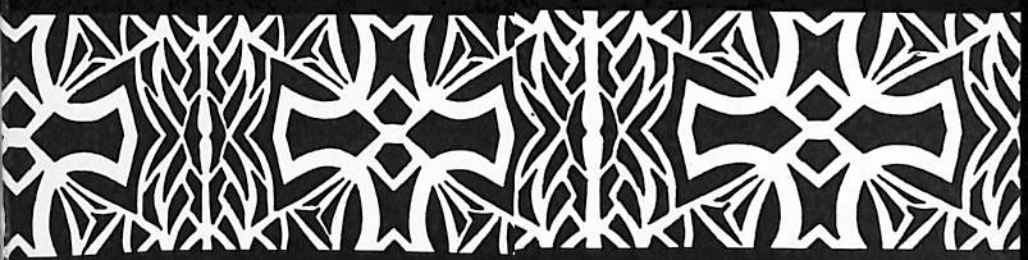
Osmar Brina Corrêa Lima



SOCIEDADE ANÔNIMA

Textos e Casos



EDITORA FORENSE

SOCIEDADE ANÔNIMA

Osmar Brina

O conhecimento aprofundado do importantíssimo instituto jurídico da sociedade anônima requer acurada pesquisa e deve ser apreendido, sobretudo, através de estudos monográficos.

Esta obra destina-se a estudiosos da sociedade anônima – alunos, professores e pesquisadores – e se propõe a ser instrumento didático para o emprego de metodologia de ensino renovadora e dinâmica em sala de aulas.

O Direito, enquanto ciência, mais que realidade dada, é uma realidade ansiosamente procurada. Problematizar a lei, propiciando o debate crítico de casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, é a maneira mais eficiente de conhecer a realidade dada e dar um passo além, na busca da ciência do direito enquanto realidade procurada, construindo-a e revelando-a com *insights* enriquecedores.

OSMAR BRINA CORRÊA LIMA

Professor de Direito Comercial nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Comercial. Master of Comparative Law. Doutor em Direito. Ex-Professor nas Faculdades de Ciências Econômicas e de Direito da Pia Universidade Católica de Minas Gerais e na Faculdade de Direito Milton Campos. Subprocurador-Geral da República.

SOCIEDADE ANÔNIMA

– TEXTOS E CASOS –

FORENSE
Rio de Janeiro
1991

1ª edição – 1991

© *Copyright*
Osmar Brina Corrêa Lima

CIP–Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

L699s Lima, Osmar Brina Corrêa
Sociedade anônima : textos e casos / Osmar Brina Corrêa Lima. – Rio de Janeiro : Forense, 1991

1. Sociedades por ações – Brasil. I. Título.

90-0010 CDU – 347.725(81)

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir deste livro, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor (Lei nº 5.988, de 14.12.73).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
COMPANHIA EDITORA FORENSE

Av. Erasmo Braga, 299 – 1º, 2º e 7º andares – 20020 – Rio de Janeiro – RJ
Rua Senador Feijó, 137 – Centro – 01006 – São Paulo – SP
Rua Guajajaras, 1.934 – Barro Preto – 30180 – Belo Horizonte – MG

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Ao amigo EDUARDO SOUSA CARMO

SUMÁRIO

Abreviaturas IX
Tábua de casos XI
O método socrático de casos no estudo da sociedade anônima 1
Espírito crítico 5
Manifestação da Comissão de Economia do Congresso Nacional 7
Entrevista do advogado José Luiz Bulhões Pedreira 8
Mercado de Capitais 10
Apontamentos sobre a sociedade anônima 15
Observações importantes 30
Rodolfo e Anelina 31
Chapecó 33
Bardella 40
Candonga 46
Adhemar de Barros 55
Tibrás-Titânio 69
Seringais do Alto Javari 70
Fiorante 71
Sonata 73
G.G.C. 74
Vieiralves 75
Sudan 77
Ambai 79
Carbocálcio 82
Ughini 84
M. Roscoe 86
J. Cruz & Cia. Ltda. 87
CTMR 91
Nochese 99
Pais e Filhos 101
Thomaz Albornoz 103
Bracisa 108
Gelopesca 110
Cestari 113
Tecomil 114
Dacon 124
Servix 129
Briga de Galo 131
Minas d'El Rey Dom Pedro 132
Chincoli 139

Guaricanga 140
Galant 143
Real 150
Adubos Bueno S.A. 155
Hotéis Ribas 156
Rodrigues 162
Cobesca 165
Clark 166
Guarani 167
Veta 171
Precisa 172
Uma companhia de seguros 182
Ford 183
Incorporação de sociedade anônima 185
Ebsa 193
Rennó 194
São João da Boa Vista 196
B. R. de Azevedo 200
Auxiliadora 205
Unibanco 213
Observações 221
Mofarrej 222
Emgad – Tamandaré (I) 245
Emgad – Tamandaré (II) 263
Emgad – Tamandaré (III) 270
Apêndice 287
Índice Alfabético e Remissivo 293

ABREVIATURAS MAIS FREQÜENTES NESTE TRABALHO

AG	assembléia geral
AGE	assembléia geral extraordinária
AGO	assembléia geral ordinária
ART.	artigo
CIA.	companhia
CF	conselho fiscal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
D	decreto
DL	decreto-lei
L	lei
LSA	lei de sociedades por ações
LTDA.	sociedade por cotas de responsabilidade limitada
ON	(ações) ordinárias nominativas
OP	(ações) ordinárias ao portador
PN	(ações) preferenciais nominativas
PP	(ações) preferenciais ao portador
RDM	Revista de Direito Mercantil
RF	Revista Forense
RT	Revista dos Tribunais
RTJ-STF	Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
TJ	Tribunal de Justiça

TÁBUA DE CASOS

ADHEMAR DE BARROS 55
ADUBOS BUENO 155
AMBAI 79
AUXILIADORA 205
BARDELLA 40
BCN 185
BRACISA 108
B. R. DE AZEVEDO 200
BRIGA DE GALO 131
CANDONGA 46
CARBOCÁLCIO 82
CESTARI 113
CHAPECÓ 33
CHINCOLI 139
CLARK 166
COBESCA 165
CTMR 91
DACON 124
EBSA 193
EMGAD-TAMANDARÉ 245
FIORANTE 71
FORD 183
GALANT 143
GELOPESCA 110
G.G.C. 74
GUARANI 167
GUARICANGA 140
HOTÉIS RIBAS 156
J. CRUZ & CIA. LTDA. 87
MINAS D'EL REY DOM PEDRO 132
MOFARREJ 222
M. ROSCOE 86
NOCHESE 99
PAIS E FILHOS 101
PRECISA 172
REAL 150
RENNÓ 194
RODOLFO E ANELINA 31

RODRIGUES 162
SÃO JOÃO DA BOA VISTA 196
SERINGAIS DO ALTO JAVARI 70
SERVIX 129
SONATA 73
SUDAN 77
TECOMIL 114
THOMAZ ALBORNOZ 103
TIBRÁS – TITÂNIO 69
UGHINI 84
UMA COMPANHIA DE SEGUROS 182
UNIBANCO 213
VETA 171
VIEIRALVES 75

O MÉTODO SOCRÁTICO DE CASOS NO ESTUDO DA SOCIEDADE ANÔNIMA

O estudo da *Sociedade Anônima*, na Faculdade de Direito, pode ser interessante, divertido e estimulante.

Minha experiência de quase duas décadas lecionando Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, com passagens pela Faculdade Municipal de Ciências Econômicas de Belo Horizonte – FAMCE –, pelas Faculdades de Ciências Econômicas e de Direito da PUC-MG e pela Faculdade de Direito Milton Campos (como professor e Coordenador Didático-Pedagógico) e o "feedback" dos alunos encorajaram-me a usar, de forma crescente, o método de casos como técnica didática.

O sucesso desse método depende, todavia, de alguns requisitos mínimos por parte do professor e dos alunos.

O PROFESSOR

O primeiro fator, e o mais importante, para a utilização eficiente do método de casos pelo professor é a sua *confiança* no próprio método. Adotá-lo apenas por ser diferente, ou novo – coisa que ele não é –, não assegura o êxito e, simplesmente, poderá redundar em decepcionante fracasso. Na lição da milenar sabedoria chinesa, se o homem errôneo usa o meio correto, o meio correto atua erroneamente; quando um homem correto se serve de meios errôneos, os meios errôneos operam corretamente.

Ademais, o emprego desse método requer, do professor, cultura jurídica geral, gosto pela pesquisa, um espírito aberto e democrático, capacidade de empatia e liderança, alguns conhecimentos prévios de Didática e Teoria da Personalidade e profundo respeito pela personalidade do aluno.

O professor deverá, também, abrir mão de grande parte de seu dogmatismo, característica das atitudes de "magister dixit".

Finalmente, o professor deverá estar preparado para trabalhar muito mais, principalmente fora da sala de aulas.

O ALUNO

Com relação ao aluno, o método de casos requer maior responsabilidade e exige um esforço maior, por desafiar e aguçar o seu espírito crítico, a capacidade de análise, de síntese e de dialética. E acaba por despertar ou provocar no discente as mesmas características acima descritas, exigidas do professor.

A experiência tem demonstrado que os alunos mais bem dotados intelectualmente e mais vocacionados para o Direito aproveitam melhor dessa metodologia. E que, regra geral, as turmas correspondem ao desafio, envolvendo-se nos trabalhos de classe com prazer. Afinal, como afirma Spinoza em sua Ética, tudo o que um homem pode evitar sob o argumento de que é um mal, ele pode também evitar sob o argumento de que uma *outra coisa* é boa (*apud* William James, *Talks to Teachers on Psychology*, New York, Henry Holt, 1946, p. 194).

DINÂMICA EM CLASSE

Na sala de aulas, o professor abdica de seus papéis de "livro-falante" e de "dono da verdade". E se revela, pessoalmente, por inteiro. O ensino é *centrado* no aluno. O ambiente poderá parecer, à primeira vista, um tanto quanto informal, mas será altamente produtivo. As mais diversas técnicas de trabalho de grupo podem ser utilizadas com proveito (painéis, grupos de discussão, Phillips 6/6, julgamentos simulados, e outras). Nem se abandona e nem se idolatra a metodologia cartesiana ortodoxa, ridicularizada por Molière no seguinte diálogo entre Mr. Jourdain e o Maître de Philosophie no seu "Le Bourgeois Gentilhomme":

> Maître de Philosophie – (...) *"Voulez-vous que je vous apprenne la logique?*
> Monsieur Jourdain – *Qu'est-ce que c'est que cette logique?*
> Maître de Philosophie – *C'est elle qui enseigne les trois opérations de l'esprit.*
> Monsieur Jourdain – *Qui sont-elles, ces trois opérations de l'esprit?*

> Maître de Philosophie – *La première, la seconde et la troisième (...)*
>
> (Paris, Hachette, 1935, p. 26).

Ademais, o aluno aprende a conviver com a angústia do Direito, retratada por Cardozo:

> *I was much troubled in spirit, in my first years upon the bench, to find how trackless was the ocean on which I had embarked. I sought for certainty.*
> *I was oppressed and disheartened when I found that the quest for it was futile. I was trying to reach land, the solid land of fixed and settled rules, the paradise of a justice that would declare itself by tokens plainer and more commanding than its pale and glimmering reflections in my own vacillating mind and conscience. I found "with the voyagers in Browning's 'Paracelsus' that the real heaven was always beyond*
>
> (Cardozo, Benjamin N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven and London, Yale University Press, 1975, p. 166).

A REDAÇÃO DOS CASOS

Cada caso deverá ser rigorosamente trabalhado e adaptado pelo professor, bem como testado em classe.

A apresentação de um mesmo caso poderá ser mais sofisticada – com maior grau de detalhamento – ou mais singela, dependendo do nível e dos objetivos específicos a serem atingidos.

Nada impede – e às vezes, é recomendável – que o método seja usado em caráter complementar, conjugado com outras metodologias mais tradicionais.

VANTAGENS ADICIONAIS DO MÉTODO DE CASOS

O método de casos tem sido empregado, com freqüência, no Brasil, em Faculdades de Ciências Econômicas – nos cursos de Administração de Empresas – e de Medicina.

Nas Faculdades de Direito, tal método fica tremendamente facilitado devido ao riquíssimo material existente nos repertórios jurisprudenciais.

À medida em que os Tribunais e Juízes perceberem que as suas decisões são expostas à análise, crítica e avaliação nas Faculdades de Direito, eles também perceberão o caráter pedagógico de sua missão, o que redundará num aperfeiçoamento da função jurisdicional.

Espírito Crítico

O Método de Casos – como vimos – preconiza e valoriza o desenvolvimento do espírito crítico.

A palavra *crítica* provém do grego, "kritikos", de "krinein", *julgar*. Etimologicamente, portanto, a *crítica* compreende também o elogio, embora nem todo elogio seja uma crítica.

A crítica e o elogio constituem poderosíssimos instrumentos pedagógicos.

Poucos de nós, entretanto, estamos preparados para a crítica e o elogio.

Ademais, esses dois instrumentos, quando mal-empregados, podem surtir o efeito diverso e indesejável de magoar, ferir, agredir e deseducar.

Como instrumentos pedagógicos de bom e desejável efeito, a crítica e o elogio só devem ser utilizados de maneira impessoal, indireta. Jamais de forma pessoal, direta.

A crítica impessoal, indireta, dirige-se ao trabalho, à obra, ao ato, ao comportamento específico.

A crítica pessoal, direta, ofusca e obnubila.

Todos somos humanos, falíveis, podemos errar. A Filosofia, até os dias atuais, ainda não nos forneceu um critério apriorístico seguro para definirmos o bem e o mal. Já se disse que o bem é aquilo que deve ser feito; o mal, aquilo que deve ser evitado. Simples e complexo assim.

O sábio também comete tolices, sem deixar de ser sábio.

O juiz mais culto, inteligente, prudente e honesto pode proferir uma decisão errônea ou injusta.

O estudante mais brilhante comete muitos erros, sem deixar de ser brilhante.

Ninguém é sábio e brilhante o tempo todo.

Einstein foi reprovado em Física na escola, e esse não é um exemplo isolado.

A *maneira* de elogiar ou criticar revela o bom e o mau uso desses instrumentos e provoca efeitos desejáveis ou indesejáveis.

Analise cuidadosamente as quatro situações abaixo, refletindo sobre cada uma delas:

1ª Situação

PROFESSOR – Parabéns! Você é um aluno formidável, muito brilhante, inteligente e responsável.

ALUNO – Obrigado, professor.
(Possíveis – ou prováveis – pensamentos do aluno: Puxa, afinal eu não sou esse supra-sumo. No segundo período, eu fiquei para exame especial em Direito Civil. Na semana passada, "matei" algumas aulas. E, hoje mesmo, cheguei atrasado para a aula de Direito Comercial. O professor estará mentindo? Estará querendo me bajular? Afinal, o que é que esse "cara" quer de mim? Será que o professor é ingênuo, a ponto de não perceber as minhas imperfeições? Se for assim, o elogio dele não me parece confiável. Na próxima prova desse professor eu vou ficar muito tenso. Terei que "acertar na mosca"...)

2ª Situação

PROFESSOR – Gostei do seu trabalho. Li-o com prazer e achei as idéias bem articuladas. Também aprecio a sua participação em sala de aula. Parabéns!

ALUNO – Obrigado, professor.
(Possíveis – ou prováveis – pensamentos do aluno: Que bom! Não sou perfeito, mas posso fazer um trabalho bem feito, com boa articulação de idéias e capaz de causar prazer ao leitor. Posso fazer outros trabalhos bons. Sinto que sou capaz de dar uma contribuição proveitosa nas aulas deste e de outros professores. Afinal, tenho algum valor. Vou procurar aproveitar isso e desenvolver mais as minhas potencialidades...)

3ª Situação

PROFESSOR – Você é um péssimo aluno; um verdadeiro fracasso. Afinal de contas, o que é que você espera da vida profissional? Você "mata" aulas, só chega atrasado e não estuda!

ALUNO – Sinto muito, professor.
(Possíveis pensamentos do aluno: Puxa vida, até que eu me esforcei. Talvez o fato de minha mãe estar com câncer esteja influindo no meu desempenho. Esse "cara" é injusto. Não, pensando bem, ele pode ter razão. Acho que, realmente minha inteligência é curta. Afinal, a mãe de Fulano também está com um câncer e, no entanto, ele tirou a nota máxima. Acho que, na verdade, sou um fracassado. Quem sabe se não errei na escolha do meu curso?...)

4ª Situação

PROFESSOR – Francamente, não gostei da sua prova. Notei alguns erros de linguagem e as idéias não ficaram bem articuladas. Além disso, havia algumas contradições e imprecisões. De você, esperava coisa melhor.

ALUNO – Sinto muito, professor.
(Possíveis pensamentos do aluno: Realmente, não me preparei bem nessa matéria. É possível que a separação dos meus pais esteja interferindo no meu desempenho. Em outras situações, eu já me saí bem. O próprio professor reconhece que eu posso dar coisa melhor. Esse "cara" parece justo e legal. Vou procurar me esforçar e concentrar mais. Afinal, não é o fim do mundo...)

Manifestação da comissão de economia do Congresso Nacional sobre o Projeto da Lei nº 6.404/76 *(Diário do Congresso Nacional, 08.09.76):*

... A matéria diz respeito à espinha dorsal de nossa economia, que são as empresas. Ela sacode com os alicerces de nossa organização sócio-econômica e abrange multifários aspectos e interesses de classes e de indivíduos. Não erraria quem classificasse a Lei das Sociedades Anônimas como a Constituição das Empresas.

No entanto, matéria dessa relevância, objeto de um projeto de notáveis proporções, está sendo estudada, analisada e debatida na Câmara dos Deputados a toque de caixa. Não sabemos se o Executivo pretendeu subestimar ainda uma vez o Cogresso, levantando deliberadamente barreiras à sua contribuição ao aperfeiçoamento da importante proposição ou se está minimizando o significado, a extraordinária valia e as profundas repercussões que o seu projeto irá ter na vida da Nação. Em qualquer dos casos, só nos resta protestar e lamentar...

Entrevista do advogado José Luiz Bulhões Pedreira, um dos autores intelectuais do Projeto da Lei nº 6.404/76, publicada no Boletim Cambial

Função Social do Empresário – O comportamento da sociedade aberta perante o mercado não se limita – como pensam muitos – ao mero conflito entre a maioria e a minoria; mesmo porque esse acaba sendo um problema, também, das sociedades fechadas. Trata-se de uma questão de dimensão: o pequeno número de pessoas da sociedade fechada significa reflexo bastante menor do que quando se conta com milhares de acionistas, ou seja, toda uma opinião pública ao redor. Aí a repercussão transcende ao âmbito da empresa e afeta o mercado de capitais como um todo, com inegáveis conseqüências sociais. Tal aspecto não foi relegado a plano secundário pela Lei das Sociedades Anônimas. Nela, ficou implícito que o empresário tem uma função social, cumprindo-lhe comportar-se de acordo com ela. É evidente que isso não significa que o empresário deva esquecer o lucro. Ao mesmo tempo, o empresário não pode esquecer que joga com milhares de acionistas e empregados. Ademais, atua na economia nacional, que não dispensa a continuidade de ação da empresa. Toda a questão, portanto, passa a ter outro significado social. Embora muito mais lacônica que a atual, que a substituiu, a Lei de 1940 era bem feita. A sua inadequação foi, talvez, muito mais determinada pelas distorções que, através dos

anos, se incorporaram ao sistema, do que propriamente pelo seu conteúdo. Ainda aqui vale lembrar a observação do jurista: "Uma lei não vale por si só, mas também pela forma como é aplicada." Até por tradição, não bastaria simplesmente modificar a legislação das sociedades anônimas para, de um ângulo, impedir o uso discricionário do poder pela maioria, e, de outro, estimular um melhor posicionamento da minoria. Por isso, a Lei das Sociedades Anônimas trouxe em seu conteúdo a Comissão de Valores Mobiliários. Contra a visão genérica do tipo "o administrador deve comportar-se como todo homem probo", a nova legislação faz com que o empresário assuma, na verdade, muito mais a condição de funcionário social, abandonando a imagem exclusivamente patrimonial, da qual emanam todos os poderes e, evidentemente, todas as decisões. Sobre ele estarão pairando, sempre, parâmetros bem definidos de comportamento, capazes de tornar eqüitativo o mercado e de contribuir para o desenvolvimento econômico (...). Em resumo, a orientação global do anteprojeto transformado em lei pelo Congresso enfatiza os seguintes itens mais expressivos: (a) a necessidade de a economia nacional possuir empresas de maior porte, capazes não apenas de preencher as lacunas do mercado interno, como de serem suficientemente fortes para colaborar no esforço de internacionalização da economia; (b) criação de instrumentos mais flexíveis para o empresário, instrumentos alternativos em face de situações diversas, com vistas à capitalização das empresas; (c) surgimento de um real mercado primário de ações, que forneça os recursos necessários à capitalização das companhias, através da disposição dos investidores de ver os títulos como instrumentos de renda e não apenas de especulação em variação de preços; (d) a mudança de costumes e conceitos errados de administração, de diretores, de acionistas majoritários e, também, dos minoritários, estabelecendo critérios que realcem todos os papéis, fazendo com que o objetivo comum seja o progresso da sociedade, e não de uns poucos, situados em posições privilegiadas...

Mercado de Capitais

(Trecho da Mensagem do Presidente Ernesto Geisel ao Congresso Nacional, publicada no "Estado de Minas" de 02.03.77)

Constituindo-se num dos fatores mais importantes do desenvolvimento econômico nacional, a política de mercado de capitais, seguindo uma tendência já observada no exercício anterior, desenvolveu-se, em 1976, no sentido de dirigir a poupança interna para o campo produtivo a cargo do setor privado. Objetivando a criação de instrumentos essenciais ao fortalecimento da empresa privada nacional, foram elaborados e aprovados projetos de lei dispondo sobre as sociedades por ações e constituindo a Comissão de Valores Mobiliários.

Instrumentos de maior importância, mereceram os dois projetos amplos debates por parte dos senhores congressistas, o que permitiu fossem aperfeiçoados. Das emendas apresentadas, quantidade significativa logrou aprovação pelo Congresso e, mediante sanção presidencial, incorporação definitiva ao texto normativo.

A Lei das Sociedades por Ações visou basicamente a criar a estrutura jurídico-normativa necessária ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no País e imprescindível à sobrevivência e desenvolvimento da empresa privada, na fase atual da economia brasileira. A mobilização da poupança popular e seu encaminhamento voluntário para o setor empresarial exigem, contudo, mecanismos que assegurem ao acionista minoritário o respeito a regras definidas e eqüitativas, as quais, sem imobilizar o empresário em suas iniciativas, ofereçam atrativos suficientes de segurança e rentabilidade.

Como complemento natural da nova estrutura da Lei das Sociedades por Ações, a instituição da Comissão de Valores Mobiliários representou decisão da maior relevância para o mercado de capitais. Sem afetar a atual estrutura, o novo órgão contribuirá para o fortalecimento do mercado acionário, atuando nos campos preventivo e repressivo, quer regulamentando, quer propondo medidas, fiscalizando e inspecionando companhias de capital aberto, visando a evitar abusos e fraudes

a investidores. Ressalvada a competência normativa e de supervisão do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central, a atuação da CVM propiciará adequada difusão de dados e divulgação orientada de informações, as quais, destorcidas, produziriam efeitos negativos sobre o mercado.

Com vistas a incentivar as aplicações no mercado de capitais e, em especial, no mercado acionário, foram expedidos vários dispositivos legais. Inicialmente, foi editado o Decreto-Lei nº 1.471, de 15 de junho de 1976, que estendeu os benefícios do Decreto-Lei nº 1.452/76 aos financiamentos que o BNDE venha a conceder, no corrente exercício, a bancos de investimentos privados, para fins exclusivos de subscrição de ações de empresas privadas nacionais (o citado benefício consiste em limitar a 20% ao ano a correção monetária sobre aqueles empréstimos, desde que o montante dos recursos seja aplicado em subscrição de ações).

Posteriormente, através do Decreto-Lei nº 1.479, de 31 de agosto de 1976, esse incentivo foi também estendido aos empréstimos contraídos pelos acionistas das empresas executoras de projetos prioritários.

Alterações acentuadas com repercussões no mercado de capitais foram introduzidas pelo Decreto-Lei nº 1.494, de 7 de setembro de 1976, que procurou restringir os incentivos até então vigentes para as aplicações em títulos de renda fixa, ao mesmo tempo que elevou os estímulos aos investimentos no mercado acionário. Objetivou-se, assim, atribuir às aplicações de maior interesse para o desenvolvimento econômico vantagem em comparação com as demais, o que, agregado à nova filosofia da Lei das Sociedades por Ações, propiciará a criação de um clima favorável para capitalização das empresas nacionais, notadamente as de capital aberto.

Afora a redução dos incentivos para aplicações em títulos de renda fixa e operações de *open market*, que indiretamente repercutem em benefício do mercado acionário, destacam-se, entre as medidas adotadas para redirecionar o fluxo das poupanças para aplicações de risco, as que se referem ao Imposto pela Subscrição de Ações – ou conversão de debêntures de sociedades anônimas de capital aberto. Da mesma forma, elevou-se de 20% para 25% a redução pela subscrição de ações de sociedades anônimas de capital aberto dedicadas a empreendimentos aprovados pelo Conselho Nacional de Turismo e de 6% para 10% as

reduções pela aquisição de ações em pregão normal das Bolsas de Valores.

Permitiu-se, ainda, a utilização dos estímulos concedidos à subscrição de novas ações ou às adquiridas em Bolsas de Valores, por mais de uma vez, em 10% desde que mantida a indisponibilidade ou custódia por mais de dois anos. Ainda por força do mesmo instrumento legal, foram isentados, na fonte e na declaração, os rendimentos em dinheiro auferidos pelas pessoas físicas em razão de aplicações em fundos ou sociedades de investimentos, que tenham por fim exclusivo a aplicação de seus recursos em carteira diversificada de títulos e valores mobiliários.

O total transacionado com ações nas Bolsas de Valores do Rio de Janeiro e de São Paulo foi de Cr$ 128,1 bilhões, superior em 8,6 à cifra do mesmo período do ano anterior. As operações a termo tiveram crescimento de 17,8%. Na quantidade de títulos negociados, registrou-se forte oscilação positiva, com cerca de 22% no mesmo período de 1975.

As aplicações feitas pelos fundos de investimentos, em particular os criados pelo Decreto-Lei nº 157, contribuíram, significativamente, sobretudo no segundo semestre, para a diversificação dos investimentos financeiros, tendo as cinco principais ações negociadas na Bolsa do Rio de Janeiro sido responsáveis por 74,9% do total das transações em 1975, contra 62,6% em 1976 (até novembro). O total das quotas vendidas ao público pelos fundos fiscais ultrapassou 113,4%. Em decorrência de importantes medidas determinadas pelo Banco Central, em julho, foi o mercado estimulado, principalmente em relação às ações das pequenas empresas de capital aberto privado nacional, reduzindo-se, simultaneamente, de 10% para 5% o limite máximo de investimentos realizados em títulos de uma única empresa e aumentando-se de 20% para 40% o número de ações nas carteiras desses fundos.

POLÍTICA TRIBUTÁRIA

(...) No caso das operações imobiliárias, foram estreitados os parâmetros de equiparação da pessoa física à pessoa jurídica, visando a conter práticas especulativas que, em última análise, contribuíram para comprometer a alocação de recursos para investimentos.

Fortaleceram-se, além disso, os estímulos às aplicações no mercado de ações, principalmente pela isenção dos ganhos de capital na venda de ações através das Bolsas de Valores, os quais, agregados aos da nova Lei das Sociedades por Ações, deverão compor quadro altamente favorável ao redirecionamento do fluxo das poupanças, criando condições para a capitalização da empresa nacional (...).

EMPRESA NACIONAL

O governo definiu, em 1976, no documento Ação para a Empresa Privada Nacional, dentro da doutrina constitucional e segundo a orientação básica já consignada no II PND, aprovado pelo Congresso Nacional, os limites do setor público e as responsabilidades e campo de atuação do setor privado, no contexto do modelo de economia de mercado, de inspiração neocapitalista, praticado pela revolução. Adotou, na oportunidade, um conjunto de medidas de apoio adicional à empresa privada nacional (...). Nesse contexto, merece destacar, também, a sanção da nova Lei das Sociedades por Ações e as medidas de apoio ao mercado de capitais, particularmente a criação da Comissão de Valores Mobiliários e os incentivos às aplicações no mercado de capitais de risco.

QUESTÕES:

1) Como se relacionam os conceitos de mercado financeiro, mercado de capitais e mercado de ações?

2) Qual a distinção entre mercado primário e mercado secundário de ações?

3) Que foi o "boom" da Bolsa em 1971?

4) Qual ou quais as diferenças entre sociedades corretoras e sociedades distribuidoras?

5) Que são fundos de investimentos?

6) As cadernetas de poupança constituem uma ameaça para o mercado de ações?

7) A legislação fiscal brasileira estabelece tratamento diferenciado para juros e para dividendos?

8) Podem coexistir pacificamente a inflação e o mercado de capitais?

9) Em que consiste a filosofia da "disclosure"?

10) Quais são os tipos de pregão existentes nas Bolsas de Valores?

11) Qual a diferença entre o especulador e o manipulador do mercado de ações?

12) Que é "underwriting" e quais são os seus tipos mais comuns?

13) Quais são as influências da vida interna das S.A. no mercado de ações, e vice-versa?

Apontamentos sobre a Sociedade Anônima

OSMAR BRINA CORRÊA LIMA

SUMÁRIO

1. Conceito jurídico de empresa 2. Empresa civil e empresa mercantil 3. Modelos de empresas privadas e sua classificação 4. As duas boas opções 5. Objetivo da Lei nº 6.404, de 1976 6. Características da sociedade anônima 7. Companhias abertas e companhias fechadas 8. Preocupação do legislador com as companhias abertas 9. Maioria e minoria 10. Proteção ao acionista-não-controlador 10.1. Dividendo obrigatório 10.2. Direito de retirada 10.3. Direito de voto 10.4. Transações envolvendo controle 10.5. Padrão de conduta para administradores de companhias

1. *CONCEITO JURÍDICO DE EMPRESA*

O conceito jurídico de empresa é um dos mais controvertidos no campo do Direito. A controvérsia não se limita ao campo puramente teórico-doutrinário, nem aos debates dos Tribunais. Na verdade, ela se reflete na própria legislação e é, ao mesmo tempo, alimentada por esta.

No Direito do Trabalho, por exemplo, a empresa é considerada do ponto de vista subjetivo, como pessoa, como sujeito de direitos e obrigações. A Consolidação das Leis do Trabalho diz, no seu artigo 2º, o seguinte: "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço."

Já no campo do Direito Comercial, a empresa é considerada do ponto de vista objetivo, como atividade de uma pessoa, física ou jurídica, que é o empresário. O empresário, individual ou coletivo, pessoa física ou jurídica, é o sujeito de direitos e obrigações que exerce uma empresa.

2. *EMPRESA CIVIL E EMPRESA MERCANTIL*

A empresa do empresário, por sua vez, pode ser civil ou mercantil.

A distinção entre empresa civil e empresa mercantil é um outro problema tormentoso. Existem inúmeras e insolúveis teorias a respeito do assunto, cuja análise, nesta exposição, seria cansativa e ociosa, embora os seus reflexos práticos possam ser importantes e relevantes em várias situações fáticas. Uma coisa é certa, não existe um critério apriorístico, lógico ou ontológico, para se efetuar a distinção entre empresa civil e empresa mercantil, entre ato civil e ato mercantil. O critério é puramente histórico, empírico e experimental. Determinadas atividades, como a compra e venda de coisas móveis para ulterior revenda e as operações cambiais já são inquestionavelmente enquadradas e classificadas como mercantis. Outras, como as empresas agrícolas e as cooperativas, são classificadas, sem questionamento, entre as civis. Mas existem outras tantas que até hoje provocam controvérsias, tanto entre os doutrinadores e professores, como nos Tribunais. É o caso, por exemplo, das empresas de representação comercial, consideradas civis por uns e mercantis por outros, com variados reflexos práticos no campo da tributação e noutros.

O Prof. João Eunápio Borges, da UFMG, sintetiza muito bem o assunto da seguinte maneira: "É comerciante no Brasil: 1º) a pessoa física que exerce profissionalmente o comércio; 2º) a sociedade mercantil, isto é, constituída para a prática do comércio; 3º) a sociedade por ações, qualquer que seja o seu objeto – comercial ou civil."[1]

3. *MODELOS DE EMPRESAS PRIVADAS E SUA CLASSIFICAÇÃO*

O legislador brasileiro dicotomizou o Direito Privado e trata das empresas civis no Código Civil, de 1916, e das empresas mercantis no Código Comercial, de 1850.

Os doutrinadores têm observado, com razão, que, em virtude do lapso de mais de meio século entre um e outro, o Código Civil é muito mais comercial que o Código Comercial, promulgado por D. Pedro II.

O Código Civil fala em sociedades e associações civis, sem prever formas especiais para essas sociedades. A legislação mercantil, diferentemente, prevê diversas modalidades formais de sociedades comerciais. De qualquer forma, o legislador, no artigo 1.364 do Código

---

1 BORGES, João Eunápio, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, Rio, Forense, 1964, p. 118.

Civil, deixa claro que as sociedades civis podem revestir as formas previstas nas leis comerciais.

Como se vê, uma pessoa ligada às áreas de Economia e Administração de Empresas, se não estiver vinculada ao setor público, à administração direta ou indireta da União Federal, do Estado-membro ou do município, estará, necessariamente, envolvida com uma empresa privada, civil ou mercantil. Ora, a julgar pela Constituição Federal em vigor que, no seu Título VII, opta pelo sistema capitalista, de livre empresa e de iniciativa privada, esta se erige no maior campo de atuação profissional dos jovens graduados em Administração de Empresas e Economia.

Os modelos previstos pela legislação *comercial* para as empresas privadas são sete: o empresário individual e as sociedades em nome coletivo, em comandita simples e de capital e indústria, disciplinados, basicamente, pelo Código Comercial de 1850; a sociedade por quotas, de reponsabilidade limitada, regulada pelo Decreto nº 3.708, de 1919; e as sociedades anônimas e em comandita por ações, regidas, atualmente, pela Lei nº 6.404, de 1976.

Quanto às sociedades empresárias, também conhecidas como sociedades comerciais, dentre os vários critérios adotados pelos teóricos da matéria, para classificá-las sistematicamente, assume especial relevo aquele que toma, como ponto de referência, a responsabilidade dos sócios, dentro da respectiva sociedade.

Nas sociedades em nome coletivo, todos os sócios, sem exceção, respondem, sempre, subsidiária, solidária e ilimitadamente, pelas dívidas sociais. São as sociedades de responsabilidade ilimitada.

Nas sociedades por quotas, de responsabilidade limitada e nas sociedades anônimas, a responsabilidade de cada sócio – quotista ou acionista – é limitada a um certo valor. São as sociedades de responsabilidade limitada.

Nas sociedades em comandita simples, nas de capital e indústria e nas em comandita por ações existem duas categorias de sócios. Alguns respondem, sempre, subsidiária, solidária e ilimitadamente pelas dívidas contraídas pela sociedade. Outros assumem uma responsabilidade subsidiária solidária limitada a um certo "quantum", ou, mesmo, não contraem nenhuma responsabilidade nesse sentido. São as chamadas sociedades de responsabilidade mista.

Quanto ao empresário individual, sua responsabilidade é sempre ilimitada. Ele responderá, sempre, pelas suas dívidas, com todo o seu patrimônio. Não apenas com o patrimônio diretamente afeto à sua empresa ou negócio, mas com todo o seu patrimônio pessoal.

4. *AS DUAS BOAS OPÇÕES*

Parece óbvio que, existindo em nosso ordenamento jurídico modelos de empresas que possibilitam a todos os sócios limitarem a sua responsabilidade pessoal face aos eventuais prejuízos sociais, todos os demais modelos se tornam ultrapassados, indesejados e indesejáveis. Assim, com exceção da sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, e da sociedade anônima, os demais tipos tendem a desaparecer do panorama econômico.

As duas boas opções são, portanto, a sociedade anônima e a sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, uma vez que em ambas os sócios têm a sua responsabilidade limitada a um certo valor. Esse limite, na sociedade anônima, é o preço de emissão das ações. Na sociedade por quotas, é a quantia que falta para integralizar o capital social.

As sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, como já se afirmou acima, são disciplinadas pelo antigo Decreto nº 3.708, de 1919. E as sociedades anônimas, pela moderna e sofisticada Lei nº 6.404, de 1976.

Uma e outra pecam pelo excesso.

O Decreto nº 3.708/1919, excessivamente sintético, não previne uma série de controvérsias e dificuldades práticas. De 1919 até hoje doutrinadores e julgadores continuam divergindo com relação a vários problemas envolvendo a aplicação daquele antigo decreto. Esse não é, entretanto, o seu principal defeito. Na verdade, tais controvérsias podem ser prevenidas pelo contrato que, em princípio, é lei entre as partes. O contrato social pode, e deve, suprir as deficiências do decreto. Além disso, por força de remissão do artigo 18 do Decreto nº 3.708/1919, "serão observadas, quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e *na parte aplicável*, as disposições da lei das sociedades anônimas".

É bom observar, de passagem, que os juristas, de 1919 até os nossos dias, ainda não chegaram a um consenso sobre a exata extensão da expressão *na parte aplicável*, referida no citado artigo.

O *principal defeito* do Decreto nº 3.708/1919 é o seu descompasso com o atual estádio de evolução da ciência de administração de empresas. Com sua estrutura rígida, a sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, tal qual é disciplinada hoje no Brasil, não atende aos modernos princípios de "management" e de administração financeira, que preconizam flexibilidade e descentralização.

Num pólo oposto, a Lei nº 6.404/1976, inspirada num modelo de capitalismo altamente evoluído e sofisticado, excessivamente analítica e casuística, também se acha em descompasso com a atual realidade sócio-econômica brasileira, padecendo de um certo sabor de futurismo.

5. *OBJETIVO DA LEI Nº 6.404/1976*

O antigo diploma legal disciplinador das sociedades anônimas era o Decreto-Lei nº 2.627/1940, evidentemente defasado para a realidade sócio-econômica brasileira da década de 70, quando foi substituído.

O legislador brasileiro, ao invés de simplesmente adaptá-lo, preferiu revogá-lo e substituí-lo por uma lei inteiramente nova. Essa opção por uma lei inteiramente nova foi a cristalização de uma longa evolução histórica que teve o seu início mais marcante no inquietante período de 1964 a 1967. Não pretendo reconstituir, passo a passo, essa marcha de evolução histórica, embora isso pudesse ser bastante revelador e significativo, além de fascinante. O fato é que depois desse longo período de experimentações, na base do ensaio e erro, o legislador concluiu, definitivamente, que era imperiosa a promulgação de uma nova lei.

O principal objetivo da lei foi o de fortalecer a empresa privada genuinamente nacional. Com efeito, o legislador parece ter tomado consciência de que a economia nacional se baseava, e se baseia ainda, num tripé: de um lado, a poderosa empresa multinacional; de outro lado, as empresas públicas, aqui incluídas as mistas, embora estas sejam consideradas privadas, por definição legal; e, finalmente, a empresa privada genuinamente nacional.

Nas palavras do então Ministro da Fazenda, Mário Henrique Simonsen, adotadas e reproduzidas pelo Presidente Geisel na mensagem encaminhada ao Congresso Nacional em 1977, "a lei das Sociedades por Ações visou, basicamente, a criar a estrutura jurídico-normativa necessária ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no país

imprescindível à sobrevivência e desenvolvimento da empresa privada, na fase atual da economia brasileira".[2]

Como se vê, a Lei nº 6.404/1976 nasceu sob o signo de um préjuízo, de um preconceito: o pressuposto de que a lei é um instrumento apto a alterar os fatos e a economia. O mesmo pressuposto criticado pelas teorias marxistas do Direito, embora adotado, com êxito, por vários países socialistas.

Do ponto de vista da Lei nº 6.404/1976, a partir do pressuposto por ela adotado, a sociedade anônima assume o caráter institucional de forte instrumento de política econômica, muito mais que o caráter contratual de uma associação entre pessoas, cujos direitos e obrigações a lei procura disciplinar.

Sob o prisma puramente formal, a nível de dever-ser (sollen), parece que a nova lei realmente consagra o modelo apto a fornecer à empresa privada genuinamente nacional os instrumentos e mecanismos necessários ao seu fortalecimento. Isso no entanto não é um ponto pacífico. Para o Deputado Celso de Barros, por exemplo, em voto publicado no Diário do Congresso Nacional de quarta-feira, dia 8 de setembro de 1976, o que a lei realmente propõe é "o fortalecimento de grupos econômicos poderosos, reforçar o poder das multinacionais, a concentração da propriedade de ações por grandes empresas, especialmente os Bancos de Investimento, tudo isso em detrimento das pequenas e médias empresas, que não têm condições de se defender, nem tampouco de expandir os seus serviços". Adotando a crítica do Modesto Carvalhosa ao então Projeto de Lei, o mesmo Deputado acrescentou que esta se coloca flagrantemente contrária ao princípio consubstanciado no artigo 160, item V, da Constituição do Brasil, que repudia o abuso do poder econômico caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros.[3]

Sob o prisma real, a nível de ser (sein), ou seja, quanto à eficácia da lei e aos efeitos por ela alcançados, infelizmente, ainda não foram efetuados estudos sérios e confiáveis. Não creio que o simples estudo

---

2 SIMONSEN, Mário Henrique, *Exposição de Motivos da Lei nº 6.404/1976. – A Importância da Lei, in: S/A para Empresários*, Rio, Índice, O Banco de Dados, 1977, p. 4.

3 BARROS, Celso. Voto em separado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, *in: Diário do Congresso Nacional de quarta-feira, dia 8 de setembro de 1976.*

comparativo da performance das empresas privadas nacionais, comprometidas por dados conjunturais como a inflação e a crise econômica mundial, possa fornecer dados concretos confiáveis e conclusivos. Está em aberto esse campo de pesquisa.

A Lei nº 6.404/1976, apesar de toda a sua sofisticação e seu caráter futurista, não teve a coragem suficiente de romper a barreira da tradição centenária, e manteve em seu bojo, paralelamente à disciplinação jurídica da sociedade anônima, a regulamentação da sociedade em comandita por ações, sociedade de responsabilidade mista, totalmente desusada entre nós. Assim, a Lei nº 6.404/1976 regula dois tipos diferentes de sociedades: a sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações. Dessas duas, apenas a primeira merece o nosso tempo e a nossa atenção.

6. *CARACTERÍSTICAS DA SOCIEDADE ANÔNIMA*

As características mais marcantes da sociedade anônima são: (1º) a divisão do seu capital em ações, que podem ser de espécies, formas e classes diversas, quanto aos direitos que confiram aos seus possuidores, bem como quanto à forma de sua circulação; e (2º) a limitação da responsabilidade de cada acionista ao valor correspondente ao preço de emissão das ações por ele adquiridas.

Tais características, por si sós, abrem aos empresários um leque de opções no que concerne à estrutura financeira da empresa, com uma flexibilidade muito grande na composição do capital, o que não ocorre com nenhum dos outros modelos previstos pela legislação. E essa flexibilidade beneficia tanto as companhias de grande como as de médio e pequeno porte.

7. *COMPANHIAS ABERTAS E COMPANHIAS FECHADAS*

A lei não estabelece nenhum critério formal de distinção entre uma empresa de pequeno e outra de grande porte. Não existe nenhum dispositivo legal que fixe quando uma empresa deixa de ser considerada de pequeno para ser considerada de grande porte. Regra geral, nenhuma companhia pode se constituir ou continuar funcionando com menos de dois acionistas. Contudo, não há um limite máximo para o número de sócios.

O que a lei estabelece é uma diferença de tratamento entre a companhia fechada e a aberta. Nos termos do artigo 4º da Lei nº 6.404/1976, "a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação em bolsa ou no mercado de balcão".

Os valores mobiliários são definidos na Lei nº 6.385, também de 1976. São papéis emitidos pelas sociedades anônimas, como as ações, as debêntures, as partes beneficiárias, e outros.

A diferença entre companhia aberta e fechada é puramente factual. Toda companhia que tiver os seus valores mobiliários admitidos à negociação em bolsa de valores ou no mercado de balcão será aberta. Todas as demais, por exclusão, serão fechadas.

Para que uma companhia possa ter os seus valores mobiliários negociados na bolsa de valores ou no mercado de balcão ela precisa de prévio registro na Comissão de Valores Mobiliários, uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda, bem como de cumprir outras formalidades.

As conseqüências práticas dessa distinção fundamental entre companhias abertas e fechadas são inúmeras e importantes.

A companhia fechada, tipo simplificado de sociedade anônima, oferece um modelo para as pequenas e médias empresas muito mais útil e flexível que a sociedade por quotas, de responsabilidade limitada. Todavia, foi a companhia aberta que mereceu maior consideração do legislador, que procurou cercá-la de maior formalidade e fiscalização, visando proteger a economia popular nela investida.

8. *PREOCUPAÇÃO DO LEGISLADOR COM AS COMPANHIAS ABERTAS*

Toda preocupação do legislador se concentrou, prioritariamente, nas companhias abertas. E não é difícil entender o porquê dessa discriminação. Como se afirmou anteriormente, o objetivo maior da Lei nº 6.404/1976 foi o de fortalecer a empresa privada genuinamente nacional, em desigualdade com as multinacionais, que não são genuinamente nacionais, e as mistas, que não são genuinamente privadas. Ora, é precisamente a companhia aberta, aquela que recebe a poupança popular via mercado de capitais, que está apta a se tornar a grande empresa privada, grande em recursos financeiros e em número de acionistas.

Ao disciplinar as companhias abertas com o objetivo de fortalecê-las, o legislador sentiu que não bastava criar a estrutura formal para tanto, mas que, ao mesmo tempo, precisava estabelecer mecanismos aptos a motivar e atrair o investidor brasileiro, tradicionalmente apegado a outros tipos de investimento, como imóveis, moeda estrangeira, letras de câmbio, jóias etc., e avesso ao investimento em capital de risco, como as ações. Daí vários autores afirmarem que a finalidade da lei é a proteção do acionista minoritário. Essa foi, efetivamente, a finalidade declarada, por razões demagógicas e por merecer maior simpatia popular. Contudo, os mecanismos da proteção ao acionista minoritário são apenas o meio previsto para que a lei possa atingir o seu verdadeiro fim, que também é justo, na medida em que, teoricamente, o fortalecimento da empresa privada nacional é acompanhado do fortalecimento da economia popular.

Tais mecanismos de proteção ao acionista minoritário precisaram e precisavam ser enfatizados, como tentativa de reconquistar o "gato escaldado" do investidor brasileiro, resistente e reticente com relação ao mercado de ações, sobretudo depois da grande desilusão que se seguiu ao "boom" bolsístico, por volta de 1971.

9. *MAIORIA E MINORIA*

Antes de passarmos a uma resenha dos pontos mais salientes, reveladores da preocupação do legislador com o acionista minoritário, é conveniente esclarecer um curioso paradoxo. É que, na sociedade anônima, paradoxalmente, a maioria é a minoria. E a minoria é a maioria.

Quando se fala em proteção ao acionista minoritário, o que se tem em vista é todo o universo de acionistas não-controladores, que são a minoria em termos de decisão, mas que são a maioria em termos de capital investido na companhia.

Numa sociedade anônima, até dois terços de seu capital podem ser representados por ações preferenciais sem direito de voto. Além disso, a lei excluíra das ações ao portador o direito de voto. Percebe-se, facilmente, que o controle, numa companhia, pode ser exercido com um número muito reduzido de ações, que são a minoria em termos do capital, mas que representam a maioria, em termos de decisão.

Para evitar confusões, eu penso que as referências à *maioria* e *minoria*, nos estudos sobre a sociedade anônima, deveriam ser substituídas por alusões a *controladores* e *não-controladores*.

Para proteger os não-controladores dos abusos dos controladores é que a lei estabeleceu uma série de mecanismos, que passo a sumariar por amostragem.

10. *PROTEÇÃO AO ACIONISTA-NÃO-CONTROLADOR*

10.1. *DIVIDENDO OBRIGATÓRIO*

No regime capitalista, nenhuma empresa consegue sobreviver à concorrência se não crescer e se desenvolver. E isso implica em crescente necessidade de recursos financeiros. O financiamento da empresa privada nacional pode vir de fora, mediante empréstimos bancários ou via mercado de capitais, com emissão de valores mobiliários, ou de dentro da empresa, através de uma política de retenção e reinversão dos lucros.

Os empréstimos bancários oneram a empresa com altas taxas de juros.

O nosso mercado de capitais ainda é incipiente.

Resta à empresa o autofinanciamento, a reinversão dos seus lucros ou de parte deles.

Ocorre que numa economia inflacionária como a nossa tem sido, os lucros da empresa podem ser meramente nominais e ilusórios.

A conciliação entre a necessidade de autofinanciar a empresa e a constatação das repercussões da inflação nos lucros dela exige dos seus administradores muita sagacidade, muita perspicácia, muita sensibilidade e intuição e, sobretudo, um bom conhecimento de administração financeira, na formulação da política de dividendos.

Na prática, essa dificuldade termina por frustrar o acionista, num sentido ou noutro. Uma política de dividendos pródiga e generosa pode levar a companhia à bancarrota. Uma política de dividendos muito avarenta e sovina não atrai investidores.

No Brasil, na maioria dos casos era adotada essa segunda política desviando os investidores para outros tipos de investimento. O mineiro, por exemplo, que "dorme no chão para não cair da cama", prefere guardar o dinheiro debaixo do colchão a adquirir ações de sociedades anônimas. (Sobretudo depois do encilhamento de 1971...)

Nos demais países capitalistas do mundo, a política de dividendos fica exclusivamente a cargo dos administradores da empresa. Nos Esta-

dos Unidos essa matéria se insere nos limites dos poderes discricionários do administrador da companhia, e as Cortes estabelecem uma nítida distinção entre discrição e arbítrio. A política de dividendos naquele país é considerada com muita seriedade. É clássico a respeito o caso Dodge *versus* Ford Motor Co., julgado pela Suprema Corte de Michigan em 1919. Quando o Sr. Henry Ford, a pretexto de executar um plano por ele arquitetado, alterou a política de dividendos, reduzindo o seu percentual, os irmãos Dodge, titulares de cerca de 20% do capital social, não se conformaram e recorreram à Justiça. Ganharam a ação. Com a importância que receberam, fundaram a indústria automobilística Dodge.[4]

No nosso país, para evitar uma política de dividendos excessivamente avarenta e sovina, o legislador criou a figura do dividendo obrigatório. Regra geral, toda companhia é obrigada a repartir 25% pelo menos do seu lucro líquido sob a forma de dividendos. Essa regra comporta uma série de exceções. E existem maneiras de burlá-la, tornando o dividendo obrigatório uma coisa "para inglês ver" ou uma "falácia", como escreveu Waldírio Bulgarelli.[5]

Todavia, na medida em que a lei venha a ser efetivamente cumprida e respeitada, o dividendo obrigatório torna-se uma conquista significativa do acionista minoritário e um eficiente atrativo para o investidor.

10.2. *DIREITO DE RETIRADA*

O direito de retirada ou de recesso, que é o direito que o acionista tem de se retirar da sociedade mediante o reembolso do valor de suas ações, em determinados casos previstos em lei, é melhor disciplinado pela atual lei das sociedades por ações, em comparação com a anterior. A lei anterior era omissa com relação ao valor a ser considerado para o reembolso. Face à omissão, muitos julgados concluíam que esse valor deveria ser o nominal, o que, muitas vezes, redundava num enorme prejuízo para o acionista, frustrando o seu direito de retirada.

---

4 Caso Dodge *versus* Ford. *Supreme Court of Michigan*, 1919. 204 Mich. 459 N.W. 668, 3 A.L.R. 413.

5 BULGARELLI, Waldírio, *A falácia do dividendo obrigatório, in: Revista Forense*, 258:103-111 (1977).

A lei atual estabelece que o valor de reembolso não poderá ser inferior ao valor de patrimônio líquido das ações, de acordo com o último balanço aprovado pela assembléia geral. Por outro lado, com a exigência da correção monetária anual obrigatória do balanço, este estará de certa forma corrigido, e não defasado, com valores puramente nominais. Mas, além disso, a cautela do legislador não parou aí. E ficou estabelecido que se a deliberação da assembléia geral, geradora do direito de retirada, ocorrer mais de 60 dias do último balanço aprovado, será facultado ao acionista pedir, juntamente com o reembolso, levantamento de balanço especial em data que atenda àquele prazo, para corrigir a eventual distorção.

10.3. *DIREITO DE VOTO*

Na sociedade anônima, o direito de voto não é essencial. Não se encontra entre os direitos essenciais arrolados no artigo 109 da Lei nº 6.404/1976. Ele só existe para as ações nominativas, as endossáveis e as escriturais. Inexiste para as ações ao portador, que foram abolidas no Governo do Presidente Collor. Na prática, as ações preferenciais raramente o mantêm. Regra geral, a cada ação ordinária corresponde um voto nas deliberações das assembléias gerais, sendo vedado o voto plural.

Segundo o artigo 110 da Lei nº 6.404/1976, "a cada ação ordinária corresponde um voto nas deliberações das assembléias gerais". Esse dispositivo deve ser lido "cum grano salis", com uma dose de malícia, pois: (1º) nem toda ação ordinária tem direito de voto (na sistemática: 1ª) *original*; 2ª) *da lei, as ações* OP eram destituídas do direito de voto); e (2º) e nem só as ações ordinárias têm direito de voto.

Ao exigir a identificação do acionista votante, tornando o direito de voto privativo das ações nominativas, endossáveis e escriturais, bem como ao estabelecer que "o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido", o legislador denota, mais uma vez, a sua preocupação com o acionista meramente investidor, também chamado de acionista-rendeiro que, via de regra, não tem o direito de votar. Segundo Alfredo Lamy Filho, para que a empresa possa subsistir, sem sobressaltos, apesar das divergências naturais entre tantos sócios, e para que a minoria aceite associar-se submetendo-se à lei da maioria – vale dizer, para que

a sociedade anônima possa exercer sua função insubstituível de mobilizar poupanças, e para que crie um amplo mercado de capitais – o direito de voto terá que ser disciplinado e exercido responsavelmente. Ninguém participaria de uma sociedade em que a maioria pudesse tudo, inclusive deliberar no seu exclusivo interesse, ou contra o interesse da sociedade, ou em que imperasse a lei da selva, tão bem enunciada pelos italianos no "soltanto il mio danaro è sacro, il resto all'inferno...".[6]

Além disso, adotando o sistema do voto múltiplo, o legislador possibilitou às minorias votantes a participação nos conselhos de administração, o que não deixa de ser uma grande vantagem para os acionistas não-controladores, chamados "minoritários".

10.4. *TRANSAÇÕES ENVOLVENDO CONTROLE*

Outro ponto de præocupação do legislador com o acionista não-controlador diz respeito às operações envolvendo o controle da companhia: as alienações de controle e as ofertas públicas de compra de ações. Nessas transações, o preço das ações que representam o controle atinge uma cifra muito superior à do preço das demais ações. Para evitar distorções prejudiciais aos acionistas não-controladores, o polêmico artigo 254 da Lei nº 6.404/1976 subordina a alienação de controle à prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários. E atribui a essa autarquia federal o dever de zelar para que seja assegurado *tratamento igualitário* aos acionistas minoritários, mediante simultânea oferta pública para a aquisição de ações. Esse polêmico dispositivo legal nasceu de uma Emenda ao Projeto de Lei, apresentada pelo Deputado Herbert Levy, que, depois de muitos debates e controvérsias, teve a sua redação alterada pelo Senador Otto Lehmann.

A idéia básica subjacente da Emenda enfim aprovada é a de que o sobrevalor pago às ações de controle não pertence exclusivamente aos controladores e sim à própria empresa, devendo ser dividido entre todos os acionistas. Assim, o preço a ser pago às ações de controle deveria ser necessariamente estendido às ações dos acionistas minoritários, mediante indenização a ser paga a estes últimos pelos controladores alienantes das ações.

---

6 LAMY Filho, Alfredo, *O Direito de Voto e as Ações ao Portador*, in: *...rnal do Brasil*, de 7 de setembro de 1975.

Tão logo foi promulgada a Lei nº 6.404/1976, e antes mesmo que entrasse em vigor, o Banco Central do Brasil baixou a Resolução nº 401, de 22 de dezembro de 1976, para regulamentar as alienações de controle. Segundo o Prof. Modesto Carvalhosa, a Resolução, à guisa de regulamentá-lo, frustrou o objetivo do artigo 254, ao limitar a oferta pública às ações votantes. E Rubens Requião registra, "com amargor, o fato de uma simples 'resolução' alterar dispositivo legal, aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo Poder Executivo".[7]

Creio que numa eventual discussão sobre a legalidade e a constitucionalidade da Resolução nº 401 do Banco Central do Brasil será muito importante precisar, detalhar, lapidar e diferençar os conceitos de

acionista minoritário,
acionista majoritário,
acionista controlador e
acionista não controlador...

10.5. *PADRÃO DE CONDUTA PARA ADMINISTRADORES DE COMPANHIAS*

"O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão." E "deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa"

Quanto aos padrões legais de conduta para administradores de sociedades anônimas, não houve variação de substância e conteúdo com a promulgação da lei em vigor. Todavia, a nova forma adotada pelo legislador, com uma abordagem analítica, casuística e detalhada, ao disciplinar os deveres e a responsabilidade dos administradores de companhias, mais uma vez, revela a preocupação com o acionista não-controlador.

Nessa matéria, pode-se dizer que o legislador como que "choveu no molhado". Foi enfático, rebarbativo, repetitivo e insistente. Adotou

---

7 REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1980, vol. 2º, p. 235.

CARVALHOSA, Modesto, *Manifestação no Seminário sobre a Nova Estrutura Legal das Sociedades Anônimas*, realizado na PUC-MG, em Belo Horizonte, no ano de 1977.

a tradicional regra do "bonus pater familias", segundo a qual o administrador deve administrar a empresa como o bom pai de família administra o seu lar, com diligência e lealdade, e depois trocou a regra em miúdos, explicitando e exemplificando a não mais poder, levando-nos a duvidar de sua confiança na capacidade exegética dos julgadores e demais juristas.

Neste campo, assumem especial relevo as normas relativas ao conflito de interesses e ao "insider trading".

Os negócios jurídicos celebrados entre as companhias e seus administradores, bem como entre companhias que tenham administradores comuns, serão submetidos a um rígido escrutínio. E só serão considerados válidos se realizados em condições razoáveis e eqüitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros.

A doutrina chama de "insider trading" aquele administrador que, descumprindo o seu dever de lealdade, se vale de informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo, e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda daqueles papéis.

Observações Importantes

1.

Os casos a seguir reportados – alguns julgados na vigência do Decreto-Lei nº 2.627/40 – foram todos adaptados para fins didáticos. Tanto quanto possível, procurou-se respeitar a redação original do texto.

2.

Os casos extraídos por amostragem dos mais importantes repertórios de Jurisprudência não devem ser considerados como modelos de decisões acertadas, mas apenas como pretexto para incentivar, ilustrar e enriquecer o debate e desenvolver o raciocínio jurídico, a capacidade crítica e dialética do aluno.

3.

A ordem de apresentação dos casos *tenta* seguir, na medida do possível, a seqüência da Lei nº 6.404/76.

Rodolfo e Anelina

(RT, 450/154)

Rodolfo e Anelina eram casados sob o regime da separação de bens.

Rodolfo doou a Anelina alguns bens. Entre estes, uma nota promissória, por ele emitida mediante procuração.

Depois disso, Anelina efetuou um acordo com os parentes de seu marido em grau sucessível. Através do acordo, Anelina obrigou-se a devolver a nota promissória se os herdeiros fizessem com que Rodolfo transferisse, para ela, duas casas. Rodolfo veio a falecer sem transferir as casas para Anelina. E esta ajuizou execução cambial contra o espólio, para cobrar a nota promissória.

Embargando a execução, o espólio alega que Anelina não pode executar a nota promissória, pois se obrigara a devolvê-la.

Anelina retruca dizendo que a obrigação de devolver foi condicionada à entrega, a ela, das duas casas, o que não ocorreu. E invoca a "exceptio non adimpleti contractus" (Código Civil, art. 1.092).

O espólio alega que a condição imposta por Anelina era nula, por contrariar o disposto no art. 1.089 do Código Civil (não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva).

O espólio alega, mais, compensação de dívidas. Segundo ele, Anelina se beneficiou pelo produto da venda de 100.000 ações das quais o "de cujus" tinha o usufruto.

Anelina alega que as ações pertenciam a ela. Que ela apenas dera uma autorização para Rodolfo vendê-las. Que não existe usufruto, pois não havia nenhum registro dele no Livro de Registro de Ações nominativas, nos termos do art. 40, I, da Lei das S.A. E que, não havendo usufruto, não há falar em compensação.

Há, nos autos, um documento, assinado por Anelina, segundo o qual ela autorizou o seu marido a receber "os rendimentos, ações, dividendos e bonificações que renderem ações ordinárias e/ou preferenciais

do capital social da Refinaria de Petróleo União S.A., de propriedade da outorgante".

QUESTÕES:

De que ação se trata, no caso em tela? Qual a pretensão da autora? Qual a defesa do réu? O pacto entre Anelina e os parentes de Rodolfo infringe o art. 1.089 do Código Civil? Por quê? A condição contida na promessa de restituição da nota promissória é suspensiva ou resolutiva? A obrigação contraída pelos parentes de Rodolfo é uma obrigação de meio ou de resultado? Aplica-se ao caso o art. 1.092 do Código Civil? Qual a diferença entre ações ordinárias e ações preferenciais? Em que consiste a preferência das preferenciais? Qual a diferença entre dividendos e bonificações? Que tipo de nome comercial é Refinaria e Exploração de Petróleo S.A.?

NOTA

Sobre o usufruto de ações, ver os arts. 114 e 100, I, *f*, da Lei nº 6.404/76.

Chapecó

(TJSC, ap. cível nº 16.570, 16 de agosto de 1983)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 16.570, da comarca de Chapecó (2ª Vara), em que é apelante Levinio Neves de Godoy, sendo apelada S/A Indústria e Comércio Chapecó:

ACORDAM, em Segunda Câmara Cível, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas pelo apelante.

Trata-se de ação proposta por Levinio Neves de Godoy contra S/A Indústria e Comércio Chapecó, com fundamento nos arts. 109, § 2º, e 286, da Lei nº 6.404/76, objetivando anular a assembléia geral extraordinária da sociedade recorrida, realizada em 25 de setembro de 1979, porque fora o autor impedido de exercer o direito de voto relativamente a 22.373.948 ações nominativas que dela possui, sob alegação de que estariam gravadas com usufruto em favor de Plinio Arlindo De Nes. Requer ainda o autor, se não anulada a assembléia, seja instalado, na empresa em questão, o Conselho Fiscal, permitindo-lhe que eleja um de seus membros e respectivo suplente, pleiteando, também, a invalidação da eleição do Conselho de Administração, realizando-se novo pleito com o exercício de seu direito de voto pelo processo múltiplo – art. 141, da Lei nº 6.404/76.

Os fatos narrados na longa petição inicial podem ser assim resumidos: que o autor é detentor de 33.308.758 ações ordinárias nominativas da empresa ré, resultado de aquisições, herança, doações e também decorrentes de aumentos de capital; que as doações foram de 3.146.219 ações, cedidas pelo seu sogro, Plinio Arlindo De Nes, conforme documento exibido (fls. 28), ficando o doador com o direito aos frutos e o donatário ao uso das ditas ações; que, no exercício do seu direito de propriedade, participou e votou sem restrições em todas as assembléias gerais, desde 1975, sendo impedido de votar na assembléia acima refe-

rida e ficando impossibilitado de indicar dois membros do Conselho de Administração (art. 141, § 4º) e um Conselheiro Fiscal com o respectivo Suplente (art. 161, § 4º); que outras deliberações foram tomadas, sem se considerar o peso da participação do postulante no capital social; que utilizando-se do direito e do dever de votar, como legítimo detentor e dono das ações, consagrou-se o hábito, o uso, o costume, procedimento jurídico aceito pelos arts. 126 e 137 do Código de Processo Civil, representando um inquestionável acordo tácito para os efeitos do art. 114 da nova lei das S/A; que as ações doadas não se acham gravadas com usufruto, pois o respectivo instrumento não limitou a propriedade do donatário, como não conferiu poderes de posse, uso e administração das ações ao doador; que a interdição do voto somente recaiu sobre o autor, enquanto o filho de Plinio Arlindo De Nes, também donatário, exerceu aquele direito; que a malsinada assembléia deve ser anulada, pois, além de ofender a ordem pública e os bons costumes, não havia *quorum* para sua instalação, levando-se em conta a exclusão dos votos relativos às ações doadas (ao autor e a Plinio De Nes Filho).

A contestação, da mesma forma, estendeu-se em considerações em torno da matéria exposta, refutando as alegações preambulares. Para tanto, argüiu, de início, as seguintes questões, colocadas como preliminares: ilegitimidade passiva de parte, já que a discussão relativa ao instrumento de doação deve se referir tão-somente entre os signatários do documento; como conseqüência da colocação anterior, carência de ação, por impossibilidade jurídica, estando a situação averbada no livro de registro de ações nominativas; ainda carência de ação porque, assinando o livro de presença dos acionistas e dando-se como possuidor de apenas uma ação ordinária, a computação desse voto não poderia eleger membros do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal. No mérito, a contestante sintetiza assim sua defesa: que o autor recebeu de Plinio De Nes, em doação, 3.146.219 ações nominativas da sociedade, gravadas com o direito real de usufruto, embora não mencionado o vocábulo, conforme registro no respectivo livro, em 8 de setembro de 1975; que, acrescidas as bonificações recebidas, somavam o número de 22.373.948 ações, todas gravadas com o mesmo direito real em favor do doador, obedecendo às expressas disposições do art. 169, § 2º, da vigente Lei das S.A., que correspondia ao art. 113, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 2.627/1940; que, não havendo estipulação expressa

quanto ao direito de voto, usufrutuário e nu-proprietário se faziam presentes e, em conjunto, demonstrando estarem concordes, manifestaram-se nas assembléias gerais ordinárias e extraordinárias realizadas pela sociedade ré; que a presença de ambos permitia à sociedade saber da concordância em relação ao exercício do voto, pouco importando fosse o direito exercido por um ou pelo outro; acontece que, para a assembléia geral realizada em 25 de setembro de 1979, não houve acordo quanto ao que seria votado, sendo sobre essa dissidência a sociedade judicialmente notificada através de pedido formulado pelo usufrutuário; que em face disso e em obediência ao art. 114 da Lei que rege a matéria, a presidência da mesa declarou a impossibilidade de serem tomados os votos das ações gravadas com usufruto, contra o que se insurge o autor; que o acordo particular de doação é instrumento firmado entre o autor, seu sogro e seu cunhado, visando sobretudo a continuidade do controle acionário em mãos da mesma família, não podendo a sentença atingir quem não é parte no feito e nem podendo ser discutidos aqui os termos do acordo, do qual a empresa não participou; que o direito real de usufruto, constituído pelas partes e figurando no livro de registro de ações nominativas, inegavelmente existe, inclusive no tocante às ações decorrentes de aumento do capital (art. 169, § 2º, Lei nº 6.404); que não se pode alegar direito costumeiro contra a lei, se as situações estão legalmente caracterizadas e definidas; que, afastando outra alegação, houve concordância entre o usufrutuário e Plinio De Nes Filho, o que não ocorreu com o autor; que, finalmente, o autor não foi impedido de eleger membros do Conselho de Administração, membro do Conselho Fiscal, ou de pleitear o direito ao voto múltiplo, mas apenas não contava ele com o número suficiente de ações para o exercício do direito de voto.

Conclui a contestação defendendo a regularidade da assembléia geral e dos atos nela praticados.

As alegações da defesa foram rebatidas pelo requerente, seguindo-se a juntada de documentos, com pareceres e estudos abordando os temas focalizados.

O MM. Juiz, nos termos do art. 330, inciso I, do CPC, entendendo que pelo acordo particular de fls. 28, "caracteriza-se um usufruto *particular*, incidente sobre as ações objeto de doação; *vitalício*, porque perdurará enquanto viver o usufrutuário, ou até que sobrevenha uma causa legal de extinção; e *convencional*, porque instituído com o ex-

presso assentimento dos que se tornaram nus-proprietários das ações" (fls. 208), julgou improcedente o pedido de fls. 2/26, condenando o autor no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados de acordo com o art. 20, § 3º, letras *a*, *b* e *c*, do CPC, em 15% sobre o valor dado à causa.

No apelo (fls. 213/233), reiterando razões já aduzidas, objetiva o requerente a reforma da decisão de primeiro grau, sustentando que o acordo particular de fls. 28, não está gravado com usufruto, "de vez que o instrumento versa uma *doação pura e simples*, resguardada apenas a venda das ações doadas: das 3.146.219 e não das 22.373.978 sobre as quais a assembléia geral negou o direito dè voto" (fls. 231). Assevera ainda que não firmou tal documento como usufruto e nem era esta a intenção do doador, pois o mesmo não fala em nu-proprietário e nem em usufrutuário, mas sim em *cedente* e *cessionário*, sendo verbalmente convencionado que o direito de voto seria do cessionário, ora apelante, tendo que este sempre o exerceu com a aprovação não só do doador, como de mais de uma dezena de assembléias (fls. 233).

Com as contra-razões (fls. 238/255), os autos subiram a esta Instância.

As preliminares repelidas de pronto pela sentença recorrida restaram superadas e não exigem novo exame. Evidente que a ilegitimidade passiva da parte não poderia ser acolhida, visto que, mesmo travando-se a discussão para atingir a validade do instrumento de doação entre os firmatários daquele documento, não há negar que o postulante questionou atos da assembléia geral, órgão da empresa ré, que entendeu lesivos aos seus direitos. O conteúdo e as características da doação operada entre as partes não constituem objeto desta demanda, proposta diretamente contra a sociedade. Por isso, não se justificaria a produção de prova pericial, nestes autos, requerida, aliás, apenas de passagem na petição inicial e sem indicação da finalidade dessa prova.

Outros aspectos do litígio, catalogados como preliminares, mas confundindo-se com o próprio mérito da causa, comportam especial análise a seguir.

Como se recorda, o ponto principal perseguido pelo apelante era a anulação de uma assembléia geral extraordinária da Indústria e Comércio Chapecó, realizada no dia 25 de setembro de 1979, pelo fato de ter sido impedido de exercer o direito de voto relativamente a

22.373.948 ações ordinárias nominativas, sob a alegação de que estavam gravadas com usufruto em favor de Plinio Arlindo De Nes.

Enquanto o recorrente sustenta que o chamado "acordo particular" celebrado com Plinio De Nes e o filho deste (fls. 28, 1º vol.) não passa de um simples contrato de doação de ações, para a recorrida o que se estabeleceu foi uma relação jurídica de caráter convencional, objetivando a doação de ações a Plinio De Nes Filho e Levinio Neves de Godoy, com reserva de usufruto vitalício de ditas ações em benefício do doador (pai e sogro dos beneficiários).

Os argumentos utilizados pela sentença apelada e aqueles invocados na contestação convencem de que o autor não está com a razão.

Pela leitura do documento básico (fls. 28), infere-se que, muito embora não declinando a palavra, as partes, diante das cláusulas e condições estabelecidas, acordaram numa doação de ações nominativas, com o gravame de usufruto para o doador. Observe-se que as ações indicadas passariam a ser de propriedade dos beneficiários, no caso Levinio de Godoy, inclusive aquelas resultantes dos aumentos de capital. Já os lucros a serem distribuídos, correspondentes às mesmas ações, pertenceriam ou continuariam pertencendo ao doador, "enquanto o mesmo viver". A conclusão que se extrai, então, é de que houve realmente a instituição de usufruto vitalício. Mas se dúvida ainda persistisse a respeito, a anotação da transferência e do gravame no livro de registro de ações a teria dissipado, eis que as ações do autor constam averbadas como gravadas com reserva de usufruto (fls. 49), segundo prevê o art. 40, inciso I, da vigente Lei das Sociedades por Ações, "ato que complementa o negócio jurídico efetuado, outorgando-lhe eficácia perante terceiros, no que tange a direitos exercíveis dentro da sociedade ou contra esta", assinala o parecer da Procuradoria da Junta Comercial, ao se manifestar sobre a impugnação do acionista Levinio Neves de Godoy (fls. 114/120). "O usufruto – deduzido ou concedido – sobre ações de sociedade anônima se constitui, formalmente, quando referido a ações nominativas, através de averbação no Livro de Registro de Ações Nominativas" (*RT*, vol. 450, p. 154).

Portanto, as partes contratantes ajustaram mais do que uma doação pura e simples de ações livres.

Concluindo-se, assim, caracterizada a figura do usufruto, a solução da pendência se desveste da aparente complexidade.

É que o art. 114 da referida Lei nº 6.404/76 disciplina o direito de voto da ação gravada com usufruto, estabelecendo que se não for regulado no ato de constituição do gravame, somente poderá ser exercido mediante prévio acordo entre o proprietário e o usufrutuário: "Com este cânone estabeleceu a lei a liberdade já existente ao tempo do Decreto-Lei nº 2.627, art. 84" (P. R. Tavares Paes, *Manual das Sociedades Anônimas*, p. 31; Fran Martins, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Tomo I, p. 74; José da Silva Pacheco, *Tratado de Direito Empresarial*, vol. I, p. 319; Luiz Gastão Paes Barros Leões, *Comentários*, vol. II, p. 243). Ora, como nas ocasiões precedentes não houve discussão, as votações transcorreram normalmente, exercendo este ou aquele o direito de voto. Idêntica situação se verifica em relação às ações transferidas a Plinio De Nes Filho (acordo firmado entre eles, fls. 108 e 109, do 1º volume). De outra parte, com referência às discutidas ações transferidas ao apelante, na falta de ato regulamentando o direito de voto, e diante da divergência de opiniões ou de interesses entre usufrutuário e nu-proprietário (notificação, fls. 100 a 103), da qual o apelante teve pleno conhecimento (fls. 51/53), o voto não poderia ser exercido. As ações posteriormente distribuídas, tanto por força do contrato, que assim previu, como por preceito da lei (art. 169, § 2º), receberam igual tratamento (Fran Martins, *Comentários*, Tomo II, p. 481).

Também pelas razões antes expostas – possibilidade de serem computados os votos correspondentes às ações doadas a Plinio De Nes Filho e aquelas mais tarde distribuídas – considerados válidos tais votos, não se registrou falta de *quorum* para deliberação em assembléia. Seguindo igual raciocínio, não computados os votos das ações transferidas ao apelante, mas gravadas com usufruto, por falta de acordo prévio, não foi ele impedido de eleger membros do Conselho Fiscal ou da Administração, ou ainda de adotar o processo de voto múltiplo (art. 141, Lei das S.A.); apenas não contava, subtraídas as discutidas ações, e nem mesmo pelo "Livro de Presença" (fls. 106, vol. I; art. 110 da Lei), com o número de ações que representassem no mínimo um décimo do capital votante, conforme consta da ata da assembléia (fls. 54 a 62), devidamente arquivada na Junta Comercial (fls. 112).

Para se invocar o direito costumeiro, em face dos procedimentos pretéritos, além de ser necessário o uso prolongado, constante e uniforme de determinada relação de fato (Moacyr de Amaral Santos, cita-

do), impunha-se a constatação da inexistência de norma legal. Não é, porém, o caso, como resultou demonstrado.

Não seria demais recordar que os termos do "acordo particular" assim como o usufruto e as cláusulas ou ônus que gravaram as ações escapam à discussão neste pleito, o que se evidencia até mesmo pela forma como foi a ação proposta.

Por tudo quanto se resumiu, a sentença merece subsistir, posto que não demonstrada irregularidade na assembléia geral extraordinária, capaz de justificar a anulação daquele ato já levado ao registro do comércio.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Ernani Ribeiro e Xavier Vieira.

Florianópolis, 16 de agosto de 1983.

Wilson Antunes, Presidente
Hélio Mosimann, Relator

QUESTÕES:

Qual o prazo de prescrição da ação para anular deliberação de AG numa SA? Qual o "dies a quo" desse prazo? Tal ação tem em mira uma nulidade absoluta ou uma nulidade relativa? Qual a diferença entre ambas? Uma SA pode existir sem conselho fiscal? Observe que o autor da ação quis caracterizar uma *cessão* no caso em tela. Como se distingue uma *cessão* de uma *doação*? O fato de o doador ficar com o direito aos frutos e o donatário com o direito ao uso caracteriza o usufruto? Como a lei brasileira resolve o problema das ações gravadas com usufruto? O que é usufruto? Como se constitui o usufruto de ações? Qual o efeito da averbação do usufruto de ações no Livro de Registro de Ações Nominativas? Onde é averbado o usufruto das ações endossáveis? E o das ações escriturais? Seria possível o usufruto de ações ao portador? Em caso de bonificação de ações, o usufruto se estende aos "filhotes"?

Bardella

(*RT*, 589/96)

TÍTULOS AO PORTADOR – Extravio – Ação de anulação e substituição de certificados de ações preferenciais ao portador de sociedade anônima – Inicial omissa quanto às circunstâncias em que ocorreu a perda – Falta de providências com o objetivo de identificar os detentores dos títulos – Citação não providenciada – Carência decretada – Aplicação dos arts. 908 e 909 do CPC e 38 e §§ da Lei nº 6.404/76.

Na ação de anulação e substituição em que o autor alega perda de títulos ao portador, cumpre-lhe fundamentá-la, na petição inicial, com a completa descrição dos elementos fáticos e, mais do que isso, deverá fazer a demonstração *quantum satis* dos eventos assinalados, através de documentos, ou, se deles carecer, pela prova testemunhal, ainda que *inaudita altera pars*.

A citação dos detentores dos certificados identificados ou identificáveis é indispensável em tal ação, uma vez que se trata dos exclusivos sujeitos passivos do processo.

Ap. 77.035-2 – 12ª C. – J. 23.08.84 – rel. Des. Carlos Ortiz.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 77.035-2, da comarca de São Paulo, em que é apelante Samir Jubran, sendo apeladas Bardella S/A – Indústrias Mecânicas e Exterior – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda.: Acordam, em 12º Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade de votos, negar provimento à apelação, alterada a conclusão da sentença para carência, extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC.

Trata-se de ação de anulação e substituição de certificados de 475.000 ações preferenciais ao portador da empresa Bardella S/A – Indústrias Mecânicas, estribada nos arts. 907, II, e segs. do CPC e 38 e §§ da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15.12.76).

Na inicial, após suficiente exposição e comprovação documental quanto à especificação dos títulos, à época, ao lugar e ao modo como os adquiriu, o autor alega, laconicamente, numa única frase, que "veio a perder todos os aludidos certificados e embora tenha diligenciado bastante, não conseguiu descobrir seu paradeiro, nem como ou onde os perdeu". Não apresentou justificação documental desse evento, narrado sem a indicação de circunstâncias fáticas mais precisas, nem postulou a oral, que servisse para esclarecê-las.

Ora, o art. 908, *caput*, do CPC, que se aplica mesmo quando a demanda tem por objetivo a perda ou extravio de certificados de ações societárias ao portador ou endossáveis, diante da remissão do art. 38 da Lei das Sociedades Anônimas, genérica, à "forma da lei processual", estabelece que na petição inicial dessa ação de procedimento especial exporá o autor "as circunstâncias em que perdeu o título" (ou perdeu-título), enquanto que o art. 909 do mesmo estatuto só possibilita a citação do réu e o cumprimento das demais providências do artigo anterior após "justificado quanto baste o alegado".

É claro, pois, que, se, como na hipótese em tela, o autor alega a perda do título, terá que fundamentá-la na petição inicial com a completa descrição dos elementos fáticos e, mais do que isso, haverá de fazer a demonstração *quantum satis* dos eventos assinalados, por documentos ou, se não os tiver, pela prova testemunhal, ainda que *inaudita altera pars*.

Explica-se a exigência da lei processual diante das peculiaridades dos títulos ao portador aos quais se equiparam os certificados de ações ao portador ou endossáveis, especialmente a sua abstração, em razão da qual será proprietário dos mesmos, ou credor dos seus valores junto ao devedor, quem os detenha, e a sua circulabilidade, que implica a transmissão do domínio pela simples tradição manual. Adroaldo Furtado Fabrício faz minuciosa apreciação da matéria nos seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. 3º/332-337, Ed. Forense, 1980, nº 217, frisando que tal exigência do autor serve como "garantia inicial da seriedade da demanda". Vale reproduzir tópicos de sua douta exposição:

"A cautela especial no admitir a demanda de anulação e reforma do título ao portador, portanto, encontra justificativas no caráter excepcional dessa providência em face dos princípios gerais atinentes a tais cártulas e, sobretudo, na insegurança que a admissibilidade dessa ação

pode acarretar para o portador, a par, ainda, da relativa facilidade com que o sistema permitiria, se dispensada justificação, a demanda temerária e aventurosa e, o que é pior, o seu sucesso.

"Essas considerações impõem que se trate com rigor o tema da justificação. Exige-se ao autor a comprovação – se não plena, porque então se estaria a antecipar a instrução e o julgamento do mérito – pelo menos suficiente para tornar amplamente plausível o alegado, isto é, todas as informações que, segundo o art. 908, devem estar na inicial. Não se satisfaça o juiz com a simples possibilidade de serem as alegações verdadeiras: a possibilidade é bifronte e corresponde apenas à fase de cognição da 'propensão para afirmar, equilibrada pela propensão para negar', para usar ainda uma vez a lição magistral de Lopes da Costa. Não se baste, outrossim, com a verossimilhança, que é degrau apenas um pouco superior do juízo da possibilidade: a verossimilhança da afirmação não exclui a da negação, e tudo ainda é uma questão de grau. Provar *quantum satis* é fazer com que o espírito do juiz se incline de modo seguro e firme, naquele momento e naqueles dados, pela afirmativa.

"Pedir apenas que a verdade do alegado seja teoricamente possível equivale, na verdade, a dispensar qualquer elemento de convicção. A isso bastaria que exposição do autor não encerrasse uma impossibilidade física ou um absurdo lógico: para esse fim não se exigiria justificação, pois é o que se espera de qualquer petição inicial. O limite entre a verificação da possibilidade em tese e a 'justificação do alegado' não é assim tão tênue: esta supõe a averiguação *in concreto* das afirmações do autor, o que é sempre mais, mesmo nos fixados limites do juízo de plausibilidade, do que o mero exame da possibilidade teórica.

"A letra do art. 909, de resto, afina com a tese exposta (restrita e rigorosa, mas necessárias) no sentido de que o objeto da justificação corresponde a todas as alegações formuladas segundo o art. 908" (ps. 334-336, ob. cit.).

Se fosse suficiente, como o fez o autor na inicial, a alegação sucinta da perda dos certificados, os arts. 908, *caput*, e 909 do CPC constituir-se-iam em regras despiciendas, contendo palavras inúteis, o que não se compatibiliza com os preceitos de Hermenêutica.

Faltassem a melhor explanação da perda ou extravio do título e a respectiva justificação da mesma, poder-se-ia admitir, na melhor das hipóteses, o suprimento da falta mediante provas outras que o autor

juntasse ou produzisse em audiência, em instrução incidente, à medida que, *v.g.*, com as manifestações do devedor, da Bolsa de Valores e de outros interessados, ou do próprio tenedor dos títulos, outros fatos viessem a ser noticiados ou demonstrados nos autos.

O autor, na espécie, porém, nada fez para elucidar as circunstâncias da perda dos certificados de ações, ainda que, paradoxalmente, argüísse contra outros, especialmente a Exterior – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., que trouxe para os autos o nome do misterioso Jorge Kalil (fls.), a falta de prova de suas alegações.

Diga-se, aliás, que ao autor sempre incumbiria o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, do CPC), em espécie e de postular a anulação e a substituição dos certificados em razão da indigitada perda. E não se haveria sequer de falar da revelia, a dispensar prova desse fato, na medida em que ninguém, nominalmente, foi posto, mediante citação, no pólo passivo da demanda, a tal não equivalendo a citação editalícia de "eventual detentor e de terceiros interessados incertos" (fls.), que, de resto, foram defendidos pelo Curador de Ausentes.

Tanto mais, é patente, impor-se-iam tais esclarecimentos e sua demonstração cabal na medida em que se verifica que entregues ao autor pela corretora, Baluarte S/A – Corretora de Títulos e Valores Mobiliários, os certificados em 21.11.80 (fls.), já pouco tempo após, em 08.01.81, eram passados pela Exterior à Corretora BCN S/A (fls.).

Que dizer, então, do enigmático Jorge Kalil, apontado pela Exterior como detentor dos certificados (fls.), na verdade ex-administrador da financeira Creditum, em regime de liquidação extrajudicial, como se vê no histórico do despacho de fls., no qual o Juiz, que o prolatou, revela diligências pessoais que efetivou na busca de dados elucidativos, especialmente quanto ao modo como se deu a retirada dos títulos da Baluarte e em face de ação de responsabilidade movida contra Jorge Kalil?

Não se discute, nem seria necessário fazê-lo, o acerto do lúcido parecer do advogado José Alexandre Tavares Guerreiro, anexado pelo apelante, a fls. Prevalece, com efeito, o entendimento de que a regra do § 1º do art. 38 da Lei das Sociedades Anônimas, relativa à necessidade de prova da destruição ou inutilização do certificado ao portador ou endossável, para admitir-se a sua anulação e substituição, só se aplica aos casos em que titular dos certificados argüiu tais eventos.

Mas é bem de ver que, se tal prova foi exigida nos casos de destruição ou inutilização, que são modalidades da perda, não se vê por que prescindi-la nos em que se alegou a perda singela ou extravio, previstos no *caput* do art. 38 da Lei das Sociedades Anônimas. Se assim não se entendesse, estaria criada censurável e paradoxal diferença no ônus probatório de quem argüiu, genericamente, perda do certificado e no que especificou pela destruição ou inutilização.

A sentença, de resto, por haver adentrado o mérito, não se limitou a fundar-se na falta da prova da perda, fazendo ponderações outras sobre a abstração dos títulos e a boa-fé de seus detentores que, embora identificados nos autos, vale dizer, não vieram a ser convocados, mediante citação, a integrar o pólo passivo da relação processual.

Fica-se, entretanto, na carência, pela ausência de pressupostos à formação e ao desenvolvimento do processo, extinguindo-se este, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC, de ofício, consoante possibilitado pelo § 3º do mesmo artigo, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Como adverte Adroaldo Furtado Fabrício, "se o autor fracassa na tentativa de convencer o juiz sequer da plausibilidade do alegado, dá-se caso de extinção do processo, sem julgamento do mérito: falta pressuposto de desenvolvimento válido do processo" (ob. e vol. cits., nº 219, p. 338); isso ainda em comentários ao art. 609 do CPC, no tema da falta de justificação do alegado pelo autor na ação de anulação e substituição de título ao portador.

A citação dos detentores dos certificados, de outra parte, era indispensável, pois que eles seriam os exclusivos sujeitos passivos do processo, como deflui dos arts. 908, I, e 909 do CPC. Ainda que o autor desconhecesse as identidades dos mesmos ao ajuizar a demanda, por manifesta displicência, já que antes haviam voltado a circular, o que seria apurável por simples consulta ao Banco Lar Brasileiro S/A, responsável pela emissão das ações da Bardella S/A, mais a distribuição de dividendos e bonificações, diante dos esclarecimentos que vieram para os autos (fls. e fls.), teve ele conhecimento dos nomes dos atuais tenedores, ou de meios para identificá-los. Nenhuma providência tomou, nem mesmo postulando a citação da Exterior, somente intimada para prestar esclarecimentos.

Não providenciada a citação desses detentores identificados ou indentificáveis, por isso que não cobertos pela citação editalícia, tor-

nou-se inviável a prestação jurisdicional pretendida. É que, como ensina Ernani Fidélis dos Santos, "se os terceiros não forem citados, a imutabilidade da coisa julgada não os atingirá. E, como a sentença poderá ser no sentido de se declarar caduco o título, determinando a lavratura de outro, incorrer-se-ia no absurdo da possibilidade de se colocarem em circulação dois títulos do devedor, um na posse do autor vencedor e outro na do terceiro não citado" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI/79, Ed. Forense, 1978, nº 79).

Alterada para carência a conclusão da sentença, não há repercussão, porém, nos ônus da sucumbência, arcando o autor com a integralidade das custas processuais.

O julgamento teve a participação dos Des. Torres de Carvalho, pres., com voto, e Francis Davis. São Paulo, 23 de agosto de 1984 – Carlos Ortiz, relator.

QUESTÕES:

Reflita sobre o parecer do Prof. José Alexandre Tavares Guerreiro, citado no texto do acórdão. Justifica-se a ponderação nele efetuada? Justifica-se a gradação, efetuada pelo Tribunal paulista, entre o "juízo da possibilidade" e "verossimilhança" e entre "verificação da possibilidade" e "justificação do alegado"? Analise a situação de cada uma das pessoas abaixo no contexto integral do caso, procurando identificar a posição ou participação de cada uma delas: Baluarte S/A; Jorge Kalil; Bardella; Banco Lar Brasileiro; Exterior; Creditum. As ações referidas no acórdão eram *coisas* ou *bens*? Móveis ou imóveis? Fungíveis ou infungíveis? Em que extensão variaram as decisões de 1º e 2º graus no caso concreto? Havia necessidade, "in casu", de intimação da Bolsa de Valores? Qual o prazo de prescrição da ação em tela? Reflita sobre os conceitos de *perda, extravio, destruição* e *inutilização* de ações. Como se relacionam tais conceitos? Que significam as expressões latinas *quantum satis* e *inaudita altera pars*, empregadas no acórdão? Como proceder na hipótese de destruição ou inutilização do Livro de Registro de Ações Nominativas?

Candonga

(Sentença do Juiz de Direito da 12ª Vara Cível de BH e acórdãos proferidos pelo TJMG na apelação cível e nos embargos infringentes na apelação cível nº 52.708.)

1. As ações das sociedades anônimas, qualquer que seja a sua espécie, forma ou classe, são bens móveis, valores mobiliários, nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

Embora essa afirmação possa parecer um truísmo, não é bem assim. Autores há, de nomeada, que não consideram as ações escriturais como bens móveis. Segundo Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, "as ações (*com exceção das ações escriturais*) integram a categoria dos bens móveis".[1]

Em outro ponto de sua obra, os mesmos autores indagam: "Mas serão por acaso as ações escriturais *coisas móveis*?" E respondem: "Pensamos que nesse ponto a razão está com Modesto Carvalhosa: embora não constituam coisas móveis, as ações escriturais são *mobilizáveis*".[2]

Caio Mário da Silva Pereira já chamara a atenção para a falta de exatidão e defeito da nomenclatura legal na distinção entre os conceitos de *coisas* e *bens*.[3] Para ele, "os bens, especificamente considerados, distinguem-se das coisas, em razão da materialidade destas: as coisas são materiais ou concretas, enquanto que se reserva para designar os imateriais ou abstratos o nome de bens, em sentido estrito".[4]

Isso posto, penso que poderia contribuir para a melhor compreensão do problema a seguinte colocação: as ações, todas elas, inclusive as escriturais, são bens móveis imateriais, enquadráveis naquela cate-

---

1 *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, São Paulo, Bushatsky, 1979, vol. I, p. 225.

2 Ob. cit., vol. I, ps. 244/245.

3 *Instituições de Direito Civil*, Rio e São Paulo, Forense, 1961, vol. I, p. 282

4 Ob. e loc. citados.

goria prevista no art. 48, II, Código Civil, segundo o qual são considerados móveis "os direitos de obrigações e as ações respectivas". Já os certificados de propriedade das ações são considerados coisas móveis. Nessa perspectiva, poderíamos concluir que as ações escriturais, por não se fazerem representar por certificados, são *bens móveis*, mas não são *coisas móveis*.

2. As ações das sociedades anônimas, qualquer que seja a sua espécie, forma ou classe, podem ser objeto de penhor, civil ou mercantil.

Penhor é o contrato segundo o qual uma pessoa dá a outra coisa móvel ou mobilizável em segurança e garantia do cumprimento de uma obrigação própria ou de terceiro. Segundo Washington de Barros Monteiro, ele pode ser definido como "o direito real que submete a coisa móvel ou mobilizável ao pagamento de uma dívida".[5]

O que distingue o penhor civil do mercantil é a natureza da obrigação a que o objeto do penhor serve de garantia, sendo que "não há divergências profundas entre as duas modalidades de penhor".[6]

As ações das sociedades anônimas – mesmo as escriturais – podem ser dadas em penhor. Quanto a estas últimas, a L.S.A. esclarece que "o penhor da ação escritural se constitui pela averbação do respectivo instrumento nos livros da instituição financeira, a qual será anotada no extrato da conta de depósito fornecido ao acionista (art. 39, § 1º).

3. As ações das sociedades anônimas, qualquer que seja a sua espécie, forma ou classe, podem ser objeto de desdobramentos, decorrentes de aumentos de capital sem ingresso de novos recursos financeiros ao patrimônio social (correção monetária, incorporação de lucros e reservas). Na hipótese de aumento de capital por correção monetária a companhia fechada que possuir ações com valor nominal terá duas opções: manter o mesmo número de ações, aumentando o seu valor nominal, *ou* manter o mesmo valor nominal das ações, que terão o seu número aumentado (L.S.A., art. 167, § 1º).

---

5 *Curso de Direito Civil – Direito das Coisas*, São Paulo, Saraiva, 1963, p. 336.

6 Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, Rio, Forense, 1984, p. 387.

Assim, por exemplo, uma companhia fechada que tenha o capital de um milhão dividido em um milhão de ações com valor nominal e venha a aumentar o seu capital por correção monetária para dois milhões, poderá manter o mesmo número de um milhão de ações, dobrando o seu valor nominal, *ou* dobrar o número de ações, mantendo o mesmo valor nominal das ações originais.

Essa alternativa, como se afirmou, só é facultada às companhias fechadas (LSA, art. 167, § 1º). Daí ser mais conveniente para as sociedades anônimas abertas a adoção exclusiva de ações sem valor nominal.

Na hipótese de aumento de capital por capitalização de lucros ou reservas – exceto a de capital, resultante da correção monetária – a companhia aberta ou fechada que tiver ações com valor nominal deverá aumentar o número de ações, mantendo o valor nominal delas (LSA, art. 169, § 1º).

Esse desdobramento de ações, quando ocorre nas circunstâncias descritas acima, recebe o nome técnico de *bonificação*. As ações originais são chamadas de ações-mães ou matrizes. As decorrentes da bonificação são as ações-bonificadas, ações-filhas, "filhotes" ou "coelhinhos".

4. As considerações acima certamente serão úteis para a compreensão e crítica do caso Candonga, abaixo exposto.[7]

O Banco Nacional de Investimentos S.A. obteve do Republic National Bank of New York Ltd. (de Nassau, Bahamas), um empréstimo em dólares e o repassou à Cia. Alhambra de Engenharia. A operação de repasse foi garantida através de 67.690 ações ordinárias nominativas (ON) da mineração Candonga S.A., dadas em penhor pelos Srs. Custódio Braga Filho e outros.

Tendo a Cia. Alhambra de Engenharia se tornado inadimplente, o Banco Nacional de Investimentos S.A. intentou ação de execução pignoratícia das ações contra a devedora, bem como contra os Srs. Custódio Braga Filho e outros.[8]

---

7 Sentença do Juiz de Direito da 12ª Vara Cível de Belo Horizonte e acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais na apelação cível e nos embargos infringentes na apelação cível nº 52.708.

8 A informação de que a execução pignoratícia foi intentada não apenas contra os devedores pignoratícios mas também contra a devedora principal cons-

"Efetivadas as citações e penhoradas as ações caucionadas e outras necessárias à garantia da execução (...) os executados oferecerem embargos à execução, alegando e pleiteando (...) que não negam a realidade e a exatidão do crédito pretendido; que, entretanto, o contrato foi garantido com caução de 67.690 ações nominativas ordinárias com valor nominal, sobre as quais deveria ter se restringido a penhora, o que não se deu, uma vez que esta se estendeu a um número muito maior, isto é, sobre 203.070 ações."

O juiz de direito da 12ª vara cível de Belo Horizonte rejeitou os embargos, argumentando o seguinte: "A única oposição, muito embora os embargantes, na verdade, não tenham indicado o inciso legal em que se fundaram,[9] diz respeito à ocorrência de um argüído excesso de execução. Tal excesso, como inequivocamente deflui dos embargos, estaria caracterizado pela efetivação da penhora de 203.070 ações da Mineração Candonga S.A., uma vez que dita penhora deveria ter ficado restrita às ações caucionadas previamente como contratual e cujo número seria apenas de 67.690. A execução, ora embargada, tem em mira obter o pagamento de uma obrigação ampla e amparada pelo contrato de mútuo, sobre o qual os embargantes não puseram qualquer dúvida, inclusive quanto ao montante. Assim, a execução tinha que se estender não apenas à garantia inicialmente oferecida, isto é, sobre as ações caucionadas, mas, sim, sobre bens que fossem suficientes para assegurar a execução no seu valor total. Daí o fato de a penhora haver sido estendida a um número maior de ações, além das que, previamente, haviam sido dadas em caução. Caso a penhora houvesse sido limitada às ações caucionadas, é evidente, tendo em vista o valor nominal de cada uma, que "ab initio", já seria ela insuficiente para a garantia da execução."[10]

---

9 A indicação do inciso legal, conquanto conveniente, não era indispensável (*Narra mihi factum, dabo tibi jus*).

10 Neste ponto, nota-se que o magistrado, realmente, confundiu penhor com aval ou fiança. Essa confusão foi argüída pelos devedores pignoratícios em sua apelação e será comentada mais adiante.

---

ta da sentença. Considerando que a devedora principal e os garantidores pignoratícios são pessoas diferentes, no caso em exame, a informação causa espécie, pois, obviamente, a execução *pignoratícia* não poderia ser ajuizada contra a devedora principal nessa circunstância.

Os Srs. Custódio Braga Filho e outros – devedores pignoratícios – recorreram para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, alegando em síntese, que: 1) o penhor de ações não é fiança e nem aval, e nem visa a cobrir a dívida cobrada, mas, sim, traduz uma garantia acessória; 2) em se tratando de caução com número certo de ações, somente essas ações responderão pela garantia acessória; 3) em se tratando de caução, somente o valor desta pode ser objeto de execução; 4) se afinal o produto das ações empenhadas não for suficiente ao pagamento de todo o débito ajuizado, isso não diz respeito aos caucionantes, cabendo ao exeqüente ir buscar a diferença do principal devedor, que é outro; 5) não é possível exigir-se dos caucionantes mais do que aquilo a que se obrigaram; 6) a penhora deveria recair apenas sobre os bens dados em caução, sem extenção alguma.

O Banco Nacional de Investimentos S.A. contra-arrazoou o recurso, alegando, em suma: 1) as ações que os recorrentes procuram subtrair da constrição judicial são as que, em decorrência do aumento de capital, procedido mediante simples correção monetária, derivam das ações caucionadas, conforme certidão de ata da AGE da Mineração Candonga S.A.; 2) o aumento de capital que deu origem a essas ações, não foi realizado com a entrada de nenhum novo recurso para o patrimônio da sociedade; 3) procedeu-se ao aumento do capital da Mineração Candonga S.A. mediante simples atualização de expressões monetárias e, como decorrência, ao invés de também aumentar apenas nominalmente o valor de cada ação preferiu-se mantê-las com o valor antigo, procedendo-se à distribuição de novas ações aos acionistas caucionantes; 4) pretender que as ações decorrentes das caucionadas, criadas por força de simples correção monetária, deixem de integrar a caução, será evidentemente subterfúgio com o qual se estará procurando esvaziar a garantia e lesar o credor; 5) a pretensão de excluir da caução as ações bonificadas em aumento de capital mediante correção monetária equivale a reduzir unilateralmente os bens dados em garantia, lesando o credor; 6) essa lesão se evidencia com a simples verificação de que à época em que se formalizou o instrumento de caução, as 67.690 ações caucionadas correspondiam a 64,465% do patrimônio social, e que após o aumento de capital mediante simples correção monetária as mesmas ações passaram a representar apenas 21,488% do mesmo patrimônio, sem que a este nada se tenha acrescido.

Reconheça-se, desde logo, a lamentável confusão efetuada pelo magistrado de primeiro grau, quando afirma que "a execução tinha que se estender não apenas à garantia inicialmente efetuada, isto é, sobre as ações caucionadas, *mas sim sobre bens que fossem suficientes para assegurar a execução no seu valor total*" (grifamos).

A prevalecer esse entendimento, dever-se-ia admitir pudessem ser penhorados outros bens móveis e imóveis dos executados pignoratícios, além daqueles dados em penhor, tais como automóveis, apartamentos etc.

Lembre-se, entretanto, que no caso em foco a devedora principal (Cia. Alhambra de Engenharia) e os garantidores pignoratícios (Custódio Braga Filho e outros) são pessoas distintas. Os executados pignoratícios não garantiram um débito deles mesmos, mas de outrem, a pessoa jurídica Cia. Alhambra de Engenharia. O garantidor pignoratício só garante a dívida, nessa circunstância, com *os bens* dados em penhor. Fosse a garantia dada um aval ou uma fiança, e estaria perfeita a conclusão do juiz. Mas em se tratando de execução pignoratícia, mormente não sendo o garantidor pignoratício o próprio devedor principal – como ocorre no caso em estudo –, não há falar em ampliação da penhora, para alcançar outros bens do executado-pignoratício.

Uma leitura atenta do texto acima demonstra que, em virtude de uma correção monetária no capital da Mineração Candonga S.A., as 67.690 ações dadas em penhor se desdobraram, por força de bonificação, gerando filhotes.

Custódio Braga Filho e os demais garantidores pignoratícios, que eram os proprietários das 67.690 ações, passaram a ser proprietários de 203.070 ações daquela companhia.

No julgamento da apelação, que visava a restringir a penhora às 67.690 ações originalmente empenhadas, não houve unanimidade.

O Des. Moacir Brant entendeu ser procedente a alegação dos executados embargantes (Custódio Braga Filho e outros) de que houve excesso da execução porque, em se tratando de caução com número determinado de ações, somente estas respondem pela garantia acessória. E, citando o art. 764 do Código Civil, argumentou que "inexistindo cláusula expressa, o terceiro que presta garantia real por dívida alheia não fica obrigado a substituí-la quando, sem culpa sua, se perca, deteriore ou desvalie". Assim, deu provimento em parte ao apelo, para limitar a penhora às 67.690 ações originais.

Já o Des. Monteiro de Barros, seguido pelo Des. Paulo Tinoco, negou provimento à apelação, para permitir que a penhora alcançasse todas as 203.070 ações, ou seja, tanto as originais quanto os filhotes. E argumentou: "É justo que ao formalizar o instrumento de caução (...) as 67.690 ações caucionadas correspondiam a 64.465% do patrimônio social e, após o aumento havido com a *correção monetária*, passaram ditas ações a representar apenas 21,488% do mesmo patrimônio sem que a este nada se tenha acrescido. A esse argumento acrescentou o Des. Paulo Tinoco que, a prevalecer a tese contrária, estaria sensivelmente reduzida a garantia na espécie.

A falta de consenso, acima exposta, gerou o recurso de embargos infringentes. Também nestes não houve consenso, tendo ficado vencido o Des. Costa Loures, que baseou o seu voto nos arts. 743 e 764 do Código de Processo Civil.

"A caução era (...) representada por 64,465% do capital da sociedade (Mineração Candonga S.A.) e não pode, assim, a penhora recair em apenas 21,488% do mesmo capital", decidiu, então, o Des. Valle da Fonseca.

"A toda evidência, as ações bonificadas em decorrência do aumento do capital, procedido mediante simples atualização de expressões monetárias, não representam novos valores. Assim, as novas ações não consubstanciam excesso de garantia, mas sim a própria garantia anterior", decidiu o Des. Régulo Peixoto.

Como se vê, prevaleceu, *finalmente*, o entendimento de que, na hipótese de bonificação de ações empenhadas, a penhora se estende às ações bonificadas, ao argumento de que, *in casu*, a caução era representada por 64,465% do capital da Mineração Candonga S.A., não podendo assim a penhora recair em apenas 21,488% do mesmo capital.

Quid juris?

O questionamento básico enfrentado no caso Candonga pode ser sintetizado na seguinte questão: O penhor de ações estende-se aos eventuais filhotes das ações empenhadas?

O art. 169, § 2º, da LSA é o único dispositivo da lei acionária a tratar especificamente do problema da extensão de ônus a ações bonificadas: "Às ações distribuídas de acordo com este artigo (vale dizer: aos filhotes) se estenderão, salvo cláusula em contrário dos instrumen-

tos que os tenham constituído, o usufruto, o fideicomisso, a inalienabilidade e a incomunicabilidade que porventura gravarem as ações de que elas forem derivadas."

Note-se que o dispositivo legal *não faz qualquer referência ao penhor*.

Poder-se-á argumentar, pois, com base no próprio conteúdo literal da lei, que quando o legislador quis a extensão do ônus aos filhotes, ele o declarou expressa e taxativamente. A enumeração do art. 169, § 2º, da LSA possui todas as características de um rol taxativo de "numerus clausus". Não emprega expressões como "por exemplo", "tais como", "e outros ônus" "etc".

Os comentadores da LSA, de um modo geral, passam ao largo dessa questão, limitando-se a transcrever o dispositivo legal, sem maiores considerações.

O mestre Fran Martins refere-se, "en passant" ao assunto, afirmando que "em tal hipótese, é de justiça que as ações novas adiram à garantia que o penhor representa, ficando, desse modo, vinculadas ao pagamento da dívida pelo devedor".[11]

Aderindo à opinião de Fran Martins, rendo minha homenagem à decisão final do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que acabou por fazer a verdadeira justiça.

A presunção de sabedoria do legislador é apenas relativa, e toda a interpretação literal do texto legal deve ceder aos princípios maiores da lógica e da justiça.

Versasse o caso Candonga sobre filhotes de gado, por exemplo, e não sobre filhotes de ações, e a solução final poderia ser eventualmente diferente.

Se bem que possa parecer questionável, à primeira vista, que a "caução" era (...) representada por 64.465% do capital da sociedade (Mineração Candonga S.A.) (voto do Des. Valle da Fonseca), a afirmação é absolutamente correta no contexto do caso. Tivesse a Mineração Candonga S.A. optado por manter o mesmo número de ações e alterar o valor nominal destas, como conseqüência do aumento de capital por correção monetária, e ficaria inalterada a garantia. Tendo optado por manter o valor nominal das ações, alterando o número destas,

---

11 *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Rio, Forense, 1982, volume 1º, p. 235.

fica realmente desfalcada a garantia do credor pignoratício se se pretender restringir esta às ações originais, caracterizando-se verdadeiro enriquecimento sem causa em benefício dos devedores pignoratícios.

QUESTÕES:

Que é penhor? Como se distingue o penhor civil do mercantil? Como se distingue o penhor de: (a) penhora; (b) fiança; (c) aval; (d) hipoteca? Que significa caução? Que é bonificação de ações e quando ocorre? Que são os "filhotes"? Há elementos, no texto, para se concluir se a Candonga era uma companhia aberta ou fechada? As ações escriturais são bens móveis ou imóveis? Elas podem ser dadas em penhor?

Adhemar de Barros

(RTJ-STF, 70/9)

1. *RESGATE DE AÇÕES. LEI ATUAL E LEI ANTERIOR.*

A atual Lei das Sociedades Anônimas – Lei nº 6.404/76 – deu ao resgate de ações um tratamento idêntico ao da lei anterior.

O resgate consiste no pagamento do valor das ações para retirá-las definitivamente de circulação, com redução ou não do capital social; mantido o mesmo capital, será atribuído, quando for o caso, novo valor nominal às ações remanescentes (Lei atual, art. 44, § 1º; Lei anterior, art. 16, parágrafo único). É o resgate uma das exceções à proibição legal à negociação da companhia com as suas próprias ações (Lei atual, art. 30, § 1º; Lei anterior, art. 15, § 1º). Diz a lei que o Estatuto de companhia com ações preferenciais poderá prever o resgate de ações, fixando as respectivas condições (Lei atual, art. 19; Lei anterior, art. 11). E subordina à prévia aprovação ou à ratificação, por titulares de mais de metade da classe das ações preferenciais interessadas, reunidos em assembléia especial convocada e instalada com as formalidades legais, a eficácia da deliberação sobre as condições de resgate das ações preferenciais (Lei atual, art. 136, § 1º; Lei anterior, art. 106).

2. *O CASO ADHEMAR DE BARROS*[1]

Um "leading case" sobre resgate de ações no direito brasileiro é o caso do Governador Adhemar Pereira de Barros, apreciado duas vezes pelo Supremo Tribunal Federal, em Agravo de Instrumento e em ação rescisória.

Adhemar de Barros era o único proprietário de todas as 150 ações preferenciais da Divulgadora Editora S/A, sucessora de A Notícia S/A.

---

[1] *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, vol. 70, p. 9.

Em seu relatório, na ação rescisória, o Ministro Aliomar Baleeiro historia os fatos.

2.1. *POSIÇÃO DE ADHEMAR DE BARROS*

A inicial conta a longa história do litígio nascido da ação ordinária do Governador Adhemar de Barros contra a ré, para declaração de nulidade das resoluções das Assembléias Gerais pelas quais foi decidido o resgate de 150 ações preferenciais do autor e, concomitantemente, o aumento do capital social mediante subscrição de 31.150 ações nominativas ordinárias. A nulidade teria decorrido da inexistência de cláusula nos Estatutos de "A Notícia S/A", que permitisse o resgate das ações preferenciais, nem da concordância dos titulares das mesmas para supri-la. Aquelas resoluções teriam sido de má-fé e sua nulidade resulta, diz, dos (hoje) arts. 19, 44, § 1º e 136, § 1º, da Lei nº 6.404, de 1976. Entende que o resgate dependeria da existência de fundos disponíveis e deveria ser feito por sorteio. E, ainda, que não seria admissível aumento do capital após o resgate, mas só redução.

2.2. *POSIÇÃO DA COMPANHIA*

Na contestação, quanto ao mérito, a Divulgadora Editora S/A argúi que o (hoje) parágrafo 1º, do art. 44, da Lei nº 6.404/76 permite que a Assembléia Geral autorize o resgate se não estiver previsto nos Estatutos. E que o (hoje) art. 136, § 1º, do mesmo diploma não condiciona o resgate à manifestação de vontade de número substancial das ações a serem resgatadas. Nem nada impede que, ao invés de redução, após o resgate, a Assembléia Geral proceda ao aumento do capital.

2.3. *DECISÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS*

Adhemar de Barros foi vencido em primeira instância. E também não teve êxito feliz na segunda instância, cuja decisão está assim ementada: "Ação ordinária julgada improcedente. Confirmação da sentença que bem decidiu apreciando os fatos e dando-lhes solução de acordo com a lei e as provas constantes dos autos. Válidas as deliberações dos acionistas tomadas em Assembléias Gerais, não havendo vulneração alguma à Lei das Sociedades Anônimas que justificasse a pretensão do autor."

2.4. *DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*

Adhemar de Barros recorreu extraordinariamente para o Supremo Tribunal Federal. O Presidente do Tribunal de Justiça da Guanabara denegou seguimento ao apelo extremo. Adhemar de Barros agravou de instrumento. A Suprema Corte confirmou o despacho que indeferira o recurso extraordinário.

Transitada em julgado essa decisão do Supremo Tribunal Federal, o espólio de Adhemar de Barros ajuizou contra a Divulgadora Editora S/A ação rescisória do julgado.

Opinando na ação rescisória, a Procuradoria Geral da República, em parecer subscrito pelo Dr. M. Leite Soares, assim se manifestou: "No mérito, o pedido é improcedente. Alega o espólio – autor que o decretado resgate das ações preferenciais não poderia ser feito, porque não previsto pelo Estatutos da ré: não se permite que a categoria das ações ordinárias suprima a categoria das ações preferenciais; não houve sorteio e nem havia fundos disponíveis para a deliberação da Assembléia Geral (...). (...) temos que sendo omissos os Estatutos, como no caso presente, a Assembléia Geral possuía poderes para disciplinar e deliberar sobre a forma de resgate de ações preferenciais, ou a sua extinção, como ocorreu, conforme iniludivelmente se depreende da leitura do (hoje) § 1º do art. 44. Quanto ao (hoje) art. 136, § 1º, o mesmo não tem pertinência, pois se refere às alterações e vantagens ou criações de ações preferenciais, presumindo, logicamente, a continuação da existência de tal tipo ou categoria de ação na sociedade, quando, então, deverão ser respeitados os direitos dos possuidores das ações preferenciais já existentes, que poderiam ser prejudicados. No caso concreto, todas as ações preferenciais pertenciam a uma só pessoa e não ocorreu modificação no *status* das mesmas, mas sim a extinção da categoria, através de ato soberano da Assembléia Geral convocada para decidir sobre a matéria."

Em seu voto, proferido na ação rescisória, o Relator, Ministro Aliomar Baleeiro, citando o (hoje) art. 44, da Lei nº 6.404/76, escreveu: "O resgate tanto pode ser autorizado pelos Estatutos quanto por decisão da Assembléia Geral, como ocorreu no caso dos autos. Nem se exige, aí, concordância expressa dos acionistas atingidos. Nem há que se falar em sorteio, porque, como confessado na inicial, todas as ações preferenciais pertenciam a um só titular. Enfim, não vejo em que con-

sistiu a decisão contra literal disposição de lei, que, à luz da Súmula 343, pressupõe texto legal não controvertido. Julgo o autor carecedor da ação rescisória."

O Revisor, Ministro Djaci Falcão, em seu voto, proferido na ação rescisória, enfrenta o problema do preço de resgate. Segundo ele, "o preço do resgate, não havendo cotação em Bolsa, será o do valor nominal, o que foi atendido e que fora aceito pelo (Sr. Adhemar de Barros) quando da escritura da cessão de 150 ações preferenciais a ele feita. De qualquer modo, matéria de fato, que sabidamente escapa ao âmbito do extraordinário".

3. *AS LIÇÕES DA JUSTIÇA BRASILEIRA*

O desfecho do caso Adhemar de Barros nos permite sintetizar as seguintes lições da Justiça brasileira, ministradas ou abonadas pelo Supremo Tribunal Federal, em tema de resgate de ações preferenciais.

Primeira lição: não é necessário o sorteio das ações a serem resgatadas quando o resgate abranger a totalidade das ações de uma mesma classe. A essa lição, pode-se acrescentar que o sorteio é igualmente desnecessário na hipótese de resgate de parte das ações de uma mesma classe, quando todas elas pertencerem a um único acionista. No caso Adhemar de Barros, o sorteio era absolutamente desnecessário. A companhia só possuía 150 ações preferenciais. Todas pertenciam ao mesmo acionista. E a assembléia geral deliberou resgatá-las.

Segunda lição: Resgatar ações não é o mesmo que alterar condições de resgate das ações. São duas coisas inteiramente distintas. A exigência de prévia aprovação, ou da ratificação, por titulares de mais de metade da classe de ações preferenciais interessadas, reunidos em assembléia especial convocada e instalada com as formalidades da lei só é necessária para a eficácia da deliberação sobre alterações nas condições de resgate de ações preferenciais. E é dispensável para a eficácia da deliberação sobre o resgate. No caso Adhemar de Barros, a assembléia geral questionada não deliberou alterar condições de resgate das ações preferenciais. Deliberou, simplesmente, resgatar.

Terceira lição: É possível, concomitantemente, resgatar ações e aumentar o capital social por subscrição de novas ações. O que não

poderia ocorrer seria um aumento do capital social como conseqüência do resgate. No caso Adhemar de Barros, a Justiça percebeu que não havia relação de causa e efeito entre o resgate e o aumento de capital. O aumento de capital não decorreu do resgate, e sim da subscrição de novas ações. Não foi o resgate a causa do aumento de capital. Apenas por mera coincidência o resgate e o aumento de capital foram deliberados numa mesma assembléia geral.

Quarta lição: A assembléia geral é soberana para deliberar sobre o resgate de ações preferenciais, ainda que o Estatuto social seja omisso, nada dispondo a respeito, o que ocorria no caso Adhemar de Barros.

Quinta lição: O preço do resgate, nas companhias abertas, será o valor de cotação das ações na Bolsa de Valores; nas companhias fechadas, será o valor nominal.

4. *CRÍTICA DAS LIÇÕES ACIMA*

As três primeiras lições acima são irreprocháveis. As duas últimas merecem reparos. Para tanto, torna-se necessária uma incursão na teoria do resgate de ações.

O resgate (*redemption*, no direito norte-americano; *rachat*, no direito francês) é uma modalidade de negociação da companhia com as próprias ações, excepcionalmente permitida pelo § 1º, letra *a*, do art. 30, da Lei nº 6.404/76.

Não se trata de um contrato de compra e venda, ou de uma recompra de ações, como insinua a palavra francesa *rachat*, tradicionalmente utilizada para designar a operação, embora imprópria.

"O resgate de ações é a sua compra compulsória, para retirá-las de circulação."[2] É diferente da compra e venda (aquisição), na qual a ação continua em tesouraria, e o acordo de vontades é essencial. Na verdade, o resgate é o correspondente, no Direito Privado, da desapropriação no Direito Público.

No direito positivo, o resgate vem tradicionalmente tratado conjuntamente com duas operações afins: a amortização e o reembolso. Na

---

2 CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da, *Sociedade por Ações*, São Paulo, Saraiva, 1972, vol. I, p. 180.

sistemática da Lei nº 6.404/76, as três operações acham-se na Seção X do Capítulo III.

RESGATE E AMORTIZAÇÃO

Ambos são efetuados com a aplicação de lucros ou reservas. Ambos dependerão de sorteio, quando não abrangerem a totalidade das ações de uma mesma classe. Ambos são de iniciativa da sociedade. Contudo, no resgate o acionista deixa de ser acionista, ao passo que na amortização continua a sê-lo, podendo as suas ações serem substituídas por ações de fruição, quando a amortização for integral.

RESGATE E REEMBOLSO

Tanto no resgate quanto no reembolso vamos encontrar uma situação em que o acionista sai da companhia, perdendo o seu "status". Mas essa saída é compulsória e provocada pela sociedade, no caso de resgate. No reembolso, é a conseqüência de uma retirada voluntária do acionista. A Lei nº 6.404/76 fixa, no art. 45, os parâmetros para o valor do reembolso, não o fazendo com relação ao resgate.

VALOR DO RESGATE

No caso Adhemar de Barros, a lição do Tribunal quanto ao valor do resgate acha-se sintetizada no voto do Ministro Djaci Falcão. Essa lição encontrava amplo respaldo na doutrina existente à época. E, ainda hoje, existe quem a sustente.[3] Todavia, quanto a este aspecto, a decisão, no caso Adhemar de Barros, mais que injusta, chegou a ser iníqua. Os valores nominal e de quotação podem ser absolutamente irrealistas. Penso que na apuração do valor do resgate, na omissão estatutária, deve ser aplicada, por analogia, a diretriz fixada no art. 45 da Lei nº 6.404/76 para o reembolso. E, mais, o próprio Estatuto social não pode prever um valor de resgate em desrespeito à diretriz traçada no referido art. 45.

Modesto Carvalhosa é mais radical. Para ele, deve ser adotado o mesmo critério para fixação do preço de emissão de ações previsto no

---

3 BATALHA, Wilson de Souza Campos, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Rio, Forense, 1979, vol. I, p. 300.

§ 1º do art. 170 da Lei Acionária, que manda levar em conta a cotação das ações no mercado, o valor de patrimônio líquido e as perspectivas de rentabilidade da companhia.[4]

RESGATE E REDUÇÃO DO CAPITAL

Há uma disputa entre os autores a respeito da possibilidade prática do resgate com redução do capital social, como previsto no § 1º do art. 44 da Lei das Sociedades por Ações. Para Waldemar Ferreira, teria havido um "cochilo" do legislador, uma vez que o resgate é feito com a aplicação de lucros ou reservas, e não à conta do capital social.[5]

Trajano de Miranda Valverde, autor intelectual do Decreto-Lei nº 2.627, do qual já constava o suposto "cochilo" imitado pelo legislador atual, tenta justificá-lo com estas palavras: "Definindo o resgate, como sendo a operação pela qual a sociedade paga o valor das ações, para retirá-las definitivamente de circulação, é indiscutível que a operação acarretará sempre modificação na disposição estatutária relativa ao capital ou na sua divisão em ações. Porque, efetuado o resgate, o número de ações em circulação diminuirá, pelo que haverá uma correspondente diminuição da cifra do capital."[6]

Com todas as vênias, e usando o refrão popular, entendo que "a emenda saiu pior que o soneto".

Concordo com Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, quando afirma que não compreende como, em face da lei brasileira, se possa admitir, como conseqüência do resgate, a diminuição do capital.[7]

Considero particularmente curiosa, a respeito, a conclusão de Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro. Primeiro indagam: "se por definição o resgate resulta da aplicação de lucros ou reservas (portanto, de fundos disponíveis da sociedade), tal como se depreende do *caput* do art. 44, como admitir-se que possa ser efetivado à custa de redução do capital social?" Em seguida, concluem, textual-

---

4 CARVALHOSA, Modesto, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, São Paulo, Saraiva, 1º vol., p. 226.

5 FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Sociedades Mercantis*, Rio, Ed. Nacional, 1958, vol. 4º, ps. 1.055/1.063.

6 VALVERDE, Trajano de Miranda, *Sociedade por Ações*, Rio, Forense, 1941, vol. I, p. 113.

7 CUNHA PEIXOTO, ob. cit., p. 183.

mente: "No entanto, tal possibilidade vem clara e insofismavelmente expressa no § 1º do art. 44, de modo que não há recusá-la, reconhecendo-se, embora, a flagrante, e, a nosso ver, inexplicável contradição conceitual com o princípio exposto no *caput* do mesmo artigo."[8] Essa conclusão, a meu ver, revela a perplexidade do jurista diante do mito da sacralidade do texto escrito. E fez-me lembrar uma história contada por Herb Cohen, um advogado formado em Harvard: "O programa Câmara Indiscreta, de Allen Funt, faz sucesso há muitos anos na televisão americana. O programa é baseado no incrível efeito que a legitimidade tem sobre a maioria das pessoas, seja qual for o sexo, nível de instrução ou origem. Num dos episódios, que foi ao ar há alguns anos atrás, Funt fez parar o Estado de Delaware por uma hora e meia. Como? Colocando uma grande placa numa estrada importante. A placa dizia simplesmente: *Delaware está fechado.* Filas de carros paravam, queimando os pneus. Veículos encostavam ao longo da estrada. Motoristas confusos saíam de seus carros e aproximavam-se de Funt, que estava debaixo da placa, enquanto uma câmara filmava tudo às escondidas. As pessoas perguntavam: – O que está acontecendo em Delaware? Funt apenas apontava para cima e respondia: – Leia a placa! Os motoristas franziam as sobrancelhas, coçavam a cabeça e depois mordiam os lábios. Um deles perguntou: – Quando você acha que vai ser reaberto? Eu moro lá e minha família toda está lá."[9]

No caso do resgate com redução do capital, como se vê, o legislador erra. Renite no erro. E, como o erro está escrito na lei, e o texto escrito é sagrado, autores do mais alto gabarito animam-se a justificá-lo...

A conclusão é simples: é impossível resgate com redução do capital social. Haverá, sim, uma redução do número de ações, com alteração do seu valor nominal, se elas tiverem valor nominal. O resgate não pode ser a causa de uma redução do capital. A redução do capital não pode ser a conseqüência do resgate. Não há relação de causa e efeito entre o resgate e a redução do capital.

---

8 TEIXEIRA, Egberto Lacerda, e GUERREIRO, José Alexandre Tavares, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, São Paulo, Bushatsky, 1979, vol. I, p. 253.

9 COHEN, Herb, *Você Pode Negociar Qualquer Coisa*, Rio, Record, 1980, p. 60.

RESGATE NÃO PREVISTO NO ESTATUTO

Analisemos, agora, a quarta Lição ministrada pelo Supremo Tribunal Federal no caso Adhemar de Barros, ou seja: a assembléia geral é soberana para deliberar sobre o resgate de ações preferenciais, ainda que o Estatuto social seja omisso, nada dispondo a respeito.

O discurso da Corte baseou-se numa interpretação literal do (hoje) art. 44 da Lei nº 6.404/76: "O estatuto *ou* a assembléia geral extraordinária pode autorizar a aplicação de lucros ou reservas no resgate..." Não me parece feliz essa interpretação literal. O próprio legislador não foi muito feliz ao empregar o mesmo verbo (autorizar), para designar ações heterogêneas: autorizar no sentido de "dispor sobre, ou prever", tendo por sujeito o Estatuto, e autorizar no sentido de "decidir ou deliberar", tendo por sujeito a Assembléia Geral.

Além disso, essa interpretação literal do Supremo Tribunal Federal é desabonada por uma outra interpretação literal do (hoje) art. 19 da Lei nº 6.404/76, segundo o qual "O estatuto da companhia com ações preferenciais (...) poderá prever o resgate..." A conclusão literal é a seguinte: o estatuto poderá, ou não, prever o resgate. O verbo poder, empregado no futuro, indica uma faculdade, não uma obrigatoriedade. Assim, se o estatuto previr o resgate, a assembléia geral poderá deliberar a respeito. Se o estatuto não o previr, a assembléia não poderá deliberar o resgate.

Essa segunda interpretação literal é mais condizente com a natureza do resgate, que é a de uma desapropriação. "O resgate representa uma transmissão forçada, irrecorrível e definitiva da propriedade das ações do acionista para o domínio da própria companhia que, em seguida, as extinguirá."[10] É uma medida drástica. O seu correspondente no Direito Público – a desapropriação – requer a existência de um fundamentado interesse social, ou de uma necessidade ou utilidade pública, além de prévia e justa indenização em dinheiro. Não se justifica, pois, possa o resgate ficar ao puro arbítrio da assembléia geral, quando não expressamente previsto no Estatuto social.

O resgate deve ser feito no interesse geral da sociedade, de boa-fé, e sem abuso de direito.

---

10 Carvalhosa, ob. cit., p. 225.

Ao legitimar o resgate de ações preferenciais por deliberação da assembléia geral extraordinária sem expressa previsão estatutária a respeito, a decisão proferida no caso Adhemar de Barros se afastou de todo a doutrina jurídica existente sobre o assunto. Numa peregrinação pela literatura nacional e estrangeira, não encontrei uma só referência que pudesse abonar a tese esposada no julgamento do caso.

No Brasil, Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto assim se manifesta: "Se, porém, os estatutos não estabelecem a possibilidade de resgate, este só poderá ser efetuado mediante uma reforma estatutária, demandando, pois, uma assembléia geral extraordinária e *quorum* qualificado. A assembléia geral extraordinária fixará a maneira de se proceder ao resgate das ações e o momento propício a efetuar a operação."[11]

Nos Estados Unidos, a orientação generalizada, nas cinqüenta e uma Leis de Sociedades por Ações é no sentido de que "a corporation has the power to redeem its shares only if expressly provided in the articles (...); there is no implied or inherent power to redeem otherwise"[12] (uma sociedade anônima só pode resgatar as suas ações se o resgate estiver expressamente previsto no estatuto (...); não existe um poder implícito ou inerente de resgatar de outra forma).

"Absent a redemption provision in the articles of incorporation, a corporation does not have power to redeem any of its shares."[13] (Não existindo uma provisão sobre o resgate no estatuto, uma sociedade anônima não pode resgatar nenhuma de suas ações.)

"When the original corporate charter is silent on the redeemability of the preferred shares, the courts have looked with disfavour on subsequents attemps to redeem or even attempts to amend the charter to *permit redemption.*"[14] (Quando o estatuto original da companhia é omisso sobre o resgate das ações preferenciais, os tribunais discordam de subseqüentes tentativas de resgatar e até mesmo de tentativas de alterar o estatuto para permitir o resgate.)

Na Inglaterra, o caso Trevor vs. Whitworth fixou o princípio geral de que uma companhia não pode subscrever ou comprar suas pró-

---

11 Cunha Peixoto, ob. cit., p. 186.

12 88 ALR 1134.

13 Henn, Harry G., *Law of Corporations*, St. Paul, Minneapolis, West Publishing Co., 1970, ps. 684, 296 e 212.

14 Yukon Mill & Grain Co. vs. Vose, 201, OKL 376, 206 p 2d. 206 (1949).

prias ações. Posteriormente, uma lei de 1929, reproduzida em 1948, permitiu a emissão de ações preferenciais expressamente criadas como resgatáveis, donde se conclui que o resgate só pode ser deliberado quando previamente previsto. ("In one respect, however, the rule in Trevor vs. Whitworth has been relaxed. By the Act of 1929 (now Companies Act 1948, S. 58) it was made possible to issue preference shares *expressly created as redeemable*.")[15]

Idêntico posicionamento é encontrado na França. "Sauf circonstance particulière régie par la loi, par les statuts ou par la convention, la société ne peut imposer à un ou à quelques actionnaires l'expropriation de leurs titres."[16] (Salvo circunstância particular, regida pela lei, pelo estatuto ou pela convenção, a companhia não pode impor a um ou a alguns acionistas a expropriação de seus títulos.)

"La jurisprudence considère, cependant, que les actionnaires subissent seulement leur propre loi, celle de la clause statutaire initiale. Elle valide l'exclusion."[17] (A jurisprudência considera, entretanto, que os acionistas sujeitam-se à sua própria lei, aquela da cláusula estatutária inicial. Ela valida a exclusão.)

Também não difere a doutrina alemã. "Thus, a stockholder may be deprived of shares of capital stock owned by him on an involuntary basis only if a right to cause such a redemption and retirement existed either in the original articles or in an amendment to the articles adopted before the shares of capital stock involved were subscribed to. In other words, unless the shares held by a stockholder were subject to possible involuntary redemption at acquisition, the stockholder cannot be deprived of his shares on this basis under any circumstances."[18] (Assim, um acionista só pode ser privado de suas ações involuntariamente se existir uma cláusula permitindo o resgate e exclusão no estatuto original ou em alguma alteração estatutária efetuada antes da subscrição das ações em questão. Em outras palavras, a menos que as ações possuídas esti-

---

15 Grower, L.C.B., *The Principles of Modern Company Law*, London, Stevens & Sons, 1979, p. 228.

16 Escarra, Édouard, Escarra, Jean, et Rault, Jean, *Traité Théorique et Pratique de Droit Commercial*, Paris, Recueil Sirey, tome troisième, p. 409.

17 Caillaud, Bernard, *L'Exclusion d'un Associé dans les Sociétés*, Paris, Sirey, 1966, p. 225.

18 Ercklentz, Jr., Enno W., *Modern German Corporation Law*, New York, Oceana Publications, vol. III, p. 406.

vessem sujeitas a um possível resgate, o acionista não pode ser expropriado de suas ações dessa forma, em nenhuma circunstância.)

AFINAL, PARA QUE SERVE O RESGATE?

Essa pergunta me é freqüentemente formulada por alunos. A julgar pela freqüência com que é feita, se pode confirmar o silêncio dos Manuais de Sociedades por Ações a respeito do assunto.

Segundo Brudney e Chirelstein, o principal objetivo do resgate seria habilitar a companhia a adaptar os seus valores mobiliários preferenciais a mudanças das condições de mercado (to enable the corporation (...) to adapt its senior securities to changing market conditions).[19]

Não creio que essa seja uma resposta satisfatória para a questão formulada neste tópico. Mais que isso, penso que a própria questão apresentada deveria ser substituída por esta outra: por que e para que emitir ações resgatáveis?

A doutrina brasileira não tem se preocupado com o assunto. E a estrangeira é de pouca valia, no particular, em virtude, precisamente, da enorme diferença existente nas condições dos mercados de valores mobiliários, aqui e alhures. A par das diferenças estruturais e conjunturais, existem características peculiares do mercado brasileiro de valores mobiliários que, certamente, influem na compreensão do problema. É inegável, por exemplo, a notória preferência do investidor brasileiro pelas ações preferenciais ao portador (PP), embora nem sempre concorram para isso considerações de caráter racional, mas sim motivos de ordem psicológica.

Uma observação se impõe, à primeira vista. A noção de resgate, no direito positivo brasileiro das sociedades por ações, acha-se normalmente associada ao conceito de ações preferenciais (Lei nº 6.404/76, arts. 19 e 136, § 1º). O acionista preferencial, normalmente destituído do direito de voto (LSA, art. 15, § 2º), tem sido excluído da noção de acionista-empresário e tratado pela doutrina como acionista-rendeiro, mercador, jogador ou especulador.[20]

A observação dos fatos demonstra que o acionista preferencial, na realidade, é visto como um mero investidor, cujas relações com a com-

19 Brudney, Victor, e Chirestein, Marvin, *Corporate Finance*, Mineola, The Foundation Press, 1972, p. 176.

20 Requião, Rubens, *Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1985, p. 118.

panhia são muito mais tênues que os vínculos entre esta e o acionista ordinário, cognominado acionista-empresário.

Note-se que a denominada *prioridade na distribuição de dividendos* prevista na lei para as ações preferenciais (art. 17, I, da LSA) é mais que mera prioridade. A palavra prioridade significa primazia, preferência, antecedência. No entanto, não é apenas isso que a lei reserva ao acionista preferencial com prioridade na distribuição de dividendos. Mais que isso, a lei lhe assegura um crédito, condicionado à existência de lucro. E esse crédito condicionado pode ser tremendamente preocupante para os acionistas ordinários, não só em função da ameaça do voto contingente que as ações preferenciais poderão eventualmente deter (LSA, art. 111, § 1º), mas, sobretudo, se o dividendo prioritário for cumulativo.[21]

Em suma, o acionista preferencial é, normalmente, visto como um *outsider*, útil como credor-investidor, mas potencialmente perigoso como sócio, e supostamente não identificado com os fins últimos da empresa.

Nesse contexto, o resgate se apresenta como uma medida útil para a ruptura do tênue liame que liga o acionista-preferencial à campanhia, quando conveniente.

Assim, as ações preferenciais poderão ser criadas como resgatáveis pela companhia, como forma de autofinanciamento de capital de giro via mercado de capitais de risco, com a conveniência de fácil dispensa desse financiamento quando alteradas as condições de mercado, ou as condições financeiras da própria companhia.

Caillaud registra a utilização de ações resgatáveis destinadas a empregados da companhia, que passam a participar, dessa forma, dos lucros da empresa.[22] O resgate poderia ocorrer por ocasião da rescisão do contrato de trabalho. Esta última hipótese, a meu ver, é de restrita aplicação no direito brasileiro, que exige o sorteio quando o resgate não abranger a totalidade das ações de uma mesma classe.

A exposição acima demonstra que o resgate, em princípio, é efetuado no interesse da sociedade.

---

21 Borges, João Eunápio, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, Rio, Forense, 1976, p. 443.

22 Caillaud, ob. cit., p. 230.

Peculiaridades do mercado de valores mobiliários brasileiro, entretanto, fazem com que, muitas vezes, o resgate seja considerado um verdadeiro privilégio, uma sorte-grande no sorteio referido pelo legislador.

Não é isolada a manifestação de Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, quando escreve, textualmente, o seguinte: "Deve-se ter em conta, no resgate, o princípio da igualdade entre os acionistas, que predomina em todas as sociedades. Esta norma precisa ser respeitada e o resgate só pode prevalecer no interesse da sociedade ou do conjunto de acionistas, sem que essa operação possa *favorecer* certos acionistas em prejuízo dos demais."[23]

Não foi esse, certamente, o sentido do resgate no caso do Governador Adhemar Pereira de Barros...

Prof. Osmar Brina Corrêa Lima

23 Cunha Peixoto, ob. cit., p. 184.

Tibrás-Titânio

(Lex-Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – 54/123)

Ed. de guias LTB S.A propôs ação ordinária contra Tibrás-Titânio do Brasil S/A, alegando, em resumo: (a) que é possuidora de 1.320.000 ações PN, classe "c", de emissão da ré; (b) que por decisão da assembléia geral extraordinária de 30.11.78, a ré vem convocando os seus acionistas para o regaste de suas ações pelo valor nominal fixado em Cr$ 1,33 para cada ação; (c) que tal procedimento subtrai aos acionistas o seu direito de participação proporcional nos lucros e resultados patrimoniais da empresa; (d) que nula é, portanto, a cláusula de resgatabilidade do estatuto sobre a qual se assenta aquela deliberação; (e) que assim, declarada a nulidade, deve a ré ser condenada a pagar à autora, além do valor nominal das ações, a diferença entre esse valor e o valor real.

Citada, acudiu a ré ao chamamento e, contestando o pedido, aduz, como preliminar, a prescrição da ação, já que ao criar as ações os Estatutos sociais, aprovados pela AGE de 08.07.68, estabeleceram o critério de resgate ora adotado, como era do conhecimento da autora ao adquirir as ações; que já decorreram mais de três anos da data daquela deliberação. No mérito, sustenta a improcedência do pedido, pois o resgate está sendo feito em conformidade com o estatuto e sem ofensa a qualquer disposição de lei.

Dê o seu parecer fundamentado sobre esta ação.

Seringais do Alto Javari

(*RF*, 119/144 e Dicionário das S.A., Rio e São Paulo, Freitas Bastos, p. 10)

A S.A. Seringais do Alto Javari propôs execução contra Vasco Antônio Maria Vieira Veiga, para haver importância relativa às parcelas restantes, devidas pela subscrição de diversas ações.

Vasco alega a inadmissibilidade do meio escolhido, atento a que, dos prospectos, constava a condição de que, no caso de não serem realizadas as cotas restantes, a liquidação do débito far-se-ia mediante a venda das ações e entrega do saldo ao subscritor, ou, não se achando comprador, a caducidade dos títulos, com reversão das prestações realizadas em benefício da sociedade.

Do primeiro recibo passado aos subscritores pelos incorporadores consta, nas costas, como condição geral, que, em caso de mora, as ações serão levadas à venda. Entretanto, tal condição não foi prevista na subscrição e nem consta dos estatutos anexados aos autos da execução.

O art. 26 dos estatutos da companhia estabelece que os casos nele omissos reger-se-ão pelas leis em vigor.

No caso em tela, você poderá escolher a sua posição. Poderá agir como Juiz ou como Advogado de qualquer das partes. Identifique a sua posição logo no início da resposta, que deverá ser clara, sucinta, objetiva e fundamentada.

Fiorante

(*RT*, 426/49)

A Sra. Betti Hurtado Fiorante propõe contra o seu marido Quirino Fiorante, com quem era casada em regime de comunhão universal de bens, três ações: 1ª) separação; 2ª) alimentos; 3ª) arrolamento de bens do casal. O Juiz, nesta terceira ação, deferiu pedido de D. Betti, no sentido de que fosse feita uma exibição integral dos livros de Elevadores Real S.A. e Fiorante S.A., das quais o Sr. Quirino Fiorante seria acionista.

As duas companhias impetraram mandado de segurança contra o Juiz, alegando: (a) que o Sr. Quirino já se retirara das sociedades; (b) que não foi apontada a existência de nenhum ato violador da lei ou do estatuto e nem D. Betti apontou a existência de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da companhia...

Segundo o art. 18 do Código Comercial de 1850,

"A exibição judicial dos livros de escrituração comercial por inteiro, ou de balanços gerais de qualquer casa de comércio, só pode ser ordenada a favor dos interessados em questões de sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão mercantil por conta de outrem, e em caso de quebra".

Nos termos do art. 105 da LSA,

"A exibição por inteiro dos livros da companhia poder ser ordenada judicialmente sempre que, a requerimento de acionistas que representem, pelo menos, 5% (cinco por cento) do capital social, sejam apontados atos violadores da lei ou do estatuto ou haja fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da companhia".

QUESTÕES:

Justifica-se o pedido de exibição integral dos livros comerciais requerido pelo ex-sócio? Sempre? Em que circunstâncias? Até quanto

tempo depois de sua retirada? Poder-se-ia interpretar a palavra "comunhão", empregada no art. 18 do Código Comercial, como comunhão de bens entre cônjuges? Modificaria a situação de D. Betti o fato de seu marido haver se retirado das companhias depois das medidas judiciais tendentes à separação?

Sonata

(*RT*, 421/209)

Oswaldo Leite Ribeiro é titular de mais de 1/20 do capital social de Sonata S.A. – Sociedade Nacional Técnica e Administradora. Com base no artigo 105 da Lei nº 6.404/76, ele requereu uma exibição integral dos livros e arquivos da companhia, alegando suspeita de irregularidades.

No seu pedido, Oswaldo requereu, mais, que a exibição fosse efetuada a contadores de sua confiança, por ele indicados, que apresentariam um laudo.

Constestando o pedido, a companhia alegou, em suma: (a) que o autor fora seu diretor até recentemente; (b) que, devido a isso, tinha conhecimento de todos os negócios sociais; (c) que os livros sociais sempre estiveram à sua disposição, jamais lhe sendo negado o exame de qualquer deles; (d) que o único e verdadeiro objetivo de Oswaldo era outro, ditado pela emulação e mero capricho; e (e) que não é concebível, em simples pedido de exibição integral, a elaboração de laudos periciais, pois tal medida comprometeria o segredo dos livros comerciais.

Falando sobre a contestação, Oswaldo negou todo o alegado pela sociedade e acrescentou que, sendo a exibição uma medida preparatória, impedir a elaboração de laudos seria autorizar o exercício de uma ação e, ao mesmo tempo, negar os meios para prepará-la e fundamentá-la.

G.G.C.

(Minas Gerais (Diário do Judiciário) de 05 de setembro de 1986)

Na comarca de Betim-MG, a empresa G.G.C. – Construções e Participações Ltda. requereu a notificação da Siderúrgica Amaral S.A., para abster-se de vender ações que lhe teriam sido vendidas por Romeu Amaral, sócio majoritário e seu representante legal; e na mesma petição requereu, como produção antecipada de provas, uma verificação na administração da empresa.

Segundo se depreende da leitura das notas taquigráficas do acórdão que julgou o caso no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o contrato, cuja cópia ininteligível se acha às fls. 10 dos autos do processo teria sido assinado, ao que alega a G.G.C., pelo Sr. Romeu Amaral.

PERGUNTA-SE:

A) Supondo que o contrato cuja cópia ininteligível se acha às fls. 10 dos autos seja um contrato de compra e venda de ações, quais as suas conseqüências nas hipóteses de:
   a) ter sido firmado pelo sr. Romeu Amaral, pessoa física?
   b) ter sido firmado pela Siderúrgica Amaral S.A., representada pelo Sr. Romeu Amaral?

B) O que você pensa do primeiro pedido da G.G.C. em face de cada uma das hipóteses acima?

C) Em que dispositivo legal da legislação Societária (e não da legislação processual) você pensa que a G.G.C. enquadrou e fundamentou o seu pedido?

D) À luz da legislação societária, qual a provável solução dada pela Justiça para o segundo pedido da G.G.C.?

Vieiralves

(RTJ-STF, 72/280)

Por deliberação da AGE, Vieiralves Imobiliária S.A. excluiu quatro acionistas do elenco societário.

A ata dessa AGE foi arquivada na Junta Comercial do Estado do Amazonas. Posteriormente, a sociedade realizou uma nova AG. Ao examinar o pedido de arquivamento da ata desta segunda AG, o vogal Álvaro César de Carvalho descobriu o que ele considerou irregularidade da deliberação da primeira AGE, acima referida. Com efeito, argumentou ele, a lei não previa e não prevê a exclusão de acionistas da S.A. por deliberação da AG.

A Junta Comercial, tomando conhecimento do assunto, determinou o cancelamento do arquivamento da ata da primeira AGE. Esta deliberação foi tomada 63 dias após o arquivamento.

Vieiralves Imobiliária S.A., inconformada, impetrou mandado de segurança contra o ato da Junta Comercial, que mandou cancelar o arquivamento.

Os quatro acionistas excluídos da companhia por deliberação daquela AGE ingressaram no mandado de segurança como litisconsortes e pediram a denegação do "writ".

Vieiralves Imobiliária S.A. alegou, em suma, o seguinte: (a) uma vez arquivada a ata, a Junta Comercial não mais poderia cancelar o arquivamento; (b) não existe, na LSA, disposição expressa vedando a exclusão de acionistas da companhia; logo, a exclusão por deliberação da AG não é um ato nulo; quando muito, seria um ato anulável, nos termos do art. 286 da LSA; (c) ainda que se admitisse – para argumentar, apenas – que a deliberação fosse anulável, tal unidade deveria ser *decretada* judicialmente, a pedido dos supostos prejudicados, sem o que se convalidará.

A Junta Comercial do Estado do Amazonas invocou, a seu favor, duas Súmulas do Supremo Tribunal Federal: Súmula 346 – A adminis-

tração pode declarar a nulidade dos seus próprios atos; Súmula 437 – A administração pode declarar a nulidade dos seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

QUESTÕES PARA ENCAMINHAR O RACIOCÍNIO

Compare este caso com os casos Veta e Adhemar de Barros. Qual o objeto do mandado de segurança requerido pela companhia?

Que é mandado de segurança ("writ of mandamus")? Qual a justiça competente para julgar o caso em tela? Por quê? Qual a diferença entre nulidade e anulabilidade? O que você pensa da opinião do vogal Álvaro César de Carvalho? O que é "vogal" da Junta Comercial? É obrigatório o arquivamento da ata de uma AGE? Sempre? Nunca? Em algumas circunstâncias? Qual o prazo para que a companhia leve a ata à Junta Comercial e qual o prazo para que a Junta Comercial a arquive? A legislação prevê a possibilidade de exclusão de sócios de sociedades comerciais por deliberação da maioria? Em todas as sociedades? Na hipótese afirmativa, em que circunstâncias? O que é "litisconsorte"? São pertinentes, para o desate da questão, as duas Súmulas do STF, invocadas pela Junta Comercial?

QUESTÃO PRINCIPAL

Sendo Juiz, como você julgaria o caso?

Sudan

(RTJ-STF, 79/168)

Trata-se de ação proposta por Saul Agostinho Bandeira de Mello Janequine e Roberto Neyde Ambrosino contra a Fábrica de Cigarros Sudan S.A., para o fim de anular as deliberações tomadas na AGO realizada aos 30 de dezembro de 19?8 e em todas as demais, posteriormente efetuadas pela sociedade.

PONTOS DE VISTA DOS AUTORES

Esclarecem os autores que eram acionistas da Sudan e seus diretores, em dezembro de 19?8. Nesse mês, o MM Juiz da 10ª Vara de Família e Sucessões suspendeu provisoriamente a mesa administrativa da Fundação Anita Pastore D'Angelo, que era uma das acionistas da Sudan, e nomeou administradores judiciais o Dr. Thrasybulo Pinheiro de Albuquerque e o Prof. José Geraldo de Lima. Esses administradores, prestado o compromisso, convocaram a AGO da Sudan. Não podiam fazê-lo desde logo, pois os autores e outros eram, ao tempo, diretores da sociedade. Portanto a convocação da assembléia deveria ter sido pedida à diretoria e, somente em caso de recusa ou omissão por parte desta, o acionista poderia convocá-la (LSA, art. 123). Nula, pois, tal convocação. Iniciada a AG, inicialmente, se suspendeu o direito de voto dos acionistas Saul Agostinho Bandeira de Mello Janequine, Roberto Neyde Ambrosino, Alberto Saad, Alberto Maluf, GAP – Grupo de Assessoria Publicitária Ltda., José Antônio Dias, Linda Severino Anunciata e Pedro Alberto Grisoglia. Mas essa matéria não constava da ordem do dia, sendo inadmissível que se compreendesse na fórmula "assuntos de interesse geral". Nula, pois, a deliberação. Outrossim, o fundamento da suspensão do direito de voto – o de estarem em mora os acionistas – era inverídico e, de qualquer forma, ilegítimo, porque a mora não autoriza aquela suspensão. Na mencionada AG, ainda, foram

eleitos diretores da sociedade e se lhes fixou remuneração, sendo que essa fixação desatendeu aos estatutos e ultrapassou o dobro do que percebiam os anteriores ocupantes dos cargos, ficando ferido o art. 136 da LSA. Tendo desatendido os estatutos, a fixação é inválida.

OBSERVAÇÃO

Consta do acórdão que a Sudan já convocara uma AGE para o dia 7 de janeiro de 19?9. E, mais, há um registro de que nos termos do art. 20 dos Estatutos da Sudan existe uma "genérica denominação de Assembléia Geral Extraordinária" que "alcançaria a hipótese de convocação supletiva pelo acionista ante a falta de convocação, pela diretoria, da própria Assembléia Geral Ordinária".

DECISÕES:

A sentença deu pela improcedência da ação.
Em apelação, a demanda foi julgada procedente.
Houve recurso para o Supremo Tribunal Federal.

QUESTÕES:

Em que circunstâncias pode o acionista convocar a AGO e a AGE de uma S.A.? Examine a convocação da AGO da Sudan, efetuada pela Fundação, à luz de cada uma das suposições abaixo: (a) o exercício social da Sudan coincide com o ano civil e não se realizou a AGO no ano de 19?8; (b) o exercício social da Sudan coincide com o ano civil e já se realizou a AGO no ano de 19?8; (c) o exercício social da Sudan não coincide com o ano civil; (d) o exercício social da Sudan terminou no dia 30.09.19?8. O que pode ser incluído sob a rubrica "outros assuntos de interesse geral", na convocação da AGA? A deliberação sobre a proposta de suspensão de direito de voto de acionista pode ser considerada um "outro assunto de interesse geral"? A mora do acionista autoriza a suspensão do direito de voto? A alteração da remuneração dos administradores implica alteração estatutária? Pode o estatuto de uma S.A. prever a convocação da AG independentemente dos requisitos do art. 123, parágrafo único, letras *b* e *c* da LSA?

Ambai

(RTJ-STF, 102/730)

Você foi procurado por um grupo de senhores argentinos, que lhe fez a seguinte consulta:

1) Aos 17 de março de 19?2, Bartolomé Santiago Gandione tornou-se acionista da Ambai – Comércio e Indústria de Metais S.A. –, com a subscrição de 550.000 ações ON no valor de Cr$ 1,00 cada uma.

2) O capital social elevou-se, naquela época, para Cr$ 1.100.000,00, tornando-se, assim, o Sr. Gandione titular de 50% do referido capital.

3) Em 20 de outubro de 19?3, Gandione solicitou à Ambai que transferisse:

para Cláudio Gabriel Hidalgo, ... 55.000 ações;
para Carlos Homero Gonzales, ... 113.850 ações;
para Oscar Enrique Acosta, ... 153.450 ações;
para Arnaldo Varsvsky, ... 113.850 ações;
ficando ele, Bartolomé Santiago Gandione, com 113.850 ações.

4) Seus consulentes e clientes são os quatro últimos senhores.

5) Em 19?5, em virtude de aproveitamento de reservas, o capital social foi elevado para Cr$ 2.380.000,00, continuando inalterado o percentual de participação de seus quatro clientes, ou seja 45%, no valor total de Cr$ 1.071.000,00.

6) Os quatro clientes, todos residentes na Argentina, jamais participaram da administração da Ambai?

7) Posteriormente, um edital convocou os acionistas da Ambai para uma AG a ser realizada no dia 15 de março de 19?6, às 14 horas, em primeira convocação, e às 16 horas, em segunda convocação, para aprovar proposta de aumento do capital social de Cr$ 2.380.000,00 para Cr$ 6.800.000,00 com a capitalização de reservas, incorporação de imóveis, moeda corrente, e utilização de bens móveis.

8) Os quatro clientes alegam que, por estarem na Argentina, não tomaram conhecimento da convocação e, conseqüentemente, não compareceram à referida AG.

9) Consta da ata da AG do dia 15 de março de 19?6 que naquela ocasião foi apresentada proposta da diretoria para compra de 45 lotes, todos pertencentes ao acionista Israel Cândido Velho, como sendo negócio vantajoso para a sociedade, convertendo-se o valor em crédito do acionista, para ser utilizado em futuro aumento de capital. A AG elegeu dois peritos para avaliação dos referidos lotes, suspendendo-se os trabalhos pelo tempo necessário à avaliação. Duas horas depois, foram reabertos os trabalhos, já com a apresentação dos laudos de avaliação. A diretoria, aprovando os laudos, fez constar de ata que a aquisição de tais lotes era definitiva e irrevogável.

10) Observam os quatro acionistas que o edital de convocação não faz menção à proposta, assinada por Israel Cândido Velho.

11) Antes mesmo de ser publicada a ata da AG de 15 de março de 19?6, acima referida, a Ambai fez realizar uma AGE em 19 de abril de 19?6, para efetivação do aumento de capital social de Cr$ 2.380.000,00 para Cr$ 6.790.000,00, ficando o percentual de participação dos quatro clientes reduzido a, aproximadamente, 15,17% do capital social.

12) Os quatro clientes se insurgiram contra o arquivamento das atas, apresentando impugnação à Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro e, antes do seu julgamento, já estava sendo proposto novo aumento de capital para Cr$ 10.290.000,00.

13) Aos 19 de agosto de 19?6, uma AG regularmente convocada e instalada *ratificou* todos os atos das assembléias gerais anteriormente referidas.

QUESTÕES:

Comente a forma da convocação da AG do dia 15 de março de 19?6. Trata-se de uma AGO ou de uma AGE? Existe forma especial para convocação de acionista residente no exterior? A AG do dia 15.03.19?6 podia deliberar validamente sobre a compra dos 45 lotes? Havia necessidade de publicação da ata da AG de 15 de março de 19?6? Comente a redução do percentual de participação dos "clientes" no capital da Ambai a 15,17%. Comente a ratificação efetuada pela AG

de 19.08.19?6. Podia a AG de 19.04.19?6 deliberar sobre o aumento do capital social antes da publicação da ata da AG de 15.03.19?6? Qual o "dies a quo" para o exercício do direito de preferência para o acionista que não tenha comparecido à AG que deliberou aprovar a proposta de aumento do capital social? O texto fornece elementos seguros para se concluir que foi preterido o direito de preferência dos "clientes"?

Carbocálcio

(TJRJ, Agr. de Instr. nº 23.243-Barra do Piraí.
Rel. Des. Felício Panza. Niterói, 21.10.1968)

A Carbocálcio S.A. – Indústria e Comércio – é uma empresa de Barra do Piraí – RJ, cujas "atividades se prendem à indústria e comércio de produtos químicos para fins industriais, beneficiamento de minerais brutos, importação e exportação de seus produtos, além de outras correlatas".

No dia 30 de abril de 1978, a diretoria da Carbocálcio "deliberou convocar, por telefone, uma assembléia geral extraordinária para o dia 2 de maio do mesmo ano, a fim de decidir sobre impetração de concordata preventiva".

Concedida a autorização pela AGE, foi ajuizado pedido de concordata preventiva, em que se propunha pagamento integral em duas prestações anuais, ou seja, 40% no final do primeiro ano e o restante ao final do segundo, contados os prazos a partir da concessão do favor legal.

O Juiz de Direito negou a concordata e decretou a falência, considerando, em síntese, que a procuração foi assinada pelo diretor-presidente Aldo Imperatori, mas não tem a assinatura de Juan Carlos Imperatori, mencionada no reconhecimento da firma; e "que se despistou a lei das sociedades anônimas na convocação da AGE, que deliberou sobre o requerimento da concordata".

Diz o art. 161 da Lei de Falências que, ao despachar o pedido de concordata preventiva, o Juiz declarará aberta a falência "se o pedido não estiver formulado nos termos da lei, ou não vier devidamente instruído".

A Carbocálcio recorreu dessa decisão.

Dê o seu parecer fundamentado sobre o caso.

QUESTÕES:

Comente a forma de convocação para a ÀGE da Carbocálcio no dia 2 de maio de 19?8. Como conciliar a norma do art. 124 da LSA com os requisitos de urgência e sigilo que devem envolver o requerimento de uma concordata preventiva? Acertou o Juiz de Direito ao decretar a falência da Carbocálcio? A falta de assinatura de Juan Carlos Imperatori impunha, por si só, tal decisão do Juiz?

Ughini

(Revista de Jurisprudência do TJRGS, 104/294)

Em 19?7, a Ughini S.A. – Indústria e Comércio – adquiriu a participação majoritária no capital de Sinty-Sil Indústria do Vestuário, que tem por objeto a industrialização de artigos para o vestuário masculino e feminino, tais como camisas, calças, ternos, pijamas e casacos em couro para comercialização no mercado nacional e exportação.

Aos 08.08.19?8, sob o controle majoritário da Ughini (99,946% do capital), quando era seu diretor o Sr. Antônio Ughini, foi constituída a Usacom – Indústria de Confecções, Ltda. –, tendo por objeto a exploração industrial e comercial, importação e exportação de confecções.

No dia 01.02.19?9, a Ughini transferiu para a Usacom todos os seus bens consistentes em máquinas, equipamentos e matérias-primas, que se achavam afetos à atividade industrial, cessando, desde então, de operar em seu próprio nome no ramo industrial.

Também sob o controle da Ughini foram constituídas, em 14.07.19?8 e 25.10.19?8, a sociedade civil Usadata – Processamento de Dados, Ltda. e a sociedade comercial Usamacro – Comercial de Tecidos, Calçados e Confecções, Ltda.

Desde 19?7, a Ughini atua como mandatária da S.A. Moinhos Riograndenses e, desde 19?9, como representante comercial da Fertilizantes do Sul S.A., sendo em ambos os casos remunerada mediante comissões.

Aos 09.09.19?0, a AG da Ughini deliberou a exclusão do objeto social da indústria de confecções. Foi definitivamente eliminada do objeto social a indústria de confecções.

Em carta datada de 20.10.19?0, os acionistas Antônio Ughini, Sandra Maria Ughini, Paulo Roberto Ughini e o menor púbere Marco Antônio Ughini alegaram pretender exercer o seu direito de retirada, com base no art. 137, c/c o art. 136, V, da LSA.

A Ughini ajuizou, contra os referidos acionistas, uma ação declaratória objetivando a declaração da inexistência do direito de retirada

dos requeridos da sociedade como pretensos acionistas dissidentes. Disse que nos anos recentes, por deliberação pessoal do acionista Antônio Ughini, vem este cada vez mais se dedicando a outros negócios, com manifesto desinteresse pelos assuntos da empresa, de cuja diretoria era membro. Acrescentou que já há tempos vinha Antônio Ughini tratando insistentemente de compelir os demais administradores da sociedade a adquirir as ações de sua propriedade e dos co-réus, seus filhos. Esclareceu, ainda, que, em ação movida por Investimentos Brasileiros S.A. – Ibrasa –, empresa subsidiária do BNDE, acionista minoritária, detentora de ações preferenciais do capital da autora (Ughini S.A.), foi decretada a anulação da AGE de 09.08.19?0.

Os acionistas-réus contestaram a ação insistindo na procedência do seu direito de retirada. E, quanto à decretação de nulidade da ata da AGE de 09.08.19?0, alegaram ser *res inter alios acta*, que não afeta absolutamente o seu direito de recesso, já que não foram sequer citados ou intimados para integrar aquela lide. Além disso – acrescentaram –, dita anulação é posterior à constituição do direito de recesso que, como direito adquirido, não pode mais ser afetado por ato anulatório posterior, cujos efeitos são *ex nunc*.

Discute-se, na espécie, o direito de recesso do acionista dissidente, contemplado no art. 137 da LSA. Importa, sobremaneira, fixar-se o alcance da disposição legal no que refere à mudança do objeto da companhia.

M. Roscoe

(TJMG, AP, N. 66.038 – Comarca de Belo Horizonte, Rel. Des. Márcio Solero, Julgada em 03.09.85)

Aos 16.05, a AGE da M. Roscoe SA – Engenharia, Indústria e Comércio deliberou ampliar o objeto da Companhia, estendendo-o à exploração de atividade agro-pecuária. Dissentindo dessa deliberação, os acionistas MAURÍCIO TEODORO DA SILVA, JOSÉ OTÁVIO MELO SARAIVA e ALDO JOSÉ NOGUEIRA DA SILVA manifestaram, oportunamente, o seu propósito de se retirarem da sociedade, mediante o reembolso do valor de suas ações. Frente a esse fato, os órgãos da administração convocaram nova AG, que se realizou em 11.07, na qual se decidiu pela reconsideração do aprovado na anterior AG. Desse modo, anulada ficou a pretendia ampliação do objeto da companhia.

Posteriormente, a companhia ajuizou, contra os apontados acionistas, uma ação declaratória, na qual formulou o seguinte pedido: "assim expondo, citados os réus, contestada ou não a ação, seja ela procedente declaratoriamente, para que seja reservado à autora, desde que com a aprovação do seu Órgão Colegiado máximo, o direito de alterar o art. 3º de seu Estatuto, em sua redação, para nele acrescentar a atividade agropecuária."

Dê o seu parecer fundamentado sobre esta ação.

J. Cruz & Cia. Ltda.

(RTJ-STF, 70/777)

Ramiro Joaquim de Carvalho e mais duas pessoas eram sócios-cotistas de J. Cruz & Cia. Ltda.

Em 1967 e 1968, os dois sócios majoritários assinaram duas alterações contratuais. Ramiro não as assinou e, apesar disso, a Junta Comercial do Estado do Amazonas as arquivou.

Pela alteração de 1967, ficou permitida a cessão de cotas do capital a terceiros pelo voto da maioria delas, foi excluída a substituição dos sócios-gerentes pelo sr. Ramiro e permitida a alienação ou hipoteca de bens sociais sem o consentimento de todos os sócios.

Pela alteração de 1968, ficou estabelecido que os lucros passariam a ser proporcionais às cotas e poderiam ficar em suspenso, sem distribuição.

Ramiro ajuizou contra J. Cruz & Cia. Ltda. ação judicial para anular as duas alterações contratuais.

Em virtude de recursos interpostos, o caso foi julgado nada menos de três vezes na Justiça estadual do Amazonas. E, finalmente, foi parar no Supremo Tribunal Federal, em virtude de recurso extraordinário.

Os textos que interessam na solução do caso são transcritos a seguir, pela ordem cronológica.

Decreto nº 3.708/19, artigo 15: "Assiste aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado...".

Decreto-Lei nº 4.657/42, art. 2º, §§ 1º e 2º: " A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior."; "A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior."

Lei nº 4.726/65, art. 38: "Não podem ser arquivados (...) V – os contratos a que faltar a assinatura de algum sócio, salvo no caso em que for contratualmente permitida a deliberação de sócios que representem a maioria do capital social".

Decreto nº 57.651/66, art. 62, § 2º: "Nos casos de alteração do contrato ou de quaisquer atos posteriores permitir-se-á falta de assinatura de algum sócio, quando contratualmente permitida deliberação de sócios que representem a maioria do capital social. O contrato social de J. Cruz & Cia. Ltda. era *omisso* quanto à possibilidade de sua alteração pelo voto da maioria.

No Supremo Tribunal Federal, dois dos Ministros da Turma encarregada de decidir a questão divergiram na aplicação da lei ao caso concreto.

O Ministro Aliomar Baleeiro disse: "...o sócio dissidente (Ramiro) argúi, de modo inequívoco, que a situação jurídica da sociedade a partir de 1965 se rege pelo art. 38, V, da Lei nº 4.726. As alterações de contrato impugnadas (...) são de 1967 e 1968, em plena vigência desse diploma (...) No caso destes autos (...) (Ramiro) não se quer retirar, mas anular o registro de alterações contratuais feitas na Junta Comercial contra a letra da lei, e à sua revelia, que lhe são detrimentosas (...) O art. 15 do Decreto nº 3.708/19 estabelece um direito subjetivo, pois a tanto equivale dizer-se que assiste a *faculdade*, *facultas agendi*, de retirar-se da sociedade o sócio avesso à alteração do contrato. Quem tem, por lei, uma faculdade, pode exercê-la ou não. No caso concreto, o sócio não quer exercitar o seu direito de sair, pois, pela lei posterior ao contrato, as alterações só poderão ser registradas se todos os sócios concordarem, salvo cláusula expressa que autorize a maioria a deliberar sobre tal modificação contratual.

Dir-se-á que o art. 18 do Decreto nº 3.708/19 manda aplicar, no silêncio do contrato, as disposições sobre a *sociedade anônima* e estas toleram a alteração por maioria. Mas esse mesmo Decreto nº 3.708 tem norma expressa para o caso, os arts. 2º e 15. Além disso, no caso há superveniência da Lei nº 4.726, de 1965, que expressamente exigiu para as alterações a unanimidade dos sócios, salvo cláusula expressa em contrário. O art. 302 do Código Comercial, ao qual faz expressa remissão o Decreto nº 3.708 no art. 2º, manda que o contrato deixe expressas 'todas as cláusulas e condições necessárias para se determinarem com precisão os direitos e obrigações dos sócios entre si e para

com terceiros'. No caso, não se estipulou a alteração do contrato por simples maioria, de onde me parece ser necessária a unanimidade, ressalvado ao dissidente, se quiser, a retirada (...) A Lei nº 4.726, que deve ser entendida em harmonia com o art. 2º do Decreto nº 3.708, entendeu que o contrato não poderá ser registrado se faltar a assinatura de algum sócio, salvo no caso em que for contratualmente permitida a deliberação de sócios que representem a maioria do capital social (...) Não pode ser posta em dúvida a aplicação imediata da Lei nº 4.726/65 a todas as alterações contratuais ou atos posteriores de contratos celebrados antes da vigência dela (...) A razão de Ramiro reside em que, se o contrato inicial não previu expressamente que podia ser alterado pela maioria de votos do capital social, não era lícito aos sócios intentá-lo ante a discrepância de um sócio. E, se assim procederam, a alteração não podia ser registrada, como o foi, pela Junta Comercial...".

O Ministro Rodrigues Alckmin disse: "...o art. 15 do Decreto nº 3.708/19 permite a alteração do contrato social por força de deliberação da maioria (...) Não tem o sócio, portanto, a opção entre exigir que a sociedade permaneça com seu contrato inalterado e a retirada; pode optar entre aceitar a alteração social, ou retirar-se da sociedade. É o que dispõe o art. 15, citado decreto. No caso de discordância (de Ramiro) com as alterações do contrato social, ou se submeteria a elas, ou se retiraria. Se não quis submeter-se, assinando as alterações contratuais, exerceu a escolha prevista em lei: Retirou-se da sociedade, cabendo-lhe reclamar a quantia correspondente ao seu capital. Esse o entendimento que decorre da aplicação do Decreto nº 3.708/19 (...) Considero, com a devida vênia do Ministro Aliomar Baleeiro que a Lei nº 4.726, ao regular o registro de comércio e ao impedir o arquivamento do contrato e documentos mencionados nos incisos do art. 38, não visou revogar textos legais que permitem a alteração de contratos de sociedade por quotas ou estatutos, por declaração da maioria. Admitiu, disciplinando pormenor de ordem puramente formal, que se registrassem alterações contratuais sem a assinatura de todos os sócios, nos casos em que a lei não as autorizasse, desde que o contrato permitisse tais alterações (...) Tenho, portanto, que a regra do art. 38, V, se há de interpretar como permissiva do registro nos casos em que, sem que a lei autorize alteração de contrato social pela só vontade da maioria, o contrato social o admita (...) E observo que se as alterações do contrato social foram maliciosamente feitas a dano do Sr. Ramiro, outra, que não

a ação fundada na impossibilidade de tais alterações sem consentimento unânime seria o remédio reparatório...".

Como você desempataria a questão? Por quê?

CTMR

(Revista de jurisprudência do TJRGS, 88/390)

Apelação Cível nº 37.797 – 1ª Câmara Cível – Pelotas

SOCIEDADE ANÔNIMA. AUMENTO DE AÇÕES PREFERENCIAIS DESPROPORCIONAL AO DE ORDINÁRIAS. ACIONISTA DISSIDENTE. DIREITO DE RETIRADA.

Alteração estatutária que importa em permissão de aumento do número de ações preferenciais desproporcional ao de ordinárias exige quorum *qualificado e autoriza o acionista divergente a retirar-se.* Embora a *diferença entre as ações preferenciais e ordinárias* seja *de espécie, e não de classe*, a lei não pode ser visualizada literalmente, porque a desproporção no aumento de ambas afeta de tal forma o equilíbrio da relação societária, que, *numa interpretação finalística*, só se pode entender que ela esteja abrangida pela necessidade de aprovação em votação qualificada, permitindo o reembolso de valor de suas ações à minoria dissidente. Inteligência dos art. 136, I, e 137, *caput*, e seu § 1º, da Lei nº 6.404, de 15.02.76, dentro de uma perspectiva teleológica. Sentença confirmada. Apelação desprovida.

Companhia Telefônica Melhoramentos e Resistência – CTMR e sua assistente Telecomunicações Brasileiras S/A – Telebrás, apelantes – Rui Kovalski Lima, Rogério Lemos Duarte da Silva e Citesul – Construtora, Urbanizadora, Florestal Ltda., apelados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em *negar provimento à apelação*, o que fazem pelos fundamentos e nos termos expostos nas notas taquigráficas, em anexo, que incorporam-se ao presente aresto. Custas na forma da lei.

Participou, também, do julgamento o eminente Des. Tulio Medina Martins.

Porto Alegre, 7 de abril de 1981.

Cristiano Graeff Júnior, Presidente – Pio Fiori de Azevedo, Relator.

RELATÓRIO

Des. Pio Fiori de Azevedo – Sr. Presidente. Trata-se de *ação ordinária* proposta por *Rui Kovalski Lima, Rogério Lemos Duarte da Silva e Citesul – Construtora, Urbanizadora, Florestal Ltda. contra Companhia Telefônica Melhoramentos e Resistência para a retirada da sociedade* mediante o pagamento das ações, com bonificações que houver, por valores não inferiores ao do patrimônio líquido, de conformidade com o último balanço aprovado, bem como demais cominações legais, inclusive correção monetária.

Alegam os autores que, em assembléia geral extraordinária, ensejou-se alteração estatutária que possibilita aumento de classe de ações existentes sem guardar proporção com as demais. O dispositivo acrescentado aos estatutos pela assembléia geral extraordinária tem a seguinte redação: 'Art. 19. O capital social é representado por ações ordinárias e preferenciais, todas nominativas. § 1º O número de ações de cada espécie será fixado pelo Conselho de Administração, ouvido o Conselho Fiscal, *não havendo obrigatoriedade, nos aumentos de capital, de se guardar proporção entre elas,* observadas as disposições legais e estatutárias. § 2º O número de ações preferenciais não pode ultrapassar dois terços do total das ações emitidas.' Os *requerentes expediram correspondência à ré manifestando a intenção de exercer o direito de retirada* nos termos dos arts. 136, I e 137 e seu § 1º, todos da Lei nº 6.404, de 15.12.76. *Não foram*, entretanto, *atendidos* relativamente ao reembolso, motivo pelo qual é proposta a presente ação.

A *ré contestou*, sustentando defeitos formais nas cartas dos acionistas, que não indicam as disposições estatutárias de que discordam, impedindo a revogação facultada pela lei. Decorreu o prazo de 30 dias sem que tivesse sido regularmente exercido o direito de retirada. As cartas foram redigidas pelos autores em termos aproximadamente iguais. Então, tomo exemplificativamente uma delas para mostrar a forma como foram redigidas. Esta, redigida por Rogério Lemos Duarte

da Silva, à fl. 16, dos autos: (leu). As demais cartas têm dizeres similares.

Posteriormente à contestação e já decorrido seu prazo, Telecomunicações Brasileira S/A habilitou-se como asssistente.

A *ação* foi *julgada procedente* para condenar a requerida ao pagamento da importância correspondente ao valor das ações de que são proprietários os autores, a título de reembolso, atendido o valor patrimonial unitário de acordo com a última cotação aprovada antes da data do efetivo pagamento. A sentença condenou a ré ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado, fixados em 20% sobre o total do pagamento a ser feito aos dissidentes que se retiram da sociedade.

Apelaram a *ré e sua assistente, argumentando* não ter havido alteração estatutária *que* autorize a retirada dos autores, porque o *dispositivo atacado do estatuto apenas se destina a não exigir obrigatoriedade de guardar proporção entre as espécies de ação. Afirmam que se está a fazer confusão entre espécie e classe.* A *lei veda* a *criação ou* o *aumento de classes, mas a ré só tem uma classe de ações preferenciais, embora tenha espécies diferentes de ações – ordinárias e preferenciais. Assim sendo,* o *aumento facultado, destinando-se apenas a poder aumentar espécies de ações* – alegam a ré e sua assistente na apelação – *não atinge o dispositivo legal que exige* quorum *qualificado para aprovação e ao mesmo tempo permite, a quem dissentir, retirar-se da sociedade, mediante reembolso dos valores das ações correspondentes.*

A *apelação* foi *recebida* e respondida pelos *autores*, que *pedem* a *confirmação da sentença.* Argumentam que, na contestação, não se tinham proposto as questões ora levantadas nas razões de recurso. A contestação se limitara a discutir aspectos formais das cartas enviadas pelos requerentes. *As razões do recurso trouxeram matéria nova, a propósito de distinção entre espécie e classe de ações*, mas não são corretas as interpretações nelas contidas, porque a alteração introduzida possibilita a emissão de novas classes de ações, sem guardar proporção com as já existentes. Em princípio, é o relatório.

VOTO

Des. Pio Fiori de Azevedo – Sr. Presidente. Já dou como superadas as matérias que dizem com o formalismo da ciência que os acionis-

tas deram de que queriam retirar-se da sociedade, porque nas razões de apelação não se reitera essa matéria, que está corretamente solucionada pela sentença de primeiro grau. Conforme se viu do relatório, havia suficiente clareza nas cartas que foram mandadas à ré para mostrar quais as razões do dissenso destes acionistas, que se amparavam no art. 136, I, da Lei das Sociedades Anônimas.

Diz o art. 136, em seu inciso I: 'É necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito de voto, se maior *quorum* não for exigido pelo estatuto da companhia fechada, para deliberação sobre criação de ações preferenciais ou aumento de classe existente sem guardar proporção com as demais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto.'

É certo que a modificação introduzida no estatuto faculta o aumento de número de ações de cada espécie, sem necessidade de que esse aumento seja feito em assembléia geral, porque autoriza outros órgãos da sociedade a fazerem esse aumento. Resta saber se o aumento autorizado pelo estatuto está incluído no art. 136, I, da Lei nº 6.404, de 15.12.76, Lei das Sociedades Anônimas, para o efeito de permitir a retirada, nos termos do art. 137 e seu parágrafo único.

A *questão suscitada* no recurso *pela ré e sua assistente é interessante. Fazendo a distinção entre espécie e classe de ações, critica a sentença que não teria feito essa distinção, e entende que a alteração estatutária, que permitiu não guardar proporção entre as espécies de ações, fica fora da incidência do art. 136, I*, que acabo de referir, *porque ali apenas é prevista a criação de ações preferenciais ou aumento de classes existentes. Segundo as apelantes, o estatuto passou a permitir que o aumento de uma espécie não guarde proporção com a outra, mas não autorizou aumento de classe de forma a não guardar proporção com outra classe.*

Conforme a *argumentação* exposta *pelas apelantes, não se poderiam valer os autores do art. 137, da Lei das Sociedades Anônimas, para se retirar da sociedade.*

Refleti largamente sobre a matéria e me convenci, Sr. Presidente, de que não assiste razão às apelantes. Já tinha sentido que a interpretação preconizada por elas desnivelaria os acionistas, e o meu convencimento se firmou ao ler a lição, que tomo emprestada, exposta por *Egberto Lacerda Teixeira* e *José Alexandre Tavares Guerreiro, in* 'Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro', 1º/190: 'Argumentou-se

que o art. 136, I, apenas alude, no caso, ao aumento de classe existente, sem guardar proporção com as demais. Ora, como ficou dito, *a diferença entre ações ordinárias e ações preferenciais não é uma diferença de classe, mas de espécie, e o art. 136, I, não se refere a aumento de espécie, senão a aumento da classe*. Uma interpretação literal do dispositivo conduziria, portanto, à conclusão de que, na hipótese contemplada, a reforma estatutária para elevar o percentual das preferenciais não abriria aos dissidentes a oportunidade do recesso. Segundo se soube, porém, a *CVM adotou a respeito do assunto posição diversa, sob o argumento de que uma sociedade que possua ações ordinárias e preferenciais tem não somente duas espécies de ações como também pelo menos duas classes de ações, a saber, uma classe de ações ordinárias e uma classe de ações preferenciais. Assim sendo, um aumento em espécies de ações, sem guardar proporção com as demais, corresponderia inelutavelmente a um aumento em classes de ações sem guardar proporções com as demais*, o que levaria os dissidentes da deliberação da assembléia geral, que promovesse o aumento, ao recesso, mediante o reembolso do valor de suas ações, desde que cumprissem as condições do art. 137. *Esse esforço hermenêutico orientou-se, sem dúvida, no sentido de propiciar às minorias um tratamento visivelmente protetivo, dentro da filosofia subjacente à Lei nº 6.404*. O aumento de número das preferências ao amparo do § 2º do art. 15, resultaria em atribuírem-se dividendos privilegiados a um maior contingente de acionistas, em prejuízo daqueles que já se encontravam na sociedade antes do aumento e que poderiam ter, portanto, diminuída a sua participação percentual nos resultados sociais. *Conquanto seja o direito de retirada um instituto de aplicação excepcional*, já que representa uma ruptura nos vínculos sociais, expondo a companhia a um ônus substancial, não se pode negar que o seu deferimento, na hipótese em exame, é justificável, tendo em vista a argumentação acima exposta e principalmente tendo em vista o espírito da Lei nº 6.404.'

E na *mesma obra*, à *p. 423*, encontro *outra referência ao mesmo problema: 'Muito embora a ação preferencial não constitua uma classe, mas uma espécie de ações, parece claro, à vista do que expusemos no referido § 8º, que a alteração estatutária para elevação do percentual de sua participação no capital social deva ser procedida mediante aprovação por* quorum *deliberativo qualificado, tal como previsto no* caput *do art. 136*. O aumento das ações preferenciais implica em au-

mento de classe existente, sem guardar proporção com as demais, incidindo assim na hipótese prevista no inc. I, do mencionado art. 136, salvo, naturalmente, se tal aumento já estiver previsto ou autorizado pelo estatuto.'

Com essas considerações, *entendo* que está *correta a conclusão da sentença, permitindo a retirada dos acionistas dissidentes, e dou, então, pela procedência da ação.* Nego provimento à apelação interposta. É o voto.

Des. Cristiano Graeff Júnior – Conforme se viu do relatório, a alteração introduzida nos estatutos da apelante consistiu em dizer o seu art. 19 que 'o capital social é representado por ações ordinárias e preferenciais todas nominativas. § 1º – O número de ações de cada espécie será fixado pelo Conselho de Administração, ouvido o Conselho Fiscal, não havendo obrigatoriedade, nos aumentos de capital, de se guardar proporção entre elas, observadas as disposições legais e estatutárias'.

Realmente, *esta disposição*, como acentuou o eminente Relator, *não está nem criando ações preferenciais, nem aumentando o capital com ações preferenciais, mas abre oportunidade de isso ser feito independentemente de qualquer assembléia.* E o que é mais grave, tranca a possibilidade de, no futuro, haver qualquer reclamação a esse respeito, porque consta dos estatutos e assim estaria cumprido o disposto na parte final do art. 136, I, da Lei nº 6.404/76.

Comungo inteiramente da interpretação oferecida pelo eminente Relator e peço vênia para subscrever o seu voto, adicionando ainda que a lei antiga, Decreto-Lei nº 2.627, permitia esse mesmo direito de recesso no art. 107, segundo o qual a aprovação das matérias previstas nas letras *a*, *b*, *d* etc do art. 105, dão ao acionista dissidente 'o direito de retirar-se da sociedade'. A letra *a* dizia: 'Criação de ações preferenciais ou alteração das preferenciais, ou vantagens conferidas a uma ou mais classes dela ou criação de nova classe de ações preferenciais mais favorecidas.'

Verifica-se que o direito de recesso assegurado pela lei anterior e mantido por esta tem o mesmo fundamento. É a alteração das condições de vida da sociedade ou alteração das relações da sociedade com os acionistas. Quando a alteração destas relações afeta os direitos dos acionistas, dá o direito de recesso.

Como acentuado da tribuna, a Lei nº 6.404 nasceu para proteger o acionista minoritário, o que é uma verdade indiscutível. No caso do direito do recesso, foi mais previdente do que a anterior, no sentido de resguardar os direitos dos acionistas, pois o art. 137, I, autoriza o uso deste direito ainda que o acionista tenha-se abstido de votar contra deliberação ou não tenha comparecido à reunião, coisa que a anterior não tinha. *Interpretar restritivamente este dispositivo*, como pretende a apelante, *é matar o espírito da lei. Não se pode interpretar um dispositivo de lei insulando-o do seu conjunto e, muito menos, insulando-o do sistema positivo em que ele foi editado.*

Nestas condições, a mim parece a interpretação correta abarca também o caso dos autos. Acompanho inteiramente o voto de V. Exa.

Des. Tulio Medina Martins – Também estou de acordo. Pelo que entendi do relatório, o Conselho de Administração ficou com um arbítrio enorme, desfigurando completamente a relação societária.

QUESTÕES:

Que é direito de recesso ou de retirada? Qual o prazo para o exercício desse direito? Qual o "dies a quo" desse prazo? Esse prazo é de prescrição ou de decadência? Quais as diferenças práticas dessa distinção? Existe diferença entre *espécies* e *classes* de ações? Quais são as espécies? Quais são as classes? E as formas de ações? No caso CTMR, como foi julgada a ação em primeiro e em segundo graus de jurisdição? O seguinte trecho do acórdão induz a conclusão de que a CTMR é uma companhia de capital autorizado: "É certo que a modificação introduzida no estatuto faculta o aumento do número de ações de cada espécie *sem necessidade de que esse aumento seja feito em assembléia geral, porque autoriza outros órgãos da sociedade a fazerem esse aumento.*" O que é uma sociedade de capital autorizado? É verdade que o aumento de capital numa S/A de capital autorizado independe de AG? Em caso afirmativo, qual será o "dies a quo" dos prazos para o exercício dos direitos de: (a) retirada?; (b) preferência? A deliberação sobre o aumento de capital sempre possibilita o exercício do direito de retirada? Todo o aumento do número de ações implica aumento de capital? Todo o aumento de capital implica aumento do número de ações? Qual o valor do reembolso no caso de exercício do direito de recesso? Que é patrimônio líquido? O valor de patrimônio líquido tem algo a ver com o

valor de cotação? Qual a "filosofia subjacente à Lei nº 6.404", referida no acórdão? O Tribunal interpretou corretamente o art. 19, parágrafo único, do estatuto social da CTMR?

Nochese

INTRODUÇÃO

A Souza Nochese S.A. (doravante denominada Nochese), uma sociedade familiar, dedicava-se, principalmente, à fundição de banheiras e outras peças sanitárias. E vinha apresentando prejuízos nos últimos anos.

Lília Cintra Leite e outro (doravante denominados *acionistas*) propuseram contra a *Nochese* uma ação, estribados nos artigos 109, V, 115, § 1º, 135, 136, V, e 137 da LSA, visando à reversão dos bens pertencentes à Nochese e que foram transferidos à Fernox S.A. sem prévia e indispensável assembléia geral autorizadora da mudança do objeto social da Nochese e, por isso mesmo, infringente do artigo 145, III, IV e V do Código Civil (art. 145 – É nulo o ato jurídico: III – quando não revestir a forma prescrita em lei; IV – quando for preterida alguma formalidade que a lei considere essencial para a sua validade; V – quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito).

PONTOS DE VISTA DOS ACIONISTAS

Segundo os *acionistas*, é nula, porque não revestiu a forma prescrita em lei, a tranferência dos bens feita à Fernox, sem prévia e indispensável autorização da AGE e autorizadora da mudança do objeto social. Nulidade insanável, impõe a reversão dos bens ao patrimônio da ré, nos termos do art. 145, III, IV e V do Código Civil, procedendo-se na conformidade do artigo 158 do aludido diploma substantivo (art. 158 – Anulado o ato, restituir-se-ão as parte ao estado, em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente). É que sendo eles (os *acionistas*) acionistas minoritários da Nochese, foram prejudicados pela maioria que, sem convocar a AG para esse fim, mudou o objeto social da referida sociedade,

eis que foram transferidos os bens e maquinaria indispensáveis ao prosseguimento das atividades inerentes ao objeto social, para outra empresa. Por outro lado, não tendo sido convocada a AGE, autorizadora da mudança do objeto social, não puderam eles (os *acionistas*) se valer do direito de se retirarem da sociedade, nos termos do art. 137 da LSA. Acrescentam que, sendo os diretores da Nochese acionistas da Fernox, não poderiam, como fizeram, transferir bens da primeira para a outra, por colidência de interesses, infringindo o disposto no art. 156 da já referida lei. Finalmente, entendem que não pode ser considerada como a AG exigida pela lei, destinada a modificar os fins da sociedade, aquela realizada pela Nochese em 30 de abril, na qual se comunicou que estava extinta a parte industrial da sociedade.

POSIÇÃO DA NOCHESE

A Nochese, por seu turno, quer a improcedência da ação porque, preliminarmente, não são os *acionistas* partes legítimas "ad causam", eis que somente receberam suas ações, por doação, de seus pais, muito após a realização da assembléia, que pretendem impugnar, e, ainda, porque não sofreram qualquer prejuízo com a transferência dos bens à Fernox. No mérito, alegaram que era dispensável a AGE para a transferência dos bens da Nochese à Fernox, porque os diretores que a fizeram tinham autorização estatutária para tal, e que tal transferência não importou na mudança do objeto essencial da sociedade, eis que também era objeto da mesma uma atividade imobiliária, que remanesceu. Ademais, a cessação das atividades industriais nada mais fora que o reconhecimento de um estado de fato, e para isso não seria necessária a formalização por assembléia, principalmente por se tratar de uma sociedade familiar e querer se evitar publicidade em torno da referida extinção.

Pais e Filhos

(RTJ-STF, 71/451)

Editora Leitura S.A., representada pelo seu diretor-presidente José Barbosa Melo, vendeu à Bloch Editores S.A. a marca "Pais e Filhos", designativa de uma revista registrada no INPI.

Posteriormente, um acionista notificou judicialmente o diretor-presidente da Editora Leitura S.A. para que ele convocasse a AG, para apreciar a alienação.

A AG destituiu o diretor José Barbosa Melo, elegeu nova diretoria e determinou a esta que propusesse ação anulatória da referida venda.

O artigo 119 do Decreto-Lei nº 2.627/40, vigente à época em que foi julgado o caso, estabelecia: "Os diretores não poderão praticar atos de liberalidade à custa da sociedade. Não lhes será igualmente lícito hipotecar, empenhar ou alienar bens sociais, sem expressa autorização dos estatutos ou da assembléia geral, salvo se esses atos ou operações constituírem objeto da sociedade."

O objeto da Editora Leitura S.A., segundo os seus estatutos sociais, era "publicação da revista periódica intitulada Leitura e de outras que venha a editar, inclusive livros".

A revista "Pais e Filhos" jamais fora editada pela Editora Leitura S.A.

A Lei nº 6.404/76, consagrando ensinamento da ciência contábil, diz que as marcas e patentes devem ser registradas, no balanço patrimonial, como ativo permanente imobilizado (Campiglia, Américo Oswaldo, *Contabilidade Básica*, São Paulo, Pioneira, 1966, p. 121; Lei nº 6.404/76, art. 178, § 1º, *c*, c/c o art. 179, IV).

A mesma Lei nº 6.404/76, no artigo 142, VIII, estipula que compete ao conselho de administração "autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do *ativo permanente*, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias e obrigações de terceiros".

As *marcas* são disciplinadas pela Lei nº 5.772/71 (Código de Propriedade Industrial), que diz, no seu artigo 59: "Será garantida no território nacional a propriedade da marca e o seu uso exclusivo àquele que obtiver o registro de acordo com o presente Código, para distinguir seus produtos, mercadorias ou serviços, de outros idênticos ou semelhantes, na classe correspondente à sua atividade. Parágrafo único – A proteção de que trata este artigo abrange o uso da marca em papéis, impressos e documentos relativos à atividade do titular."

QUESTÕES:

1. Com o advento da Lei nº 6.404/76 foram alterados os *critérios* para a solução do caso Pais e Filhos? Sim? Não? Por quê?

2. Como você julgaria o caso:
a) caso não tenha ocorrido a mudança de critérios;
b) à luz de cada uma das leis, se entende que houve mudança de critérios.

Thomaz Albornoz

(*RT*, 582/199)

LEGITIMIDADE 'AD CAUSAM' – Representante de pessoa jurídica – Sociedade anônima – Ata registrada.

MANDATO – Procuração "ad judicia" – Vários procuradores – Exercício conjunto não exigido – Interpretação dos arts. 1.304 e 1.327 do CC.

PAGAMENTO – Antecipação – Discriminação de valores – Aplicação do art. 763 do CC.

Ementa oficial: Legitimidade dos representantes. Os atos constitutivos das empresas, devidamente registrados na Junta Comercial, fazem prova contra terceiros e detêm presunção de validade. Os diretores representantes da pessoa jurídica têm legitimação de representação segundo decorre da ata registrada.

Procuradores. Outorgado mandato sem expressa indicação de deverem os mandatários exercer o encargo conjunta ou separadamente, podem fazê-lo de forma isolada e sucessiva. Interpretação dos arts. 1.304 e 1.327 do CC.

Dívida e vencimento antecipado. Havendo antecipação do vencimento da dívida, impõe-se a especificação discriminada dos valores principais e da parte acessória. Embargos procedentes ante a iliquidez da dívida.

Ap. 28.500 – 2ª C. – j. 23.11.82 – rel. Juiz Luiz Fernando Borges da Fonseca – v. u.

ACÓRDÃO* – Acordam os Juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada, à unanimidade, em tomar conhecimento dos documentos

---

* Apte.: Lanifício do Rio Grande do Sul – Thomaz Albornoz S/A, apdo.: Banco Crefisul de Investimento S/A.

juntados na fase recursal; rejeitar as preliminares e dar provimento à apelação. Custas *ex lege*.

Trata-se de embargo à execução hipotecária promovida por Lanifícios do Rio Grande do Sul – Thomaz Albornoz S/A, contra Banco Crefisul de Investimentos S/A.

Alegou o autor em sua inicial a ilegitimidade da ação proposta pelo réu, por apenas um dos procuradores outorgados ter assinado a inicial, o que acarretaria a nulidade insanável de todos os atos praticados, uma vez que se encontra em situação irregular. Ademais, que o exeqüente serviu-se de cláusula leonina para exigir o pagamento das parcelas vincendas. Serviu-se da falta de pagamento de uma parcela para postular o todo. Que não recebeu intimação nem notificação judicial ou extrajudicial. Evidenciou a total carência de suporte jurídico à ação proposta. Ressaltou, ainda, a pretensão do réu de receber juros em moeda estrangeira, que é manifestamente ilegal mesmo se previsto no contrato de empréstimo. Requereu fosse julgada improcedente a ação de execução, e condenando o réu ao pagamento das custas honorárias e demais cominações legais. Protestou provas por todos os meios em Direito admitidas. Juntou procuração (fls.) e atas de assembléias gerais (fls.).

Intimado, o embargado manifestou-se juntando procuração (fls.). Contestou alegando que a ilegitimidade de representação é matéria relativa a pressupostos processuais e não às condições da ação, conforme art. 3º do CPC, alegado pelo autor. Ademais, que o próprio autor se contradiz. Que não há qualquer ilegalidade na assinatura somente de um dos procuradores outorgados e ali mencionados. Que o próprio Código Civil estatui em seu art. 762, III, o vencimento antecipado das prestações vincendas, se o embargante não pagar no vencimento de qualquer das prestações. Ademais, que não há necessidade de notificação uma vez que havia fixado prazo para o vencimento das parcelas. Que pretende receber em cruzeiros o correspondente aos dólares emprestados ao autor, mais os encargos incidentes. Citou a afirmação do autor na inicial, em que o mesmo se confessa devedor. Postulou fossem julgados improcedentes os embargos opostos, condenando o embargante ao pagamento de honorários mais perdas e danos. Protestou por todos os meios de prova em Direito admitidas. Juntou documentos (fls.).

Replicou o autor os termos da contestação, requerendo a procedência dos embargos e a aplicação do disposto no nº I do art. 13 do CPC. Foram conclusos os autos. Sentenciou o Magistrado (fls.).

Julgou improcedentes os embargos, com base no art. 741 do CPC. Condenou o autor ao pagamento das custas e honorários, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Inconformado com a decisão de fls., apelou o autor, postulando a total reforma da sentença ou sua anulação, uma vez que a verba honorária não foi pleiteada na inicial. Alega que as mesmas não podem ser atribuídas aos patronos dos embargados, uma vez que em execução hipotecária não pode haver cumulação de multa contratual e honorários. Ademais, que não foi determinada fase probatória no processo, tendo sido cerceada, desta maneira, a defesa do embargante.

Contra-arrazoou o apelado. Reiterou pedidos da contestação. Postula ser mantida a sentença. Alega não haver necessidade de ser expressamente pedida a condenação em honorários, com base no art. 20, primeira parte, do CPC (fls.). Feita a conta, subiram os autos.

Inicialmente, aceitam-se os documentos juntados com as razões de contra-apelação, por se constituírem de recortes de jornal de grande circulação no País, e que contêm jurisprudência atinente ao caso.

Argüi o embargante, em preliminar, a ilegitimidade de representação do exeqüente, por não provado que as duas pessoas que representaram o mesmo na outorga da procuração para a propositura da ação sejam seus diretores.

A outorga de procuração por pessoa jurídica, em cujo instrumento é declarado que é representada por seus diretores, tem, desde logo, a seu favor, a presunção *juris tantum* de validez.

E isto porque a diretoria, no caso de sociedades anônimas, que é o caso vertente, é eleita em assembléia geral ordinária ou em reunião de seu conselho de administração, lavrando-se, de tudo, a competente e respectiva ata que é registrada e arquivada na Junta Comercial do Estado em que a empresa tem sua sede e, ainda, publicada no órgão oficial e em outro jornal local de grande circulação.

A Junta Comercial é também registro público. Por si só os atos aí aprovados, registrados e arquivados são, por força de lei, de conhecimento público. Além disso, há as publicações nos referidos órgãos da imprensa.

Assim, entende-se que esta presunção de validez de representação da outorgante somente cede ante prova em contrário, de ônus de quem a impugna, o que não foi feito.

Embora este aspecto, a exeqüente e embargada comprovou, a fls., dos autos de embargos, com a juntada de xerox, devidamente autenticados, de folhas do *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, local de sua sede, eds. de 14.05.81 e 25.07.81, que publicaram, respectivamente, a ata da 44ª reunião do Conselho de Administração e a certidão expedida pela Junta Comercial do Estado de São Paulo, do registro da aludida ata, em cuja reunião foram reeleitos Diretor-Vice-Presidente o Sr. Gilberto Gregori e Diretor o Sr. Ivan Ney Passos Lima, que representaram a exeqüente e embargada na outorga da atacada procuração.

Assim, tem-se como legítima a representação da exeqüente e embargada não se acolhendo, pois, esta preliminar.

Alegou, mais, prefacialmente, o embargante a nulidade de todos os atos praticados pelo autor, na execução, inclusive na petição inicial, por terem sido nomeados, na mencionada procuração, quatro procuradores e somente um deles, o último na ordem de nomeação, o Dr. Luiz Carlos Mascarenhas de Abreu, haver assinado isoladamente a inicial estando de posse de uma procuração conjunta.

Não é exato tenham sido nomeados os procuradores em conjunto. No referido instrumento procuratório não existe nenhuma declaração de que tenham sido os mandatários nomeados quer em conjunto, ou quer solidários. Assim, a teor do contido nos arts. 1.304 e 1.327 do CC brasileiro, podem os citados mandatários funcionar isolada e sucessivamente, entendendo-se que a atuação do último elide a dos primeiros. O procurador firmatário da inicial substabeleceu, com reserva para seu uso, na pessoa da Dra. Vera Maria Reis da Cruz, os poderes naquele instrumento a si outorgados (fls.).

Não se acolhe, igualmente, esta preliminar.

No mérito. Reza o artigo 586 do CPC, que "a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível".

O título em que se baseia a execução embargada é, em princípio, exeqüível. Apresenta potencialidade de execução.

A pretendida antecipação de vencimento de todas as prestações e obrigações do executado e embargante, impõe ao exeqüente e embargado a inarredável obrigação de discriminar a composição de seu ale-

gado crédito, especificando os valores do principal e, separadamente, de cada um de seus acessórios e ou encargos, inclusive em razão do fator tempo, observando-se, assim, a regra do art. 763 do CC brasileiro, aplicável à espécie. E mais, não só em relação aos juros, como também às taxas e comissões (Ap. cível 9.480, C. Cível Esp. do TARS, rel. Juiz Adroaldo Furtado Fabrício; Ap. cível 11.338, *Julgados* 18/308, 2ª C. Cível, rel. Des. Athos Gusmão Carneiro).

O não cumprimento de tal obrigação torna ilíquida a dívida, impedindo sua cobrança pela via executiva.

A inicial da execução ressente-se deste requisito essencial, retirando-lhe, neste processo, as condições necessárias para eficácia de título executivo.

Não se trata, neste caso, de simples operação aritmética para se chegar ao valor da dívida. Para tal, envolve, entre outros aspectos, o conhecimento de taxas e de percentuais que são fixados por organismo internacional de divulgação somente às instituições financeiras e bancárias, que operam em câmbio e contratam diretamente empréstimos externos, destinados a serem repassados a empresas no País, tudo consoante Res. 63, de 21.08.67, do Banco Central do Brasil.

Assim, julgam-se procedentes os embargos opostos na presente execução, por iliquidez da dívida, ressalvando, no entanto, ao embargado e exeqüente o direito a postular seu alegado crédito, em nova ação, em que sua pretensão venha revestida dos pressupostos legais de exeqüibilidade, julgando, em decorrência, prejudicados os demais aspectos debatidos neste processo, tornando-se insubsistente a penhora.

Ônus da sucumbência invertidos, com honorários a 5% sobre o valor da causa dada à execução.

Participaram do julgamento, além do signatário, os Drs. Adroaldo Furtado Fabrício, pres., e Cacildo de Andrade Xavier. Porto Alegre, 23 de novembro de 1982 – LUIZ FERNANDO BORGES DA FONSECA, relator.

Bracisa

(*RT*, 458/133)

1. Trata-se de uma ação ordinária de cobrança ajuizada pela Editora de Guias LTB S.A., atual denominação de Listas Telefônicas Brasileiras S.A. – Páginas Amarelas – contra a Bracisa – Brasileira de Componentes Industriais S.A. –, para haver quantia proveniente de serviços de publicidade.

2. Na época da celebração dos contratos de publicidade, que foram devidamente cumpridos pela LTB, o corretor desta procurou a Bracisa, sendo então apresentado a Oseas Fernandes, que contratou os serviços, apondo o carimbo usado pela companhia.

3. A prova *testemunhal* aponta Oseas Fernandes como (sic) "interessado na compra da firma, tendo, nessa qualidade, assumido a administração geral, que coincidiu com o afastamento de todos os diretores".

4. Não consta, dos autos, que Oseas Fernandes seja sequer acionista da Bracisa. E tudo indica que ele não efetivou a (sic) "compra da firma".

5. É *certo* que Oseas Fernandes jamais foi eleito administrador da Bracisa pela assembléia geral desta. Além disso, ele jamais foi nomeado seu mandatário ou procurador.

Precisamente por isso, a Bracisa entende que nada deve à LTB. E invoca, a seu favor, o art. 144 da Lei nº 6.404/1976.

6. O Prof. Caio Mário da Silva Pereira tece as seguintes considerações sobre a *representação*:

"Na representação é presente uma idéia essencial: o representante necessita de estar investido de um poder. É o poder de representação. Esse poder, em última análise, vem da lei. Mas, tendo em vista a sua causa próxima, diz-se que a representação pode ser legal ou convencional. Dá-se a representação legal ou de ofício quando o poder emana

diretamente de determinação legislativa. Ao referir-se às pessoas jurídicas, diz o Código Civil (art. 17) que são elas representadas, ativa e passivamente, por quem os estatutos designarem. Dá-se a representação convencional ou voluntária quando uma pessoa encarrega outra de praticar em seu nome atos jurídicos ou administrar interesses, sendo normal para esse efeito a constituição de mandato. Toda pessoa que tratar com o representante tem o direito de exigir que prove ele a sua qualidade. Quando esta compõe a representação legal, a autorização para agir em nome do representado está definida no comando da lei. Na voluntária, os poderes do representante devem conter-se nas lindes da outorga recebida, distinguindo a lei civil a extensão do poder de simples administração da que envolve alienação, constituição de ônus real, transação, quitação, renúncia, contração de obrigações (Código Civil, art. 1.295).

(*Instituições de Direito Civil*, Rio e São Paulo, Forense, 1961, volume I, ps. 435/438, *PASSIM*.)

QUESTÕES:

Poder-se-ia caracterizar o Sr. Oseas Fernandes como "administrador de fato"? O que é "administrador de fato"? Poder-se-ia invocar, no caso em tela, a teoria da aparência? Em que consiste essa teoria, e quais os requisitos para a sua aplicação? O que significa "compra da firma"? O que é "firma"?

Gelopesca

(TJSC, ap. cível nº 20.021, 03 de maio de 1984, Rel. Des. May Filho)

Em complexa ação ordinária de cobrança proposta por Gelopesca S.A. contra Sul Atlântico de Pesca S.A. – Indústria e Comércio, um dos vários aspectos discutidos foi o seguinte:

No que respeita ao fato de a missiva em questão ter sido assinada por um só Diretor da Gelopesca, quando deveriam assiná-la dois Diretores, esta argüição envolve um estudo maior.

De acordo com a AGO da Gelopesca realizada em 30 de abril de 19?6, foram eleitos por unanimidade o Sr. Wilson de Medeiros, como Diretor-Presidente, e Carlos Brito Roque e Wilson Roberto Medeiros, como Diretores.

Pelos estatutos dessa (sic) firma, essa sociedade considerar-se-ia obrigada pela assinatura conjunta do Diretor-Presidente com um Diretor.

Ressalte-se que a carta que deu origem à discussão foi assinada somente por um Diretor da Gelopesca, ou seja, Sr. Carlos Brito Roque.

No entanto, esse mesmo Diretor assinou, sozinho, outros documentos, representando a Gelopesca (...)

A validade da assinatura isolada do Diretor Carlos Brito Roque dependia dos interesses da Gelopesca para impugná-los ou não, posteriormente.

A Sul Atlântico alega que esse Diretor era quem ostensivamente se apresentava como representante e administrador da Gelopesca, fazendo e desfazendo, sem jamais ter sido por ela desautorizado (...)

Rubens Requião ensina que as restrições aos poderes dos gerentes e administradores das sociedades não se podem opor a terceiros a ela estranhos.

J. X. Carvalho de Mendonça explica que o Código somente se referiu ao emprego da firma em negócio particular do sócio-gerente ou de terceiros. Há porém, diz ele, os casos freqüentes do uso da firma em

atos que, embora compreendidos no objeto da sociedade, são proibidos ao sócio-gerente por cláusula contratual. Acha o comercialista que nesses casos, de transações que constituem o objeto da sociedade, a firma empregada pelo sócio-gerente obriga a sociedade e os sócios. Assim o é, porque entre terceiro de boa-fé, que não tem o direito de fiscalizar ou intervir na sociedade, e os sócios, vítimas de sua própria imprevidência ou negligência na escolha do gerente infiel, mais eqüitativo é que sofram o prejuízo os que para ele concorreram direta ou indiretamente. E comenta, por fim, o autor, que a lei visa a amparar a boa-fé dos terceiros que tratam com a sociedade. Tenha-se sempre em consideração esse alvo legal e todas as questões a esse respeito serão aplainadas.

Citando Eunápio Borges, o eminente comercialista prossegue: "Em tese de concurso versando sobre o instituto 'Do Aval', o Prof. Eunápio Borges expõe interessante doutrina, pela qual o contrato social não pode derrogar princípios de capacidade que a lei reconhece ou atribui a uma pessoa, natural ou jurídica. E qualquer acordo em sentido contrário, mesmo constando do instrumento devidamente registrado ou arquivado em registros públicos, será inoperante em relação a terceiro. Essas convenções limitativas da capacidade são válidas apenas entre os elementos que se obrigarem, mas não são oponíveis a terceiros de boa-fé. Em relação a terceiros, porém, explica aquele autor, não terão elas, em hipótese alguma, o efeito de tornar incapaz ou menos capaz qualquer daqueles contratantes. Mesmo que tal contrato esteja arquivado na Junta Comercial ou no Registro de Títulos e Documentos. Não deixará, por isso, de ser válida a letra de câmbio ou a nota promissória que ele houver assinado como sacador, aceitante, como endossante ou como avalista."

Por fim, o Prof. Rubens Requião coloca sua posição sobre o assunto: "É exigir demais, com efeito, no âmbito do comércio, onde as operações se realizam em massa, e por isso sempre em antagonismo com o formalismo, que a todo instante o terceiro que contrata com uma sociedade comercial solicite desta a exibição do contrato social, para verificação dos poderes do gerente.

A doutrina que dá validade a tal cláusula é evidentemente contrária às tendências e espírito do direito comercial. Tem razão Eunápio Borges ao comentar que além de sumamente nocivo à rapidez com que devem realizar-se os negócios comerciais, é de fato impraticável exi-

gir-se, em cada caso, que terceiros examinem, nas Juntas Comerciais, os contratos e estatutos das sociedades com que tratam.

Filiamo-nos, pois, à corrente que nega validade a tal cláusula em relação a terceiros de boa-fé, por contrariar a essência do direito comercial, que repele o formalismo excessivo em proveito da celeridade e segurança das operações mercantis em relação ao público (...)".

Não resta, pois, dúvida, que a carta de 30.06.19?7, da Gelopesca, assinada apenas pelo Diretor Carlos Brito Roque, tem plena validade entre as partes, alterando o contrato existente entre os litigantes...

QUESTÕES:

Compare as opiniões de Carvalho de Mendonça e Eunápio Borges, citadas no texto. No caso de aval dado por sociedade representada por diretor em desobediência a cláusula estatutária expressa, proibindo o diretor de avalizar em nome da sociedade, o aval pode ser considerado um ato "ultra vires"? O que é um ato "ultra vires" e quais as suas conseqüências: (a) para a sociedade; (b) para o diretor? Qual o efeito de uma cláusula estatutária que proibisse a pessoa física do diretor de uma companhia de avalizar terceiros?

Cestari

(*RT*, 248/250)

Em AG realizada aos 29 de janeiro de 19?1, Cestari S.A. – Produtos Alimentícios –, empresa sediada em Porto Alegre, elegeu seu diretor o Sr. Aécio Pereira de Souza.

Todavia, a Junta Comercial daquele Estado sulino negou-se a arquivar a ata da referida AG, porque chegou ao seu conhecimento que Aécio estava sendo acusado, na Justiça de Brasília, da prática de peculato.

Tendo assumido, de fato, a direção da sociedade o Sr. Enaúde Cestari, Aécio ajuizou contra ele uma ação de reintegração de posse, na qual pediu a sua reintegração liminar no cargo de diretor. O Juiz de Direito deferiu o pedido de reintegração liminar. Contra esse deferimento, impetraram mandado de segurança, perante o Tribunal de Justiça gaúcho, a Cestari S.A., Enaúde Cestari e Francisco de Medeiros Henke.

Aécio Pereira de Souza apresentou ao Tribunal uma petição, em nome da Cestari, visando à desistência do pedido de mandado de segurança.

Tecomil

(*RT*, 580/71)

SOCIEDADE COMERCIAL – Anônima – Assembléia geral extraordinária convocada pelo diretor-presidente – Denunciação deste à lide em ação anulatória movida contra a sociedade – Ilegitimidade *ad causam* – Exclusão determinada.

SOCIEDADE COMERCIAL – Anônima – Assembléia geral extraordinária – Destituição de diretores – *Quorum* especial estipulado no estatuto social – Inobservância – Nulidade da deliberação – Inteligência do art. 129, § 1º, da Lei nº 6.404/76.

Não se confundem as pessoas dos diretores, acionistas ou não, com as pessoas jurídicas que são as sociedades que eles representam. Se a ação tem por objeto a anulação de ato de sociedade anônima praticado por meio de seu órgão máximo, só poderia ser proposta contra a sociedade, visto ser dela o ato impugnado. Para o reconhecimento da responsabilidade pessoal do diretor seria necessário que os autores tivessem formulado pedido cumulativo de indenização, caso em que aquele seria litisconsorte necessário.

O estatuto da companhia fechada pode estabelecer *quorum* maior para certas deliberações, desde que especifique as matérias. Se o estatuto exige *quorum* qualificado para a destituição de diretores, sua inobservância acarreta nulidade da deliberação neste sentido.

Ap. 30.673-1 – 6ª C. – j. 10.08.83 – rel. Des. Macedo Bittencourt – v. v.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 30.673-1, da comarca de Sertãozinho, em que são apelantes Tecomil S/A – Equipamentos Indutriais e Ana Zorilda Bisson Zanini, por si e tutora de E. Z. e outros menores, sendo apelados os mesmos e Ivano Galassi: Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do

Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento às apelações.

A sentença de primeira instância, cujo relatório é adotado, julgou procedente em parte a presente ação para anular deliberação tomada em assembléia geral extraordinária da ré que reformulou o órgão de administração da sociedade, restringindo-o a quatro membros e destituindo a primeira autora do cargo que ocupava. O MM. Juiz deixou de acolher o pedido de anulação das demais deliberações da mesma assembléia, considerando também descabida a condenação em juros e correção monetária. O diretor-presidente da sociedade anônima ré foi excluído da relação processual.

Apela a ré, alegando preliminarmente ser parte ilegítima *ad causam* e, no mérito, através de longa argumentação, sustentando ser desnecessário o *quorum* qualificado de 2/3 para a substituição dos membros da diretoria.

Por meio de recurso adesivo, os autores impugnam tão-somente a parte da sentença que excluiu da lide o co-réu Ivano Galassi, cuja responsabilidade pretendem seja reconhecida.

O parecer do Ministério Público, em ambas as instâncias, é pela confirmação do julgado. É o relatório.

A sentença deu solução adequada ao caso e merece confirmação, por seus próprios fundamentos.

A ação tem por objeto a anulação de ato da sociedade anônima praticado por meio de seu órgão máximo, que é assembléia geral. Sendo assim, a ação só poderia ter sido proposta contra a sociedade, visto ser dela o ato impugnado. Fica repelida, portanto, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

Quanto ao mérito, melhor sorte não merece o apelo da ré. Conforme ensina José da Silva Pacheco, o estatuto da companhia fechada pode estabelecer *quorum* maior para certas deliberações, desde que especifique as matérias. É nesse sentido, aliás, o dispositivo expresso do § 1º do art. 129 da Lei nº 6.404/76.

No caso em questão, o parágrafo único do art. 15 do estatuto social exige, para a substituição do diretor-presidente e do diretor social, a aprovação de acionistas que representem no mínimo 2/3 das ações com direito a voto (fls.).

Não vale o argumento de que tal dispositivo só seria aplicável à substituição temporária dos diretores, nos impedimentos ocasionais. Se

o estatuto exige o *quorum* qualificado para a simples substituição eventual, com maior razão deve prevalecer a exigência quando se trata de substituição definitiva ou destituição.

De outro lado, não se trata de eleição para o cargo da diretoria, mas de substituição de diretor já anteriormente eleito, hipótese expressamente prevista no estatuto para a exigência do *quorum* especial.

Também não merece acolhida a apelação adesiva dos autores. O art. 70, III, do CPC não se aplica ao caso, pois não se cogita de indenização, em ação regressiva, do prejuízo de quem perder a demanda. Pelo contrário, a argumentação dos autores é no sentido da responsabilidade do co-réu Ivano Galassi em decorrência do acolhimento do pedido de anulação do ato. A indenização, portanto, seria corolário da vitória, e não da perda da demanda. Para o reconhecimento da responsabilidade pessoal do diretor seria necessário que os autores tivessem formulado um pedido cumulativo de indenização, caso em que Ivano Galassi seria litisconsorte necessário. A inicial, contudo, não contém tal pretensão. A ação é meramente constitutiva-negativa (ou desconstitutiva da deliberação da assembléia). Somente a pessoa jurídica da sociedade, portanto, pode figurar no pólo passivo do processo.

As demais questões decididas em primeira instância não foram impugnadas por meio de recurso, ficando confirmada, por conseguinte, a r. sentença apelada.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Des. Camargo Sampaio e Macedo Costa. São Paulo, 10 de agosto de 1983 – Macedo Bittencourt, pres. e relator.

SENTENÇA – Vistos etc. Ana Zorilda Bisson Zanini, qualificada na inicial, e mais os menores E. Z., D. Z. e H. Z. F., representados por *sua mãe*, Ana Zorilda Bisson Zanini, todos qualificados, propõem contra Equipamentos Industriais e contra o diretor-presidente desta, Ivano Galassi, também qualificados, ação ordinária de anulação de assembléia geral extraordinária, alegando, em resumo, o seguinte:

1. A autora sucedeu seu marido, por morte, na diretoria da empresa ré.

2. No dia 18.07.80 foram realizadas assembléias gerais ordinária e extraordinária, pelas quais, entre outros assuntos, foram alterados e consolidados os estatutos sociais, extinguindo-se o cargo de diretor-vi-

ce-presidente e criando-se os cargos de diretor industrial e diretor social, fazendo-se outras alterações; a autora foi, então, eleita diretora social.

3. Dos estatutos sociais aprovados naquela assembléia constam, entre outras, as seguintes disposições: a) art. 10: prescrevendo que a diretoria será composta por cinco membros, eleitos em assembléia geral, com mandato para três anos; b) art. 12: dispondo sobre a composição da diretoria; c) art. 15 e parágrafo único, *in verbis*: "A substituição dos diretores, nos seus impedimentos temporários, com exceção do diretor-presidente e diretor social, será resolvida em reunião de diretoria e formalizada com lavratura da respectiva ata."

"Parágrafo único. A substituição do diretor-presidente e a do diretor social depende de deliberação de assembléia geral, sendo necessária a aprovação de acionistas que representam no mínimo 2/3 das ações com direito a voto"; d) art. 22: dispondo sobre modificação ou alteração estatutária.

4. No dia 08.09.81 foi realizada uma assembléia geral extraordinária, convocada para exame de proposta para reestruturação da diretoria, demissão e reeleição de seus membros e outros assuntos, tendo tal proposta sido aprovada em primeira convocação, sem a presença da autora e filhos, que detêm 49,95% das ações votantes da ré.

5. O art. 135 da Lei nº 6.404/76 exige *quorum* de 2/3 do total dos acionistas com direito a voto para alterações estatutárias.

6. No caso, a assembléia geral extraordinária votou e aprovou alterações estatutárias sem a presença da autora e filhos, o que não poderia fazê-lo em primeira convocação, violando o art. 135 da Lei nº 6.404/76: Por último, a autora primeiro nomeada requer a admissão dos menores como autores; a intervenção do Ministério Público, em face do interesse dos incapazes; a citação da ré para responder à ação até final sentença, pronunciando-se a nulidade, "condenação, essa, que abrangerá o pagamento de juros, correção monetária e honorários advocatícios"; a citação do denunciado à lide, Sr. Ivano Galassi, "a publicação de editais desta ação, a fim de prevenir responsabilidade e prover a conservação e ressalva de direitos dos autores".

Juntou os documentos de fls.

O despacho de fls. autorizou a publicação dos editais.

A ré e o denunciado à lide contestaram (fls.), alegando, em resumo:

1. Foi realizada em 08.09.81 uma assembléia geral extraordinária tendo por objeto a deliberação de proposta para reestruturação da diretoria, demissão e reeleição de seus membros.

2. De acordo com a legislação em vigor, art. 125, a assembléia geral instala-se em primeira convocação com a presença de acionistas que representem, no mínimo, 1/4 do capital social com direito de voto, ressalvadas as exceções previstas em lei (arts. 135 e 136).

3. As deliberações do conclave não envolveram reforma do estatuto social, nem qualquer das matérias elencadas no art. 136, e, portanto, nenhum dispositivo legal foi infringido.

4. A assembléia em questão instalou-se com *quorum* legal exigível, ou seja, mais de 1/4 do capital votante (cf. art. 125), e examinou-se a reestruturação da empresa, e aprovou a proposta de destituição dos membros da diretoria e eleição de novos membros.

5. Assim, "as acusações da inicial são inverídicas".

6. A assembléia geral extraordinária também não infringiu o art. 15 e seu parágrafo único do estatuto social, pois ali a hipótese prevista é a substituição de diretores em impedimentos temporários.

7. O art. 22 do estatuto não é pertinente à questão, por não ter havido reforma estatutária.

8. A autora não justificou o interesse processual dos menores.

9. Descabe o pedido de editais, não fundamentado.

10. Não cabe a denunciação à lide de Ivano Galassi, pois este é apenas um dos diretores da empresa e não se justifica sua inclusão no feito, tendo sido a assembléia, como órgão soberano da companhia, quem deliberou sobre as aprovações cogitadas.

11. Por isso, deve a ação ser julgada improcedente, "condenada a autora nas custas processuais e verba advocatícia que V. Exa. houver por bem fixar, incidindo correção e juros, na forma legal".

Junta os documentos de fls. Réplica a fls.

As partes requereram o julgamento antecipado da lide (fls. e fls.).

O representante do Ministério Público, com o substancioso parecer de fls., opinou pela anulação da assembléia geral extraordinária *sub judice*, devendo a situação voltar ao estado anterior, voltando a autora a ocupar o cargo de diretora social, entendendo, contudo, que o pedido não pode ser atendido além dessa anulação e reassunção do cargo, pois não há possibilidade de declarar "a não prevalência de todos os atos que, irregularmente, conduziram à retirada ilegal da autora de seu car-

go", e concluindo pela exclusão de Ivano Galassi da lide, por ele ter sido denunciado apenas *ad cautelam*.

A ré e o denunciado à lide ofereceram a manifestação de fls., tecendo considerações sobre a réplica.

A fls. a autora fez juntar unicamente o edital. É o relatório.

Decido.

Preliminarmente, impõe-se a exclusão da lide de Ivano Galassi, diretor-presidente da ré. É que o objeto da ação é a anulação de assembléia geral extraordinária da sociedade anônima ré. A assembléia em questão foi, é certo, convocada pelo diretor-presidente da sociedade, mas não se confundem as pessoas dos diretores, acionistas ou não, com as pessoas jurídicas que são as sociedades que eles representam.

Ainda preliminarmente, impõe-se a reconsideração parcial do despacho de fls., na parte em que deferiu a publicação de editais para conhecimento de terceiros, requerida na inicial. Isso com base no art. 868 do CPC, pois a autora não expôs os fundamentos do protesto. Ressalte-se, ainda, que a publicação de editais do jaez daquele cuja minuta se encontra a fls., mormente se feita em jornal de grande circulação, pode trazer prejuízos à ré, fabricante de equipamentos industriais de grande valor e em cujo negócio certamente os contratos de compra e venda são firmados com empresas de porte, o que pressupõe a tomada de precauções especiais na celebração das avenças, de parte a parte.

A inicial pede seja pronunciada a nulidade da assembléia geral extraordinária dos acionistas da ré, realizada em 08.09.81, cuja ata se encontra a fls.

Naquela assembléia deliberou-se sobre a atribuição de funções específicas a cada membro da diretoria da empresa e sobre a destituição desta e eleição de novos componentes.

Além da decretação de nulidade, pede a autora condenação da ré em juros, correção monetária e honorários de advogado.

Cumpre, antes do mais, salientar que o estatuto da ré, em seu art. 15, parágrafo único, dispõe que "a substituição do diretor-presidente e a do diretor social depende de deliberação de assembléia geral, sendo necessária a aprovação de acionistas que representam no mínimo 2/3 das ações com direito a voto".

É verdade que, em sua contestação, procura a ré disfarçar tal cláusula, sustentando que ela se aplica apenas à substituição do diretor-presidente e do diretor social em seus impedimentos temporários.

Não é assim. O art. 15, *caput*, cuida, de fato, de substituição temporária. Mas o parágrafo único do mesmo artigo trata, sem sombra de dúvida, da substituição definitiva daqueles membros da diretoria.

Não colhe, pois, o argumento da ré, nesse ponto.

A questão, na verdade, é saber se as regras legais do *quorum* nas assembléias gerais são derrogáveis pelos estatutos, já que o citado parágrafo único do art. 15 dos estatutos da ré estipula *quorum* de nada menos do que 2/3 para substituição dos diretores-presidente e social.

No dizer de Bulgarelli, "tem-se aceito hoje, quase unanimemente, a qualificação jurídica da sociedade comercial como contrato plurilateral, tratando-se de contrato tipificado pelo Código Civil italiano de 1942 (art. 1.247), que se caracteriza não só por ser suscetível de ser integrado por duas ou mais partes, mas também por ser uma subcategoria dos contratos capaz de abrigar uma série de negócios jurídicos até então imprecisamente qualificados" (Waldírio Bulgarelli, *Direito Comercial II – Manual da Sociedade Anônima à luz da Lei nº 6.404/76*, Atlas, 1ª ed., 1978, ps. 60 e 177).

Mesmo que se entendesse possuir o estatuto da sociedade anônima caráter institucional, a doutrina tem evoluído no sentido de traçar distinção entre a natureza da sociedade aberta e da sociedade fechada, prevalecendo naquela o caráter institucional e nesta o aspecto contratual, como assinalou Comparato, "conferindo-se ampla liberdade de estipulação às partes para regular o funcionamento do mecanismo societário de acordo com os seus interesses particulares" (Fábio Konder Comparato, *A natureza da sociedade anônima e a questão da derrogabilidade das regras legais de* quorum *nas assembléias gerais e reuniões do conselho de administração*, RF 261/2).

E parece-me que tal liberdade de estipulação é de todo conveniente em se tratando de sociedade fechada, caso em que a ré se insere.

Na Itália, no Código Civil de 1942, há diversos casos em que o ato constitutivo pode exigir aumento de *quorum* em deliberações assembleares, encontrando-se a expressão "salvo che" ou "a meno che l'atto constitutivo richieda una maggioranza più elevata", nos arts. 2.368 (sobre a constituição da assembléia e a validade das deliberações), 2.369 (sobre a segunda convocação) e 2.369-bis (sobre a assembléia extraordinária em terceira convocação), como se vê em rápida consulta àquele.

À luz de nosso Direito Positivo, é fora de dúvida que o estatuto pode elevar o *quorum* das assembléias gerais, previsto genericamente no art. 125, *caput*, da Lei nº 6.404/76, para deliberar sobre a destituição de diretores.

Com efeito, dispõe o art. 143 da Lei das Sociedades Anônimas que os diretores são eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo conselho de administração, ou, se inexiste, pela assembléia geral, *devendo o estatuto estabelecer o modo de sua substituição* (nº II).

E o art. 129, § 1º, da mesma lei reza que: "O estatuto da companhia fechada pode aumentar o *quorum* exigido para certas deliberações, desde que especifique as matérias."

É até mesmo lícito, no regime da atual Lei das Sociedades por Ações, estabelecer no estatuto a regra da unanimidade para certas e determinadas deliberações da assembléia geral, como defende Comparato (cit., ps. 3-6).

A deliberação assemblear que destituiu a autora não tem, pois, validade, por violar o art. 15, parágrafo único, do estatuto da ré.

O próprio Fran Martins, que se insere entre os que assinalam o caráter normativo e institucional, e não contratual, da companhia, em seus comentários à Lei nº 6.404/76, entende que o estatuto da companhia fechada pode elevar o *quorum* para certas deliberações, para favorecer as minorias (cf. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Forense, vol. II, mais I/204 e 205, 1978).

E, como ensina J. X. Carvalho de Mendonça: "A convenção é a primeira lei que os contratantes a si próprios impõem como norma a observar" (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Livraria Freitas Bastos, 7ª ed., 1963, vol. III, nº 510).

"A carta que rege a sociedade anônima e da qual não se pode esta afastar, em outros termos, as bases, cláusulas e condições do respectivo contrato são formuladas em uma peça ou documento denominado 'estatutos'. Estes formam a lei *fundamental* reguladora da atividade social; *são a primeira e a mais solene manifestação da sociedade*" (idem, nº 925 – grifei).

"Os estatutos, desde que aprovados, são contratos que representam o prolongamento da lei, dentro das regras e limites por ela estabelecidos, visando a assegurar a facilidade de movimento da sociedade e na sua aplicação proveitosa ao objeto da exploração" (idem, nº 926).

"Os estatutos, uma vez aprovados, constituem a lei da sociedade, e se impõem às próprias assembléias gerais. Não têm validade os atos de administração ou as deliberações das assembléias, violando cláusulas estatutárias" (idem, nº 931).

Fora de qualquer dúvida a invalidade da destituição da autora.

Agora, é necessário reparar que só deve ser anulada a deliberação assemblear da destituição da diretora social, *e não toda a assembléia geral realizada*.

Como é evidente, não se confunde a assembléia geral com as respectivas deliberações que nela se tomam.

Rápida análise da ata da assembléia, cuja anulação se pretende, permite a verificação de que duas foram as deliberações: pela primeira, as funções de cada diretor foram detalhadas em vários itens; pela segunda, a diretora social foi demitida, tendo o diretor administrativo passado a acumular ambos os cargos.

Não é necessário muito esforço para concluir-se que a especificação das funções de cada diretor, levada a cabo na assembléia, não constituiu reforma do estatuto.

Se tal especificação, ou "detalhamento das funções", como diz a ata da assembléia, se constitui em reforma do estatuto, então a assembléia teria, toda ela, de ser anulada, porque o art. 22 dos estatutos prevê *quorum* mínimo de 2/3 dos acionistas com direito a voto para tal fim. Pelas mesmas razões já apontadas, lícita e válida tal cláusula, que não fere a lei, então a assembléia seria anulada.

Mas tal deliberação não constituiu reforma ou modificação do estatuto.

É verdade que, a teor do art. 143, IV, da Lei nº 6.404/76, o estatuto deve estabelecer as atribuições e poderes de cada diretor. E isto é feito no estatuto da ré, embora de maneira um tanto genérica (arts. 10-14, fls.).

A especificação detalhada das funções de cada diretor pode ser tomada em assembléia geral, convocada especificamente para, entre outros fins, "reestruturação da diretoria" e "outros assuntos de interesse social", como menciona o edital de convocação da dita assembléia geral extraordinária.

Não traz tal deliberação nenhum prejuízo aos acionistas ou à sociedade. Não fere ele a lei, nem viola o estatuto.

É, pois, lícita e válida, e deve prevalecer.

Não é possível, outrossim, deferir o pedido da autora no sentido de que a condenação deve abranger juros e correção monetária. É que a inicial pede apenas a anulação de assembléia geral extraordinária. Trata-se, pois, de ação declaratória. A autora poderia ter cumulado tal ação com pedido de condenação da ré em todos os valores e vantagens que deixou ela, autora, de receber, desde a assembléia. Contudo, não o fez, limitando-se a pedir a declaração de nulidade de assembléia. Se a autora pretendeu a condenação da ré nos valores que percebia como diretora, fê-lo de forma inepta, nesta parte, pois, na inicial, somente menciona o substantivo "condenação" quando requer a abrangência de juros e correção monetária.

Juros e correção monetária sobre o quê? Tais verbas são acessórias, e não existe acessório sem o principal.

Condenar a ré no pagamento à autora dos valores que esta teria recebido se não tivesse sido destituída seria julgar *ultra petita* a presente ação. Deverá ela, autora, pleitear, querendo, em ação própria, o que entender de direito.

Ante o exposto, e considerando, mais, o que dos autos consta, e com base no art. 129, § 1º, da Lei nº 6.404/76, decreto a anulação da deliberação assemblear do dia 08.09.81, averbada sob o nº 805.476/81 na Junta Comercial do Estado de São Paulo, que reformulou o órgão de administração da sociedade, restringindo-o a quatro membros da diretoria, um dos quais assumiu cumulativamente o cargo de diretor social, com a conseqüente destituição da autora do cargo, devendo ela ser reconduzida, até o término da gestão, com todos os direitos e vantagens do cargo.

Para os devidos fins, oficie-se à Junta Comercial do Estado de São Paulo para que se proceda ao registro necessário, consignando-se no ofício o tópico final da presente sentença.

Entendo que a autora decaiu de parte mínima do pedido, pelo que deve a ré arcar, por inteiro, com custas e honorários de advogado, nos termos do parágrafo único do art. 21 do CPC. Quanto aos honorários de advogado, atendendo-se ao disposto no § 4º do art. 20 do CPC, fixo-os, por eqüidade, em Cr$ 200.000,00, atendido o critério da letra "c" do mencionado dispositivo legal, que a ré pagará à autora. P.R.I.

Sertãozinho, 15 de junho de 1982 – Roberto Caldeira Barioni.

Dacon

(RT, 591/72)

SOCIEDADE COMERCIAL – Anônima – Assembléia geral extraordinária – Destituição de diretor comercial e recondução de ex-diretores a cargos de diretoria – Nulidade inexistente – Irrelevância da falta de previsão específica no edital de convocação – Dolo nas deliberações não comprovado – Ação declaratória improcedente – Recurso não provido – Inteligência dos arts. 122, II, e 143 da Lei nº 6.404/76.

Não há necessidade, para destituição de diretor de sociedade anônima, de previsão específica no edital de convocação da assembléia geral. Dependendo das matérias que componham a ordem do dia, pode tal destituição ocorrer.

Destituída a diretoria, os ex-diretores podem concorrer novamente aos cargos, mesmo que tenham participado da votação que os conduziu à destituição, cabendo aos acionistas votantes ajuizar da conveniência da eleição ou formular juízo de reprovação moral a respeito.

Ap. 43.399-1 – 2ª C. – j. 05.06.84 – Rel. Des. Aniceto Aliende.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 43.399-1, da comarca de São Paulo, em que são apelantes Eros Roberto Grau e Godofredo Faria de Aguiar Goulart, sendo apelados Dacon S/A – Veículos Nacionais e outros: Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, adotado o relatório de fls. julgar renunciado o agravo retido de fls. e negar provimento às apelações. Custas como de direito.

1. O agravo retido de fls., não reiterado, está renunciado, segundo o disposto no art. 522, § 1º, do CPC.

2. A sentença recorrida bem decidiu a lide. E fica mantida, por seus próprios fundamentos.

A declaratória proposta pelos autores objetivou o reconhecimento da nulidade absoluta das deliberações tomadas pela Assembléia Geral Extraordinária da Dacon S/A – Veículos Nacionais, em que Godofredo Faria de Aguiar Goulart foi destituído do cargo de Diretor Comercial; e em que Fábio de Aguiar Goulart Filho e Paulo de Aguiar Goulart foram reconduzidos a cargos de Diretoria. A nulidade das deliberações questionadas decorreria da inexistência, no edital de convocação da assembléia, de previsão de destituição ou eleição de diretor, em obediência ao disposto no art. 124 da Lei nº 6.404/76.

Ora, como acentuou a sentença, com transcrição dos preceitos legais e de excertos doutrinários, não há necessidade, para destituição de Diretor de sociedade anônima, de previsão específica no edital de convocação da Assembléia Geral (Lei nº 6.404, art. 122, II, e art. 143; Modesto Carvalhosa, Sampaio de Lacerda, Darcy Arruda Miranda Júnior, Wilson de Souza Campos Batalha, nos trechos transcritos pela sentença, a fls.).

Acresce salientar que o Diretor Godofredo já tinha conhecimento de que, na Assembléia questionada, haveria alteração nos cargos de Diretoria. E foi em conseqüência da discussão das propostas que, no desenrolar dos trabalhos, surgiu a destituição impugnada.

3. Quanto à eleição de Paulo e Fábio que realmente não renunciaram, mas foram atingidos pela destituição genérica, não havia impedimento a que concorressem aos cargos. E a deliberação tomada foi ratificada pela Assembléia Geral de 22.06.82.

4. As sempre brilhantes razões do ilustre inventariante dativo, Dr. Eros Roberto Grau, partem de um pressuposto que não pode ser havido como comprovado nos autos: o de que a destituição de Godofredo, tramada dolosamente, objetivou, em última análise, privá-lo de recursos com que atenda à obrigação alimentar para com a ex-esposa, Martha, calando-a. A destituição, assim, mesmo admitida a sua validade formal – o que é concedido para argumentar – não poderia substituir por seu vício intrínseco, porque imoral e dolosa, segundo o inventariante.

O tema, todavia, não comporta exame sob tal enfoque. Podendo a Assembléia Geral destituir diretor, sem motivar a decisão, o ato impugnado, à míngua de comprovação do abuso, terá que ser revisto sob o aspecto de sua legalidade.

E neste passo, em que pesem também as alegações do recorrente Godofredo, o entendimento da sentença ajusta-se ao apurado no processo, e à lei e doutrina.

A proposta da Diretoria, como consta dos autos, de alteração dos estatutos (objeto de previsão no edital), efetivou-se, na Assembléia, através de duas opções: a de extinção de dois cargos e a de vacância também de dois cargos, com a destituição dos diretores. A segunda opção foi acolhida, após rejeição da primeira. O desenrolar da Assembléia, pois, é que provocou o fato novo, conseqüente à rejeição da primeira opção: o da destituição de toda a Diretoria.

E neste relacionamento da deliberação com a matéria específica da ordem do dia também se encontra razão suficiente para o reconhecimento da validade formal das deliberações tomadas.

Destituída a Diretoria, Fábio e Paulo podiam concorrer de novo aos cargos. Mesmo que tenham participado da votação que conduziu à destituição da Diretoria, operada esta, poderiam concorrer à subseqüente escolha dos novos Diretores. E aos acionistas votantes é que caberia ajuizar da conveniência da eleição. Ou formular juízo de reprovação moral a respeito.

5. Pelo exposto, negam provimento às apelações. São Paulo, 5 de junho de 1984 – Silva Ferreira, pres. com a seguinte declaração de voto: Com a devida vênia nego provimento, com os demais recursos, entendendo, também, renunciado o agravo retido de fls.

Realmente. O edital de convocação de Assembléias Gerais, ordinárias ou extraordinárias, das Sociedades Anônimas, subentende uma convocação, através de deliberação do Conselho de Administração, caso existente, ou da Diretoria, em caso contrário. Tal convocação é que contém, em minudência, as propostas que serão levadas ao conhecimento da futura Assembléia, especialmente das Extraordinárias.

No caso presente, constou do edital a alteração do Estatuto no item "a" e alteração parcial do mesmo Estatuto no item "b", havendo, em conseqüência, eleição de diretores para preenchimento dos cargos decorrentes das alterações.

A proposta da Diretoria, que se encontra na própria ata, sendo lida e incorporada a ela, traz proposta alternativa, justificando a alteração dos Estatutos, referente aos arts. 6 e 9 ou reforma parcial dos mesmos Estatutos. Pela primeira proposta seria alterada a própria composição da Diretoria, eliminados os cargos de Diretor-Presidente e Di-

retor Administrativo, permanecendo o Diretor-Superintendente e o Diretor Comercial. Pela proposta alternativa, se rejeitada a primeira, permaneceriam os quatro cargos na Diretoria, porém somente seriam ocupados os de Diretor-Superintendente e Comercial, ficando vagos os dos Diretores Presidente e Administrativo.

Na Assembléia, proposta a primeira alteração, correspondente ao item "a" da ordem do dia, foi ela rejeitada. Passou-se, portanto, à proposta alternativa, com alteração parcial dos Estatutos, visto que embora continuassem os quatro diretores, somente dois cargos seriam preenchidos, até deliberação em contrário de outra Assembléia. E isto ocorreu, sendo aceita a proposta da Diretoria, contra o voto do dissidente, ora apelante.

Aceita tal proposta, jogando ou não com cartas marcadas, visto que detinham a maioria do capital votante, os presentes deliberaram, para evitar alegações de prejuízo, destituir toda a Diretoria, todos os quatro, passando em seguida a nova eleição, agora para os dois cargos, não sendo eleito o dissidente, que foi destituído e não eleito.

Protesta ele pela nulidade de tal procedimento. Porém, dentro da lei, é absolutamente legal o que foi efetivado, visto que obedecidos os arts. 122 e 125 da lei específica.

Em lugar de preferir manifestar dissidência, apurando seus haveres e retirando-se da sociedade, no prazo legal, enveredou pelo caminho da anulação da deliberação da Assembléia, com a particularidade no pedido, que pretende anular a própria destituição, e conseqüente eleição de seu substituto, mantendo, porém, a destituição dos desafetos, que entende consistir em renúncia, visto que proposta por eles mesmos.

Esquece-se, porém, que propuseram não a própria renúncia, visto que não tinham a concordância dele para renunciar, também, mas a destituição de toda a Diretoria, correndo o risco de nova eleição, o que era do conhecimento, indireto embora, do próprio apelante, como se vê de sua petição de fls., anexada com a contestação, e apresentada em outro processo, antes da malfadada Assembléia Extraordinária.

Assim meu voto não poderia, com a devida vênia, deixar de acompanhar os já proferidos – Aniceto Aliende, relator – Sydney Sanches, com a seguinte declaração de voto:

1. Por sugestão do eminente Des. Aniceto Aliende, estou declarando meu voto, que não diverge do de S. Exa. Ao contrário, o acompanha integralmente.

2. Também julguei renunciado o agravo retido de fls. porque não reiterado em contra-razões de apelação.

3. No mérito igualmente neguei provimento a ambas as apelações, mantendo a r. sentença por seus fundamentos e pelos das contra-razões da ré-apelada a fls.

Segundo boa parte da doutrina, lembrada, aliás, pelo MM. Juiz, não é necessário constar do edital que um dos itens da ordem do dia é a destituição deste ou daquele Diretor (arts. 122, II, e 143 da Lei do Acionariato).

Dependendo das matérias, que componham a ordem do dia, pode ocorrer essa destituição.

No caso, os assuntos incluídos na ordem do dia previam a possibilidade de reforma parcial dos estatutos, de preenchimento dos cargos da Diretoria decorrentes da alteração e outros assuntos de interesse social.

Como salientou a ré, em contra-razões: "a proposta da Diretoria apresentada aos acionistas, objetivando a diminuição das despesas administrativas da sociedade, oferecia duas alternativas: a) a extinção de dois dos quatro cargos de Diretoria, remanejando as funções e, conseqüentemente, alterando os arts. 6 a 9 dos estatutos sociais; ou b) deixar vagos dois cargos, com a destituição de todos os atuais diretores" (fls.).

"Havendo a assembléia optado pela segunda alternativa, óbvio que rejeitou a primeira (...)

"... a destituição dos diretores estava implicitamente contida na ordem do dia, pois a reformulação de cargos administrativos implica a nova eleição para o seu provimento" (fls.).

Aliás, o inventariante dos bens do casal Godofredo-Martha esteve presente à assembléia, demonstrando conhecer o propósito de alteração estatutária com redução do número de membros da Diretoria (v. fls.).

4. Por outro lado, não houve renúncia dos Diretores Fábio e Paulo.

Houve, isto sim, proposta da Diretoria para destituição de todos os Diretores. E foi acolhida.

5. A eleição de Fábio e Paulo para os novos cargos foi feita regularmente, nada impedindo que votassem em si mesmos.

6. Enfim, por tudo o que ficou dito na r. sentença recorrida e nas contra-razões da ré-apelada a fls., neguei provimento aos recursos, adotando ainda os fundamentos do v. acórdão.

Servix

(TJSP, ap. cível nº 30.135-1-SP, Rel. Des. Ney Almada, 13 de setembro de 1984)

Paulo Setúbal Neto propôs ação indenizatória contra Sergio Schmidt Neves, que lhe vendera ações da Servix S/A, tendo auferido vantagem ilícita à custa de informações privilegiadas que possuía.

A sentença houve por bem julgar a ação improcedente. Partiu da premissa de que, diretor e acionista controlador da Servix, obviamente dispunha Sérgio de condições para manter-se informado das emergências empresariais como aquela denunciada na inicial (perda de concorrência para relevante empreendimento), certo, demais disto, que era seu dever dar a público tal informe para, só depois dessa providência, negociar ações. Considerou a sentença, no mesmo desdobramento de idéias, o fato de que, para a Servix, o empreendimento malogrado ser-lhe-ia vital, dado o vulto financeiro que importaria a obra perdida. É natural que, para concretizar a alienação de ações, na contingência em que se encontrava a Servix, recorresse Sérgio a expedientes sutis, com o que, como ordinariamente acontece, dificultaria a prova de sua deslealdade lesiva ao comprador-investidor.

Em outro processo, no qual Sérgio também era réu, o Tribunal de São Paulo já fixara o seguinte: "Veda a LSA a utilização, pelo 'insider', de informação capaz de influir na cotação dos valores mobiliários, para obter vantagem mediante compra e venda de ações. O descumprimento da proibição acarreta a responsabilidade do infrator, que indenizará o investidor prejudicado."

Bastam indícios, desde que precisos e vincados, para que os atos de má-fé se tenham por evidenciados. Os atos de má-fé, se, por um lado, não se presumem, têm sua prova sujeita a crivo menos rigoroso, como bem advertia Clóvis (Código Civil, I/359).

O expediente ilícito a que se refere, circunstanciadamente, a inicial, restou evidenciado ao longo da instrução processual.

De fato, não se afigura verossímil que Sérgio, sendo diretor-presidente e detentor do controle acionário da Servix, desconhecesse a relevante notícia pertinente à concorrência pública da obra, cuja adjudicação à mesma companhia implicaria imediata repercussão positiva no mercado acionário.

Não houve confissão, mas a prova indiciária é de si mesma suficiente para embasar o decreto de procedência da ação. As ações foram vendidas em período absolutamente suspeito e os elementos presuntivos e indiciários revelam *quantum satis* a ciência prévia do malogro da companhia em relação à já referida concorrência pública, que lhe resentaria autêntica redenção.

Caso, portanto, de sujeitar Sérgio ao pagamento da quantia pleiteada, com correção monetária desde a data do evento etc. A CVM participou do processo como *amicus curiae*.

NOTA

O texto do acórdão não deixa muito claro em que ponto, exatamente, deixa de relatar os fundamentos da sentença reformada e começa a fundamentar as razões de sua reforma.

QUESTÕES

Em que consiste o dever de lealdade do administrador? Que é *insider trading*? O que significa o papel de *amicus curiae* da CVM? Justificava-se, *in casu*, o comportamento do diretor?

Briga de Galo

(STF, RE, nº 10.390, *In: Cadernos de Jurisprudência – Direito Comercial – Da Dissolução e Liquidação das Sociedades Comerciais.* Ed. Nacional de Direito Ltda., Rio, 1957, ps. 67/75)

Leopoldo Fróis da Cruz e outros, na qualidade de sócios-acionistas, requereram a dissolução judicial da Sociedade Esportiva da Guanabara.

Segundo relatam, a sociedade se fundou no Rio, por volta de 1917, mediante ações, para incrementar o desporto, então permitido, da denominada "Briga de Galo".

Com o dobrar dos anos, logrou a sociedade ter patrimônio próprio, constituído de terrenos e construções, além de reunir depósitos em estabelecimentos bancários.

As ações valorizaram. Adotou-se a praxe da sua transferência. Sucede que uma diretoria, eleita às escondidas, teria passado a dirigir a sociedade e, à porfia, levou a cometer irregularidades e arbitrariedades, invalidando transferências, eliminando sócios, assenhoreando-se de seus bens sociais.

Escudaram a ação nos fatos expostos, que culminaram em rixas, conflitos e perturbações entre sócios, e na circunstância de serem o divertimento de brigas de galos e as respectivas apostas contravenções penais, previstas em lei.

Teodorico Ribeiro da Encarnação contrariou o pedido. Questionou vários aspectos processuais, aqui omitidos.

A Leopoldo Fróis da Cruz, quando Presidente, imputou a prática de atos lesa-moralidade, lesa-direito, a ponto de a AG ter-lhe de cassar as funções e obrigá-lo a prestação de contas.

Acentuou que a diretoria, em defesa do patrimônio social, diante da recusa dos sócios, que não compareceram à convocação especial, teve de anular aquisições e transferências de ações abusivamente lançadas no nome do autor e de pessoas de sua família.

O Promotor de Justiça opinou pelo seqüestro e apreensão dos bens sociais e sua entrega ao Depositário Público, em face do que dispõe a Lei das Contravenções Penais.

Minas d'El Rey Dom Pedro

(RTJ-STF, 103/1217)

1.1. A administração de uma companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou apenas à diretoria (LSA, art. 138).

1.2. A diretoria será composta por 2 (dois) ou mais diretores, eleitos e destituíveis, a qualquer tempo, pelo conselho de administração ou, inexistindo este, pela assembléia geral. Deve o estatuto estabelecer o prazo de gestão, que não será superior a 3 (três) anos, permitida a reeleição (LSA, art. 143 e inciso III).

1.3. A simples leitura dos textos legais indicados autoriza a conclusão – inquestionada na doutrina – de que o diretor, embora eleito para um prazo determinado de gestão, é destituível *ad nutum* pelo órgão que o elegeu.

1.4. As conseqüências dessa destituição para a companhia, quanto à remuneração do diretor, vão depender do enfoque que se der à natureza do vínculo entre ela e o diretor eleito e destituído antes do término do prazo de gestão. E esse assunto é polêmico.

1.5. Wilson de Souza Campos Batalha refere-se à *vexata quaestio* demonstrando a "tendência que se acentuara na doutrina e nos tribunais, no sentido de entender-se configurada a relação de emprego quando o diretor, embora exercendo aparentemente atividades típicas dessa função, na realidade atua subordinadamente e dedica à sociedade uma atividade puramente técnica, quer na produção, quer na administração, detendo parcela mínima do capital social, ou não detendo dele parcela alguma, sem poder efetivo de mando e sim atendendo a ordens e determinações superiores".[1]

---

[1] BATALHA, Wilson de Souza Campos, *Comentários à Lei das S.A.*, Rio, Forense, 1977. vol. II, p. 661.

1.6. Em princípio, é difícil entender a existência dessa subordinação ou dependência hierárquica do administrador numa companhia, para caracterizar o contrato de trabalho.

1.7. A LSA prevê a possibilidade de contratos de trabalho entre a companhia e seus diretores (art. 157, § 1º, *d*). Mas tal dispositivo apenas facilita, sem definir, a solução do problema. Ele não exclui e, pelo contrário, parece sugerir a existência do diretor-não-empregado.

1.8. Ademais, é de lembrar que a expressão *diretores*, referida no dispositivo legal citado, refere-se, especificamente, a uma das modalidades apenas de administradores, não alcançando os membros do conselho de administração.

1.9. Sem embargo de opiniões em contrário, penso ser correta a distinção entre administrador-empregado e administrador-não-empregado de uma companhia. Empregado seria aquele já detentor desse *status*, alçado à posição de administrador, e que teria o contrato de trabalho suspenso, como quer Délio Maranhão.[2] Não-empregado seria o administrador contratado como tal, para administrar a sociedade. Observe-se que Ísis de Almeida discorda da opinião de Délio Maranhão quanto à suspensão do contrato de trabalho do empregado eleito administrador. Para ele, o contrato de trabalho subsiste quando o empregado é alçado à condição de diretor. E se o empregado vier a fazer parte da administração possuindo ações em quantidade excessiva, que o equiparem aos acionistas detentores da maioria das ações, a hipótese é de rescisão mesma do contrato.[3]

2.

2.1. *Quid iuris* se o órgão que elegeu o administrador, sem destituí-lo, deliberar deixar de pagar-lhe a remuneração devido à paralisação das atividades operacionais da companhia e à sua difícil situação financeira?

2.2. A questão não é despicienda. E já foi apreciada pela Justiça brasileira.

---

[2] MARANHÃO, Délio, *Direito do Trabalho*, Rio, Fundação Getúlio Vargas, 1978, p. 63.

[3] ALMEIDA, Ísis de, *Curso de Legislação do Trabalho*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1978, p. 28.

2.3. Arnaldo José Bandeira de Mello foi eleito para o cargo de diretor da Minas d'El Rey Dom Pedro S.A. para o período de 29 de abril de 1977 a 29 de abril de 1979, com honorários fixos.

2.4. Aos 26 de setembro de 1978, a assembléia geral, "devido à paralisação das atividades operacionais da sociedade e à difícil situação financeira por que passava", resolveu que "a partir de 1º de outubro de 1978, a diretoria deixasse de perceber qualquer remuneração".

2.5. Arnaldo ajuizou contra a companhia uma "ação ordinária de cobrança, na qual objetivava o recebimento da importância relativa aos seus honorários no período de 1º de outubro de 1978 a 29 de abril de 1979 e mais o reembolso do que teve de pagar, a título de contribuições previdenciárias".

2.6. O juiz de direito julgou a ação procedente.

2.7. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, dando provimento à apelação da companhia, assim se manifestou:

"Comentando o art. 116 do Dec.-Lei nº 2.627/40, que, tal como o art. 152, da atual Lei nº 6.404/76, impunha contivesse nos estatutos a 'maneira pela qual serão remunerados' os diretores (§ 1º, letra b), escreveu o insigne Cunha Peixoto: 'A lei manda estipular os honorários dos diretores. A gratuidade dos serviços daquele que emprega seu tempo na direção de uma empresa é contrária aos princípios do direito comercial' (*Sociedade por Ações*, ed. 1973,4º vol., p. 20). Mas diretores de sociedades anônimas não são funcionários contratados, nem dela recebem simplesmente mandato ou lhes alugam seus serviços; são, segundo a teoria de Von Gierke, citado por aquele mesmo tratadista, 'um órgão permanente e essencial da sociedade, órgão que se apresenta revestido dos poderes necessários para agir por ela, tanto interna quanto externamente' (ob. e vol. citados, p. 3), constituindo, por isso mesmo, 'elemento essencial da própria sociedade', personificando mesmo o corpo social.

Assim, entre a sociedade anônima e seus diretores inexiste relação de emprego, pelo que estes podem ser destituídos a qualquer tempo, conforme dispuserem os estatutos (art. 122, II, da Lei nº 6.404) nenhum direito tendo elès de se manterem nos cargos durante todo o período para o qual foram eleitos. Os estatutos da apelante não estão nos autos, mas o certo é que as citadas normas legais tornam indiscutível não terem os diretores eleitos direito a ocupar seus cargos até o

término dos respectivos mandatos, uma vez que deles podem ser destituídos, pela Assembléia Geral, 'a qualquer tempo'. Sociedades anônimas, no dizer de Miranda Valverde, têm a finalidade principal e permanente de obter lucro.

Daí porque, inexistindo lucro, vedado não é às assembléias gerais, que livremente podem destituir diretores, suspender o pagamento de seus honorários. Regular, pois, a deliberação da assembléia geral de 28 de setembro de 1987, tomada pela unanimidade dos acionistas presentes em número legal, de suspender o pagamento dos honorários da diretoria, eis que suas atividades estavam paralisadas e difícil era sua situação financeira.

E nenhum direito tem o apelado de se insurgir contra essa deliberação e exigir pagamento pelo período que ainda lhe restava do mandato de diretor, uma vez que entre ele e a sociedade não existia vínculo empregatício, o que impede considerar a suspensão "dos vencimentos como despedida do serviço".[4]

2.8. No Supremo Tribunal Federal, o recurso extraordinário de Arnaldo teve como relator o Ministro Cunha Peixoto, que assim se manifestou:

"1. O recorrente, eleito diretor da recorrida no período de 29 de abril de 1977 a 29 do mesmo mês de 1979, teve sua remuneração suspensa a partir de setembro de 1978, sob o fundamento de estar a sociedade em má situação financeira, sem, entretanto, ter sido destituído do cargo.

2. Não obstante nomeados por período determinado, os administradores não têm garantia de chegar ao término de seu mandato. A maioria das legislações, inclusive a brasileira, estabelece serem os administradores demissíveis *ad nutum*, ao arbítrio da assembléia, sem que esta tenha de justificar seu ato. Têm eles, porém, direito, até sua destituição, à remuneração fixada pela assembléia, que, por sua vez, não pode considerar gratuito o cargo, nem suspender o pagamento durante o prazo que dura sua gestão. Em escólio ao art. 116 da antiga Lei de Sociedade Anônima, idêntico ao art. 152 da atual, tivemos oportunidade de escrever:

---

[4] Ap. cível nº 53.843. *Comarca de Belo Horizonte*. Relator: Desemb. Monteiro Ferraz.

'A lei manda estipular os honorários dos diretores. A gratuidade dos serviços daquele que emprega seu tempo na direção de uma empresa é contrário aos princípios de direito comercial' (*Sociedade por Ações*, vol. IV, p. 20, nº 896).

Ora, a assembléia geral que, sem destituir o diretor de seu cargo, transforma-o de remunerado em gratuito, vai contra o disposto no art. 152 da Lei de Sociedade Anônima e, conseqüentemente, a decisão judiciária que lhe abona o ato viola o mesmo preceito.

3. Por esses motivos, conheço do recurso e lhe dou provimento para restabelecer a decisão de primeiro grau."[5]

3.1. Observe-se, *en passant*, que o caso tramitou na órbita da justiça comum, e não na da justiça do trabalho.

3.2. Penso que a melhor solução para o caso foi, realmente, a fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

3.3. A Corte mineira fundamentou a sua conclusão afirmando, textualmente, que "inexistindo lucro, vedado não é às assembléias gerais que livremente podem destituir diretores, suspender o pagamento de seus honorários (...) uma vez que entre ele (o diretor) e a sociedade não existe vínculo empregatício, o que impede considerar a suspensão dos vencimentos como despedida do serviço".

3.4. O fundamento, *data venia*, é duplamente falacioso. Em primeiro lugar, porque adota, como premissa, uma assertiva, no mínimo, questionável: a de que entre o diretor e a sociedade não existe vínculo empregatício. Em segundo lugar, porque a ilação entre a possibilidade de demissão e a possibilidade de suspensão de pagamento de honorários não convence.

3.5. A julgar pela argumentação expendida, porque a assembléia geral pode destituir *ad nutum* o diretor – o que é correto – pode ela também suspender o pagamento de seus honorários sem destituí-lo, o que é errôneo.

3.6. Contraria o senso jurídico e configura enriquecimento sem causa por parte da companhia o fato de o diretor ser compelido a gerir a companhia (trabalhando, pois, para ela), privado de seus honorários.

3.7. Certamente, poderá a companhia, *de facto*, deixar de pagar os honorários do administrador, em decorrência de sua precária si-

5 RE nº 94.740-MG, *in* RTJ 103: 1217-1219.

tuação financeira. O que não se pode admitir é reconhecer *de jure* a inexistência do direito aos honorários.

4.

4.1. (Abro aqui um parêntese para desenvolver uma outra ordem de idéias.

4.2. Uma leitura atenta do acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais deixa claro que influiu no julgamento da Corte mineira a palavra do advogado da companhia na tribuna. O relatório termina com a seguinte observação: "Finalmente, retifico o relatório nos termos da observação feita pelo ilustre advogado da apelante na tribuna para esclarecer que a assembléia geral resolveu desativar a companhia."

4.3. Minha experiência com Tribunais tem me levado a refletir sobre o papel do advogado nos julgamentos e as razões pelas quais o legislador, presumivelmente sábio, lhe reserva um prazo para a sustentação oral.

4.4. No dia do julgamento, regra geral, o relatório e os votos acham-se prontos e escritos.

4.5. Não raro, o advogado assume a tribuna para "aparecer", ou, simplesmente, para dar uma satisfação ao cliente. Observa-se, então, entre os julgadores, uma aparente desatenção, uma certa *nonchalance*, como diriam os franceses.

4.6. No juízo cível, nos Tribunais, o trabalho do advogado é prévio, e sempre por escrito. No momento do julgamento, ele é, simplesmente, o *ad vocatus*, no sentido etimológico do termo. Nesse instante, ele é chamado para junto da Justiça, para esclarecer e ajudar. Funciona como mero coadjuvante, sempre alerta. Não é a ocasião para "aparecer" ou "brilhar", mas tão-somente para, humildemente, cooperar.

4.7. Os Tribunais são compostos de homens assoberbados pelo trabalho. Errar é humano. E, em matéria de direito, *minima circunstantia facti magnam inducit diversitatem iuris*.

4.8. O advogado, mais que os julgadores, conhecem – ou deveriam conhecer –, como ninguém as circunstâncias fáticas. Niguém melhor que ele para enfatizar aspectos fáticos de relevo não destacados ou ofuscados no Relatório.

4.9. Em suma, a presença do advogado na tribuna, muito mais que uma necessidade jurídica, é uma conveniência psicológica, a ser

avaliada, com sensibilidade, rapidez e perspicácia no momento presente. Nem antes e nem depois.

4.10. Ocorre que o advogado, igualmente humano, também pode errar e, em o fazendo, provocar novos erros. Daí a perigosa beleza do jogo de inteligência, que é um julgamento.

4.11. No caso em exame, como vimos, a participação do advogado da companhia na tribuna – ao que parece – terá influído na conclusão do Tribunal mineiro, corrigida pelo Pretório Excelso. Fecho o parêntese).

5.

5.1. A solução fática e jurídica adequada deságua, na circunstância descrita, na legislação falimentar.

5.2. Na falência da companhia, o diretor se habilitará como credor pelos honorários a ele devidos. E, na hierarquia da habilitação falimentar, terá lugar, novamente, o questionamento a respeito da natureza jurídica do vínculo entre a companhia e o seu administrador...

Osmar Brina Corrêa Lima

Chincoli

(*RT*, 410/156)

Darcy Coimbra Chincoli e outros subscreveram ações do aumento de capital da Refinações de Milho de São Paulo S/A.

Os recibos comprovantes da subscrição foram assinados pelo Sr. Leandro Ribeiro de Mello e outro, diretores da companhia, no ano de 19?2.

Alguns subscritores interpelaram, por meio de carta, no ano de 19?4, os diretores da sociedade, para saber qual era o andamento dos negócios sociais. Obtiveram resposta.

Pouco tempo depois, foi declarada a falência da sociedade.

Darcy Coimbra Chincoli e outros ajuizaram ação ordinária de indenização contra Leandro Ribeiro de Mello e outro. Eles afirmam que sofreram prejuízos com o fato de ter sido declarada a falência da sociedade, o que vinha demonstrar negligência e desídia por parte dos réus na condução dos negócios sociais.

Dê a sua opinião fundamentada sobre o caso.

Se você achar que faltam dados para a sua resposta, faça as suposições cabíveis.

Guaricanga

(*RT*, 342/182)

1.

Freqüentemente, ao ler decisões dos Tribunais, resta-me a seguinte sensação. Muitos juristas (*lato sensu*) preocupam-se, em ordem hierárquica, com a forma processual, depois com o direito material, e só por último com os fatos.

Certamente, a forma processual merece consideração preliminar, mas tão perfunctória quanto possível. Contudo, entendo recomendável uma inversão na ordem hierárquica entre a apreciação do direito material e a análise dos fatos.

Não raro, os acórdãos revelam, numa sugestão quase subliminar, que os fatos, menos nobres que o direito, poderiam comprometer a pureza conceptual deste. A mensagem implícita insinua que os fatos constituem algo de segunda categoria, ou mesmo sujo, contaminado, devendo ser elegantemente evitados.

2.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão estampado na *Revista dos Tribunais*, 342: 182-185, julgou os embargos a uma execução cambial ajuizada por Décio Pacheco Pedroso contra Manoel Lourenço Filho.

Tais embargos, opostos pelo exeçutado e pela Cia. Guaricanga S/A, foram julgados procedentes em ambos os graus de jurisdição, com voto vencido do Desembargador O. A. Bandeira de Mello, quanto ao mérito.

Curiosamente, a versão dos fatos parece um tanto quanto intrigante nos votos vencedor e vencido.

A leitura do voto vencedor apresenta a seguinte versão: Délio Pacheco Pedroso ajuizou execução cambial contra Manoel Lourenço Fi-

lho, ex-acionista e ex-diretor da Cia. Guaricanga S/A. Já ao tempo da emissão do título objeto da cobrança, o devedor não mais exercia o cargo de Diretor da Guaricanga. Manoel Lourenço Filho não nomeou bens à penhora, motivo pelo qual o oficial de justiça, certamente orientado por alguém, lavrou com astuciosa redação o laudo de penhora. A penhora recaiu em direitos do executado como acionista, mencionando o oficial de justiça que tais direitos atingiam 40 alqueires de terras da Fazenda Guaricanga, pertencente à Cia. Agrícola Guaricanga S/A.

O voto vencido dá a entender que a Cia. Agrícola Guaricanga S/A não passava de (*verbis*) "mera projeção do próprio executado (Manoel), então seu presidente, a que dava poderes de gestão tão ilimitados como se só por ele e seus haveres fosse constituída". E ao final acrescenta: deixando Décio de mandar averbar a penhora das ações de Manoel, este, materialmente, as transferiu a terceiro. Admitida a boa-fé de dito terceiro enquanto se não fizer prova em contrário, só resta ao Décio pracear os bens, anteriormente penhorados, de propriedade fiduciária da sociedade, embora o seu crédito seja tão-somente contra o então seu *único e real acionista*.

3.

Ora, em direito, *minima circunstantia facti magnam inducit diversitatem juris*.

Parece perfeita, logo à primeira vista, a conclusão do voto vencedor, no sentido de não se poder atingir o patrimônio de uma companhia por dívida contraída por ex-acionista e antigo diretor desta quando já ao tempo da emissão do título objeto da cobrança o devedor não mais exercia o cargo de diretor da sociedade anônima.

O princípio *societas distat a singulis*, consagrado no art. 20 do Código Civil, abona essa conclusão.

O voto vencido, no entanto, parece haver vislumbrado outras realidades fáticas. Seriam essas realidades meras suposições do prolator do voto vencido ou, efetivamente, fatos, constantes dos autos?

As tímidas referências fáticas no voto vencido mais que simplesmente insinuam a existência, *in casu*, de uma *dummy corporation*. A longa e erudita lição de direito contida no voto vencido refere-se, sem nomeá-la expressamente, à teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*piercing the corporate veil*): em algumas circunstâncias, é líci-

to ao Tribunal desconsiderar o tênue véu da personalidade jurídica para responsabilizar a sociedade por atos dos sócios, ou vice-versa.

A história dessa teoria, desenvolvida pela jurisprudência norte-americana e aceita pela jurisprudência brasileira não deixa dúvidas: é lícito desconsiderar o princípio *societas distat a singulis* nas *dummies corporations*, quando o "único e real acionista", envolvido com "presta-nomes" ou "testas-de-ferro" dele se utiliza para se atribuir uma dupla personalidade e fazer um jogo dúbio com os seus credores (alegações textuais do voto vencido).

4.

Uma análise crítica do acórdão não permite concluir se a decisão proferida no caso foi justa ou injusta. Os *fatos* não foram devidamente analisados e explicitados. O voto vencido, longo e erudito, perdeu-se na teorização e quedou frustrante.

O julgador *pode*, sem dúvida, doutrinar. Mas não pode parar aí. É imprescindível ir além disso. É necessário que aplique o seu magistério integralmente aos fatos comprovados, a ele submetidos. E, mais, é recomendável que os fatos sejam suficientemente explicitados e analisados antes da aula jurídica.

No voto vencido, neste caso, houve uma indesejável inversão. Só depois da longa dissertação jurídica se fez uma fóbica alusão *en passant* aos supostos fatos, sem qualquer ênfase, como que com medo de algum contágio pernicioso.

QUESTÕES

O que significam as expressões *dummy corporation* e *piercing the corporate veil*, empregadas no comentário ao caso *Guaricanga*? Quais as prováveis conseqüências da aplicação dessas teorias no direito societário? Em que circunstâncias fáticas tais teorias poderiam ser aplicadas?

Galant

(*RTJ-STF*, 63/133)

1.

1.1. José Schamann Galant era diretor vice-presidente de duas companhias seguradoras: a Mauá Cia. de Seguros Gerais e outra.

1.2. No dia 12 de setembro, Galant renunciou aos seus cargos. Na mesma época, efetuou (*verbis*) "a venda do controle acionário (das duas companhias), inclusive de suas ações, por preço superior ao de uma venda comum".

1.3. Segundo o termo, lavrado no livro próprio, ele efetuou a " 'cessão' de todos os direitos passados e futuros correspondentes às ações alienadas".

1.4. O art. 29 dos estatutos de cada uma das companhias estipulava que os diretores teriam uma participação nos lucros líquidos da sociedade apurados no final do exercício.

1.5. Posteriormente, Galant ajuizou ação contra as sociedades para haver, "pro rata temporis", quinhão da comissão distribuída à diretoria, nos termos dos estatutos das companhias, correspondentes aos lucros líquidos apurados nos balanços de dezembro do ano em que se afastou.

2.

2.1. Esse caso, julgado pela justiça gaúcha e pelo Supremo Tribunal Federal,[1] provoca algumas reflexões sobre o problema da remuneração dos administradores de sociedades anônimas.

2.2. A "sedes materiae" da disciplinação jurídica desse assunto acha-se, atualmente, no art. 152 da Lei nº 6.404/76 (lei das sociedades por ações).

---

[1] R.E. 71.507-RS, *in*: RTJ-STF, 63: 133-136.

2.3. Antes de abordarmos a temática sugerida pelo enunciado do caso Galant, convém esclarecer alguns pontos.

2.4. Se é possível vender ações sem vender o controle acionário da companhia, a recíproca não é verdadeira: não é possível vender o controle acionário de uma companhia sem vender suas ações. O que é possível, sim, é vender o controle acionário sem vender *todas* as ações da sociedade. Assim, ao que tudo indica, Galant terá vendido todas as suas ações; não apenas aquelas necessárias para assegurar o controle das duas seguradoras, mas todas as demais, por ele possuídas nas duas companhias.

2.5. Outra observação diz respeito à informação de que as ações foram vendidas "por preço superior ao de uma venda comum". O preço de uma venda comum seria o preço de mercado – o valor de cotação ou aquele fixado normalmente, pela lei da oferta e da procura. Tudo leva a crer que influiu, na formação do preço das ações do Sr. Galant o fato de elas representarem o controle das duas companhias.

2.6. No caso real em tela, não se sabe se as duas companhias eram abertas ou fechadas, o que teria alguns reflexos jurídicos importantes, como se verá a seguir. Também não há informações sobre a espécie ou a forma das ações de Galant. Mas pondere-se, desde logo, que ações ao portador, destituídas do direito de voto (LSA, art. 112), não poderiam representar o controle.[2]

2.7. À luz do art. 254 da atual LSA, a alienação de controle da companhia aberta depende de prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários. No caso de seguradoras constituídas sob a forma de companhia, a alienação do controle está sujeita à prévia autorização do órgão competente para aprovar a alteração do seu estatuto (LSA, art. 235).

2.8. O art. 254, acima mencionado, fruto da polêmica Emenda Lehmann ao Projeto da atual lei das sociedades por ações, antes mesmo que esta entrasse em vigor, foi regulamentado e mitigado em seus efeitos pela Resolução nº 401/76, do Banco Central do Brasil, que diz, no seu item XXI: A alienação do controle da companhia aberta que dependa de autorização do Governo para funcionar obedecerá ao disposto no art. 255 da Lei nº 6.404, de 15-12-76, aplicando-se, subsidiariamente, as normas desta Resolução.

2 Observe-se que o caso Galant foi julgado à luz do DL 2.627/40, que não destituía do direito de voto as ações ao portador.

2.9. Comparato critica a limitação da tutela dos acionistas minoritários apenas às cessões de controle de companhias abertas, em que existe liberdade de circulação das ações no mercado de capitais.[3]

2.10. Para Modesto Carvalhosa, por restringir o raio de alcance do art. 254 da Lei nº 6.404/76, colocando ao abrigo da expressão *minoritários* apenas os titulares de ações votantes, a Resolução nº 401/76 é de indiscutível ilegalidade.[4]

2.11. Refoge aos objetivos deste trabalho discutir a constitucionalidade da Resolução nº 401/76.

3.

3.1. A remuneração dos administradores de companhias pode comportar duas partes heterogêneas: uma fixa, denominada retirada *pro labore*, e outra variável, consistente na participação nos lucros da companhia. Esta última será devida, ou não, dependendo do que dispuser o estatuto social.

3.2. O estudo da retirada *pro labore* requer considerações de ordem trabalhista e tributária.

3.3. Na órbita tributária, o legislador estabelece limites máximos de remuneração, caracterizando eventuais excessos como distribuição disfarçada de lucros, com repercussões fiscais mais ou menos gravosas.[5]

3.4. Na área trabalhista, a discussão sobre a natureza do vínculo entre o administrador e a companhia acarreta reflexos inevitáveis na caracterização da remuneração daquele. O assunto é polêmico. Wilson de Souza Campos Batalha refere-se à *vexata quaestio* demonstrando a "tendência, que se acentuara na doutrina e nos tribunais, no sentido de entender-se configurada a relação de emprego quando o diretor, embora exercendo aparentemente atividades típicas dessa função, na realidade atua subordinadamente e dedica à sociedade uma atividade pura-

---

3 *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Rio, Forense, 1983, p. 247.

4 V. PAPINI, Roberto, *Sociedade Anônima e Mercado de Valores Mobiliários*, Rio, Forense, 1987, p. 377.

5 Leia-se a propósito, com proveito, a monografia de René Isoldi Ávila: *Distribuição Disfarçada de Lucros*, Porto Alegre, Ed. Síntese, 1978.

mente técnica, quer na produção, quer na administração, detendo parcela mínima do capital social, ou não detendo dele parcela alguma, sem poder efetivo de mando e sim atendendo a ordens e determinações superiores.[6]

Em princípio, é difícil entender a existência dessa subordinação ou dependência hierárquica do administrador numa companhia, para caracterizar o contrato de trabalho.

A LSA prevê a possibilidade de celebração de contratos de trabalho entre a companhia e seus administradores (art. 157, § 1º, *d*). Mas tal dispositivo apenas facilita, sem definir, a solução do problema. Ele não exclui e, pelo contrário, parece sugerir a existência do diretor-não-empregado.

3.5. Sem embargo de opiniões em contrário, penso ser correta a distinção entre administrador-empregado e administrador-não-empregado de uma companhia. Empregado seria aquele, já titular desse *status*, alçado à posição de administrador, e que teria o contrato de trabalho suspenso, como quer Délio Maranhão.[7] Não-empregado seria o administrador já contratado como tal, para administrar a sociedade.

3.6. Ísis de Almeida, que discorda de Délio Maranhão, quanto à suspensão do contrato de trabalho nas circunstâncias descritas (para ele, o contrato de trabalho subsiste quando o empregado é alçado à condição de diretor), entende que se o empregado vier a fazer parte da diretoria possuindo ações em quantidade excessiva, que o equiparem aos acionistas detentores da maioria das ações, a hipótese é de rescisão mesma do contrato.[8]

3.7. Esses aspectos, contudo, não afloraram no caso Galant, que não se desenrolou no contexto de uma reclamação trabalhista. No caso em foco, o autor, certamente, não era um empregado.

---

[6] BATALHA, Wilson de Souza Campos, *Comentários à Lei das S.A.*, Rio, Forense, 1977. vol. II, p. 661.

[7] MARANHÃO, Délio, *Direito do Trabalho*, Rio, Fundação Getúlio Vargas, 1978, p. 63.

[8] ALMEIDA, Ísis de, *Curso de Legislação do Trabalho*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1978, p. 28.

4.

4.1. A pretensão do Sr. Galant referia-se à parte variável da remuneração, consistente na participação nos lucros das companhias.

4.2. Essa participação só é devida quando prevista estatutariamente. E o estatuto só a pode prever quando, simultaneamente, fixar o dividendo obrigatório em, pelo menos, 25% do lucro líquido. Não me parece que a limitação descrita na letra *c*, § 2º, do art. 152 da LSA conceda uma licença para que a assembléia geral possa autorizar o pagamento da participação nos lucros aos administradores independentemente de autorização estatutária expressa.

4.3. Mas não é só. Os administradores somente farão jus à participação nos lucros do exercício social em relação ao qual for efetivamente atribuído aos acionistas o dividendo obrigatório previsto.

4.4. Para efeito de dar seqüência ao raciocínio, admitamos, pois, o seguinte: (a) os estatutos das companhias seguradoras fixavam o dividendo obrigatório em, pelo menos, 25% do lucro líquido; (b) os estatutos das companhias previam a participação dos administradores nos lucros; e (c) as duas companhias distribuíram o dividendo obrigatório.

5.

5.1. Com esse equacionamento, assim ficou delimitada a questão no caso Galant: *o administrador que se afasta em setembro faz jus à participação nos lucros sociais,* pro rata temporis?

5.2. Se se configurar a remuneração dos administradores de S/A como salário, poder-se-á deixar influenciar, à primeira vista, pela lembrança de que, na legislação trabalhista, o empregado faz jus a 13º salário, férias, e outros benefícios, proporcionalmente ao tempo em que permaneceu no emprego.

5.3. Há a ponderar, ainda, que, no caso Galant, não há indícios de que tenha sido efetuado qualquer levantamento da seqüência de formação dos lucros, mês a mês.

6.

6.1. O juiz de direito da 6ª vara cível de Porto Alegre deu pela procedência do pedido de Galant (*verbis*) "considerando que a trans-

ferência das ações feita pelo autor, com a cessão de todos os direitos passados e futuros a elas correspondentes (dividendos etc.) não abrange as comissões a serem distribuídas aos diretores, por tratar-se de crédito inteiramente distinto, com caráter de remuneração *pro-labore*".

6.2. Como se vê, o magistrado de primeiro grau distinguiu, corretamente, o *status* de acionista daquele de diretor, eventualmente possuídos pela mesma pessoa física. Percebeu, com precisão, a independência dos dois *status*, nos termos do art. 146 da LSA, uma vez que o diretor pode ser acionista ou não.

6.3. A corte estadual gaúcha, entretanto, fixou-se na distinção entre diretor e ex-diretor. E enfocou um outro aspecto da questão. Assim, dando provimento ao apelo das duas seguradoras, decidiu que (*verbis*) "a apuração dos lucros só ocorre no final do exercício, e à sua participação só acorrem os *atuais* diretores".

6.4. O recurso extraordinário que se seguiu não foi conhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

6.5. Pela discussão travada na Suprema Corte, infere-se que o Tribunal gaúcho terá sido influenciado pela circunstância fática de haver Galant efetuado a venda de suas ações por preço superior ao de uma venda comum. Eis o teor da ementa do acórdão proferido no recurso extraordinário: "No caso, o acórdão impugnado, interpretando dispositivo estatutário e os efeitos da renúncia de um diretor no meio do exercício do mandato, atendeu à circunstância de haver ele feito a venda do controle acionário, inclusive de suas ações, por preço superior ao de uma venda comum, e, diante desses fatos, que são ponderáveis, decidiu não lhe caber a gratificação fixada em assembléia do exercício seguinte, pelos adquirentes daquele controle e que constituíam a nova diretoria, sob cuja direção se encerrara o balanço."

7.

7.1. Aparentemente, a Corte gaúcha ignorou a distinção corretamente efetuada pelo magistrado de primeiro grau, e considerou que a cessão de todos os direitos, passados e futuros, correspondentes às ações alienadas, implicava a renúncia dos direitos relativos ao *status* de diretor.

7.2. Sob esse aspecto particular, a decisão merece duplo reparo. Primeiro, por não distinguir os direitos decorrentes do *status* de acio-

nista daqueles derivados da condição de diretor. Em segundo lugar, porque admitiu uma renúncia tácita. Como diz Caio Mário da Silva Pereira, "a manifestação de renunciamento há de ser inequívoca".[9]

7.3. Comparato teve a oportunidade de se manifestar duas vezes sobre este mesmo caso. E criticou o que chamou de "lamentável confusão feita pelos julgadores entre titularidade do poder de controle e exercício de um cargo diretivo na companhia". "O preço estipulado pela cessão do controle", diz ele, "nada tem a ver, em princípio, com a remuneração estatutária da diretoria".[10]

7.4. Essa observação perspicaz nos induz a refletir sobre questões a respeito do *tipo* nos negócios de alienação de controle. Mas tal reflexão deverá ser objeto de outras pesquisas.

Osmar Brina Corrêa Lima

---

9 PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Rio, Forense, 1961, vol. I, p. 333.

10 COMPARATO, Fábio Konder, Comentário *in*: RDM, nova série, 1973, nº II, ps. 67 e segs. e *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Rio, Forense, 1983, p. 220.

Real

(*RT*, 624/239)

Aloísio de Andrade Faria detém 99,99% das cotas de Transamérica Representações e Participações Ltda., Nova América – Representações, Administração e Participações Ltda. e Administradora Fortaleza Ltda. E essas três sociedades controlam as companhias abertas do denominado Grupo Real (Cia. Real de Investimentos S.A., Banco Real de Investimentos S.A., Banco Real S.A., Consórcio Real Brasileiro de Administração S.A. e Real Participações e Administração S.A.), que compõem um dos mais relevantes e atuantes conglomerados financeiros do País.

Aloísio é diretor de todas as companhias abertas do Grupo Real.

Starversa – Serviços Técnicos, Acessórios e Revenda de Veículos Ltda., Disbrasa – Distribuidora de Veículos Ltda. e Mário Enrico Sclerca são acionistas das companhias abertas que compõem o Grupo Real.

A AG de cada uma das companhias abertas do Grupo Real fixou o montante global da remuneração dos administradores de cada uma delas nos termos do art. 152 da LSA.

Starversa, Disbrasa e Mário Enrico Sclerca – doravante denominados Acionistas Minoritários – entenderam que, na distribuição da remuneração entre os administradores, teria sido atribuído a Aloísio um quinhão absolutamente desproporcional aos demais administradores, com danos às companhias. Em virtude disso, invocando a qualidade de acionistas e substitutos processuais das companhias abertas do Grupo Real, nos termos do art. 246 da LSA, ajuizaram ação ordinária de indenização contra a Transamérica Ltda., a Nova América Ltda. e a Administradora Fortaleza Ltda. e contra Aloísio.

Em sua ação, os Acionistas Minoritários afirmam que não impugnam a fixação de honorários e participação nestes pelas respectivas AGOs, mas uma política global das controladoras, que beneficia o Sr. Aloísio. E descrevem tal política:

"O esquema foi montado de forma tal que o réu Aloísio integra a administração de um vastíssimo número de sociedades, de vez que aí se encontram as subsidiárias, coligadas e controladas das sociedades abertas do Grupo Real. Tudo isso faz com que o quarto réu (Aloísio) receba honorários, participações e verbas de representação que atingem, anualmente, cifras astronômicas e inimagináveis, pelo vulto e exagero, honorários e participações que contaminam os resultados financeiros e provocam, defluentemente, lesão prejudicial da distribuição de dividendos."

A ação ordinária de indenização visava ao "ressarcimento da diferença entre os honorários, participações e verbas efetivamente percebidas pelo quarto réu (Aloísio) em decorrência da administração das empresas do conglomerado *Real* e a importância que deveria ter recebido a esse título, dentro dos padrões do mercado".

Os acionistas minoritários especificaram as seguintes provas:

"Às companhias abertas do Grupo Real, substituídas processualmente nesta ação (...) para que informem, durante o período em que permaneceram sob o controle das rés, quanto pagaram ao seu presidente (Aloísio), aqui e no exterior, ou através de suas subsidiárias e coligadas componentes do chamado Grupo Real até o fim da linha (isto é, a subsidiária/coligada da subsidiária/coligada) até a última companhia do Grupo Real, ano após ano, a qualquer título, inclusive as vantagens do cargo (exs.: automóvel, avião, motoristas, pilotos, verbas de representação e viagens ao exterior etc.) (...); à Receita Federal para que envie a esse Juízo cópia das três últimas declarações de renda do presidente do conglomerado Real e controlador Aloísio (...); perícia técnica para (...) determinar o que seria, em termos de remuneração do presidente do conglomerado Real o 'razoável' e compatível com a realidade do mercado, responsabilidade e tempo dedicados à função, cotejando com o total recebido (...); juntada de novos documentos e depoimento pessoal dos réus e de testemunhas."

O Juiz de primeiro grau, afastando várias preliminares e decidindo antecipadamente a lide, julgou improcedente a ação no mérito.

A 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria, anulou a sentença, para permitir a produção de provas.

A DECISÃO DA 6ª CÂMARA DO TJSP, QUE ANULOU A SENTENÇA:

MAIORIA

O que os acionistas minoritários impugnam não é propriamente a regularidade formal das remunerações de Aloísio. Eles entendem configurado o *abuso de direito*, consistente no uso normal do poder de controle para a obtenção de verbas remuneratórias exageradas, acima dos padrões usuais.

A sentença, apoiada em pareceres de ilustres e respeitáveis juristas, concluiu pela improcedência da ação porque a remuneração global dos administradores, fixada pela AG, estaria dentro dos limites da normalidade, sendo irrelevante indagar se um dos administradores recebe soma superior à dos demais, pois a forma de repartição da verba não acarreta qualquer dano à sociedade ou aos acionistas. Tal argumento tem como base um pressuposto de fato que precisa ser esclarecido pela prova. O simples fato de ter sido a verba aprovada pela assembléia não afasta, em tese, a possibilidade de abuso de poder e de responsabilidade do acionista controlador, nos termos do art. 117 da LSA. A enumeração do parágrafo único do art. 117 é meramente exemplificativa. Em princípio, portanto, a responsabilidade poderá configurar-se, dependendo de prova do pressuposto de fato que, no caso concreto, constitui o ponto principal da controvérsia (exagero ou normalidade do *quantum* das verbas remuneratórias). O MM. Juiz admitiu, desde logo, que a remuneração global se situa nos limites da normalidade. Tratando-se, porém, de matéria de fato e de alta indagação, o Magistrado não poderia ter antecipado o julgamento da lide antes de dar às partes a oportunidade da produção de todas as provas. Em resumo, somente após a instrução ordinária do feito poderá o julgador formar sua convicção a respeito da existência ou inexistência de dano para a sociedade, seja em razão do *quantum* da remuneração global, seja em razão do montante da remuneração individual dos administradores.

VOTO VENCIDO

O notável êxito das companhias abertas do Grupo Real no quadro empresarial da Nação revela orientação e política dirigente bem orde-

nadas. Nesta ação, porém, põe-se em dúvida um dos itens de sua administração, asseverando-se que na sua intimidade gerencial ocorrem abusos de poder, a dano de melhores resultados para os acionistas. A imputação dos acionistas minoritários não se aninha em nenhuma das práticas que envolvem administração ruinosa das empresas coligadas, de forma a levá-las à ruína, quer pela gestão incompetente, temerária, negligente ou imperita do elenco do art. 117 da LSA. Sequer se afirma ou se levanta suspeita de que o acionista controlador tenha deixado de cumprir os deveres inseridos no parágrafo único do art. 116 da mesma lei. Os acionistas minoritários não impugnam "a fixação de honorários e participações nesta ou naquela sociedade. Eles admitem e não impugnam a legitimidade e o montante global da remuneração dos administradores. O libelo é, pois, claudicante ao pretender caracterizar a lesão reflexa aos acionistas na excessividade da remuneração aos administradores, por eles expressamente não impugnadas. Se os acionistas minoritários não negaram nem contestaram que o montante global das remunerações estava conforme os paradigmas do mercado, a conclusão de remate é absolutamente desconexa. Se lesão houvesse, seria na distribuição da remuneração entre os administradores, e seriam os demais administradores que suportariam o desfalque. É absolutamente inconseqüente a diligência no sentido de se efetuar instrução probatória. Admitida uma partilha que favoreça a Aloísio com régia remuneração, a ação proposta não pode cortá-la, diminuí-la ou fazer arbitramento discricionário: tanto importaria em imiscuir-se em ato típico e *interna corporis* de cada sociedade, ofendendo-lhes a intimidade gerencial, com censura e invalidação de deliberação da AG, que não é questionada nem impugnada nesta causa.

EMBARGOS INFRINGENTES

Em recurso de embargos infringentes, e também por maioria, o Tribunal, aderindo à tese do *voto vencido*, restabeleceu a sentença de primeiro grau, julgando improcedente a ação, argumentando: "(...) Na realidade, de nada adiantaria a prova do *quantum* recebido pelo quarto réu (Aloísio). A importância por ele recebida será sempre legítima, pois decorre da AG, num típico *interna corporis*, no qual, por isso mesmo, não se pode imiscuir. Seria, em última análise, anular o que fora deliberado em AG, o que nem se pediu na presente causa (...)".

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Os acionistas minoritários recorreram extraordinariamente ao Supremo Tribunal Federal, alegando afronta a dispositivos do CPC e dos artigos 117, § 1º, "c" e "f" e 152 da LSA, bem como divergência jurisprudencial, requerendo a anulação da sentença, devendo outra ser proferida, após a produção de provas pelas quais protestaram as partes.

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, não conheceu do recurso.

Adubos Bueno S.A.

(R.J.T.J.E.S.P., 58/176)

Trata-se de ação ordinária de responsabilidade civil ajuizada por Américo Giovanni Cataldi contra Augusto Bernardino de Lima.

Augusto Bernardino de Lima era diretor-presidente da Adubos Bueno S.A. No dia 4 de setembro de 19?7, a Adubos Bueno S.A., representada por Augusto, outorgou procuração a advogado, para defendê-la em ação de indenização por acidente do trabalho contra ela ajuizada por Américo. Esta ação foi julgada procedente em 11 de setembro de 19?0 (três anos depois de proposta), transcorrido o prazo recursal. Vez que dela não foi interposto qualquer recurso.

Em 15 de outubro de 19?0, um mês após o trânsito em julgado da respeitável sentença decisória da ação de indenização por acidente do trabalho, Augusto presidiu assembléia geral extraordinária, onde se decidiu a liquidação da sociedade, mas nada comunicou sobre a ação acidentária e nem tomou qualquer providência para incluir o crédito oriundo da decisão judicial na liquidação da companhia.

Consta, da ata da AGE, que os créditos quirografários serão pagos após os créditos privilegiados.

Dê o seu parecer fundamentado sobre esta ação.

Hotéis Ribas

(*RF*, 279/244)

Therezinha de Jesus Ribas Cavalcanti e seu irmão são acionistas igualitários de Hotéis Ribas S.A., uma companhia fechada, sendo cada um detentor de metade das ações em que se divide o capital social.

Em assembléia geral ordinária realizada aos 26 de abril, Therezinha pleiteou, em vão, a adoção do voto múltiplo, não previsto nos estatutos sociais, com o objetivo de (*verbis*) "proceder à eleição de um membro do conselho fiscal e seu suplente", no que foi obstada pelo irmão.

Embora exista um impasse, criado por rancores familiares, Therezinha não contesta a lisura do irmão, mas demonstra que a sua pretensão não está montada em interesse patrimonial, mas em razões emocionais.

Em virtude do exposto, Therezinha ajuizou ação contra Hotéis Ribas S.A., pleiteando a anulação da AGO de 26 de abril.

Em sua contestação, a companhia alegou, principalmente, que o direito ao exercício do voto múltiplo nas assembléias das sociedades por ações é um direito apenas do acionista minoritário; não do majoritário ou do igualitário.

Therezinha argumentou, por outro lado, que a assembléia geral, ao negar-lhe o direito ao exercício do voto múltiplo, violou a lei e feriu direito subjetivo seu, o de dar maior peso a uma investidura.

O juiz de primeiro grau julgou improcedente a ação. E o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, deu provimento ao recurso, com o voto vencido do Des. Osny Duarte. Este criticou a maioria, invocando o princípio da função social da empresa. E argumentou: "... a interpretação dada pela douta maioria ao art. 141 da Lei nº 6.404/76 esvazia, *data venia*, totalmente, o sentido benéfico do voto múltiplo e restringe a importância social das sociedades anônimas, proclamada e reconhecida na etapa do progresso tecnológico que estamos

vivendo. Com a solução adotada pela douta maioria, parece-me que a sociedade anônima permanecerá expressão de interesses familiares e não entidade integrante da engrenagem da economia pública, onde os interesses acionários seriam supletivos e não constitutivos da empresa. Os ódios familiares, os conluios, as chantagens de acionistas e outros comportamentos reprováveis não deveriam poder ditar diretamente os rumos das empresas, preterindo a função social das mesmas."

O acórdão acima sintetizado induz-nos a refletir sobre os perigos de uma tendência para a abordagem puramente teorética dos problemas jurídicos, com verdadeira aversão pela análise pragmática e objetiva dos fatos.

A primeira palavra que me ocorreu, ao lê-lo, foi: Logomaquia, que significa palavreado inútil. E creio que se pode estender, a esse aresto, a crítica de Comparato à doutrina jurídica nacional, ao tachá-la de "mais afeita, em geral, aos comentários livrescos do que à análise da problemática vital" (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Rio, Forense, 1983, p. 158).

O que ressalta, à primeira vista, é a afirmação textual do acórdão de que a acionista queria (*verbis*): "optar pela adoção do voto múltiplo e, com base no seu exercício, proceder à eleição de um membro do *conselho fiscal* e seu suplente" (grifei).

Ora, um simples exame tópico do art. 141 da Lei nº 6.404/76 deixa claro que o voto múltiplo se aplica, ou pode ser aplicado, nas eleições para o *conselho de administração*. O art. 141 situa-se no Capítulo XII da lei (Conselho de Administração e Diretoria), especificamente na Seção I (Conselho de Administração).

O conselho fiscal é tratado no capítulo seguinte (Capítulo XIII). Os acionistas minoritários, ali, recebem uma proteção especial no art. 161, § 4º, letra *a* (os acionistas minoritários, desde que representem, em conjunto, 10% (dez por cento) ou mais das ações com direito a voto, terão direito de eleger, em separado, um membro e respectivo suplente do conselho fiscal).

Não se descarte, todavia, a possibilidade de um eventual erro na datilografia do acórdão, ou na sua publicação. Concedamos ao Tribunal o benefício da dúvida. E admitamos que a ação tenha sido proposta pela acionista *não* desejosa de "optar pela adoção do voto múltiplo e, com base no seu exercício, proceder à eleição de um membro do *conselho fiscal* e seu suplente" e, *sim* de um membro do *conselho de admi-*

nistração. A esse propósito, nota-se que o voto vencido do Des. Osny Duarte refere-se a *conselho de administração* e não a *conselho fiscal*.

Ainda assim, contudo, melhor mérito não teria o trato dado ao caso pela Corte.

É certo, como afirmou o acórdão relatado pelo Des. Hamilton de Moraes e Barros, que o voto múltiplo não é um direito apenas do acionista minoritário.

É também correta, *em parte*, a sua ponderação, assim explicitada: "a lei, ao instituir e assegurar, em boa hora, a representação das minorias societárias, não exclui, e nem poderia excluir, os iguais direitos dos sócios igualitários e majoritários". Afirmo que tal ponderação é correta *em parte* porque, na verdade, a lei *não assegura* a representação das minorias através do voto múltiplo nas eleições para o conselho de administração. Ela apenas *facilita* ou *possibilita* tal representação. A representação efetiva vai decorrer da convergência de vários fatores volitivos e numéricos. A minoria deverá estar coesa, e não dispersa. E o resultado a ela favorável dependerá, ainda, não só do percentual acionário votante por ela possuído, como também de uma estratégia de votação e do número de membros do conselho de administração.

Também o voto vencido foi infeliz ao abordar a questão. Examinou-a sob o enfoque da função social da empresa, mas afirma, textualmente: "o acionista detentor de 50% das ações, embora sem participar do Conselho de Administração, mantém mais possibilidades de fiscalização e segurança de uma administração proba por parte do outro detentor da direção da sociedade do que o acionista minoritário portador do voto múltiplo poderia fazê-lo, porque a aprovação das contas dos diretores na Assembléia Geral está sujeita ao seu alvedrio".

Tal assertiva, *permissa venia*, não tem qualquer sentido no contexto do caso. E, além disso, induz – ou pode induzir – à conclusão absolutamente errônea de que, nas eleições para o conselho de administração, alguns acionistas possuem o voto múltiplo e outros não.

Ora, na verdade, só existem duas alternativas possíveis, nas eleições para o conselho de administração: ou é adotado o sistema de voto múltiplo, ou não é; na primeira hipótese, todas as ações terão o voto múltiplo; na segunda, nenhuma o terá. Simples assim.

Em suma, e curiosamente, o problema não foi bem solucionado pela Corte carioca. Nem pelos votos vencedores, nem pelo voto venci-

do. E isso por uma razão muito singela: porque, simplesmente, não existia um problema a ser resolvido.

As partes, mal orientadas pelos seus advogados, acionaram a máquina judiciária. E o processo, uma vez instaurado, precisava ter um fim...

A julgar pelos dados constantes do acórdão, o pseudoproblema das partes foi também mal equacionado.

Numa sociedade com as características da companhia em tela (fechada, com dois acionistas apenas, detendo, cada um deles, exatamente a metade do capital votante), é absolutamente *inócua* a adoção do voto múltiplo nas eleições para o conselho de administração. Quer se adote o voto múltiplo, quer não seja ele adotado, o resultado será absolutamente o mesmo. Não haverá a mínima diferença. Não fará a menor diferença se cada um dos dois acionistas possuir um, cem ou um milhão de votos. Um eventual impasse entre os dois somente poderá culminar num empate.

O objetivo e a técnica do voto múltiplo não se reduzem, pois, à mera multiplicação dos votos por determinado número, mas requerem a conjugação de outros fatores, que se iniciam com a possibilidade de cumular, isto é, de *concentrar* os votos num só candidato ou distribuí-los entre vários.

Nos termos da lei, o estatuto da companhia pode prever, ou não, o sistema do voto múltiplo, nas eleições para o conselho de administração. Havendo previsão estatutária a respeito, o sistema será obrigatoriamente adotado. Silente o estatuto, ainda assim, deverá ser ele necessariamente utilizado, desde que "requerido" até quarenta e oito (48) horas antes da assembléia geral por acionistas que representem, no mínimo, 0,1 (um décimo) do capital social com direito a voto.

A essa altura, julgo conveniente apresentar duas observações: (1ª) o requerimento dos acionistas, implícito na palavra *requerer*, mencionada no art. 141, *caput*, da Lei nº 6.404/76, não é uma petição, que possa ser deferida ou indeferida, ao puro alvedrio de quem quer que seja. Uma vez requerido no prazo, nos termos e nas condições referidas no art. 141, a adoção do processo de voto múltiplo é obrigatória; (2ª) o estatuto de uma sociedade anônima – aberta ou fechada – *não pode* frustrar a norma do art. 141 da Lei nº 6.404/76, com a introdução de uma cláusula afastando expressamente a possibilidade da adoção do voto múltiplo nas eleições para o conselho de administração. Tal cláu-

sula afrontaria um princípio de ordem pública, erigido num dos pilares filosóficos da lei acionária: o da proteção ao acionista minoritário.

O processo do voto múltiplo, repito, não assegura, não garante a representação das minorias acionárias no conselho de administração. Apenas a facilita e possibilita. O princípio nele encerrado é o mesmo que, no direito eleitoral, permite a representação dos partidos políticos minoritários nas casas legislativas.

Adotado o processo do voto múltiplo ou cumulativo, cada ação votante dará direito a tantos votos quantos sejam os membros do conselho de administração. O acionista poderá, então, livremente, cumular ou concentrar todos os votos num só candidato ou distribuí-los entre alguns ou todos. Se a minoria, coesa, concentrar ou cumular todos os votos num só candidato, ou em alguns deles apenas, ocorrerá a probabilidade de que esse ou esses candidatos sejam por ela eleitos, dependendo de algumas circunstâncias matemáticas e proporcionais.

Quanto menor for o número de conselheiros, maior será a dificuldade dos minoritários de conseguirem eleger um representante. Por isso mesmo, o legislador dispõe que, "se o número de membros do conselho de administração for inferior a 5 (cinco), é facultado aos acionistas que representem 20% (vinte por cento), no mínimo, do capital com direito a voto, a eleição de um dos membros do conselho" (Lei nº 6.404/76, art. 141, § 4º).

Quando adotado o processo do voto múltiplo, "a mesa que dirigir os trabalhos deverá informar previamente aos acionistas, à vista do Livro de Presença, o número de votos necessários para a eleição de cada membro do conselho".

Esse número pode ser obtido utilizando-se a seguinte fórmula, de Campbell (*The origin and growth of cumulative voting for directors, in: 10, Bus. Law, 3, april, 1955):*

$$X = \frac{Y \times NL}{N + 1} + 1 ,$$

na qual, X = número de ações necessárias para a eleição de um determinado número de conselheiros;

Y = total das ações votantes presentes à assembléia geral;

NL = número de membros do conselho de administração que se quer eleger;
N = número total de membros do conselho de administração a serem eleitos.

Em algumas circunstâncias, poderá, até mesmo, ocorrer que a minoria consiga eleger a maioria do conselho de administração. Essa possibilidade já foi por mim demonstrada em outra ocasião (Osmar Brina Corrêa Lima, *Direito de Voto na Sociedade Anônima, in: Revista dos Tribunais*, 530/25 (dezembro, 1979)).

Rodrigues

(Tribunal de Justiça de São Paulo, ap. cível nº 28.172-1, da Comarca de Avaré, 08.02.1983.)

Trata-se de ação proposta por acionista contra diretores de sociedade anônima, visando a prestação de contas da administração, nos termos dos arts. 914 e seguintes do CPC. A contestação foi desentranhada, por intempestiva. Em seguida, o MM. Juiz julgou extinto o processo sem exame do mérito, por faltar ao autor legitimidade ativa para exigir dos réus prestação de contas (inciso I do art. 267 do CPC). Apelou o autor, insistindo em sua legitimidade ativa e no cabimento da ação.

O art. 109 da LSA enuncia os direitos essenciais do acionista, dentre os quais o inciso III, o de "fiscalizar, na forma prevista nesta lei, a gestão dos negócios sociais".

Por outro lado, o art. 122 diz competir *privativamente à assembléia geral "tomar"*, anualmente, *as contas dos administradores*, e "deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas".

Pelo art. 123 compete ao conselho de administração, se houver, ou aos diretores, observado o disposto no estatuto, convocar a AG.

O parágrafo único acrescenta que a convocação pode partir: (a) do conselho fiscal, nos casos previstos no número V, do art. 163; (b) de qualquer acionista, quando os administradores retardarem, por mais de 60 (sessenta) dias, a convocação nos casos previstos em lei ou no estatuto; (c) de acionistas que representem 5% (cinco por cento), no mínimo, do capital votante, quando os administradores não atenderem, no prazo de 8 (oito) dias, o pedido de convocação que apresentarem, devidamente fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas.

Vê-se, pois, do exame conjunto de tais dispositivos, que não cabe a qualquer acionista exigir diretamente da diretoria da S.A. a prestação de contas da administração.

Isso já ocorria ao tempo da legislação anterior, como demonstrou Pontes de Miranda em seu *Tratado de Direito Privado*, ao enunciar as ações conferidas aos acionistas de S.A. E a situação persiste na legislação atual, como esclarece Rubens Requião.

Constitui também um direito inarredável do acionista, como de resto ocorre em qualquer sociedade comercial e para qualquer tipo de sócio, o de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, na forma prevista em lei. Muito mais imperioso é que esse direito seja assegurado e regulado nas S.A. em virtude de sua peculiar estrutura jurídica.

Vimos que a dissolução do direito patrimonial que as S.A. e, mais particularmente, as suas ações provocam, faz com que o acionista perca o controle de sua propriedade investida no capital social e que passa a ser representada pelas referidas ações. Perde ele a gestão, para reter apenas a fruição de seus bens investidos. Ele não mais usa da propriedade que transfere à S.A.; apenas goza dos frutos que essa propriedade vai gerar. Natural, portanto, que lhe fique assegurado plenamente o direito de fiscalizar o modo pelo qual é gerido o patrimônio social e administrada a S.A.

Mas, a fim de impedir que, por capricho ou por interesses mesquinhos, esse direito se torne um empecilho à boa marcha da administração, que poderia ser perturbada por contínua e impertinente fiscalização, a lei regulamenta esse direito fundamental do acionista. Daí a ressalva da lei de que o direito de fiscalização está contido nos limites estabelecidos pela lei – "na forma prevista nesta lei" – como textualmente insere na regra em estudo.

O acionista tem, dessa forma, o direito de fiscalizar a gestão social subordinada a estas regras principais: (1) analisar o relatório, cópia do balanço, parecer do conselho fiscal, lista dos acionistas que ainda não integralizaram suas ações, dentro do prazo de trinta dias antes da AGO, conforme aviso publicado pela imprensa; (2) analisar e discutir os mesmos documentos durante o transcurso da AG reunida; (3) pedir judicialmente a exibição integral dos livros da sociedade, desde que organizado em 5% do capital social, e que sejam apontados atos violadores da lei e dos estatutos (art. 105).

Ora, no caso, o que pretende o autor é exigir prestação de contas diretamente da diretoria, e isso não está previsto na legislação, que é específica e regula por inteiro as S.A.

O que deseja é a exibição de livros, ao invés de prestação de contas, como momentaneamente assinalou. Então, não será a ação que propôs o instrumento adequado.

Aliás, sequer demonstrou ele sua condição de acionista e menos ainda de detentor de 5% das ações.

Por tudo isso e pelo mais que ficou dito na respeitável sentença recorrida, negam provimento ao recurso.

Cobesca

(TJSP, ap. cível nº 49.515-1, Campinas, 5ª Câm. Cível)

Luiz Carlos Muraro, membro do Conselho Fiscal da Cobesca Manchester-Atacadista de Produtos Farmacêuticos S.A., ajuizou uma ação sumaríssima com preceito cominatório contra a companhia, visando à prestação de informações sobre negócios sociais.

Colocando-se na posição de advogado da companhia, enumere sinteticamente os argumentos que você usaria na contestação da ação.

Clark

(*RT*, 418/130 e *RTJ-STF*, 72/77)

A Equipamentos Clark SA aumentou o seu capital social por correção monetária. E emitiu novas ações para serem distribuídas aos acionistas.

Antes de distribuir os "filhotes" acima referidos, a Clark aumentou novamente o seu capital, por deliberação da AG, para atender a necessidade de maior capital de giro para a empresa.

Nesse segundo aumento de capital, a empresa venezuelana Clark Equipment International C.A., outra subsidiária da mesma "holding" controladora da Equipamentos Clark SA, subscreveu 500.000 novas ações.

Posteriormente, a Clark distribuiu as ações-filhas, decorrentes do aumento do capital pela correção monetária. Todavia, ao fazê-lo, considerou as ações existentes à época da distribuição, e não apenas as contemporâneas ao balanço de 19?3, cuja correção gerou o primeiro aumento de capital, acima referido. Em conseqüência, distribuiu "filhotes" para as 500.000 ações novas, subscritas pela Clark Equipment International C.A.

O grupo minoritário, representado por Robert Le Roy Patton, intentou ação para pedir declaração de nulidade dos atos da diretoria da Clark, "dos quais resultou errônea e ilegal distribuição das ações de bonificação".

Em suma, discute-se, neste caso, se as ações novas, resultantes do aumento de capital por correção monetária, deverão ser distribuídas proporcionalmente aos acionistas existentes à data do balanço de 19?3 ou aos existentes à data da distribuição das novas ações.

Consulte os artigos 167, 169 e 170 da LSA.

Guarani

(RTJ-STF, 71/294)

Em 19?1, a Rádio Guarani SA, uma companhia fechada de radiodifusão aprovou proposta de aumento de seu capital social. Sebastião Durand subscreveu 5.000 ações preferenciais nominativas (PN). E pagou 10% do valor de cada ação, bem como 10% de taxa de inscrição. Posteriormente, integralizou o preço das ações subscritas. Durand jamais exerceu nenhum dos direitos de acionista. Não comparecia às AGs. Não votava. Não recebia dividendos. Algumas vezes, recebeu juros. Aos 11 de dezembro de 19?5, Durand pretendeu em vão participar de uma AG da sociedade, mas foi impedido pela mesma, que não o considerava acionista. Com efeito, depois de 19?1, a companhia não realizou nova AG, com o fito de deliberar sobre a proposta de aumento do capital social, aprovada naquele ano. Durand ingressou em juízo com uma ação ordinária, formulando dois pedidos alternativos: (a) nulidade dos atos da AG de 11 de dezembro de 19?5, ou (b) rescisão do contrato.

Esse caso, julgado pela justiça mineira e pelo Supremo Tribunal Federal, provoca algumas reflexões sobre o problema do aumento de capital social de sociedades anônimas por subscrição de novas ações.

O aumento de capital social, nas companhias, é disciplinado, na LSA, nos artigos 166 e seguintes.

Uma leitura atenta do dispositivo legal citado deixa claro que existem duas modalidades distintas de aumento de capital: *com* e *sem* ingresso de novos recursos financeiros para a sociedade.

Exemplo típico de aumento de capital sem o ingresso de novos recursos financeiros é aquele efetuado por correção monetária (artigo 166, I, da LSA).

No caso Guarani, tratava-se de aumento de capital por subscrição de novas ações e, pois, com ingresso de novos recursos financeiros para o patrimônio social.

Todo aumento de capital por subscrição de novas ações requer, *regra geral*, a realização de duas assembléias gerais extraordinárias: uma *primeira*, que aprova a proposta de aumento do capital social e autoriza os administradores a providenciarem as medidas necessárias para concretizá-lo, e uma *segunda* que, constatando o cumprimento das formalidades previstas no art. 82, c/c o art. 170, § 6º, da LSA, aprova o aumento do capital e altera a cláusula estatutária, a ele relativa.

Essa regra geral pode sofrer uma exceção, na hipótese de haver o comparecimento unânime dos acionistas e todos, ali mesmo, exercerem ou negociarem o direito de preferência (LSA, art. 109, IV, LSA), efetuando, desde logo, os depósitos das entradas, relativas às ações subscritas, completando-se, pois, a subscrição integral do aumento de capital proposto.

O simples enunciado do caso Guarani deixa claro que não foi essa hipótese excepcional o que ali ocorreu. O Sr. Durand pagou, inicialmente, os 10% previstos como *entrada* no inc. II do art. 80 da LSA. E só posteriormente veio a integralizar os outros 80% do preço das ações por ele subscritas.

Assim, enquanto não realizada a segunda assembléia geral extraordinária, para aprovar o aumento de capital social proposto em 19?1, realmente, o Sr. Durand não podia ser considerado acionista, pelo menos no tocante àquelas ações subscritas com base na proposta efetuada naquele ano. Era ele, pois, um mero aspirante ou candidato a acionista. Não um acionista propriamente dito. O dinheiro por ele investido era, portanto, um simples crédito, não tendo passado a integrar a cifra do capital social.

Coerente com esse entendimento, a Rádio Guarani não lhe pagava dividendos, devidos apenas aos acionistas. Pagava-lhe juros, de quando em vez.

É curioso observar que, de 19?1 a 19?5 transcorreram nada menos que quatro anos. E o Sr. Durand, ao que tudo indica, não requereu a devolução do seu dinheiro, nos termos do parágrafo único do art. 81 da LSA, aplicável à espécie *ex vi* da remissão efetuada pelo § 6º do art. 170 no mesmo diploma legal.

Uma leitura crítica dos dois pedidos alternativos formulados pelo Sr. Durand em sua ação permite a válida suposição de que, em última análise, ele queria que a justiça brasileira se pronunciasse, definitiva-

mente, sobre a sua situação na companhia, como acionista ou como credor.

Na hipótese de ser considerado credor, pedia a rescisão do contrato de compra e venda de ações (contrato de subscrição de ações). Caso fosse considerado acionista, pedia fosse declarada a nulidade dos atos da assembléia geral de 11 de dezembro de 19?5, da qual fora impedido de participar.

Esses dois pedidos alternativos, além de encontrarem respaldo na legislação processual (CPC, art. 288), passam pelo crivo da lógica formal ou menor.

Com efeito, a não ser o autor considerado acionista e sim mero credor, justo não era que continuasse indefinidamente com o seu dinheiro em poder da sociedade, limitando-se a receber juros eventualmente, numa economia inflacionária como a nossa.

Por outro lado, há a ponderar que, fosse ele considerado acionista, realmente, se impunha a nulidade dos atos da assembléia geral realizada sem o seu comparecimento, quando ele dela queria participar. A assembléia geral é a reunião dos acionistas convocada e instalada na forma da lei. Embora o acionista não tenha a obrigação de comparecer, ele tem o direito de fazê-lo, e esse direito não lhe pode ser negado sem justa causa.

Interessante foi o desfecho do caso na justiça brasileira.

O juiz de direito da 10ª Vara Cível de Belo Horizonte, julgando procedente a ação, considerou o Sr. Durand acionista da Rádio Guarani.

Eis as palavras textuais do magistrado de primeiro grau: "Não merece acolhida a defesa apresentada pela ré (Rádio Guarani) na contestação (...); o autor (Sr. Durand) subscreveu ações relativas ao aumento de capital da ré (...) pagando-as integralmente. A sua situação de acionista da ré era perfeitamente regular, cumprindo todas as obrigações, inclusive provando sua nacionalidade. Não procede a alegação da ré de que houve apenas a Assembléia inicial para o caso de subscrição da elevação do capital e não tendo havido a segunda para aprovação, de acordo com exigência legal. E não procede a alegação porque o autor adquiriu as ações de boa-fé, efetuou todos os pagamentos, e a ré não pode beneficiar-se de sua própria omissão não realizando a segunda assembléia. Competia-lhe, na pior das hipóteses, num procedimento correto, devolver, com juros, as importâncias recebidas do autor. Ao contrário, o que se vê nos autos é que a ré recebeu as im-

portâncias, e não permitiu que o autor exercesse o seu direito de acionista em toda sua plenitude. Marginalizou."

Curiosamente, entretando, e contrariamente ao que se poderia logicamente esperar, o magistrado concluiu: "O pedido do autor é alternativo. Julgo procedente a ação, *rescindido o contrato* por inadimplência da ré, condenando-a ao pagamento ao autor de indenização por perdas e danos..."

Em suma, o juiz, depois de afirmar categoricamente que o Sr. Durand era acionista, ao invés de atender ao seu 2º pedido alternativo e declarar a nulidade dos atos praticados pela assembléia geral da qual fora impedido de comparecer pela companhia, atendeu ao 1º pedido alternativo e rescindiu o contrato de subscrição das ações.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o cerne da decisão de primeiro grau foi elogiado: "O digno juiz, mui acertadamente aliás, entendeu que a ré não podia beneficiar-se de sua própria omissão, não realizando a segunda assembléia, uma vez que o autor cumprira todas as suas obrigações de tomador de ações, inclusive provando a sua condição de cidadão brasileiro."

A discussão prosseguiu, todavia, e subiu até o Supremo Tribunal Federal, em torno da condenação em perdas e danos, aspecto que não pretendo abordar aqui.

Como se vê, também a justiça dos homens costuma escrever certo em linhas tortas...

Veta

(RT, 465/128)

Em AGE realizada aos 24 de abril de 19?1, Veta Eletropatent S.A., uma companhia fechada, aprovou proposta de aumento do capital social.

Na mesma data, fixou em trinta dias o prazo para exercício do direito de preferência e designou uma nova AGE para 25 de maio de 19?1.

Aos 25 de maio de 19?1, independentemente de nova convocação, a AGE aprovou o aumento de capital, que fora integralmente subscrito.

No dia 23 de julho de 19?1, foram publicadas as atas das duas AGE, acima referidas.

Em 16 de março de 19?2, a acionista Norma de Farias Evelyn, titular de ações representando menos de 5% do capital social, e que não compareceu a nenhuma das AGE acima mencionadas, ajuizou, contra a sociedade, uma ação declaratória de nulidade da AGE realizada no dia 25 de maio de 19?1, alegando ter sido preterido o seu direito de preferência.

A companhia contestou a ação alegando que ocorrera a decadência do direito à subscrição, por parte da autora.

Precisa

(RTJ-STF, 106/172)

Antes de examinar este caso, leia, atentamente os seguintes artigos da LSA: 167, 173, 182, 185, 189 e 200.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 89.328 (AgRg) – SP
(Segunda Turma)

Relator: O Sr. Ministro Djaci Falcão.

Agravante: Precisa Projetos, Engenharia, Construções e Incorporações S.A. – Agravado: Estado de São Paulo.

Agravo regimental a que se nega provimento. O entendimento adotado pelo acórdão, de que a correção monetária do capital não constitui uma reserva típica de capital, tanto assim que não se inclui na enumeração taxativa do § 1º do art. 182 da Lei das Sociedades Anônimas, bem como, que se trata de valor "que tem destino certo e obrigatório" (a capitalização determinada pelo art. 167), apresenta-se, pelo menos, razoável, nos termos da Súmula 400.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade de votos e na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, em negar o provimento ao agravo regimental.

Brasília, 22 de outubro de 1982 – Djaci Falcão, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Djaci Falcão: O despacho atacado pelo agravo regimental guarda o seguinte teor:

"Trata-se de recurso extraordinário interposto tão-somente pela alínea *a* do permissivo constitucional, contra decisão proferida em mandado de segurança.

Afigura-se-me incensurável o despacho de fls. 12 a 15, que indeferiu o apelo extremo.

Dele destaco as seguintes considerações:

A questão é simplesmente de interpretação, por sinal que razoável, dos artigos 182, § 2º, e 200, I, ambos da Lei nº 6.404, tendo a apoiá-la o estudo publicado no *Diário do Comércio* de 27 de maio de 1980, da autoria de Ernesto de Lemos Chagas, do Instituto Jurídico da Associação Comercial de São Paulo (fotocópia de fls. 31).

Nas sociedades por ações, é predominante o princípio da fixidez do capital social, em suas acepções de afetividade e intangibilidade, conforme observações de Hernani Estrella (Curso de Direito Comercial, página 414, da edição de 1973).

Por isso mesmo, não pode merecer crítica o ato da Junta Comercial, ao negar o pretendido arquivamento da ata da Assembléia Geral, sob o fundamento de que, para os efeitos do Registro do Comércio, não é possível a absorção de prejuízos com a utilização do produto da correção da expressão monetária do capital social, realizado em ato anterior à capitalização de conformidade com o parecer de fls. 91/93, da Procuradoria Geral da Justiça.

E, por se cuidar aqui de interpretação razoável de lei, inadmissível é o acesso à via excepcional (Súmula 400 do Egrégio Supremo Tribunal Federal) (fls. 14 a 15).

Destarte, nego seguimento ao presente agravo" (fls. 66 a 67).

Em tempo oportuno foi oferecido agravo regimental, em que se lê:

"*Data venia*, não se trata de hipótese de incidência da Súmula nº 400, do E.S.T.F., resultando clara a infração ao disposto nos artigos 182, § 2º e 200, I, da Lei das Sociedades por Ações, pelo v. acórdão recorrido, que legitimou o ato do Sr. Presidente da Junta Comercial de São Paulo, negando arquivamento à Ata da Assembléia Geral Ordinária da Sociedade, ora agravante, como se passa a demonstrar.

Dispõem os dispositivos legais citados (da Lei nº 6.404/76):

"Art. 182. A conta do capital social discriminará o montante subscrito e, por dedução, a parcela ainda não realizada.

. . . . . .

§ 2º Será ainda registrado como reserva de capital o resultado da correção monetária do capital realizado, enquanto não capitalizado.

. . . . . .

Art. 200. As reservas de capital somente poderão ser utilizadas para:

I – absorção de prejuízos que ultrapassarem os lucros acumulados e as reservas de lucro (art. 189, parág. único);

. . . . . .

A ora agravante, em assembléia geral ordinária dos acionistas, deliberou capitalizar parte da correção monetária do capital realizado, destinando outra parte para compensar prejuízos, mantendo, ainda, um saldo em conta, para aproveitamento oportuno.

O Sr. Presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo negou arquivamento à ata da AGO, ao fundamento de que é vedada a compensação de prejuízos com o produto da correção monetária do capital social.

Daí o presente Mandado de Segurança, deferido em primeiro grau, por razões, d. v., incontrariáveis, assim sintetizadas:

A correção do capital realizado... é escriturada, enquanto não capitalizada, como reserva do capital (artigo 182, § 2º). Sobre a sua capitalização delibera a "assembléia geral ordinária que aprovar o balanço (art. 167).

. . . . . .

não há óbice na sua compensação com prejuízos acumulados.

. . . . . .

De notar, que a impetrante lançou mão de correção monetária do capital, tão-somente, depois de usar as outras reservas legais, na compensação do prejuízo.

. . . . . .

Vale registrar que a "Lei não proíbe a empresa de aumentar o capital e manter o prejuízo, mas dá-lhe a oportunidade de não praticar essa inutilidade.

... concedo a segurança.

O v. acórdão recorrido reformou a r. sentença, por entender que a correção monetária do capital social não é uma reserva típica do capital, não estando abrangida pela disposição do art. 200, da Lei das S.A.

Assim decidindo, negou vigência aos arts. 182, § 2º e 200, I, da Lei nº 6.404 de 15.12.1976.

E a interpretação dada pelo v. acórdão recorrido não é razoável, mas literalmente *contra legem*, na lição autorizada da doutrina:

... recebem registro como reservas de capital os ágios recebidos dos subscritores de ações, além do resultado da correção monetária do capital realizado, enquanto não capitalizado (art. 182, §§ 1º e 2º).

A lei traça as destinações específicas das reservas de capital, as quais, nos termos do art. 200, somente poderão ser utilizadas para: a) absorção de prejuízos que ultrapassarem os lucros (art. 189, parágrafo único); b) resgate, reembolso ou compra de ações... (*Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, Egberto L. Teixeira e José Alexandre T. Guerreiro, vol. II, Ed. José Bushatsky, 1979, p. 570).

Esclarece o disposto no art. 200 que as reservas de capital podem ser utilizadas para absorção de prejuízos que ultrapassarem os lucros acumulados e as reservas de lucros.

Não será preciso forçar o raciocínio para concluir que, havendo prejuízos acumulados após feita a compensação com lucros e reservas de lucros, a reserva de capital, constituída com o produto da correção monetária do capital realizado (arts. 182, § 2º e 185, § 2º), ao invés de seguir o caminho indicado pelos arts. 167 e 132, IV, desaguará no estuário previsto no art. 200, para o fim de absorver aqueles prejuízos.

Fácil, lógico e simples, tanto mais se tivermos "pernas de andar" até o art. 173 e, lá chegando, não nos faltar "olhos de ver" que a alternativa que se apresentaria, caso não adotada aquela solução, seria a redução do capital "até o montante dos prejuízos acumulados".

Não vamos pagar mais para obter o mesmo resultado.

Somente o pior cego (o que não quer ver) faria enorme volta para chegar onde há acesso por linha reta.

Seria iliqüidez intelectual aumentar o capital, mediante incorporação do produto da correção, transferindo-o da reserva de capital, para depois reduzi-lo, através de complicada e onerosa operação. No mínimo estaríamos dando com a direita, para tomar com a esquerda. (*Aspectos Polêmicos da Nova Lei das Sociedades Anônimas*, José Washington Coelho. Ed. Resenha Trib., ps. 84-86).

Aliás, o argumento da "atipicidade" da correção monetária do capital é o único sustento do v. acórdão apesar de tratar-se de argumen-

to totalmente forjado, como acima se demonstrou. Ao expor o segundo argumento, envereda o r. aresto por caminhos obscuros e enganosos, chegando à lamentável conclusão de que o artigo 200, "considerado em conjunto com os dispositivos que o precedem, evidencia que o legislador só quis referir-se à "reserva legal" definida pelo art. 193, isto é, proveniente da aplicação de cinco por cento do lucro líquido do exercício – e que, evidentemente, não se confunde com o resultado da operação meramente escritural da correção monetária do capital". Nada mais confuso!

O legislador consagrou de forma inequívoca três espécies de reservas, quanto à sua origem: as reservas de capital (art. 182, §§ 1º e 2º); de reavaliação (art. 182, § 3º) e de lucros (art. 182, § 4º). A propósito, a doutrina não vislumbra qualquer dúvida, cf. Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Saraiva, 6º vol., ps. 36-39; Egberto Lacerda Teixeira e J. A. Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, Bushatsky, vol. 2, p. 570; Américo Oswaldo Campiglia, *Comentários à Lei das S.A.*, Saraiva, 5º vol., ps. 101 a 104; Fran Martins, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Forense, tomo II, p. 600; Wilson de Souza Campos Batalha, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Forense, vol. 2, p. 912.

Ora, a chamada reserva legal a que alude o r. acórdão, não é, nunca foi e nunca será uma reserva de capital como declara a v. decisão recorrida, mas, sim, uma espécie das reservas de lucros, por isso que a lei declara que "do lucro líquido do exercício, cinco por cento serão aplicados (...) na constituição da reserva legal (...)" (art. 193).

Assim sendo, de fato não se confunde a reserva legal com a correção monetária do capital, porém, pretender concluir, mediante combinação do art. 200, I com o parágrafo único do artigo 189, que a reserva legal seria a única reserva utilizável na compensação de prejuízos é um absurdo indesmentível. A remissão, que a lei consigna no art. 200, inc. I ao art. 189, parágrafo único, tem por fim salientar que, após a utilização dos lucros acumulados, das reservas de lucros e da reserva legal, "nessa ordem", os prejuízos que ainda remanescessem poderiam ser compensados pelas reservas de capital.

E foi precisamente, o que ocorreu, nestes autos, como atesta a r. sentença vestibular.

Quanto à alegação, constante do acórdão recorrido, de que a compensação de prejuízos somente poderá efetivar-se de conformidade com os artigos 173 e 174 da Lei nº 6.404, isto é, através de redução de capital, está evidente que o legislador previu a hipótese para outras situações, que não a do caso presente, onde, como se viu acima, na análise do Prof. José Washington Coelho, a redução do capital deve ser evitada através da compensação de prejuízos pela correção monetária do capital, o que de resto não diminui a garantia dos credores, de vez que o patrimônio líquido permanece o mesmo, seja pela mencionada compensação, seja pela redução de capital, seja ainda elevando-se o capital com a sua correção monetária e mantendo-se os prejuízos acumulados.

O art. 200, da Lei nº 6.404/76, ao disciplinar as finalidades das reservas de capital, dispõe, no inciso I, que elas poderão ser utilizadas para compensar prejuízos, sempre que estes ultrapassem os lucros acumulados e as reservas de lucros.

Por outro lado, o mesmo diploma legal, no § 2º, do artigo 182, define a correção monetária do capital realizado como uma espécie do gênero reserva de capital.

Como decorrência lógica, a única interpretação possível de ambos os dispositivos em conjunto é no sentido de que a correção monetária do capital pode compensar prejuízos. Se assim não quisera o legislador, teria forçosamente estabelecido a indispensável ressalva, no artigo 200, para excluir da possibilidade de compensação de prejuízos a correção monetária do capital.

O v. acórdão recorrido lastreia-se em equivocado enfoque do assunto, esposado em matéria publicada no *Diário do Comércio*, de autoria de José Ernesto de Lemos Chagas, segundo a qual "o resultado da correção monetária do capital não é uma reserva típica de capital". Pretende aquele acórdão que a correção monetária do capital tenha obrigatoriamente a finalidade de ser capitalizada, sendo sua vida apenas transitória. Como se sabe, toda reserva possui tempo limitado de duração, vale dizer, a pecha de transitória não serve para distinguir a reserva em tela das demais.

A classificação das reservas de capital em "típicas" e "atípicas" não passa de um artifício semântico, incapaz de diferençar coisas classificadas, *ex vi legis*, como da mesma natureza. Tem aqui aplicação o velho axioma: "onde a lei não distingue, não cabe distinguir".

E o legislador não só não distinguiu o resultado da correção monetária do capital das outras reservas de capital, como também deixou clara, com todas as letras, também em outros dispositivos, a conceituação daquela como espécie do gênero destas: no art. 167, lê-se: "a reserva de capital (...) resultante da correção monetária do capital realizado (...)"; e no § 2º do art. 185 está dito que "a variação das contas do patrimônio líquido decorrente da correção monetária será acrescida dos respectivos saldos, com exceção da correção monetária do capital realizado, que constituirá a reserva de capital de que trata o § 2º do artigo 182".

Embora o destino normal do resultado da correção do capital seja a capitalização, tanto pelo que se declara no artigo 182, § 2º, como no artigo 167 ou, ainda, no artigo 166 combinado com o 132, inc. IV, isto não quer dizer que, em havendo prejuízos não compensáveis com lucros acumulados ou reservas de lucros, os prejuízos não possam ser absorvidos pela correção do capital. E que a lei não pode conter contradições!

Cristaliza-se, por essa forma, insofismavelmente, a negativa de vigência do art. 200, inc. I, e § 2º do artigo 182 pelo v. acórdão recorrido e, agora, pelo v. despacho agravado, que desrespeitou, também, o art. 119, III, *a*, da Constituição Federal. Nessas condições, há que serem reformados, *data venia*, para restabelecer-se a vigência dos apontados dispositivos, através do exame regular do Recurso Extraordinário.

Por todo o exposto, espera a agravante, da d. autoridade prolatora do v. despacho agravado, que se digne de reconsiderá-lo, para admitir o processamento do Recurso Extraordinário, ou que, assim não procedendo, se digne de dar processamento regimental ao presente Agravo, para que a E. Turma, provendo-o, determine a subida do Recurso Extraordinário, para melhor exame" (fls. 69 a 77).

VOTO

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator): O acórdão objeto do recurso extraordinário interposto pela ora agravante deixou bem explícito:

"A impetrante fez a correção monetária do capital realizado e, por assembléia geral, destinou à compensação de prejuízos havidos no exercício, parte da importância encontrada, reservando o saldo para a

elevação do capital. Sustenta que o procedimento, não admitido pela Junta Comercial, é entretanto, lícito, porque a Lei nº 6.404 expressamente o autoriza, ao declarar, no art. 182, § 2º, que a correção monetária do capital realizado será registrada como reserva de capital, e ao dispor, no art. 200, que as reservas de capital podem ser utilizadas para absorção de prejuízos, tal como foi feito na hipótese.

Tal fundamentação, em que assenta o pedido de segurança, firma-se, porém, em interpretação incorreta dos preceitos invocados.

Em primeiro lugar, porque, como bem acentua José Ernesto de Lemos Chagas, do Instituto Jurídico da Associação Comercial de São Paulo, em estudo publicado no *Diário do Comércio* de 27 de maio de 1980 (fls. 31), "o resultado da correção monetária do capital não é uma reserva típica de capital", como as que vêm taxativamente enumeradas pelo § 1º do art. 182, e "classificadas" pelo preceito como reservas de capital. O § 2º, a que se apega a impetrante, limita-se, por isso mesmo, a dizer que a correção monetária será registrada como reserva de capital, e isso somente enquanto não capitalizada. Não se trata, no sistema ideado pelo legislador, de uma das espécies de reserva de capital, mas, apenas, de valor que tem destino certo e obrigatório (a capitalização determinada pelo art. 167) e que será temporariamente "registrado" nos livros da empresa como reserva de capital, até que a capitalização se verifique, "por deliberação da assembléia geral ordinária que aprovar o balanço".

De outra parte, o art. 200 não autoriza o entendimento de que, na expressão "reservas de capital", abrange também o resultado da correção monetária, pelo contrário seu texto, considerado em conjunto com os dispositivos que o precedem, evidencia que o legislador só quis referir-se à "reserva legal" definida pelo art. 193, isto é, proveniente da aplicação de cinco por cento do lucro líquido do exercício – e que, evidentemente, não se confunde com o resultado da operação meramente escritural de correção monetária do capital.

Diz o art. 200 que "as reservas de capital" podem ser utilizadas para absorção de prejuízos – somente quando estes ultrapassarem os "lucros acumulados" e as "reservas de lucros" fazendo em seguida expressa remissão ao art. 189, parágrafo único. Ora, este parágrafo estabelece que "o prejuízo do exercício será obrigatoriamente absorvido pelos lucros acumulados, pelas reservas de lucros e pela reserva legal, nessa ordem". Ressalta claro do confronto dos dois preceitos, ligados

por remissão expressa, que a "reserva de capital", do art. 200 é unicamente a "reserva legal" indicada em último lugar na ordem imposta pelo art. 189, parágrafo único, e, por isso mesmo, utilizável para a absorção de prejuízos somente depois dos fatores que a antecedem naquela discriminação, isto é, os lucros acumulados e as reservas de lucros" (fls. 18 a 20).

E mais adiante:

"O citado art. 173 permite, realmente, a redução do capital para a compensação de prejuízos, por deliberação da assembléia geral, mas o art. 174 estatui que isso se fará com formalidades e prazos destinados a assegurar plenamente o direito de credores quirografários por títulos anteriores – o que, a toda evidência, não seria atendido através do procedimento preconizado pela impetrante, de compensação direta dos prejuízos com a correção monetária" (fls. 20 e 21).

Como se verifica o acórdão emitiu razoável juízo interpretativo em torno da matéria debatida, à vista das regras inseridas nos §§ 1º e 2º do art. 182, e do art. 200, todos da Lei de Sociedades Anônimas.

O entendimento adotado pelo acórdão, de que a correção monetária do capital não constitui uma reserva típica de capital, tanto assim que não se inclui na enumeração taxativa do § 1º do art. 182 da Lei das Sociedades Anônimas, bem como, que se trata de valor que tem destino certo e obrigatório (a capitalização determinada pelo art. 167), apresenta-se, pelo menos, razoável, nos termos da Súmula 400.

Ante o exposto nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA ATA

Ag. 89.328 – (AgRg) – SP – Rel.: Min. Djaci Falcão. Agte.: Precisa Projetos, Engenharia, Construções e Incorporações S.A. (Advs.: José Mauro Marques, Carlos Robichez Penna, Maria Cristina Irigoyen Paixão Côrtes e outros). Agdo.: Estado de São Paulo (Adv.: Michel Temer Lulia).

Decisão: Negado provimento ao Agravo Regimental. Unânime.

Presidência do Senhor Ministro Djaci Falcão. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Cordeiro Guerra, Decio Miranda e Aldir Passarinho. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Moreira Alves. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mauro Leite Soares.

Brasília, 27 de outubro de 1982 – Hélio Francisco Marques, Secretário.

QUESTÕES:

Faça um esquema das *reservas* previstas na LSA. Justifica-se a distinção efetuada no acórdão em foco, entre *reservas típicas* e *reservas atípicas* de capital? Examine o problema da competência da Justiça Estadual para julgar mandado de segurança contra ato de Junta Comercial. Veja, sob esse aspecto, o caso Veta. A Precisa poderia ter convocado uma AGO-AGE para deliberar a capitalização prevista no art. 167 da LSA e, logo em seguida, deliberar a redução do capital prevista no art. 173 da mesma lei?

Uma companhia de seguros...

(San Tiago Dantas, "Problemas de Direito Positivo – Estudos e Pareceres –, Rio, Forense, 1953, p. 263)

Uma companhia de seguros deliberou aumentar o seu capital mediante emissão de novas ações, oferecidas pela diretoria à subscrição particular.

Dentro do prazo de trinta dias fixado pela AG para o exercício do direito de preferência, alguns acionistas subscreveram o total das ações novas, correspondente ao número de ações antigas que possuíam, enquanto outros se abstiveram da subscrição, ou deixaram de fazê-lo nas forças de sua participação no antigo capital.

Foram, então, as restantes ações entregues à subscrição particular, e logo tomadas integralmente por um acionista que, aliás, esgotara sua cota preferencial.

Dias depois, quatro acionistas que haviam exercido integralmente o seu direito de preferência enviaram à diretoria uma carta, na qual declaravam desejar "concorrer também à subscrição do capital restante, que não foi subscrito no prazo legal". Não foram atendidos e por isso moveram contra a companhia e contra o subscritor dessas ações, uma ação ordinária em que pedem seja "declarada nula e de nenhum efeito a subscrição das referidas ações, para o fim de se proceder a nova subscrição regular e legal, anulados, outrossim, quaisquer assembléias ou atos porventura realizados posteriormente".

TRATA-SE DE SABER:

Se o direito de preferência do acionista se limita à parcela do aumento de capital proporcional ao seu número de ações, ou se, pelo contrário, esse direito se estende, potencialmente, à totalidade do aumento, justificando um segundo, um terceiro, e sempre um novo rateio, até que sejam todas tomadas, ou os acionistas todos satisfeitos com as subscrições já realizadas.

Consulte a INSTRUÇÃO CVM nº 13, de 30.09.1980.

Ford

(Supreme Court of Michigan, 1919. 204 Mich. 459, 170 N.W. 668)

A FORD, organizada em 1903, possuía um capital de US$ 2.000.000. Até julho de 1916, pagou dividendos mensais de 5%, mais dividendos especiais. Possuía um ativo de US$ 132.000.000 e reservas de US$ 112.000.000, além de US$ 54.000.000 em caixa. Henry Ford era o controlador. Henry Ford arquitetou um plano para duplicar a base de atuação da empresa e construir uma fundição, para efetuar fundições de minério de ferro, ao invés de lingotes de ferro, com o objetivo de baratear o custo dos automóveis fabricados. Com isso, esperava, também, gerar mais empregos.

Os irmãos Dodge, dois acionistas minoritários, ajuizaram uma ação para compelir a Ford a abandonar a sua política no tocante a dividendos e a pagar, imediatamente, 75% de suas reservas sob a forma de dividendos. Segundo eles, o efeito do plano de Ford era tornar a companhia uma instituição quase filantrópica, e não uma sociedade comercial.

A FORD contestou a ação, alegando que, embora uma sociedade não possa se engajar em trabalho humanitário como seu principal objetivo, ela pode desenvolver tais objetivos com um propósito humanitário. E que a repartição do proveito econômico da empresa com o público deve ser permitida. Acrescentou que os propósitos dos administradores não podem ser julgados pela Justiça enquanto a sua ação estiver contida no âmbito de seus poderes legais.

A Justiça do Estado de Michigan decidiu o seguinte:

1. O administrador de uma SA não tem poderes para conduzir os negócios sociais em benefício apenas incidental dos acionistas, beneficiando em primeiro lugar a terceiros.

2. A SA é organizada e conduzida primeiramente em benefício dos acionistas. Os poderes dos administradores devem ser exercidos visando a esse fim. O poder discricionário do administrador pode ser exercido na escolha dos *meios* para atingir esse fim, e não para a escolha do próprio fim, de forma a reduzir os lucros ou a não distribuí-los entre os acionistas, para orientá-los para outros objetivos.

3. Compete aos administradores exercer a política de dividendos. A Corte não interferirá nisso, a não ser em casos de culpa, dolo, apropriação indébita ou recusa de pagar dividendos quando tem reservas e pode fazer isso sem comprometer a empresa, e quando essa recusa passa a ser um abuso de direito.

4. No caso, a FORD ainda ficaria com US$ 300.000 depois de pagar pelo plano de expansão, e razoavelmente poderia esperar um lucro de US$ 60.000.000 num ano. Logo, a recusa em pagar o dividendo extraordinário era arbitrária.

O Juiz Moore proferiu um voto adicional, acrescentando que a acumulação de reservas tão grandes significava recusa arbitrária de distribuir fundos que já deveriam ter sido distribuídos.

Com o proveito econômico decorrente dessa ação, os irmãos Dodge vieram a constituir a DODGE, cujo controle, posteriormente, foi adquirido por Walter Chrysler.

NOTA

Para maiores informações sobre a FORD, leia o livro Iacocca – Uma Autobiografia –, de Lee Iacocca e William Novak, editado no Brasil pela Editora Cultura.

QUESTÕES:

Como seria julgado, no Brasil, o caso FORD? Qual a responsabilidade social de uma SA? Qual a extensão a ser dada ao art. 154 da Lei 6.404/76? Como a lei trata, no Brasil, o problema da política de dividendos?

Incorporação de Sociedade Anônima

(estudo de um caso)

A Cobrasap S.A. era acionista controladora do Banco Ipiranga S.A.

O Ipiranga achava-se em má situação financeira, insolvente, e sob a intervenção do Governo.

O BCN firmou com a Cobrasap um contrato de compra do controle acionário do Ipiranga.

O Banco Central do Brasil compareceu nesse contrato como interveniente.

Alguns acionistas da Cobrasap, inclusive o controlador desta, eram, também, acionistas do Ipiranga.

Pela cláusula 5ª do contrato de compra do controle acionário ficou estipulado o seguinte: na fase de apuração do patrimônio líquido do Ipiranga, o BCN faria oferta pública para a compra das ações dos minoritários do Ipiranga, pelo seu valor nominal, que era de Cr$ 1,00. Restando minoritários que não acudissem à oferta pública, o BCN, antes de proceder à incorporação do Ipiranga, efetuaria o (*verbis*) resgate de suas ações.

O BCN efetuou a oferta pública. Não ocorreu o *resgate* referido na cláusula 5ª. E consumou-se a incorporação do Ipiranga pelo BCN.

Cada ação de controle do Ipiranga foi paga pelo BCN pelo valor de Cr$ 18,13.

Com base nesses fatos, foram ajuizadas duas ações diferentes, propostas por dois grupos: o *primeiro* grupo, composto por acionistas do Ipiranga que, após a incorporação, efetuaram a troca das ações que tinham pelas novas do BCN, na base de Cr$ 0,42 por unidade; o *segundo* grupo, composto de acionistas que não procederam à referida substituição, preferindo ignorá-la.

Formularam os autores pedido alternativo: ou o pagamento do mesmo valor pago pelas ações da Cobrasap (Cr$ 18,13) *ou* o pagamento das ações minoritárias na base de Cr$ 1,00, consoante o avençado no contrato aludido.

O Juiz de Direito concluiu que os autores, embora alegando violação de cláusula contratual estabelecida em seu favor no instrumento de alienação de controle firmado entre a Cobrasap e o BCN, na realidade, pretendiam era insurgir-se contra a assembléia geral do Ipiranga, na qual se aprovaram os valores para a relação de troca das ações do Ipiranga pelas ações do BCN ou, quando não, insurgiam-se, da mesma forma, contra a assembléia geral que ratificou e aceitou o valor patrimonial pelo qual se fazia a incorporação. E julgou prescrito o direito dos autores de insurgirem-se contra o que fora deliberado naquelas assembléias gerais, por terem ambas as ações sido propostas depois de decorridos mais de três anos da realização das mesmas. Só ressalvou o direito de quatro dos autores contra os quais não correu a prescrição, por serem menores. Com relação a estes, mandou que lhes fosse pago o valor de Cr$ 1,00 por ação possuída à época, corrigido o seu valor com juros de mora, ficando todavia excluída a sua pretensão em relação ao pagamento das bonificações e dividendos.

Apelaram ambas as partes.

Os autores sustentaram que não se insurgiam contra a incorporação do Ipiranga pelo BCN, e que sua ação não se dirigia contra nenhuma assembléia geral. Esclareceram que queriam o pagamento de suas ações pelo valor nominal unitário, consoante o que ficou estipulado no contrato de transferência do controle acionário, no qual se lhes assegurou o reembolso do capital que haviam aplicado no Ipiranga. Afirmaram que, independentemente da incorporação, subsistia a obrigação assumida pelo BCN de pagar pelas ações dos minoritários do Ipiranga o valor nominal, e não Cr$ 0,42, que serviu como base do valor de troca. A ação, acentuaram, tinha por objeto exclusivo o inadimplemento de cláusula contratual, por não ter o BCN cumprido o prometido aos minoritários.

O BCN sustentou que alguns dos autores não eram minoritários, porque compunham o grupo dos majoritários que controlava o Ipiranga. Alegou que outros autores já haviam perdido a sua qualidade de acionistas, por terem alienado as ações que possuíam. E disse que optou pela incorporação sem proceder ao resgate por ser a opção mais vantajosa aos minoritários que ainda não haviam vendido suas ações.

O Ministério Público discordou da sentença por entender que a solução nela adotada era prejudicial aos menores, dado o valor de mercado alcançado pelas ações do BCN, as bonificações já recebidas e os

dividendos distribuídos. Entendeu que os menores ganharam mais com a incorporação do que se tivessem recebido o valor nominal de suas ações à época da incorporação.

Esse o panorama geral do caso submetido ao Tribunal de Justiça de São Paulo (Ap. 58.983-1 – 4ª C – j. 27.06.85 – Rel. Des. Freitas Camargo, *In: RT*, 600/54).

O caso envolve, como se vê, a alienação de controle de companhia que depende de autorização para funcionar (instituição bancária). A incorporação subseqüente ocorreu antes da vigência da atual Lei nº 6.404/76. E a demanda só foi julgada em junho de 1985, quando já em vigor a nova lei. Por isso mesmo, a Corte observou que o primeiro pedido alternativo (pagamento do mesmo valor pago pelas ações da Cobrasap – Cr$ 18,13) era inadmissível, levando-se em conta que os fatos se passaram na vigência da lei anterior, que não estendia aos minoritários a mesma proteção que a atual. E observou, mais, que "os próprios autores se aperceberam da exorbitância da pretensão referida, tanto que, no correr da demanda, pouca ênfase a ela emprestaram".

A Justiça percebeu bem, ao julgar o caso em foco, que "é preciso ter-se presente que quem compra o controle não compra só ações, mas também o poder de controle", além dos 'intangíveis' da companhia, inclusive a autorização para funcionar que, em se tratando de instituições financeiras (...) têm relevância especial e um valor excepcional".

O acórdão funda-se em três pilares básicos, que podem ser traduzidos em três questionamentos, por ele percebidos e respondidos.

1º

Alguns autores da ação, acionistas minoritários do Ipiranga, eram, simultaneamente, controladores da Cobrasap. Podiam eles ser considerados acionistas minoritários do Ipiranga para os efeitos específicos do art. 255, § 1º, da atual lei das sociedades por ações?

O Tribunal entendeu que sim. E invocou, para tanto, o tradicional princípio *societas distat a singulis*: "O fato de os acionistas referidos terem estado ligados ao grupo detentor do controle do Banco Ipiranga não lhes dá a qualidade de majoritários (...). 'Minoritários' seriam todos os acionistas que não detinham, individualmente, o controle do Banco a ser incorporado (...). Pouco importava que um dos acionistas do citado grupo fosse também o controlador da Cobrasap que, por sua vez, era a detentora do controle do Ipiranga. Jurídica e legalmente, não era

ele o controlador do Ipiranga; a personalidade da sociedade da qual era ele sócio não se confunde com a sua. A sociedade e o sócio não se confundem; constituem figuras jurídicas distintas, com personalidade e patrimônio diversos (Cf. CC, art. 20)."

Parece perfeita a conclusão do Tribunal, neste particular. O acionista controlador de uma companhia pode ser, simultaneamente, acionista minoritário da companhia controlada. A participação recíproca só é vedada entre a companhia e suas coligadas ou controladas (Lei nº 6.404/76, arts. 244 e 265, § 2º).

2º

O acionista que vendeu suas ações possui *legitimatio ad causam* ativa contra a sociedade, com base nas ações vendidas?

O Tribunal respondeu negativamente à questão: "Conforme a classificação efetuada por Cesare Vivante (*Trattato di Diritto Commerciale*, 5ª ed., vol. 3/987), adotada pela maioria dos doutrinadores, as ações das sociedades anônimas estão classificadas entre os títulos de crédito. Como tais, os créditos que conferem transmitem-se com o próprio título, e daí sustentar a doutrina italiana, a exemplo de Tullio Ascarelli (*La letteralità nei titoli di credito, In Rivista del Diritto Commerciale*, 30/237, 1ª parte, nºs 2 e 5) que se trata de um direito cartular, isto é, que se encerra e se exerce com a cártula; com ela, conseqüentemente, também é transmitido. Quem vendeu as ações que possuía antes do ajuizamento da demanda promovida contra o BCN deixou, conseqüentemente, de ser acionista, perdendo também a condição de minoritário. Passou essa qualidade ao novo titular das ações adquiridas. Os acionistas, tendo perdido essa qualidade antes da propositura da ação que intentaram são partes ilegítimas para demandar o BCN."

Também aqui se mostra perfeita a conclusão do Tribunal.

Quem vende suas ações aliena os direitos a elas inerentes.

Observe-se, *en passant*, que, no direito norte-americano, várias legislações estaduais, com o objetivo de desencorajar as chamadas *strike suits* exigem o requisito da contemporaneidade de propriedade das ações no começo e durante as ações derivadas (*contemporaneous-share-ownership requirement at commencement and during maintenance of action* – Lei nº 6.404/76, art. 159, §§ 3º e 4º). *Strike suit* é uma expressão encontrada na jurisprudência norte-americana para designar

ações derivadas propostas por acionistas minoritários e seus advogados com o objetivo principal de chantagear a companhia.

3º

O acionista pode reclamar direitos baseados em contrato do qual não foi partícipe, por não o ter subscrito?

Em outras palavras, o acionista não controlador pode reclamar direitos baseados no contrato de alienação de controle celebrado entre o acionista controlador e outra companhia, e do qual não foi partícipe?

A Corte bandeirante respondeu afirmativamente à questão, invocando o parágrafo único do art. 1.098 do Código Civil e afirmando o seguinte: "O contrato referido contém (...), na sua cláusula 5ª, disposição em favor de terceiros, figura jurídica a que alude o CC nos seus artigos 1.098 e ss. Ora, o parágrafo único do referido artigo do Código Civil assegura ao terceiro em favor de quem se estipulou a obrigação o direito de exigir o seu cumprimento, obedecendo às normas estatuídas no contrato." Na verdade, o dispositivo invocado pelo Tribunal estabelece uma condição para o exercício desse direito por parte do terceiro: a anuência desse terceiro (se a ele anuir, diz o texto legal). Como observa Carvalho Santos, se o terceiro anui, concorda e aceita o benefício, claro que deve submeter-se às condições impostas, para que possa produzir os efeitos em seu favor, precisamente porque o benefício, tendo sido condicional, em caso de não satisfazer o terceiro essas condições, não poderá nunca invocar o seu direito, que, em verdade, não chegou a existir, dependente, como ficou, do cumprimento das condições estipuladas (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio, Calvino Filho, Ed., 1936, coment. ao art. 1.098, p. 315).

Apesar da omissão da questão consistente em saber se os não controladores, *in casu*, anuíram ou não ao contrato de alienação de controle celebrado entre o BCN e a Cobrasap, controladora do Ipiranga, não vemos como discordar do Tribunal. O Código Civil é claro e explícito. Realmente, "assegura ao terceiro em favor de quem se estipulou a obrigação, o direito de exigir o seu cumprimento, obedecidas as condições e normas estatuídas no contrato".

Com base nos três pilares, acima sumariados, todos corretos, como vimos, o Tribunal construiu o seu raciocínio, chegando ao que chamou *ponto primordial* das demandas propostas, assim explicitado: "o Banco incorporador assumiu no contrato a obrigação de comprar, na

oferta pública, a ações dos minoritários pelo valor unitário de Cr$ 1,00, que era o valor nominal das ações do Banco Ipiranga, ou de resgatar, antes de a incorporação ser efetuada, pelo mesmo valor, as ações dos acionistas que não acorressem à oferta pública". E afirmou, textualmente: "inegável, portanto, que o BCN ficou inadimplente; devia proceder ao resgate das ações minoritárias, cujos titulares não acudiram à oferta pública, mas não cuidou de resgatá-las".

A decisão final do Tribunal, correta, a nosso ver, foi a seguinte:

A) julgou carecedores de ação os acionistas que haviam vendido suas ações a terceiros antes da propositura da ação;

B) julgou improcedente a ação quanto aos acionistas que não haviam vendido suas ações a terceiros.

Quanto a estes últimos, a Corte efetuou uma distinção, fundada nos fatos dos autos:

a) com relação aos que, após a incorporação, efetuaram a troca das ações que tinham (no Ipiranga) pelas novas do BCN, argumentou, corretamente, que ninguém pode, ao mesmo tempo, querer duas coisas que se contrapõem entre si: que são conflitantes e incompatíveis, porque a opção por uma exclui a outra, necessariamente. Na verdade, como querer, simultaneamente, ter as ações resgatadas e continuar acionista da sociedade incorporada? Afinal, o resgate retira as ações definitivamente de circulação (LSA, art. 44, § 1º). O Tribunal lembrou que "não pode ser esquecido que (...) se as ações tivessem sido resgatadas e, portanto, retiradas de circulação, como diz a lei, não iriam e nem poderiam participar da incorporação para, através dela, adquirirem a condição nova de acionistas do incorporador". E, mais, que "o resgate implica sempre a perda da condição de acionista, porque as ações resgatadas são retiradas de circulação".

b) com relação aos acionistas que não procederam à substituição das ações do Ipiranga pelas do BCN, preferindo ignorá-las, a Corte argumentou, também corretamente, que para fazerem valer os seus direitos tinham que agir segundo as normas previstas na lei das sociedades por ações. E que se não estavam de acordo com a nova situação, deviam exercer o direito de recesso no prazo e nos termos da lei (Lei nº 6.404/76, art. 137, c/c o art. 136, VI).

O acórdão em exame, embora encerre uma decisão correta e justa, merece sério reparo em sua abordagem sobre o resgate de ações.

Cremos já haver contribuído para a melhor compreensão do mecanismo do resgate de ações ao analisar o caso Adhemar de Barros.

Frise-se, aqui, que a Corte paulista afirmou, explicitamente, com todas as letras, que (*verbis*): "a expressão 'resgate' foi usada no seu sentido técnico-jurídico, isto é, pagamento do valor nominal das ações para a sua retirada de circulação".

Ora, se assim fosse, seria juridicamente impossível a obrigação assumida pelo BCN, de resgatar ações do Ipiranga, pelas razões a seguir enunciadas.

O resgate, no sentido técnico-jurídico, só pode ser efetuado com relação às ações da própria companhia que o efetua.

Uma companhia *não pode* resgatar ações de outra. O BCN não poderia, nunca, resgatar ações do Ipiranga. O resgate realiza-se com a aplicação de lucros ou reservas da própria companhia, que resgata suas próprias ações.

Além disso, o resgate, no sentido técnico-jurídico, *deve* ser efetuado mediante sorteio, quando não abranger a totalidade das ações de uma mesma classe. Nem mesmo o próprio Ipiranga poderia resgatar, discriminadamente, ações de minoritários que não tivessem concordado com a sua incorporação ao BCN. Tal medida não se justificaria perante a legislação. O acionista dissidente, sim, é quem podia – *facultas agendi* – exercer o direito de recesso na hipótese de deliberação sobre incorporação da companhia em outra. Mas nem tal direito mais existe hoje, devido à superveniência da criticável e criticada Lei nº 7.958, de 20.12.89.

A se admitir tenha a expressão *resgate* sido usada em seu sentido técnico-jurídico, no caso em tela, não se terá caracterizado nenhuma estipulação a favor de terceiros e, sim, uma verdadeira estipulação *contra* terceiros. Estipulação impossível. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, ocorre impossibilidade jurídica objetiva quando se antepõe à prestação um obstáculo originário do próprio ordenamento (*Instituições de Direito Civil*, Rio e São Paulo, Forense, 1962, vol. II, p. 270).

Reparo também deve ser efetuado na abordagem do Tribunal, quando afirmou que o valor do resgate é o valor nominal da ação. A lei não estabelece o critério para fixação do valor do resgate. Embora alguns autores se animem a defender o valor nominal como o preço do resgate, penso que, na apuração desse valor, na omissão estatutária, deve ser aplicada, por analogia, a diretriz fixada no art. 45 da Lei nº

6.404/76, para o reembolso. E, mais, que o próprio estatuto não pode prever um valor de resgate em desrespeito à diretriz traçada no referido art. 45. Modesto Carvalhosa é mais radical. Para ele, deve ser adotado o mesmo critério para a fixação do preço de emissão de ações previsto no § 1º do art. 170 da lei acionária, que manda levar em conta a cotação das ações no mercado, o valor de patrimônio líquido e as perspectivas de rentabilidade da companhia (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, São Paulo, Saraiva, vol. 1º, p. 226).

Curioso é observar que, no decorrer do processo, os minoritários não apenas queriam defender a estipulação efetuada entre a Cobrasap e o BCN no contrato de compra do controle acionário do Ipiranga, como também a consideravam favorável a eles. Isso revela peculiaridades do mercado acionário brasileiro, no qual, não raro, o resgate de ações é considerado um verdadeiro privilégio, uma sorte grande no sorteio referido pelo legislador (Osmar Brina Corrêa Lima, ob. cit., p. 15).

Particularmente curiosa é a solução dada pelo Tribunal para os acionistas menores. Eles tornaram-se, efetivamente, acionistas do BCN. O Ministério Público insistiu que, "dado o valor de mercado das ações (do BCN) e as bonificações já recebidas e os dividendos distribuídos, os menores ganharam mais com a incorporação do que se tivessem recebido o valor nominal de suas ações à época da incorporação. E, mais, que não via como pudessem os menores reivindicar situação contrária à atual, fundados em um contrato em que não foram partes e nem subscrito por seus representantes legais".

Assim, os menores, únicos autores que obtiveram ganho de causa em primeiro grau de jurisdição, só foram realmente beneficiados quando o Tribunal, negando provimento ao seu recurso, julgou improcedente a sua ação.

Osmar Brina Corrêa Lima

EBSA

(RTJ-STF, 65/589)

A Indústria de Papel e Papelão S/A – EBSA – constituiu-se em 19?5 para a exploração industrial e comercial do papel e do papelão (art. 2º dos estatutos sociais). Entretanto, desde o início, afastou-se do objeto social, transformando-se em mera administradora de um imóvel, por ela construído, e onde foi integralmente aplicado o seu capital.

A EBSA tem dado lucros e distribuído dividendos.

Quatorze anos depois de constituída a sociedade, Franklin Toledo Piza Filho e outros, acionistas minoritários representando mais de cinco por cento (5%) do capital social, e que sempre toleraram essa situação durante todos esses anos, requereram a dissolução judicial da EBSA, alegando estar provado que ela não pode preencher o seu fim.

A sociedade-ré, "pela palavra de seu maior acionista, oficialmente, proclamou a impossibilidade da execução dos fins estatutários".

QUESTÕES:

Compare este caso com o caso Rennó. Nessa comparação, examine o problema da *legitimatio ad causam* passiva. O fato de a sociedade dar lucros implica a conclusão de que está atingindo a seus fins? Seria viável, no caso, a "dissolução parcial" da EBSA? O julgamento nesse sentido seria uma decisão *ultra* ou *extra petita*?

Rennó

(Minas Gerais, Seção II – Diário do Judiciário –, 02/03/1983)

1. Maria de Nazaré Rennó Resende de Lima e outros são titulares de 13,2% do capital social da Santa Maria, Cia. Nacional de Aplicações, uma companhia "de constituição familiar e fechada", "com finalidade, na sua atividade social, de administração de imóveis, dois urbanos e um rural".

2. Como "não vinham recebendo qualquer dividendo... pela inexistência de lucros", os referidos acionistas propuseram contra os "acionistas majoritários" Luiz Gonzaga Rennó e outros uma ação de dissolução e liquidação da sociedade, que é, pois, "composta de uma dezena de acionistas minoritários dissidentes e pouco menos majoritários, que se opõem à dissolução".

3. Depois de proposta a ação, a maioria acionária alterou o capital social, o que levou os autores a ajuizarem, também, contra os mesmos réus, uma "ação de atentado", com base no art. 879, III, do Código de Processo Civil, que diz o seguinte: "Comete atentado a parte que no curso do processo: III – pratica (...) qualquer inovação ilegal no estado de fato".

4. Consta, dos autos, o seguinte trecho: "...não constitui mudança do estado da lide o aumento de capital, pois, embora não exercitado o direito de preferência, foram os autores bonificados na proporção das ações que possuíam antes do referido aumento" e, ademais, "se houve decréscimo no percentual de sua participação", foi ele por sua omissão, sendo que a "sociedade não podia ficar paralisada, aguardando a solução pretendida...".

QUESTÕES:

Poderá a Justiça decretar a *dissolução parcial* da sociedade, considerando o caso como exercício do direito de recesso, determinando a apuração de haveres dos acionistas postulantes, mediante atualização

dos valores do ativo? Caso seja possível a solução antes apontada, que critério deverá ser utilizado para o reembolso? O trecho transcrito sob o nº 4 deixa claro qual das modalidades de aumento de capital, previstas no art. 166 da LSA, foi a efetuada pela companhia? "A maioria acionária, alterando o capital social, após a propositura da ação (...) praticou atentado por inovar a lide, acarretando dano à parte adversa"? A decretação da *dissolução parcial*, no caso em foco, seria uma decisão *extra* ou *ultra petita*, contrariando os artigos 459, parágrafo único, e 460, do CPC?

São João da Boa Vista

(RT, 554/74)

Ação de dissolução de sociedade anônima, com fundamento no art. 206, II, *b*, da LSA, teve seu julgamento de improcedência.

Apelaram os vencidos, reargumentando pela reforma do julgado, por terem provado que: a) a empresa apelada foi criada por *Cândido Fontoura*, sua esposa e seus filhos, congregando os bens imóveis do casal para uso, gozo e fruição da família. Era o que, na ocasião, se chamava *holding*. Esse tipo de sociedade por ações representava o resultado de um negócio indireto; b) essa sociedade anônima, aparente, nunca pôde preencher os objetivos sociais expressos no contrato, porque não foi constituída para comerciar e os desígnios que os então contratantes pretendiam estão agora comprometidos e destruídos pela profunda desarmonia entre os atuais sócios, os sucessores de Cândido Fontoura e sua mulher; c) essa sociedade, por se tratar de um negócio indireto, nunca distribuiu lucros; d) os doutrinadores entendem que a falta de *affectio* entre os sócios constitui causa dissolutória das sociedades e dentre estas aquelas sociedades anônimas que, pelo seu conteúdo, continuam com o característico *intuitu personae*; e) os prejuízos constantes da sociedade são elementos caracterizadores da impossibilidade de a pessoa jurídica preencher o seu objetivo, que é o de obter e distribuir lucros; e que os membros do grupo liderado por Dirceu Fontoura praticam atos contrários aos interesses da sociedade e dos sócios minoritários.

A presente ação é fundada em que dissolve-se a companhia, por decisão judicial, quando provado que não pode preencher o seu fim e for proposta por acionistas que representem 5% ou mais do capital social.

Toda divergência das partes está localizada na valoração da prova de que a sociedade dissolvenda pode, ou não, preencher o seu fim.

Há que começar-se pela história de tal sociedade.

Foi constituída em 1953 pelo casal Cândido Fontoura Silveira – Elvira de Castro Fontoura e mais seus filhos, genros e noras. O casal ficou com o número maior de ações (5.920) e cada um dos demais oito acionistas com 10 ações cada qual. Aquele número maior de ações ficou representado pelos imóveis do casal, desvinculados de outras atividades específicas, ou seja, uma fazenda de 90 alqueires em Valinhos e alguns imóveis urbanos em São Paulo.

Não obstante a destinação de tais imóveis, a sociedade foi constituída para a produção, compra ou venda de produtos químicos e agrícolas em geral, notadamente os que interessam à indústria farmacêutica. Todavia, em 1973, seu objeto passou a ser a produção e venda de produtos agrícolas e a criação de animais e aves, visto que as atividades de produção, compra e venda de produtos químicos nunca chegaram a ser exercidas, em virtude de fatores imponderáveis.

Até então viviam os dois acionistas principais. E o patrimônio imobiliário da sociedade sofreu mutações com a venda de um prédio e um terreno e a aquisição de diversos apartamentos, como noticiado na inicial.

Com a morte de Cândido Fontoura as suas ações passaram aos herdeiros necessários. Em agosto de 1976 faleceu também D. Elvira – atualmente pertencendo ao seu espólio 49,33% do capital da sociedade dissolvenda. Terá ela deixado um testamento cerrado deixando em legado ao filho Dirceu e ao neto João Alberto, em partes iguais e sem encargo, 50% das ações ordinárias que possuía na sociedade ora apelada. E ficou consignado naquele testamento: "Deixo esse legado com a finalidade de manter a continuidade na direção da empresa, propiciando aos meus demais herdeiros os benefícios que isso produzirá".

Acontece que os outros herdeiros não aceitaram a autenticidade e a validade de tal testamento, caracterizando-se, desde então, uma crise na *affectio societatis*. E ficam vencidos.

E na ação possessória, de que dá notícia o v. acórdão anexado aos autos, a mesma sociedade, ora apelada, argumentou ser uma sociedade familiar, constituída pelos avós da agravada para congregar os imóveis da família, destinados ao uso, gozo e fruição de seus membros.

Assim, induvidosamente, não obstante sociedade anônima, de capital fechado entre parentes, não perdeu a natureza de sociedade familiar.

Daí por que os lucros de tal sociedade sempre foram mais simbólicos do que reais, porque, com aluguéis de alguns, cobriam-se os impostos e a manutenção dos demais como propriedades para o lazer da grande família.

Nesse conjunto imobiliário por certo que tem destaque a fazenda em Valinhos, com uma sede monumental. É ela que empreita o atual objeto da sociedade de produção e venda de produtos agrícolas e a criação de animais e aves. E a ela se referem aquelas notas fiscais a fls., por sinal que muito modestas em quantidade e valores para uma lucratividade do imóvel.

A propósito, o capital social da companhia, que consta ser de Cr$ 6.000.000,00, ou o de Cr$ 8.347.711,86, se se considerar o fundo de reserva legal e de desapropriação, não guarda a menor sincronia com o valor real do patrimônio imobiliário da sociedade.

E, então, se, de um lado, como sociedade comercial não é lucrativa e como sociedade familiar não mais atende ao grupo minoritário em termos de uso, gozo e fruição, frustrado está, a esta altura, o motivo da sua constituição – e há que concluir-se que, se os acionistas majoritários não acordaram em uma dissolução parcial da sociedade, com a saída dos minoritários, há que chegar-se à dissolução total, para que o patrimônio imobiliário valioso seja liquidado ou partilhado como de direito, tendo-se como irreversível a quebra da *affectio societatis*.

É que, sob qualquer dos prismas, não está podendo a companhia preencher os objetivos sociais expressos, comerciais e implícitos familiares, separada ou conjuntamente.

A espécie é, pois, daquelas em que "A discórdia entre os sócios pode tornar-se causa determinante da inexeqüibilidade do fim social, justificando-se a dissolução da sociedade" (Rubens Requião).

E o dispositivo legal invocado como fundamento desta ação deve se interpretado como a dizer: "A ação pode ser proposta a qualquer momento em que os acionistas verificarem a impossibilidade que tem a sociedade de realizar o seu objeto a contento e com os resultados esperados; a sentença constatará a situação, devendo, naturalmente, o juiz, para proferi-la, apreciar com critério os fatos argüidos, já que a sua decisão porá fim à sociedade" (Fran Martins).

Decretam, assim, a dissolução da sociedade apelada.

QUESTÕES:

Que é sociedade *holding*? Uma S/A pode se constituir tendo como objeto exclusivo ser *holding*? Que é S/A *aparente*? S/A *aparente* é o mesmo que sociedade irregular? É o mesmo que sociedade de fato? Que é sociedade irregular? Que é sociedade de fato? Por que o capital da companhia apelada é referido ora como sendo de seis, e ora como de oito milhões? A lei exige que se guarde proporção entre o capital e o patrimônio imobiliário da sociedade? Que é "dissolução parcial"? Em que circunstâncias se aplica? Depende ela do consentimento dos sócios? Quais seriam as conseqüências, no caso concreto, se fosse decretada a dissolução parcial?

B. R. de Azevedo

(*RT*, 594/228)

LAUDÊMIO – Sociedade por ações – Extinção – Distribuição do patrimônio entre os sócios – Terrenos foreiros – Inadmissibilidade – Inexistência de venda ou dação em pagamento – Inteligência do art. 686 do CC – Recurso extraordinário não conhecido.

Ementa oficial: Laudêmio. Extinção de sociedade por ações. Partilha de ações entre os sócios. Não é devido o pagamento de laudêmio se, na extinção de sociedade por ações, são atribuídos a determinados sócios dois terrenos foreiros, na proporção do número de ações. O laudêmio só é devido por venda ou por dação em pagamento, na conformidade do disposto no art. 686 do CC, e nenhum dos dois casos se encontra configurado na divisão e partilha que são os liquidantes obrigados a proceder se, ao invés de o rateio efetuar-se em dinheiro, vier a fazer-se com entrega de imóvel, embora se transfira o seu domínio útil da sociedade para acionistas. Recurso extraordinário não conhecido.

RE 73.551-8 – PE – 2ª T. – j. 22.05.84 – rel. Min. Aldir Passarinho – DJU 31.08.84.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua 2ª Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso.

Brasília, 22 de maio de 1984 – Djaci Falcão, pres. – Aldir Passarinho, relator.

RELATÓRIO – *O Min. Aldir Passarinho*: Trata-se de mandado de segurança impetrado por B.R. de Azevedo S.A. – Comércio e Representações contra ato do Prefeito Municipal de Curitiba, que lhe estava a exigir o pagamento do laudêmio de dois terrenos foreiros que ela, impetrante, possuía e que foram partilhados entre os seus acionistas, em decorrência de sua extinção.

Diz a impetrante, em resumido, que resolveu extinguir a sua sociedade e partilhar entre os seus acionistas, em partes ideais e na proporção do número de suas ações, dois terrenos foreiros que possuía na Av. Batel. Acrescenta que um ex-acionista requereu ao Prefeito Municipal de Curitiba a retificação ou anotação nas cartas de aforamento das transferências dos imóveis aludidos, mas a Consultoria Jurídica opinou no sentido de ser exigido da impetrante o pagamento do laudêmio, parecer, este, que foi ratificado pelo Chefe do Gabinete do Prefeito. Anota que, em face do art. 686 do CC, o laudêmio só é devido por venda ou por dação em pagamento. Nas demais formas de transferência o alienante não está sujeito ao pagamento de laudêmio.

No Tribunal *ad quem* a segurança foi concedida, ficando o acórdão assim ementado: "Laudêmio. No caso de devolução de bens por motivo de sucessão *causa mortis* não há incidência do *laudêmio*, que só será devido quando houver transferência de domínio útil, por venda ou dação em pagamento".

Irresignada, recorreu extraordinariamente a Municipalidade, com arrimo nas letras "a" e "d" da permissão constitucional, alegando que o v. acórdão impugnado negou vigência ao art. 686 do CC e divergiu de julgados do STF que traz para confronto.

Sustenta a recorrente que, pela escritura de fls., verifica-se que a transação foi onerosa, típica dação em pagamento, em face de representar o reembolso do capital social a cada um dos acionistas, na proporção das respectivas participações.

O recurso veio a ser admitido. Aqui, propugnou a douta Procuradoria Geral da República pelo provimento do apelo último. É este o relatório.

VOTO – *O Min. Aldir Passarinho* (relator): A meu ver, o v. acórdão é de ser mantido. Os seus fundamentos foram os seguintes:

Na conformidade do que dispõe o art. 686 do CC, o laudêmio só é devido quando houver transferência de domínio útil por venda ou dação em pagamento.

Sobre o assunto anota Laudo de Camargo, em seu livro *Notas de um juiz*: "Entendi não ser devido o laudêmio na espécie – recebendo um dos sócios, representado pela viúva e herdeiros, a parte que tinha no patrimônio social, não se pode ver nesse ato uma alienação onerosa, com encargo de pagamento de laudêmio. O que se deu, portanto, foi o

pagamento em partilha, por parte da massa social, e não pelo sócio sobrevivente, daquilo que pertence ao interessado aquinhoado. Também no juízo comercial se partilham bens sociais... Por isso, ensinava Macedo Soares que a liquidação no juízo comercial tem o mesmo processo do inventário no juízo comum organológico, e ainda ensina Carvalho de Mendonça que a repartição do saldo entre os sócios chama-se "partilha" e o que cabe a cada um denomina-se "parte" (p. 60).

Tal pensamento ajusta-se, de certo modo, ao caso dos autos, porque se trata, na realidade, de devolução de bens aos próprios donos, tanto que o fisco estadual concedeu isenção do pagamento do imposto de transmissão *inter vivos* com base na mesma interpretação (doc. apresentado com memorial, sob nº 662.486, de 22.09.69).

Já o egrégio TJSP decidiu: "o laudêmio, pela transferência do domínio útil, só é devido quando essa transferência se realiza por venda ou dação em pagamento, e não quando ela se faz por motivo de sucessão, decorrente do falecimento do enfiteuta" (*RT* 56/354 e 93/68).

No caso em tela, verificou-se, como já se disse, devolução de bens por motivo de sucessão *causa mortis*, na qual não há incidência do laudêmio.

Por esses motivos concede-se a segurança para isentar a impetrante do pagamento da tal prestação injustamente exigida. (fls.)

Entretanto, sustenta a Municipalidade recorrente, no extraordinário, que sua exigência se fez em decorrência da liquidação e extinção da recorrida, e não na suposta sucessão *causa mortis*, cabendo, em conseqüência, a aplicação do art. 686 do CC, verificando-se da escritura de fls. que a transação foi onerosa, típica "dação em pagamento", em face de representar o reembolso do capital social a cada um dos acionistas, na proporção das respectivas participações. Fora, deste modo, negada vigência, pelo v. acórdão, ao aludido dispositivo do Código Civil.

De logo se observe – por ter sido o extraordinário também alicerçado na letra "d" do permissivo constitucional – que os v. acórdãos trazidos a confronto não servem para demonstrar a controvérsia, posto que todos eles se referem a transferência do domínio direto dos bens enfitêuticos para constituição do capital social por parte do que irá, como sócio, integrar a sociedade. Ao invés de dinheiro, entrega ele o imóvel.

A hipótese dos autos, porém, é diversa, pois as ações de uma sociedade anônima representam os seus bens patrimoniais, pelo que estes já pertencem aos acionistas.

No tocante à letra "a", há de se ver se, no caso, recebendo os acionistas, ou seus herdeiros, na dissolução da sociedade, os imóveis enfitêuticos, há de se compreender tal operação como operação de venda ou dação em pagamento. Diz o recorrente que a dação em pagamento se encontra devidamente configurada pelo próprio contrato de liquidação e extinção da sociedade, segundo suas cláusulas IV e V, que assim dispõem:

"IV – Que a referida sociedade anônima não tem passivo e nem encargos de qualquer *espécie e que o seu ativo constante de dois imóveis sitos nesta cidade... possibilitam o reembolso do capital social*, que é feito do seguinte modo: ... ; ficam em condomínio, cabendo aos condôminos a parte ideal correspondente *à percentagem das ações que tinham na referida sociedade anônima*: ...

"V – *Que, reembolsado o capital social da forma indicada e de acordo com as quantidades de ações com que comparece cada um e todos os outorgantes e reciprocamente outorgados*, dão-se mútuas, gerais e amplas *quitações*, para nada mais reclamarem, em qualquer tempo, com fundamento na constituição e existência da referida sociedade anônima, ora liquidada e extinta, ... *dando-se todos por pagos e satisfeitos de seus haveres*, ..." (fls.).

A meu ver, porém, dação em pagamento não existe: A sociedade anônima possui o seu capital social dividido em partes, que são denominadas "ações", e como o capital é expresso em moeda nacional, as ações, a seu turno, possuem um valor igualmente traduzido da mesma forma. E por isso mesmo é que, se os sócios contribuem para a formação do capital social com bens móveis ou imóveis, devem estes ser previamente avaliados para a verificação do seu exato valor. Ainda que, e como agora permite a nova Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404), as ações fossem sem valor nominal, não estaria violado o princípio de representarem as ações o capital social e corresponderem a partes de igual valor, pois apenas deixou de haver, para elas, a fixação de um valor prefixado.

Os acionistas sendo os proprietários das ações são, conseqüentemente, os proprietários do capital social. E, efetuada a liquidação da sociedade, com a realização de seu ativo e satisfeito o passivo, os sócios

receberam, de acordo com as ações que possuíam, as partes que lhes corresponderam, do a final apurado.

A dação em pagamento, segundo resulta do art. 995 do CC, consiste no recebimento, pelo credor, de coisa que não seja dinheiro, em substituição da prestação que lhe era devida. Não há como, portanto, confundir a figura do credor com a do acionista, na liquidação da empresa, quando este apenas recebe o rateio do ativo remanescente.

Segundo Carvalho de Mendonça, "a dação em pagamento – *datio in solutum* dos romanos – é um acordo liberatório convencionado entre o credor e o devedor, em virtude do qual aquele aquiesce em receber deste, para exonerá-lo de uma dívida, um objeto diferente do que constituía a prestação – *aliud pro alio*" (*Doutrina e Prática das obrigações*, nº 332).

Deste modo, não é suficiente que em uma obrigação a ser satisfeita em dinheiro seja este substituído por outro bem, mas sim que a obrigação se vincule entre credor e devedor, sendo de observar que, no caso, sequer se alega que os bens (terrenos) sobre os quais pretende a municipalidade cobrar laudêmio resultam de lucros da sociedade.

A divisão e partilha que são obrigados os liquidantes a efetuar entre os acionistas não se pode confundir com dação em pagamento, portanto, se, ao invés de o rateio realizar-se em dinheiro, vier a efetuar-se em bens de outra natureza.

Deste modo, embora se transfira o domínio útil da sociedade para os acionistas, não se configurando quer a venda, quer a dação em pagamento, o laudêmio não será devido.

Pelo exposto, não conheço do recurso. É o meu voto.

EXTRATO DA ATA – Decisão: Não conhecido. Unânime.

Presidência do Min. Djaci Falcão. Presentes à sessão os Mins. Moreira Alves, Décio Miranda, Aldir Passarinho e Francisco Rezek, Subprocurador-Geral da República o Dr. Mauro Leite Soares.

Auxiliadora

(*RT*, 610/178)

SOCIEDADE COMERCIAL – Anônima – Ordinária de cobrança de dividendos – Propositura por ex-acionista – Desconto ilegal criado pela Assembléia Geral – Contrato de venda das ações que assegura ao autor o direito de receber dividendos do exercício atingido pela deliberação – Preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* repelida – Voto vencido.

Tem legitimação para propor ação de cobrança de diferença de dividendos de sociedade anônima o ex-acionista que tem assegurado o direito de receber os dividendos do exercício atingido por deliberação ilegal da Assembléia Geral. (Red.)

SOCIEDADE COMERCIAL – Anônima – Reserva para contingência – Criação pela Assembléia Geral para atender a indenizações trabalhistas e pagamentos de benefícios *post mortem* – Despesas que não têm caráter de eventualidade e não são excepcionais – Inclusão desta verba no cálculo de dividendos decretada – Recurso provido – Inteligência dos arts. 194 e 195 da Lei das Sociedades Anônimas – Voto vencido.

A reserva para contingência, nos termos do art. 195 da Lei das Sociedades Anônimas, visa a atender às perdas que, embora possam ser previstas, são episódicas, contingentes ou meramente eventuais. As indenizações trabalhistas, bem como o pagamento de benefícios *post mortem*, não têm o caráter de eventualidade e não são excepcionais. Trata-se, sim, de despesas certas, para as quais, sendo mensuráveis, pelo menos em média, é recomendável a constituição de um "fundo", e não a de uma reserva, que traria detrimento para as distribuições de dividendos aos acionistas. (Red.)

COBRANÇA – Diferença de dividendos de sociedade anônima – Existência de quitação dada pelo autor relativa aos dividendos do exercício em questão – Documento referente apenas às quantias recebidas, e não às que tem direito de receber – Carência afastada.

A quitação dada apenas em relação às quantias recebidas pelo credor não abrange aquelas que tem direito de receber e não foram pagas. (Red.)

AÇÃO DE ANULAÇÃO – Deliberações de Assembléia Geral de sociedade anônima – Interpelação judicial tempestiva – Prazo prescricional não transcorrido – Acórdão omisso – Embargos conhecidos – Carência afastada.

Ocorrendo a interpelação judicial anterior ao transcurso do prazo prescricional, não há que se falar em prescrição da ação anulatória, vez que verificada a interrupção. (Red.)

Ementa oficial: Reserva para contingência, em sociedade anônima, que não respeita os preceitos legais.

Ap. 33.512 (EDecl) – 6ª C. – j. 28.12.84 e 16.04.85 – rel. Des. Ebert Chamoun.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 33.512, em que é apelante Auxiliadora Empreendimentos S.A. e apeladas 1) Sul América Terrestres, Marítimos e Acidentes e 2) Sul América Cia. Nacional de Seguros: Acordam os Juízes que integram a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão de 27.11.84, por maioria de votos, em negar provimento ao agravo retido, vencido o eminente Des. Relator, que o provia; por unanimidade, em não conhecer do recurso adesivo e, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao apelo, vencido o Des. Relator, que lhe negava provimento.

Nega-se provimento ao agravo retido, apresentado pela ré Sul América, e reiterado nas razões de apelada. A autora é parte legítima porque, malgrado não mais acionista, foi-lhe assegurado, quando vendeu as ações, o direito a receber os dividendos do exercício de 1978 (v. fls. 61).

Não se conhece do recurso adesivo, por isso que não cabe recurso adesivo a agravo (art. 500, II, do CPC).

E dá-se provimento parcial à apelação. A perícia comprovou que a autora recebeu o dividendo obrigatório de 25% do lucro líquido da sociedade (fls. 387). A apelante afirma que a "reserva suplementar" é ilegal, e foi introduzida no estatuto em 1979, não podendo retroagir para aplicar-se aos resultados do exercício de 1978, a cujos dividendos a autora tem direito – mas tais considerações são irrelevantes por isso que a perícia concluiu no sentido de que tal retenção foi feita depois de calculado o montante do dividendo a ser pago aos acionistas. Não tem, pois, influência sobre o cálculo deste.

A retenção que constitui a "reserva para contingência" todavia não se justifica no caso concreto. Foi ela instituída para atender às indenizações trabalhistas e benefícios *post mortem*.

O art. 194 da Lei das Sociedades Anônimas fixa os critérios de criação das reservas pelos estatutos e o art. 195 estabelece que a reserva para contingência é proposta pelos órgãos da administração e instituída pela Assembléia Geral, a fim de compensar, em exercício futuro, a diminuição do lucro decorrente de perda julgada provável, cujo valor possa ser estimado.

Verifica-se que tal reserva visa a atender perdas que, embora possam ser previstas, são episódicas, contingentes ou meramente eventuais. Por isso é que as outras reservas, salvo a retenção de lucros, são estatutárias, e a de contingência é a Assembléia Geral que cria, por proposta da administração.

É admissível que o "estatuto social disponha sobre a constituição da reserva de contingência, observadas as normas do art. 194" (Fran Martins, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 2/698, 1978), mas a sua destinação há de ser sempre esta: a absorção de um "prejuízo provável", uma perda provável em exercício futuro, "uma eventualidade", e por isso que regularmente não é o estatuto que a constitui, senão a Assembléia Geral, mediante justificativa da proposta dos órgãos da administração. Proposta cujos fundamentos devem ser "objetivamente expostos, de modo a afastar qualquer decisão subjetiva, baseada apenas em receios não fundados em fatos comprováveis, ou em simples opiniões (Nilton Latorraca, *Comentários*, v. 6º/88).

É assim que a doutrina exemplifica os casos de reserva de contingência, mais comuns como "as perdas prováveis" decorrentes "de

ações judiciais", casos em que a constituição da reserva deve "ser acompanhada de parecer de jurista especialista na matéria" que não seja empregado da companhia (Nilton Latorraca, ob. cit., cod. 1). Ou "pendências fiscais e judiciais, oscilações do preço de mercado de valores mobiliários integrados no ativo social, sinistros não cobertos ou insuficientemente cobertos por seguro, além de outros" (Américo Oswaldo Campiglia, *Comentários*, art. 195, 1978, p. 230).

Ora, não fez a ré prova de que deu cumprimento ao citado art. 194, e indenizações trabalhistas bem como o pagamento de benefícios *post mortem* não têm o caráter de eventualidade e não são excepcionais. Trata-se de despesas certas, não propriamente prováveis, eventuais, e para as quais, sendo mensuráveis, pelo menos em média, é recomendável, quanto a elas, a constituição de um "fundo", tal como sugere Américo Oswaldo Campiglia (ob. cit., cod. 1.).

Sendo assim, a constituição de tal reserva trouxe detrimento para a distribuição de dividendos aos acionistas.

Quanto à reserva de "lucros a realizar" a perícia demonstrou que poderiam a ela ser levadas quantias superiores (fls. 649).

Dá-se, assim, provimento parcial à apelação para que se incluam no cálculo dos dividendos, a que faz jus a apelante, as quantias correspondentes à redução que sofreu, em razão da referida retenção, os quais serão objeto de execução.

Custas e honorários de advogado compensados, em razão da sucumbência recíproca.

Rio de Janeiro, 28 de dezembro de 1984 – Enéas Marzano, pres. com voto – Ebert Chamoun, relator – Émerson Santos Parente, vencido, com a seguinte declaração de voto: Fiquei vencido porque, *data venia* da douta maioria, acolhia o agravo retido, para julgar a autora carecedora da ação, pagando ela as custas e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da causa, e negava provimento à apelação, para julgar-se improcedente a ação, com as cominações preconizadas na sentença apelada.

A apelante pretende a anulação de deliberações de Assembléias Gerais das apeladas, sob a alegação de que elas obraram em detrimento do direito do acionista minoritário de ser remunerado pela distribuição de dividendos mais condignos de acordo com os lucros das companhias.

Acontece que a apelante alienou sua participação societária em 14.03.79, fls. 104-108, antes da data em que foram realizadas as Assembléias (27.03.79), fls. 125 e 126, ajustando com os adquirentes que os dividendos que viessem a ser distribuídos, referentes ao exercício social de 1978, lhes deveriam ser transferidos (item 6º do contrato – fls. 105).

Portanto, quando da realização das Assembléias que deliberam sobre os dividendos a serem pagos, a apelante não era mais acionista das apeladas. O que tinha ela era um contrato com quem lhe havia adquirido as ações. Assim, se a apelante já não era mais acionista, não possuía, sequer, condições de, nas Assembléias Gerais, participar das deliberações (art. 126, § 4º, da Lei nº 6.404/76). A sociedade é uma pessoa distinta da dos sócios. A companhia não participa diretamente dos negócios de compra e venda de ações de sua emissão. A ela cumpre, apenas, proceder ao registro das transferências, quando for o caso.

Contudo, não obstante a regra de que nenhuma lesão ao direito individual poderá deixar de ser examinada pelo Poder Judiciário, no caso vertente, o que se verifica é que falta para a apelante a qualidade fundamental para legitimar a propositura da demanda, ou seja, a de acionista.

No tocante ao mérito, mantinha a sentença apelada, por seus próprios fundamentos.

É que, no meu entender, a decisão *a quo*, após segura apreciação da prova dos autos, deu à demanda a solução que se impunha, face às questões enfocadas no processo e as normas legais e contratuais aplicáveis à espécie.

Alega-se na inicial da ação, como *causa petendi*, a ocorrência de irregularidades na distribuição de dividendos a que tem direito a autora.

Acontece que essas alegações não ficam comprovadas na prova técnica, consistente em perícia contábil, como evidencia o laudo do perito do juízo, em firmes respostas aos quesitos pertinentes (fls. 377 e ss.).

Como bem ficou salientado na decisão recorrida, o perito arrematou seu laudo afirmando que, com base nas demonstrações financeiras das rés para os exercícios encerrados em 31.12.77 e 1978, bem como nas análises efetuadas para resposta aos quesitos, os dividendos distribuídos por elas atenderam ao disposto nos seus estatutos, segundo o

qual é "assegurado aos acionistas um dividendo obrigatório de 25% do lucro líquido da sociedade, ajustado nos termos do art. 202 da Lei nº 6.404, de 15.12.76" (fls. 398, 399 e 397).

Há que considerar, finalmente, em reforço da fundamentação da sentença apelada, que a pretensão postulada na ação se baseia, na verdade, em ilegalidade de normas dos estatutos das rés, a ensejar as apontadas irregularidades na distribuição de dividendos aos acionistas.

Mas tais irregularidades não se verificaram, como informa a perícia, e, se tivessem ocorrido, seria tardia e inoperante qualquer argüição nesse sentido, desde que ao acionista dissidente da deliberação da Assembléia, no tocante à alteração de dividendos obrigatórios, a lei assegura o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor de suas ações, se o reclamar à companhia, no prazo de 30 dias contados da publicação da ata da Assembléia Geral (arts. 45, 136, IV, e 137 da Lei nº 6.404, de 15.12.76), ou quando, ainda ostentando a condição de acionista, pleitear a nulidade da Assembléia, violadora da lei ou do estatuto (art. 286 da Lei das Sociedades Anônimas).

Ora, a autora, durante todo o tempo que integrou as companhias rés, jamais ofereceu qualquer impugnação aos estatutos das mesmas, não lhe sendo possível pois, quando já esgotado o prazo que a lei confere, pretender cogitar do exercício de direito, já perempto, notadamente quando já não exercia, sequer, a condição de acionista.

Atende-se, finalmente, que nos contratos relativos à venda das ações de que se trata, ressalvou-se o direito de a autora perceber os dividendos dessas ações, relativos ao exercício social de 1978, o que era e é legalmente possível, mas a ela não foi assegurado o direito de, sem ser acionista, impugnar a validade de normas estatutárias ou deliberações de Assembléia de companhias, de que não faz parte, porque tal convenção, nesse sentido, seria inaceitável, por ofensiva à lei que rege a espécie, desde que somente os sócios ou seus representantes legais, comprovando a qualidade de acionistas, podem votar nas Assembléias (art. 94 e seu § 4º da Lei nº 6.404/76).

Acresce que, como se vê dos documentos a fls. 194 e 238, a autora, a 30.03.79, deu plena, rasa e geral quitação dos dividendos, cuja diferença ora reclama das mesmas.

Cuida-se, pois, de ato jurídico perfeito e acabado, sem ressalva alguma e conseqüentemente apto a produzir os seus efeitos, tanto mais

que nada se alega quanto à existência de vício de vontade na formação daqueles documentos.

Observe-se, ainda, o que é de fundamental importância no deslinde da presente controvérsia, que na data daquela quitação (30.03.79) já a autora tinha ciência através das publicações dos editais de convocação das Assembléias realizadas em 27.03.79, inseridas no *Diário Oficial* de 19, 20, 21.03.79 e *Jornal do Commercio* de 6, 7 e 8 desse mês e ano, das proposições que nela seriam examinadas, no tocante à destinação dos lucros líquidos e distribuição de dividendos, no exercício de 1978.

Resulta desse fato que a autora, quando deu quitação dos dividendos de suas ações, já estava inteirada que esses dividendos seriam os decorrentes dos dados emergentes das proposições às assembléias das quais era conhecedora (fls. 43).

Tenho, pois, que os fatos acima expostos, em confronto com as normas legais e contratuais pertinentes à espécie, conduzem à firme conclusão de que, realmente, não pode prosperar a pretensão deduzida na presente ação, consoante bem concluiu a sentença apelada.

Impunha-se, assim, ao ver, o desprovimento da apelação.

Essas as razões de minha divergência.

ACÓRDÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos dos embargos de declaração na apelação cível 33.512, em que é embargante Sul América Terrestres, Marítimos e Acidentes: Acordam os Juízes que integram a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão de 09.04.85, por unanimidade, em rejeitar os embargos.

O acórdão deu provimento parcial à apelação porque entendeu que a constituição da reserva de contingência trouxe detrimento para a distribuição de dividendos aos acionistas.

Deixou, porém, de assim entender quanto à reserva suplementar, porque a perícia concluiu no sentido de que tal retenção foi feita depois de calculado o montante do dividendo a ser pago aos acionistas.

Pretende o embargante que se afirme, à guisa de esclarecimento, que 25% (percentagem assegurada aos acionistas) do valor das reservas de contingência devam ser distribuídos a título de dividendo obrigatório.

Rejeitam-se os embargos. É evidente, e isso o próprio embargante acentua, que, se a reserva de contingência foi legalmente prevista, e

trouxe prejuízo para os acionistas, têm estes direito à percentagem contratualmente pactuada sobre o valor da referida reserva.

Rio de Janeiro, 16 de abril de 1985 – Ebert Chamoun, pres. e relator.

ACÓRDÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos dos embargos de declaração na apelação cível 33.512, em que é embargante Sul América Cia. Nacional de Seguros: Acordam os Juízes; que integram a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão de 09.04.85, por unanimidade, em receber os embargos.

Estes embargos visam a que se supra omissão existente no acórdão, que, negando provimento ao agravo retido, deixou de se pronunciar acerca da carência de ação e da prescrição.

Recebem-se os embargos. As preliminares de carência de ação e de prescrição do direito de ação devem ser rejeitadas. O acórdão implicitamente as rejeitou.

Não há carência de ação pelo fato de a embargada, autora da ação, haver subscrito o instrumento de fls. 238 no qual dá plena, geral e rasa quitação dos dividendos creditados relativos ao exercício de 1978.

Evidentemente, deu a autora quitação das quantias recebidas, não das que tem o direito de receber em razão da ilegalidade da constituição da reserva em apreço.

A ação não prescreveu. As deliberações, que a autora pretendeu anular, datam de 27.03.79 (fls. 43-48). Ora, a autora interpelou judicialmente assim a Sul América Cia. Nacional de Seguros como a Sul América Terrestres, Marítimos e Acidentes Cia. de Seguros em maio/80. Demais, e sobretudo, o pedido, inserto na presente ação ordinária (que não é proposta por acionista, dado que a autora havia vendido as suas ações), não é de anulação de tais Assembléias, senão de cobrança de quantia correspondente à diferença de dividendos, que lhe não foi paga (fls. 37 e 38). Acresce ainda a circunstância de a ação em apreço ter sido ajuizada em 23.03.81.

Rio de Janeiro, 16 de abril de 1985 – Ebert Chamoun, pres. e relator.

Unibanco

(*RT*, 580/197)

1.

Ao reformar a legislação do anonimato em 1976, o legislador preocupou-se, sobretudo, com objetivos políticos maiores, de macroeconomia.

Sob a égide de uma Constituição Federal que preconizava um regime capitalista de livre empresa e iniciativa privada, a realidade fática apresentava a empresa privada nacional asfixiada entre as potências da empresa multinacional – que não é, genuinamente, nacional – e a empresa estatal – que não é, genuinamente, privada.

O objetivo maior da Lei nº 6.404/76, expressamente declarado e decantado, consistia e consiste em estabelecer um mecanismo jurídico apto a propiciar o fortalecimento da empresa genuinamente privada e nacional. Para facilitar a consecução desse objetivo, o legislador sentiu a necessidade de armar um esquema supostamente capaz de atrair os investidores para o mercado de ações. Tal esquema inclui o estabelecimento de normas mais eficientes e eficazes para disciplinarem a conduta dos administradores e dos controladores de companhias, e maior proteção aos investidores, que se tornam acionistas minoritários.

2.

O poder de controle, numa sociedade anônima, como em qualquer outra situação, encerra grande potencial de abuso e manipulação, quando mal empregado. E a realidade fática demonstrava a existência de tais abusos e manipulações na vida das sociedades anônimas.

3.

Uma das situações especialmente propícias a manipulações e abusos ocorre em casos de alienação de controle acionário. O acionista

minoritário não possuía – como ainda não possui – o direito de retirada quando o acionista controlador decidia alienar o controle da companhia. A lei anterior não disciplinava o assunto. A jurisprudência, num país de "civil law", manifesta-se muito relutante em "construir" uma doutrina sem o respaldo de uma lei prévia. O conceito de lei, num país "civil law", tende a ser tremendamente formal. A teoria pura do Direito, de Hans Kelsen – possivelmente mal interpretada – lançou raízes definitivas em nossa ciência do Direito.

4.

Em seu capítulo XX, a Lei nº 6.404/76, inovando o nosso direito societário, cuidou das sociedades coligadas, controladoras e controladas. E, na seção VI, procurou disciplinar a alienação de controle.

Ao fazê-lo, o legislador optou por duas discriminações. Primeira: as normas da seção VI do cap. XX só se aplicam às companhias abertas, ou seja, aquelas cujos valores mobiliários estejam admitidos à negociação em bolsa ou no mercado de balcão (v. Lei nº 6.404/76, art. 4º, e Lei nº 6.385/76, arts. 2º e 21, § 4º, e resolução Bacen nº 922, de 15.05.84). Segunda: são tratadas de forma diferente as companhias que dependem e as que não dependem de autorização para funcionar.

5.

Comparato critica a primeira discriminação acima apontada, com as seguintes indagações: "por que prever a tutela dos acionistas minoritários apenas nas cessões de controle de companhias abertas, em que existe liberdade de circulação das ações no mercado de capitais? Não é, justamente, nas companhias fechadas que o minoritário, muito mais freqüentemente, se encontra bloqueado, sem ter outro comprador para as suas ações senão o próprio controlador, que costuma oferecer, por elas, um preço vil?" No caso específico das companhias que dependem de autorização para funcionar, o mesmo autor afirma: "o legislador parece haver ignorado que o interesse em causa, neste campo, não é, especificamente, o dos investidores no mercado de capitais, e sim o interesse público em sentido amplo."[1]

[1] COMPARATO., Fábio Konder, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Rio, Forense, 1983, ps. 247 e 255.

6.

6.1. – Quanto à segunda discriminação aludida sob o nº IV acima, algumas justificativas podem ser ensaiadas.

6.2. – Antes de mais nada, registrem-se as diferenças de tratamento:

Art. 254	Art. 255
1. Companhias não sujeitas à autorização do governo para funcionar.	1. Companhias sujeitas à autorização do governo para funcionar cujas ações sejam, por força de lei, nominativas ou endossáveis.
2. Necessidade de prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários.	2. Necessidade de prévia autorização do órgão competente para aprovar a alteração do estatuto da companhia.
3. Exigência de tratamento *igualitário* aos acionistas.	3. Exigência de tratamento *eqüitativo* aos acionistas.

6.3. – Observe-se, *en passant*, que nenhum dos dispositivos se refere, explicitamente, a ações votantes.

No entanto, antes mesmo que a Lei nº 6.404/76 entrasse em vigor, o que só ocorreu sessenta (60) dias após a sua publicação em 15.12.76, o Banco Central do Brasil, à guisa de regulamentar o seu art. 254, baixou a Resolução nº 401, de 22.12.76, restringindo o conceito de acionistas minoritários e excluindo do seu campo de abrangência os minoritários não votantes. Tal Resolução é criticada por Carvalhosa.[2] E merece encômios de Comparato.[3]

Até a época em que escrevemos este trabalho, não havia sido questionada na Justiça brasileira a constitucionalidade da Resolução Bacen nº 401/76. E refoge aos seus objetivos dissertar sobre esse tópico específico.

---

[2] CARVALHOSA, Modesto, *Oferta Pública de Aquisição de Ações*, Rio, IBMEC, 1979, ps. 126/127.

[3] COMPARATO, Fábio Konder, ob. cit., ps.247/249.

6.4. – A diferença de tratamento entre as companhias que dependem e as que não dependem de autorização do governo para funcionar poderia ser justificada com o desenvolvimento das seguintes ponderações. Supostamente, a autorização para funcionar só é exigida para aquelas empresas que se ligam mais diretamente ao interesse público e à economia popular. As alienações de controle, nesses casos, envolvem, conseqüentemente, de forma mais marcante, o interesse público e interessam mais de perto à economia popular. Ademais, a autorização é dada à sociedade, e não ao acionista controlador.

A exigência de um tratamento igualitário deve ceder a conveniências de ordem pública para facilitar a transação, apesar da explicitada preocupação com o acionista minoritário.

Embora a Comissão de Valores Mobiliários seja um órgão público (uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Fazenda – Lei nº 6.385/76, art. 5º), ninguém melhor que o próprio órgão governamental que concedeu a autorização para funcionamento para avaliar, apreciar e autorizar a alienação de controle.

Outras explicações poderiam ser aventadas para justificar essa diferença de tratamento. E algumas já foram abordadas por outros autores. Mas a própria inteligência do leitor poderá suprir a deficiência dessas explicações.

7.

Dentre as companhias que dependem de autorização governamental para funcionar destacam-se os bancos, cuja atividade se reveste de inegável interesse público, precisamente por afetar de forma tão profunda a economia popular.

8.

Nas alienações de controle de companhias bancárias abertas aplica-se, pois, o art. 255, e não o art. 254 da Lei nº 6.404/76.

A Resolução Bacen 401/76, acima referida, em seu item XXI, ressalva e esclarece que "a alienação de controle da companhia aberta que dependa da autorização do Governo para funcionar obedecerá ao disposto no art. 255 da Lei nº 6.404, de 15.12.76, aplicando-se, *subsidiariamente*, as normas desta Resolução".

9.

O tratamento eqüitativo, referido no art. 255 da Lei nº 6.404/76 deve ser assegurado ao acionista minoritário mediante simultânea oferta pública para a aquisição de suas ações *ou* o rateio, por todos os acionistas, dos *intangíveis* da companhia, inclusive a autorização para funcionar (art. 255, § 1º). Se a compradora do controle pretender incorporar a companhia, ou com ela se fundir, o tratamento eqüitativo será apreciado no conjunto das operações.

Os *intangíveis* referidos no art. 255 (aviamento) incluem os valores representativos do privilégio, que é a autorização para funcionar. Tal autorização é concedida à companhia, e não ao acionista controlador.

10.

Como esclarece Roberto Papini, "em face da doutrina e das manifestações da própria Comissão de Valores Mobiliários, na alienação de controle da companhia aberta que depende de autorização para funcionar, se acaso ocorrer a venda dos *intangíveis* ou se houver incorporação, os valores relativos aos *intangíveis* deverão ser rateados entre todos os acionistas não controladores, com ou sem direito a voto, ou então levados em consideração quando da relação de troca ou substituição da ação (em caso de incorporação)".[4]

Observe-se, aqui, que, se a alienação de controle não gera o direito de retirada (nº 3, *supra*), a deliberação da assembléia geral extraordinária que aprovar a incorporação da companhia em outra gerava esse direito (Lei nº 6.404/76, art. 137 c.c. o art. 136, VI).

11.

Caso envolvendo a matéria em tela foi decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.[5]

Maurício de Andrade Ramos era portador de 21.904 ações preferenciais do Banco Mineiro S/A. O controle acionário do Banco Minei-

---

4 PAPINI, Roberto. *Sociedade Anônima e Mercado de Valores Mobiliários*, Rio, Forense, 1987, p. 383.

5 TJRJ, ap. nº 27.554, *in: Revista dos Tribunais*, 580: 197-201 (fev. 1984).

ro S/A foi alienado à União de Bancos Brasileiros S/A – Unibanco. Em seguida, o Unibanco incorporou o Banco Mineiro S/A.

Segundo consta do texto do acórdão, Maurício não exerceu o direito de retirada no prazo decadencial de trinta (30) dias quando a assembléia geral extraordinária do Banco Mineiro S/A deliberou a incorporação deste no Unibanco. Note-se, de passagem, que o *dies a quo* desse prazo é a data da publicação da ata da assembléia geral, e não a data da realização desta, como sugere o acórdão.

Ainda segundo o acórdão, Maurício recebeu as novas ações do Unibanco sem qualquer protesto ou ressalva de seu número – quatro ações preferenciais do Unibanco por uma do Banco Mineiro S/A.

Posteriormente, postulando sua condição de acionista minoritário e seu direito à percepção da diferença entre o valor atribuído na incorporação às suas ações e o valor da oferta pública e pago pelas ações ordinárias com direito de voto, ajuizou ação contra o Unibanco para reclamar os intangíveis. Todavia, no decorrer da ação, e na expressão do Tribunal, "longe de postular a apuração dos alegados intangíveis em perícia que seria indispensável para tal fim, postulou o julgamento antecipado da lide". Maurício não se preocupou em produzir prova contrária à alegação do Unibanco de que na entrega de quatro ações preferenciais novas em substituição a cada ação do Banco incorporado já estariam incluídos os valores *intangíveis*.

A Corte destaca, ainda, que a inicial não era bem clara sobre a real intenção de Maurício, que parecia desejar receber a mesma quantia paga pela compra das ações ordinárias, mas continuar proprietário de suas ações.

É curioso observar que Fábio Konder Comparato, que apresentara parecer favorável a Maurício nos autos, é invocado no acórdão, sem maior preocupação com a precisão na citação bibliográfica, para excluir o autor do conceito de acionista minoritário. O Tribunal atribuiu à doutrina de Comparato a afirmação de que só é acionista minoritário, para o efeito previsto no art. 255 da lei acionária, "o portador de ações ordinárias com direito a voto que, todavia, não participa da maioria controladora, igualmente portadora de ações ordinárias com o direito a voto permanente". Esse não é, entretanto, o pensamento de Comparato.

Comparato, depois de demonstrar que "a expressão 'acionistas minoritários' não é unívoca na lei", esclarece, textualmente, comentando o art. 255 da Lei nº 6.404/76: "quando a cessão de controle é reali-

zada como primeira etapa de uma operação mais vasta, de transferência ao novo controlador de todo o acervo empresarial, por meio de incorporação, por exemplo, é absolutamente antijurídico atribuir ao cedente a totalidade do ágio correspondente ao aviamento empresarial. Seria isto privar os não controladores de seu direito individual de participação no acervo da companhia (art. 109, II) (...). Nessas condições (...), as operações devem ser apreciadas em seu conjunto (art. 255, § 2º) e *todos acionistas – com ou sem direito de voto – têm direito ao rateio dos intangíveis*".[6]

Ademais, nem mesmo a Resolução Bacen 401/76 estabelece a distinção – efetuada pelo Tribunal – entre ações ordinárias e ações preferenciais. A Resolução Bacen 404/76 – regulamentadora das alienações de controle das companhias sem necessidade de autorização para funcionar, e só aplicável subsidiariamente nas hipóteses do art. 255 da Lei nº 6.404/76 – só faz distinção entre ações votantes e ações não votantes. Não distingue entre ações ordinárias e ações preferenciais. As ações preferenciais podem ser votantes ou não. E, na omissão do estatuto a respeito, terão o direito de voto, a não ser que se revistam na forma ao portador.

Um outro reparo que se pode fazer ao acórdão diz respeito à sua afirmação textual de que "a pretensão de Maurício esbarraria no obstáculo inafastável de que não seria possível determinar a aquisição compulsória das suas ações preferenciais pelo Unibanco, uma vez que essa determinação não é admissível sem a desconstituição dos atos administrativos de autorização e aprovação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários". *Data venia*, não percebemos esse efeito. O "obstáculo inafastável" só poderia ser fático, no sentido de, potencialmente, frustrar os atos administrativos referidos, apenas nos seus efeitos. Decisão no sentido de determinar a aquisição compulsória das ações preferenciais posteriormente à incorporação não apenas contrariaria, em princípio, o art. 30 da Lei nº 6.404/76, como poderia provocar uma reação em cadeia de todos os demais acionistas preferenciais, com base num precedente incorreto. A aquisição compulsória de ações do Banco incorporando pelo Banco incorporador, se pleiteada no tempo oportuno, não encontraria nenhum óbice legal e não teria o condão de desconstituir os atos administrativos de autorização e apro-

---

6 COMPARATO, Fábio Konder, ob. cit., ps. 244, 250 e 251.

vação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários.

Apesar de tudo, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi sábia e justa em sua conclusão. Para demonstrar isso, valemo-nos da lição precisa e clara de Fran Martins em seu comentário ao art. 255 da Lei nº 6.404/76. Para ele, na hipótese em tela – se houver oferta para ulterior incorporação – "não se trata, em última análise, de alienação de controle, mas de incorporação de uma sociedade, cujo ato inicial é a aquisição, pela incorporadora, da maioria das ações da sociedade a ser incorporada, sendo garantido aos acionistas, que não quiserem fazer parte da incorporadora, o reembolso de suas ações, não apenas pelo valor patrimonial das mesmas, mas incluídos nesse valor os intangíveis da sociedade, o que se obterá calculando o valor de cada ação pelo que a incorporadora pagou, ao adquirir o controle da incorporada, aos acionistas desta".[7]

Não poderia ser mais clara a lição do mestre cearense. E, aplicada ao caso em foco, abona a conclusão do Tribunal.

O acionista da companhia incorporada deve decidir se quer se retirar da sociedade antes da incorporação e, nesta hipótese, exercer o direito de recesso no prazo legal, recebendo o reembolso, nele incluído o valor dos intangíveis, *ou* decidir por se tornar acionista da companhia incorporadora. Uma decisão exclui a outra.

No caso em questão, o autor preferiu não exercer o direito de recesso para, depois, já acionista da companhia incorporadora, pleitear isoladamente os intangíveis. Note-se que o pedido não foi formulado no sentido de questionar a distribuição de ações da sociedade incorporadora – quatro ações preferenciais do Unibanco por uma ação do Banco Mineiro S/A. Uma leitura atenta do julgado revela que ele pretendia, exclusivamente, receber os intangíveis. Essa circunstância, aliada à informação de que o acionista não se preocupou em produzir prova contrária à alegação do Unibanco de que na entrega de quatro ações preferenciais em substituição a cada uma ação do Banco Mineiro S/A já estariam incluídos os valores intangíveis, abona a conclusão do Tribunal. E justifica a sua afirmação de que o acionista insatisfeito queria, na realidade, não um tratamento eqüitativo, mas privilegiado.

[7] Fran, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Rio, Forense, 1979, vol. 3, ps. 351/352 (comentário ao art. 255).

OBSERVAÇÕES

Os dois casos a seguir apresentados, – Mofarrej e Emgad-Tamandaré – alinham-se entre as grandes contribuições da Jurisprudência brasileira para o estudo do Direito Societário, pela riqueza de detalhamento, erudição e abordagem analítica que receberam do Poder Judiciário.

Para o estudante de Bacharelado, eles são particularmente complexos, porque envolvem, também, a citação de textos do Código de Processo Civil de 1939 e do Decreto-Lei nº 2.627 de 1940. Recomenda-se, pois, que, numa primeira abordagem, sejam lidos de forma compreensiva, sem maior preocupação com a terminologia e os reveses processuais.

Mofarrej

(*RT*, 433/304)

SOCIEDADE POR AÇÕES – Dissolução – Sociedade que não mais preenche seus fins – Ação ajuizada por acionista titular de mais de um quinto do capital social – Direito reconhecido – Aplicação do art. 138, "b", do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940.

SOCIEDADE POR AÇÕES – Sociedade que deixou de desempenhar seus objetivos – Irregularidades graves e atos violadores da lei e dos estatutos praticados pelos diretores a dano de grupo minoritário de acionistas – Falta de distribuição de dividendos por longos anos – Desvio de dinheiro mediante artimanhas – Doação vultosa homologada por pseudo-assembléia – Não inclusão de imóveis locados no ativo imobilizado.

SOCIEDADE POR AÇÕES – Dividendos – Falta de distribuição durante muitos anos, com prejuízo para grupo minoritário de ações – Inadmissibilidade – Aplicação do art. 78, "a", do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940.

SOCIEDADE POR AÇÕES – Assembléia geral – Ato juridicamente inexistente – Assinatura dos acionistas não no livro próprio de presença mas em folha avulsa.

SOCIEDADE POR AÇÕES – Administração – Irregularidades – Propriedade agrícola valiosa – Prejuízos contínuos sem justificação conveniente da contabilidade.

SOCIEDADE POR AÇÕES – Conselho Fiscal – Parecer favorável emitido por seus membros em indevida doação – Responsabilidade solidária com os diretores.

Vistos etc.*

1. Trata-se de uma ação ordinária de dissolução de sociedade intentada por José Mofarrej contra a Organização Mofarrej S.A. – Agrí-

* Sentença proferida pelo Juiz designado para funcionar na ação de dissolução de sociedade proposta por José Mofarrej contra a Organização Mofarrej S/A (2ª Vara Cível de São Paulo).

cola e Industrial, cumulada com pedido alternativo de nulidade de assembléias e de atos praticados por seus diretores Hassib Mofarrej e Nassib Mofarrej, por atos fraudulentos praticados na administração da sociedade. A título de integração à lide pediu-se a citação dos membros efetivos do Conselho Fiscal da sociedade, que emitiram pareceres sobre os assuntos focalizados na demanda, a saber, Jurandir Scarcela Portela, Serafim Elias, Elpídio Reali, Yared Fayes, Halim Habib Cury e Avedis Apovian.

A petição inicial, em síntese, diz o seguinte: a Organização Mofarrej é uma sociedade fechada, tendo como interessados o espólio de Miguel Mofarrej, chefe da família, ao qual ainda não foram atribuídas as ações a que tem direito, e os três filhos varões, Hassib Mofarrej, Nassib Mofarrej e José Mofarrej, que são os únicos acionistas verdadeiros, não obstante virem comparecendo nas assembléias ordinárias e nas extraordinárias de aumento de capital, efetivados sempre com reservas ou recursos da própria empresa e mediante reavaliações impostas pela legislação fiscal, amigos indicados pelos três irmãos e que têm sido cognominados "acionistas simbólicos", com um contingente de cerca de 22% de ações ao portador, deixadas sempre nos cofres da sociedade, dando ainda esses presta-nomes ressalva consistente em recibos de venda com o nome do comprador em branco, a serem utilizados pelos irmãos e verdadeiros acionistas quando oportuno. Tendo surgido um desentendimento entre os irmãos mais velhos Nassib e Hassib e o mais moço, José, referente ao balanço de 1963 e fracassados os esforços de amigos no sentido de José se retirar recebendo pagamento razoável pelas suas ações, ajuizou este um pedido de medidas cautelares e preparatórias, inclusive exibição integral de livros, em 29.03.1965, distribuído a este Juízo. No referido processo, os requeridos confessaram parcialmente o pedido, declarando que José era portador de 16,6% das ações da empresa e exibiram as respectivas cautelas, sem qualquer ressalva. E a decisão proferida reconheceu-lhe o direito a ações que superam 20% do capital da sociedade, sendo certo ainda que o despacho de sustentação lembrou o direito de José à participação na cota de seu pai. Pelas decisões proferidas, competia mais a José uma participação correspondente a 16% no contingente de cerca de 22% de ações dos chamados "acionistas simbólicos"; pelos cálculos dessa participação sua cota no capital se eleva para 20,83%, ficando assim satisfeito o pressuposto do art. 138, "b", do Decreto-Lei nº 2.627, de

26.09.1940 para a propositura desta ação. No memorial de primeira instância e na contraminuta do agravo de instrumento interposto pelos requeridos naquele processo, são enumerados e analisados atos fraudulentos na administração da sociedade, com o desvio de bilhões de cruzeiros velhos, atos de prepotência e abuso de poder, fatos e atos praticados pelos dois referidos diretores, com o propósito de prejudicar e aniquilar o autor como acionista minoritário. Reiterou este alegação anterior, no sentido de que Nassib e Hassib desviaram cerca de dois bilhões de cruzeiros velhos, representada por títulos cambiários e de outra natureza, pertencentes à sociedade e por eles guardados em cofres alugados no Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais S.A. e no Banco Federal Itaú S.A. Tais cofres foram lacrados para serem abertos em presença daqueles diretores e fazer-se a relação de todos os valores ali existentes, a fim de verificar o que pertencia à sociedade. Diante da reclamação dos requeridos, essa medida foi posteriormente revogada por despacho judicial, ensejando recurso de agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça do Estado, que, por maioria de votos, manteve a decisão recorrida. Interposto recurso extraordinário, dele não conheceu o STF, por entender que tratava-se de questão de prova e a lei deixava ao Juiz o arbítrio de concedê-la ou revogá-la. Ora, entendendo o Supremo que a medida era lícita, a veemência com que os réus a impugnaram demonstra a veracidade de que neles estava guardado um verdadeiro tesouro, representado por títulos pertencentes à sociedade. Para sustentar que eram providos de alta capacidade econômica, os réus alegaram ser possuidores, cada um deles, de mais de 800 milhões de cruzeiros velhos em títulos e valores mobiliários declarados ao Imposto de Renda. Como explicar a acumulação daquela imensa fortuna se Hassib e Nassib declararam, em seus depoimentos pessoais, que sua atividade era integralmente dedicada ao serviço da sociedade que dirigiam. Fatos posteriores estão a demonstrar que a riqueza por eles empilhada vai muito além daqueles dois bilhões: organizaram uma nova sociedade, a Cia. Mofarrej de Empreendimentos, com o capital de um bilhão de cruzeiros velhos, com as mesmíssimas finalidades e com sede no mesmo conjunto onde se acha a Organização Mofarrej S.A. Adquiriram um prédio em nome dessa sociedade sendo o preço declarado de 600 milhões de cruzeiros velhos. Tornaram-se cessionários de uma sociedade civil, a Cleita – Cedro do Líbano Empreendimentos Ltda., proprietária do prédio onde funcionou o colégio "Des Oiseaux". Acabam de adqui-

rir a quase totalidade das ações do Banco Metrópole de Descontos, assumindo a sua direção. Passaram a ser grandes acionistas da sociedade Duracour S.A., Hassib com 64 milhões e Nassib com 198 milhões de cruzeiros velhos. É de perguntar: de onde brotaram esses bilhões e tantos milhões de cruzeiros? A Organização Mofarrej somente agora resolveu, pela primeira vez, distribuir dividendos, e ainda assim na base de 6% por ação, a serem pagos em duas parcelas, conforme deliberação da assembléia de 29.04.1966. Por tudo isso se evidencia que os grandes negócios que estão monopolizando os dois diretores estão sendo financiados pelos lucros não contabilizados da sociedade. Uma das formas de desvio de lucros é a outorga de escrituras de venda de imóveis por preços inferiores aos reais. No processo de exibição de livros foram relacionadas 57 escrituras de venda de terrenos, totalizando dois bilhões e 300 milhões de cruzeiros velhos, efetuados num período de apenas 10 meses, apresentando grandes disparidades de preço, encobrindo sonegação da parte mais substanciosa paga pelos adquirentes. Exemplo disso foi a venda de determinado terreno, vendido a 7.000 cruzeiros velhos o m2, ao lado de outros vendidos a 35 e 36.000 cruzeiros velhos; declarou-se na escritura que aquele preço fora assim reduzido porque nesse lote havia uma lagoa. Entretanto, peritos da Polícia Técnica, especializados em levantamento de locais, fotografaram essa quadra de 12 ângulos diversos e não encontraram o menor sinal de lagoa. Um negócio que forneceu vultoso numerário encontra-se no depósito de Cr$ 269.863.242,00 (cruzeiros velhos) na Caixa Econômica Estadual, a crédito da Organização Mofarrej S.A., como pagamento do débito da empresa Grassi S.A., proveniente da aquisição de um imóvel situado à R. Othão, em Vila Leopoldina. Essa importância foi sacada num curto período de sete dias e a escrituração da sociedade não esclareceu sobre a sua aplicação em negócios sociais. Um sumidouro de dinheiro é representado pelas Fazendas Reunidas Santa Lúcia, localizadas no município de Xavantes, neste Estado, formando um todo pertencente à Organização Mofarrej. Consoante os balanços dos exercícios de 1960 a 1966, não houve um ano em que essas fazendas não dessem prejuízos, somando os mesmos, em números redondos, em cerca de 900 milhões de cruzeiros velhos. Ora, a soma total dos lucros registrados pela Organização, nesses sete exercícios, foi apenas de 790 milhões. Não é crível que esses imóveis, constituídos de terras de primeira qualidade, com lavoura de café em bom estado, além de cultura de cereais

e grande rebanho de gado *vacum*, em ano algum tenham apresentado qualquer lucro, registrando prejuízos constantes, atingindo 400 milhões de cruzeiros velhos no exercício de 1966. E há um caso anômalo na exploração dessa fazenda, representado pelo instrumento particular de comodato de 130 alqueires de terra, concedido a Nassib Mofarrej para o plantio de cana-de-açúcar. Consta desse documento que a Organização poderia colaborar na formação e desenvolvimento da lavoura de cana, fornecendo administração, mão-de-obra e material de transporte, devendo as despesas serem cobradas oportunamente. O perito indicado pelo autor não conseguiu elucidar a razão dos prejuízos dados pelas fazendas. Ponto alto da fraude, atingindo todas as características de falsidade, é o caso da pseudo-assembléia extraordinária de 08.10.1964, que, realmente, não se realizou, impondo-se a decretação de sua nulidade e de tudo quanto na mesma se deliberou. A esse respeito, o despacho de sustentação mostrou indícios de apropriação indébita de 4.000 ações por parte de Nassib e Hassib. Por outro lado, foi ilegal a não inclusão, na reavaliação do ativo imobilizado, de todos os armazéns que vinham sendo explorados em regime de locação desde há muitos anos. E isso foi feito com o propósito doloso de impedir o aumento do número de suas ações, preparando-se a sua exclusão da sociedade, com reembolso apenas das antigas ações, com base no último balanço. No capítulo das ilegalidades está a doação feita ao Hospital Sírio-Libanês, sem prévia autorização da assembléia, que veio a ascender à importância de Cr$ 126.623.600,00 (cruzeiros velhos). Desse total, apenas Cr$ 270.000,00 teriam sido dados em dinheiro, sendo o restante em cheques. A administração fraudulenta da sociedade, a falta de distribuição de dividendos durante numerosos exercícios, culminando com o fingimento de distribuição realizada no último, sob a pressão das invectivas do autor, o abuso do princípio majoritário caracterizado pela prepotência dos dois diretores, que têm o absoluto controle acionário, torna impossível a realização dos fins sociais, pelo que a ação deveria ser julgada procedente, para efeito de ser decretada a dissolução e liquidação da sociedade Organização Mofarrej S.A. – Agrícola e Industrial. Caso fosse preservada a existência dessa sociedade, deveriam ser declaradas nulas todas as assembléias realizadas, desde a de 08.10.1964, atendendo-se às reivindicações enunciadas no articulado inicial, reconhecendo-se que o autor tem direito a uma cota de 20,8% do capital acionário, que os diretores Hassib e Nassib reintegrem o pa-

trimônio social, repondo no mesmo os valores que desviaram; que indenizem a sociedade de todos os danos e prejuízos que causaram; e que se faça a reavaliação do ativo imobilizado de acordo com a legislação vigente, incluindo o vultoso patrimônio representado pelos armazéns sujeitos ao regime de locação.

A inicial veio acompanhada dos cinco volumes que compuseram o processo preparatório de exibição de livros e dos documentos de fls.

Com o aditamento de fls., o acionante esclareceu que o pedido de condenação dos réus Hassib e Nassib Mofarrej, a repor na sociedade tudo quanto indebitamente desviaram da mesma, incluía o pagamento de juros da mora, capitalizados e contados desde a época dos fatos ou atos ilícitos até o efetivo pagamento, nos termos dos arts. 962 e 1.544 do CC, sujeitando-se o quantum apurado à recuperação monetária, de acordo com jurisprudência do Tribunal de Justiça deste Estado.

Os réus contestaram a ação.

A Organização Mofarrej S.A., Hassib e Nassib Mofarrej apresentaram a contestação de fls., aduzindo, em resumo, o quanto segue. Primeiramente, traçaram um escorço histórico da família constituída pelo velho Miguel Mofarrej e sua vinda para o Brasil, com a subseqüente instalação em Irapé e o posterior desenvolvimento das atividades individuais de Nassib e Hassib Mofarrej até a fundação e desenvolvimento da Organização Mofarrej. Ao depois e preliminarmente, sustentaram que o autor ora carecedor do pedido de liquidação judicial da sociedade, visto como não era detentor de ações representativas de mais de 1/5 do capital social, sendo certo ainda que, no próprio processo preliminar, contentara-se em ser titular de 16,6% das ações, afastando a discussão sobre as restantes. Não era verdadeira a afirmativa de José, no sentido que a Justiça já lhe reconhecera o direito a mais de 20% das ações do capital social da Organização Mofarrej, como ficou assinalado no acórdão proferido no recurso interposto contra a sentença prolatada nos autos da medida preparatória. E, de igual forma, não era verdadeira a alegação segundo a qual os peritos apuraram, no exame dos livros, ser ele detentor de 20,83% do capital social, conseqüente a meros cálculos aritméticos. Salientaram, ainda, que a Organização Mofarrej, constituída em 14.09.1950, em seus 17 anos de existência, bem pode ser o retrato de uma empresa próspera. Desde a sua fundação, tem por objeto a construção, bem como a compra e venda de imóveis. De um capital inicial de Cr$ 3.000,00, tem hoje o de NCr$ 2.349.350,00, re-

servas no montante de NCr$ 438.012,16 e o seu aumento para NCr$ 4.000.000,00 está em via de efetivação. Distribuiu lucros a seus acionistas, em forma de ações, no valor total de Cr$ 2.022.033,00. No cumprimento de seu fim social, a Organização Mofarrej tem sua máxima expressão no planejamento, construção e realização do Centro Industrial Mofarrej, na Vila Leopoldina, nesta Capital. Guiada pela visão de Hassib e Nassib, a sociedade adquiriu da Light, no ano de 1952, uma área bruta de terreno no referido local, onde passava o antigo leito do Rio Pinheiros, e, através de obras de beneficiamento, criou as condições indispensáveis para a instalação de um moderno centro industrial, edificando cerca de meia centena de armazéns, onde instalaram-se importantes indústrias. Posteriormente o Governo do Estado desapropriou uma parte da área para ali instalar o Centro Estadual de Abastecimento – Ceasa. Como dizer-se que a sociedade não preencheu o seu fim? O autor não poderia reclamar contra a distribuição de dividendos, visto como esta é apenas uma das formas de distribuição dos lucros. A Organização Mofarrej não acumulou lucros: estes foram divididos entre seus acionistas, mediante sucessivos aumentos de capital, com bonificação de novas ações. Por outro lado, as irregularidades apontadas nos autos inexistiam. A devassa por ele feita nos livros da Organização Mofarrej não apurou a menor irregularidade. O patrimônio pessoal de Nassib e Hassib formou-se à custa do trabalho árduo, desde 1926. Um documento fornecido pela Prefeitura de Xavantes, datado de 1938, mostra que Nassib era ali comerciante desde aquela primeira data. Parte do considerável patrimônio pessoal por eles acumulado é que foi usado na formação do capital inicial da Organização Mofarrej, sendo que a outra parte continuou a ser manipulada em diversos negócios. O fato de dedicarem todo o seu tempo à Organização Mofarrej não significa que ali concentrem toda a sua atividade e não implica na impossibilidade de terem patrimônio próprio, derivado dos negócios desde os tempos de Xavantes. Agrupou o autor 57 escrituras de transações imobiliárias, apontando irregularidades: estas não foram apontadas sequer pelo perito do demandante. A vistoria unilateral procedida por José, para constatar a inexistência de uma lagoa em imóvel vendido pela Organização a terceiro, não tem qualquer valor probatório, visto como dela não participou a sociedade. O numerário existente na Caixa Econômica do Estado de São Paulo foi inteiramente aplicado nos negócios sociais. As Fazendas Reunidas Santa Lúcia constituem propriedade agrícola quase

que totalmente ocupada por cafezais: estes eram velhos e de baixa produtividade e vêm sendo substituídos por novos, de acordo com a melhor técnica. O ciclo de produção do café leva anos e os resultados serão compensadores. O autor não tem autoridade moral para impugnar os balanços de 1960 a 1963, pois, como diretor que era, assinou tais balanços. O contrato de comodato firmado entre a Organização e Nassib fora aprovado pela Assembléia Geral extraordinária de 29.04.1961 e beneficiara as fazendas, com ração proveniente dos ponteiros de cana produzidos por Nassib. Improcedia, também, a impugnação à assembléia de 08.10.1964: esta se realizara normalmente e o Livro de Presença dos acionistas fora ocultado por José. A explicação do incidente já fora dada e sobejamente provada. A não inclusão dos imóveis na reavaliação do ativo imobilizado calcara-se em ponderáveis opiniões técnicas. A doação feita ao Hospital Sírio-Libanês constituíra-se numa homenagem à memória de Miguel Mofarrej. Referido donativo, de fato, implicara diminuir os resultados da Organização Mofarrej nos exercícios de 1964 e 1965, mas não impediu que nesses mesmos exercícios a sociedade tivesse apreciáveis lucros. Nassib e Hassib declararam assumir inteira responsabilidade pela doação feita. Arrematararam salientando que a sociedade continua a se desenvolver, empreendendo aquisições e, recentemente, Nassib e Hassib propuseram à Assembléia Geral a elevação do capital social de NCr$ 2.349.350,00 para NCr$ 4.000.000,00. Aguardavam a improcedência da ação.

Por artigos de reconvenção, Nassib e Hassib pretendem se declare que José Mofarrej não é titular e proprietário de 16,6% de ações do capital social da Organização Mofarrej, figurando apenas como acionista em virtude da confiança que os reconvintes nele depositavam (cf. fls.).

Com a contestação e reconvenção vieram os documentos de fls.

Os membros do Conselho Fiscal, Jurandir Scarcela Portela, Serafim Elias, Elpídio Reali, Yared Fayes, Halim Abib Cury e Avedis Apovian, apresentaram a contrariedade de fls. (3º vol.). Sustentaram que, nos termos do art. 128 da Lei das Sociedades Anônimas, os fiscais podem ser responsabilizados pessoalmente por atos ou fatos ligados ao cumprimento de seus deveres. Mas, como é claro, os conselheiros só podem ser responsabilizados por atos pessoalmente praticados, não se lhes estendendo a responsabilidade por atos praticados pelos diretores, pessoalmente, pois a solidariedade, como é sabido, não se presume e só pode resultar de lei. De outra parte, o Conselho Fiscal não deve e nem

pode integrar a lide contra os seus diretores, ou até contra a própria sociedade. Órgão de mera opinião sem qualquer capacidade decisória, não sofre os efeitos da sentença a ser proferida na causa.

Após a réplica e impugnação da reconvenção (fls.), com juntada de documentos (fls.), seguiu-se nova manifestação dos réus Organização Mofarrej, Nassib e Hassib Mofarrej (fls.).

O feito foi saneado pelo despacho de fls., ensejando o agravo no auto do processo de fls., interposto pela Organização Mofarrej, Hassib e Nassib Mofarrej, regularmente tomado por termo (fls.).

Posteriormente, o autor requereu a citação das pessoas que participaram, como acionistas da Organização Mofarrej, na assembléia extraordinária de 12.04.1967, e que foi deferido (fls.). Referidas pessoas, que, de acordo com a relação de fls., são: José Cury, Elias Sãlhani, Yared Fayes, Abrahão Beyruti, Elpídio Reali, Alfredo Buzaid, William Daud, Abel Batista de Oliveira, Jayme Bartholo, Edgard Mello Filho, José Saad e Antonio Alcântara Farran, fizeram carrear para os autos as contestações de fls., foram excluídas da ação através do acórdão proferido na correição parcial impetrada contra o despacho que admitiu a integração à lide dos aludidos litisconsortes passivos (cf. fls., 6º vol.).

As partes louvaram-se em expertos de sua confiança, para efeito de perícia contábil e imobiliária, convergindo para os autos os laudos de fls. (4º vol.), (5º vol.), (6º vol.). Nomeados peritos desempatadores, apresentaram estes os laudos de fls. (7º vol.). Houve manifestação das partes sobre todos esses trabalhos.

Expediu-se precatória para a inquirição de três testemunhas arroladas pelo autor procedendo-se à oitiva de apenas uma delas, em vista da desistência manifestada pela parte interessada (cf. fls., 3º vol.). Documentos foram anexados no desenvolver da demanda.

Na audiência de instrução e julgamento, que se desdobrou em diversos dias, colheram-se os esclarecimentos do experto judicial engenheiro (fls.) – 9º vol. – tomou-se o depoimento pessoal de José Mofarrej (fls.), de Nassib Mofarrej (fls.), de Hassib Mofarrej (fls.), de Jurandir Scarcela Portela (fls.), de Serafim Elias (fls.) e de Avedis Apovian (fls.). Inquiriram-se duas testemunhas do autor (fls.) e indeferiu-se o depoimento de uma terceira, legalmente impedida (fls.). Três testemunhas depuseram em favor dos réus (fls.). As partes juntaram documentos nessa oportunidade (fls.).

Por solicitação dos dignos patronos das partes, designou-se data para o debate da causa, carreando-se aos autos os memoriais escritos de fls. (10º vol.), este acompanhado do parecer de fls., onde os litigantes sustentaram os seus respectivos pontos de vista conflitantes, anteriormente expendidos com a inicial, contestação, reconvenção e manifestações posteriores.

Eis o relatório.

2. Decido.

Dispõe o art. 138, "b", do Decreto-Lei nº 2.627, de 26.09.1940, que a sociedade anônima entrará em liquidação judicial por decisão definitiva e irrecorrível, proferida em ação proposta por acionistas que representem mais de 1/5 do capital social e provem não poder ela preencher o seu fim.

Na hipótese em julgamento há uma questão prévia a dirimir, qual seja, a de verificar se o demandante é ou não titular de ações que representem mais de 1/5 do capital social, objeto da preliminar da contestação e que o despacho saneador de fls. acertadamente deixou para final, por se tratar de matéria eventualmente sujeita a indagações e incursões de natureza probatória.

Para justificar sua legitimação *ad causam*, José Mofarrej veio a juízo munido de recibos de venda de ações, assinados por três acionistas da Organização ré, Fuad Alexandre Geha, Riskallah Zegheib e Jean Nicolau (fls. do 1º vol. da medida preparatória), que, somados ao seu contingente acionário, equivalente a 16,6% do capital social, capacitavam-no não apenas a ajuizar o processo acautelatório de exibição de livros, previsto no art. 57 da Lei das Sociedades Anônimas, como ainda a promover a lide principal, de liquidação da sociedade por impossibilidade de atendimento aos seus fins, em conformidade com o dispositivo legal acima apontado.

E a questão da titularidade de José Mofarrej sobre essas ações foi abordada *incidenter tantum*, pela decisão de primeira instância proferida no processo preliminar, que, além de deferir a pretensão remanescente, determinando a exibição integral dos livros, ainda reconheceu que o autor tinha pelo menos 20% do capital social, baseada em ponderáveis elementos de convicção apresentados com a inicial e produzidos na instrução sumária daquela medida (cf. fls., 2º vol. da exibição de livros).

Essa sentença foi posteriormente sustentada por judicioso e fundamentado despacho (fls., 2º vol. do agravo de instrumento), que apontou a existência de indícios de sérias irregularidades que estariam sendo consumadas no seio da Organização Mofarrej, em detrimento do acionista minoritário e que justificavam plenamente o seu interesse em examinar os livros, papéis e arquivos da sociedade.

É certo que tanto o despacho de sustentação como o acórdão proferido nos embargos de declaração interpostos contra o acórdão que negou provimento ao recurso dos requeridos na medida preliminar (cf. fls., do 2º vol. do agravo de instrumento) deixaram em aberto o pormenor referente à real posição de Fuad Alexandre Geha no quadro dos acionistas, visto não se saber ao certo se era ele um acionista de verdade ou mero presta-nome.

Entretanto, a prova vertida ao processo convence plenamente que o autor preenche o requisito legal, apresentando-se a juízo como titular de um número de ações superior a 1/5 do capital social.

Com a inicial da medida preparatória de exibição de livros, anexou o acionante três recibos de venda, firmados, como já se disse, por Fuad Alexandre Geha, Riskallah Zegheib e Jean Nicolau, acionistas presta-nomes da Organização requerida, num total de 2.710 ações, com as quais o seu contingente acionário elevou-se de 6.660 para 9.370 ações, número esse que vem de satisfazer a exigência do art. 138, "b", do supracitado diploma legal.

Assinalou-se acima, de passagem, que Fuad, Riskallah e Jean eram acionistas presta-nomes da Organização Mofarrej. Com relação aos dois últimos, a prova é inconcussa e induvidosa, cabendo apenas verificar a posição de Fuad Alexandre Geha no quadro de acionistas da empresa. Dos elementos de convencimento constantes nos autos, dúvida não sobrepaira que Fuad nunca passou de acionista de favor da Organização ré, ali incluído apenas para a construção do número legal como, *aliás, já repontava manifesto ante* o depoimento que prestara na instrução sumária da medida preparatória, cotejado com outros dados informativos coligidos no curso da causa.

As contradições e desconcertos do depoimento de Fuad (fls., 2º vol. da exibição de livros), bem realçadas tanto pelo despacho de sustentação (fls., 2º vol. do agravo), como pelo memorial de primeira instância apresentado pelo douto patrono do autor (fls., 2º vol. da exibição de livros), põem em nítida evidência que não era ele verdadeiro

acionista, senão mero presta-nome, pois, se assim não fora, como justificar a alegada venda de suas ações a Nassib Mofarrej, a preço irrisório, mediante "certo ágio" até agora ignorado, na iminência de uma assembléia geral para aumento de capital, pela reavaliação do ativo imobilizado, em que o número e o valor dessas ações seriam substancialmente acrescidos?

Por outro lado, inquirido sobre a sua posição acionária na assembléia de 08.10.1964, Fuad asseverou não possuir mais nenhuma ação da sociedade, quando é certo que os dados extraídos da ata dessa assembléia indicam sua presença como titular de 50 ações, o que lhe possibilitou o recebimento de outras 91 ações, como bonificação conseqüente ao aumento compulsório de capital.

Esse panorama probatório, robustamente delineado na medida preparatória de exibição de livros, relativamente à posição de Fuad Alexandre Geha no quadro acionário da ré, não sofreu qualquer modificação no curso da lide principal, impondo-se a conclusão de que ele era "homem de palha" da sociedade, como também, o eram Riskallah Zegheib (cf. declarações de Hassib e Nassib no processo acautelatório fls. do 1º vol. da exibição de livros) e Jean Nicolau (cf. fls., 3º vol. dos autos principais).

Aliás, força é convir que a prova indiciária está a indicar, de modo ineludivelmente claro, que, tirante os irmãos Mofarrej, ora litigantes, e o velho Miguel Mofarrej, ao tempo em que este era vivo todos os demais acionistas figuravam na sociedade apenas para assegurar o *quorum* legal, na qualidade de amigos e simpatizantes da família. Os verdadeiros sócios resguardavam-se com a posse de recibos de venda adrede assinados pelos acionistas simbólicos, correspondente ao número e valor nominal de suas ações, o que assegurava o domínio total e absoluto da família Mofarrej à Organização requerida.

Outra coisa não se extrai dos documentos de fls., adjuntados pelo autor e que justificam plenamente a denominação de acionistas simbólicos que lhes vem atribuindo o demandante desde o ajuizamento da providência acautelatória.

E o depoimento pessoal prestado pelo Dr. Jurandir Scarcela Portela, um dos ilustres advogados dos réus, que figura como acionista da Organização Mofarrej o seu antigo conselheiro fiscal, associado ao recibo de fls. vêm de abonar o designativo utilizado pelo demandante com relação à sua posição de sócio e a de todos os demais que vêm

comparecendo nas assembléias de acionistas, nestes excluídos os irmãos em dissídio. À afirmativa feita pelo referido causídico, de que a subscrição de ações por ele feita tinha apenas um caráter de solidariedade aos irmãos Mofarrej, afastada qualquer idéia de favor ou de negócio, bem se redargüiu que Nassib e Hassib eram suficientemente ricos para dispensar essa manifestação de solidariedade.

E o mesmo se diga, ao propósito, do relato prestado pelo Dr. Serafim Elias, cujo depoimento foi pulverizado pelo profícuo memorial do autor, nada havendo a acrescentar ao que foi acertadamente realçado a fls. do arrazoado final, relativamente à posição desse depoente junto ao quadro de acionistas da Organização Mofarrej.

Outro indício eloqüente da presença de presta-nomes no contexto de acionistas da ré é o fato de, nos inventários de Lourice Skaf Beyruti, mulher de Abrahão Beyruti, e Fayes Yared, detentores de ponderável número de ações da Organização Mofarrej, não estarem mencionadas as ações com que passaram a figurar a partir da assembléia de abril de 1967, em que o capital social foi elevado para Cr$ 4.000.000,00 (fls.). Tal é o que se verifica das certidões de fls. Dir-se-á que, em se tratando de ações ao portador, a objeção seria despicienda; convenha-se no entanto, que, dentre tantas circunstâncias, esta é mais uma a reforçar a procedência da tese desenvolvida pelo demandante. Note-se ainda que Hassib declarou, em seu depoimento pessoal prestado na ação principal, em 04.09.1970, que Abrahão Beyruti era acionista da Organização Mofarrej (fls. 9º vol.).

Por outro lado, como pontificou o despacho de sustentação, na assembléia de 08.10.1964, Nassib e Hassib compareceram como possuidores, cada um, de 16.250 ações, conforme o quadro de fls. (1º vol. exibição de livros), sem explicar como obtiveram as que se somaram às 12.250 de cada qual, declaradas na assembléia, de 1963. Certo é que não estão eles obrigados a explicações, mas não se pode olvidar que o primeiro deixou expresso, no seu depoimento, que a sociedade contava com "alguns" acionistas presta-nomes, sem poder enumerá-los e o segundo reconheceu pelo menos Riskallah Zegheib como um dos acionistas de favor ou simbólico. Ora, a apresentação de 4.000 ações a mais para cada um e a existência de presta-nomes no quadro de acionistas, faz supor a probabilidade de terem recebido parte dessas ações para usá-las como se fossem suas, exclusivamente (fls. do 2º vol. do agravo de instrumento).

Assim sendo, não há como não se aceitar a titularidade do autor com referência aos recibos de venda de ações com que se apresentou quando do ajuizamento da pretensão cautelar, recibos esses que outra coisa não representavam que o seu quinhão no contingente dos acionistas presta-nomes. E não se cuidou de comprovar que o demandante tivesse feito uso arbitrário e abusivo desses recibos, já que nenhuma providência eficaz foi adotada para se invalidar a forma e o fundo dos aludidos recibos de venda, verdadeiras ressalvas passadas pelos acionistas simbólicos em favor dos reais e com os quais estes últimos garantiam o controle ilimitado da empresa.

De tudo isso se colhe que o autor satisfaz o requisito legal para a propositura da presente ação, titular que é, insofismavelmente, de mais de 1/5 do capital social da ré.

Assentados estes princípios e afastadas, por via de conseqüência, a preliminar de mérito suscitada na contestação, julga-se procedente a ação.

A prova dos autos revela a prática de diversas e graves irregularidades e atos violadores da lei e dos estatutos sociais, consumados por inspiração de Hassib e Nassib Mofarrej, diretores da Organização requerida e detentores da maioria absoluta das ações, a dano do grupo de ações minoritárias, representadas pelo contingente em poder do autor.

Esse conjunto de fatos, adiante analisados, demonstra, de modo irretorquível, que a sociedade não está em condições de preencher os seus fins.

Dentre essas irregularidades, sobrelevam aquelas respeitantes à falta de distribuição de lucros sociais, aos indícios veementes de desvio de dinheiro, mediante a outorga de escritura de venda e compra de imóveis a preços inferiores aos reais, à pseudoassembléia de 08.10.1964, que homologou vultosa doação ao Hospital Sírio-Libanês, em ofensa a literal disposição de lei, e, finalmente, à não inclusão dos imóveis locados no ativo imobilizado da empresa.

No tópico da falta de distribuição de dividendos, cabe salientar que a lei das sociedades por ações erigiu o direito ao lucro como postulado impostergável, inserido na categoria dos direitos individuais, comuns a todos os acionistas. Daí o magistério de Miranda Valverde, ao acentuar que em nenhuma sociedade de fim lucrativo pode o sócio ser privado do direito de participar dos lucros sociais (*Sociedade por Ações*, vol. II/136), corroborado pelo entendimento do saudoso Wal-

demar Ferreira, ao obtemperar que destinando-se a empresa, objeto da sociedade anônima, à produção de lucros a partilharem-se entre os seus acionistas, nenhum deles pode ser privado, nem direta, nem indiretamente (*Tratado de Sociedades Mercantis*, vol. IV/1.377).

No caso em apreço, observa-se que a Organização Mofarrej, após permanecer cerca de 15 longos anos sem distribuir dividendos, somente no ano de 1966, é que se decidiu a fazê-lo, quando já instaurada a demanda e ainda assim por forma a mais parcimoniosa, não excedendo a casa dos 6%. De outra distribuição de lucros não há a menor notícia nos autos.

Sustenta-se que a sociedade proporcionava lucros, que eram levados à conta de lucros suspensos e posteriormente revertidos à empresa, através de sucessivos aumentos de capital, procedimento esse homologado pela assembléia geral. Procedimento abusivo, em consonância com a bem invocada preleção de Túlio Ascarelli a propósito do assunto, demonstrando, com argumentos irrespondíveis, a indeclinabilidade do direito a uma distribuição periódica dos lucros sociais (*Problemas das Sociedades Anônimas no Direito Comparado*, ed. 1945, p. 445, nota 6), ficando, neste passo, evidenciado o desacerto da conclusão do perito judicial contábil (fls. vol. 7º da ação principal), já que meios oblíquos não podem subtrair do acionista o direito intangível à percepção do dividendo.

Esclarece o já citado e acatado Miranda Valverde que "a assembléia geral pode sempre, mediante a reforma dos estatutos modificar ou alterar a disposição relativa à distribuição periódica dos lucros líquidos. Daí a afirmação de que o direito à repartição anual dos lucros é um direito individual estatutário. Mas, repetimos, não assiste à assembléia o direito de suspender, definitivamente, a distribuição periódica de uma parte dos ditos lucros. Para as deliberações abusivas ou maliciosas das assembléias gerais, há sempre recurso ao Judiciário" (ob. cit., vol. II/399).

No mesmo sentido é a opinião de Waldemar Ferreira, acrescentando que, inobstante as limitações legais, a sociedade se mostre renitente na sonegação dos lucros, de modo a descoroçoar o acionista, ainda resta a este o remédio extremo – o de pedir judicialmente a dissolução e liquidação da companhia, pela impossibilidade de realização de seus fins (ob. cit., vol. IV/1.378).

Está, assim, patenteada a violação do art. 78, "a", do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, praticada pela Organização Mofarrej, através de Nassib e Hassib em detrimento de grupo minoritário, representado por José. Essa violação ainda mais se robustece e corporifica ao se considerar que a questionada sociedade, embora rotulada por ações, encobre uma sociedade de pessoas, cujos participantes são unicamente os irmãos em conflito.

Subtraindo ao demandante o seu direito inconteste à participação nos sucessos econômicos do empreendimento, tem-se que a sociedade não está atendendo ao seu fim, sendo de acolher-se o pedido formulado com a postulação inicial.

Ainda no capítulo das irregularidades avulta a venda de inúmeros terrenos no bairro de Vila Leopoldina, nas proximidades do antigo CEASA, a preços sensivelmente inferiores aos respectivos valores venais, encobrindo apreciável soma em dinheiro, que deixou de figurar na receita da Organização ré, ficando também a salvo de eventuais incidências de ordem fiscal, em prejuízo do erário público.

O perito judicial dos imóveis, em fundamentado e criterioso laudo, apreciou de maneira objetiva a questão, analisando inclusive os trabalhos técnicos apresentados pelos louvados das partes deixando nítidas as diferenças de valores encontradas, diferenças essas as mais das vezes significativas, o que leva razoavelmente a crer na existência de lucros não contabilizados, possivelmente acomodados nos deslacrados cofres dos acionistas majoritários e responsáveis pelo seu imenso cabedal mobiliário e imobiliário.

Ao ensejo veja-se a venda do lote 11 da quadra B, realizada em meados de dezembro do ano de 1965. O preço constante da escritura era quatro vezes inferior ao seu valor real, certo como é ainda que lotes vizinhos a esse, situados na mesma quadra, eram vendidos por quantias muitas vezes superiores. Para justificar a irrisão do valor de venda, inseriu-se um "em tempo" no corpo da escritura, para efeito de ficar constando que no imóvel alienado existia uma lagoa. Três meses mais tarde porém, esse terreno foi vistoriado por dois peritos do Instituto de Polícia Técnica, que esquadrinharam o lote por inteiro, fotografando-o sob os mais variados ângulos, não encontratando o menor vestígio da referida lagoa (cf. fls. do 1º vol. do agravo de instrumento).

Esse negócio foi feito entre a requerida e a Sônia Maria – Agrícola, Importadora e Exportadora e Imobiliária S.A. Destaque-se que esta

última empresa adquiriu outros imóveis da demandada, como o lote 2 da quadra C e os lotes 11 e 12 da quadra D, a preços manifesta e comprovadamente inferiores aos reais, perfazendo a diferença um montante de quase Cr$ 160.000,00, soma bastante apreciável, notadamente em se considerando as épocas das respectivas aquisições, não se vislumbrando motivo plausível para essa disparidade, senão a obtenção de lucros canalizados para outros cofres, que não os da Organização ré. No cômputo geral, encontrou o experto desempatador uma diferença de quase 600 milhões de cruzeiros velhos nessas vendas, a déficit da Organização requerida (cf. fls., 7º vol. da ação principal).

O laudo pericial imobiliário oferecido pelo louvado dos réus, de inusitada parcialidade, não pode ser levado em consideração, vantajosamente supridos pelas conclusões do vistor judicial e pelos suplementos trazidos pelo perito do autor. Salientar-se apenas que irrespondível é a crítica que a esse trabalho fez o douto patrono do autor (cf. fls., 5º vol. da ação principal).

No que tange à famigerada assembléia de 08.10.1964, claro está que, ao menos nesse dia, ela não se realizou, por isso que é ora declarada insubsistente e bem assim todas as deliberações aí tomadas.

Isso já aflorava indisfarçável desde a instrução sumária da medida preparatória de exibição de livros e não passou despercebido ao crivo do eminente magistrado prolator do despacho de sustentação (fls. do 2º vol. do agravo de instrumento), que apontou a contradição em que incorreram os subscritores da ata dessa "assembléia", quando declarou-se que "...os Srs. acionistas... representando a maioria do capital social... reuniram-se em assembléia... de acordo com o prévio depósito de suas ações e assinaturas respectivas no Livro de Presenças de Acionistas", quando é certo que tais assinaturas não foram tomadas no livro próprio, mas sim em folha avulsa, qual se observa pela fotocópia de fls. do 1º vol. do agravo de instrumento. E se o livro fora realmente furtado pelo autor, como pretendem os réus, tal fato, pela sua relevância, não poderia ser omitido da ata sob pena de ser lançada séria e razoabilíssima dúvida sobre a autenticidade do ato.

Não se argumente, outrossim, com o depoimento falacioso de José Mendes Borges para se outorgar foros de regularidade à indigitada assembléia, pois a referida testemunha, cujo nome somente exsurgiu no apagar das luzes desta demanda e que se diz mentora intelectual da lavratura da ata em papel apartado, também não soube explicar ao Juízo

o motivo de não se ressalvar no contexto da ata a sua elaboração em folha avulsa.

E a razão é óbvia: essa assembléia não se realizou na data aprazada (cf. fls. do 1º vol. da exibição de livros) e o ato deve ser tido como juridicamente inexistente, destituído de qualquer alcance.

Essa mesma assembléia, dentre outras coisas, aprovou vultosa doação ao Hospital Sírio-Libanês, que se concretizou em importância um pouco superior a Cr$ 126.000,00. Por força do que acima ficou decidido a respeito da não realização da assembléia, também esse ato não pode subsistir. E mesmo que assim não fora, melhor sorte não restaria a essa deliberação. É que o donativo correspondia a mais de 1/4 do capital social e era superior aos lucros apurados ao longo de cinco exercícios. Dado o seu vulto, não foi simples ato de benemerência, mas ato de liberdade, quando não de vera prodigalidade, efetivado contra a letra expressa da lei (art. 119 do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940).

O deslinde desse pormenor, no entanto, resultou extremamente simplificado ante a confissão expressa de Hassib e Nassib, que, ao deduzirem sua contestação, assumiram inteira responsabilidade pelo ilícito cometido, motivo pelo qual deverão repor ao patrimônio da sociedade o total despendido, acrescido da correção monetária, como pleiteado no aditamento ao pedido inicial (cf. fls. 1º vol. dos autos principais), posto que, conforme jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça deste Estado, as reparações decorrentes de atos ilícitos constituem dívida de valor e, como tal, atualizáveis à época do ressarcimento (RT, vol. 421/153).

Outra irregularidade de monta consistiu na não inclusão dos armazéns locados, situados em Vila Leopoldina, no ativo imobilizado da empresa. Inobstante a finalidade da Organização Mofarrej, no setor imobiliário, seja a exploração da indústria de construção e seus materiais e respectivo comércio, o fato é que houve efetiva alteração dessa finalidade, para nela incluir-se o comércio de locação de imóveis, que vem se representando como a principal fonte arrecadadora da precitada sociedade, correspondendo a uma receita bem superior a 50% de sua renda total, qual se infere pelos laudos periciais contábeis trazidos ao bojo dos autos.

Pretende-se inculcar o caráter transitório dessas locações, o que explicaria a classificação dos imóveis no ativo realizável da sociedade. Bem é de ver, entretanto, que a existência de locações antigas e está-

veis, como nas do Tribunal de Justiça do Estado, do Tribunal Regional Eleitoral, das Indústrias Gessy Lever e como foi a da Caterpillar e outras aludidas nos laudos contábeis, eliminam a objeção condizente à transitoriedade dessas relações locatícias. Ao demais, frise-se que nenhum elemento de prova foi apresentado pelos réus para comprovar o cunho eventual dessas locações e, abstraído um anúncio inserido em jornal local, após ajuizada a ação, não se procurou demonstrar que esses armazéns foram algum dia colocados à venda.

Em abono de sua tese, trouxeram os réus parecer subscrito pelo Prof. Rubens Gomes de Souza, exímio mestre do direito tributário. Assinale-se, no entanto, que, pela forma em que foi posta a consulta, ressaltado ficou o aspecto transitório desses arrendamentos, quando é certo que eles nada tinham de efêmero, refletindo, ao contrário, relações jurídicas duradouras e permanentes.

Em conseqüência, tem-se que tais imóveis deveriam compor o ativo imobilizado da empresa, dada a sua condição de meios ou instrumentos para a realização do objeto social, como está bem assinalado no parecer do Prof. Hilário Franco (fls., 1º vol. da ação principal) e foi posteriormente reconhecido pelo próprio economista Paulino Conti, que reconsiderou entendimento anterior (cf. fls. 8º vol., ação principal).

Outro setor da empresa em que parecem ocorrer sérias irregularidades repousa em seu imenso manancial agrícola, representado pelas Fazendas Reunidas Santa Lúcia, situadas no município de Xavantes, neste Estado, consubstanciando-se em fonte inesgotável de prejuízos. Localizada em região propícia do Estado, essa propriedade vem acumulando inexplicáveis prejuízos, sem que a contabilidade, lacônica e reticente, a justifique convenientemente. Contrastando com o que é dado observar dentro de um esquema normal e cotejando-a com outras propriedades de igual porte, essa fazenda tem sido um constante e invariável repositário de déficits, constituindo-se mesmo naquilo que a inicial cognominou, com muita oportunidade, de sumidouro de dinheiro. Não cuidaram os réus de comprovar a enorme evasão de numerário que essa fazenda vem dando causa, engolfando parcelas ponderáveis da Organização requerida.

Alegou-se que parte do aumento de capital de 12.04.1967 era necessário para ser aplicado na erradicação dos cafezais velhos, por plantio novo e racional (*sic*; fls., 6º vol., ação principal), ignorando-se por

inteiro as amplas facilidades propiciadas pelo Banco do Brasil, que não regateia na concessão de empréstimos e financiamentos agrícolas, mediante moderada taxa de juros.

Descurou-se, igualmente, da nova política com que vem pondo empenho o Governo Federal, preconizando a erradicação dos cafezais de baixa qualidade, através de estímulos à diversificação da economia cafeeira (cf. fls., 8º vol., ação principal).

De tudo isso se extrai a ilação que o sobredito aumento de capital almejava aplicar o golpe mortal no autor, subtraindo-lhe a posição de titular de considerável número de ações, componentes do grupo minoritário da empresa.

De igual modo, a contabilidade da requerida não dilucida a respeito do destino dado aos 20 cheques sacados na Caixa Econômica Estadual de São Paulo, num total de Cr$ 269.850,00, referente à venda às Indústrias Grassi de um armazém situado à R. Othão. Referidos títulos foram sacados num curto espaço do tempo e sua aplicação não ficou esclarecida nos autos.

Todas essas irregularidades, adicionadas ao desnecessário aumento do capital de 12.04.1967, quando a Organização Mofarrej era dotada de auto-suficiência financeira, como está exaustivamente explanado nos autos e bem acentuado no arrazoado final do autor, calcado em abalizadas conclusões técnicas (fls., 10º vol. da ação principal), deixam em destacado relevo a deliberada intenção de subtrair ao autor a sua condição de detentor de ponderável número de ações da Organização requerida, superior a 20% do capital social.

E esse expediente de marginalização do demandante, de que lançaram mão Nassib e Hassib, detentores da maioria absoluta das ações da Organização Mofarrej, vem de confortar a assertiva genérica lançada no articulado inicial, no sentido de que a sociedade não tem mais condições de atender aos seus fins, nomeadamente no que concerne à distribuição regular dos lucros, enfurnados e escamoteados em imperscrutáveis e indecifráveis balanços contábeis, quando não por lucros não contabilizados, malgrado encerre um patrimônio igual ou superior a uma centena de milhões de cruzeiros.

Tal é a intensidade da discórdia que lavra fundo no seio da Organização requerida que, sem embargo de seu vultosíssimo acervo, acha-se ela praticamente estagnada naquilo que concerne a realizações e empreendimentos, concentrando-se Nassib e Hassib em projetos e ope-

rações outras, tais como a constituição da Cia. Mofarrej de Empreendimentos, com o capital social de um bilhão de cruzeiros velhos, aos 28.06.1966, com finalidade análoga à Organização requerida (cf. fls., 1º vol. dos autos principais) e com sede no mesmo local, adquirindo valioso imóvel em nome dessa companhia (fls., 8º vol. da ação principal), que vem efetuando transações várias (idem). Adquiriram a maior parte das cotas da sociedade civil Clelta – Cedro do Líbano Empreendimentos Ltda., proprietária de vasto prédio situado nesta capital, entre as ruas Augusta e Paranaguá, num dos melhores pontos da cidade (fls., 8º vol.). Foram os proprietários da maior parte das ações do Banco Metrópole de Descontos, chegando mesmo a assumir a sua direção (fls., 8º vol.). Tomaram-se acionistas da Duracour S.A., Hassibi com Cr$ 64.000,00 e Nassib com Cr$ 198.000,00 (cf., 8º vol.). Adquiriram uma fazenda de 500 alqueires no município e cpmarca do Itu, conforme afirmou Hassib em seu depoimento pessoal (cf. fls., 9º vol.). conforme afirmou Hassib em seu depoimento pessoal (cf. fls., 9º vol.). Nassib subscrerveu, em seu nome pessoal, Cr$ 130.000,00 em ações da Indústria Têxtil Nicolau Joha S.A. (fls., 8º vol.). E isto sem se falar em realizações outras, que os autos noticiam (fls.), e certamente aquelas que ainda não chegaram ao conhecimento do autor.

De inteira pertinência, assim, a indagação formulada no item 9º do petitório inicial: de onde brotaram esses bilhões e tantos milhões de cruzeiros, quando é certo que tanto Nassib como Hassib sempre dedicaram o seu tempo disponível à Organização requerida?

Evidentemente que não foi com a mascateação em Irapé e adjacência que reuniram eles esse sólido lastro, senão com a constituição da firma Mofarrej & Filhos, nos idos de 1938 (fls., 3º vol. da ação principal), com o capital de 100 contos de réis, em que o venerando Miguel Mofarrej entrou com a maior parte. A essa firma sucedeu a Importadora e Exportadora Mofarrej, no ano de 1947, da qual já fazia parte José e em 1950 fundou-se a Organização requerida.

Não se comprovaram, senão com palavras, as atividades independentes de Nassib e Hassib, que lhes permitissem amealhar esse imenso patrimônio individual, distinto da Organização requerida. A análise do processo permite lobrigar-se ainda uma situação verdadeiramente paradoxal e de difícil explicação: de um lado o aumento crescente dos bens individuais e as constantes realizações pessoais de Nassib e Hassib, invariavelmente bem sucedidas e lucrativas e, de outro lado, a improdutividade lucrativa da Organização requerida, sonegando dividendos por

15 longos anos, a ponto de reduzir o autor a um estado de quase penúria, incompatível com o valor de seu respeitável patrimônio.

Fortíssimos são os indícios e pesadas as suspeitas de que lucros foram desviados e preços foram omitidos, em detrimento da Organização requerida e do contingente de ações minoritárias cabentes a José, impondo-se a conclusão de que esse complexo não tem mais condições de atender à sua finalidade, devendo entrar em regime de liquidação, partilhando-se o seu patrimônio entre os acionistas, na proporção do respectivo número de ações, cabendo ao autor o percentual com que se apresentou no ajuizamento da medida preparatória de exibição de livros.

Quanto à pretensão do autor em relação aos membros do Conselho Fiscal, Jurandir Scarcela Portela, Serafim Elias, Halim Abib Cury, Elpídio Reali, Yared Fayes e Avedis Apovian, a ação é julgada procedente apenas em relação aos três primeiros, que emitiram parecer favorável na indevida doação ao Hospital Sírio-Libanês devendo responder solidariamente com Nassib e Hassib Mofarrej pelo *quantum* despendido, na forma anteriormente determinada. O Conselho Fiscal da Organização Mofarrej, cujos membros eram recrutados no círculo dos simpatizantes e envolvidos com os irmãos Mofarrej, alguns dos quais acionistas da sociedade, outra coisa não representava que figura decorativa do ordenamento societário, órgão singelamente homologador das deliberações da diretoria da empresa. Por isso é que alguns tratadistas já se manifestaram acerca da inutilidade prática do aludido órgão (João Eunápio Borges, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, 1ª ed., vol. II/386 e segs.).

O pedido reconvencional evidentemente não procede e encerra um verdadeiro contra-senso, haja vista as solenes e formais afirmações feitas pelos réus por ocasião do processo acautelatório, sustentando ser inconteste o direito do autor a 16,6% do capital social, na iminência de serem abertos os seus cofres particulares (fls., item 4; fls., item 8; fls., item 9 etc., 1º vol., exibição de livros). Pondere-se, por derradeiro, que a reconvenção restou incomprovada nos autos, desabrigada do menor adminículo probatório.

3. Frente ao exposto, julgo procedente em parte a ação, para decretar a dissolução da Organização Mofarrej S.A. – Agrícola e Industrial, com sede nesta Capital, à R. Boa Vista nº 254, 11º andar, por ab-

soluta impossibilidade de atender aos seus fins, devendo entrar em regime de liquidação, assegurado ao autor o percentual de ações com que se apresentou no ajuizamento da medida preparatória de exibição de livros. Julgo, outrossim, procedente a ação contra Nassib Mofarrej, Hassib Mofarrej, Jurandir Scarcela Portela, Serafim Elias e Halim Abib Cury, os dois primeiros Diretores e os três últimos membros do Conselho Fiscal da citada empresa, que deverão responder pelo reembolso aos cofres sociais da quantia ilegalmente doada ao Hospital Sírio-Libanês, acrescida de correção monetária e juros moratórios, contados da citação do processo preliminar. Julgo improcedente a ação em relação aos demais integrantes do Conselho Fiscal, Elpídio Reali, Yared Fayes e Avedis Apovian. Afinal, julgo improcedente o pedido reconvencional.

Condeno os réus-reconvintes ao pagamento das custas do processo e honorários advocatícios do autor. Para efeito de fixação desta última verba, considerando a complexidade e a qualidade do trabalho desenvolvido pelo patrono do acionante, atentando ao lapso de tempo em que se distendeu esta demanda, arbitro os honorários em importância correspondente a 15% da parte ora atribuída ao demandante, cujo valor real será apurado na fase executória do julgado, verba essa que premiará condignamente o profissional pelo zelo e dedicação com que se houve no transcorrer do litígio.

O autor pagará Cr$ 1.000,00 de honorários advocatícios ao ilustre advogado dos membros do Conselho Fiscal não atingidos por esta decisão.

Transitada esta em julgado, tornem conclusos para nomeação de liquidante de confiança do Juízo.

Publique-se na audiência já designada e faça-se o registro desta decisão.

São Paulo, 5 de agosto de 1971.

Marcello Martins Motta
Juiz de Direito

Emgad-Tamandaré (I)

(RT, 479/194)

SOCIEDADE COMERCIAL – Anônima – Diretor – Poderes de administração – Limitação nos estatutos e nas resoluções das assembléias gerais – Voto vencido – Inteligência e aplicação do art. 119 do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940.

SOCIEDADE COMERCIAL – Anônima – Diretores – Concentração da maioria das ações do capital social – Cláusulas estatutárias relativas a poderes do administrador – Interpretação extensiva – Voto vencido.

PROMESSA DE CONTRATAR – Execução coativa – Quando se admite – Voto vencido – Inteligência e aplicação do art. 639 do Código de Processo Civil de 1973.

CLÁUSULA "REBUS SIC STANTIBUS" – Fato superveniente com efeito de desobrigar o devedor – Conceito – Inocorrência na espécie – Voto vencido.

Os poderes do diretor da sociedade anônima, ao qual é cometida a administração, medem-se pelos estatutos ou pelas resoluções das assembléias gerais, presumindo-se que os de alienar e dar em garantia real os bens sociais devem ser exercidos em conformidade com os fins da sociedade.

Nas sociedades em que os diretores concentram as ações do capital em sua maioria, as cláusulas dos estatutos relativas a poderes dos administrados devem ser interpretadas extensivamente.

A promessa de contratar admite execução coativa se contém acordo a respeito de todos os elementos formativos do contrato principal e não importa em constrangimento à liberdade pessoal do promitente.

O fato superveniente, com o efeito de desobrigar o devedor, é o fato imprevisível e imprevisto, que as circunstâncias do momento do contrato não permitiam adivinhar.

Apelação cível nº 90.170 – Rio de Janeiro – Apelantes: Edgard Guimarães de Almeida e outra e EMGAD – Empreendimentos Gerais e Administração S/A – Apelados: Octávio Marques Lisboa e outros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 90.170, primeiros apelantes Edgard Guimarães de Almeida e outra, segunda apelante EMGAD – Empreendimentos Gerais e Administração S/A, apelados Octávio Marques Lisboa e outros: Acordam os Juízes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em negar provimento às apelações, depois de negar provimento ao agravo no auto do processo e rejeitar as preliminares, por unanimidade, vencido quanto ao mérito o eminente Des. Sampaio de Lacerda, que negava provimento à primeira apelação mas provia à segunda, para julgar a ação improcedente e condenar os autores ao pagamento das custas e dos honorários dos advogados da segunda apelante, arbitrando-se em 15% dos valores dados à ação e à reconvenção.

1. Os litigantes, pessoas físicas, constituíam dois grupos que se associaram em várias empresas, cada um com 50% do capital na Cia. Universal de Hotéis, Administração Comércio e Participações S/A, V.T. Viagens e Turismo S/A e Sanatórios Brasileiros.

Em 1968, o Dr. Edgard Guimarães de Almeida e o Dr. Octávio Marques Lisboa organizaram sociedades anônimas, nas quais detinham a totalidade do capital, em seu nome e no de suas mulheres, figurando outros acionistas, cada um com uma ação apenas, somente para cumprir a lei no tocante ao número indispensável de acionistas. Para essas sociedades, sob a denominação, respectivamente, de EMGAD – Empreendimentos Gerais e Administração S/A e Tamandaré – Empreendimentos e Participações S/A, transferiram os dois sócios a totalidade ou quase a totalidade das ações que possuíam, das empresas já mencionadas.

Em 1971, os dois sócios decidiram dissociar-se e, depois de vários entendimentos, celebraram um contrato preliminar (Termo Definidor de Compromissos e Obrigações Recíprocas, fls.), no qual se "comprometeram e se obrigaram, em caráter irrevogável e irretratável" ao seguinte: os acervos da Cia. Universal de Hotéis e da Administração

Comércio e Participações constituiriam um lote e a Sanatórios Brasileiros outro lote; proceder-se-ia a um levantamento técnico-contábil dessas empresas e à avaliação dos seus imóveis e demais bens, fundos e valores, obrigando-se os dois associados a acatar as conclusões da auditoria e das avaliações; concluídos esses levantamentos e avaliações, reunir-se-iam os dois grupos para manifestar sua preferência por qualquer dos lotes, procedendo-se à licitação no tocante ao preço e melhores condições de pagamento, fazendo-se a reposição da diferença do valor maior, mediante o pagamento de um ao outro, em prestações mensais acrescidas de juros da mora e correção monetária. Esse compromisso preliminar foi convencionado em 25.08.1971 e em 27.07.1972, concluída a apuração dos valores, reuniram-se os dois grupos para licitar, cabendo ao grupo Edgard Guimarães de Almeida o lote representado por Sanatórios Brasileiros S/A e ao Dr. Octávio Marques Lisboa o outro lote, repondo o primeiro ao segundo, na forma já prevista, em prestações mensais de Cr$ 60.000,00, com juros e correção monetária, a diferença de valor, no montante de Cr$ 5.174.432,00. Deliberado ficou ainda que os advogados das partes, respectivamente Drs. Laudo de Almeida Camargo e Tude de Lima Rocha, elaborariam, para assinatura das partes, no prazo máximo de oito dias, os instrumentos competentes.

2. A minuta dos contratos foi elaborada pelo Dr. Laudo de Almeida Camargo e aprovada pelo Dr. Octávio Marques Lisboa, mas, segundo alegam os autores na inicial, passou o Dr. Edgard Guimarães de Almeida a fugir ao pactuado, exigindo o acréscimo de cláusulas, inteiramente novas, que alteravam fundamentalmente o que fora pactuado.

Em face desse comportamento e não obstante haver prazo determinado para o cumprimento das obrigações, os autores notificaram os réus para, em 48 horas, operarem a transferência das ações, formalizarem a confissão de dívida relativa à diferença de valores, notificação essa processada junto com a medida preventiva de arresto, em apenso.

Em seguida, ingressaram com a presente ação, em que pedem sejam os réus condenados a transferir para eles, autores, todas as ações da Cia. Universal de Hotéis e de Administração Comércio e Participações S/A de que são possuidores, em número de 73.405 e 87.495, respectivamente, e a pagar solidariamente a quantia de Cr$ 2.587.115,00, em prestações mensais de Cr$ 60.000,00, acrescida de juros e correção monetária a partir do 12º mês, além de honorários de advogado e custas.

Os réus contestaram e ofereceram reconvenção. Alegam que o contrato é nulo e ineficaz, porque à permuta das ações não foi dada autorização, como seria indispensável, pelas assembléias gerais de acionistas das duas empresas "holding"; não poderiam os diretores contratar pessoalmente, tendo por objeto ações das sociedades em que eram simples acionistas, ainda mais percebendo um deles vantagem pessoal, decorrente das diferenças de valores. Acrescentam que nos pré-contratos estabeleceu-se como fundamental que as minutas dos contratos definitivos seriam elaboradas pelos Drs. Laudo de Almeida Camargo e Tude de Lima Rocha, o último dos quais já falecido e o primeiro tendo deixado de patrocinar os interesses do réu, ficando, portanto, tal condição sem possibilidade de ser observada. O acordo estabelecia uma condição ilegal que o contaminava, qual o de receberem os acionistas, pessoalmente, pagamento de diferenças que competiam às sociedades. Os contratos preliminares, envolvendo obrigações de fazer, não autorizam execução coativa, senão ressarcimento de perdas e danos, que os autores não incluíram no pedido. Ocorreu fato superveniente e imprevisível, a intervenção do INPS em Sanatórios Brasileiros S/A e a declaração de sua inidoneidade para contratar com a Previdência Social, do que sobreveio queda vertical no faturamento desse estabelecimento, que passou a ter apenas 250 leitos, dos 550 de que é dotado, ocupados por doentes particulares. Além disso, pactuou-se uma modalidade de pagamento em prestações mensais, acrescidas de juros e correção monetária, o que é contrário à lei e à jurisprudência pacífica do STF.

Na reconvenção, os réus pedem seja declarada a nulidade dos contratos preliminares ou que se determine o seu cumprimento, mediante novos valores a serem apurados em perícia considerados os fatos supervenientes que fizeram decrescer os valores de um dos lotes.

Despacho saneador a fls., ao qual os réus opuseram agravo no auto do processo (fls.) à vista de haver o seu ilustre prolator se omitido sobre o exame pericial contábil.

Na longa sentença de fls., o Dr. Juiz julgou a ação procedente.

Inconformados, os réus vieram com as apelações de fls., reproduzindo suas alegações anteriores inclusive o agravo no auto do processo, acrescentando a preliminar de nulidade, uma vez que o Dr. Juiz não se pronunciou sobre a medida preventiva de seqüestro.

3. O agravo no auto do processo, interposto antes da vigência do atual Código de Processo Civil, não merece acolhimento. Visava à

produção de prova pericial contábil, de nenhuma utilidade para o desate do litígio. Os fatos em que se apóiam os réus na articulação dos artigos da defesa, inclusive o decréscimo do faturamento do Sanatório, em decorrência da interrupção do contrato com o INPS, não estão contestados, não dependendo, portanto, de confirmação através de exame pericial.

4. O Dr. Juiz, realmente, não se pronunciou sobre o pedido de arresto, deferido liminarmente, mas contestado pelos requeridos. Mas isso, como se vê do apenso, por culpa dos próprios interessados, que despacharam pedido de suspensão da instância (fls.) e jamais promoveram o seu andamento. A medida preventiva tem processo autônomo e, embora pareça esdrúxulo que continue inapreciada, quando já terminou o processo da ação principal, não há disposição legal que torne nulo o julgamento principal, por esse motivo. A medida cautelar visa à execução; não é preliminar ou prejudicial do mérito da controvérsia. Não há, pois, como declarar uma nulidade que não está prevista em qualquer disposição legal.

5. Em três motivos capitais alicerçam os réus a sua defesa: a) não poderiam os Drs. Edgard Guimarães e Marques Lisboa contratar em nome pessoal sobre a permuta das ações, que pertenciam a pessoas jurídicas, das quais eram meros acionistas e diretores, não estando providos, para isso, da indispensável autorização das respectivas entidades, através de suas assembléias gerais; b) o contrato particular, na espécie, não admite execução coativa; no máximo, os autores poderiam pleitear ressarcimento de perdas e danos, se provassem danos emergentes e lucros cessantes; c) situação superveniente e imprevisível alterou fundamentalmente o valor do acervo de Sanatórios Brasileiros, que ficou privado de sua fonte de arrecadação substancial, o contrato de prestação de serviços ao INPS, cobrindo mais de 50% dos leitos do estabelecimento.

6. Para uma visão exata dos entendimentos processados entre os dois litigantes, Dr. Edgard Guimarães de Almeida e Dr. Octávio Marques Lisboa, é indispensável tomar conhecimento das sociedades por eles criadas, para figurar como proprietários de estabelecimentos de que, na verdade, eram donos virtuais.

A sociedade EMGAD, por exemplo, a que pertenciam 50% das ações das quatro empresas pertencentes aos dois grupos, foi constituída

por escritura pública, com o capital de Cr$ 3.800.000,00 em 1968, capital esse dividido em 3.800.000 ações do valor nominal de Cr$ 1,00 cada uma, sendo integralizado através de incorporação de bens móveis e imóveis. Dessas ações, 2.992.083 pertenciam ao Dr. Edgard Guimarães, 807.853 a sua mulher, D. Erika Worobjow, uma ação a Carlos Fernandes Fortes de Almeida, 23 a Edgard de Azevedo Motta, 31 a Nikolau Worobjow, oito a Augusto Guimarães Filho e uma a Eduardo Mendy Ruiz, ("ut" certidão de fls.).

Trata-se, portanto, de uma daquelas sociedades a que Tullio Ascarelli denomina "imaginaria societas", uma sociedade que não passa de simulação, tolerada na sociedade moderna desde que não tenha sido engendrada para prejudicar terceiros, circunstância que só a natureza de cada uma pode esclarecer. A sociedade anônima Tamandaré – Empreendimentos e Participações S/A tem constituição semelhante, fundada na mesma ocasião e para o mesmo fim, pertencente ao Dr. Octávio Marques, que nela, em seu próprio nome e de seus familiares, concentra a totalidade do capital.

Discorrendo sobre a hipótese da concentração de ações, observa Tullio Ascarelli que o que cumpre examinar, em cada caso concreto, é qual o ato realizado e qual a disciplina a respeito. Tal com efeito, o processo seguido pela jurisprudência (*Problemas das Sociedades Anônimas*, Saraiva, p. 140). E prossegue o mesmo acatado comercialista: "Assim, exemplificativamente, é pacífico que, quando o diretor ou o acionista se servir fraudulentamente da sociedade para conseguir fins pessoais, será preciso prescindir da existência da sociedade e considerar o ato como se fosse praticado diretamente pelo interessado. Abundante é o número de casos a respeito no Direito norte-americano (cf. Cook, "Principles of Corporation Law", Ann Arbour, 1931, ps. 35 e 429) na chamada teoria da "dummy corporation". (O princípio diretivo é assim resumido: A Corte ignorará a existência da sociedade onde for fraudulentamente usada para fazer o que o proprietário das ações não pode legalmente fazer.)

"A constituição da sociedade e a teoria da pessoa jurídica não devem constituir um meio para iludir o funcionamento normal das normas jurídicas. A jurisprudência francesa fala justamente em 'abus de la notion de personalidade sociale' e justamente visa a combater esse abuso quer no domínio do Direito Internacional Privado, quer no do Direito interno; por seu turno, na jurisprudência americana (Cook, ob. cit.,

p. 30) afirma-se: 'Nós temos, depois de ulgum tempo, recusado ser sempre e de modo completo envolvidos por uma lógica derivada da existência de uma sociedade onde ela serva somente para distorcer ou esconder a verdade' (we have of late refused to be always and utterly trammeled by the logic derived from corporate existence where it only serves to distort or hide the truth)."

Tullio Ascarelli acentua ainda que a dificuldade do problema decorre do fato de que, de um lado, a constituição de um patrimônio separado é o fim realmente objetivado pelas partes. De outro lado, porém, os figurantes no ato, embora querendo constituir um patrimônio separado, visam a constituí-lo apenas no interesse de uma só pessoa; de um lado por isso, visam à constituição de um patrimônio separado (conseqüência da constituição da sociedade) e de um separado patrimônio sujeito às regras (por exemplo, quanto à publicidade, aos balanços etc.) da sociedade; de outro lado, porém, não querem o vínculo social. Este último aspecto aproxima a hipótese àquela da simulação – e até da simulação absoluta – quanto aos figurantes, pois que eles não visam a nenhuma modificação patrimonial quanto a si próprios (ob. cit., p. 144).

Em erudita e notabilíssima sentença, na qual examina profundamente o tema de concentração de ações, com apoio nos autores mais abalizados, o culto Juiz do Tribunal de Alçada, Antônio Pereira Pinto, quando ainda titular da 11ª Vara Cível desta Capital, anota que constitui expediente habitual, nos casos de abuso de direito por meio de pessoa jurídica, a declaração do devedor ao juiz ou a terceiros de que o ato é da pessoa jurídica e que, por isso, nada tem a ver com ele (RF 188/277). E continua: "Entende também a jurisprudência que os atos e obrigações de uma pessoa jurídica podem considerar-se como atos de uma pessoa particular e vice-versa, quando concorram as seguintes circunstâncias: a) que a sociedade esteja influenciada ou governada por essa pessoa, ou que haja entre elas tal identidade de interesses e propriedade que a sociedade e a pessoa estejam confundidas; b) que os fatos sejam de tal natureza que admitir a ficção de suas personalidades distintas, nas circunstâncias do caso, equivalha a sancionar uma fraude ou promover uma injustiça (ps. 272-273).

7. Como disse Mervin Woods, "o conceito de personalidade jurídica tem uma finalidade válida, porém limitada e, de resto, a natu-

reza da sociedade (corporation) não é tão importante como as aplicações que se lhe podem dar. Trata-se de uma invenção jurídica que exige se desenvolvam e apliquem regras adequadas para seu uso. Essas regras, porém, não devem converter-se em imperativos. Não se deve permitir que seu emprego destrua valores a que o Direito reserve hierarquia superior" (*Lifting the corporate veil in Canada, The Canadian Bar Review*, dezembro de 1957, p. 1.176 e segs., especialmente p. 1.194).

"Os tribunais americanos vêm afirmando sempre que pode ser negada a personalidade da 'corporation' quando o que se pretende, por meio dela, é violar uma obrigação contratual" (William W. Cook, *A Treatise on the Law of Corporation Having a Capital Stock*, New York, 1923, §§ 663 e 664; Robert S. Stevens, *Handbook on the Law of Private Corporation*, 2ª ed., St. Paul, 1949, § 15, ps. 74 e 79).

Diante desses princípios, que ao mesmo tempo admitem a eficácia da simulação da sociedade, pela sua evidente utilidade, quando inocentes, mas lhe recusam os efeitos, quando usada para fins fraudulentos e ilícitos, é que se deve examinar a controvérsia destes autos.

Extremamente perspicaz a observação de Ascarelli de que as pessoas que formam tais sociedades, visando a separar e preservar um patrimônio pessoal ou tendo em vista outros motivos, notadamente as relações com o fisco, fazem-no, contudo, no interesse pessoal e não de uma coletividade; não querem, na verdade, um vínculo social.

Não foi por outro motivo que os dois principais litigantes, por si e como titulares do capital das sociedades, ao se reunirem para a separação dos dois grupos mencionavam os seus próprios nomes e não os das sociedades "holding". A menção das sociedades estava implícita, porque eram os seus diretores, com poderes absolutos conferidos pelos estatutos e pela legitimidade que lhes conferia a titularidade de todo o capital social de cada uma delas.

Não há razão, portanto, para a objeção de que o contrato é inválido por haverem os administradores convencionado em seu próprio nome, sobre bens que lhes não pertenciam, mas às sociedades.

8. Os estatutos de EMGAD coferem ao seu Diretor-Presidente, o Dr. Edgar G. de Almeida, poderes para alienar ou onerar imóveis e móveis da sociedade, assinar títulos, ações e cautelas (fls.). Os estatutos da Tamandaré autorizam a diretoria a adquirir, vender, hipotecar, gravar e alinar bens imóveis, transigir e rnunciar diretos (fls.).

Não obstante, alega-se que o contrato celebrado entre as partes é nulo e ineficaz, porque os administradores, signatários dos instrumentos, não foram autorizados pela assembléia geral, em ambos os lados.

Em tema de capacidade para a prática dos atos jurídicos, uma pessoa física, "sui juris", está sempre apta a praticá-los. Tratando-se de uma coletividade de pessoas, notadamente de uma sociedade civil ou comercial, se a maioria declara a vontade em determinado ato lícito, a ação de nulidade só se compreende deferida à minoria dissidente. Foi aliás a necessidade de proteção às minorias que fez gerar esse tipo de procedimento. "L'action en annulation appartient à chaque actionnaire. Il ne faudrait pas perdre de vue cependant que le droit d'intenter l'action en annlation est donné à l'actionaire dans son intérêt propre" (Pierre Coppens, *L'abus de Majorité dans les Sociétés Anonymes*, Louvain, 1955, nº 14). Roberto Goldschmidt compara as reivindicações das minorias nas sociedades ao libelo do Abade Sieyès, nas eleições dos Estados Gerais, antes da Revolução Francesa: Que é o Terceiro Estado no domínio político? Nada. Que quer ele? Ser alguma coisa. E Goldschmidt parafraseia: "Que são os pequenos acionistas na direção da sociedade? Nada. Que querem eles? Ter o direito de olhar sobre o emprego do seu dinheiro" (*Problemas Jurídicos da Sociedade Anônima*, Buenos Aires, 1946, nota 4 ao § 8º, tradução da edição original suíça por Dino Jarach).

Na espécie, os próprios signatários dos compromissos, que o subscreveram, plenamente informados da extensão dos seus poderes, é que outorgam procuração em nome próprio e em nome da sociedade "holding" para pleitear a nulidade. Mas é claro que a própria maioria e aqueles que representam a sua vontade estão impedidos de vir a juízo, em nome do interesse da minoria (minoria que, de resto, não existe de fato), argüindo um vício de que teriam sido os fautores. "Nemo auditur in judicio propriam turpitudinem allegans".

Como o próprio autor do ato vir dizer que não podia praticá-lo, por haver exorbitado dos poderes de que fora investido?

9. Além de falta de legitimação para o pedido, é este, "data venia", carente de fundamento.

É sabido que os administradores, independentemente de referência expressa nos estatutos, estão habilitados a praticar todos os atos que constituem o objetivo específico da sociedade (Vivante, *Trattato di Di-*

ritto Commerciale, vol. II, nº 556). No caso de autorização para alienar, a generalidade dos autores especializados em Direito Comercial interpreta de maneira estrita a disposição estatutária assim regulando: as compras e vendas seriam vinculadas aos objetivos sociais. Como disserta Alfredo de Gregório, "O órgão administrativo pode realizar todas as operações compreendidas no objeto social indicado no ato constitutivo; isto é, os limites à sua atividade são fixados não por uma analítica e completa enumeração de atos, senão por uma genérica conformidade desses atos ao objetivo social" (*De las Sociedades...*, Ediar, Buenos Aires, 1950, vol. I, nº 171).

Na espécie, não se depara disparidade alguma entre os objetivos sociais e a alienação feita, sob a forma de permuta, pelos administradores das duas sociedades "holding". A EMGAD não foi constituída especificamente para possuir ações da Cia. de Hotéis, da Administração Comércio e Participações ou de Sanatórios Brasileiros. O seu objetivo era a "administração comercial de bens móveis e imóveis, supervisão, organização e administração de quaisquer empresas nacionais ou estrangeiras, em funcionamento, atual ou futuro no País, emprestando-lhes assistências técnicas de quaisquer naturezas, ainda mais, notadamente, a exploração da indústria e do comércio de material hospitalar, sua importação e exportação e demais atividades permitidas pelas disposições legais e regulamentares aplicáveis" (fls.). Como se verifica, não consta dos fins sociais da EMGAD nem mesmo essa atividade de possuir ações de outras sociedades, de sorte que não é possível dizer que o seu administrador extravasou dos objetivos sociais, quando permutou umas por outras ações.

Quanto à sociedade Tamandaré, o seu objeto era a compra e venda de bens móveis e imóveis, participação em outras sociedades, podendo a sua diretoria adquirir, vender, hipotecar, gravar e alienar bens imóveis, transigir e renunciar direitos, exercer todos os poderes necessários à administração da sociedade (fls.). Não é lícito duvidar, portanto, de que não excederam os seus poderes quando contrataram de modo irrevogável a permuta de suas ações, tanto mais que, como também ocorre com a EMGAD, não foi constituída especificamente para possuir ações das quatro empresas pertencentes aos grupos.

Se, porém, as disposições estatutárias pudessem autorizar dúvidas sobre os poderes dos gerentes, por ultrapassarem os objetivos da sociedade, conforme a lição de Francisco Campos, invocada por Rui Carnei-

ro Guimarães (*Sociedades por Ações*, vol. II, nº 965) e Trajano de Miranda Valverde (*Sociedade por Ações*, vol. II, nº 627), a peculiaridade das duas sociedades "holding", em que os diretores concentravam a totalidade do seu capital, havia de conduzir o intérprete a uma inteligência ampla, extensiva, sem restrições, da cláusula relativa aos poderes dos diretores.

Mesmo porque não deixa de ser sofística a alegação de um desses diretores, de não poder cumprir o contrato por ser nulo o ato que praticara, sem autorização de uma assembléia geral. Pois estivesse de boa-fé, não teria dificuldade em ratificar o ato praticado, realizando uma assembléia totalitária ou mesmo uma assembléia convocada na forma da lei, onde a maioria absoluta dos seus votos asseguraria o cumprimento da palavra empenhada.

10. Não há mais o que dizer, a esta altura da evolução do Direito Brasileiro, sobre os efeitos jurídicos do compromisso de contratar. Essa espécie de contrato, sobre cuja denominação – pré-contrato, contrato preliminar, promessa de contratar, contrato preparatório, compromisso ou pacto de venda, contrato de compromisso etc. – os mestres não se entenderam ainda, passou a ser instrumento indispensável na estrutura do mundo moderno, não havendo mais quem lhe recuse os efeitos especificamente visados pelos contratantes.

Na sua obra "Compra e Venda", hoje um dos clássicos na nossa literatura jurídica, o insigne Prof. Darcy Bessone, da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, estuda o tema com profundidade, levado pela necessidade de demonstrar, pela sua comparação com o contrato de compra e venda, a verdadeira natureza deste último contrato.

Demonstra o renomado mestre, na obra mencionada, que é hoje geralmente admitido que o princípio da liberdade de contratar autoriza a celebração de qualquer convenção que não seja defesa, nos termos do Direito Positivo. Nada obsta que os interessados prefiram estabelecer relações convencionais através de dois contratos sucessivos. Com apoio em Coviello, mostra que o contrato preliminar não é, em relação ao definitivo, um "minus", em face de um "majus"; já se acha ultrapassada a fase em que foi considerado uma figura intermédia. É agora contrato autônomo. Não se suponha, todavia, que essa autonomia o conduza ao isolamento funcional. Pelo contrário, anda sempre ligado a outro contrato, circunstância que levou Carrara a dizer que o contrato

preliminar, embora dotado de autonomia, é "intimamente legato con l'intero processo di formazione del contratto definitivo", mesmo porque a sua razão de ser é obrigar as partes a concluí-lo (*Da Compra e* Venda, Ed. Bernardo Álvares, 1960, nº 37, p. 109).

Sobre a eficácia do contrato preliminar, demonstra Bessone que o seu objeto é o "contrahere", é o ato de contratar, uma vez que as partes se comprometem a celebrar, mais tarde, outro contrato, considerado principal ou definitivo. Quem contrata quer receber precisamente a prestação prometida, não outra. Leonardo Coviello acrescentou que o efeito do contrato reduzido a uma indenização de perdas e danos equivaleria a tirar-lhe a razão de ser, deixaria o contrato preliminar de ter como nota específica a de ser "una convenzione tendente ad un futuro contrahere".

Coube a Pothier, ao cogitar exatamente da promessa de venda, iluminar o caminho com a indicação de novos rumos. Ensinou o afamado civilista francês que a regra clássica – "nemo potest praecise cogi ad factum" – somente teria aplicação a respeito das obrigações de "faits extérieurs et corporels", como a de copiar cadernos. Mas o fato que é objeto de uma promessa de vender não é um "fait extérieur et corporel de la personne du débiteur; il peut le suppléer par un jugement, comme nous l'avons rapporté, qui ordennera que, faute par le débiteur de vouloir passer un contrat de vente, le jugement vaudra pour contrat" (ob. cit., p. 136).

Na jurisprudência, já não há mais precedente discordante desses princípios, amplamente vitoriosos, em todo o mundo civilizado. No Código Civil gaulês, o texto do art. 1.589 consagrou sem restrições a fórmula, ao dizer que a promessa de venda vale pela venda, quando nela acordaram as partes sobre a coisa e sobre o preço. O STF vem dando prestígio, à unanimidade, ao princípio da coatividade, apenas exigindo, nas promessas relativas a imóveis, que o contrato tenha sido inscrito no Registro de Imóveis, mas por efeito de lei censurável, "falha de técnica jurídica" como se expressou o Min. Orozimbo Nonato; a Lei nº 649, que alterou a redação do art. 22 do Decreto-Lei nº 58, de 1937, lei essa que veio semear confusão, ao "confundir executividade específica com a natureza real do direito".

No presente contrato, o contrato preliminar, celebrado entre autores e réus, versou sobre móveis, ou seja, ações de sociedade anônima. Não estava sujeito a registro e nem era da sua substância o instrumento

público. O princípio da coatividade pode, portanto, ter larga aplicação, em obediência, aliás, à lei, primeiramente o art. 1.006 do extinto CPC, Decreto-Lei nº 1.608, de 18.09.1939, e agora pelo CPC em vigor, Lei nº 5.869, de 11.01.1973, "in verbis": "Art. 639. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado".

As duas partes não chegaram a acordo apenas sobre os elementos essenciais do contrato. Começaram a sua execução ao realizarem a licitação para a escolha dos lotes; estabeleceram precisamente a forma do pagamento, inclusive prevendo a correção monetária das prestações. Essa cláusula era incensurável, porque decorrente de acordo bilateral, não infringindo nenhuma lei, antes, de acordo com a lei federal que instituiu a correção monetária na expropriação forçada, a fim de preservar a equivalência do preço com a coisa desapropriada.

Se as partes previram o instrumento público, para a lavratura do contrato definitivo, não foi porque isso se fizesse necessário, segundo a lei. O contrato não seria de mera confissão de dívida, mas contrato bilateral de permuta de ações, sendo o pagamento não resultante de uma promessa unilateral, mas tendo como causa o "over price" de um dos lotes permutados.

11. O falecimento do saudoso e brilhante advogado Dr. Tude de Lima Rocha e o afastamento do eminente e não menos competente advogado Dr. Laudo de Almeida Camargo que renunciou ao mandato, provavelmente constrangido e melindrado pela evasiva de seu ex-cliente, pretendendo pôr a coima de ilegalidade e ineficácia em contrato cuja minuta foi por ele elaborada, de comum acordo com o patrono da outra parte, esses dois fatos não podem constituir óbice para execução do compromisso. Há quase unanimidade na opinião de que, para a obrigatoriedade do contrato preliminar, basta que os contratantes tenham se posto de acordo sobre os elementos fundamentais do contrato. Darcy Bessone relata uma controvérsia que se feriu entre Vittorio Scialoja e Francesco Carnelutti, sobre uma decisão da Justiça italiana, que afirmou aperfeiçoar-se o contrato quando o consentimento se fixa sobre os "essentialia negotii". Pareceu a Scialoja que na formação de um contrato podem as partes dar valor decisivo a um dos elementos acidentais ou naturais. Da vivaz polêmica, em que os dois antagonistas não che-

garam a um entendimento sobre o conceito de essencialidade, conclui Bessone que os pontos essenciais, que a natureza do contrato revela decisivo, não podem ser supridos pelo juiz. "Mas os pontos não essenciais, nem objetiva nem subjetivamente, estes sim, podem, em qualquer contrato, não apenas nos preliminares, ser destinados tacitamente à regulação não convencional, isto é: seja da lei, dos usos, ou mesmo da eqüidade" (Darcy Bessone, ob. cit., nº 38 ps. 113-114).

Ora, não se pode dizer que a indicação de um advogado para a redação de um instrumento contratual seja ponto substancial da convenção, a ponto de livrar o cliente do compromisso, caso esse profissional se recuse a cumprir a incumbência. A aplicação da lei, a redação de um instrumento obediente aos seus cânones, não é como a feitura de uma obra de arte, a provocação de uma reação química ou a cura milagrosa de um enfermo, atos de que somente o artista, o cientista e o taumaturgo possuem a técnica, a fórmula ou a palavra cabalística. Um advogado pode ser substituído por outro, com a mesma competência e perspicácia, sem perigo para garantia do contratante.

12. Finalmente. Apegou-se o apelante varão à teoria da imprevisão, afirmando que as condições iniciais do contrato ficaram modificadas por acontecimentos imprevisíveis.

Esse fato teria consistido na denúncia do contrato de prestação de serviço que o INPS mantinha com o Sanatório, declarando a sociedade que o explorava inidônea para contratar com a Previdência.

Mas esse procedimento não era imprevisível, como é pacífico que deve ser, para admitir a aplicação da cláusula "rebus sic stantibus". Ao contrário, os contratantes referiram-se à investigação que estava sendo levada a efeito pelo Instituto, consoante se vê de fls.: "Em qualquer hipótese ou forma que se colime o objetivo que ora se define, expressa e formalmente, subsistirá sempre, para todos os fins e efeitos, a responsabilidade solidária e total dos Drs. Edgard Guimarães de Almeida e Octávio Marques Lisboa, sejam quais forem as conclusões a que chegar a Comissão de Investigação do INPS nos Sanatórios Brasileiros S/A..."

Se a atuação do INPS visava a investigar o que se passava no funcionamento do Sanatório, em suas relações com o Instituto, os seus responsáveis necessariamente estavam a par do que poderia ocorrer. E se o INPS praticou uma injustiça, o Poder Judiciário estava a postos, para corrigir qualquer desvio de poder.

O certo é que o fato não poderia mesmo influir sobre o compromisso, de vez que o Sanatório não foi fundado para prestar serviços ao Instituto de Previdência. Este era apenas um dos seus fregueses, não importando o seu afastamento em impedimento para que o estabelecimento continuasse a funcionar. A direção do Sanatório abriria os leitos, até então cativos, ao público em geral, admitindo clientes particulares, como já o fazia em relação a 250 doentes, quase a metade da lotação do hospital.

13. Argumentam ainda os apelantes com a ineficácia da notificação que lhes foi feita, a qual não fixou dia, hora e local para a lavratura do contrato.

Essa objeção só teria importância se os réus tivessem demonstrado a intenção de cumprir o pactuado, só o não fazendo em conseqüência das falhas da interpelação, impedindo que eles pudessem comparecer a um lugar certo para a lavratura do instrumento. Mas se demonstraram de modo inequívoco a sua discordância com a execução, pedindo mesmo a declaração de nulidade do compromisso, a notificação passou a ser de importância secundária ou, ainda mais, de negativa influência.

14. Não pode ser considerada também a alegação de que os réus tinham motivo para duvidar da exeqüibilidade do contrato, por haver sido convencionado que a diferença de valor seria paga ao Dr. Octávio Marques Lisboa, particularmente. Já se viu que a designação da pessoa jurídica tem reduzida importância na espécie, uma vez que serve apenas de cobertura à pessoa física de seu diretor. E este, pela ascendência que decorre da posse da quase totalidade das ações, estará apto a, em qualquer tempo, prestar contas aos demais acionistas, ou seja, a ele próprio das quantias que receber por conta da sociedade Tamandaré.

Por todos esses motivos, a sentença de primeiro grau estava a merecer integral confirmação.

Rio de Janeiro, 27 de maio de 1975 – Olavo Tostes, pres. e relator – Clóvis Paulo da Rocha – Sampaio de Lacerda, vencido com a seguinte declaração de voto: Mesmo nas chamadas sociedades anônimas "aparentes" não são dispensáveis as formalidades exigidas por lei. Nulidade de atos praticados pelos diretores da sociedade anônima em relação aos bens da sociedade, tais como ações de outras sociedades que

se incorporaram ao capital da sociedade. Proibição do art. 119 da Lei das Sociedades por Ações. Interpretação e sentido desse texto.

Trata-se de diversas sociedades anônimas constituídas com o número legal exigido de acionistas e que, entretanto, são substancialmente dominadas por uma só pessoa, visando a proporcionar-lhes a possibilidade de exercer o comércio com responsabilidade limitada. São as chamadas sociedades anônimas aparentes por Dominedo, também conhecidas por sociedades "fictícias" ou "unipessoais". Todas essas sociedades tinham como acionista dominante ou o Dr. Octávio Marques Lisboa ou o Dr. Edgard Guimarães de Almeida, sendo os restantes acionistas, em geral, parentes, com participação mínima.

Posteriormente constituíram eles duas sociedades anônimas, também do mesmo aspecto, isto é, a Tamandaré e a EMGAD, entrando para a constituição do capital social delas com as ações das outras antigas sociedades anônimas, formando, assim, a concentração de empresa do tipo "holding", ou seja, a participação acionária em outras sociedades anônimas, conforme se vê das escrituras de constituição (fls.), através dos laudos de avaliação nelas transcritos, em obediência à Lei das Sociedades Anônimas, por se tratar de bens que não dinheiro. Tempos depois, por um "termo definidor de compromissos e obrigações recíprocas" (fls.), assentaram e deliberaram a separação definitiva, radical e completa de seus interesses acionários nas empresas exploradas pela Cia. Universal de Hotéis, Administração Comércio e Participação S/A e Sanatórios Brasileiros S/A, termo esse firmado pelo que chamaram de Grupo Edgard Guimarães de Almeida, por este integrado e mais Erika Worobjow Almeida e EMGAD e Grupo Octávio Marques Lisboa, por este integrado e mais Judith Margot Marques Lisboa e Tamandaré e, após fixados os valores, estabeleceram a forma de realização do que constava do respectivo termo, conforme consta da ata lavrada em 27.07.1972 em reunião a que estiveram presentes os integrantes dos dois grupos (fls.).

Dessa documentação e pela síntese feita, vê-se que as ações daquelas sociedades, que seriam objeto de composição entre os dois grupos, ou melhor, para não falar em grupos, por não terem expressão jurídica, já que, entre nós, despidos de qualquer personalidade, entre as partes firmadoras do termo e presentes à reunião a que se refere a ata, na maioria pertenciam à Tamandaré ou à EMGAD, pois aos demais coube tão-somente a participação de uma ação para cada um deles.

Ora, as ações daquelas sociedades anônimas primitivas, pertencentes a Octávio, Edgard etc., uma vez constituindo as contribuições deles para a formação do capital social de Tamandaré e de EMGAD, passaram, desde então, a não ser mais da propriedade dos seus titulares e sim das próprias sociedades Tamandaré e EMGAD. Sobre isso não há dúvida alguma. E qualquer negociação acerca dessas ações só poderia ser por elas efetuada e, para tanto, não poderiam delas dispor nem os acionistas, nem seus diretores, sendo que estes só com o consentimento, por deliberação, da assembléia geral de acionistas, já que os estatutos tal não autorizavam. Trata-se, na hipótese, de bens sociais e, portanto, abrangidos pela proibição determinada pelo art. 119 da Lei das Sociedades por Ações. Nem se diga que, tratando-se de sociedade em que certos acionistas tenham a maioria das ações, desnecessária seria a aprovação em assembléia, porque forçosamente esta deliberaria autorizando a operação. Mas, as sociedades anônimas são organizadas de acordo com a lei e devem funcionar em obediência às exigências legais. Devem viver sob o amparo da lei, respeitando os seus textos. Indispensável a realização da assembléia para esse fim, mediante convocação na forma da lei, com a devida publicidade. O fato de se tratar de sociedade anônima do tipo familiar não dispensaria as providências legais, por que não deixam elas de ser sociedades anônimas por esse fato e, assim, não podem fugir às formalidades impostas. Se querem os acionistas majoritários agir livremente, como meros comerciantes individuais, que não instituam tal sociedade. Se as constituem sob essa forma para obterem as vantagens da responsabilidade limitada, com a diminuição de riscos e quiçá dos benefícios fiscais, que se sujeitem às normas e rigores a elas impostos. Bem se queira exemplificar com o Direito norte-americano porque lá diversos Estados federados admitem, por lei, expressamente, as sociedades anônimas de um só sócio (Michigan, Iowa, Arkansas, Illinois, Kentucky, Missouri, Nebrasca, New York, Oregon, South Caroline, Washington, Wisconsin, Wyoming). Às vezes as assembléias gerais podem deliberar sobre assuntos que interessam não apenas aos acionistas, mas a terceiros que em tais condições, devem estar prevenidos dessas reuniões. Seria, por exemplo, o caso dos debenturistas, ou até do próprio Poder Público ou da coletividade. Não que possam eles vir a comparecer à assembléia, porque esta é só de acionistas. Mas para alertar os próprios acionistas ou tentar qualquer medida que possa impedir uma deliberação prejudicial até à

coletividade. Na hipótese poderia haver interesse social, como se vê ao se invocar os problemas surgidos com o INPS, interessado na exploração do Sanatório e que, talvez, a operação realizada não interessasse. Desse modo, sem aquela formalidade, não podiam os diretores da Tamandaré e da EMGAD transacionar daquela forma com as ações destas sociedades incorporadas aos seus patrimônios e, por isso, em relação a essas ações a operação realizada não pode ser considerada válida. Nula é ela. Não por falta dos patronos que formularam aquele prévio contrato, porque prévio fora justamente para que se fizesse o ato final após a observância das formalidades legais. Como, todavia, desse ato nulo participaram tanto autores e réus, em suas qualidades individuais, esses últimos não podem agora invocar quaisquer direitos resultantes de sua própria ação, cuja responsabilidade deflui dos termos da lei. Mas, em relação à EMGAD, como titular das ações, objeto da presente ação, indevidamente transacionadas, não está ela obrigada a atender a um ato nulo. Também não se alegue que estavam seus diretores autorizados a alienar porque consta tal poder dos estatutos (fls.), pois a alienação ali referida diz respeito não à alienação de bens da sociedade e sim para as operações atinentes aos seus objetivos, isto é a administração de bens, móveis ou imóveis, compra e venda desses bens etc.

Quando o art. 119 da Lei das Sociedades por Ações declara a possibilidade de o diretor alienar bens da sociedade se autorizado pelos estatutos, há evidentemente necessidade que essa determinação seja feita de forma expressa, como diz o texto, e não pela simples inclusão, dentre os atos de competência do diretor, da prática desse ato. Do contrário, constituiria a supressão total dos poderes soberanos da assembléia geral. Ora, no caso, a competência estatutária dada ao presidente para alienar bens sociais (fls.) não o autorizava a assim agir independente da autorização da assembléia. Trata-se de mera competência executiva, para assim agir, desde que autorizado pela assembléia geral de acionistas.

Por essas razões é que votei vencido, para negar provimento à primeira apelação e dar provimento à segunda apelação para julgar improcedente a ação e procedente a reconvenção, e condenar os autores nas custas e em honorários de advogado na base de 15% sobre a soma dos valores atribuídos à ação e à reconvenção.

Emgad-Tamandaré (II)

(*RT*, 492/216)

SOCIEDADE COMERCIAL – Sociedade Anônima – Empresa "holding" – Ações de subsidiária – Alienação – Faculdade – Embargos rejeitados.

Cabe nos objetivos sociais das empresas "holding" a alienação das ações das subsidiárias.

Embargos infringentes na apelação nº 90.170 – Rio de Janeiro – Embargantes: Edgard Guimarães de Almeida e outros – Embargados: Octávio Marques Lisboa e outros.

RELATÓRIO

Os litigantes, como pessoas físicas, organizaram quatro empresas de objetivos diferentes, participando, por igual, da formação do capital de cada uma delas. Participação acionária absolutamente igual.

Depois, constituiu cada um deles uma empresa "holding", da qual tinha cada um o controle absoluto e a propriedade exclusiva, já que os demais acionistas somente apareciam para completar o número mínimo legal de sócios dessas sociedades anônimas que organizaram isoladamente. Para cada uma das sociedades "holding" era transferido o montante das ações que os seus fundadores tinham nas quatro sociedades "hold", sociedades subsidiárias.

Essas sociedades "holding" somente existiam, como é da sua essência, para o controle e direção das suas subsidiárias.

Resolveram, depois, apartarem-se os antigos associados. Após as necessárias tratativas e diligências, elaboraram, assistidos por seus eminentes patronos, o pré-contrato de fls. a que deram as qualidades de "irretratável e irrevogável" e onde, desde logo, definiram e acertaram os pontos básicos desse amplo distrato. Previram antes a organização de dois lotes de empresas e as fizeram avaliar, para, a seguir e median-

te licitação, também anunciada, decidir, como decidiram de fato, a respeito de qual a sociedade "holding" que iria ficar com cada lote, em propriedade exclusiva, acertando, como fizeram, em definitivo, essa destinação, a torno e o modo de pagar-se essa reposição. Foi previsto, também, um contrato definitivo, por instrumento público, com minuta a ser elaborada pelo então patrono dos embargantes, Dr. Laudo de Almeida Camargo, minuta que redigiu e que foi aprovada pelo patrono dos embargados, o saudoso Tude de Lima Rocha. Aceitos os termos da minuta pelos embargados, a ela os embargantes negaram adesão, bem como não cumpriram os embargantes o que ficara assentado no pré-contrato.

Depois das providências judiciais que entenderam pertinentes – a notificação e o arresto – ingressaram em juízo os embargados, com ação ordinária julgada procedente na 19ª Vara Cível da Comarca da Capital (sentença de fls.), sendo ali também repelida a reconvenção dos embargantes.

Visava a ação a obter o coativo e exato cumprimento do acertado no pré-contrato. Fundava-se a contestação em que o contrato seria nulo e ineficaz, já que, para a permuta de ações, objeto do pré-contrato, não fora dada a indispensável autorização pela assembléia geral extraordinária, a de cada empresa "holding". Além disso, estabelecera o pré-contrato que o contrato definitivo seria elaborado pelos mencionados advogados Laudo e Tude, o que se tornou impossível, uma vez que o primeiro deixara a causa e o segundo falecera. Tinha, ainda, o contrato condição ilegal, a de receberem pessoalmente os acionistas diferenças que eram da sociedade. Não teria, também, o contrato execução específica, mas dava origem apenas a perdas e danos. Houve, ainda, fato imprevisto, a queda dos serviços hospitalares pagos pelo INPS, o que permitiria invocar-se a cláusula "sic rebus". E mais: os juros e a correção monetária seriam contra a lei.

Postulou-se na reconvenção a nulidade do contrato preliminar ou o seu cumprimento, mas somente depois de se verificarem pericialmente os valores dos lotes em face das modificações posteriores.

Apelaram os vencidos, as pessoas físicas e as jurídicas, dando lugar a dois recursos distintos e autônomos.

A 8ª Câmara Cível, por unanimidade, negou provimento a um agravo no auto do processo e rejeitou as preliminares levantadas. Por maioria, negou provimento a ambas as apelações. Foi voto vencido o

Des. Sampaio Lacerda. Negava S. Exa. provimento à primeira apelação, mas acolhia a segunda, para, em conseqüência, julgar a ação improcedente e condenar os autores nas custas e em honorários.

Fundava-se em que, mesmo nas sociedades anônimas aparentes, isto é, naquelas em que há realmente um só dono das ações, não são dispensáveis as formalidades exigidas por lei para a alienação de bens e que, por isso, seriam nulos os atos dos diretores de sociedade anônima com relação aos bens dessas sociedades, já que o art. 119 da Lei das Sociedades Anônimas proíbe uma tal alienação pela forma por que se processou.

Com base nesse voto, vieram os presentes embargos, sendo eles impugnados.

À Revisão.

Rio, 28 de dezembro de 1975.

Hamilton Moraes e Barros, Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de embargos infringentes na apelação cível de nº 90.170, em que são embargantes Edgard Guimarães de Almeida e outros e embargados Octávio Marques Lisboa e outros: Acordam, à unanimidade, os Juízes do 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, preliminarmente, em não conhecer dos embargos manifestados pelos dois primeiros embargantes e conhecer dos embargos dos terceiro e quarto embargantes, para os rejeitar. Integra este o relatório de fls.

O recurso dos dois primeiros embargantes não pode ser conhecido. A apelação que ofereceram a fls. não teve provimento, unanimemente. Inexistindo, quanto a eles, qualquer divergência no julgado recorrido, sua impugnação não pode ser objeto de consideração neste colégio "ad quem". O recurso deles, adversando a sentença de primeiro grau, foi recurso autônomo, independente do apelo formulado pelas sociedades comerciais que representam.

Mostram os autos que não se trata de transferência de bens de qualquer sociedade a qualquer diretor, mas de permuta de ações na qual os componentes de um grupo financeiro, ou, mais precisamente, os donos de uma empresa "holding", reciprocamente, por contrato nesta parte definitivo, transferiram aos donos da outra empresa "holding", as ações das empresas de que se desfaziam. Nesse documento, o de

fls., definido e definitivo nesta parte, acertaram os contraentes a composição dos lotes, fixando-se a soma correspondente à diferença de valores, dispondo-se, ainda, sobre tempo e forma de pagamento, bem como sobre os juros e correção monetária, que fluiriam.

Para esse contrato, de permuta de ações, não exige a lei nenhuma forma especial, ou solene, "ad substantiam". A prova escrita, que houve, formalizada, perfeita, acabada, foi e é apenas "ad probationem", nos termos do art. 141 do CC. O ajuste feito para a permuta foi, assim, inatacável quanto à forma de sua existência.

É certo que no documento de fls. fora prevista uma outra declaração de vontade, a ser feita por instrumento público. Tal peça, entretanto, seria para formalizar a confissão de dívida, não para confessá-la, ou mostrar-lhe a causa e o montante, pois que isso já era certo e tranqüilo e traduziu a vontade das partes manifestada induvidosamente no documento de fls.

O instrumento público previsto era mais para a execução do contrato do que para definir os direitos e as obrigações já acertados no documento de fls. É ele verdadeiro contrato. No caso, a permuta de ações é contrato meramente consensual, não estando sujeita nem a registro posterior, nem a instrumento público, para valer entre os seus signatários. Não se confunde registro para valer contra terceiro, aqui dispensável, com a lavratura do termo de transferência de ações nominativas – ato de execução do já acertado.

O contrato que celebraram os litigantes a fls. teve como objeto bens móveis, isto é, a compra e venda e a permuta de ações.

Não se pode negar ao documento de fls. a natureza de um contrato, no ponto da permuta, da fixação da torna, já definido, perfeito, acabado, definitivo.

Se, entretanto, porque se fala no outro instrumento público a ser elaborado, para a formalização da confissão da dívida ali já feita, se pretender ver no documento de fls. não um contrato já definitivo de permuta, mas um pré-contrato, ou contrato preliminar, ainda aqui a classificação não beneficiaria os embargantes.

É que a compulsoriedade do adimplemento, ou a coatividade da execução específica é garantida no nosso Direito, seja pelo art. 1.006 do CPC de 1939, seja pelo diploma vigente, no art. 639. Perfeitas e definidas as obrigações dos litigantes, comportam elas a execução "in natura".

Não invalida a existência das obrigações assumidas a invocação do art. 119 da Lei das Sociedades por ações. Não veda a lei, de modo absoluto, a alienação dos bens sociais. Entre outras proibições, eis a que interessa à hipótese: não podem os diretores alienar bens sociais sem expressa autorização dos estatutos ou da assembléia geral. Se essas alienações constituem objeto da atividade econômica da sociedade, podem ser feitas até independentemente da autorização expressa dos estatutos ou da assembléia geral.

Acontece que o poder de alienar os bens da sociedade, móveis ou imóveis, consta dos estatutos sociais das duas empresas "holding" em litígio. E nem se compreenderia fosse diferente, dada a especial natureza de ambas, empresas unipessoais, sociedades comerciais fictícias que são.

A sociedade líder, a "Holding Co.", como é da sua essência, é justamente aquela que é dona das ações das companhias subsidiárias, ou as controla.

Dona das ações, pode aliená-las, pois o objetivo das "holdings" é controlar interesses. E o interesse pode determinar a conserva, a alienação, a gravação, a permuta etc. O objeto social da "holding" é o controle de outras sociedades comerciais. A compra e a venda de ações incluem-se entre os seus atos normais de gestão. Sozinha, ela não comercia, não empreende. Dentro do seu objetivo social cabem as alienações das ações das subsidiárias, de essência negociáveis, transmissíveis.

Tem importância teórica e prática em tema de sociedades mercantis a distinção entre bens patrimoniais e bens operacionais.

Os bens operacionais de uma sociedade comercial "holding" são, exatamente, as ações das companhias subsidiárias sob seu controle, o que também torna impertinente e sem sentido a alegação dos embargantes da nulidade do ato de alienação recíproca de ações.

De outro lado, cumpre considerar que placita o nosso Direito Processual a existência de pedidos alternativos. Tais pedidos, entretanto, têm de ser compatíveis, isto é, derivarem todos da mesma e única razão de pedir. Eis por que se contradizem os embargantes quando pleiteiam ou a nulidade do pré-contrato, ou o seu cumprimento, mas depois de satisfeitas condições que os embargantes dizem ser de justiça. Não se pode pedir a anulação de um contrato ou o seu cumprimento, com adições. Isso não é pedido alternativo. É opção a fazer-se no exercício do direito de ação, pois que se trata de concorrência ou con-

curso de ações, em que a eleição de um caminho importa no automático fechamento do outro. Essa opção, não feita pelo titular do direito subjetivo, não é de delegar-se ao julgador.

Os embargantes, a fls., dizem que o ajuste entre os litigantes cuida da transferência de ações, a fim de que o controle acionário das empresas fique com exclusividade em mãos de um e de outro grupo.

Os litigantes Drs. Edgard e Octávio eram os proprietários exclusivos das ações das companhias "holding" que criaram. As outras ações e acionistas apenas existem o quanto bastava para atingir o número mínimo legal de sócios.

Se é sincero o entendimento dos embargantes, de que precisavam de prévia autorização das assembléias, para realizar a alienação, por que previamente não a obtiveram?

Se fosse esse o real empecilho a que honrassem a palavra empenhada, por que não houve uma assembléia posterior, para o fim de ratificar o ato de pretensa duvidosa legitimidade?

A realidade é que a autorização prévia ou a ratificação eram totalmente desnecessárias, como já se viu, porque uma tal permissão estava nos estatutos das duas sociedades e era o negócio do objeto social delas. Além do mais, as sociedades eram sociedades comerciais "fantasmas", "fictícias", "imaginárias", ou "unipessoais", como têm sido batizadas pela doutrina. No caso, não era o Dr. Edgard o dono, o diretor, o controlador absoluto das suas sociedades? A invocação do pretenso erro é para beneficiar-se dele, o que é há dois milênios verberado: "nemo cencetur turpitudinem suam alegans".

Poder-se-ia invocar, também, aqui e com toda a propriedade, a teoria da "disregard of legal entity", também conhecida pelo nome de "lifting the corporate veil", ou seja, a possibilidade jurídica de declarar-se a *ineficácia especial* da personalidade jurídica, para determinados efeitos, prosseguindo-se, todavia, a mesma personalidade, vida distinta dos sócios, para os efeitos legítimos.

É o meio que encontrou o Direito e sancionaram os tribunais, para evitar seja a fraude, seja a simulação não inocente, seja o abuso de direito. Nestes casos, como anuncia por seus nomes a conhecida e válida teoria, desconsidera-se a pessoa jurídica, ou levanta-se o véu societário, para, em realidade, enxergar e tratar o real, o efetivo sujeito do direito.

O voto vencido apenas feriu o problema da nulidade. Não acolhe nem repele os outros fundamentos da apelação por ele provida. É, assim, restrita a divergência à validade da operação feita, o que determinaria o seu desfazimento.

Rio de Janeiro, 7 de abril de 1976 – José Murta Ribeiro, pres. – Hamilton Moraes e Barros, relator.

Emgad-Tamandaré (III)

(RTJ-STF, 93/320)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 88.591 – RJ
(Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Thompson Flores

Recorrentes: Edgard Guimarães de Almeida e outros – Recorridos: Octávio Marques Lisboa e outros

Sociedade anônima. Empresas holding e as empresas subsidiárias. Cabe nas empresas holding a alienação das ações subsidiárias. A vontade social nas empresas fictícias. Validade dos atos do diretor, reconhecida pelo exame das provas gerais e dos contratos.

II. Recursos Extraordinários que se não conhecem, fundados nas Súmulas 354, 355, 284, 454, 279 e 291 (R.I., art. 305).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, não conhecer dos recursos.

Brasília, 05 de junho de 1979. – Thompson Flores, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Thompson Flores: A parte expositiva do acórdão proferido na apelação interposta pelos ora recorrentes, bem expõe a controvérsia:

Diz ela, fls. 344/6:

"1. Os litigantes, pessoas físicas, constituíam dois grupos que se associaram em várias empresas, cada um com cinqüenta por cento do

capital na "Cia. Universal de Hotéis", "Administração Comércio e Participações S/A", "V.T. Viagens e Turismo S/A" e "Sanatórios Brasileiros".

Em 1968 o Dr. Edgard Guimarães de Almeida e o Dr. Octávio Marques Lisboa organizaram sociedades anônimas, nas quais detinham a totalidade do capital, em seu nome e no de suas mulheres, figurando outros acionistas, cada um com uma ação apenas, somente para cumprir a lei no tocante ao número indispensável de acionistas. Para essas sociedades, sob a denominação, respectivamente, de "EMGAD – Empreendimentos Gerais e Administração S/A" e "Tamandaré – Empreendimentos e Participações S/A" transferiram os dois sócios a totalidade ou quase a totalidade das ações que possuíam das empresas já mencionadas.

Em 1971, os dois sócios decidiram dissociar-se e, depois de vários entendimentos, celebraram um contrato preliminar (Termo Definidor de Compromissos e Obrigações Recíprocas, f. 9), no qual se "comprometeram e se obrigaram, em caráter irrevogável e irretratável" ao seguinte: os acervos da Cia. Universal de Hotéis e da "Administração Comércio e Participações" constituíam um lote e a "Sanatórios Brasileiros" outro lote; proceder-se-ia a um levantamento técnico contábil dessas empresas e à avaliação dos seus imóveis e demais bens, fundos e valores, obrigando-se os dois associados a acatar as conclusões da auditoria e das avaliações; concluídos esses levantamentos e avaliações, reunir-se-iam os dois grupos, para manifestar sua preferência por qualquer dos lotes, procedendo-se a licitação no tocante ao preço e melhores condições de pagamento, fazendo-se a reposição da diferença do valor maior, mediante o pagamento de um ao outro, em prestações mensais acrescidas de juros da mora e correção monetária. Esse compromisso preliminar foi convencionado em 25 de agosto de 1971 e, em 27 de julho de 1972, concluída a apuração dos valores, reuniram-se os dois grupos para licitar, cabendo ao grupo Edgard Guimarães de Almeida o lote representado por "Sanatórios Brasileiros S/A" e ao Dr. Octávio Marques Lisboa o outro lote, repondo o primeiro ao segundo, na forma já prevista, em prestações mensais de Cr$ 60.000,00 com juros e correção monetária, a diferença de valor, no montante de Cr$ 5.174.432,00. Deliberado ficou ainda que os advogados das partes, respectivamente Dr. Laudo de Almeida Camargo e Tude de Lima Rocha, elaborariam, para assinatura das partes, no prazo máximo de oito dias, os instrumentos competentes.

2. A minuta dos contratos foi elaborada pelo Dr. Laudo de Almeida Camargo e aprovada pelo Dr. Octávio Marques Lisboa, mas, segundo alegam os autores na inicial, passou o Dr. Edgard Guimarães de Almeida a fugir ao pactuado, exigindo o acréscimo de cláusulas, inteiramente novas, que alteravam fundamentalmente o que fora pactuado.

Em face desse comportamento e não obstante haver prazo determinado, para o cumprimento das obrigações, os autores notificaram os réus para, em 48 horas, operarem a transferência das ações, formalizarem a confissão de dívida relativa à diferença de valores, notificação essa processada junto com a medida preventiva de aresto, em apenso.

Em seguida, ingressaram com a presente ação, em que pedem sejam os réus condenados a transferirem para eles, autores, todas as ações da "Cia. Universal de Hotéis" e de "Administração C. e Participações S/A" de que são possuidores, em nºs de 73.495 e 87.495, respectivamente, e a pagarem solidariamente a quantia de Cr$ 2.587.115,00, em prestações mensais de Cr$ 60.000,00, acrescida de juros e correção monetária a partir do 12º mês, além de honorários de advogado e custas.

Os réus contestaram e ofereceram reconvenção. Alegam que o contrato é nulo e ineficaz, porque à permuta das ações não foi dada autorização, como seria indispensável, pelas assembléias gerais de acionistas das duas empresas "holding" e não poderiam os diretores contratar pessoalmente, tendo por objeto ações das sociedades em que eram simples acionistas, ainda mais percebendo um deles vantagem pessoal, decorrente das diferenças de valores. Acrescentam que nos pré-contratos estabeleceu-se como fundamental que as minutas dos contratos definitivos seriam elaboradas pelos Drs. Laudo de Almeida Camargo e Tude de Lima Rocha, o último dos quais já falecido e o primeiro tendo deixado de patrocinar os interesses do réu, ficando, portanto, tal condição sem possibilidade de ser observada. O acordo estabelecia uma condição ilegal que o contaminava, qual o de receberem os acionistas, pessoalmente, pagamento de diferenças que competiam às sociedades. Os contratos preliminares, envolvendo obrigações de fazer, não autorizam execução coativa, senão ressarcimento de perdas e danos, que os autores não incluíram no pedido. Ocorreu fato superveniente e imprevisível, a intervenção do INPS em "Sanatórios Brasileiros S/A" e a declaração de sua inidoneidade para contratar com a Previdência Social, do que sobreveio queda vertical no faturamento desse estabelecimento, que passou a ter apenas duzentos e cinqüenta leitos, dos 550 de

que é dotado, ocupados por doentes particulares. Além disso, pactuou-se uma modalidade de pagamento em prestações mensais, acrescidas de juros e correção monetária, o que é contrário à lei e à jurisprudência pacífica do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Na reconvenção, os réus pedem seja declarada a nulidade dos contratos preliminares ou que se determine o seu cumprimento, mediante novos valores a serem apurados em perícia, considerados os fatos supervenientes que fizeram decrescer os valores de um dos lotes.

Despacho saneador de fl. 198 v., ao qual os réus opuseram agravo no auto do processo (fls. 202 e 200), à vista de haver o seu ilustre prolator se omitido sobre o exame pericial contábil.

Na longa sentença de fls. 236 e 249, o Dr. Juiz julgou a ação procedente.

Inconformados, os réus vieram com as apelações de fls. 251 e seguintes e 285 e seguintes, reproduzindo suas alegações anteriores, inclusive o agravo no auto do processo, acrescentando a preliminar de nulidade, uma vez que o Dr. Juiz não se pronunciou sobre a medida preventiva de seqüestro."

2. A Eg. 8ª Câmara Cível, em acórdão de 27 de maio de 1975, unanimemente, negou provimento ao agravo e à 1ª apelação, interposta por Edgard Guimarães de Almeida e Érica Worobjon Almeida, bem como rejeitou as preliminares suscitadas, e, por maioria, negou provimento à 2ª apelação, interposta por EMGAD – Empreendimentos Gerais e Administração S/A.

A ementa do longo e minucioso decisório é a seguinte, fl. 343:

"Sociedade Anônima. Poderes do Administrador. Os poderes do diretor, ao qual é cometida a administração, medem-se pelos estatutos ou pelas resoluções das assembléias gerais. Presumindo-se que os de alienar e deixar em garantia real os bens sociais devem ser exercidos em conformidade com os fins da sociedade. Nas sociedades em que os diretores concentram as ações do capital em sua maioria, as cláusulas dos estatutos relativas a poderes do administrador devem ser interpretadas extensivamente.

Promessa de contratar. Admite execução coativa, se contém acordo a respeito de todos os elementos formativos do contrato principal e não importa em constrangimento à liberdade pessoal do promitente.

Cláusulas *rebus sic stantibus*. O fato superveniente, com o efeito de desobrigar o devedor, é o fato imprevisível e imprevisto, que as circunstâcia do momento do contrado não permitiam adivinhar."

3. Fundados no voto vencido, opuseram os demandados embargos infringentes, fls. 327 e seguintes.

O Colendo 4º Grupo de Câmaras Cíveis, em acórdão de 07.04.76, preliminarmente, não conheceu dos embargos manifestados pelos dois primeiros embargantes, Edgard Guimarães de Almeida e Érica Worobjon Almeida, conhecendo, todavia, dos terceiro e quarto, EMGAD – Empreendimentos Gerais e Administração S/A e Sanatórios Brasileiros S/A, rejeitou-se porém, em julgado unânime que assim se ementou, fl. 495:

"Sociedade anônima. A empresa Holding e as empresas subsidiárias. Cabe nos objetivos sociais das empresas Holding a alienação das ações das subsidiárias. A vontade social nas empresas fictícias. A *Disregard Doctrine*."

4. Daí os três recursos extraordinários, interpostos às fls. 502/30, 532/43 e 546/612, o primeiro manifestado contra a decisão da Câmara na parte unânime, os dois últimos, contra aquela proferida pelo Grupo.

5. Inadmitidos pelo despacho de fls. 650/3, resultaram, todavia, processados, com o provimento do Ag. nº 70.927 pelo eminente Ministro Antonio Neder, segundo autos apensados.

6. Subiram então os autos a esta Corte com razões de ambas as partes, postulando os recorrentes em 15.08.78, *ut* petição de fl. 770, invocando o art. 265, II, do Código de Processo Civil, a suspensão da instância por sessenta dias.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Thompson Flores: (Relator) – Não conheço dos recursos.

2. A eles se referindo e precisando sua fundamentação, disse o despacho presidencial, fls. 650/2:

"Três, e todos com fulcro nas alíneas *a* e *d* do permissivo constitucional, os recursos extraordinários ora apreciados no que tange aos seus requisitos de admissibilidade.

O primeiro recurso (fls. 502-530) é manifestado contra a parte unânime do acórdão de fls. 343/358, da E. 8ª Câmara Cível, que negou provimento ao agravo no auto do processo contra o indeferimento de perícia, e rejeitou a preliminar de nulidade por falta de decisão no procedimento de arresto.

Relativamente ao agravo, sustentam os recorrentes que o desacolhimento da vistoria – pela qual haviam protestado para apurar o valor atualizado do patrimônio de uma das partes contratantes, que deveria ser permutado pelo patrimônio de outra – importou em sacrifício para os recorrentes. Quanto à falta de julgamento do arresto, alegam que, embora se trate de nulidade não cominada, a sua decretação seria inarredável, dado que as ações são conexas e, assim sendo, teriam que correr juntas, a fim de serem decididas simultaneamente, na forma do disposto no art. 105 do Código de Processo Civil. Ademais, no caso em exame, não existiria dívida líquida e certa que pudesse ser exigida em ação executiva e, conseqüentemente, dar ensejo ao arresto.

O segundo e o terceiro recursos (fls. 532-543 e 546-613) são manifestados contra o acórdão de fls. 495/500, do Colendo 4º Grupo de Câmaras Cíveis, que não conheceu dos embargos oferecidos pelos ora segundos recorrentes e rejeitou os apresentados pelos ora terceiros recorrentes. Em ambos os recursos são apresentadas as mesmas questões (fls. 535-536 e 551-552): a) que as pessoas físicas, acionistas e administradores das pessoas jurídicas, constituídas em grupos, não podiam transacionar a permuta de ações das pessoas jurídicas, a estas pertencentes, ficando ainda as pessoas físicas com a parte em dinheiro, desfalcando o patrimônio das pessoas jurídicas. Estariam vulnerados os arts. 119 e 120 da Lei das Sociedades por Ações; b) que se tornou impossível a efetivação do negócio, porque os dois advogados aos quais atribuíram as partes contratantes a tarefa de apresentarem a minuta definitiva não mais podiam desincumbir-se do propósito, um, por desistência, outro, por falecimento; c) que, ainda, tendo as partes contratantes tornado da essência do negócio a escritura pública, já assim prescrito em lei, era lícito a qualquer delas arrepender-se do negócio, nos termos do art. 1.088 do Código Civil; d) que fatos supervenientes tornaram irrealizável o negócio nas bases primitivamente ajustadas,

aplicando-se ao caso a regra *rebus sic stantibus*; e) por se ter tornado impossível o objeto da transação e pela inobservância de formalidade exigida em lei, o contrato se tornou írrito e nulo, de pleno direito, nos termos do art. 145, II e III, do Código Civil; f) que os recorridos, na inicial da ação, pleitearam uma coisa e os julgados deram outra, diversa, configurando o ato-julgamento *extra petita* contrário ao disposto nos arts. 2º, 128 e 460, do Cód. de Proc. Civil."

3. É de acolher de logo a preliminar suscitada pelos recorridos em sua impugnação de fl. 615, no pertinente ao 2º recurso, manifestado a fls. 532-43, contra o julgamento do Grupo, por Edgard Guimarães de Almeida e Érica W. Almeida, pois que a matéria nele versada, objeto de sua apelação, quando figuraram como 1ºs. (primeiros) apelantes, resultou improvida, unanimemente. E foi por isso que o Colendo Grupo não conheceu dos embargos infringentes por eles opostos.

Dito recurso, pois, é tardio, nos termos das Súmulas 354 e 355.

4. Passo ao exame dos demais.

Apreciando o tema do primeiro, afirmou o aresto proferido pela Colenda 8ª Câmara, fls. 346/7:

"O agravo no auto do processo, interposto antes da vigência do atual Código de Processo Civil, não merece acolhimento. Visava a produção de prova pericial contábil de nenhuma utilidade para o desate do litígio. Os fatos em que se apóiam os réus na articulação dos artigos da defesa, inclusive o decréscimo do faturamento do Sanatório, em decorrência da interrupção do contrato com o INPS não estão contestados, não dependendo, portanto, de confirmação através de exame pericial.

O Dr. Juiz, realmente, não se pronunciou sobre o pedido de arresto, deferido liminarmente, mas contestado pelos requeridos. Mas isso, como se vê do apenso, por culpa dos próprios interessados que despacharam pedido de suspensão da instância (fl. 108) e jamais promoveram o seu andamento. A medida preventiva tem processo autônomo e, embora pareça esdrúxulo que continue inapreciada, quando já terminou o processo da ação principal, não há disposição legal que torne nulo o julgamento principal, por esse motivo. A medida cautelar visa a execução, não é preliminar ou prejudicial do mérito da controvérsia. Não há, pois, como declarar uma nulidade que não está prevista em qualquer disposição legal."

Dito recurso não atende às exigências da Súmula 284. Na longa petição não precisaram os recorrentes qual o preceito legal a que o acórdão negou vigência e porque o teria feito, nem ao transcrever tópicos de decisões, procuraram, de seu confronto com o acórdão impugnado, demonstrar a discrepância que entre eles lavra.

Sem o maior préstimo, pois, a irresignação, para lograr o propósito dela deduzido (R.I., arts. 304 e 305).

Resta o último dos recursos, o de fls. 546/613.

Investe ele contra o aresto proferido nos embargos infringentes.

Com sua rejeição, resultou, mantido em sua integridade, o acórdão proferido na apelação.

Convém, porém, de logo, sinalar, e já o fizera o aresto aqui impugnado e proferido nos embargos, que o voto vencido cinge-se a concluir pela nulidade dos atos praticados pelos diretores da S/A em relação aos bens da sociedade, com a transferência das ações, e isto porque atentaria contra o disposto no art. 119 da Lei das Sociedades Anônimas.

Daí a limitação dos embargos, os quais confinaram-se a este único aspecto residual do litígio.

Conseqüentemente o recurso extraordinário, ainda que interposto com maior extensão, e no particular merece apreciado.

E quanto a ele se diz que, dando como válidos os atos dos diretores teria denegado vigência ao citado art. 119, e dissentido de arestos de outros tribunais.

A propósito, e para maior compreensão da matéria, convém rememorar o acórdão proferido na apelação, ao esclarecer, e, após, concluir, fls. 347/53:

"Para uma visão exata dos entendimentos processados entre os dois litigantes, Dr. Edgard Guimarães de Almeida e Dr. Octávio Marques Lisboa, é indispensável tomar conhecimento das sociedades por eles criadas, para figurar como proprietárias de estabelecimentos de que, na verdade, eram donos virtuais.

A sociedade EMGAD, por exemplo, a que pertenciam cinqüenta por cento das ações das quatro empresas pertencentes aos dois grupos, foi constituída por escritura pública, com o capital de Cr$ 3.800.000,00 em 1968, capital esse dividido em 3.800.000 ações no valor nominal de um cruzeiro cada uma, todo integralizado através de incorporação de bens móveis e imóveis. Dessas ações, 2.992.083 pertenciam ao Dr. Ed-

gard Guimarães, 807.853 a sua mulher D. Érica Worobjon, uma ação a Carlos Fernandes Fortes de Almeida, 23 a Edgard de Azevedo Motta, 31 a Nikolau Worobjon, oito a Augusto Guimarães Filho e uma a Eduardo Mendy Ruiz *ut* cert. fls. 150 e segs.

Trata-se portanto, de uma daquelas sociedades a que Tullio Ascarelli denomina "imaginaria societas", uma sociedade que não passa de simulação, tolerada na sociedade moderna desde que não tenha sido engendrada para prejudicar a terceiros, circunstância que só a natureza de cada uma pode esclarecer. A sociedade anônima "Tamandaré – Empreendimentos e Participações S/A" tem constituição semelhante, fundada na mesma ocasião e para o mesmo fim, pertencente ao Dr. Octavio Marques que nela, em seu próprio nome e de seus familiares, concentra a totalidade do capital.

Discorrendo sobre a hipótese da concentração de ações, observa Tullio Ascarelli que o que cumpre examinar, em cada caso concreto, é qual o ato realizado e qual a disciplina a respeito. Tal com efeito, o processo seguido pela jurisprudência (*Problemas das Sociedades Anônimas*, Saraiva, p. 140). E prossegue o mesmo acatado comercialista:

"Assim, exemplificativamente, é pacífico que, quando o diretor ou o acionista se servir fraudulentamente da sociedade, para conseguir fins pessoais, será preciso prescindir da existência da sociedade e considerar o ato se fosse praticado diretamente pelo interessado. Abundante é o número de casos a respeito no direito norte-americano (Cf. Cook. *Principles of Corporation Law*, Ann Arbour, 1931, ps. 35 e 429) na chamada teoria da *dummy Corporation*. O princípio diretivo é assim resumido: A corte ignorará a existência da sociedade onde for fraudulentamente usada para fazer o que o proprietário das ações não pode legalmente fazer.

A constituição da sociedade e a teoria da pessoa jurídica não devem constituir um meio para iludir o funcionamento normal das normas jurídicas.

A jurisprudência francesa fala justamente em *abus de la notion de personalité sociale* e justamente visa combater esse abuso quer no domínio do direito internacional privado, quer no do direito interno: por seu turno, na jurisprudência americana (Cook. ob. cit., p. 30) afirma-se "Nós temos, depois de algum tempo, recusado ser sempre e de modo completo envolvidos por uma lógica derivada da existência de uma sociedade onde ela serve somente para distorcer ou esconder a

verdade (*We have of late refused to be always and utterly trammeled by the logic derived from corporate existence where it only serves to distort or hide the truth*)".

Tullio Ascarelli acentua ainda que a dificuldade do problema decorre do fato que, de um lado, a constituição de um patrimônio separado é o fim realmente objetivado pelas partes. De outro lado, porém, os figurantes no ato, embora querendo constituir um patrimônio separado, visam constituí-lo apenas no interesse de uma só pessoa, de um lado, por isso, visam a constituição de um patrimônio separado (conseqüência da constituição da sociedade) e, de um separado patrimônio sujeito às regras (p. ex., quanto à publicidade, aos balanços etc.) da sociedade; de outro lado, porém, não querem o vínculo social. Este último aspecto aproxima a hipótese àquela da simulação – e até da simulação absoluta quanto aos figurantes, pois que eles não visam nenhuma modificação patrimonial quanto a si próprios, (ob. cit. p. 144).

Em erudita e notabilíssima sentença, na qual examina profundamente o tema de concentração de ações, com apoio nos autores mais abalizados, o culto Juiz do Tribunal de Alçada Antonio Pereira Pinto, quando ainda titular da 11ª Vara Cível desta Capital, anota que constitui expediente habitual, nos casos de abuso de direito por meio de pessoa jurídica, a declaração do devedor ao juiz ou a terceiros de que o ato é da pessoa jurídica e que, por isso, nada tem a ver com ele (*Rev. Forense*, vol. 188, p. 277). E continua:

"Entende também a jurisprudência que os atos e obrigações de uma pessoa jurídica podem considerar-se como atos de uma pessoa particular e vice-versa, quando concorram as seguintes circunstâncias:

a) que a sociedade esteja influenciada ou governada por essa pessoa, ou que haja entre elas tal identidade de interesses e propriedade, que a sociedade e a pessoa estejam confundidas;

b) que os fatos sejam de tal natureza que admitir a ficção de suas personalidades distintas, nas circunstâncias do caso, equivalha a sancionar uma fraude ou promover uma injustiça (ps. 272-273).

Como disse Mervin Woods, o conceito de personalidade jurídica tem uma finalidade válida, porém, limitada e, de resto, a natureza da sociedade *corporation* não é tão importante como as aplicações que se lhe podem dar. Trata-se de uma invenção jurídica que exige se desenvolvam e apliquem regras adequadas para seu uso. Essas regras, porém, não devem converter-se em imperativos. Não se deve permitir que seu

emprego destrua valores a que o direito reserve hierarquia superior (*Lifiting the Corporate Veil in Canada*, The Canadian Bar Review, dezembro de 1957, p. 1176 e segs. esp. p. 1.194).

Os tribunais americanos vêm afirmando sempre que pode ser negada a personalidade da *corporation* quando o que se pretende, por meio dela, é violar uma obrigação contratual (William W. Cook. *A treatise on the law of Corporation having a capital stock*, N. York, 1923, §§ 663 e 664; Robert S. Stevens, "Handbook on the law of Private Corporation", 2ª ed. St. Paul, 1949, § 15, ps. 74 e 79).

Diante desses princípios, que ao mesmo tempo admitem a eficácia da simulação da sociedade, pela sua evidente utilidade quando inocente, mas lhe recusam os efeitos, quando usada para fins fraudulentos e ilícitos, é que se deve examinar a controvérsia destes autos.

Extremamente perspicaz a observação de Ascarelli de que as pessoas que formam tais sociedades, visando separar e preservar um patrimônio pessoal ou tendo em vista outros motivos, notadamente as relações com o Fisco, fazem-no contudo, no interesse pessoal e não de uma coletividade, não querem, na verdade, um vínculo social.

Não foi por outro motivo que os dois principais litigantes, por si e como titulares do capital das sociedades, ao se reunirem para a separação dos dois grupos mencionavam os seus próprios nomes e não os das sociedades *holding*. A menção das sociedades estava implícita, porque eram os seus diretores, com poderes absolutos conferidos pelos estatutos e pela legitimidade que lhes conferia a titularidade de todo o capital social de cada uma delas.

Não há razão, portanto, para a objeção de que o contrato é inválido, por haverem os administradores convencionado em seu próprio nome, sobre bens que lhes não pertenciam, mas às sociedades.

Os estatutos da EMGAD conferem ao seu Diretor Presidente, o Dr. Edgard G. de Almeida, poderes para alienar ou onerar imóveis e móveis da sociedade, assinar títulos, ações e cautelas (fl. 8). Os Estatutos da "Tamandaré" autorizam a diretoria a adquirir, vender, hipotecar, gravar e alienar bens imóveis, transigir e renunciar direitos" (fl. 133).

Não obstante, alega-se que o contrato celebrado entre as partes é nulo e ineficaz, porque os administradores, signatários dos instrumentos, não foram autorizados pela assembléia geral, em ambos os lados.

Em tema de capacidade para a prática dos atos jurídicos, uma pessoa física, *sui juris*, está sempre apta a praticá-los. Tratando-se de uma coletividade de pessoas, notadamente de uma sociedade civil ou comercial, se a maioria declara a vontade em determinado ato lícito, a ação de nulidade só se compreende deferida à minoria dissidente. Foi aliás a necessidade de proteção às minorias que fez gerar esse tipo de procedimento. *"L'action en annulation appartient à chaque actionnaire. Il ne faudrait pas perdre de vue cependant que le droit d'intenter l'action en annulation est donné à l'actionnaire dans son intéret propre"* (Pierre Coppens, *L'Abus de Majorité dans les sociétés Anonymes*, Louvain, 1955, nº 14). Roberto Goldschmidt compara as reivindicações das minorias nas sociedades ao libelo do Abade Sieyès, nas eleições dos Estados Gerais, antes da Revolução Francesa: que é o Terceiro Estado no domínio político? Nada. Que quer ele? Ser alguma coisa. E Goldschmidt parafraseia: Que são os pequenos acionistas na direção da sociedade? Nada. Que querem eles? Ter o direito de olhar sobre o emprego do seu dinheiro". (*Problemas Jurídicos da Sociedade Anônima*, Buenos Aires, 1946, nota 4 ao § 8º, tradução da ed. original suíça por Dino Jarach).

Na espécie, os próprios signatários dos compromissos, que o subscreveram, plenamente informados da extensão dos seus poderes, é que outorgam procuração em nome próprio e em nome da sociedade *holding* para pleitear a nulidade. Mas é claro que a própria maioria e aqueles que representam a sua vontade estão impedidos de vir a juízo, em nome do interesse da minoria (minoria que, de resto, não existe de fato), argüindo um vício de que teriam sido os autores. *Nemo auditur in judicio propriam turpitudinem allegans*.

Como o próprio autor do ato vir dizer que não podia praticá-lo, por haver exorbitado os poderes de que fora investido?

Além de falta de legitimação para o pedido, é este, *data venia*, carente de fundamento.

É sabido que os administradores, independentemente de referência expressa nos estatutos, estão habilitados a praticar todos os atos que constituem o objetivo específico da sociedade (Vivante, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. II, nº 556). No caso de autorização para alienar, a generalidade dos autores especializados em direito comercial interpreta de maneira estrita a disposição estatutária assim regulando. As compras e vendas seriam vinculadas aos objetivos sociais. Como dis-

serta Alfredo de Gregorio, "o órgão administrativo pode realizar todas as operações compreendidas no objeto social indicado no ato constitutivo: isto é, os limites à sua atividade são fixados não por uma analítica e completa enumeração de atos, senão por uma genérica conformidade desses atos ao objetivo social" (*De Las Sociedades*. Ediar, Buenos Aires, 1950, vol. I, nº 171).

Na espécie não se depara disparidade alguma entre os objetivos sociais e a alienação feita, sob a forma de permuta, pelos administradores das duas sociedades *holding*. A EMGAD não foi constituída especificamente para possuir ações da Cia. de Hotéis, da Administração Com. e Participações ou de "Sanatórios Brasileiros". O seu objetivo era a "administração comercial de bens móveis e imóveis, supervisão, organização e administração de quaisquer empresas nacionais ou estrangeiras, em funcionamento, atual ou futuro no País, emprestando-lhes assistências técnicas de quaisquer naturezas, ainda mais, notadamente, a exploração da indústria e do comércio de material hospitalar, sua importação e exportação e demais atividades permitidas pelas disposições legais e regulamentares aplicáveis" (fls. 152 e 153). Como se verifica, não consta dos fins sociais da EMGAD nem mesmo essa atividade de possuir ações de outras sociedades, de sorte que não é possível dizer que o seu administrador extravasou dos objetivos sociais, quando permutou umas por outras ações.

Quanto à sociedade "Tamandaré" o seu objeto era a compra e venda de bens móveis e imóveis, participação em outras sociedades, podendo a sua diretoria adquirir, vender, hipotecar, gravar e alienar bens imóveis, transigir e renunciar direitos, exercer todos os poderes necessários à administração da sociedade (fl. 183). Não é lícito duvidar, portanto, de que não excederam os seus poderes quando contrataram de modo irrevogável a permuta de suas ações, tanto mais que, como também ocorre com a EMGAD, não foi constituída especificamente para possuir ações das quatro empresas pertencentes aos grupos.

Se, porém, as disposições estatutárias pudessem autorizar dúvidas sobre os poderes dos gerentes, por ultrapassarem os objetivos da sociedade, conforme a lição de Francisco Campos, invocada por Rui Carneiro Guimarães (*Sociedade por Ações*, vol. II, nº 965) e Trajano de Miranda Valverde (*Sociedade por Ações*, vol. II, nº 627), a peculiaridade das duas sociedades *holding*, em que os diretores concentravam a totalilidade do seu capital, havia de conduzir o intérprete a uma inteligên-

cia ampla e extensiva, sem restrições, da cláusula relativa aos poderes dos diretores.

Mesmo porque não deixa de ser sofística a alegação de um desses diretores, de não poder cumprir o contrato, por ser nulo o ato que praticaram, sem autorização de uma assembléia geral. Pois estivesse de boa-fé, não teria dificuldade em ratificar o ato praticado, realizando uma assembléia totalitária ou mesmo uma assembléia convocada na forma da lei, onde a maioria absoluta dos seus votos asseguraria o cumprimento da palavra empenhada".

E, ao repelir a nulidade, acentuou o aresto embargado, fls. 497/8: "Não invalida a existência das obrigações assumidas a invocação do art. 119 da Lei das Sociedades por Ações. Não veda a lei de modo absoluto, a alienação dos bens sociais. Entre outras proibições, eis a que interessa à hipótese: não podem os diretores alienar bens sociais sem expressa autorização dos estatutos ou da assembléia geral. Se essas alienações constituem objeto da atividade econômica da sociedade, podem ser feitas até independentemente da autorização expressa dos estatutos ou da assembléia geral. Acontece que o poder de alienar os bens da sociedade, móveis ou imóveis, consta dos estatutos sociais das duas empresas *Holding* em litígio. E nem se compreenderia fosse diferente, dada a especial natureza de ambas, empresas unipessoais, sociedades comerciais fictícias que são.

A sociedade líder, a *holding company*, como é da sua essência, é justamnete aquela que é dona ações das companhias subsidiárias, ou as controla.

Dona das ações, pode aliená-las pois o objetivos da *holding*, é controlar interesses. E o interesse pode determinar a conserva, a alienação, gravação, a permuta etc. O objeto social da *Holding* é o controle de outras sociedades comerciais. A compra e a venda de ações incluem-se entre os seus atos normais de gestão. Sozinha, ela não comercia, não empreende. Dentro do seu objetivo social cabem as alienações das ações subsidiárias, em essência negociáveis, transmissíveis.

Tem importância teórica e prática em tema de sociedades mercantis a distinção entre bens patrimoniais e bens operacionais.

Os bens operacionais de uma sociedade comercial *holding* são exatamente, as ações das companhias subsidiárias sob seu controle, o que também torna impertinente e sem sentido a alegação dos Embargantes da nulidade do ato de alienação recíproca de ações".

3. Verifica-se que, com alusão a este recurso final em exame, nos limites já considerados – nulidade dos atos dos autores – que, tanto a sentença como os acórdãos que a mantiveram, negaram-se a invalidá-los, pelo elenco de razões de fato e de direito que, paciente e eruditamente, consideram.

E o fizeram face às avenças entretidas entre as partes, Edgard e Octávio, respectivamente autor e réu, e, ainda, pelo exame de toda a longa e complexa prova trazida para os autos.

4. Não é, pois, admissível, por maior força que se atribua aos arts. 119 e 120 do D.L nº 2.627/40 (Sociedade por Ações), que referidos lhes tenham denegado vigência.

Somente da reapreciação de todos os fatos e provas seria viável, emprestando-lhes nova versão, concluir fossem nulos os atos em comentário pela transgressão daqueles preceitos. Isto é inviável, nos termos da Súmula 279 e 454.

De outra parte, não fizeram os recorrentes prova de dissídio a que se propuseram. Os padrões não atendem aos atributos exigidos pelo art. 305, *in fine*, do R.I. (Súmula 291), nem os inconformados se deram ao cuidado de proceder ao confronto a que estavam obrigados, para deles extrair a discrepância que porventura entre eles lavrasse.

5. Em conclusão, os recursos não oferecem condições para vencer a preliminar de conhecimento.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Cunha Peixoto: Senhor Presidente, trata-se de sociedades anônimas. Alega-se ser do tipo de sociedade de família. Mas, de família ou não, aquele que escolhe a roupagem de anônima, para nela se agasalhar, também fica obrigado a sua forma e a seguir os seus preceitos. Isto porque, também na sociedade de família, as vantagens são as mesmas de qualquer outra sociedade anônima.

Na Lei nº 2.627, os acionistas de qualquer tipo de sociedade anônima tinham sua responsabilidade limitada ao número de ações que possuíam; por isso é que adotavam essa roupagem. O objetivo era estabelecer a separação do patrimônio e, conseqüentemente, era ter a vantagem dos débitos da sociedade não afetarem o patrimônio particular.

Ora, se eles queriam ter este benefício, evidentemente, teriam que adquirir também os ônus estabelecidos pela Lei das Sociedades Anônimas.

O problema que o acórdão trouxe, invocando as teorias francesa e americana, se refere não ao sócio, mas a terceiro. E o *disregard* do direito americano. Quando em uma sociedade deste tipo se prova terem sido os negócios feitos, não pela sociedade, mas pelos seus componentes, a jurisprudência americana admite a solidariedade desses sócios.

E, a meu ver, na Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 2.627), o art. 119 é dispositivo de ordem pública.

Assim, o majoritário pode tentar a nulidade de uma ação, mesmo que ele tenha tomado parte. A lei atual manteve o princípio.

Nem se diga que os estatutos davam aos diretores direito a disposição de bens de maneira ampla. Na verdade, declaram os estatutos que "o administrador pode realizar todas as operações compreendidas no objeto social, indicado no ato constitutivo".

Com relação à outra, a Sociedade Tamandaré, seu objeto era "a compra e venda de móveis, imóveis, participações em outras sociedades, podendo sua diretoria vender, hipotecar, alienar bens imóveis".

Mas aqui, por mais extensos que fossem os poderes, atribuições do diretor, de alienar bens da sociedade, evidentemente que não estava incluído o de vender as próprias ações da sociedade.

A admitir a interpretação do acórdão recorrido, a lei permitiria que os diretores acabassem com a sociedade ou transferissem toda a sociedade para a mão de terceiros, o que muitas vezes não interessava, mesmo aos poucos sócios minoritários. Bastaria que vendessem todas as ações. Venda de ações nunca foi incluída nas atribuições de qualquer tipo de alienação.

Daí, a meu ver, haver ofensa ao art. 119, razão por que, *data venia* de Vossa Excelência e dos que o acompanharam, conheço do recurso e lhe dou provimento.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Sr. Presidente, lembro-me de haver relatado na 2ª Turma, já faz algum tempo, caso que envolvia a aplicação do art. 119 da antiga Lei das Sociedades Anônimas, lembrado há pouco pelo eminente Ministro Cunha Peixoto. Tratava-se, salvo erro de memória, de editora que revestia a forma de sociedade anônima, mas cujas ações eram detidas virtualmente por uma só pessoa.

Esse cidadão, em nome da editora, vendeu o título de um periódico, devidamente registrado, a outra editora, e depois fomentou a propositura de ação contra a compradora – em nome da vendedora, já aí representada por uma nova diretoria, que o havia destituído, a ele, detentor da virtual totalidade das ações! –, para anular o contrato. A Justiça estadual acolheu a ação, pelo fundamento do citado artigo 119. Mas o problema moral me pareceu de tal natureza, que conheci do recurso e dei-lhe provimento pela letra *a*, entendendo que a interpretação dada ao art. 119 era de tamanha estreiteza, que lhe denegava vigência.

A posição, aqui, é oposta. A Justiça estadual considerou que, no caso, o Dr. Edgard e sua mulher, detentores da virtual totalidade das ações da empresa, e que transferiram ações de outra empresa, a ela pertencente, não poderiam alegar, segundo enfatizou o ilustre advogado, em seu benefício, a própria torpeza, isto é, a falta de autorização da assembléia geral.

As características do caso me impressionam mais, Sr. Presidente, do que os princípios. É possível, não hesito em admiti-lo, que as ponderações do eminente Ministro Cunha Peixoto sejam de maior rigor científico. Mas, *data venia* de S. Exª, considero que a causa foi bem julgada e acompanho o voto de V. Exa. para não conhecer do recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 88.591 – RJ – Rel: Min. Thompson Flores, Rectes: Edgard Guimarães de Almeida e outros (Advs: Guaraci de Souza Coelho, Carlos Eduardo Paladini e outros). Recdos: Octávio Marques Lisboa e outros (Adv: Eduardo Spinola e Castro e Marco Aurelins Sayão Parente).

Decisão: Não conhecido, vencido o Min. Cunha Peixoto, que conhecia e provia o recurso. Falou pelos Recdos, o Dr. Marco Aurelins Sayão Parente.

Presidência do Sr. Ministro Thompson Flores. Presentes à Sessão os Srs. Ministro Xavier de Albuquerque, Cunha Peixoto, Soares Muñoz e Rafael Mayer, Subprocurador-Geral da Republica, o Dr. Francisco de Assis Toledo.

Brasília, 5 de junho de 1979. – Antonio Carlos de Azevedo Braga, Secretário.

APÊNDICE

LEI Nº 7.958 – DE 20 DE DEZEMBRO DE 1989

Altera o artigo 137 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976

O Presidente da República.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O "caput", do artigo 137, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I, II, IV, V, e VII, do artigo 136, desta Lei, dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor de suas ações (artigo 45), se o reclamar à companhia no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação da ata da assembléia geral."

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

José Sarney – Presidente da República.

J. Saulo Ramos.

LEI Nº 8.021 – DE 12 DE ABRIL DE 1990

Dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, e dá outras providências

O Presidente da República.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A partir da vigência desta Lei, fica vedado o pagamento ou resgate de qualquer título ou aplicação, bem como dos seus rendimentos ou ganhos, a beneficiário não identificado.

Parágrafo único. O descumprimento do disposto neste artigo sujeitará o responsável pelo pagamento ou resgate a multa igual ao valor da operação, corrigido monetariamente a partir da data da operação até o dia do seu efetivo pagamento.

Art. 2º A partir da data de publicação desta Lei fica vedada:

I – a emissão de quotas ao portador ou nominativas-endossáveis, pelos fundos em condomínio;

II – a emissão de títulos e a captação de depósitos ou aplicações ao portador ou nominativos-endossáveis;

III – a emissão de cheque de valor superior ao equivalente a 100 (cem) Bônus do Tesouro Nacional – BTN, no mês da emissão, sem a identificação do beneficiário.

Parágrafo único. Os cheques emitidos em desacordo com o estabelecido no inciso III deste artigo não serão compensáveis por meio do Serviço de Compensação de Cheques e Outros Papéis.

Art. 3º O contribuinte que receber o resgate de quotas de fundos ao portador e de títulos ou aplicações de renda fixa ao portador ou nominativos-endossáveis, existentes em 16 de março de 1990, ficará sujeito à retenção de Imposto sobre a Renda na fonte, à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) calculado sobre o valor do resgate recebido.

§ 1º O imposto será retido pela instituição que efetuar o pagamento dos títulos e aplicações e seu recolhimento deverá ser efetuado de conformidade com as normas aplicáveis ao Imposto sobre a Renda retido na fonte.

§ 2º O valor sobre o qual for calculado o imposto, diminuído deste, será computado como rendimento líquido, para efeito de justificar acréscimo patrimonial na declaração de bens (Lei nº 4.069, de 11 de junho de 1962, artigo 31) a ser apresentada no exercício financeiro subseqüente.

§ 3º A retenção do imposto, prevista neste artigo, não exclui a incidência do Imposto sobre a Renda na fonte sobre os rendimentos produzidos pelos respectivos títulos ou aplicações.

§ 4º A retenção do imposto, prevista neste artigo, será dispensada caso o contribuinte comprove, perante o Departamento da Receita Federal, que o valor resgatado tem origem em rendimentos próprios, declarados na forma da legislação do Imposto sobre a Renda.

§ 5º A liberação dos recursos sem a observância do disposto no parágrafo anterior sujeitará a instituição financeira à multa de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do resgate dos títulos ou aplicações, corrigido monetariamente a partir da data do resgate até a data do seu efetivo recolhimento.

Art. 4º O artigo 20 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 20. As ações devem ser *nominativas*."

Art. 5º As sociedades por ações terão um prazo de 2 (dois) anos para adaptar seus estatutos ao disposto no artigo anterior.

§ 1º No prazo a que se refere este artigo, *as operações com ações, ao portador ou endossáveis,* existentes na data da publicação desta Lei, emitidas pelas sociedades por ações, somente poderão ser efetuadas quando atenderem, cumulativamente, às seguintes condições:

a) estiverem as ações sob custódia de instituição financeira ou de Bolsa de Valores, autorizada a operar por ato da Comissão de Valores Mobiliários – CVM ou do Banco Central do Brasil, no âmbito de sua competência;

b) houver a identificação do vendedor e do comprador.

§ 2º As ações mencionadas neste artigo somente poderão ser retiradas da custódia mediante a identificação do proprietário.

§ 3º A instituição financeira ou bolsa custodiante deverá enviar ao Departamento da Receita Federal, até o dia 15 (quinze) de cada mês, comunicação que identifique o proprietário, a quantidade, a espécie e o valor de aquisição das ações que houverem sido retiradas de sua custódia no mês anterior.

§ 4º A inobservância do disposto no parágrafo anterior sujeitará a instituição financeira ou bolsa custodiante à multa de 25% (vinte e cinco por cento) do valor das ações, corrigido monetariamente a partir do vencimento do prazo para a comunicação até a data do seu efetivo pagamento.

§ 5º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, considera-se valor da ação o preço médio de negociação em pregão de Bolsas de Valores no dia da retirada da ação ou, na falta deste, o preço médio da ação da última negociação em pregão da Bolsa de Valores, corrigido pelo BTN Fiscal até o dia da retirada da ação.

§ 6º Para as ações não admitidas à negociação em Bolsas de Valores, considera-se o valor patrimonial da ação corrigido pelo BTN Fiscal desde a data do último balanço até a data de sua retirada da custódia.

Art. 6º O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.

§ 1º Considera-se sinal exterior de riqueza a realização de gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte.

§ 2º Constitui renda disponível a receita auferida pelo contribuinte, diminuída dos abatimentos e deduções admitidos pela legislação do Imposto sobre a Renda em vigor e do Imposto sobre a Renda pago pelo contribuinte.

§ 3º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, o contribuinte será notificado para o devido procedimento fiscal de arbitramento.

§ 4º No arbitramento tomar-se-ão como base os preços de mercado vigentes à época da ocorrência dos fatos ou eventos, podendo, para tanto, ser adotados índices ou indicadores econômicos oficiais ou publicações técnicas especializadas.

§ 5º O arbitramento poderá ainda ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 6º Qualquer que seja a modalidade escolhida para o arbitramento, será sempre levada a efeito aquela que mais favorecer o contribuinte.

Art. 7º A autoridade fiscal do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento poderá proceder a exames de documentos, livros e registros das Bolsas de Valores, de Mercadorias, de Futuros e assemelhadas, bem como solicitar a prestação de esclarecimentos e informações a respeito de operações por elas praticadas, inclusive em relação a terceiros.

§ 1º As informações deverão ser prestadas no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis contados da data da solicitação. O não cumprimento desse prazo sujeitará a instituição a multa de valor equivalente a 1.000 (mil) BTN Fiscais por dia útil de atraso.

§ 2º As informações obtidas com base neste artigo somente poderão ser utilizadas para efeito de verificação do cumprimento de obrigações tributárias.

§ 3º O servidor que revelar informações que tiver obtido na forma deste artigo estará sujeito às penas previstas no artigo 325 do Código Penal Brasileiro.

Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do artigo 7º.

Art. 9º Os estabelecimentos bancários autorizados a acolher depósitos de qualquer natureza deverão centralizar, em um único estabelecimento de sua rede de agências, as contas de não residentes no País.

Art. 10 Fica o Poder Executivo autorizado a celebrar convênios com outros países para repatriar bens de qualquer natureza, inclusive financeiros e títulos de valores mobiliários, pertencentes a empresas brasileiras e pessoas físicas residentes e domiciliadas no País.

Parágrafo único. Os valores repatriados ficarão sujeitos ao Imposto sobre a Renda à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento).

Art. 11. O Poder Executivo regulamentará o disposto nesta Lei.

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 13. *Revogam-se o artigo 9º da Lei nº 4.729*, de 14 de julho de 1965, *os artigos 32 e 33 da Lei nº 6.404*, de 15 de dezembro de 1976, e demais disposições em contrário.

Fernando Collor – Presidente da República.

Zélia M. Cardoso de Mello.

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

(os números referem-se às páginas)

A

Abuso da noção de personalidade social, 278
Ação de prestação de contas da administração, 162, 165
Ação ordinária de responsabilidade civil, 155
Acionista remisso, 70
Acionistas igualitários e voto múltiplo, 156
Ações e regime de comunhão universal de bens entre cônjuges, 71
Ações escriturais, 46
Ações preferenciais: aumento desproporcional ao de ordinárias, 91
Administrador de fato, 108
Administradores da S.A.: padrão de conduta, 28
Administrador processado por peculato, 113
Advogado: e sustentação oral nos Tribunais, 137
Affectio societatis, quebra, 198
Alienação de ações das subsidiárias pela *Holding*, 263, 270, 283
Alienação de controle, 213
Alteração contratual pela maioria na sociedade por cotas, de responsabilidade limitada, 87
Alteração do objeto social, 84, 86, 99
Amicus curiae, 130
Ampliação do objeto social, 86
Assembléia geral, anulação de deliberação, 77
Assembléia geral, assinatura de presença de acionistas em folha avulsa, 222
Assembléia geral, cancelamento de arquivamento de ata, 74
Asembléia geral, convocação, 79, 82
Assembléia geral: convocação por telefone, 82
Assembléia geral: quórum estatutário especial, 114
Ata de assembléia geral, cancelamento e arquivamento, 74
Ato ultra vires, 112
Aumento de capital e bonificação, 166
Aumento de capital e direito de preferência, 171, 182
Aumento de capital e subscrição de ações, 167
Aval de S.A., 110

B

Bens do ativo, transferência, 84, 99
Benjamin Cardoso, 3
Bonificação, 166
Bonificação e penhor de ações, 46

C

Cancelamento de arquivamento de ata, 75
Características de S.A., 21
Cardoso, 3
Certificados de ações, extravio, 40
Cobrança de dividendos, 205
Companhias abertas e companhias fechadas, 21
Compra e controle acionário, 185
Conceito jurídico de empresa, 15
Concordata de S.A., 82
Conselho de administração e voto múltiplo, 156
Conselho fiscal, responsabilidade solidária com os diretores, 222
Controle acionário, alienação, 213

Controle acionário, compra, 185
Convocação de assembléia geral por telefone, 82
Correção monetária, aumento de capital e bonificação, 166
Crítica e elogio, 5

D

Desconsideração da personalidade jurídica, 141, 245, 280
Destituição de diretores, 114, 124
Dever de lealdade, 130
Dinâmica do estudo da S.A. em classe com a adoção do método de casos, 2
Direito de preferência, 171, 182
Direito de retirada, 25
Direito de voto e usufruto de ações, 33
Direito de voto, 26
Diretor de fato, 108
Diretor, participação nos lucros de, 143
Diretor, poderes de administração de, 143
Diretor processado por peculato, 113
Diretor, relação de emprego de, 132
Diretor, remuneração de, 143
Diretor, remuneração de, 143
Dissolução de S.A., 131, 193
Dissolução de S.A. por falta de distribuição de dividendos, 194
Dissolução de S.A. por não preencher o seu fim, 196, 222
Distribuição de filhotes em aumento de capital, 166
Distribuição de lucros, 183
Distribuição do patrimônio entre sócios, 200
Dividendos, 183
Dividendos, cobrança de, 205
Dividendos, falta de distribuição e dissolução, 194, 222
Dividendo obrigatório, 24
Doação de ações, 33
Doação vultosa homologada por pseudo-assembléia, 222
Dummy Corporation, 141, 278

E

Elogio e crítica, 5
Empresa e empresa mercantil, 15
Entrevista de JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, 5
ERNESTO GEISEL, Presidente, mensagem, 10
Espírito Crítico, 5
Exclusão de acionionistas, 75
Exibição judicial de livros, 71, 73
Extinção de S.A., 200
Extravio de títulos ao portador, 40

F

Falência de S.A., 139
Fatos, importância, 140
Filhotes, 48, 166
Fim e objeto da S.A., 193
Fórmula de CAMPBELL para o voto múltiplo, 160

H

Holding, 245, 270, 283

I

Incorporação, 185
Insider trading, 130

J

JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, entrevista com, 8

L

Lifting the corporate veil, 141, 245, 280
Livros: exibição judicial, 71, 73
Lucros, distribuição, 183

M

Mensagem do Presidente ERNESTO GEISEL, 10

Mercado de capitais, mensagem do Presidente ERNESTO GEISEL, 10
Método socrático de casos no estudo da S.A., 1
Minoria e maioria, 23
Minoritários, dano, 222
Modelos para a empresa privada e sua classificação, 16

O

Objetivo da lei nº 6.404/1976, 19
Objeto da S.A., alteração, 84, 86, 99
Objeto e fim da S.A., 193
Objeto social, ampliação, 86
Objeto social, redução, 84
Observações importantes para o uso desta obra, 30
Oferta pública para compra de ações, 185

P

Padrão de conduta para administradores de S.A., 28
Participação dos administradores nos lucros *pro rata temporis*, 143
Patrimônio: distribuição entre sócios, 200
Penhor e bonificação de ações, 46
Piercing the corporate veil, 142
PND (II), 13
Poder de controle, 213
Poderes de administração dos diretores, 245
Preocupação do legislador com as companhias abertas, 22
Presidente ERNESTO GEISEL, mensagem, 10
Prestação de contas da administração, 162, 165
Pro labore, 145
Proteção ao acionista não controlador, 24

Q

Quebra da *affectio societatis*, 198
Quorum estatutário especial, 114

R

Redação dos casos, 3
Redução do objeto social, 84
Regime de comunhão universal de bens e ações, 71
Remuneração de diretores, 143, 152
Remuneração dos administradores: partição nos lucros e suspensão de lucros, 143, 132
Representação da S.A., 103, 110
Reservas, 172
Resgate de ações, 55, 69, 191
Resgate e redução do capital, 61
Resgate não previsto no estatuto, 63
Responsabilidade civil, 155
Responsabilidade solidária de membros do conselho fiscal e diretores, 222
Retirada *pro labore*, 145

S

Sobras, 182
Sociedade por cotas, de responsabilidade limitada: alteração contratual pela maioria, 87
Strike suits, 188
Subscrição de ações e aumento de capital, 167
Suspensão da remuneração de diretor, 132
Sustentação oral nos Tribunais, 137

T

Títulos ao portador, extravio de, 40
Transações envolvendo controle, 27
Transferência de bens do ativo, 79, 84

U

Usufruto de ações e direito de voto, 33

V

Vantagens adicionais do método de casos, 3
Venda de bem do ativo (marca registrada), 101

VOLTAIRE, 2
Voto múltiplo, 156
Voto múltiplo de acionistas igualitários, 156
Voto múltiplo, fórmula de CAMPBELL para o, 160

ESTE LIVRO FOI COMPOSTO E IMPRESSO NA
GRÁFICA FORENSE
AV. GUILHERME MAXWELL, 234
TELS.: 260-4525 E 590-6640
BONSUCESSO - RIO DE JANEIRO

BENJAMIN CARDOSO, em seu *The Nature of the Judicial Process*, após citar afirmação de HOLMES de que a vida do Direito não tem sido a lógica mas a experiência, acrescenta que aquele jurista não nos disse que a lógica deva ser ignorada quando a experiência é silente. A metodologia de estudo proposta neste trabalho ambiciona conciliar lógica e experiência para a apreensão de um conhecimento inacabado, que se constrói diuturnamente.

Todos os casos aqui apresentados foram testados em classe pelo autor e trabalhados didaticamente, de modo a se apresentarem como desafio à criatividade, espírito crítico e estímulo a novas reflexões e pesquisas. Nem todos eles revelam a solução que lhes foi dada pelo Poder Judiciário. E aqueles que o fazem não devem ser considerados como modelos de decisões acertadas, mas apenas como pretexto para incentivar, ilustrar, enriquecer o debate e desenvolver o raciocínio jurídico, a capacidade crítica e dialética, facilitando a apreensão do conhecimento do Direito das Sociedades Anônimas.

Publicações
FORENSE

FINANÇAS E DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS DA COMPANHIA
José Luiz Bulhões Pereira

DIREITO PROCESSUAL SOCIETÁRIO
Wilson de Souza Campos Batalha

ESTATUTO DA MICROEMPRESA
Wilson de Souza Campos Batalha

AÇÃO POPULAR MANDATÓRIA
Nagib Slaibi Filho

SOCIEDADES POR QUOTAS NO DIREITO ESTRANGEIRO E BRASILEIRO
(Em 2 Volumes)
Fran Martins

COMENTÁRIOS À LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS
(Em 3 Volumes)
Fran Martins

EDITORA
FORENSE