Pareceres

DISSOLUÇÃO E DISSOLUÇÃO PARCIAL. PEDIDO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE ANÔNIMA COMO SUCEDÂNEO PARA O RECESSO. INADMISSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA NORMA DO ART. 206, II "b"

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

A consulta. Os fatos. Os quesitos. O parecer: I – A qualidade de sócio ou acionista. A ação título de legitimação. A cessão da posição acionária da controladora: cessão de direitos patrimoniais e cessão de direitos políticos. Diferenças. O deslize dos Peritos Judiciais. Consequências "ad argumenta" da eventual dissolução da controladora: o direito de preferência "interna corporis" dos acionistas da controlada. II – A figura do "sócio indireto" e a tese do "intuitus personae". Incompatibilidade. III – A especificidade técnica do direito comercial. A responsabilidade dos Srs. Peritos. A sanção perante a malícia. IV – O objeto, o objetivo, o fim e o interesse nas sociedades de capitais, institucionais ou estatutárias. O relevo à empresa na postura institucionalista. A nova teoria contratualista: a tutela dos sócios futuros. Preservação da empresa. A posição da doutrina brasileira. A extensão da expressão "fim social" na norma do art. 206, II, da lei acionária. O comportamento do Espólio-autor. Malícia: V – O direito do acionista ao dividendo. Antecedentes. Consequência de sua não distribuição. As sanções específicas. VI – A situação na espécie sob o ângulo grupal. A sociedade "holding" como técnica para a institucionalização do poder de controle. Controladores e minoritário. Os direitos de minorias. VII – O "affectio societatis". Razão da sua existência nas sociedades de pessoas. O porquê da sua ausência naquela de capitais. Pedido de dissolução e quebra do "affectio". VIII – Dissociação, dissolução, dissolução parcial e recesso: IX – A dissolução parcial vista perante a sociedade anônima; X – A situação de abuso de minoria.

A consulta

O DD colega, advogado da **Ré**, a partir daqui designada como **A**, pede minha opinião sobre questão *sub judice*, cujos elementos de interesse são os quantos seguem:

Os fatos

1. A Autora, doravante denominada **espólio** ingressou com pedido de dissolução contra **A**, empresa do país conceituadíssima em seu subsetor (conf. demonstrado a fls. dos autos).

2. O pedido embora faça apelo à norma do art. 206, II, *b*, da lei acionária, desemboca naquele de "dissolução parcial" (da inicial, a fls.), concluindo pelo apelo de que fosse Ré condenada "ao efetivo *pagamento aos autores do valor correspondente à sua participação no capital acionário* (...)" (da inicial, item I do pedido, à fls.).

No entremeio, recorreu ao instituto de recesso confundindo-o com a mencionada dissolução parcial, ademais de não distinguir a *dissidência* da quebra do *affectio societatis*.

3. Alegou, para justificar a invocação da norma, improbidade da administração, extravio dos livros sociais e não distribuição de lucros, a que supostamente teria direito, por mais de 20 anos.

A queixa central, todavia, posto que a alegada improbidade da administração derivasse do fato da não distribuição de dividendos, restringe-se a não percepção dos lucros, pois, ademais do mencionado extravio não decorrer de fato próprio da atual administração, existem razões justificativas de seu desaparecimento.

É que, durante os anos sessenta, tanto a vida da sociedade, quanto a da família que a comandava, sofreram fatalidades aptas a desorganizar a mais bem estruturada empresa.

O pedido de falência da sociedade ré **A** e da sua controladora, doravante denominada **B** levou ao suicídio o patriarca da família, fundador da sociedade e de sua esposa, exemplo seguido poucos meses depois pelo filho mais velho, um dos diretores.

Restou para o filho mais novo a tarefa de erguer ambas as empresas, subtraindo-as a falência.

Neste contexto conturbado, de inventário para inventário; de falência para concordata e outros quetais, a contabilidade desorganizou-se e os livros, levados de um processo para outro, findaram por desaparecer, sem que se possa imputar a esta ou aquela administração o seu extravio.

Quanto ao mais, a mencionada queixa dos atos de improbidade da administração deve-se, tão somente, ao total desconhecimento do direito acionário, pois os atos, acoimados de ímprobos, estavam autorizados pela lei específica.

4. Em paralelo, o **Espólio**-autor requereu, igualmente e, *mutatis mutandis*, sob os mesmos argumentos, a dissolução da controladora sociedade anônima **B**, titular, conforme afirma, de 66.295% das ações nominativas da ré **A**.

O pedido, indeferido pela carência do litisconsórcio passivo que se não logrou constituir, encontra-se em grau de recurso, remetida à apreciação do Tribunal de Justiça.

5. Para justificar o fato do **espólio** não deter o percentual acionário, necessário ao exercício do direito de minoria, consubstanciado na norma do art. 206, II, *b*, da Lei 6.404/1976 (5%), lançou-se mão de estratagema.

Os Srs. Peritos Judiciais (contábil) valeram-se dos critérios para determinar o valor de reembolso acionário em sociedade controladora ou de comando, destarte adequado somente à sua expressão patrimonial, para atribuir ao **espólio**-acionista titularidade das participações da controladora.

Desta forma criaram, mediante artifício, faculdade que a lei e a dogmática jurídica desconhecem, elevaram artificial e ilegitimamente o percentual das participações realmente possuídas por aquele acionista na controlada, facultando-lhe exercício de direito, cuja legitimidade não lhe era deferida.

No ensejo, para justificar tese que sabiam esdrúxula, os Srs. Peritos argumentaram com a inexistente dissolução da controladora, sem aguardar a decisão do Juízo ou aquela do Tribunal de Segunda Instância (do parecer do Perito, a fls.).

6. Na linha do equívoco, o pedido veio acompanhado de jurisprudência e comentários, exarados sob a égide da lei anterior (Decreto-lei 2.627/1940), quando a sociedade anônima era vista com outros contornos.

En passant, quiçá por malícia, talvez por desconhecimento, interpretou, deformando, o pensamento dos demais comentários trazido à colação. O resultado foi, praticamente, inarrável.

7. De cambulhada, confundiu o dever de lealdade dos administradores, previstos expressamente na lei, com *affectio societatis*, reduzindo a sociedade anônima, em detrimento de seu perfil institucional e qualidade estatutária, à sociedade contratual, de molde a atribuir à expressão "fim social...", a única finalidade de produzir lucros por meio da atividade descrita no contrato e consequente distribuição entre os sócios.

Atente-se que tal afirmação foi feita serenamente, em detrimento do disposto na norma do art. 202, § 3º, da lei acionária que, expressamente, fez prevalecer o interesse da companhia sobre aquele dos sócios.

8. Por final, confundindo certificados com cautela, criou obrigação inexistente para companhias fechadas, pois transmudou em ônus a faculdade de corporificar ações ordinárias nominativas em certificados.

Isto tudo, apesar do disposto expressamente, no art. 25 da lei acionária ("A companhia poderá..."), esquecendo-se, entretanto, que as ações têm obrigatoriamente, até sua integralização, forma nominativa ou endossável (art. 21 da Lei 6.404/1976).

Em síntese, um primor atécnico de desconhecimento do direito societário e da lei acionária.

Os quesitos

Em seguida, V. Sa. indaga:

1. É possível a acionista, titular de percentual inferior a 5% (cinco por cento) valer-se de participações que detém na controladora para exercer direitos de minoria (art. 206, II, *b*, da Lei 6.404/1976) perante a sociedade controlada? O Espólio-autor estava autorizado a tanto no caso concreto?

2. Eram os Srs. Peritos, tecnicamente, abalizados para fazer afirmações, como as exaradas, que exigem conhecimento técnico-jurídico?

3. Está correta a interpretação que assinala como fim último das sociedades anônimas, a distribuição de lucros aos acionistas? Qual o sentido e abrangência da expressão "fim social" na norma do art. 206, II, *b*, da atual lei acionária?

4. Qual a natureza do direito do acionista ao dividendo e qual a sanção para a sua não distribuição?

5. É lícito ao acionista, integrante da sociedade de controle, valer-se de direito de minoria contra ato, acoimado de abusivo, que diz praticado pela própria controladora no seio da controlada?

6. A afirmação da presença do *affectio societatis* nas sociedades anônimas está correta?

7. É possível confundirem-se os institutos de recesso e da dissolução parcial?

8. É admissível a aplicação da criação jurisprudencial da dissolução parcial às sociedades anônimas fechadas?

Exposta a questão desta forma, pela ordem, passo ao seu exame. Todavia, a sua correta apreciação exige uma determinação prévia de conceitos que, embora elementares, parecem desconhecidos, tendo em vista a inadequação da apresentação do caso concreto.

Com esta intenção inicio.

I – A qualidade de sócio ou acionista. A ação título de legitimação. A cessão da posição acionária da controladora: cessão de direitos patrimoniais e cessão de direitos políticos. Diferenças. O deslize dos Peritos Judiciais. Consequências "ad argumenta" da eventual dissolução da controladora: o direito de preferência "interna corporis" dos acionistas da controlada

A) A qualidade de sócio ou acionista

A qualidade de sócio ou *status socii* do acionista é distinta da sua posição patrimonial.

Uma situação é a que advém da titularidade dos deveres e poderes ou direitos e obrigações consubstanciada na ação. Outra a posição acionária que se valora para determinar o valor de reembolso na hipótese de solução parcial do vínculo que une o sócio à sociedade.

Tem este a lição de Brunetti, a seguir, *litteris*:

"*A transferência da posição de sócio e a transferência dos direitos patrimoniais, inerentes a esta posição, não são situações idênticas*.

"*A cessão da posição do sócio, como tal, implica a transferência do conjunto de direitos individuais e sociais, isto é, dos direitos e obrigações derivados do ato constitutivo*. Em todos os tipos de sociedades a *cessão patrimonial não implica transferência de cota-parte do patrimônio social, porque este pertence aos sócios como conjunto de pessoas físicas e é indivisível, por□m natural, ou pertence à sociedade personalizada e os sócios não tem sobre ele nenhum direito de disposição***.** Por isto, com rigor, não se pode falar de cessão de *status*, enquanto que nas sociedades de capitais, nas quais o *status* se determina pela posse do título, a transferência corresponde à sua função circulante (...)" (autor cit., in *Tratado del Derecho de las Sociedades*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, 1948, p. 279, trad. livre minha).

B) A ação título de legitimação

Vale dizer, o *status socii* somente se transfere com a transferência do título, *in casu*, da ação.Até lá, legitimado a exercer os direitos que decorrem da ação é somente seu titular, pessoa física ou jurídica. Nunca, quando se cuida de pessoa jurídica, seu sócio ou acionista.

E assim é porque, ademais, de cota-parte do capital social, de complexo unitário de direitos e poderes, é um título de legitimação (cf. Ferri, "Le società", in *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. X, t. 3, 1971, pp. 342-344 e 347).

Somente quem está legitimado a tanto, a saber, seu titular, pode exercer os direitos que no título se encerram.

Por tal razão o comentário da doutrina de que: "Quanto ao conteúdo, estas são, com efeito, títulos de participação que, ao atribuir ao titular a posição de sócio, de membro da organização societária, conferem, por isto mesmo, direitos e obrigações, cuja determinação concreta está sujeita à regra própria desta organização (...)" (Di Sabato, *Manuale delle Società*, Turim, 1985, p. 292, trad. livre minha).

Daí porque as normas dos arts. 31, 32, 33 e 34 da lei acionária exigem a demonstração da titularidade para o exercício de quaisquer dos direitos que consubstancia.

Esta também a razão pela qual a norma do art. 28, parágrafo único, desta lei, ordena, quando a ação pertencer a mais de uma pessoa, sejam seus direitos exercidos pelo representante do condomínio.

A assim ser, ainda que por absurdo se quisesse abstrair a personalidade jurídica da controladora e aceitar a cotitularidade (sociedade controladora e seu acionista) naquelas ações, a faculdade para exercer os direitos ali consubstanciados não pertenceria ao Espólio-acionista, mas sim à sociedade acionista, por seus órgãos de administração, posto ser ela e não seu acionista quem figura como titular nos livros da pessoa jurídica controlada.

C) Cessão de direitos patrimoniais e cessão de direitos políticos

E nem se argumente com o direito que o acionista tem de que, na valoração da sua posição patrimonial na controladora, se leve em conta o valor do investimento desta nas coligadas e controladas.

A situação de titular, para o exercício dos direitos contidos na ação, não se confunde com aquela decorrente da valoração patrimonial para o efeito de apuração de haveres. A posição jurídica e a patrimonial são situações distintas.

Por tal razão é que Henarni Estrella, ao cuidar da pretensão dos herdeiros em fazer valer seus direitos sociais, já prelecionava: "A vocação hereditária *opera-se, exclusivamente, na esfera patrimonial, jamais a respeito da relação pessoal*, como é aquela que deriva da qualidade de sócio (...)" (autor cit., in *Apuração de Haveres*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1992, p. 70).

Pelo mesmo motivo, a posição acionária do sócio ou acionista da sociedade controladora ou de comando somente reflete a controlada patrimonialmente e, jamais, para lhe atribuir poderes e deveres que perfazem o *status socii* da controladora, única titular desses poderes e deveres.

E refletem a posição das controladas patrimonialmente, tão somente, porque a valoração particular da posição acionária do acionista na sociedade de comando ou controladora, para efeito de reembolso, deve levar em consideração, obrigatoriamente, o valor patrimonial da companhia, computando os valores de patrimônio líquido de suas controladas e coligadas, tal como ordenam as normas dos arts. 248 e ss., da lei acionaria, notadamente, *in casu*, aquela do art. 248, II.

Aliás, observe-se que estes ajustes contábeis, referentes à inclusão de valores patrimoniais das controladas e coligadas, somente se tornaram impositivos a partir de 1º de janeiro de 1978 (cf. art. 295, § 1º, *c*, da Lei 6.404/1976).

Esta a razão, pela qual, a doutrina aceita a cessão dos direitos patrimoniais, obstaculizando, todavia, aquela de direito políticos e administrativo.

Confira-se:

"Para a *cessão dos direitos patrimoniais sociais, esta transmissão* – diz Soprano – *é consentida livremente a todos os sócios porque não in□ui sobre o vínculo social*, não colocando o adquirente no lugar cedente, mas sim que, por mantê-lo distante da coletividade e da comunidade social, transmite-lhe somente aqueles direitos de caráter patrimonial para os quais a pessoa do cedente é indiferente a sociedade.

"A mesma transmissão da cota de participação, não consentida pelos sócios ou pela natureza acionária da própria cota, resolve-se na transmissão de tais direitos de caráter patrimonial.

"O acionista pode, em substância, alienar, livremente, no todo ou em parte, os direitos patrimoniais finais do sócio (...) e mesmo estes sem a possibilidade de eximir-se das perdas, *enquanto que os direitos-meios (coadministração, vigilância, intervenção, oposição) que são aptos para fazer valer os primeiros, mas que contém uma relação personalíssima entre sócio e sociedade, estes subsistem no cedente* (...)" (Brunett, ob. cit., pp. 280,281, trad. livre minha).

D) Diferenças

No caso concreto, contudo, o que fizeram os Srs. Peritos.

Sob o pretexto de valorar a posição patrimonial do espólio, utilizaram o expediente técnico para, sob a expressão "posição acionária" (omitindo, intencionalmente, o qualificativo "patrimonial"), atribuir-lhe o exercício de direitos que lhe eram vedados, em detrimento da verdadeira titular da "posição jurídica acionária", a saber a controladora **B**.

Se a lição de Fábio Konder Comparato (in *Comentários às Disposições Transitórias da Nova Lei da Sociedade por Ações*, São Paulo, 1978, pp. 15-16) estava correta quando afirmou: "(...) os lançamentos contábeis não existem a *se stante*, como entidades autônomas, desligadas da realidade econômica, mas representam tradução de elementos patrimoniais (...)", é incompreensível que dos cálculos dos Srs. Contadores, Peritos Judiciais, resulte a transferência da disposição jurídica da controladora para um de seus acionistas.

A defesa de tal tese somente pode decorrer da malícia ou do desconhecimento do direito acionário.

O princípio é o de que o conjunto de direitos e obrigações seja exercido pelo titular acionário. E mais, tais poderes e deveres não podem ser dissociados.

O *status socii* é uma posição contratual que não comporta substituições. Comprove-se a verdade destas afirmações com as palavras dos especialistas:

"O conceito de *status* compreende uma série de relações unidas ou interdependentes que formam uma regulamentação especial (...).

"É uma situação complexa, ou melhor, um complexo de situações conexas (...). Assim, da mesma forma que existe um *status* de famílias (...) existem um *status* de sócio *e quando a pertença à sociedade está documentada por um título de participação, é este quem atribui tal* ***status*** (...).

"Assim, enquanto o contrato cria direitos ao cumprimento das obrigações para a realização do fim (...) *atribui aos sócios algumas faculdades que tem sua raiz no fato de pertencer à sociedade***.** Às faculdades correspondem outros tantos direitos do poder jurídico, por sua vez distinto dos que o sócio pode exercer contra sociedade.

"Todos derivam do ato constitutivo, porém, assim como as faculdades são atribuídas pela lei por serem inerentes à condição de sócio (e por isto exclusivamente pessoais), *os direitos que o sócio está autorizado a exercitar perante a sociedade derivam do contrato ou de acordos sociais posteriores* (...)" (Brunetti, ob. cit., a p. 272, trad. livre minha).

Completa o pensamento o trecho a seguir:

"Em todas as formas de sociedades, *a condição de sócio adquire-se, originariamente, com a participação no ato constitutivo*.

"Na sociedade por ações, especialmente. Adquire-se, também, posteriormente, *pela subscrição de ações (de emissão nova) e no caso de aumento do capital social* (...)" (ibidem, autor e ob. cit., a p. 275, trad. minha).

E) O deslize dos Srs. Peritos

Ora, *in casu*, quer pelos estatutos, quer pelos posteriores aumentos do capital, o **espólio** detinha percentual inferior aos 5%, exigidos pela lei acionária para fazer valer o direito de minoria, assegurado na norma do art. 206, II, *b*, daquela lei. A rigor, conferindo-se com exatidão os aumentos do capital, conforme surgem nas publicações das diversas AGEs, cerca de 2,7%.

E a tese do "acionista indireto", fundada na valoração da posição patrimonial do acionista, não tem respaldo jurídico.

Não é a mesma situação que se tem no "controle indireto". Aqui a lei permite a sua identificação para imputar-lhe a responsabilidade pelos atos praticados por meio da controlada.

No fundo o que a lei faz nada mais é do que sancionar a teoria da "desconsideração da pessoa jurídica" para o efeito específico de tornar o verdadeiro causador do dano, responsável pelos prejuízos que suas ordens, por meio da subcontrolada, ocasionaram à sociedade.

Não permite, todavia, que o controlador se valha da subcontrolada, para, em nome próprio, votar esta ou aquela matéria na sociedade por esta controlada.

Por tal razão, a tese do "acionista indireto", tal como aparece nos laudos dos Srs. Peritos é, quanto menos, um verdadeiro *non sense* jurídico, somente justificado pela ignorância ou má fé. A sócia pessoa jurídica existe e existe como centro autônomo de imputação de direitos e obrigações, dotada de patrimônio e interesse próprio que se não confundem com aqueles dos acionistas que dela participam. Tão pouco se confunde com aquele sócio *ut socii*.

Veja-se que, mesmo quando reduzida a um único acionista, como ocorre na criação da subsidiária integral (cf. art. 251 da Lei 6.404/1976), o interesse e a vontade da pessoa jurídica é, na dogmática do direito societário, distinto daquele da sócia única.

Em sendo assim, as faculdades e os direitos que lhe decorrem da participação societária na controlada, somente podem ser ali exercidos por seu órgão da administração, a saber, a diretoria, única apta a representá-la, *ex-vi* o disposto na norma do art. 138, § 1º, da Lei 6.404/1976.

A qualidade de acionista é própria do titular da participação e os direitos que derivam desta situação somente pelo acionista podem ser exercidos. O direito acionário, ressalva à faculdade do exercício da ação social *ut singulus*, não conhece a figura do "substituto social".

Por final, no tópico, é necessário não esquecer que, conforme os estatutos sociais, somente as ações ordinárias, comuns, tinham direito a voto e, dentre as participações da controladora **B,** um grande número de participações estavam representadas por ações preferenciais que tinham direito de voto restrito (um para cada vinte ações).

É necessário lembrar que os direitos de minoria têm em vista os não controladores e quando se fala em não controladores, tem-se em vista titulares de ações com direito a voto. A assim ser, os Srs. Peritos, ainda que se admitisse a tese absurda, deveriam levar em consideração, na avaliação da posição acionária para o pretendido fim – direito de minoria –, tão somente ações ordinárias "comuns". Não aquelas preferenciais.

Ademais, digne-se o caro colega atentar para o fato de que a correspondência entre aquelas participações e o capital social, para estabelecer o percentual, não levou em consideração a situação deste mesmo capital no momento do ingresso da ação.

Ora, é necessário não esquecer que ocorreram, depois daquela situação, aumentos substanciais do capital social, em virtude de aportes patrimoniais feitos pelo acionista, que sobreviveu à perda do patriarca, sua mulher e irmão, no seu afã de salvar as empresa. Assim ocorrendo e considerando que o Espólio-autor não subscreveu estes aumentos, é razoável supor a dissolução da sua participação societária, com o que se torna ainda mais duvidosa sua possibilidade em deter aquele percentual original.

Veja-se que esta situação, sequer foi aventada pelos Srs. Peritos.

F) Consequências "ad argumenta" da imaginária dissolução da controladora

Muito menos merece guarida a tese, formulada *en passant*, da "dissolução" da controladora, como erroneamente mencionou o Sr. Perito técnico, a fls. do seu parecer.

E isto não só pelo fato de não ter ocorrido a mencionada dissolução, cujo pedido foi frustrado já em preliminares e sujeito agora à apreciação do Tribunal de Justiça.

Outras razões de ordem jurídica impedem tal entendimento.

É que, ademais dos direitos que os credores têm de satisfazer os próprios créditos, quando da liquidação da sociedade, a partilha, do que restar do acervo societário entre os acionistas, não se perfaz em participações societárias, e mesmo se admitisse fosse isto possível, não o seria na linearidade calculada pelo Sr. Perito, posto que desta forma se estaria violando o direito de preferência dos demais acionistas na sociedade controlada

Verifiquem-se os comentários de Hernani Estrela sobre a situação:

"Veja-se nisso mero ressurgimento de copropriedade anterior ou, a inversa, a transmutação posterior das partes em valor em partes corpóreas, conforme parece admitir José Xavier Carvalho de Mendonça, forçoso é reconhecer que *desaparecida a estrutura técnico-jurídica (sociedade)* (...) *os sócios □cam mum estado pro indiviso a respeito do patrimônio social remanescente*. Esta conclusão já havia sido superiormente assinalada pela sabedoria dos juristas romanos, quando especializaram por seu objeto e finalidade a *actio pro socio* e a *actio communi dividundo* a que fizemos menção.

"Nem se diga que fora isto defensável ao tempo em que a *societas* não gozava do atributo da personalidade, e não, goza, nos nossos dias. E não se diga porque, satisfeito os credores sociais (a cujo benefício, principalmente, se admitiu a separação patrimonial dos patrimônios), e desaparecida a entidade coletiva que tinha a titularidade dos bens, *nada obsta que o remanescente destes se repute, a partir daí copropriedade dos sócios*.

"Explique-se isto como uma forma de sucessão *ope legis*, como sustentam opiniões autorizadas, ou se prefira ver uma transmutação das quotas em valor, em partes ideais determinadas, o certo é que, extinto o sujeito a quem dantes pertenceram os bens, estes não ficam abandonados. *Retornam ou se deferem aos associados que a seu respeito se vão comportar como verdadeiros comunheiros*. Por isso, diversa é a natureza da ação que lhes corresponde, como diversa, também, a extensão do direito patrimonial que lhes cabe. Quanto a este, designadamente, releva notar que o quinhão líquido de cada sócio será determinado (segundo lhe corresponder pelo contrato ou pela lei) sobre o valor global do monte partível (...)" (autor e ob. cit., p. 123).

E a lição aplica-se tanto as sociedade de pessoas, quanto àquelas de capitais, pois a extinção da pessoa jurídica afasta a separação patrimonial. Daí porque os acionistas têm o direito a partilha do acervo. Mas isto, em regime de comunhão, repartindo-se, proporcionalmente, o que sobrar após a liquidação dos débitos sociais.

Em síntese, quando desfeito o vínculo associativo, os bens remanescentes vão formar uma massa comum, a ser partilhada segundo as regras do juízo divisório.

Os bens não retornam em espécie e, muito menos, na proporção original, quando prestados para a composição do capital social.

Daí a leviandade da afirmação.

G) O direito de preferência "interna corporis" dos acionistas da controlada

Mas, apenas para que não pairem dúvidas, imaginemos que, liquidada a pessoa jurídica, o acervo remanescente, constituído pelas ações da controlada, retornasse (por absurdo) em espécie para os acionistas da controladora extinta.

A distribuição destas ações deveria ser feita, entre os acionistas da controlada, proporcionalmente às ações possuídas por cada um.

Anote-se que Cláusula 8 do Estatuto Social, expressamente, sancionou este direito de preferência, ademais, em conformidade com a lei (art. 36 da lei acionária).

A assim ser, considerando que o Espólio-autor, detinha, conforme resulta da leitura daquelas atas e como faz ver o Sr. Perito (a fls. dos autos), 2.72416...% do capital social e a controladora, supostamente extinta, 55.573%, sua participação, quando muito, elevar-se-ia para 4.238524%. E isto, na suposição de que a controladora "liquidada" não tivesse credores.

O absurdo da situação é evidente.

II – A figura do "sócio indireto" e a tese do "intuitus personae". Incompatibilidade

1. Por final, no tópico, a tese do acionista indireto contradiz aquela central, sustentada com tanto esforço, da configuração *intuitus personae* da sociedade anônima familiar que, com veemência, o Espólio-autor afirma fundada na *affectio societatis*.

É que, quando se cuida de institutos jurídicos, não se pode lançar mão apenas das facetas que nos interessam, relegando as inconvenientes ao esquecimento.

A acatar-se a tese da presença da *affectio societatis* e do *intuitus personae* na

sociedade anônima familiar, seria necessário aceitar, igualmente, os demais princípios que decorrem da *affectio societatis* e do *intuitus personae*. Dentre eles, o princípio da estabilidade do quadro societário.

Equivale dizer, a impossibilidade da substituição de um sócio por outro, sem o consentimento unânime dos sócios, tal como preceituava a norma do art. 334, CCom, para as sociedades contratuais ou de pessoas, intenção mantida agora na atual norma do art. 999 CCB, ao ordenar a unanimidade para prover às alterações contratuais destas sociedades. E é sabido que a alteração do quadro societário leva àquela do contrato social.

Conforme a norma, considerando que a *affectio societatis* está presente nas sociedades *intuitus personae*, a controladora, a acatar-se a tese, sequer poderia ceder aquelas ações ao seu acionista sem o consentimento dos demais, quanto mais poderia este, sem o consentimento da totalidade dos sócios, exercerem direitos próprios daquelas ações. Muito menos, poderiam os herdeiros delas se valer, pois lhes seria vedado o ingresso na sociedade, salvo o contrato contivesse menção expressa neste sentido.

Mas mesmo perante o direito acionário, a solução não teria melhor guarida considerando o direito de preferência garantido na norma do art. 171 da lei acionária.

III – A especificidade técnica do direito comercial. A responsabilidade dos Srs. Peritos. A sanção perante a malícia

A) A especi□cidade técnica do direito comercial

O direito comercial é extremamente técnico e, dada a sua especialidade, não se resolve pura e simplesmente com o que "parece ser".

Aqui, não se pode falar em direito alternativo e até as soluções, ditadas pela equidade, o são conforme normas específicas e destinadas à tutela de interesses determinados, em regra, coletivos.

Em qualquer um dos seus institutos (títulos de créditos, contratos mercantis, mercado de capitais, disciplina da concorrência, etc. etc.) as respectivas normas reguladoras pecam pelo excesso de rigor técnico.

Tanto assim é que o revogado Código Comercial no seu art. 292, ao cuidar da associação mercantil, somente admitia o recurso ao direto civil na falta de lei ou uso comercial.

Por tal razão, qualquer *opinio juris* somente tem peso quando advinda do especialista. Não basta conhecer superficialmente e nem inferir.

Os conceitos e definições em direito comercial tem sentido estrito e devem ser estendidos em consonância com os princípios próprios de cada instituto regulado.

B) A sanção perante a malícia

A assim ser, o Sr. Perito Judicial não estava autorizado a criar situações jurídicas. O especialista contábil não é jurista e não pode responder além da valoração patrimonial ou financeira da situação que lhe é submetida.

Por tal razão, foi além de sua habilitação ao inferir de determinada situação patrimonial o estado de acionista, atribuindo-lhe o exercício de direitos políticos que não detinha quer pela lei, quer pelo Estatuto.

Igualmente exorbitou quando declarou, sem conhecimento de causa, que, por dissolvida a sociedade controladora (o que inocorreu), as ações pertenceriam ao espólio, na proporção que cita.

Por sua profissão não estava autorizada a tanto. Tanto assim que confundiu conceitos e permitiu o prosseguimento de situação processual que deveria findar com sua inicial pela inépcia.

Somente o desconhecimento justifica o prosseguimento do procedimento em questão.

Todavia, resta saber se os Srs. Peritos quando utilizaram a expressão "posição acionária", queriam, tão somente, se reportarem à posição patrimonial do acionista, tal como resultante de valoração das suas ações (e a isto estavam autorizados), sendo ao depois indevidamente interpretado na inicial (o laudo de um dos Peritos antecede à inicial); ou se, intencionalmente, quiseram afirmar a titularidade do Espólio-autor para exercer direitos de minorias que lhe eram vedados.

E a dúvida tem sua razão de ser, pois a norma do art. 342 do CP é expressa ao estatuir como crime, apenado com reclusão de um a três anos, "Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha **perito**, tradutor ou intérprete em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral (...)".

Lastimavelmente, contudo, a especialista que no momento aprecia a questão, como comercialista que é, não está autorizada a formular juízos em matéria criminal.

Por tal razão, s.m.j., sugiro ao nobre colega que solicitou o parecer, consultar especialista criminal, a fim de que se converta o julgamento em diligência, apurando-se as devidas responsabilidades.

IV – O objeto, o objetivo, o fim e o interesse nas sociedades de capitais, institucionais ou estatutárias. O relevo à empresa na postura institucionalista. A nova teoria contratualista: a tutela dos sócios futuros. Preservação da empresa. A posição da doutrina brasileira. A extensão da expressão "fim social" na norma do art. 206, II, da lei acionária. O comportamento do Espólio-autor. Malícia

A) Objeto, objetivo, o □m e o interesse nas sociedades de capitais

Entende-se por objeto social, a empresa (atividade lícita) de fim lucrativo, assinalada no ato constitutivo. Por objetivo, a produção de lucros por meio do objeto social.

Já, quando se fala em "interesse social" é necessário distinguir conforme se cuide de sociedades de pessoas, ou contratuais, ou de sociedades de capitais, institucionais ou estatutárias (cf. Per Giusto Jaeger, *L'Interesse Sociale*" Milão, 1972, pp. 13-87, para a teoria institucionalista, e pp. 85-114, para a análise da postura contratualista).

É que, enquanto nas primeiras o interesse social resume-se à distribuição de lucros por meio do objeto social, afastada a possibilidade da imposição de qualquer interesse extrassocietário; nas segundas, ao lado do interesse da sociedade (e por vezes acima), coloca-se o interesse da empresa que se não reduz ao mero interesse de lucro do acionista (cf. Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na S/A*, 2ª ed., São Paulo, p. 285).

B) O relevo a empresa na postura institucionalista

A necessidade de conservar a empresa, dotando-a de meios para enfrentar a concorrência e adequá-las às eventuais oscilações econômicas, além do seu reconhecimento como fator básico para o desenvolvimento da economia nacional, minimizou aquela concepção da sociedade como mera fonte de dividendo, destinada, mesquinhamente, à única satisfação do intuito lucrativo ou especulativo do acionista.

Por tal razão, as leis modernas, de que é exemplo a nossa 6.404/1976, abandonando a visão "oitocentista" da sociedade anônima, acataram a cláusula social, adequando o pensamento de Geiler e Netter às necessidades de uma economia de mercado em que a empresa é o centro, como produtora de riquezas, tributos e empregos.

Indo além do conflito entre o intuito de maximização do lucro e aquele da maximização da eficiência produtiva na empresa (que se traduz em autofinanciamento) a nova teoria

institucionalista ampliou seus horizontes para abranger, ainda, o interesse dos dependentes da empresa, dos consumidores, do meio ambiente, da economia nacional, a mais do interesse nacional em si mesmo.

Fala-se, então em funcionalização ou democratização da empresa (funcionalização para Giovani Iudica, cf. *Autonomia dell'Impreditore Privato ed Intervento Publici*, Padova, 1980, pp. 16-17; democratização, para Francesco Galgano, cf. "La riforma dell'impresa", in *Riv. del Soc.*, mai.-ago./1976, pp. 467-495).

C) A nova teoria contratualista: a tutela dos sócios futuros. Preservação da empresa

1. Por outro lado, adequando a teoria contratualista à necessidade de preservação da empresa (núcleo do direito comercial hodierno), minimizou-se a oposição entre o interesse dos acionistas presentes (percepção de dividendos) e aquele da preservação da empresa (autofinanciamento), incluindo o interesse dos acionistas futuros.

E minimizou-se, porque o interesse dos acionistas futuros ordena a preservação da empresa (autofinanciamento), justificando a não distribuição de dividendos quando a saúde da sociedade assim o requeira (cf. Minervini, *Societá, Associazioni, Gruppi Organizzati*, Napoli, 1973, p. 16, trad. livre nossa).

As palavras de Galgano, neste ponto, são suficientes para atestar o novo perfil da sociedade acionária, tal como resulta da reformulação legislativa que teve lugar nos últimos vinte anos.

Verifique-se:

"Sobre a teoria institucionalista – surgida na Alemanha após a primeira guerra e difundida por toda parte, também na Itália – já se teve oportunidade de comentar. (...).

"Valorada criticamente, esta teoria parece preordenada a uma dupla finalidade. *Um primeiro objetivo seu, já examinado precedentemente – diz respeito às relações internas em cada sociedade por ações entre capital de comando e a massa dos acionistas minoritários e é um objetivo que se pode dizer já realizado legislativamente*, também no nosso país. A teoria sugere que a sociedade por ações disponha de um 'executivo forte', apto a interpretar autonomamente as exigências e direção da empresa: *de um órgão administrativo subtraído ao poder diretivo da assembleia e não in□uenciado, por isto, pela 'gana' de altos dividendos dos acionistas*.

"Uma segunda finalidade da teoria institucionalista diz respeito às relações internas da própria classe empresarial. *O interesse da 'empresa em si', vem representado como um interesse superior, transcendente ao interesse de todos os sócios*, compreendido entre estes, inclusive, os próprios sócios majoritários: *este interesse torna-se, nos termos desta teoria, um interesse próprio da inteira coletividade nacional, ao qual qualquer interesse particular deve se submeter*.

"A teoria institucionalista reflete, sob este último aspecto, a consciência madura de que a economia de mercado não pode ser deixada ao livre e incontrolado jogo das partes, de forma que o sistema inteiro, a sua possibilidade de expansão, ou a sua própria possibilidade de sobrevivência, sofra qualquer prejuízo: daí a razão da intervenção na economia de uma instituição superior como o Estado, apta a evitar que manobras de especuladores, lutas de grupos internos, má condução dos negócios, comprometam aos interesses mais gerais" (autor cit., "La societá per azioni", in *Trattato di Diritto Commerciale ed di Diritto Pubblico dell'Economia*, Padova, 1984, pp. 61, 62, trad. livre minha).

Em consequência, observe-se o pensamento do DD. Professor sobre o conteúdo da nova teoria contratualista:

"Para alguns autores *interesse 'comum dos sócios' é não somente o interesse dos sócios atuais, mas, ainda, aquele dos sócios eventuais e futuros e é, também, o interesse*

no longo prazo dos sócios atuais: afirma-se que o interesse social deve levar em conta a variabilidade dos sócios no tempo e deve levar em conta, também, o interesse, embora não atual, porque no longo prazo, dos sócios atuais. *Assim concebida, a teoria contratualista conduz, manifestamente, aos mesmos resultados da teoria institucionalista, da qual é somente uma variante terminológica*: e conduz aos mesmos resultados tanto sob aspecto *da proteção do grupo de comando da sociedade, em detrimento da minoria (posto que para tutelar os sócios futuros é necessário praticar uma política de baixos dividendos e salvaguardar a eficiência produtiva da empresa social)*, quando sob o aspecto da proteção, em detrimento, eventualmente, do grupo de comando da sociedade, dos interesses gerais da classe empresarial, interesse geral da classe, na qual estão perfeitamente identificados os interesses dos acionistas, não só atuais, mas futuros (...)" (idem, autor e ob. cits., p. 64, trad. livre minha).

2. Vê-se, destarte, quer invocando uma, quer outra teoria, que o interesse social, o objetivo da sociedade não se reduz à mera produção de lucros, por meio do objeto social (lucro em sentido objetivo), com a sua consequente distribuição entre os sócios (lucro em sentido subjetivo).

A empresa e os interesses que invoca surgem, em si mesmos, como dignos de tutela.

Daí porque as leis, que seguem àquela acionária alemã (AktG de 1965), abrem espaço para a tutela de interesse outros que não somente aquele da percepção ao dividendo. Exemplo disto é a visão resultante da minirreforma do direito acionário, levado a cabo na Itália a partir de 1974. Na mesma linha segue a reforma inglesa de 1980 e as consequentes. Em atraso no tempo, pelo conservadorismo, mas na mesma direção, merece menção a atualíssima alteração do Código das Obrigações suíço, para abrigar a nova sociedade anônima (1992) à qual se seguiram outras mais hodiernamente.

A lei acionária brasileira não ficou imune a este avanço.

Diretamente influenciada pelo modelo alemão de 1965 e pelas ideias de Berle, deu relevo à importância social de que se reveste a empresa moderna, enfatizando a função social da companhia e seus deveres perante a comunidade em que atua e, neste sentido, tem em vista não só a comunidade local, como a própria comunidade nacional.

Com esta orientação, ao reconhecer o poder de controle, sancionou interesses a serem tutelados que não se reduzem ao dos sócios, da sociedade isolada ou do grupo societário (*v.g.*, arts. 265, c/c 273, da Lei 6.404/1976), mas englobam os de todos vinculados à empresa, notadamente o dos que nela trabalham (*v.g.*, art. 117, *b* e *c*, da Lei 6.404/1976), o da comunidade em que o grupo se insere (*v.g.*, art. 116, parágrafo único, da Lei 6.404/1976), o nacional e o da economia nacional (art. 117, 1º, *a*, da Lei 6.404/1976).

Na mesma linha, enfatizou a "função social" da companhia, cuja realização é impositiva não só para o controlador (art. 116, parágrafo único, da Lei 6.404/1976), mas para o administrador (art. 154 da Lei 6.404/1976).

D) A posição da doutrina brasileira

E nem se diga que estamos aqui com "estrangeirismo" ou novidades.

Qualquer compêndio atual, mais sério de direito acionário, contém a lição (cf. entre outros, Modesto Carvalhosa, *Comentário à Lei de Sociedades Anônimas*, São Paulo, 1977, pp. 104, 108; Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, São Paulo, 1979, pp. 6, 7 e 13 e ss.), ressaltando a inspiração institucionalista em nossa lei acionária mais recente.

Até no meu elementar *Lições de Direito Comercial* (Maltese, São Paulo, 1993, p.

140), escrito a mais de décadas, demonstrei, singelamente, que: "A sociedade não existe somente para satisfazer os interesses dos sócios (...)".

Aliás, inclusive, o DD. Patrono do Espólio-autor reporta-se à tese, quando se socorre da nova doutrina alemã, via Rubens Requião.

Confira-se a afirmação: "(...) a doutrina moderna alemã, no que diz respeito às sociedades de capitais, encontrou o princípio fundamental de fidelidade à sociedade, como um tributo necessário aos sócios (...)" (a fls. da inicial).

Contudo, como não leu a doutrina alemã e tampouco prestou atenção às palavras daquele DD. Professor (fidelidade à *sociedade*), inferiu consequências exatamente contrárias às que decorrem do dever de fidelidade do acionista (*Treup□icht*), porque, ironicamente, a obrigação de fidelidade do acionista perante a sociedade é, justamente, um dos postulados da teoria da "Empresa em si" (*Unternehmen an sich*), formulada por Rathenau, tal como transposta para o campo jurídico por Geiler e Netter.

Este dever de fidelidade (*Treup□icht*) não visa as relações entre os sócios no sentido de *affectio societatis* que lhe emprestou o DD. Causídico.

Quando a doutrina alemã faz menção a tal dever, tem em mira a obrigação de fidelidade do acionista e administradores tendo em vista o interesse da empresa.

Confirme-se a assertiva com as palavras de Jaeger:

"Em síntese, tal teoria, como resulta da elaboração sobre o plano jurídico do pensamento de Rathenau, por obra dos autores por ele foram inspirados, mais proximamente, apresenta as seguintes características:

"(...).

"d) *redução de todos os direitos dos acionistas, condicionados ao interesse superior da empresa, com relação a qual estes tem uma obrigação de □delidade* (*Treup□icht*), e consequente subordinação do direto à informação, do direito de impugnação da deliberação assemblear, a mais, como se viu, *do direito aos dividendos, ao uso conforme este interesse* (...)" (Pier Giusto Jaeger, ob. cit., pp. 21 e 23, trad. livre minha)

Por tal razão, Rubens Requião enfatizou na passagem citada o dever de lealdade dos administradores.

Verifique-se o pensamento completo da doutrina, tal como se apresenta hoje: "(...) não se poderá negar que *um 'interesse geral' foi valorado legislativamente. O art. 2.409, ult. alínea, prova, também, que as normas do Código Civil que impõem deveres aos administradores ou aos síndicos, não são somente normas que impõe deveres perante os sócios, mas sim, normas que impões deveres perante a coletividade total; deveres cuja violação determina a reação de um órgão do Estado. A violação dos seus deveres não é, como era perante o antigo código de comércio, somente um inadimplemento contratual dos administradores ou dos síndicos perante a sociedade; é também violação de um interesse geral, considerado pelo Estado, como interesse próprio* (...)" (Galgano, ob. cit., p. 67, trad. livre minha).

E, apenas com a intenção de maior precisão, caso duvide-se dos autores italianos, *veri□que-se o pensamento original da mencionada doutrina alemã* em sua mais moderna feição. A seguir, *litteris*:

"a) já a mais de um século é conhecido e hoje irrefutável a existência *de relações jurídicas sociais particulares entre o sócio singular e 'sua sociedade'*.

"Esta relação societária está prevista e ordenada de diversas maneiras, com direitos e deveres recíprocos, na própria lei.

"(...).

"É questionável, somente, se este dever jurídico dos acionistas, perante a sociedade, ultrapassa esta normalidade despretensiosa.

"E isto apenas para sopesar *a indicação do dever de □delidade (dever de proteção) dos acionistas perante sua sociedade*.

"*Um dever de fidelidade social semelhante apresenta-se na forma (ativa) de dever de proteção e (passiva) de dever de lealdade*.

"O seu grau, a sua intensidade e o seu conteúdo concreto dependem, sobretudo, da apreciação da posição dos respectivos acionistas na sociedade em concreto.

"O acionista 'normal' tem 'o direito ao desinteresse' (Wiedemann); mas a sua posição de dever cresce quando começa a exercer influência sobre o destino da assembleia geral, para ligar-se ao desenvolvimento de um fim determinado na sociedade ou para, mediante a própria força do voto, exercer influência e isto torna-se o direito primeiro, quando o acionista tem ou constrói uma posição específica na sociedade que lhe é correspondente.

"*Há uma conscientização crescente dos deveres superiores e da particularidade do dever de □delidade (dever de proteção) no direito da sociedade de capital. Em primeiro lugar, não se leva mais em consideração a perda da posição de in□uência do mero investidor; em segundo, a possibilidade crescente do exercício da in□uência – torna-se, também, subserviência a deveres jurídicos maiores* (...)" (Marcus Lutter, "Die Treupflicht des Aktionaers", in *Zeitschrift fuer das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 153, pp. 367-510, ago./1989, pp. 452, 453, trad. livre minha).

E) A extensão da expressão "□m social" na norma do art. 206, II, "b", da lei acionária

Destarte, descabe a ênfase ao escopo lucrativo, tal como feita, fundada em doutrina ultrapassada, criada à luz de realidade que não mais existe (Decreto-lei 2.627/1940).

Se tais opiniões foram válidas no passado não mais se adéquam à sociedade anônima moderna.

O fim da sociedade não se reduz à produção de lucros por meio do objeto social. Esta intenção ali está inserida, mas não é o único fim proposto.

Muito menos, confunda-se esta finalidade de produzir lucros com a sua distribuição.

A produção de lucros demonstra a saúde da empresa e a eficiência da gestão e é condição para a realização de todos aqueles interesses extrassocietários a que se faz menção.

Já a distribuição desses lucros, somente é consentida, quando o interesse da empresa o permita.

Por tal razão, a norma do art. 202, § 3º, da lei acionária expressamente autoriza: "Nas companhias fechadas a assembleia geral pode, desde que não haja oposição de todos acionistas presentes, deliberar a distribuição de dividendo, inferior ao obrigatório nos termos deste artigo ou a retenção de todo o lucro (...)".

Com a mesma intenção, o § 4º desta norma completa: "O dividendo previsto neste artigo não será obrigatório no exercício social em que os órgãos da administração informarem à assembleia geral ordinária ser ele incompatível com a situação financeira da companhia. O conselho fiscal, se em funcionamento, deverá dar parecer sobre esta informação (...)".

F) O comportamento do Espólio-autor: Malícia

1. Ora, no caso concreto, tanto a controlada **A** quanto a sua controladora **B** passaram por sérios percalços financeiros que culminaram com a decretação da falência de ambas e o consequente suicídio do fundador, de sua esposa e do filho mais velho, cujo espólio é, agora, autor da presente demanda.

Tanto uma, quanto outra sociedade reergueu-se da quebra, graças ao esforço único do acionista remanescente, sua esposa e herdeiros, com aportes, inclusive, do próprio patrimônio.

Razoável, portanto, que com a finalidade de salvar o empreendimento, não se pensasse em dividendos durante um bom tempo.

Atente-se, todavia, que tão logo a situação voltou a normalidade, os dividendos foram distribuídos e colocados à disposição de todos os acionistas, como se vê do exame das atas publicadas a partir de 1974 a demonstrar que os lucros foram distribuídos aos acionistas, tanto na forma de bonificações, quanto naquela de dividendos.

Observe-se, igualmente, que durante estes anos de crise, os herdeiros do titular do espólio ignoraram a existência da sociedade. Nenhuma contribuição deram para salvar a sociedade que ruía. Anote-se que sequer compareceram às assembleias (regularmente convocadas) para pleitearem os dividendos que agora reclamam. Somente passada a crise, lembram-se da qualidade de acionista e isto para pedir a dissolução de patrimônio social que não ajudaram a construir.

A falácia do comportamento salta aos olhos.

2. Mas a lógica da lei acionária não lhes socorre, pois, ainda que se restringisse o fim da sociedade à produção de lucros, esta necessidade estaria satisfeita.

Os balanços do exercício social nos últimos anos demonstram, à saciedade, o reerguimento da sociedade econômica. Ora, se assim é, mesmo restringindo, só para argumentar, o fim da sociedade, conforme a visão "oitocentista", à produção de lucros, este fim foi atingindo.

A exigência é a de que a sociedade produza lucros. Não que estes sejam distribuídos, quando o interesse social a tanto não aconselhe.

Mas, na *ratio* da nossa atual lei acionária, o fim ou interesse da companhia não se restringe à produção de lucros. A qualificação da S/A como instituição veda este entendimento.

Acima do interesse do acionista ergue-se aquele da empresa e da coletividade de trabalho que lhe é subjacente. E a regra é a de que, acatando-se a lição de Betti, o interesse geral, coletivo, precede ao individual (autor cit. em *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1957, verbete "Interesse", p. 840).

E não só o interesse da sociedade em si mesma, como a sua função social foram amplamente preservados.

A instituição abriga cerca de 2.000 dependentes diretos, ademais de representantes comerciais (mais de cinquenta), dos quais, por sua vez, depende expressivo número de pessoas.

A sociedade, ademais, mantém em seu nível máximo a sua função de assistência, garantindo a seus funcionários cuidados médicos, extensivos à família; cesta básica; programa de alimentação; vale transporte; seguro de vida em grupo; educação e esporte.

A mais disto, mantém, dentro das próprias dependências, ambulatório médico para a assistência de emergência, creche com assistentes especializadas para os filhos dos funcionários, refeitório, grêmio e um clube esportivo, dotado de quadros de esporte e lazer.

Gera empregos; gera tributos. Dá assistência e educa seus dependentes. Cumpre desta forma, os deveres que lhe foram assinalados nas normas dos arts. 116, parágrafo único, 117, § 1º, *a*, *b* e *c*, e 154, todos da Lei 6.404/1976.

E nem se diga que a tanto seus administradores não estavam autorizados, pois a norma do art. 154, § 4º, da lei citada é expressa: "O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais (...)".

Sendo esta a realidade, não há como invocar o disposto na norma do art. 206, II, *b*, da lei acionária, pois, o fim da companhia não se confunde com a distribuição de dividendos.

V – O direito do acionista ao dividendo. Antecedentes. Consequência de sua não distribuição. As sanções específicas

A) O direito do acionista ao dividendo. Antecedentes

Já em 1954, Berle, em seu *The 20th Century Capitalist Revolution*, enfatizava a necessidade da retenção de lucros, destinados ao autofinanciamento da empresa, com o que, por meio da concentração do poder econômico, se tornou possível o progresso industrial em alta escala e o desenvolvimento da tecnologia.

A consequência da difusão deste pensamento foi uma mudança radical na política de distribuição de dividendos, a qual reflete a tese institucionalista de Rathenau no continente americano.

A análise do pensamento de Berle de seus seguidores deu lugar à brilhante tese de concurso de Luiz Gastão Paes de Barros Leães, na qual, com percuciência, se adequou o pensamento alienígena à realidade econômica e social brasileira.

Perceba-se que estávamos, ainda, sob a égide da lei acionária anterior (2.627/1940) e já a este tempo, logrou este estudioso, definir o direito do acionista ao dividendo como um direito expectativo.

Confirme-se a tese: "O direito do acionista ao dividendo é direito expectativo (*spes debitum rei*): em havendo lucro, fixado pelo balanço do exercício e determinado na assembleia geral o 'quantum' e a maneira da sua distribuição (caso os estatutos já não o tenham feito), deixa de haver direito expectativo para nascer o direito expectado ao dividendo (...)" (autor cit., *O Direito do Acionista ao Dividendo*, São Paulo, 1969, p. 312).

Vale dizer, antes da deliberação assemblear, dando destino ao lucro do exercício, o acionista nada mais tem do que um direito eventual que somente adquire concreção quando a assembleia ordena a sua distribuição.

B) Consequências da não distribuição. As sanções

1. Se este era o pensamento da época, a atual Lei 6.404/1976 criou mais razões para sublinhar a eventualidade deste direito, enfatizando sua submissão ao interesse maior da empresa.

Preste-se a atenção aos exatos termos da *exposição justi□cativa* do projeto de lei em que tem origem a nossa atual lei acionária:

"O art. 202 reproduz preceito da legislação atual, destinados a proteger a integridade do capital social.

"A ideia da obrigatoriedade legal de dividendo mínimo tem sido objeto de amplo debate nos últimos anos, depois que se evidenciou a necessidade de se restaurar a ação como título de renda variável, através da qual o acionista participa dos lucros na companhia. Não obstante, é difícil generalizar preceitos e estendê-lo a companhias com estruturas diversas de capitalização, nível de rentabilidade, estágio de desenvolvimento diferente.

"Daí o projeto fugir a posições radicais, *procurando medidas justas para o dividendo obrigatório, protegendo o acionista até o limite em que, no seu próprio interesse, e de toda a comunidade, seja compatível com a necessidade de preservar a sobrevivência da empresa* (...)."

Sendo esta a *ratio legis*, aplica-se-á *quaestio*, em todo o seu teor a lição de que: "*O lucro social; só se torna exigível pelo acionista a partir* da aprovação do balanço pela assembleia geral, e *da deliberação de destinar os lucros, ou parte deles, ao pagamento de dividendos: até que isto ocorra inexiste a exigibilidade dos créditos, por isso que a assembleia pode – mesmo havendo lucros – destiná-los parcialmente à constituição de reservas, ou, mesmo, não pagar nem*

o dividendo obrigatório (v. arts. 193 a 107 e 202, 4 da Lei n. 6.404/1976)" (cf. Lamy Filho e Bulhões Pedreira, *A Lei da S/A*, Rio de Janeiro, 1992, p. 624).

2. Se a assembleia tem, com amparo na lei, o direito de reter os lucros, destinando-os a outros fins que não o bolso do acionista, ainda que se admitisse *ad argumenta* o fato do Espólio-autor não ter percebido dividendos, pelo período que assinala, em virtude de decisão política da AG, não teria ele, sob este pretexto, justificativa para pleitear a dissolução.

Por outro lado, a lei tem remédios específicos para sancionar o comportamento abusivo da maioria, quando falta justificativa para a não distribuição. E nenhum deles abrange a dissolução.

As normas destinadas à tutela dos dividendos estão adequadas ao contexto em que se inserem. Assim, a do art. 136, IV, c/c aquela do art. 137, ambas da Lei 6.404/1976, que faculta ao acionista descontente com a alteração do dividendo obrigatório, retirar-se da sociedade, mediante o reembolso de seus haveres.

Está-se a ver que o acionista não necessita se socorrer do pedido de dissolução parcial para receber o que lhe cabe. Basta-lhe o exercício do direito de recesso, contra o qual a sociedade nada pode opor.

Pode, outrossim, caso julgue a não distribuição dos dividendos usurpativa, ingressar com a devida ação de perdas e danos contra o controlador, bastando-lhe, para tanto, demonstrar o ânimo elisivo.

A lei acionária faculta aos acionistas preferenciais e àqueles titulares de ações ao portador (atualmente extintas), ademais, o exercício do direito de voto (arts. 111, § 1º, e 112, parágrafo único, da Lei 6.404/1976), caso a companhia não distribua dividendos por mais de três anos consecutivos.

Se julgar a deliberação de não distribuição abusiva e contrária ao interesse da companhia, pode socorrer-se, igualmente, do disposto na norma do art. 115 e seu § 3º, da lei citada, para pleitear as perdas e danos devidas.

Isso tudo, sem mencionar o direito que tem de anular a assembleia em que tal deliberação teve lugar, se a julgar irregularmente convocada ou instalada, eivada de erro, dolo ou fraude, nos exatos termos da norma do art. 286 da lei acionária.

Por final, se a queixa é a não percepção de dividendos deliberados, tem a sua disposição a ação ordinária de cobrança.

Nenhum destes caminhos foi o escolhido.

O Espólio-autor, a par do desinteresse em particular das assembleias, jamais diligenciou para perceber os dividendos colocados a sua disposição, deixando, inclusive, por inércia, prescrever a ação específica a que tinha direito.

Não lhe socorre, neste ponto, o argumento de lhe ter sido recusado o exercício do direito de voto, por se lhe negar a qualidade de acionista, como pretende fazer crer a fls.

O percentual de 2,7... era-lhe suficiente para tanto.

Menos vale aquele da irregularidade da convocação das mencionadas assembleias, como sustenta em outro ponto.

E não lhe socorre, posto que, a se admitir *ad argumenta* a veracidade destas alegações, teria a seu dispor a ação anulatória a que fizemos menção e dela não lançou mão.

VI – A situação na espécie sob o ângulo grupal. A sociedade "holding" como técnica para a institucionalização do poder de controle. Controladores e minoritário. Os direitos de minorias

A) A situação sob o ângulo grupal. A sociedade "holding" como técnica para a institucionalização do poder de controle

O mais paradoxal, todavia, é o fato de que o Espólio-autor vale-se, para completar o percentual acionário, exigido pela norma do

art. 206, II, *b*, da Lei 6.404/1976, justamente das ações que detém na controladora **B**.

Peço atenção do DD. Colega para o fato de que ninguém nega que detenha a sociedade **B** posição de influência no capital social de **A**.

É ela, portanto, quem exerce o poder de mando nas sociedades em questão e, destarte, responsável por quaisquer deliberações abusivas da assembleia geral.

O Espólio-autor confessa sua participação na controladora. A assim ser, pertence ao grupo de controle, posto que a criação da *holding*, com finalidade de administrar participações societárias, outra não é que a de perpetuar o poder em um determinado grupo.

Por tal razão qualifica-se a *holding*, meio para a institucionalização deste poder.

B) Controladores e minoritária. Os direitos de minorias

Ora, se assim é, quando se insurge contra a política imprimida à gestão da empresa, insurge-se contra fato próprio, pois poderia fazer valer seu voto no seio da controladora para obstar, por seu representante legal, todas as deliberações que considerasse abusiva e, inclusive, os mencionados atos administrativos, acoimados arbitrários.

O que não pode é *venire contra factum proprium*, esquecendo que faz parte do grupo de controle.

A tutela deferida à minoria não se destina ao grupo de comando.

Quando se fala em direito de minoria, têm-se em vista aqueles direitos que decorrem de um determinado percentual das ações e é remédio jurídico, destinado à tutela dos minoritários, assim entendidos, aqueles que foram alijados do poder de determinar as deliberações da assembleia geral, elegendo a maioria dos administradores. A saber, os não controladores.

Por isto, no caso concreto, a situação reveste-se de um inusitado particular, pois se vale de ações que detém no grupo organizado de controle, para exercer direitos reservados aos não controladores no interior da sociedade controlada, qualificando de arbitrários os atos praticados sob o comando de sociedade, da qual participa.

O fato de a queixa partir do espólio e não do acionista falecido, em nada altera esta realidade, posto que, na ótica acionária, a condição de acionista decorre da titularidade da ação e não de se cuidar desta ou daquela pessoa determinada. E o Espólio-autor, por mais de uma vez, confessou deter participações da sociedade controladora.

Desta forma é inconcebível insurja-se contra o grupo de controle posto que a ninguém é permitido alegar a própria torpeza em juízo.

VII – O "affectio societatis". Razão da sua existência nas sociedades de pessoas. O porquê da sua ausência naquela de capitais. Pedido de dissolução e quebra do "affectio"

A) O "affectio societatis"

1. Quando pensamos em *affectio societatis*, pensamos na *societas romana*, tal como derivou da comunhão hereditária.

Mas o direito romano não conhecia a pessoa jurídica na forma pura como a vemos atualmente. O que se reconheceu, no período clássico, foi a capacidade jurídica da reunião de pessoas com um objetivo comum, permitindo-se que tais agrupamentos atuassem de forma autônoma, independente de seus membros.

Contudo, como afirmei em meu *Lições de Direito Comercial*,

"Essa personalização não equivalia à pessoa jurídica com a visão que dela temos hoje em dia.

"Cuidava-se muito mais, do reconhecimento da capacidade jurídica desses agrupamentos de forma a que se 'autonomizasse' o patrimônio comum, permitindo-lhe agir em juízo por meio de um representante que atuasse '(...) em nome e por conta da pessoa jurídica e não daquela de seus integrantes (...)'" (cf. Vera Helena de Mello Franco, ob. cit., p. 137).

Mas esta pessoa que assim surgia, não formava um *corpus*, uma instituição, uma corporação privada. Isto, notadamente, porque os romanos desconheciam a existência das corporações privadas. Sua capacidade era reconhecida. A personalidade jurídica não (cf. Ernani Guarita Cartaxo, *As Pessoas Jurídicas em suas Origens Romanas. Evolução e Conceito*, Curitiba, 1943, pp. 20, 21).

Por isto, a *societas* reduzia-se, tão somente, a um vínculo obrigacional entre seus participantes, permanecendo o fundo comum num regime de copropriedade entre os "sócios".

No pano de fundo permanecia a ideia original de comunidade familiar, tão somente substituindo-se o *affectio fraternitatis* pelo que se convencionou chamar de *affectio societatis*.

Mas aqui, não existia um vínculo entre a "pessoa jurídica" (já que inexistente) e os sócios. O vínculo obrigacional societário estabelecia-se *entre os sócios*.

Não, entre cada um e a entidade resultante do agrupamento. Daí a presença do *affectio societatis*; daí o *intuitus personae*.

2. Fundada na mesma ideia de comunidade familiar que se discute se – "(...) é uma transformação da antiga propriedade germânica em mão comum ou, pelo contrário, liga-se a tradição romanista com as corrupções manifestadas nos últimos tempos do Império (...)" (cf. Brunetti, ob. cit., p. 525, trad. minha) – advém as sociedades comerciais, hoje classificadas como "de pessoas" ou contratuais.

A estrutura é praticamente a mesma da *societas* romana. O vínculo obrigacional estabelece-se entre os sócios e não entre os sócios e uma pessoa resultante da unidade, pois a pessoa jurídica, aqui, não tem existência. A *gesammte Hand* germânica, na qual tem origem nossa sociedade em nome coletivo atual, não alterou esta realidade.

Aliás, diga-se de passagem, estas sociedades não tinham personalidade jurídica, quando da promulgação do Código Comercial de 1850.

A personalidade jurídica que lhe é atribuída advém com o Código Civil de 1916 ao declarar, na norma do seu art. 16, II, ser as sociedades comerciais, pessoas jurídicas de direito privado.

Por isto, estas sociedades são qualificadas como "sociedades de pessoas com autonomia patrimonial relativa", posto que, estruturalmente, falta-lhes o perfil corporativo.

Por tal razão a responsabilidade solidária, subsidiária de todos ou de uma categoria de sócios.

Mutatis mutandis, a estrutura é a mesma da *fraternitatis*, expresso no *intuitus personae* e na ideia de *affectio societatis*, embora dela se distinga pela finalidade de ganho, pela responsabilidade solidária (e não pessoal) de seus membros ademais do exercício de empreendimento sob um nome próprio.

B) O porquê da ausência da "affectio societatis" nas sociedades de capitais

A construção em que tem origem a sociedade anônima é, diametralmente, oposta.

Na sua raiz, está a ideia de *corpus* ou corporação que se funde posteriormente na ideia de *universitas*, agora com um novo significado, apto a designar: "(...) individualidades corporativas, tanto de direito público, quanto de direito privado (...)", de molde a identificar "(...) a unidade patrimonial das comunidade e associações (...)" (cf. Guarita Cartaxo, ob. cit., p. 27, nota 53).

Com isto, "(...) extremaram-se os dois conceitos. A *universitas* passou a indicar o ser dotado de autonomia patrimonial, com uma existência distinta daquela de seus membros (...)" e a *societas* restou vista, unicamente, como uma relação obrigacional entre os sócios, não sendo "(...) em si mesma sujeito de direitos e com isto, tampouco, capaz de operar (...)" (cf. Hanz Planitz, *Principios de Derecho Privado Germánico*, Barcelona, 1957, p. 58, trad. minha).

E a estrutura da sociedade anônima repousa, justamente, nesta ideia de *corpus* ou de corporação que surge, por si, com individualidade própria que se não confunde com aquela da comunidade que a compõe.

Por tal razão, os vínculos que se estabelecem não são entre os sócios, mas entre estes e a sociedade.

A pessoa do sócio, aqui, não tem qualquer relevo. À semelhança da *societas publicanorum* dos romanos, cuida-se de negócio personalizado, no qual o sócio se reduz a uma posição jurídica padronizada, consubstanciada num título circulável.

O princípio não é o da estabilidade do quadro societário. Portanto não se pode falar em *affectio societatis* ou em *intuitus personae* neste modelo.

C) Pedido de dissolução e quebra do "affectio"

1. Quer se trate de sociedade anônima familiar, quer de companhia aberta, a estrutura é a mesma.

Tanto em uma, quanto em outra, o vínculo associativo estabelece-se entre o acionista e a sociedade e o princípio é o da circulabilidade das posições acionárias.

A personalidade jurídica, própria da estrutura corporativa, atesta a sua capacidade para ser titular de direitos e obrigações.

A tese, invocada na inicial do pedido de dissolução, desatende à estrutura própria das sociedades de capitais. E, quando faz apelo à presença do *affectio socetatis*, procura aplicar a tese de modo parcial, pois não examina a situação conforme os princípios das sociedades de pessoas.

Ora, as construções jurídicas não são colchas de retalhos. Não se pode invocar um princípio, separado das consequências que dele decorrem.

Quando se faz apelo à estrutura das sociedades de pessoas, invoca-se, igualmente, o princípio da estabilidade do quadro societário, o *intuitus personae* a proibir a participação de não sócios, sem o consentimento da totalidade dos sócios; a proibição da participação dos incapazes; a vedação de que os herdeiros dos sócios pré-mortos ingressem na sociedade e outros quetais que decorrem da construção *intuitus personae*.

Todas estas consequências foram ignoradas no pedido. Transpôs-se, apenas, o que se julgou conveniente.

2. Mas, ainda que se quisesse acatar a tese personalizante, ela não se adequaria ao caso concreto.

Isto porque, a sociedade em exame, em tudo e por tudo, reveste as características específicas das sociedades de capitais.

Por exemplo, é difícil coadunar a ideia de ações ao portador (que foram emitidas) com aquela do princípio de estabilidade do quadro societário, essencial nas sociedades de pessoas.

E o Espólio-autor afirma a existência dessas ações, destinadas a circular no anonimato, o que demonstra ser intenção dos seus fundadores não manter a companhia dentro do restrito círculo familiar. Aliás, a sociedade, já na sua origem, surge com outros sócios, além dos familiares, contando, atualmente, cerca de 170 acionistas.

Atente-se, ademais, para o porte da empresa que se apresenta na estrutura "macro".

Sua composição é orgânica (assembleia geral, administração e conselho fiscal); o modelo de administração, binário (conselho de administração e diretoria); admitindo,

ademais, a presença de terceiros dentre os diretores. O princípio é o majoritário.

Submete-se, integralmente, às regras do *disclosure*. Inexiste solidariedade pelos débitos sociais. Está obrigada a formar reservas. Admite a participação de incapazes pelos débitos sociais. Aceita a substituição dos acionistas por seus herdeiros, etc. etc.

Nada, nesta sociedade, permite o apelo aos princípios das sociedades de pessoas, o que, aliás, caso possível, em nada beneficiará o Espólio-autor.

É que o pedido de dissolução tem a sua contraface, a saber – a exclusão do sócio que, por esta forma, demonstra a cessação do ânimo continuativo e, destarte, a cessação do *affectio societatis*.

Esta, cumpre dizer, a razão, pela qual o pós-graduando Mario Engler (trazido à colação na inicial pelo Espólio-autor) sustentou a tese da personalização da sociedade anônima fechada.

E explico a razão.

3. A *societas* romana, fundada no *intuitus personae*, não aceitava a substituição de um participante por outro, exigindo um novo consentimento e uma sociedade inteiramente nova, caso outros, assim, *v.g.*, herdeiros, desejassem ingressar na sociedade.

Por outro lado, a ausência do *affectio* ou *animus societatis* fazia cessar a sociedade posto que o direito romano não conhecesse o instituto da exclusão para sancionar o sócio faltoso.

Confronte-se a afirmativa com a lição da doutrina:

"A *societas* é um daqueles contratos que elevam a momento essencial do vínculo associativo, a individualidade pessoal dos participantes: é assim o típico contrato fundado sobre o *intuitus personae*.

"Da mesma forma que de um lado a relação não admite que no lugar de um participante se coloque uma outra pessoa (o herdeiro, o tutor e o curador); do outro lado a relação não pode sobreviver à saída de um participante, porque a ausência de uma pessoa significa a ausência de uma das condições originais e fundamentais do consentimento: a razão da união – daquela união – diminui, podendo surgir um novo *consensus* entre os remanescente, mas, justamente por isto, ter-se-á uma *societas* necessariamente nova (...)" (Dalmartello, *L'Esclusione dei Soci dale Società Commerciale*, Padova, 1939, p. 2).

4. A doutrina trabalhou sobre estas ideias.

A *affectio societatis* permaneceu como razão da existência das sociedades de pessoas, admitindo-se, todavia, que a sua violação acarretasse a expulsão do sócio faltoso e não a cessação da sociedade.

Por isto mesmo, nestas sociedades de pessoas ou contratuais a violação da obrigação de colaboração, inerente a *affectio societatis*, acarreta a exclusão do sócio faltoso.

E assim é, pois dentro desta ideia, inclui-se o dever de colaborar com a empresa (tutela dos sócios futuros), como organismo produtivo de trabalho e de riquezas, justificando-se a expulsão de todo aquele que coloca em perigo o seu desenvolvimento normal.

A par disto, tem-se, ainda, a resolução por inadimplemento, notadamente, quando é violado o dever de colaboração, próprio do *affectio*. "E a violação deste dever de colaboração é vista de forma ampla, de modo a abranger todos os atos que violem a boa-fé que nos vínculos associativos, estende-se, como preleciona Betti, '(...) a todo comportamento necessário para a realização do escopo social, potencializando-se num dever de fidelidade (...)'" (*apud* Avelã Nunes, *O Direito de Exclusão dos Sócios nas Sociedades Comerciais*, Coimbra, 1968, pp. 91, 92).

C) Pedido de dissolução e quebra da "affectio"

E a tese tem razão de ser, posto que:

• se uma das características básicas do contrato de sociedade é a comunhão de interesses, visando um objetivo comum;

· se a relação societária repousa no *affectio societatis*, compreendido como a manifestação de vontade dos sócios no sentido de adequarem a sua conduta à realização do escopo comum;

· o sócio, ao visar a dissolução da sociedade, revela a iniludível intenção de não mais contribuir para a realização daquele objetivo comum.

Cessou o estado de ânimo continuativo que, nas palavras de Fábio Konder Comparato, "Diz respeito a todos os elementos do contrato social, notadamente, à pessoa dos sócios, ao objeto e objetivo comum.

"No direito romano clássico, não é uma única vez e para sempre que os sócios manifestam o seu consentimento em permanecer naquela sociedade. É continuamente e todos os dias, de tal maneira que, cessando a *affectio*, rompe-se *ipso facto* o vínculo contratual que os une.

"Ora, essa exigência de perseverança em determinado acordo social – único e infungível – acarreta, por via de consequência a exigência de acendrada boa fé.

"(...).

"Ambas as ideias, de boa fé e de perseverança – estavam na verdade, intimamente unidas no espírito dos romanos. Para eles, como agudamente observou Fritz Schultz, a fidelidade nada mais é do que um dos aspectos da constância, suprema virtude do homem. E, consiste, antes de tudo na prestação da palavra dada (□*t quod dicitus*). Daí porque o comportamento contraditório, o *venire contra factum proprium* constitui, nessa perspectiva, manifestação por excelência da falta de boa fé (...)" (autor cit., em *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, 1981, pp. 38, 39).

Se a fidelidade ao escopo comum, a perseverança e o *animus* associativo são elementos inarredáveis do *affectio societatis*, desaparecendo qualquer destes elementos, desaparece aquele e, assim, justifica-se a exclusão daquele sócio que demonstrou um comportamento contraditório com o consentimento inicialmente manifesto.

E assim é, pois o pedido de dissolução demonstra, de forma iniludível, a ausência de fidelidade ao escopo comum e a extinção do ânimo continuativo, justificando a exclusão do sócio faltoso por inadimplência.

Com estes conhecimentos, a visão da sociedade anônima, sob o prisma das sociedades de pessoas com ênfase ao *affectio societatis* e ao *intuitus personae*, em nada beneficiaram o Espólio-autor, posto que, por um lado obstaria a entrada dos herdeiros que contendem sob o manto do espólio, por outro, o pedido de dissolução, por expressar a cessação do ânimo continuativa, justificaria a exclusão de seu autor.

Aconselhável, portanto, que se não misturem os princípios ordenatórios de um e de outro tipo societário. Se tais discussões são interessantes como exercícios jurídicos acadêmicos, na prática, encontram a barreira intransponível da *ratio legis* da disciplina em vigor. E a Lei das S/A não se coaduna com a tese.

VIII – Dissociação, dissolução, dissolução parcial e recesso

Mencionei, quando da apreciação da questão, terem-se confundidos remédios jurídicos distintos, tais como o recesso e a dissolução parcial.

A determinação precisa do conteúdo de um e de outros exige, a fim de que não pairem dúvidas, uma determinação prévia de conceitos. Com este sentido, prossigo, de molde a diferenciar.

A) A dissociação e a dissolução

A doutrina civilista distingue os termos *dissolução* e *dissociação*, reservando o primeiro para as situações em que a sociedade se extingue. Esta, pelo menos, a opinião de

Alberto Gomes da Rocha Azevedo (*Dissociação da Sociedade Mercantil*, São Paulo, 1975, pp. 50-57).

Para o estudioso, *dissociação* é termo amplo que abrange toda a espécie de solução do vínculo societário, quer leve à separação de um, alguns ou de todos os sócios. Pode advir tanto da vontade de um ou de todos os sócios, quanto ocorrer compulsoriamente.

Quando a solução do vínculo, que liga o sócio à sociedade, advém da vontade deste sócio, tem-se a retirada ou o recesso.

Quando o sócio é obrigado a sair, independentemente da sua vontade, a hipótese é de exclusão.

Já na dissolução, que tanto pode ser compulsória (*v.g.*, em virtude de decisão judicial), quanto voluntária, tem-se sempre a solução total do vínculo societário com a consequente extinção da sociedade.

Quer no recesso, quer na exclusão, a sociedade continua existindo, pois a solução do vínculo foi apenas parcial.

Na dissolução não. Uma vez dissolvido o vínculo e extinta as obrigações contraídas, a sociedade deixa de existir. A dissolução, desta forma, é modo de extinção da sociedade pelo rompimento do vínculo que une os participantes.

Pode ocorrer de pleno direito, pela via convencional ou por decisão judicial.

Diz-se de pleno direito a dissolução carreada por circunstâncias previstas na lei, tal como a expiração do prazo ajustado para a duração da sociedade.

Convencional, aquela decorrente da vontade de todos os sócios ou de um deles, quando a sociedade foi constituída por prazo indeterminado e a forma pela qual tem lugar, quando todos os sócios estão concordes, é o distrato.

Judicial, diz-se a resultante de sentença com trânsito em julgado. As causas vêm previstas na lei, mas o elenco não é taxativo.

Atente-se, porém, que a dissolução não põe termo, imediatamente, à existência da sociedade. Esta continua a operar, mas não mais para realizar o objeto social. A sociedade continua a existir, apenas, para apurar seu ativo, pagando os débitos que porventura tenha; inclusive aqueles perante os próprios sócios. Existindo sobras, estas são rateadas entre os sócios na proporção dos seus quinhões.

A figura do gerente é substituída por aquela do liquidante. O nome da sociedade, também, é alterado, passando a conter, obrigatoriamente, a expressão "em liquidação" com o fato de acautelar os direitos de terceiros que negociam com a sociedade.

Uma vez pagos os credores e aprovada a forma de divisão e partilha dos bens sociais, encerra-se a liquidação, ultimando-se a extinção com o arquivamento da declaração do encerramento da liquidação no Registro de Comércio.

B) A dissolução e a dissolução parcial

A norma do art. 335, 5, CCom, seguindo a tradição romanista que admitia se dissolvesse a sociedade "(...) *ex personis*, *ex rebus*, *ex volutante*, *ex actione* (...)" (*Digesto*, Livro XVII, *Pro Socio*, fr. 63, 10) abrangendo a *ex voluntate* a renúncia unilateral de qualquer dos sócios, sancionou a possibilidade da dissolução da sociedade por vontade de um só dos sócios.

Embora o fundamento jurídico desta possibilidade pudesse variar, situando-se ora no princípio da liberdade de trabalho, ora naquele que veda os contratos perpétuos, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, admitiam a vigência plena da norma do art. 335, 5º, CCom, à época.

Posteriormente, todavia, por razões de equidade, abrandou-se a interpretação deste dispositivo, com a finalidade, principalmente, de conservar a empresa.

Confira-se, a doutrina, para quem a tendência geral na evolução jurídica, desde o direito romano, é: "(...) no sentido de alargar as hipóteses de dissolução parcial do vínculo

social, evitando-se com isso o recurso extremo à extinção da sociedade e da empresa (...)" guiada por "(...) um rigoroso sentimento de justiça e uma clara compreensão das necessidades socioeconômicas concretas, construindo-se, destarte, um direito mais equitativo, do que sistemático (...)" (Fábio Konder Comparato, "Sociedade por cotas de responsabilidade limitada", in *RT* 473/33-41, p. 35).

Com esta intenção, pretorianamente, construiu-se a chamada "dissolução parcial", de forma a ordenar a solução do vínculo, somente em relação ao sócio que pediu a dissolução.

Porém, a fim de que se não frustrasse o direito do sócio à dissolução, mandou-se que se procedesse à apuração de haveres, como se cuidasse da dissolução, embora, simultaneamente, se mantivesse a sociedade com vida, atendendo àquela necessidade de preservação da empresa.

Daí a designação – dissolução parcial, pois, por ficção, a sociedade reputa-se dissolvida, rompendo-se na realidade apenas o vínculo que unia o sócio à sociedade.

C) A dissolução parcial e o recesso

1. O direito de retirada ou recesso é a face oposta da exclusão. Na exclusão a saída do sócio é compulsória. No recesso é voluntária.

O sócio que discordar das deliberações da maioria tem o direito de retirar-se da sociedade pedindo o reembolso do valor de seus haveres. É forma de solução parcial do vínculo societário e neste sentido aproxima-se da dissolução parcial. Mas não se confunde com esta, quer pela causa de uma e outra; quer pelos efeitos.

Em primeiro lugar não se confundem, porque o recesso ou direito de retirada é um direito assegurado na lei a favor do minoritário. Já a dissolução parcial, um remédio criado pela jurisprudência, fundado na ideia de preservação da empresa, e que pode advir do pedido de qualquer sócio (majoritário ou minoritário).

Em segundo lugar, *o fundamento* para o exercício de uma e de outra forma, são absolutamente distintos.

Para que o recesso tenha lugar se exige uma deliberação assemblear que, em prejuízo do minoritário, introduza a dissidência na harmonia societária.

Já a base para o pedido da dissolução parcial repousa no rompimento do *affectio societatis*, do dever de colaboração que incumbe a todos os sócios nas chamadas sociedades de pessoas ou contratuais.

Por último, distinguem-se quanto a seus efeitos, porque no recesso a solução do vínculo é parcial. A sociedade permanece intocada. Por tal razão, somente tem direito a perceber seus haveres, conforme o último balanço. No cálculo do reembolso não se inclui aquele correspondente à sua participação no acervo empresarial, como ocorreria se a sociedade fosse liquidada e existissem sobras.

Ademais, como a sociedade permanece com vida, pode receber parceladamente, caso isto tenha sido estabelecido no contrato social, pois este ainda vigora.

Contrariamente na chamada dissolução parcial, a sociedade reputa-se dissolvida por ficção.

Como tal, o valor de reembolso é feito mediante avaliação física e contábil, pois o sócio tem o direito de exigir, também, a parte que lhe caberia, caso a sociedade fosse liquidada.

2. Por estas razões não cabe falar em "dissidência" quando o pedido é a dissolução parcial. Tampouco, pode-se mencionar o recesso perante o rompimento do *affectio societatis*. Cuida-se de remédios jurídicos distintos que exigem diferentes pressupostos.

Por esta razão, andou mal o DD. Patrono do Espólio-autor quando confundiu as duas figuras, atribuindo o direito de recesso, atabalhoadamente, à criação jurisprudencial.

IX – A dissolução parcial vista perante a sociedade anônima

1. Em atenção ao último quesito formulado por V. Sa. resta examinar a possibilidade da aplicação da tese da dissolução parcial às sociedades anônimas.

Todavia, como se verificou, o pedido de dissolução *ex voluntates* repousa no rompimento do *affectio societatis*, como vínculo que une os sócios entre si.

E, como demonstramos precedentemente, nas sociedades de capitais, onde a personalidade jurídica repousa na estrutura corporativa da instituição, as relações estabelecem-se, não entre os sócios, mas entre estes e a sociedade.

A figura do sócio é absorvida pela unidade.

Daí porque não é possível afirmar a presença do *affectio societatis* nas sociedades de capitais.

Tampouco socorre a tese, como se pretendeu, a menção ao dever de fidelidade (*Treup□icht*) do acionista, pois, como demonstrado, este dever é postulado da teoria institucionalista, visando submeter o interesse dos acionistas àquele maior da empresa em si mesma. É, destarte, dever de fidelidade do sócio para com a sociedade e não dos sócios entre si.

A acatar-se a tese, melhor seria resolver-se a situação pela exclusão do sócio faltoso, pois o pedido de dissolução é, por si só, demonstração da extinção do *affectio*, justificando-se a exclusão do sócio que colocou seu interesse acima daquele da companhia.

Contudo, nem uma, nem outra solução adéquam-se à sociedade anônima pela ausência do vínculo *fraternitatis*.

Lembro que a situação é permitida nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, em que pese seu perfil corporativo, porque esta sociedade já surge em sua origem (lei alemã de 1892) como um modelo híbrido, em que se entrelaçam os princípios das sociedades de pessoas e aqueles das sociedades de capitais.

E, justamente esta foi a intenção do legislador alemão: obter um tipo intermediário entre os dois extremos, representados pela sociedade em nome coletivo e pela sociedade anônima.

Daí porque é adequado fundar-se a sociedade limitada no *affectio societatis*. A S/A, todavia, não tem esta autorização.

X – A situação de abuso de minoria

V. Sa. não formulou qualquer quesito neste sentido, todavia, tendo em vista a especificidade da questão examinada, não é demasia denunciar a situação abusiva que nela se consubstancia.

Digne-se atentar para os termos em que esta situação é colocada.

1. No contrato plurilateral que, segundo Ascarelli, perfaz o ato de fundação da sociedade, existem sempre dois tipos de interesses: o comum das partes e os individuais dos sócios.

O segundo, todavia, somente são tutelados enquanto interesses dos sócios nesta qualidade. Isto é, enquanto sócios e enquanto tais interesses não estejam em conflito com o fim da sociedade.

Se o interesse individual do sócio, enquanto sócio, não se destina a esta finalidade comum, a proteção do legislador é afastada e o uso de seus direitos sociais podem se transmudar em abuso.

2. Esta situação de abuso é reconhecida pela doutrina, nitidamente, tanto quando o sócio majoritário utiliza seu poder em proveito próprio; como quando o minoritário vale-se dos remédios legais, previstos na lei para a tutela de seus direitos, em detrimento do interesse social.

Distingue-se, destarte, as situações de abuso da maioria ou abuso do poder de con-

trole e aquela de abuso da minoria, notadamente quando esta prejudica o andamento dos negócios sociais, tendo em vista a satisfação de interesses individuais, contraposto àquele comum, expresso no objetivo social.

Daí a lição dos estudiosos do direito societário: "Eis porque, na técnica do direito societário, não há apenas abuso da maioria ou do sócio controlador a evitar, mas também abuso da minoria a sancionar" (Fábio Konder Comparato, "Restrição à circulação de ações em companhia fechada: *nova et vetera*", in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 36/65-76, p. 73, Nova Série).

E, se a má-fé acompanha o exercício do direito individual pelo acionista, aí, então, sem dúvidas, a situação de abuso é irrefutável.

3. Por tal razão, ao apreciar a situação, o julgador deve observar se o exercício do direito individual, pelo acionista, tem realmente por fim a tutela do interesse societário ou se, na verdade, esconde a intenção subjacente de valer-se dos mecanismos de tutela destes direitos como instrumento para obter vantagens em detrimento da empresa.

No caso presente, a situação de abuso da minoria está patente.

Veja-se a má-fé com que orientou e interpretou o parecer do Sr. Perito assumindo, como condição para legitimar o exercício de direitos que só ao titular acionário pertenciam, a valoração da posição patrimonial do Espólio-autor na controladora.

Observe-se, ademais, a omissão desta qualidade de acionista perante os anos de crise, em contraponto à avidez com que agora querem fazer valer esta qualidade, em detrimento do destino da empresa.

Atente-se, ainda, à escolha do meio judicial para fazer valer os direitos que discute. Não aqueles especificamente reservados pelo legislador para a queixa que formulam (dividendos não percebidos): a saber, a simples ordinária de cobrança.

Não. Escolhe-se para a satisfação de interesse individuais da minoria, a destruição de todo um complexo industrial, sem qualquer consideração para com a sua função econômica e social; para a comunidade de trabalho que ali se insere ou para o interesse econômico nacional, posto cuidar-se de uma unidade de produção de riquezas.

A situação de abuso está patente, cabendo em regresso, a reivindicação das perdas e danos pelos prejuízos carreados.

Isto posto, por ordem, passo a responder os quesitos formulados por V. Sa.

1. Os direitos decorrentes da titularidade da ação, somente por seu titular podem ser exercidos. A valoração da posição patrimonial é distinta da sua posição jurídica. O acionista da sociedade controladora não se pode valer das participações que nela detém para, sob este título, exercer quaisquer direitos de minoria na sociedade controlada.

A aceitação da tese, tal como apresentada na inicial, dá lugar à violação da norma do art. 206, II, *b*, da Lei 6.404/1976, ensejando, por cuidar-se de texto de lei federal, o recurso ao Tribunal Superior.

2. Os Peritos foram além da área de sua competência, inferindo situação jurídica de valoração patrimonial que a tanto não autorizava, estando, desta forma, sujeitos ao disposto no Código Penal para as afirmações que induzam o Juízo em erro.

3. O fim social na sociedade anônima não se reduz à produção de lucros por meio do objeto social ou à sua distribuição entre os sócios. A sociedade anônima abriga interesse de ordem geral, cuja consecução incumbe ao controlador e que estão acima do mero intuito de lucro do acionista.

Dentre estes, vale mencionar o interesse da comunidade de trabalho que integra a empresa e o daquela em que a sociedade está instalada; o nacional e o da economia nacional; com relevo especial à função social da empresa, todos expressamente abrigados na lei acionária.

Por tal razão a lei acionária autoriza, expressamente, possa a assembleia geral deliberar a não distribuição de dividendos, quando o interesse social assim a aconselhe.

4. O acionista tem um direito "expectado" ao dividendo, ou, conforme a doutrina mais atual, um direito eventual que somente adquire concreção quando a assembleia geral ordena a sua distribuição. Portanto, seu direito é ao dividendo "deliberado" e não outro.

A lei acionária contém diversas medidas destinada a tutelar o minoritário, mas nenhuma delas leva à dissolução da sociedade.

5. As noções de minoria (não controladores) e maiorias são distintas. As normas, destinadas à tutela da minoria, não podem ser utilizadas pela maioria contra fato próprio, mormente valendo-se das participações acionárias da controladora para preencher o percentual exigido pela lei acionária para o exercício do direito.

6. Na sociedade anônima a personalidade jurídica é um elemento natural que decorre da sua estrutura corporativa. Nela a unidade absorve os participantes e as relações e os deveres são estabelecidos entre os sócios e a sociedade e não entre os sócios uns perante os outros.

Daí porque não se leva em consideração a pessoa do sócio, não se podendo falar em *affectio societatis*.

7. O recesso e a dissolução parcial são instrumentos jurídicos distintos. O recesso, ou direito de retirada do acionista, é medida expressamente prevista em lei, destinada a tutelar o minoritário perante o poder deliberativo da maioria, bastando para o seu exercício uma deliberação que introduza o dissenso na sociedade.

A dissolução parcial é figura criada pela jurisprudência para preservar a empresa, atuando-se por ficção como se a sociedade dissolvida fosse tão somente para a valoração da participação societária a ser reembolsada.

Para que tenha lugar, a situação não é de dissenso, mas de rompimento do *affectio societatis* e dos deveres que lhe são inerentes.

8. Se o *affectio societatis* é inexistente na sociedade anônima, sendo esta base para o pedido de dissolução parcial, não há como aplicá-la às sociedades anônimas.

Por final, lembro a V. Sa. que a posição de abuso não decorre somente de ato da maioria, tendo igualmente lugar quando a minoria contrapõe o próprio interesse àquele da preservação da empresa.

É este o meu parecer

São Paulo.