REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 102 • abril-junho de 1996

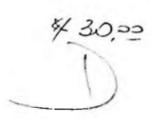
Fundadores

1.ª Fase: WALDEMAR FERREIRA

Fase Atual: Prof. Philomeno J. da Costa (†)
Prof. Fábio Konder Comparato

Supervisor Geral: Prof. Waldirio Bulgarelli

Comitê de Redação: Mauro Rodrigues Penteado, Haroldo D. Verçosa, José Alexandre Tavares Guerreiro, Antonio Martin



Biblioteca Geo, ge , lexander

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 102 • abril-junho de 1996

© Edição e distribuição EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

LIVRARIA TRIBUTARIA Rua Cel. Xavier de Toledo, 210 7o. Andar - Conj. 74 - CEP 01048-000 Fone/Fax: 214-3714

3120 3761 Diretor de Produção: Enyl Xavier de Mendonça

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Gerente de Marketing: MELISSA CHBANE
Gerente de Administração de Vendas: Kunji Tanaka

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica: Eurotexto Informática Ltda. - ME. - Impressão: EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 - CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

SUMÁRIO

DOUTRINA

RI	ESENHA	
	Renovatória de locação — Aluguel provisório — "O deferimento do aluguel provisório não está condicionado a que o senhorio se abstenha de fazer o pedido alternativo de retomada do imóvel" — CARLOS AUGUSTO DE ASSIS	113
JL	JRISPRUDÊNCIA	
	Da inaplicabilidade do artigo 174 da Constituição Federal às normas monetárias — ARNOLDO WALD	109
	Temas polêmicos da sociedade por quotas — Posição da jurisprudência. Cessão de quotas, responsabilidade e exclusão de sócios — CARLA IZOLDA FIUZA COSTA MARSHALL	94
	Gestão privada do Funcafé — Aline Paola C. B. C. de Almeida; Flávio Amaral Garcia; Marcos Juruena V. Souto; Paolo Henrique Spilotros Costa	80
	Breves considerações sobre sentença que indefere a renovação de contrato de locação — CARLOS AUGUSTO DE ASSIS	72
A T	TUALIDADES	
	A concordata do ex-concordatário e a desistência do favor legal — DÉCIO POLICASTRO Derivatives' Suitability — Luiz Gastão Leães Filho	54 59
	Criação de impostos. Alteração de seus elementos essenciais. O artigo 146 da Constituição Federal — João Luiz Coelho da Rocha	46
	A minoria social. Relatividade e alcance dos efeitos de seus direitos — João Luiz Coelho da Rocha	38
	Disciplina da concorrência nas operações de concentração empresarial — José Júlio Borges da Fonseca	26
	O titular de cheques pós-datados, dados em garantia real, não participa da concordata da devedora — Jorge Lobo	21
	Direito adquirido em matéria de indexação legal (interpretação do artigo 38 da Lei 8.880, de 1994) — Luiz Gastão Paes de Barros Leães	7

Obligaciones-Regimen Jurídico — Marcelo Urbano Salermo, por ARNOLDO WALD. 116

TEXTOS LEGAIS

Decreto 350, de 21.11.1991 — Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (Tratado Mercosul)	118
TEXTOS HISTÓRICOS	
Tratado de Direito Comercial — (Cesare Vivante — V. 1 — Os Comerciantes, 5.º ed. rev. e ampl., Milão, Francesco Vallardi, 1934) — HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA	134
NOTICIÁRIO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COMERCIAL COM- PARADO E BIBLIOTECA TULLIO ASCARELLI	139
ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO	141

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ALINE PAOLA C. B. C. DE ALMEIDA

Advogada no Rio de Janeiro.

Biblioteca George Alexander Direito

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor catedrático de Direito Civil na UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Associação Henri Capitant; Ex-presidente da Comissão de Valores Mobiliários — CVM; Ex-membro do Conselho Monetário Nacional.

CARLA IZOLDA FIUZA COSTA MARSHALL

Procuradora Federal lotada na Universidade Federal Fluminense; Doutoranda em Direito Econômico e Sociedade pela Universidade Gama Filho.

CARLOS AUGUSTO DE ASSIS

Advogado em São Paulo; Mestre e doutorando em Direito Processual na FADUSP.

DÉCIO POLICASTRO

Advogado e Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Advogado no Rio de Janeiro.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mestre e Doutor em Direito Comercial pela USP; Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Advogado em São Paulo.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janciro.

JORGE LOBO

Advogado no Rio de Janeiro; Livre Docente em Direito Comercial pela UERJ.

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

Advogado em São Paulo; Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli.

LUIZ GASTÃO LEÃES FILHO

Advogado em São Paulo; Mestrando no curso de pós-graduação (em Direito Bancário, Financeiro e de Sociedades Anônimas) da Faculdade de Direito da Universidade Fordham, Nova Iorque.

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MARCOS JURUENA V. SOUTO

Advogado no Rio de Janeiro.

PAOLO HENRIQUE SPILOTROS COSTA

Advogado no Rio de Janeiro.

A MINORIA SOCIAL. RELATIVIDADE E ALCANCE DOS EFEITOS DE SEUS DIREITOS.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Seja em qual tipo societário se insira a posição de sócio minoritário, é sempre ela, fora casos excepcionais, mais inconfortável do que a daqueles que comandam o negócio social.

Aos majoritários cabe algum risco adicional, por certo, ligado à sua consciência e poder de decisão nas ações da pessoa jurídica, o que lhes imputa ocasiões de responsabilização extra, mas o lado desfavorável dessa responsabilização perde peso diante da inegável vantagem de serem eles os reais gestores e condutores da "vontade" da pessoa jurídica.

As hipóteses fora do curso comum, acima referidas, dizem, em regra, com a possível existência de acordos de acionistas (documentos não estatutários, mas com efeitos compulsórios específicos, cf. art. 118 da Lei 6.404) e mesmo de quotistas, (hoje acolhidos, sem dúvida, conforme Waldirio Bugarelli "in" Revista de Direito Mercantil, n. 98, p. 44) que em um ou outro tipo societário, confiram a certos minoritários alguma força social que lhes dê vez e voz em determinadas decisões, e enfim garantam, à força daqueles efeitos legais tão potentes, eficácia real, e alcance ilimitado a seus direitos, o que, como veremos, não pauta por ocorrer no comum das sociedades.

No referente às sociedades anônimas, como se sabe, mas nem sempre se pratica, minoritários que detenham 10% ou mais do capital social votante podem, pelo uso do voto múltiplo (art. 141 da

Lei 6.404), garantir uma ou mais vagas nos órgãos de gestão, mas sempre, é claro, em situação de desvantagem decisória diante dos comandatários, cuja palavra final há por preponderar.

Enfim, os sócios majoritários assumem e comandam, ao ritmo do seu talento, ao maior ou menor peso da sua honestidade, da sua vocação e do seu esforço, o destino dos objetivos próprios, do sucesso e/ou do fracasso dos negócios sociais.

Já os minoritários, o mais das vezes se vêem posicionados como meros "prestadores de capital", contentando-se em observar e torcer de longe pelo cumprimento das finalidades da empresa, cientes de que dificilmente poderão influir na condução dos destinos da sociedade, e, pois, daquela parcela de seu patrimônio ali investida.

No caso das sociedades de pessoas regidas pelo antigo código comercial, sempre se admitiu a hipótese, assentada no princípio do seu art. 335, "5", de que, contratadas elas por prazo indeterminado, qualquer sócio, minoritário que fosse, poderia a todo tempo requerer a sua dissolução, a sua extinção, pelo mero fato de que extinta estivesse a affectio societatis, ou seja, pela sua vontade simples de não mais continuar com o negócio social.

As sociedades por cotas, ainda que regidas também à parte — pelo Decreto 3.708/19, e porque na sua estrutura ordinária as grandes deliberações (poderes da administração, direitos dos quo-

tistas, modo de fiscalização, distribuição dos lucros) passam por alterações necessárias no contrato social (que é o seu estatuto), elas também abrigam uma proteção extrema ao quotista minoritário, pois que nos termos do art. 15 daquele Decreto 3.708, assiste ao quotista dissidente da deliberação que reforma o contrato social, o direito de retirada, uma espécie de direito de recesso, recebendo o valor de suas quotas com base no patrimônio líquido apurado.

Na verdade, ainda durante tanto tempo, a jurisprudência andou aplicando às sociedades por quotas, qualificando-as como sociedades de pessoas (o que era aliás, o entendimento da doutrina então prevalente, veja-se Waldemar Ferreira Tratado de Sociedades Mercantis, 5.º ed., vol. 3, p. 658) a regra do código comercial (art. 335, 5) via da qual, se por prazo incerto a duração do empreendimento — como o mais das vezes — qualquer um dos quotistas poderia dissolvê-las (no pressuposto de que finda estava a affectio societatis).

Com a evolução inegável desse tipo de sociedade no curso do século, amoldando-se aos negócios de pequeno e de médio vulto, e de um modo sensível despersonalizando freqüentemente a qualidade de seus sócios, tanto a doutrina como a jurisprudência passaram a aproximar as sociedades por cotas do gênero das sociedades de capitais, de toda forma diferenciando as daquelas típicas sociedades de pessoas tratadas no secular Código Comercial (veja-se Egberto Lacerda Teixcira, Das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, 1956, Ed. Max Limonad).

Neste seguimento, a vertente jurisprudencial hoje dominante decorre por conceder prevalência à continuidade, sempre que possível, dos negócios sociais, de um modo tal que àquele sócio quotista, qualquer deles, não mais cabe o direito, e o poder, de dissolver a sociedade por prazo indeterminado pelo seu simples desejo de assim decidir, mas tal direito convola-se no direito de "dissolução parcial", ou seja, no seu direito pessoal de, como dissidente, obter a sua retirada.

Veja-se, emblematicamente, essa decisão da 11.ª Câmara Cível, do TJSP na RT 587/79:

"A jurisprudência predominante formou-se no sentido da conversão da ação de dissolução total da sociedade em dissolução parcial, com a retirada dos dissidentes minoritários, apurados seus haveres pelo valor real do ativo (...) neste sentido a jurisprudência (RTJ 91-357, 89/1054 e 90/88 (...)."

O parâmetro adotado, tratando-se assim de uma liquidação parcial da empresa, ou seja, da sua terminação apenas em relação ao sócio insatisfeito, continuando ela a viver com os sócios remanescentes, foi o da apuração de haveres, mensuração do patrimônio líquido da sociedade alocável àquele determinado sócio, o que se calcula, como consequente, na base percentual da participação do mesmo no capital da sociedade.

Há questões longamente debatidas, que aqui não vem a talo, quanto à real mensuração dessa quantificada "tranche" dos ativos líquidos cabível ao quotista retirante, o que se apura, na forma da lei adjetiva ainda prevalente a respeito, pelo curso processual da "apuração de haveres" (Cód. de Proc. Civil, art. 1.218, inc. VII, combinado com os arts. 655 a 674 do Decreto-lei 1.608/39).

A verdade é que, nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, pois, o minoritário desfruta desses extremos limites de proteção de seus direitos e interesses sociais:

• Se por prazo indeterminado a sociedade, a qualquer tempo e hora pode o quotista requerer como que imotivadamente, ou melhor, tão só argüindo unilateralmente o desaparecimento da Affectio Societatis, o seu desejo de não

continuar ali agregado, ou seja, a dissolução parcial da mesma em relação a si, e nesse contexto, terá direito a receber a sua parcela no patrimônio líquido da empresa.

• Se por prazo certo a sociedade, não se defere ao quotista o direito tout court e unilateralmente fundamentado, de dali se retirar, mas, garante a ele, por menor que seja sua participação societária, de, divergindo de qualquer alteração do contrato social, retirar-se do empreendimento, recebendo também sua parcela do patrimônio líquido (art. 15 do Decreto 3.708).

Quanto a esse último ensejo de retirada, é de ser percebido e sublinhado o efeito daquela característica própria das sociedades por quotas, de ter o seu contrato social como um instrumento muito mais volátil, menos estratificado e pétreo do que o estatuto das sociedades anônimas.

O exercício diário da prática mercantil demonstra como nas sociedades por cotas, a cada passo se mexe no seu contrato social, ou porque ali se inserem a investidura de seus gestores todos, a contenção e a amplitude dos poderes diretivos dos mesmos, ou porque, como maior timbre de sua "semi-pessoalidade", em regra projeta-se ali o cenário de quase todas as deliberações dos sócios, ou ainda pois por um ou outro motivo, as condições formais da alteração do contrato social quase sempre são mais simplificadas (sem demanda de quórum qualificado, sem publicidade convocatória em jornais, etc.).

De fato, na grande maioria das sociedades por cotas, qualquer maior assunção de responsabilidades, em nome da empresa, a prática de ato jurídico que não se contenha nos limites da gestão usual e comum, demanda alteração do contrato social.

É então que essa particularidade da fisiologia das sociedades por cotas apresenta aos sócios minoritários muitas

oportunidades de, à vista da deliberação para alterar o contrato social, obter sua retirada, como dissidente, havendo sua parcela do patrimônio líquido.

Não assim nas sociedades anônimas fechadas, aquelas que não possuem qualificação para ensejar a seus acionistas, quaisquer deles, obter, no mercado, o escape a seu *status* de sócio mediante alienação de suas ações.

Nessa espécie de sociedade, o acionista descontente ou insatisfeito com o rumo da empresa vê suas opções muito mais limitadas no que tange à sua saída. É isso mesmo sendo o direito à retirada um daqueles solenemente enunciados pela Lei 6.404 como inalienáveis (art. 109, inc. V).

O resgate e a amortização das ações são hipóteses em que a sociedade anônima pode dispor dos lucros ou reservas (exceto a legal) para buy out acionistas, recebendo estes o valor de suas participações. Mas são hipóteses deferidas à decisão e conveniência da própria sociedade, vale dizer, ao poder de decisão da maioria societária.

Existe o reembolso (art. 45), pelo qual esse valor de patrimônio líquido das ações é pago ao acionista dissidente, mas apenas limitado ao caso de certas e contidas matérias deliberadas pela assembléia geral (art. 136, incs. I, II, e IV a VIII).

Todas essas matérias dizem respeito a alterações nos estatutos da companhia, mas ao contrário do que acontece nas sociedades por cotas, nem toda e qualquer alteração do estatuto proporciona o direito de recesso, senão apenas essas 8 (oito) hipóteses acima codificadas. São hipóteses de deliberações carregadas de radicalidade e só por isto o legislador abona a retirada ao minoritário.

Explica Rubens Requião (Curso de Direito Comercial, 2.º vol., 8.º ed., Saraiva, p. 159):

"A alteração fundamental da estrutura da companhia, pela assembléia geral

extraordinária, dá ao acionista o direito de retirada. Tendo ele ingressado na sociedade, pelo contrato, a modificação substancial de seus termos vale dizer, da estrutura da sociedade, dá-lhe o direito de, desinteressando-se pela empresa, dela retirar-se."

Bem, pela própria qualidade dos acionistas, como tais, integrantes de um corpo maior, e ali subjugados a decisões que lhes são sobrepostas, ordens jurídicas como a nossa, optam por

"(...) garantir o respeito, em qualquer hipótese, de um certo número de direitos aos acionistas, concebidos analogamente aos direitos individuais do homem e do cidadão, na sociedade política (Lei 6.409, art. 109)" (Fábio Konder Comparato, O poder de controle das sociedades anônimas, Ed. RT, S.P., 3.ª ed., p. 283 e s.)

Modesto Carvalhosa (Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, Ed. Saraiva, 4.º vol., p. 40) discorrendo sobre o contexto desses direitos essenciais, procura elencar tantos outros direitos que a Lei 6.404 assegura aos acionistas, e que, "por não serem de igual importância", ali não são listados, tais como:

- direito de tratamento igualitário na alienação do controle da companhia, mediante oferta pública simultânea (art. 254);
- direito de negociar livremente suas ações (art. 36);
- direito de participar na Assembléia Geral (art. 125);
- direito de propor ação de responsabilidade contra os administradores em nome próprio e, por substituição processual, em nome da Companhia (art. 159).

Mas, logo se observa o porque da essencialidade daqueles direitos do art. 109, e na sua sobrerrelevância.

Realmente, de pouco vale o direito de "negociar livremente" as ações, se o mercado não existe para elas, ou efeito relativo e limitado tem o direito de participar na assembléia geral, para se ver enfim vencido nas decisões dali proferidas.

O direito de equidade de preço por ação na alienação de controle é importante, mas cuida de hipóteses de saída do acionista e não da vida usual da sociedade, assim como o direito de responsabilização dos gestores é recurso necessário e basilar mesmo, mas ele se revela como uma válvula de emergência, em regra com objeto somente realizável à la longue, custosa, demorada, e desgastante, para buscar compensações pelos desvios patológicos do poder societário.

A verdade então é que, salvo tais hipóteses literalmente e expressamente selecionadas nos arts. 136 e 137, de certo traumatismo societário dentro da vida da companhia, e que ensejam a retirada, com ressarcimento patrimonial, ao acionista minoritário, na sociedade anônima, resta quedar-se nela integrado e investido, desde que lhe sejam garantidos os demais direitos sociais irrenunciáveis (art. 109):

- · de participar dos lucros;
- de partilhar o patrimônio líquido na liquidação;
 - · de fiscalizar a gestão oficial;
- de manter seu percentual de participação societária.

Ora, o desfrute dos (não o direito aos) lucros sociais é alguma coisa de certa relatividade, pelo grande poder de mensuração e quantificação a tais lucros, e que é privilégio da maioria dirigente, ou mesmo pela eventual contenção estatutária ao seu limite de distribuição, por mais que a lei tenha determinado quantitativos mínimos.

De um lado a grande possibilidade de maleabilizar, artificializar — mesmo sem, em rigor técnico, ocorrência de fraudes — os balanços, apequenando os resultados formais, e de outro a conveniência, nem sempre descartável é claro, mas nem sempre tecnicamente necessária, da capitalização maior, juízo único dos

majoritários. Tudo isto são circunstâncias inegáveis que militam contra a pretensão das minorias a haver ganhos sociais concretos em suas mãos.

Muitas vezes, às viúvas, aos pequenos investidores, é de muito maior interesse haver resultados concretos, monetários, de suas ações, às vezes como meio de auxiliar sua sobrevivência, em contraponto aos que podem e tem como contemplar seus investimentos à la longue, capitalizando para tempos futuros.

O poder dos administradores (e aí entenda-se, é claro, subjacente, o poder dos controladores que os elege) é tamanho, nessa matéria dos lucros sociais, e do acesso dos acionistas aos dividendos, que a própria assembléia geral, soberana que é em princípio, tem seus limites a respeito. Ensinam assim Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca (Comentários à Lei de S.A., vol. 6, p. 107):

"Tanto nas companhias abertas como nas fechadas, a lei atribui competência ao órgão de administração para decidir pela não distribuição de dividendo obrigatório, simplesmente informando à assembléia geral da incompatibilidade da situação financeira com tal distribuição. Se isso ocorrer, não terá a assembléia competência para deliberar em contrário. Cabe-lhe apenas homologar a decisão do board.

Pior ainda para os minoritários nas companhias fechadas, pois nessas, mesmo que a administração proponha distribuir dividendos obrigatórios, a assembléia, por voto unânime dos presentes, pode negar tal distribuição, estranho sendo que não tem a mesma assembléia o poder de agir em sentido contrário, ou seja, de revogar decisão dos gestores de não distribuir o dividendo compulsório" (veja-se Carvalhosa, ob. e vol. cit., p. 108).

Quanto ao direito à sua quota no remanescente ativo líquido da empresa, ao fim desta, é um mínimo essencial ao

próprio conceito econômico da associação, e pode-se dizer, não representa consolo do agravo ao pequeno acionista, ou pelo absurdo último que a ausência desse direito diria, ou pela compreensível (e ínsita ao conceito societário) prevalência, por parte da vontade de qualquer acionista normal, em ver resultados durante e no curso do empreendimento social.

De igual modo, importante que é o direito de preferência nos aumentos de capital, mantendo ao minoritário sua quota-parte na empresa, ele de pouca valia tem nesse aspecto tão preocupante e tão frequente, de ver-se o acionista acuado, esquecido, relegado a um canto como mero prestador de capital, sem retorno devido, sem acesso às vias dinâmicas da máquina empresarial. O direito de preferência, por assim se simplificar, não melhora em nada a posição inferior do minoritário, apenas lhe assegura meios para não agravar tal status inferior.

Sobra ao acionista minoritário, assim, na síntese dos direitos essenciais que a lei lhe garante, aquele de fiscalizar a gestão social, para que faça valer sua condição de participante do quadro dos "donos" da empresa.

Ora, na sintaxe legal, esse direito de fiscalização dos acionistas se exerce, na sua essência, no âmbito da assembléia geral, que é o organismo superior da sociedade (art. 121).

Tanto é que o próprio balanço e demais demonstrações financeiras da companhia (art. 176), com todas as exigências e demandas formais que a lei expressa, e que são, enfim, ou devem ser, um raio "X" anual de sua vida, são mandatoriamente submetidos ao crivo apreciatório da assembléia geral ordinária (art. 132, bem como, para tal fim, devem estar disponíveis para análise pelos acionistas dias antes da reunião assemblear (art. 133, caput) ou serem enviadas aos que o solicitem (art. 133,

§ 3.°) e de toda maneira publicados (art. 133, § 3.°).

E, neste passo, todas as demais deliberações societárias, inclusive a reforma dos estatutos, passam obrigatoriamente pela apreciação assemblear (art. 135).

Contudo, o fato incontente é que, na sociedade anônima, nas suas assembléias gerais, rege o princípio da prevalência majoritária, tendo como resultante óbvia o fato de que, ainda que formalmente fiscais da empresa por aqueles meios, os acionistas minoritários deverão sempre se conformar com o voto e decisão dos controladores.

E desde que tal voto não implique em resoluções sobre aquelas específicas matérias tipificadas nos incisos (exceto o III) do art. 136, não cabe ao minoritário, em seu inconformismo, o direito de retirar-se da empresa recebendo sua quota-parte de patrimônio líquido.

Suponha-se que — e sabe-se o quão longe da extratificação puramente teórica tal hipótese representa no Brasil — os majoritários apresentem balanço viciado, mas tecnicamente bem elaborado, sob maquiagem palatável aos auditores, cujo resultado enfim, sob qualquer aparência que tenha, acabe prejudicando direitos dos acionistas aos lucros sociais.

Naturalmente que os majoritários vão aprovar a matéria em assembléia, configure-se ou não votos dissidentes, e assim decidido, a nível interno nada restará a fazer aos minoritários supostamente prejudicados.

Sim é certo que os administradores da sociedade tem responsabilidades legais em tese nítidas (art. 158), desde que seus atos lesivos:

- sejam praticados em ofensa à lei ou em excesso de poderes estatutários; o que podemos chamar de atos "objetivamente lesivos";
- mesmo aparentemente legais ou estatutários, sejam contaminados de culpa

ou dolo, os quais denominamos atos "subjetivamente lesivos".

Mas, ainda que tais ações desviosas possam ter ocorrido, como na hipótese daquelas demonstrações financeiras irreais como acima, a assembléia geral é ainda ela o painel competente (art. 159) para deliberar a persecução dessa responsabilização dos gestores.

E, mais uma vez, a maioria dirá. No entanto, aí enfim a lei abre uma janela aos acionistas menores, tenham eles 5% (cinco por cento) ou mais do capital ou ainda que esse não seja o caso (§§ 3.º e 4.º do art. 159), pois se a assembléia, pela sua voz dominante, resolver não buscar a responsabilização de seus agentes, quaisquer acionistas poderão fazêlo, em beneficio da companhia, havendo desta reembolso de seus custos com tal procedimento (§ 5.º do art. 159).

Certo portanto que, na circunscrição exterior à empresa o acionista minoritário possui, fora a base genérica da lei civil (art. 159), assentos legais próprios para procurar compensação para sua sociedade, derivada de atos desviosos de seus gestores, assim como igual responsabilização pode ser demandada daqueles próprios acionistas controladores, se estes com abuso de seu poder de comando, de voto, causarem prejuízos à companhia (art. 117).

Pois porque a sociedade anônima não "é" dos controladores, ainda que estes decidam no foro assemblear por ela, a lei houve por criar essa responsabilização própria, sempre que os atos e ações de comando desses controladores se revelarem cumulativamente abusivos de poder e danosos à companhia.

É bom se ver que, tratando desse importante comando, a lei (§ 1.º do art. 117) nomeia hipóteses apenas exemplificativas desses atos desviosos ("modalidades de exercício abusivo de poder").

E, ainda, há de se perceber que o conceito de abuso de poder nessa tipificação legal é o conceito amplo, isto revelado pelo próprio elenco exemplificativo de atos como tais catalogados.

Sim, porque de rigor formal, levar a companhia, pelo voto, pela orientação comanditária, "a favorecer outra sociedade, (...) em prejuízo da participação dos acionistas minoritários (...)" pode não ser ato abusivo de poder em visão estreita, se os estatutos conferem à assembléia geral amplitude de decisões a respeito, mas certamente, pautado o poder societário como necessariamente voltado aos interesses sociais, tal comportamento se qualifica como abusivo por nada objetivar a favor da empresa e/ou de todos os seus acionistas, senão de alguns deles.

Mais ainda, se não em nome e em beneficio da sociedade, o acionista minoritário, seja em face dos diretores que ajam com irregularidade (já na forma, já na substância) seja diante dos acionistas controladores praticantes de ações abusivas e danosas à sociedade, pode ele demandar em seu próprio nome, como prejudicado, com título próprio pois a buscar ressarcimento indenizatório.

Assim ensinam Carvalhosa e Latorraca (ob. cit., p. 136):

"Deve ter havido um prejuizo para a companhia ou para os não controladores ou para as demais pessoas e entidades mencionadas na lei, o qual demanda uma reparação.

Dois procedimentos, que não se excluem, podem ser adotados para essa reparação. A ação de anulação das decisões, atos e negócios realizados contrariamente à lei e aos interesses dos terceiros. A ação de indenização por perdas e danos sofridos por essas mesmas pessoas. Na ação de responsabilidade civil, também poderá ocorrer a anulação do ato do controlador, desde que não fira legítimo direito ou interesse de terceiro de boa-fé.

Cabem, portanto, na espécie, a ação para anular deliberações tomadas pelos

controladores em assembléia geral (art. 286) e a de responsabilidade civil (art. 287).

Se o controlador for concomitantemente administrador, contra ele cabem os procedimentos prescritos no art. 159 da lei, sem o embargo das medidas individuais dos 'prejudicados'."

Nestas circunstâncias, é deferido ao minoritário até o acesso a meios processuais preparatórios, de modo a logo evidenciar e refletir eventos danosos que, no bojo e no seio da companhia, tenham deixado rastros para embasar as responsabilizações de diretores e/ou comanditários:

"Medida cautelar — Perícia Contábil — Recurso Provido Cabível é a perícia contábil como medida preparatória de ação de responsabilidade civil de diretores de sociedade anônima quando há fundada suspeita de atos lesivos aos interesses da empresa e por via de consequência do requerente da medida" — (TJSP, 1.ª Câm., Ag. In 271.860, julgado em 19.09.78 e publicado por Waldirio Bulgarelli em seu Manual das Sociedades Anônimas, 7.ª ed., p. 210).

Em última análise, pois, o acionista minoritário que se veja agravado, afetado pela condução dos negócios sociais que vê como abusiva de seus direitos só encontra soluções no âmbito do que podemos, em sentido, chamar da própria "organicidade" da empresa, se (a) alienar sua participação societária, o que de regra só se mostra economicamente viável nas companhias abertas, ou (b) requerer direito de recesso, aí sim, recebendo sua quota-parte efetiva no patrimônio líquido, mas só se algum daqueles poucos direitos que o legislador capitulou como essenciais foi afetado.

Aos tantos e tantos comanditados que se acham fora dessas hipóteses acima sobra aquele caminho da busca no Judiciário da responsabilização de administradores e controladores.

Aparentemente, essa indiscutível inferioridade jurídica dos minoritários decorre da própria natureza do corpo coletivo, que, como "pessoa moral" não tem manifestação volitiva própria, e há de se nanifestar perante o mundo externo, pela voz de sua maioria, que é a mesma voz que escolhe seus administradores.

A verdade é que esse problema, digamos, sistêmico, que há por provocar quase inevitável insatisfação dos que precisam se conformar com decisões alheias afetando seu patrimônio e suas esperanças empresariais, vê-se bem agravado pela conhecida postura cultural da ordem brasileira, onde corporações se formam sob controle de hordas familiares ou inter familiares, sem o vezo democrático que observamos em estruturações de sociedades nas nações mais evoluídas.

Nessas derivações mais modernas das corporações o papel (que é por conceito) minoritário dos pequenos acionistas vêse relevado pela necessidade, a toda hora, de seu concurso, em decisões que confrontam grupos maiores mas não absolutos dentro da empresa, e é nesse contexto e sob tal influxo de interesses que aos pequenos acionistas ali são garantidos acessos maiores aos quadros de gestão, sob forma de cooperação ou de algum controle fiscal, assim como participações mais recompensadoras nos lucros sociais.