



Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tulio 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

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PIILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHIEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Presidente:

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Superintendente:

ANTONIO BELLINELLO

Diretor Editorial:

AFRO MARCONDES DOS SANTOS

Diretor de Produção:

ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor:

ROBERTO GALVANE

Gerente: KUNJI TANAKA

Assistente: MELISSA TREVIZAN CHIBANE

CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR: Tel. (011) 607-2433

Digitização e diagramação eletrônica: CHC INFORMÁTICA S/C LTDA., Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 2 — Tel. (011) 607-2297 — Fax (011) 606-3772 — CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

SUMÁRIO

DOCTRINA

- **Minority withdrawal rights and the illiquidity problem; a comparative study between New York and Brazilian law on close corporations** — Flávio R. Bettega 5
- **As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”** — Fábio Konder Comparato 23
- **Execução específica de cláusula arbitral** — Celso Barbi Filho 29
- **A responsabilidade do administrador de instituição financeira, em face da lei bancária** — Luiz Alfredo Paulin 39
- **O direito de recesso na incorporação, fusão ou cisão de sociedades** — Norma Jonssen Parente 67
- **As cláusulas de força maior e de “hardship” nos contratos internacionais** — José Augusto Fontoura Costa e Ana Maria de Oliveira Nusdeo 76
- **Nota sobre a execução específica da obrigação de contratar** — Fábio Konder Comparato 104

ATUALIDADES

- **Alguns aspectos heréticos da Lei antitruste (Lei 8.884/94)** — João Luiz Coelho da Rocha 108
- **A cédula de produto rural** — Waldirio Bulgarelli 114

JURISPRUDÊNCIA

- **Sigilo bancário — Informações bancárias requisitadas pelo Ministério Público** — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 119

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ANA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO

Advogada em São Paulo, Pós-Graduanda da Faculdade de Direito da USP, na área de Direito Econômico.

CELSO BARBI FILHO

Professor Assistente e Mestre em Direito Comercial na Faculdade de Direito da UFMG; Procurador do Estado de Minas Gerais.

FÁBIO KONDER COMPARATO

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

FLÁVIO R. BETTEGA

Advogado em Curitiba; Mestre em Direito pela Tulane University, EUA.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Prof. Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da USP, na área de Direito Internacional Privado.

LUIZ ALFREDO PAULIN

Advogado em São Paulo.

NORMA JONSSSEN PARENTE

Prof.^a da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Procuradora do Estado do Rio de Janeiro; Advogada.

WALDIRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e "Biblioteca Tulio Ascarelli"; Instituto Paulista de Direito Agrário; Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito.

DOCTRINA

O DIREITO DE RECESSO NA INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO DE SOCIEDADES

NORMA JONSSSEN PARENTE

1. O princípio majoritário — 2. A tipicidade legal para o exercício do direito de recesso — 3. As hipóteses de direito de recesso na Lei de Sociedades Anônimas — 4. O direito de recesso na incorporação, na fusão e na cisão de sociedades — 5. A Lei 7.958/89 não conflita com o art. 230 da Lei 6.404/76. Confronto entre os dois textos legais — 6. A Lei não exige comprovação de prejuízo para o exercício do direito de recesso. A lei criou uma situação objetiva no recesso decorrente da incorporação, fusão ou cisão de sociedades, ocorrendo a hipótese não cabe discussão se houve ou não prejuízo — 7. A correção monetária é devida desde o momento em que é apurado o valor do reembolso — 8. Conclusões.

1. O princípio majoritário

O predomínio do capital impede na sociedade anônima alternância de poder. Os acionistas minoritários são obrigados a acatar as decisões dos acionistas controladores, que conduzem os destinos da sociedade anônima, enquanto tiverem assegurada a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.

Com efeito, a Lei 6.404, de 15.12.76, assegura à maioria dos acionistas o poder de deliberar sobre todos os assuntos sociais (art. 129).

Em contrapartida a referida Lei 6.404/76 concede à minoria direitos intangíveis, que nem os estatutos nem a assembléia geral dos acionistas podem modificar. Tais direitos estão previstos no art. 109, que dispõe:

“Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia geral poderão privar o acionista dos direitos de:

V — retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei.”

Efetivamente, como assinala Georges Ripert:

“... a empresa é uma comunidade hierarquizada. Tem um chefe que não representa somente o capital, mas também todas as forças comprometidas na empresa e que deve dirigir no interesse comum. Então mesmo que o chefe seja designado pelos detentores do capital, não representa o capital, e sim a empresa.

Compreende-se então porque é necessário falar dos direitos individuais dos acionistas. Se se admite que o capital é o dono absoluto da empresa, não pode haver dúvida senão quanto à proteção da minoria. Como o acionista que trouxe fração do capital poderia ter um direito individual contra o capital? Tudo se explica se se trata de defender o capital contra a direção. Compararam-se os direitos individuais do acionista opostos à onipotência da direção aos direitos do homem em contraste com a onipotência do poder político.”¹

1. In *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Livraria Editora Freitas Bastos. 1947, pp. 297-298.

O eminente jurista Luiz Gastão Paes de Barros Leães também, com clareza, demonstra que os direitos individuais dos acionistas constituem eficaz proteção para limitar a subordinação do mais fraco ao mais forte: “Uma vez admitido o princípio majoritário como norma geral, ... cabia discipliná-lo e enquadrá-lo a fim de evitar que se transformasse em um instrumento de abuso e prepotência. Cogitou-se, então, de contrapor possíveis freios à maioria assembleária, inicialmente de natureza subjetiva, depois de natureza objetiva. Conceberam-se novos meios de proteção aos acionistas individuais e às frações minoritárias, que substituíssem os cômodos postulados da imodificabilidade do estatuto social. Foram-se identificando outrossim os direitos individuais do acionista inderrogáveis até no estatuto originário e, *a fortiori*, por deliberação da maioria.”²

Assim, a lei dá aos acionistas controladores poderes para aprovar determinadas medidas que afetam substancialmente o direito do acionista minoritário, mas nesses casos, para manter equilíbrio entre o poder assegurado à maioria dos acionistas, para dirigir a sociedade e a minoria acionária, sujeita a seu arbítrio, a lei assegura ao acionista o direito individual e sagrado de se retirar da sociedade, mediante o reembolso do valor de suas ações.

2. A tipicidade legal para o exercício do direito de recesso

Como se verifica, o art. 109, inciso V, da Lei de S/A assegura ao acionista dissidente o direito de retirar-se da sociedade nos casos previstos na mencionada lei. Cria, portanto, dito art. 109, inc. V, a necessidade de as hipóteses

que ensejam o direito de retirada estarem tipificadas na lei societária.

Por esta razão, a referida lei societária em diversos e esparsos artigos lista as reformas do pacto societário que permitem ao acionista dissidente retirar-se da sociedade. Como assinala Rubens Approbato Machado:³ “Trata-se de caso de estrita tipicidade legal. Inexistindo na lei, o tipo, inexistente o direito de recesso.”

3. As hipóteses de direito de recesso na Lei de Sociedades Anônimas

É o mesmo Rubens Approbato Machado que elenca as hipóteses de recesso previstas na Lei de Sociedades Anônimas,⁴ evidenciando que não existe um artigo líder sobre a questão. Efetivamente o recesso na lei societária é tratado de forma esparsa e assistemática. Confira-se:

“Assim, em resumo, a Lei 6.404/76, prevê, expressamente, as seguintes hipóteses geradoras do direito de recesso: 1) Criação de ações preferenciais ou aumento de classe existente sem guardar proporção com as demais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto (arts. 136, I e 137); 2) alterações nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida (arts. 136, II e 137); 3) alteração de dividendo obrigatório (arts. 136, IV e 137); 4) mudança do objeto da companhia (arts. 136, V e 137); 5) dissolução da companhia ou cessação do estado de liquidação (arts. 136, VII e 137); 6) transformação da sociedade (art. 221); 7) incorporação, fusão ou cisão (art. 225, IV e 230); 8) redução do capital (art. 174); 9) sociedade de economia mista, desapropriação (art. 236); 10) subsidiária integral (art. 252, § 1.º); 11) compra

2. In *Do Direito do Acionista ao Dividendo*, Ed. Obelisco Ltda., 1969, p. 263.

3. In *RDM* 82/48.

4. Ob. cit., pp. 50-51.

de companhia aberta (art. 256, § 2.º); 12) incorporação de companhia controlada (art. 264, § 3.º); 13) participação de companhia em grupo de sociedade (art. 270, § único); 14) fixação de dividendo ou estabelecimento em condições que não satisfaçam os requisitos do § 1.º do art. 202 (art. 296, § 4.º — disposições transitórias); 15) transformação em sociedade por quotas, de companhias existentes com capital inferior a Cr\$ 5.000.000 (art. 298, III — disposições transitórias).

Por esses dados, pode-se, desde logo, proclamar que as hipóteses previstas no art. 137 não são exclusivas. Dentro do mesmo corpo legal foram previstas normas que definem e tipificam hipóteses caracterizadoras do recesso. Essas normas, dentro do mesmo corpo legal, não se conflitam, não se contradizem e nem ficam subordinadas umas às outras. Cada uma cuida de situações por ela própria definidas. As remissões que, porventura, uma faça à outra, não as vinculam em relação de subordinação, mas de explicitação, inclusive de fins procedimentais.”

4. O direito de recesso na incorporação, na fusão e na cisão de sociedades

A incorporação, a fusão e a cisão de sociedades são consideradas medidas que modificam substancialmente o pacto social, por isso a referida Lei 6.404/76 tipifica tais situações como permissivas do exercício do direito de recesso ao acionista dissidente, nos termos do art. 230 da citada Lei 6.404/76, que dispõe:

“Art. 230. O acionista dissidente da deliberação que aprovar a incorporação da companhia em outra sociedade, ou sua fusão ou cisão, tem direito de retirar-se da companhia, mediante o reembolso do valor de suas ações (Art. 137).

Parágrafo único. O prazo para o exercício desse direito será contado da

publicação da ata da assembléia que aprovar o protocolo ou justificação da operação, mas o pagamento do preço de reembolso somente será devido se a operação vier a efetivar-se”.

Nessas condições, nos termos do art. 230 c/c o art. 109 da Lei de S/A, nem a assembléia geral nem o estatuto social podem privar o acionista dissidente da deliberação que aprovar a incorporação da companhia em outra sociedade, ou sua fusão ou cisão, de retirar-se da companhia, mediante o reembolso do valor de suas ações.

5. A Lei 7.958/89 não conflita com o art. 230 da Lei 6.404/76. Confronto entre os dois textos legais

A Lei 7.958, de 20.12.89, modificou o aludido art. 137 da Lei 6.404/76, para dele excluir a referência ao direito de recesso na incorporação, fusão e cisão de sociedades.

Em vista disso, alguns ilustres juristas passaram a entender que o já mencionado art. 230 da Lei 6.404/76 teria sido revogado pela lei 7.958/89. Todavia tal entendimento não tem fundamento legal.

Antes da edição da Lei 7.958/89, havia um *bis in idem* legislativo, pois, não só o art. 230, mas também o art. 137 da Lei 6.404/76 assegurava o direito de recesso na incorporação e cisão. Os juristas Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro confirmam expressamente esse entendimento. Nas suas palavras:⁵ “Reitera o *caput* do art. 230 a disposição do art. 137”.

Em vista disso, apesar de a Lei 7.958/89 ter modificado o aludido art. 137 da Lei 6.404/76 e dele ter excluído a referência ao direito de recesso na incorporação, fusão e cisão de socieda-

5. In *Das S/A no Direito Brasileiro*, Bushatsky, 1979.

des, em nada foi alterado o referido art. 230, que continua intocado, porque não há antinomia entre a Lei 7.958/89 e o art. 230 da Lei 6.404/76.

Antinomia é definida por Norberto Bobbio:⁶ "... como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento. Mas a definição não está completa. Para que possa ocorrer antinomia são necessárias duas condições, que embora óbvias, devem ser explicitadas:

- 1) As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento.
- 2) As duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade.

Distinguem-se quatro âmbitos de validade de uma norma: temporal, especial, pessoal, e material."

Na mesma linha Hans Kelsen⁷ define o conflito de normas: "Existe um conflito entre duas normas, se o que uma fixa como devido é incompatível com aquilo que a outra estabelece como devido e, portanto, o cumprimento ou aplicação de uma norma envolve necessariamente ou possivelmente, a violação da outra. O conflito pode ser bilateral ou apenas unilateral."

Resumindo, existe o conflito quando:

Conforme Bobbio: a) uma lei obriga e a outra proíbe; ou b) uma lei obriga e a outra permite; ou c) uma lei proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.

Na opinião de Kelsen: a) uma lei fixa como devido aquilo que é incompatível com o que a outra estabelece como devido; e, conseqüentemente, b) o cum-

6. In *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Ed. Polis, 1990, pp. 86-87.

7. In *Teoria Geral das Normas*, trad. de José Florentino Duarte, Ed. Sergio Antonio Fabris Ed., 1986, p. 157.

primento ou aplicação de uma norma envolve necessariamente ou possivelmente, a violação da outra.

Faça-se, em consonância com as diretrizes traçadas por Bobbio e Kelsen, o cotejo entre as normas tidas como conflitantes. A Lei 7.958/89 em seu art. 1.º, que dá nova redação ao art. 137 da Lei 6.404/76, e enuncia situações que permitem ao acionista exercer o direito de recesso. E o art. 230 da Lei 6.404/76 que estabelece que cabe o direito de recesso na incorporação, fusão e cisão de sociedades.

Confronte-se o art. 1.º da referida Lei 7.958 e o art. 230 da Lei de Sociedades por Ações, de acordo com a perspectiva de Bobbio:

O art. 1.º da Lei 7.958/89: Autoriza o recesso quando são tomadas as seguintes deliberações:

- a) criação de ações preferenciais ou aumento de classe existente sem guardar proporção com as demais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto;
- b) alterações nas preferências ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida;
- c) alteração do dividendo obrigatório;
- d) mudança do objeto da companhia;
- e) dissolução da companhia ou cessação do estado de liquidação.

O Art. 230 da Lei 6.404/76: Autoriza o recesso quando são tomadas as seguintes deliberações:

- a) incorporação, fusão ou cisão de sociedades.

Conclusões: O art. 1.º da Lei 7.958/89:

- a) não obriga o acionista descontente a exercer o direito de recesso;
- b) não proíbe o acionista descontente de exercer o direito de recesso;
- c) permite ao acionista descontente exercer o direito de recesso nas situações que enumera.

Conclusões: O art. 230 da Lei 6.404/76:

- a) não obriga o acionista descontente a exercer o direito de recesso;
- b) não proíbe o acionista descontente de exercer o direito de recesso;
- c) permite ao acionista descontente exercer o direito de recesso nas situações que enumera.

Como se nota, não há antinomia entre os dois artigos. Para que houvesse o conflito, na opinião de Bobbio, era preciso que: a) a Lei 7.958/89 obrigasse o recesso e o art. 230 da Lei 6.404/76 o proibisse; ou b) a Lei 7.958/89 obrigasse o recesso e o art. 230 da Lei 6.404/76 apenas o permitisse; ou c) a Lei 7.958/89 proibisse o recesso e o art. 230 da Lei 6.404/76 o permitisse.

Ora nada disso existe. Ambas as leis contêm disposições permissivas e que, portanto, não geram qualquer antinomia.

Examine-se a questão sob a ótica kelseniana:

O Art. 1.º da Lei 7.958/89:

- Fixa como devido o direito de recesso nas situações que enumera, que não são incompatíveis com a existência do recesso também nas hipóteses previstas no art. 230 da Lei 6.404/76.

- O seu cumprimento não envolve necessariamente nem possivelmente a violação do art. 230 da Lei 6.404/76.

O Art. 230 da Lei 6.404/76:

- Fixa como devido o direito de recesso nas situações que enumera, que não são incompatíveis com as hipóteses de recesso previstas na Lei 7.958/89.

- O seu cumprimento não implica necessariamente nem possivelmente na violação do art. 1.º da Lei 7.958/89.

Também sob o enfoque de Kelsen, como se pode verificar, não há qualquer contradição entre as duas normas.

Não existe pois o alegado conflito de leis, que importaria na revogação do art. 230 da Lei Societária pelo art. 1.º da Lei 7.958/89.

A Lei 7.958/89 não esgotou as hipóteses em que o acionista descontente pode receber o reembolso do valor de suas ações. E sequer teve qualquer pretensão nesse sentido, visto que não dispôs com exclusividade sobre as hipóteses que ensejam o recesso. Não se pode extrair de seu texto que as situações que regulou são as únicas e exclusivas que acarretam o direito de recesso.

Nessas condições, havendo na lei societária diversas outras hipóteses que acarretam o direito de retirada, há que se entender que estas são complementares àquelas estabelecidas pela Lei 7.958/89.

A questão, analisada sob o prisma da teoria dos conjuntos, indica que se tratam de dois conjuntos diferentes que sequer interseção têm. Eles não se tocam. Um trata de certas hipóteses de recesso (a Lei 7.958/89) e o outro de outras hipóteses de recesso (art. 230 da Lei 6.404/76). Não são eventos mutuamente excludentes. A união destes conjuntos e de mais outros (todas as demais hipóteses de recesso previstas na lei societária) resultam nas hipóteses de recesso admitidas na legislação brasileira.

As duas normas são permissivas. A Lei 7.958/89 permite o recesso e o art. 230 da Lei 6.404/76 também permite o recesso. Portanto não existe antinomia entre tais normas. O conflito ocorre entre duas normas contraditórias emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo. É preciso que tais normas se contradigam, para obedecê-las, o receptor deve também desobedecê-las. Portanto, inexistente conflito entre normas permissivas. Duas normas permissivas nunca são contradi-

tórias. Estas as conclusões do Prof. Tércio Sampaio Ferraz.⁸

Nessas condições, não sendo o art. 230 da Lei 6.404/76 contrário ao texto do art. 1.º da Lei 7.958/89, não há porque considerá-lo implicitamente revogado pela lei posterior. Se o legislador pretendia revogar o art. 230 deveria ter mencionado expressamente tal intenção. Uma vez que isso não foi feito, não pode o intérprete se apegar ao fato de que esta foi a sua intenção.

Também, essa a opinião do ilustre Prof. Mauro Rodrigues Penteado:⁹

“VI — ... A Lei 7.958/89 não modificou a disciplina do direito de retirada contido na Lei 6.404/76. ... o transcrito art. 137, quando se reporta aos itens I, II e IV a VIII do art. 136 não esgota as hipóteses legais de recesso. Outras existem, na própria lei ... os recessos nas hipóteses de incorporação, fusão e cisão estão disciplinados, com suas peculiaridades, no art. 230 da Lei 6.404 ... As peculiaridades de algumas das hipóteses de recesso, como bem observou Lucas Rezende, levou o legislador a contemplá-las novamente, reiterando e reafirmando o direito e explicitando as normas especiais a que estão sujeitas.

... Se a disciplina do recesso, nas hipóteses examinadas, era “dupla e coincidente”, pecando pela “desnecessária repetição”, a Lei 7.958 ao menos teve o mérito de remover esses defeitos, fazendo com que o direito de retirada fosse tratado apenas nos Capítulos dedicados aos institutos a que se refere.

Acompanham o pensamento do ilustre jurista Mauro Rodrigues Penteado, Luiz Olavo Baptista, Lucas Ênio de

8. Tércio Sampaio Ferraz Junior, in *Introdução ao Estudo do Direito*, Ed. Atlas, 1988, p. 188.

9. In *RDM* 77/46, jan.-mar./90.

Rezende,¹⁰ Nelson Eizirik,¹¹ Rubens Approbato Machado¹² e Modesto Carvalhosa.¹³

5.1. A jurisprudência

A Comissão de Valores Mobiliários — CVM, autarquia federal, que, nos termos do art. 8.º da Lei 6.385/76, tem competência para regulamentar a lei de sociedades anônimas, já decidiu, ao examinar a incorporação da Sulina Alimentos S/A pela Perdigão Agroindustrial S/A bem como a cisão parcial da Panex S/A Indústria e Comércio, que os acionistas dissidentes destas deliberações tinham direito de recesso, nos termos do art. 230 da Lei de Sociedades Anônimas, que não foi revogado pela Lei 7.958/89.

A 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, confirmando sentença da Comarca de Uberaba, também já consagrou a tese de que a Lei 7.958/89 não eliminou o direito de retirada do sócio dissidente da incorporação de sociedades, permanecendo íntegro o direito de recesso do acionista minoritário.¹⁴

6. A lei não exige comprovação de prejuízo para o exercício do direito de recesso. A lei criou uma situação objetiva no recesso decorrente da incorporação, fusão ou cisão de sociedades, ocorrendo a hipótese não cabe discussão se houve ou não prejuízo

A propósito, o Prof. Fábio Konder Comparato¹⁵ afirma que: “A doutrina

10. Cf. Mauro Rodrigues Penteado, in ob. cit., pp. 46-47.

11. In *Rev. ABAMEC*, Ano 11, out./92.

12. In *RDM* 82/46.

13. In *Rev. ABAMEC*, Ano 11, out./92 e no Parecer anexado à Ap. Cív. 187.636-4, em curso na 7.ª Câm. Cív. do TAMG.

14. Decisão proferida na Ap. Cív. 116.737-1.

15. Em *Direito Empresarial*, pp. 226-227, Ed. Saraiva, 1990.

reconhece, portanto, sem discrepância que o direito de recesso do sócio dissidente de deliberação social não constitui uma sanção de ato ilícito praticado pela maioria; não representa uma forma de indenização. Se o fora, o sócio recedente seria obrigado a provar o prejuízo sofrido, para exercer a retirada, quando na verdade o recesso atua como uma espécie de “denúncia vazia” do vínculo acionário... Os únicos pressupostos para o exercício desse direito consistem na deliberação, pela assembléia, sobre a matéria especificada em lei como ensejadora do recesso e a manifestação de vontade do acionista retirante, no prazo legal.”

No mesmo sentido, o entendimento do mestre Modesto Carvalhosa.¹⁶ Verifique-se:

“A regra de que o direito cabe a qualquer acionista não deve ser entendida como absoluta. Há o pressuposto de que o interesse do acionista foi atingido”...

Dessa forma, em todas as hipóteses, deve haver direito atingido, não se presumindo, portanto, que todo e qualquer acionista possa retirar-se da companhia, tão-somente invocando modificações decididas em assembléia geral que, por ação ou omissão, discordou, mas que, no entanto, não atingem desfavoravelmente os seus *interesses patrimoniais*.

... Assim se a modificação atinge todas as ações, como é o caso, *v.g.*, de dividendo obrigatório, fusão, *incorporação, cisão* etc., não pode a companhia opor-se a qualquer acionista que pretenda retirar-se (grifou-se).

Como se pode verificar, o ilustre jurista Modesto Carvalhosa distingue as decisões que acarretam o recesso em dois tipos: a) aquelas que atingem todas

as espécies e classes de ações, como a incorporação e a cisão; e b) outras que só dizem respeito a determinada espécie e classe de ações, quando efetivamente só a classe ou espécie de ação prejudicada pode exercer o direito de recesso.

Modesto Carvalhosa classificou a incorporação no primeiro tipo, como esclarece no texto acima transcrito.

No mesmo sentido é a opinião do Prof. Alfredo Lamy Filho.¹⁷ Entende o renomado jurista que as deliberações que ensejam o recesso podem ser classificadas em duas categorias bem distintas, quais sejam:

“I — algumas são modificações do estatuto social que alteram profundamente a “organização da companhia”, a saber:

- a)
- b) incorporação de uma companhia em outra, sua fusão ou cisão
- c)
- d)

II — outras têm por efeito “reduzir direitos de participação” dos titulares de ações ordinárias, de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou de ambas as espécies de ação

A distinção dessas duas categorias baseia-se na natureza da alteração estatutária e nas espécies ou classes de ações que sofrem seus efeitos:

I — as deliberações classificadas no item I acima dizem respeito à própria organização da companhia; o interesse do acionista dissidente da deliberação da Assembléia Geral, que a lei protege com o direito de retirada, é o de não serem compelidos a continuar como sócios de companhia substancialmente diferente daquela a que se associaram, ao subscreverem ou adquirirem ações; esse interes-

16. Em *Comentários a Lei de Sociedades Anônimas* 4/310, Ed. Saraiva, 1978.

17. In *A Lei de S/A*, Ed. Renovar, 1992, p. 556.

se protegido não varia com a espécie ou classe de ações e, portanto os efeitos da deliberação da Assembléia Geral repercutem, por igual, em todos os acionistas, independentemente da espécie ou classe de suas ações;

II — as deliberações classificadas no item II acima dizem respeito aos direitos de participação conferidos pelas ações; o interesse do acionista protegido pelo direito de retirada é o de não ver seus direitos de participação reduzidos por deliberação da Assembléia Geral; conforme a deliberação, seus efeitos podem ser restritos às ações ordinárias, a uma ou mais classes de ações preferenciais, ou a todas as espécies ou classes de ações que não têm interesse a proteger.”

As opiniões são unânimes em reconhecer que a incorporação, a fusão e a cisão em virtude de atingirem à organização da sociedade, modificando o pacto social, atingem indistintamente a todos os acionistas.

Nessas hipóteses, onde há modificação substancial do contrato social e quando todos os acionistas são atingidos indistintamente, a lei não exige comprovação de prejuízo, como bem disse o Prof. Fabio Konder Comparato, repita-se, nessa situação “o recesso atua como uma espécie de “denúncia vazia” do vínculo societário”.

Dessa forma, não há necessidade de ser comprovado o prejuízo, pois a lei não o exige. A lei criou uma situação objetiva que acarreta o direito de recesso. Decidida a incorporação ou a cisão imediatamente surge o direito de recesso, independente da comprovação de prejuízo. Trata-se de presunção legal que não admite prova em contrário.

7. A correção monetária é devida desde o momento em que é apurado o valor do reembolso

A correção monetária deve incidir a partir da data-base do laudo de avaliação das ações.

Portanto, não corrigir o valor do reembolso representa suprema iniquidade, pois a correção monetária não é um prêmio, mas simples reposição do valor da moeda corroído pela inflação.

Como assinala Aguiar Dias,¹⁸ o problema da correção monetária, atende antes de mais nada ao princípio da *restitutio in integrum* que domina o sistema. Para fundamentar tal assertiva, transcreve acórdão¹⁹ da lavra do ilustre Des. Bezerra Câmara, à época Juiz do 1.º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, *in verbis*:

“Não é de dívida de dinheiro — Geldschuld — que aqui se trata. É de um patrimônio sagrado que se tem de proteger, de um bem jurídico (Cf. Josef Mauszia, *Rechtsgrund d. Schadenersatzes*, pp. 23 e ss., Leipzig, 1904), e o ressarcimento ou se faz completo, ou não se faz, pois, do contrário, seria insuficiente, inadequado, inoperante. O bem jurídico lesado — tantas vezes insuscetível de compensar-se — não seria economicamente reparado, quando a reparação, pelo decurso do tempo, pela astronômica e alarmante desvalorização da moeda, de seu poder aquisitivo, restrito ficasse o *quantum* à cifra em dinheiro apurada *ex tunc*. Não se faz necessário que a lei especialmente contemple essa maneira de conduzir-se o intérprete...”

Também vale a pena, pelo brilho e precisão no exame da questão, reproduzir parte do acórdão da 2.ª Câm. Cív. do 1.º TACivSP, onde em belo acórdão propugna-se pelo “predomínio da boa-fé sobre os fatos (inclusive os fatos econômicos) ofensivos ao sentimento ético”:

“... Quando a inflação é ignorada pela lei ou pela sentença (também dizer,

18. *Da Responsabilidade Civil*, Forense, 1983, II/809.

19. In *Recurso de Revista* 417, nos Embargos de Nulidade e Infringentes 25.906.

quando ela é mal corrigida porque o índice é deficiente e o juiz deixa passá-lo) há transferência de riqueza do credor para o devedor. Este enriquece, na mesma proporção em que aquele empobrece. É a situação que privilegia os devedores e os especuladores, ensinamento clássico de Samuelson...

... enriquecimento sem causa à custa do empobrecimento dos credores, um folclore da economia brasileira que, tudo indica, continuará existindo, mas sem passar em branco pelo Poder Judiciário..."

Diante do exposto, é de reconhecer-se que sendo a correção monetária orientação que assenta na equidade não se pode aplicá-la parcialmente, pois como assinalou o Des. Bezerra Câmara "o ressarcimento ou se faz completo, ou não se faz, pois, do contrário, seria insuficiente, inadequado, inoperante."

Nessas condições, o reembolso deve ser corrigido a partir da data em que foi calculado o valor das ações com base em balanço especial e não a partir da publicação da ata que aprova as medidas ensejadoras do recesso.

8. Conclusões

a) O direito de recesso na incorporação, fusão e cisão de sociedades está

expressamente previsto no art. 230 da Lei de Sociedades Anônimas, que não foi revogado pelo art. 1.º da Lei 7.958/89, pois com ele não conflita, porque: 1) o cumprimento do art. 230 não implica na violação da Lei 7.958/89; 2) a norma do art. 230 da Lei 6.404/76 não é incompatível com o art. 1.º da Lei 7.958/89; 3) tais normas não se contradizem; 4) para obedecer o art. 230 da Lei Societária o receptor não precisa desobedecer à Lei 7.958/89; 5) ambos os dispositivos são permissivos; 6) não existe contradição entre normas permissivas; e 7) tratam-se de dois conjuntos diferentes, que sequer interseção têm e não são mutuamente excludentes.

b) A lei não exige a comprovação de prejuízos quando a decisão que enseja o recesso atinge a todos os acionistas indiscriminadamente, como é o caso de deliberações concernentes à incorporação e cisão de sociedades.

c) A correção monetária atende ao princípio da *restitutio in integrum*, que atualiza os valores corroídos pela inflação, quando mal corrigida há transferência de riqueza do credor para o devedor, portanto inadmissível a correção parcial do valor do reembolso das ações. A correção deve incidir a partir do momento em que as ações foram avaliadas.