

Jurisprudência Comentada

ACIONISTA CONTROLADOR – ALIENAÇÃO DO CONTROLE E INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES – RESPONSABILIDADE NAS OPERAÇÕES EM DESACORDO COM AS NORMAS DO CONTRATO E DA LEI*

Comentários de
SÍLVIA MARIA DO PRADO MAIDA
ao acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
na apelação cível 5.740/92

Ação de perdas e danos – Abuso de poder – Lei 6.404/76 – Ausência de provas do prejuízo – Improcedência confirmada – Votos vencidos: 1. Majoração de verba honorária. 2. Procedência em razão da ausência de distribuição de recursos entre os sócios da empresa incorporada.

Ação de perdas e danos. Alienação de poder de controle e incorporação de sociedades em desacordo com as normas do contrato e da lei. Indemonstrado o prejuízo que teria experimentado o autor, em decorrência da transação realizada não há como acolher-se a pretensão ressarcitória. Apelação desprovida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 5.740/92, em que são apelantes: 1. Theóphilo de Azeredo Santos; 2. Raul Pedroza Aguinaga (recurso

adesivo); 3. Cia. de Investimentos Nossa Senhora de Lourdes (recurso adesivo) e apelados os mesmos.

Acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa, e, no mérito, por maioria, em negar provimento ao primeiro apelo, vencido o Des. Fabião que o provia, para julgar procedente o pedido, condenados os vencidos a pagar-lhe o valor relativo à venda do Banco, a ser apurado em liquidação por arbitramento, invertidos os ônus da sucumbência; ainda por maioria, contra o voto do revisor, que os provia para elevar a honorária a 20%.

Inicialmente repele-se a preliminar de ilegitimidade *ad causam* ativa e passiva, sustentada no agravo retido de fls. 282. Com efeito, a legitimidade do autor decorre da sua condição de sócio da sociedade incorporada e da alegada alienação, sem atendimento da cláusula IV do contrato social da UNA, relativamente à administração da sociedade. Evidentemente que ante

* Trabalho apresentado ao curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2º semestre de 1998, na disciplina Interesses Públicos e Privados na Extinção das Sociedades Mercantis em Direito Comparado II, ministrada pelo prof. Mauro Rodrigues Pentecado.

a existência de prejuízo, por força de negócio jurídico pelas sociedades, a recorrente responderia pelo dano sofrido pelo autor, juntamente com a primeira apelada, face à sua participação na ilicitude praticada. Note-se que o segundo apelante, Raul Pedroza Aguinaga dispõe do controle indireto da segunda apelante Cia. de Investimentos Nossa Senhora de Lourdes e Una Administração e Participações Ltda., o que seria suficiente para por à mostra a legitimidade ativa e passiva, questionada no agravo retido. Bem andou, portanto, o eminente Juiz *a quo* em rejeitar a aludida preliminar.

Meritoriamente, não há como acolher-se a pretensão ressarcitória, ausentes que se acham os pressupostos legais da ação ajuizada.

Em se tratando de ação de perdas e danos, cabia ao autor provar que sofreu um prejuízo em razão do alegado abuso de poder que os réus teriam praticado, ao teor do art. 117 da Lei 6.404/76.

Ocorre que nos autos não há um só elemento que indique tenha havido diminuição no patrimônio do autor, em razão da incorporação da sociedade por Cia. Nossa Senhora de Lourdes.

Igualmente não restou comprovado o abuso de poder praticado por Raul Pedroza Aguinaga. Ora, tal abuso de poder segundo a Lei 6.404/76 só se verifica quando o diretor ou acionista controlador excede os limites das necessidades do exercício da sua atividade ou pratica atos com desvio de sua finalidade para prejudicar a sociedade, sócios ou terceiros.

Não se vislumbra, de outro lado, o conflito de interesses de Raul Pedroza com os das sociedades em que participa da administração, relativamente aos atos que importaram na alienação e incorporação das aludidas sociedades.

O laudo pericial, elaborado por *expert* de reconhecida capacidade técnica na matéria, não apontou o alegado direito a um

aumento patrimonial das quotas do autor, pelo lucro gerado na Ceres, pela venda das ações do Banco Agrimisa S/A. Pelo contrário, deixou positivadas as vantagens auferidas pelos sócios da sociedade incorporada, UNA Administração e Participações Ltda., da qual o autor é sócio, e de outro lado que os réus não se beneficiaram economicamente com a incorporação. Além disso, ficou demonstrado que, em decorrência da incorporação, verificou-se redução substancial da incidência do imposto de renda no resultado da venda do poder de controle do Banco Agrimisa S/A.

Em fase de apelação, o autor, primeiro apelante, juntou documentos novos, com respaldo nos quais afirma que o ingresso de incorporação de Ceres Ltda. se deu em 17.7.86 e, não como declarado no laudo em 27.3.86, sendo certo que a sua extinção ocorreu em 27.2.86. Ainda que se pudesse admitir a inovação da lide, e discutir a questão à luz de novos documentos, melhor destino aguardaria o autor. Se os atos impugnados desatenderam às normas legais, cabia ao autor demandar a sua invalidade através dos meios jurídicos próprios que a legislação do país confere aos sócios minoritários. Igualmente não se há de olvidar o direito que tem o sócio de ingressar com ação de prestação de contas, quando se julgue prejudicado pela gestão daqueles que se acham à testa da sociedade.

O que se afigura inviável é pretender perdas e danos sem demonstrar prejuízo de ordem patrimonial.

Quanto ao inconformismo dos segundo e terceiro apelantes, igualmente não há como agasalhar a sua pretensão de elevar a verba honorária para 20%. Com efeito, o julgador se norteou rigorosamente pelos princípios consagrados no art. 20 e seus parágrafos do CPC, quando condenou o autor a pagar honorários advocatícios de 15% sobre o valor atribuído à causa.

Mantém-se por isso a sentença, prolatada que foi de acordo com a lei e a prova

dos autos, ficando os seus fundamentos nestes integrados.

Rio de Janeiro, 18 de maio de 1993.
Des. Maria Stella Rodrigues, Presidente.
Des. Lindberg Montenegro, Relator.

Participaram, também, deste julgamento os Desembargadores: Murillo Fábregas, Revisor. Paulo Sérgio Fabião, Vogal.

VOTO VENCIDO

Votei vencido tão-somente para acolher os recursos adesivos e majorar a verba honorária para 20% (vinte por cento) do valor dado à causa. Trata-se de processo iniciado no ano de 1988, cuidando de matéria complexa e debatida por advogados do melhor saber jurídico. O valor da causa, por outro lado e ainda que aplicada a correção monetária, não importa em verba honorária excessiva a não justificar a aplicação do percentual máximo previsto no CPC.

Rio de Janeiro, 18 de maio de 1993.
Des. Murillo Fábregas, Revisor.

VOTO VENCIDO

Data venia da douda maioria, votei vencido por entender que por ocasião da venda do controle acionário do Banco Agrimisa S/A por Ceres Ltda., os recursos obtidos não foram distribuídos entre os sócios de Ceres Ltda. e UNA Ltda., que também é um dos sócios de Ceres.

2. Está comprovado nos autos que a empresa Ceres foi incorporada por sua controladora Cia. Nossa Senhora de Lourdes, que já vinha tendo prejuízos com as atividades que desenvolvia.

3. Não se pode conceber que os sócios da UNA sofram prejuízos resultantes de tal incorporação. O produto da alienação foi absorvido pela Cia. Nossa Senhora de Lourdes, sendo evidente que ocorreu, na espécie, participação recíproca, vedada pelo art. 244, § 6º, da Lei das Sociedades por

Ações, tendo ocorrido irregularidades no que concerne a tal incorporação, pois descumprindo a própria norma já referida (art. 244, § 6º), não foi realizada a demonstração financeira de ambas as empresas no período de uma ano, fato admitido no depoimento do réu quando da audiência (cf. fls. 573).

4. UNA e seus cotistas sofreram prejuízos com a incorporação.

5. Não houve qualquer ganho patrimonial de UNA e de seus sócios, isto porque a incorporação resultou de participação recíproca de UNA Ltda. e Cia. Nossa Senhora de Lourdes, sendo evidente que o patrimônio das duas é fictício.

6. Manifesto o entendimento que UNA deveria ter recebido não ações da Cia. Nossa Senhora de Lourdes, mas sim o produto da alienação do Banco Agrimisa S/A, sendo certo que o dinheiro resultante da venda não apareceu no acervo patrimonial do autor (sócio da UNA Ltda.).

7. Há erro não somente na conclusão do laudo pericial como também da própria sentença, isto porque a incorporação de Ceres não se deu antes da venda do Banco Agrimisa S/A, como afirmado, quando então estaria desobrigada de distribuir o lucro apurado entre os sócios, mas depois da venda do Banco Agrimisa S/A, pois conforme bem assinala o primeiro apelante (cf. fls. 1.633), os atos de incorporação de sociedade devem ser levados a registro até 30 dias de sua lavratura, e desrespeitado este prazo, o arquivamento só terá eficácia a partir do despacho que o conceder (cf. art. 39, parágrafo único da Lei 4.726/65).

8. Pelo documento constante de fls. 172, o despacho que concedeu o arquivamento foi de 10 de dezembro de 1986.

9. Conclui-se, portanto, que a incorporação ocorreu em fevereiro de 1986; a venda do Banco Agrimisa em outubro e o arquivamento da JUCERJA em dezembro de 1986.

10. Está, também, comprovado nos autos, que o ato de incorporação somente

deu entrada na JUCERJA aos 17 de junho de 1986 (cf. fls. 637), daí não ter retroagido o efeito da incorporação a fevereiro de 1986, pois não observado o prazo de 30 (trinta) dias exigido.

11. Ceres Ltda. existia como pessoa jurídica no momento da incorporação, e se existia, deveria distribuir o lucro apurado entre os seus sócios (dentre os quais UNA e seus sócios) e, dentre eles o próprio autor – um dos sócios de UNA Ltda. Assim é que votei vencido para o fim de dar provimento ao primeiro apelo.

Rio de Janeiro, 18 de maio de 1993.
Jd. Subst. Des. Paulo Sérgio Fabião, Vogal, vencido.

Comentários de

Sílvia Maria do Prado Maida

Pretende-se, despretensiosamente, comentar o acórdão, proferido nos autos de ação de perdas e danos, em virtude da alienação de poder de controle e incorporação de sociedades em desacordo com as normas do contrato e da lei que cuida dos pedidos formulados por sócios de empresa incorporada.

O referido acórdão, entretanto, não esclarece suficientemente os dados fáticos da incorporação. Aparentemente houve a incorporação de UNA Administração e Participação Ltda. pela Cia. de Investimentos Nossa Senhora de Lourdes, que gerou participação recíproca entre ambas (conforme voto vencido). Aparecem, também, duas outras empresas (Ceres e Banco Agrimisa), supostamente controladas pela UNA ou pela Cia. de Investimentos.

Primeiramente, procurar-se-á enfatizar os temas centrais à luz do sistema adotado pela nossa legislação, análise que cinge-se:

a) à responsabilidade do acionista controlador na operação de incorporação;

b) vedação de participação recíproca, após a incorporação.

Posteriormente teceremos conclusões a respeito.

A. Responsabilidade do acionista controlador

A nova Lei de Sociedades por Ações, instituiu, na figura do acionista controlador, tal qual nova instância societária encarregado de “dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia” (art. 116).

Abandona-se, assim, a supremacia do sistema majoritário, pelo qual os acionistas assumiam maior risco de capitais investidos na companhia, quebrando-se, consequentemente, a proporção entre capital e poder societário. Estabelece-se, então, uma diretriz nítida dos grupos acionários: controladores, rendeiros e especuladores consoante a estrutura estabelecida na Lei 6.404/76.

Aos acionistas rendeiros, preferencialistas ou não, cabem o encargo de suprir a companhia do capital; aos especuladores ou investidores, proporcionar a liquidez negocial às ações, nas companhias abertas; e aos controladores, a função precípua de exercer o poder, independentemente da proporção entre o capital por ele possuído e o capital da sociedade, abolindo-se, assim, o critério quantitativo.

Segundo essa ótica, o legislador quis consignar que “o controlador é titular de uma função legal determinada, conforme a estrutura institucionalizada da sociedade por ações. Função em direito, é um poder atribuído pela ordem jurídica para a realização de interesses alheios ao seu titular”, como agudamente observou a respeito o mestre Fábio Konder Comparato.¹

Tem-se, assim, a legitimidade do poder societário e o seu efetivo exercício, com alguma inspiração na teoria institucionalista da *empresa em si* (de Rathenau),

1. Fábio Konder Comparato, *Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 92.

que consagra a consecução do objeto empresarial, que constitui o seu conteúdo, não prevalecendo apenas a maximização de lucros, porquanto estariam direcionados aos interesses dos próprios acionistas, mas, sim, ao atendimento de uma harmonização dos interesses internos e externos à empresa.

Neste sentido, Modesto Carvalhosa enfatiza que: "o comportamento do acionista controlador é o de que o exercício do poder de controle só é legítimo para fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social e, enquanto respeita e atende lealmente aos direitos e interesses de todos aqueles vinculados à empresa, os que nela trabalham, os acionistas minoritários, os investidores do mercado e os membros da comunidade em que atua".²

A prevalecer esta interpretação, estritamente legal, depreende-se que, além da ênfase empresarial e não societária da figura do controlador, exsurtem e definem-se, deveres e responsabilidades deste em relação aos acionistas, expressamente elencados no parágrafo único do art. 116, e suas modalidades abusivas, exemplificativamente no art. 117, § 1º da Lei 6.404/76.

Nesse plano é excogitável sua responsabilidade para com os demais acionistas, o domínio sobre a companhia, a responsabilidade, também, total, quanto à realização dos objetivos empresariais, respondendo perante ao Estado, à comunidade de acionistas, empregados e coletividade em geral.

Incontestável e evidente a utilização da figura do controlador numa estrutura societária democrática, não fosse ela evitada pelo cerceamento do voto aos preferencialistas (art. 111), bem como a quebra da relação entre risco de capital e hegemonia societária.

Doravante, é a assembléia-geral tida como instrumento do capitalismo democrá-

tico, onde se expressa formalmente o controle interno.

A Lei 6.404, de 1976, ao conceituar o acionista controlador, impõe certos requisitos ligados à propriedade de ações, excluindo o controle gerencial e externo; a titularidade de modo permanente da maioria de votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores, embora, estes dois últimos atributos possam ser entendidos como não cumulativos. Coalescendo a estes requisitos têm-se a efetividade na condução dos negócios empresariais e, conseqüentemente, no funcionamento dos órgãos da companhia.

Assenta-se, pois, que a Lei 6.404/76 não prevê qualquer responsabilidade do controlador externo. Em conseqüência, reputar-se-ão aos controladores internos, diretos ou indiretos, essa responsabilidade. Faz, também, desaparecer o princípio democrático da idêntica responsabilidade de todos os acionistas e incluem-na sob duas esferas: a dos acionistas em geral, inclusive a dos minoritários pelo uso abusivo do exercício (art. 115), e a dos acionistas controladores (art. 116), pelo uso abusivo do exercício do poder ou domínio da sociedade.

O art. 117 da referida Lei, apresenta um rol de responsabilidades, uma enunciação exemplificativa, não exaustivo, que não há demasia em reproduzir:

"Art. 117: O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

"§ 1º. São modalidades de exercício abusivo de poder:

"a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;

"b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incor-

2. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 4, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 425.

poração, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indefinida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

“c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

“d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;

“e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta lei e no estatuto, promover contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia-geral;

“f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;

“g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber precedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade;

“h) subscrever, para fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.

“§ 2º. No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.

“§ 3º. O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades do cargo.”

Portanto, quanto ao cerne dos objetivos da lei, que são de proteger os interesses internos e externos da companhia con-

tra a conduta lesiva do controlador, legitima-se a não exaustividade e caracterizam-se os requisitos epítetos, referentes às responsabilidades do controlador.

Desta maneira, elencam-se:

a) conduta efetiva do controlador nas negociações empresarias;

b) a prova do dano patrimonialmente ressarcível, advinda da lesão atual, concreta, possível, jamais ficta ou eventual e futura;

c) a concretude do abuso de poder, matéria a ser declarada pelo Poder Judiciário e a Comissão de Valores Mobiliários, em conformidade com a lei, que caracterizará a ação lesiva do agente com o objetivo de causar danos aos interesses de terceiros, quer lhe cerceando o exercício de direitos, quer visando o enriquecimento ilícito, ou mesmo auferindo vantagens sem justa causa.

Afigura-se, conseqüentemente, que o controle é desviado de suas finalidades precípuas, que são: assegurar o patrimônio social e a propriedade da empresa, não se consubstanciando a necessidade da prova da intenção, mas a análise da referida conduta, ato ilícito, por não corresponder às finalidades dos poderes de mando.

A Lei 9.457/97 acrescentou, ao elenco das modalidades abusivas do controlador, a alínea h ao § 1º do art. 117, que consiste em: “subscrever, para fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia”.

Quanto a esta alteração, são inteiramente pertinentes as observações de Waldirio Bulgarelli: “Trata-se de inovação vazia de conteúdo, por pelo menos três motivos: primeiro, porque o elenco de modalidades de exercício abusivo de poder constante do art. 117, § 1º são exemplificativos, consoante entendimento indispertante da doutrina e da jurisprudência; segundo, porque essa hipótese já estava contemplada no dispositivo em duas alíneas (a e c); terceiro, porque a conferência de bens estranhos

ao objeto social, para a integralização do capital social, desatende não só o disposto no art. 2º como no art. 115 (este último prevendo que "o acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia", e considerando "abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas").³

Contudo, embora se assentem todos argumentos de peso referendados, a coalescência traz excogitável medida saneada que tem por pretensão escusar a diluição do capital dos minoritários e o distanciamento acionário entre o controlador e os minoritários.

A norma introduzida, evidentemente, só se aplica ao aumento do capital mediante subscrição de ações.

Impende reconhecer a grande valia dessa aplicabilidade, como destaca Mauro Rodrigues Penteadó, ressaltando que "a lei estabelece mecanismos para a aferição da compatibilidade entre a operação alvitada e o interesse social e, também, os interesses comunitários e nacionais: a deliberação correspondente deverá ser precedida de regular proposta justificativa, que por sua vez deverá receber parecer do conselho fiscal se em funcionamento. Portanto, a operação deverá ser motivada (...) que evidencie a utilidade para a companhia".⁴

O pressuposto geral da antijuridicidade é de que não pode haver aumento de ca-

pital sem causalidade, que seja incompatível ao atendimento das necessidades da companhia.

"Mas o interesse social não é redutível a qualquer interesse dos sócios, e sim, unicamente ao seu interesse comum, de realização do escopo social",⁵ como bem assinala Fábio Konder Comparato.

Cumprido advertir que esse interesse social não se confunde com a totalidade dos interesses dos sócios *uti singuli*, pois podemos decompô-lo em dois elementos: o objetivo final, que visa a produção de lucros, e o modo de sua realização, alcançado pelo exercício da atividade empresarial, delimitada, efetivada, no contrato ou nos estatutos, como objeto social.

A partir da noção de interesse da companhia, são estruturados os deveres intrínsecos à função do acionista controlador.

Conclusivamente, então, temos que o critério de julgamento para configurar a juridicidade ou a antijuridicidade da conferência de bens ou subscrição de ações é, pois, o interesse social.

Ser-nos-á, portanto, lícito asseverar que são três os elementos caracterizadores da conduta abusiva do controlador cominadas na lei:

- a) exercício do poder de controle;
- b) antijuridicidade desse exercício; e,
- c) o prejuízo decorrente desse exercício para os acionistas.

Há de ater-se que, embora, o elemento intencional, ou fato, seja imputado ao controlador é inegável o elemento material, consistente no plano efetivo percebido pelas pessoas e instituições relacionadas com a companhia.

Desta forma, é inelutável reconhecer que o acionista sempre corre o risco de sofrer efeitos de uma condução errônea da

3. Waldirio Bulgarelli (coord.) e outros, *Reforma da Lei das Sociedades por Ações*, São Paulo, Pioneira, 1998, p. 62.

4. Mauro Rodrigues Penteadó, *Aumento de Capital das Sociedades Anônimas*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 254. Cabe assinalar que a Lei 9.457/97 acolheu em parte a opinião do autor, ao acrescentar o § 7º do art. 170, estabelecendo que "a proposta de aumento de capital deverá esclarecer qual o critério adotado, nos termos do § 1º, deste artigo, justificando pormenorizadamente os aspectos econômicos que determinaram a sua escolha".

5. Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 303.

sociedade e de uma defeituosa política empresarial por parte do controlador, que deverá provar sua intencionalidade em fazê-la. Conseqüentemente, caberá aos interessados a prova desse prejuízo, a atualidade do dano e o desvio do poder de controle.

Ter-se-ão como medidas cabíveis para essa separação: a) ação de anulação das decisões, atos e negócios realizados contrariamente à lei e aos interesses de terceiros (art. 286); b) as de indenização por perdas e danos sofridas por essas pessoas (art. 287).

Ao controlador soma-se, além da responsabilidade civil, com alcance patrimonial, a responsabilidade administrativa, sujeitando o mesmo ao Poder Público, perante a Secretaria de Direito Econômico—SDE, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica—CADE, conforme a Lei 8.884, de 11.6.94, que trata sobre os abusos de poder econômico e sua repressão.

A Lei 6.385/76, em seu art. 9º, §§ 1º e 2º, estabelece que a apuração da ilegalidade ou irregularidade será realizada mediante inquérito administrativo para os acionistas de companhias abertas, e depois de declarada caberá à Comissão de Valores Mobiliários impor ao controlador as penalidades administrativas capituladas na referida lei (art. 11). Concluído o inquérito administrativo e verificada a ocorrência do crime de ação pública, será oficiado ao Ministério Público para propositura de ação penal contra ele (art. 12).

B. Participação recíproca

Entende-se por participação recíproca quando uma sociedade participa de forma direta do capital da outra; ou indiretamente quando vier a constituir uma espécie de cadeia, um círculo de participação, na qual a primeira participa do capital da segunda, esta da terceira e, por fim, esta última do capital da primeira, implicandó, conseqüentemente, na inferência de ser uma sociedade sócia de si mesma.

Em vista disso, exsurtem inúmeros problemas advindos das participações recíprocas, de natureza patrimonial e mesmo política.

Quanto aos primeiros, por ser o capital social das sociedades envolvidas distorcido pela reciprocidade de participações. Neste sentido, frise-se as palavras de Fran Martins “verifica-se que as garantias dos credores diminuem, pois, para os fins de garantia, as participações recíprocas se anulam, reduzindo-se o valor real do capital de ambas as sociedades”,⁶ ou, como prefere Francesco Galgano, “o capital social da primeira sociedade é integralizado como quantias partidas dela mesma”.⁷

Quanto aos problemas de natureza política, dizem respeito ao exercício direto de voto, havendo anulação de influências de uma sociedade sobre a outra.

Segundo a ótica ora proposta, as leis em geral, mais recentes, adotam normas especiais sobre as participações recíprocas.

No Direito estrangeiro encontramos várias legislações que, taxativa ou explicitamente, proíbem a participação recíproca.

Assim, na França, o art. 8º da Lei de 4.3.1943 determinou que “toda sociedade cuja fração de capital superior pertença a outra empresa, não pode possuir ações desta última companhia”, apontando três inconvenientes básicos: “a irrealidade do capital social, a inflação do crédito e a técnica de garantir, pelas participações cruzadas, a manutenção das diretorias no poder”, segundo ensinamentos de A. Perceorou, em sua tese *Lois Actuelles et Projets Récents en Matière de Sociétés Anonymes*.

Mais recentemente, os arts. 358 e 359 da Lei francesa, de 24.7.66, sobre sociedades comerciais, reiteram a vedação anteriormente estabelecida.

6. Fran Martins, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 3, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 261.

7. Francesco Galgano, *Diretto Privato*, Padova, CEDAM, 1981, p. 690.

Na Alemanha, a Lei de 1937 estabeleceu em seu art. 51 "uma empresa dependente não pode, na qualidade de fundador ou subscritor, ou no exercício do direito de preferência, subscrever ações da sociedade dominante".

"Art. 65: Uma empresa dependente não pode adquirir ou receber em penhor ações da sociedade dominante a não ser de acordo com as normas fixadas para a compra ou o recebimento em penhor das próprias ações (pela sociedade emitente)", critérios perfilhados pela lei em vigor, de 1965, com temperamentos.

Na Itália, a regulamentação da matéria é explícita nos arts. 2.359 e 2.360 do Codice Civile, este último introduzido pela Lei 216, de 1974, vedando a subscrição ou qualquer outra forma de aquisição de ações da empresa controladora pela empresa controladora e proibindo expressamente as participações recíprocas sob a forma de subscrição.

Arnoldo Wald ressalta que "a doutrina admite hoje a divisão dos países em relação à posição por eles admitida quanto à compra de ações pela principal sociedade em três grupos: a) o primeiro, proibindo a auto-aquisição (Argentina, Bélgica, Chile, Inglaterra e Itália); b) o segundo, admitindo excepcionalmente a outra aquisição (Alemanha, França, Espanha, Grécia e Suíça); c) o terceiro, admitindo livremente (Portugal e Uruguai)".⁸

A situação do Brasil, que outrora mantinha pertinencialidade com o primeiro grupo, hoje parece-nos se enquadrar no segundo, encontrando-se a vedação excepcionalizada às participações societárias recíprocas, constante no art. 244 e §§ da Lei 6.404/76.

O preceito legal, vem, expressamente, vedar a participação recíproca entre a companhia e suas coligadas e controladas, ob-

jetivando, preservar, na sua conformidade, a integridade do capital na sua função de garantia dos credores.

Segunda Nelson Eizirik, essas normas "visam, assim, evitar o aguçamento do capital social".⁹

Tais normas, dada sua feição represiva, estabelecem, ainda, os limites da aplicabilidade desta vedação, as condições que a excepcionalizam, bem como, os efeitos decorrentes de seu descumprimento.

C. O caso em foco no acórdão

O presente caso, abordado no acórdão em questão, como já o dissemos inicialmente, não denota esclarecimentos suficientes para a caracterização dos dados fácticos em estudo.

Na sua inteireza, sem que se o escrutine sob outro prisma, impende a demonstração incontestável do dano, ou seja, haver o autor experimentado prejuízos na referida operação de aumento de capital, em razão de alegado abuso de poder que os réus teriam praticado pela venda do Banco Agrimisa S/A e oportunamente pela Ceres Ltda.

Não nos pareceu claro que os acionistas controladores tivessem confundido suas posições jurídicas com a de donos ou proprietários, agindo abusivamente em matéria de controle societário.

Mas é indubitável que o paradigma a ser obedecido, na hipótese, é o apontado por Fábio Konder Comparato: "o voto exercido pelo controlador em assembleias-gerais não é a manifestação de uma prerrogativa atribuída pela lei no interesse do próprio votante (como no caso dos não controladores), mas um autêntico poder-dever".¹⁰

9. Nelson Eizirik, "Inexistência de participação recíproca indireta entre sociedades coligadas", in *RDM* 99/83-86, Ano XXXIV, Nova Série, 1995, Ed. RT.

10. Fábio Konder Comparato, *Direito Empresarial, Estudos e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1990, pp. 92 e 93.

8. Arnoldo Wald, "Das participações recíprocas de sociedades comerciais no Direito brasileiro", in *RDM* 4/11 e ss., Ano X, Nova Série, 1971, Ed. RT.

Ora, em momento algum nos autos restou comprovado o abuso de poder praticado por Raul Pedroza Aguinaga, agindo este em desconformidade com a Lei 6.404/76, excedendo, pois, os limites das necessidades do exercício de sua atividade, desviando as atribuições que lhe foram conferidas com o intuito de lesar a sociedades, os sócios ou terceiros.

Nota-se, ainda, que no exercício dos poderes de direção das atividades sociais e orientação do funcionamento dos órgãos da companhia, todas as hipóteses contempladas no § 1º do art. 117 são comissivas.

No entanto, a fórmula genérica do art. 116, parágrafo único, comporta, evidentemente, um dever ativo dos controladores, e é este princípio que deve prevalecer não se podendo interpretar isoladamente esses dispositivos legais.

O problema suscitado pelo tema nesse plano põe em relevo que as modalidades abusivas descritas no § 1º do art. 117 são dolosas, sendo que algumas delas (alíneas *b* e *c*) exigem do agente dolo específico: “o intento fraudulento, ou predatório do controlador é, pois, facilmente dessumível do fator em certos casos; contudo, em outras hipóteses porém, a prova do elemento subjetivo revela-se diabólica, a não ser recorrendo a presunções *hominis*, fundadas em indícios e circunstâncias” como sublinha Konder Comparato.¹¹

O eminente Desembargador relator vislumbrou, a fim de, também, descaracterizar a responsabilidade dos controladores, o conflito de interesses de Raul Pedroza com o das sociedades, em sua participação da administração, relativamente aos atos que importam na alienação e incorporação das aludidas sociedades.

Segundo nossa despretensiosa opinião, o inconformismo dos autores, ajuiz-

zando ação de perdas e danos cumulada com abuso de poder, contudo, os acionistas controladores realmente poderiam prosperar, por alguns argumentos que se antagonizam com o entendimento do preclaro Desembargador Paulo Sérgio Fabião (voto vencido), pelos motivos ora aduzidos:

I. O laudo pericial, elaborado por *expert* de reconhecida capacidade técnica na matéria, alega que o ato de incorporação da Ceres Ltda. deu entrada na JUCERJA aos 27.3.86, sendo certo que sua extinção ocorreu em 27.2.86; porquanto, impossível sua existência em 17.7.86, momento aprazado conforme documentos oferecidos em fase de apelação, que afirmam o ingresso da incorporação da Ceres Ltda. pela sua controladora Coia. Nossa Senhora de Lourdes.

Ora, consoante o art. 219 da Lei 6.404/76, “a companhia se extingue (inc. I) pelo encerramento da liquidação e (inc. II) *pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades*”. Portanto, incontestável e evidente a demonstração dessa asserção, quanto à extinção de Ceres Ltda., ocorrida em 27.3.86, com a devida publicação.

De acordo com os votos vencedores proferidos pelos preclaros Desembargadores, se os atos impugnados tivessem desatendidos as normas legais, caberia ao autor demandar a sua invalidade através dos meios jurídicos próprios. Igualmente, não se olvidando o direito que tem o sócio de ingressar com a ação de prestação de contas, quando julgue prejudicado pela gestão daqueles, e que não ocorreu por parte dos autos.

Meritoriamente, inviável a pretensão ressarcitória, ausentes que se acham os pressupostos legais da ação ajuizada, nos quais se incluem o prejuízo de ordem material.

E lícito asseverar que o laudo pericial serviu de prova contundente na emissão, por parte dos eminentes Desembargadores, de suas decisões.

11. Fábio Konder Comparato, *O Poder do Controle na S/A*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 309.

Nesse momento, insta lembrar que laudo pericial é a designação dada a peça escrita pelo perito, na qual faz relatório de suas conclusões, pareceres, segundo quesitos a ele formulados.

Irrefutável, pois, tê-lo como instrumento consultivo, informativo ou demonstrativo, emitindo pareceres de ordem técnica. Tudo dependerá, entretanto, da natureza ou espécie de perícia ou exame, constituindo peça de relevância no processo judicial.

É certo que o juiz não fica adstrito às conclusões periciais, desde que tenha razões para o julgar longe da verdade ou incongruente em face de outras provas.

"Mas, quando se trate de questões técnicas, e não possua o julgador outros elementos probatórios do fato ou dos fatos constantes do laudo e nele evidenciados, não deve o juiz desprezá-lo ou se afastar de suas conclusões",¹² como é de conhecimento cediço.

Embora, em fase de apelação o autor juntasse novos documentos, com respaldo nos quais afirma que o ingresso da incorporação de Ceres Ltda. se deu em fevereiro de 96, a venda do Banco Agrimisa S/A em outubro de 86 e o arquivamento na JUCEJA em dezembro de 86, o acórdão não esclarece quais documentos probatórios foram utilizados, bem como, sua legitimidade e validade, portanto.

Imotivada, portanto, a alegação de participação recíproca, vedada pelo art. 244, § 6º da Lei das Sociedades por Ações, pela aceitabilidade da comprovação do laudo pericial. Desta forma, Ceres não existia como pessoa jurídica no momento da incorporação pela Cia. Nossa Senhora de Lourdes.

Por tudo isso acreditamos ter sido acertado o entendimento expressado pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sede de apelação cível, em conformidade com a mani-

festação prolatada pelo eminente relator Des. Lindberg Montenegro.

2. Segundo a ótica ora proposta, com a devida *vênia*, mais uma vez, equivocou-se o eminente Des. Paulo Sérgio Fabião, na medida em que considerou errônea a conclusão do laudo pericial, como também da própria sentença, isto porque, a incorporação da Ceres Ltda. não se deu antes da venda do Banco Agrimisa S/A, quando então, estaria descompromissada pela distribuição dos lucros apurados entre os sócios, dentre os quais UNA e seus sócios e, dentre deles o próprio autor – um dos sócios de UNA Ltda. –, desconfigurando-se a participação recíproca.

3. Cabe, também, perquirir, que emerge do laudo pericial parecer inelutável de que o alegado direito a um aumento patrimonial das cotas do autor pelo lucro gerado na Ceres, pela venda das ações do Banco Agrimisa S/A, não é procedente, pois, segundo as próprias palavras do proficiente Des. Paulo Sérgio Fabião, esta já vinha tendo prejuízos com as atividades que desenvolvia; haveria, portanto, a necessidade de uma postura ativa por parte dos controladores.

4. O fato de alegar perdas e danos pela não participação dos lucros e de distribuição de dividendos precisariam ser concretamente demonstrados, pois a mera presunção favorece a ré.

As críticas relativas à má administração caíram no vazio. O laudo pericial, na verdade, não faz restrições à política administrativa da empresa que, ao contrário do alegado, deixou positivadas as vantagens auferidas pelos sócios da sociedade incorporada UNA Administração e Participações Ltda., da qual o autor é sócio, e de outro lado, que os réus não se beneficiaram economicamente com a incorporação.

5. Legitimando o exposto, o laudo é categórico ao afirmar que, em decorrência da incorporação, verificou-se redução substancial da incidência do imposto de renda

12. Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, v. III, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 51.

no resultado da venda do poder de controle do Banco Agrimisa S/A.

Conclusão

Não há dúvida quanto à legitimidade, ativa e passiva, que decorre da simples

condição do autor ser sócio da sociedade incorporada e da alegada alienação. Inconteste, pois, que diante da existência de prejuízo, por força do negócio jurídico firmado pelas sociedades, recorra pelo dano sofrido.

DISSOLUÇÃO DE S/A PELA IMPOSSIBILIDADE DE PREENCHER O SEU FIM

Em 1988, a sociedade de direito privado Banco Agrimisa S/A, inscrita no CNPJ nº 00.000.000/0000, com sede em São Paulo, SP, foi constituída por meio de escritura pública de 15 de março de 1988, com o objetivo de exercer a atividade de administração de bens imóveis e de prestação de serviços de administração de bens imóveis, mediante a contratação de um administrador exclusivo, para a administração dos bens imóveis e prestação de serviços de administração de bens imóveis.

Em 1990, a sociedade Banco Agrimisa S/A, inscrita no CNPJ nº 00.000.000/0000, com sede em São Paulo, SP, foi constituída por meio de escritura pública de 15 de março de 1988, com o objetivo de exercer a atividade de administração de bens imóveis e de prestação de serviços de administração de bens imóveis, mediante a contratação de um administrador exclusivo, para a administração dos bens imóveis e prestação de serviços de administração de bens imóveis.

Em 1992, a sociedade Banco Agrimisa S/A, inscrita no CNPJ nº 00.000.000/0000, com sede em São Paulo, SP, foi constituída por meio de escritura pública de 15 de março de 1988, com o objetivo de exercer a atividade de administração de bens imóveis e de prestação de serviços de administração de bens imóveis, mediante a contratação de um administrador exclusivo, para a administração dos bens imóveis e prestação de serviços de administração de bens imóveis.

Em 1994, a sociedade Banco Agrimisa S/A, inscrita no CNPJ nº 00.000.000/0000, com sede em São Paulo, SP, foi constituída por meio de escritura pública de 15 de março de 1988, com o objetivo de exercer a atividade de administração de bens imóveis e de prestação de serviços de administração de bens imóveis, mediante a contratação de um administrador exclusivo, para a administração dos bens imóveis e prestação de serviços de administração de bens imóveis.

- I - sede para decisão, caso de litigância;
- II - por decisão judicial;
- III - por decisão de autoridade administrativa.

Em 1996, a sociedade Banco Agrimisa S/A, inscrita no CNPJ nº 00.000.000/0000, com sede em São Paulo, SP, foi constituída por meio de escritura pública de 15 de março de 1988, com o objetivo de exercer a atividade de administração de bens imóveis e de prestação de serviços de administração de bens imóveis, mediante a contratação de um administrador exclusivo, para a administração dos bens imóveis e prestação de serviços de administração de bens imóveis.

Em 1998, a sociedade Banco Agrimisa S/A, inscrita no CNPJ nº 00.000.000/0000, com sede em São Paulo, SP, foi constituída por meio de escritura pública de 15 de março de 1988, com o objetivo de exercer a atividade de administração de bens imóveis e de prestação de serviços de administração de bens imóveis, mediante a contratação de um administrador exclusivo, para a administração dos bens imóveis e prestação de serviços de administração de bens imóveis.

Em 2000, a sociedade Banco Agrimisa S/A, inscrita no CNPJ nº 00.000.000/0000, com sede em São Paulo, SP, foi constituída por meio de escritura pública de 15 de março de 1988, com o objetivo de exercer a atividade de administração de bens imóveis e de prestação de serviços de administração de bens imóveis, mediante a contratação de um administrador exclusivo, para a administração dos bens imóveis e prestação de serviços de administração de bens imóveis.

Em 2002, a sociedade Banco Agrimisa S/A, inscrita no CNPJ nº 00.000.000/0000, com sede em São Paulo, SP, foi constituída por meio de escritura pública de 15 de março de 1988, com o objetivo de exercer a atividade de administração de bens imóveis e de prestação de serviços de administração de bens imóveis, mediante a contratação de um administrador exclusivo, para a administração dos bens imóveis e prestação de serviços de administração de bens imóveis.

Em 2004, a sociedade Banco Agrimisa S/A, inscrita no CNPJ nº 00.000.000/0000, com sede em São Paulo, SP, foi constituída por meio de escritura pública de 15 de março de 1988, com o objetivo de exercer a atividade de administração de bens imóveis e de prestação de serviços de administração de bens imóveis, mediante a contratação de um administrador exclusivo, para a administração dos bens imóveis e prestação de serviços de administração de bens imóveis.