

Jurisprudência Comentada

DA NECESSIDADE DE AFRONTA A INTERESSE DE SÓCIO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECESSO

Sociedade Anônima — Criação de nova classe de ações preferenciais
— Direito de recesso do sócio

— Exercício condicionado à demonstração de prejuízo em seu desfavor

Comentários de RICARDO DE SANTOS FREITAS
ao acórdão no REsp 31.515-SP — 4ª T — j. 5.3.1996,
Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 22.4.96

Ementa oficial: O direito de retirada do sócio da sociedade anônima inconformado com a deliberação de criação de nova classe de ações preferenciais não é ilimitado, dependendo, assim, da demonstração de prejuízo em seu desfavor, sob pena de se transformar o recesso em mera venda de ações, o que escapa à finalidade do instituto.

Ementa da Redação: Descabe autorizar a retirada do sócio pela simples alteração na estrutura da sociedade. Mister que tenha interesse em pleiteá-la em razão de prejuízo sofrido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 4ª Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o relator os Mins. Barros Monteiro, César Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Fontes de Alencar.

Brasília, 25 de março de 1996 — Sálvio de Figueiredo Teixeira, pres. e relator.

EXPOSIÇÃO

O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: Os recorrentes, inconformados

com a aprovação da mudança da estrutura da sociedade anônima recorrida que, em assembléia geral, deliberou pela emissão de debêntures e criação de duas classes de ações preferenciais (A e B, a primeira com direito a voto), pleitearam, através desta demanda, o seu exercício do direito de retirada da sociedade, com o reembolso do valor real de suas ações.

A sentença julgou improcedentes os pedidos, sob o fundamento de não ter existido prejuízo em desfavor dos autores com a referida alteração, principalmente porque as ações preferenciais B, criadas com a finalidade de conversão das debêntures não pagas pela sociedade, não foram utilizadas.

À apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a relatoria do Desembargador Renan Lotufo, negou provimento, embora por outros motivos. Disse que os autores tiveram oportunidade de exercer seu direito de conversão das ações ordinárias em preferenciais com direito a voto (classe A), mas não o fizeram, descabendo, em consequência, reclamar de possível perda de condição privilegiada, assinalando, ainda, que a simples emissão de debêntures conversíveis em ações preferenciais não causaria qualquer prejuízo aos sócios minoritários.

Inconformados, os autores interpuseram recurso especial alegando, além de dissídio, violação dos arts. 136-I e 137 da

Lei das Sociedades Anônimas, sustentando que o direito de retirada decorre de fato objetivo definido na lei, sem ser necessário qualquer questionamento a respeito da existência ou não de prejuízo.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (relator): A recorrida, companhia originariamente fechada, necessitou de capital de giro para continuar com sua atividade. Para tanto, emitiu debêntures e criou duas classes de ações preferenciais. Aos sócios titulares de ações ordinárias foi possível a conversão delas em preferenciais A, com direito a voto. A segunda classe, B, nasceu com o objetivo de agasalhar as debêntures não resgatadas pela sociedade.

Insatisfeitos com essa modificação, os recorrentes tentaram exercer seu direito de *recesso*, que restou negado tanto pela sociedade como pela decisão do Colegiado paulista, sob o fundamento de não ter havido prejuízo para eles.

Destarte, cinge-se a matéria recursal em perquirir se esse prejuízo é pressuposto para o exercício do direito de retirada.

Sem razão os recorrentes, posto que afirmativa a conclusão.

O direito de *recesso* ou retirada na sociedade anônima, introduzido na legislação brasileira na década de 30 e ligeiramente modificado pela atual lei de regência (de n. 6.404/76) consiste na possibilidade de sócio que não se conforma com deliberação tomada pela sociedade no sentido, *verbi gratia*, de criar ou alterar ações preferenciais, dela retirar-se.

Foi ele instituído com o objetivo de sanar um dos mais sérios problemas nas sociedades anônimas, a saber, a divergência entre a maioria e a minoria dos sócios. Possibilita a norma, então, a retirada do sócio

dissidente que passa a credor da sociedade pelo valor do reembolso de suas ações.

O fundamento é a proteção dos interesses do sócio insatisfeito, que se viu atingido na esfera patrimonial com a alteração ocorrida, exurgindo, então, a necessidade da demonstração de efetivo prejuízo em seu desfavor, sob pena de se transformar o *recesso* em mera venda de ações, o que escapa à finalidade do instituto.

Assim, descabe autorizar a retirada do sócio pela simples alteração na estrutura da sociedade. Mister que tenha interesse em pleiteá-la em razão de prejuízo sofrido.

Lamy Filho, um dos formuladores da Lei das Sociedades Anônimas, sobre a matéria, doutrina: "A interpretação que pretende estender o direito de retirada aos acionistas que não são prejudicados deixa de aplicar a lei segundo as funções ou fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum; mas, ao contrário, ao pretender legitimar a transformação do direito de retirada em arma usada abusivamente por quem não tem interesse a proteger mas visa a locupletar-se, injustificadamente, à custa da destruição da empresa, empresta à lei efeitos perversos, anti-sociais, que conflitam com o fim a que se dirige e com as exigências do bem comum" (*A lei das S.A.*, Renovar, cap. 7, seção 2, n. 8, p. 558).

No mesmo sentido, Campos Batalha, *verbis*: "Antes de passar à análise das hipóteses de exercício do direito de retirada, devemos assinalar que tal exercício não é ilimitado, achando-se condicionado à existência (real ou potencial) de prejuízos ao acionista retirante. Não basta apenas a ocorrência de qualquer das hipóteses taxativamente enunciadas na lei: é indispensável a possibilidade de prejuízo" (*Direito Processual Societário*, Forense, n. 2.1.1.10, p. 239).

No pertinente à alegação dos recorrentes de existência de efetivo prejuízo, descabe, nesta instância, averiguar a real situação dos fatos, haja vista que demandaria reexame de provas, defeso na oportunidade, consoante o enunciado 7 da Súmula/STJ.

Intactos, portanto, os preceitos contidos nos arts. 136-I e 137 da Lei 6.404/76.

Com relação à divergência, não restou ela caracterizada. De uma leitura atenta do acórdão proferido no RE 104.895-RS, da relatoria do Min. Carlos Madeira, extrai-se a conclusão no sentido de ser indispensável a ocorrência de prejuízo para que o sócio descontente exerça o seu direito de retirada. Apesar de constar dos votos dos Mins. Aldir Passarinho e Djaci Falcão referência à desnecessidade de se observar prejuízo no caso, não representou essa assertiva nenhuma explicitação de opinião de Suas Excelências quanto à tese defendida neste especial, tendo em vista que estavam somente se referindo a um requerimento dos então recorrentes extraordinários. E tanto não foi que a ementa desse aresto restou assim redigida: *Sociedade anônima — Direito de recesso — Não exige a Lei 6.404/76, art. 136, inc. V, que a alteração estatutária importe mudança de objeto essencial da empresa. Basta que prejudique interesses de acionistas minoritários, para dar ensejo ao recesso* (grifos feitos).

Assim sendo, depreende-se mais similitude do que contrariedade no confronto entre o acórdão tido como paradigma e o impugnado através deste apelo.

Em face do exposto, não conheço do recurso.

Certidão de julgamento - Certifico que a E. 4ª T., ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso.

Votaram com o relator os Srs. Mins. Barros Monteiro, César Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Fontes de Alencar.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 25 de março de 1996.

Comentário

O acórdão em questão acompanha orientação majoritária da jurisprudência e doutrina nacionais.

Entende-se não caber direito de retirada para acionista que não tenha interesse afrontado com a deliberação de Assembléia Geral.

Parece-nos, todavia, que nossos Tribunais têm tratado do tema, por vezes, de forma demasiadamente genérica. Sem atentar para as peculiaridades da norma legal, contida, basicamente, no art. 136 da Lei n. 6.404/76.

O instituto do direito de retirada nasceu com o Código de Comércio de 1882 da Itália, cujo artigo 158 conferia a faculdade de solicitar a saída da empresa com o recebimento do reembolso do valor de sua participação societária aos sócios que discordassem das seguintes deliberações, tomadas em decisão majoritária: mudança de objeto social, prorrogação do prazo de duração da sociedade com prazo determinado de existência, fusão ou alteração de capital.

O legislador brasileiro ao criar as sociedades por quotas de responsabilidade limitada através do Decreto n. 3.708, de 1919, tratou de inserir o instituto no sistema jurídico pátrio, permitindo ao sócio quotista solicitar sua retirada da sociedade sempre que divergisse de uma alteração contratual, recebendo o reembolso do valor de suas quotas com base no último balanço aprovado.

Para as sociedades por quotas, no entanto, o instituto acabou não tendo aplicação prática em nosso país, na medida em que firmou-se o entendimento dos Tribunais de que o artigo 335, § 5º, do Código Comercial Brasileiro permite a dissolução parcial da sociedade, por denúncia unilateral de qualquer dos sócios, sem necessidade de se apontar discordância de deliberação social, nas sociedades com prazo indeterminado de duração.¹

Mas, plantada a semente, a idéia foi propagada para as sociedades anônimas.

1. Mello Franco, Vera Helena, in *Rev. de Direito Mercantil*, nova série, julho/setembro/1989, vol. 75, p. 19. A prática elegeu o pedido de dissolução, geralmente com fundamento na norma do art. 335, V, C. Com., como modo de retirada mais vantajoso do que aquele derivado, normalmente, do exercício do direito de recesso. A razão disto foi a criação pretoriana da chamada dissolução parcial.

Em 1932, o Decreto n. 21.536 regulamentava a criação de ações preferências, conferindo o direito de recesso ao acionista que discordasse da deliberação de assembléia que criasse ações preferenciais mais favoráveis ou que alterasse preferências ou vantagens nas ações já existentes.

A evolução legislativa das sociedades anônimas, no Brasil, caminhou para a ampliação das situações em que se previa o direito de retirada ao acionista minoritário.

O Decreto-lei n. 2.627, de 1940, tratou de inserir novas hipóteses de aplicação do instituto (alteração de objeto essencial, fusão e cessação de estado de liquidação) e o atual diploma legal, Lei n. 6.404/76, por fim, marcou a definitiva ampliação dos contornos do instituto.

As hipóteses de cabimento do direito de recesso nas sociedades anônimas, segundo a Lei n. 6.404/76, permitem observar dois grupos distintos de situações: as que alteram substancialmente a organização da companhia e as que afrontam direitos dos acionistas.

Nesse primeiro grupo temos as seguintes situações:

- mudança do objeto da companhia (artigo 136, V);
- dissolução ou cessação do estado de liquidação (artigo 136, VII);

No segundo grupo as situações são:

- criação de ações preferenciais ou aumento de classe existente sem guardar proporção com as demais, salvo se já previstos ou autorizados no estatuto (artigo 136, I);
- 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 (artigo 136, II);
- alteração do dividendo obrigatório (artigo 136, IV).

Lamy Filho,² co-autor do Anteprojeto de Lei que originou a Lei n. 6.404/76, ao

estabelecer a distinção dos grupos acima demonstrada, refere-se ao segundo grupo como sendo aquele em que se reduzem os direitos de participação do acionista dissidente.

Fábio Konder Comparato,³ referindo-se ao direito de retirada previsto nos incisos I e II do artigo 136 da Lei n. 6.404/76, observa que as expressões *preferências* e *vantagens* ali mencionadas tem idêntico significado pelo contexto e abrangem direitos políticos e direitos pecuniários, ao contrário da lei anterior, o Decreto n. 2.627/40, que restringia o direito de retirada à redução de preferências e vantagens somente pecuniárias.

Como a expressão *direitos de participação* sugere apenas direitos políticos, não obstante ser evidente a intenção do autor de se referir à participação financeira (nos lucros e na distribuição do capital), preferimos citar o segundo grupo apenas como sendo aquele em que se afrontam direitos dos acionistas.

Juristas de renome defendem ainda o cabimento do direito de retirada na ocorrência de incorporação de companhia em outra, sua fusão ou cisão e na ocorrência de participação da companhia em grupo de sociedade.

Tal previsão constava expressamente do *caput* do artigo 137 da Lei n. 6.404/76, tendo sido suprimida pela Lei n. 7.958/89, conhecida como Lei Lobão.

Numa assombrosa demonstração de má técnica legislativa, padecendo do vício hoje corrente da superficialidade, o legislador não atentou para o fato de que existem outros artigos no corpo da Lei n. 6.404/76 que dispunham acerca do exercício do direito de retirada nessas duas hipóteses, quais sejam, os artigos 225, IV, 230, 264, §§ 3º e 4º, e 270, parágrafo único.

A omissão de declarar também expressamente revogados esses dispositivos tornou-se o núcleo da argumentação daqueles

2. Lamy Filho, Alfredo, e Bulhões Pedreira, José Luiz, in *A Lei das S.A.*, Ed. Renovar, 1992, p. 556.

3. *Direito Empresarial*, Ed. Saraiva, 1990, p. 218.

que defendem a preservação do direito de retirada nas duas hipóteses apontadas.

Sem embargo da autoridade desses juristas, parece-nos estarem eles permitindo a exacerbação de convicções societárias próprias em detrimento de uma correta exegese jurídica.

O artigo 137 encerra dentro de si o núcleo das hipóteses do direito de retirada previstas na Lei n. 6.404/76 em que pese existirem referências ao exercício desse direito em outros artigos do texto legal. Esses artigos esparsos, todavia, são disposições complementares.

Revogada a disposição nuclear ensejadora do direito de retirada para os casos de incorporação, fusão, cisão e participação grupal a regra de hermenêutica jurídica aponta para a revogação tácita desses dispositivos secundários esparsos.

Importa observar que a intenção do legislador não permite dúvidas, conforme excerto da exposição de motivos da Lei n. 7.958/89:

“A providência legislativa é reclamada pelo desenvolvimento empresarial brasileiro, que tem sofrido sérios embaraços nos seus esforços de modernização, crescimento, em decorrência de dois obsoletos institutos legais, que conspiram contra a expansão das sociedades por ações e dificultam sua adaptação às condições atuais de mercado, produção e desenvolvimento.

“Duas hipóteses, dentre as enumeradas pelo artigo 136 da Lei n.6.404/76, mostraram-se, na prática destes últimos dez anos, contrárias ao livre desenvolvimento das empresas constituídas pela modalidade de ações. Trata-se da incorporação, fusão ou cisão e participação em grupo de sociedade.

“Tais providências, quando decididas pelos sócios, são salutares e benéficas para o desenvolvimento dos negócios sociais, não justificando, sobretudo na incorporação ou fusão, a retirada do dissidente através do processo desgastante da apuração do patrimônio líquido, muitas vezes usado abusiva-

mente para, através da criação de embaraços, obterem-se vantagens indevidas.”

Alinhamo-nos, portanto, com aqueles que entendem não mais caber faculdade de direito de retirada para os casos de incorporação, fusão, cisão ou inserção em grupo societário.

Apontadas as situações que ensejam o exercício desse direito, devemos enfatizar que se trata de elenco taxativo, que implica na proibição da utilização do recurso de analogia para sua extensão a outras hipóteses pois sujeito ao princípio da tipicidade fechada,⁴ expressão emprestada do Direito Penal e do Direito Tributário, que segundo Misabel Derzi,⁵ seria melhor substituída pela expressão *conceito determinado*.

Analisando os sistemas jurídicos estrangeiros verificamos que a evolução histórica do instituto no Brasil caminhou na contramão da história.

Na própria Itália, berço de seu nascimento, o direito de recesso foi sendo restringido após sua criação, por apresentar-se, em diversas situações, como real entrave ao crescimento, e às vezes até mesmo à sobrevivência das sociedades.

Com efeito, leis italianas de 1915 e 1925 trataram de excluir a possibilidade de recesso na hipótese de aumento de capital e, por fim, o atual Código Civil Italiano, unificado, em seu artigo 2.437, tratou de admitir o recesso acionário apenas e tão-somente nos casos de mudança de objeto, de tipo societário, ou de transferência de sede social para o estrangeiro.⁶

Como se observa, não existente na vigente legislação italiana nenhuma hipótese de permissão de retirada de acionista em caso de afronta a direitos societários, limi-

4. Comparato, Fábio Konder, ob. cit., p. 215.

5. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*, Ed. RT, 1988, p. 18.

6. Galgano, Francesco, “La Società per Azioni”, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, Ed. CEDAM, 1984, p. 326.

tando-se tal direito a restritos casos de alteração da organização da companhia.

A França também não acolhe o direito de retirada para as situações de violação a direitos pecuniários ou políticos dos acionistas, consoante dispõe a Lei n. 24.17.66.

O direito norte-americano, por sua vez, não obstante trate a matéria em legislações estaduais, inclina-se preponderantemente para restringi-lo apenas a casos de fusão ou de venda da integralidade do ativo da empresa.⁷ Designado de *appraisal right*, *right to dissent*, ou ainda de *withdrawal right*, o direito de retirada no sistema jurídico norte-americano restringe-se aos sócios de *corporations* cujas ações em Bolsa não tenham liquidez, conforme determinação que constava do *Model Business Corporation Act*. Tal restrição foi eliminada por emenda legislativa de 1988.

O estudo comparado dos sistemas jurídicos dos diversos países demonstra a excessiva preocupação do legislador brasileiro quanto à proteção do acionista dissidente de decisão assemblear, principalmente no que diz respeito àquelas que interferem em seus direitos políticos e pecuniários.

O Anteprojeto de Lei de reformas da Lei n. 6.404/76, de autoria do atual Ministro do Planejamento, Dr. Antônio Kandir, ao tratar das hipóteses de direito de retirada previstas nos incisos I e II do artigo 136, explicita a restrição do direito ao exercício do recesso acionário aos acionistas *prejudicados* pela decisão assemblear.

Essa vem sendo a orientação jurisprudencial. Nas hipóteses de recesso encerradas nos incisos I e II do artigo 136 da Lei 6.404/76 há situações em que alguns acionistas não chegam a ter qualquer interesse pecuniário ou político cerceado, havendo também aqueles que chegam a ser beneficiados pela decisão assemblear.

Não haveria sentido em permitir que acionistas não prejudicados pudessem so-

licitar o recesso, desfalcando patrimonialmente a companhia sem que qualquer justificativa de interesse a ser tutelado estivesse colocada como contrapeso.

Deslocada a polêmica acerca da necessidade de caracterização de afronta a interesse do acionista na afirmação de seu direito à retirada para o campo da hipótese legal inserida no inciso V, quando a assembleia decide mudar o objeto social da companhia, o enfoque passa a ser diferente.

Aqui pressupõe o legislador que qualquer modificação no estatuto quanto ao objeto social da companhia cause afronta a interesse de todos os acionistas. Ao adquirir o estado de sócio o acionista manifesta sua aceitação e interesse quanto às condições estabelecidas no pacto social, mormente no que diz respeito às atividades a serem desenvolvidas pela empresa.

Assim, qualquer acréscimo, diminuição ou alteração de atividade prevista no objeto social da empresa constitui mudança e desrespeita o interesse dos acionistas, razão pela qual estes podem opor-se à decisão majoritária pleiteando sua retirada da companhia com fundamento na regra do inciso V do artigo 136.

Trata-se de prejuízo implícito que dispensa prova outra que a simples caracterização de que houve a referida diminuição, acréscimo ou alteração de objeto social.

Esse foi o entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário n. 104.895, do Rio Grande do Sul, a que se refere o acórdão ora comentado.

A ementa do acórdão do STF não sintetiza de maneira adequada a argumentação desenvolvida com brilhantismo no corpo do julgado.

Assim está ela redigida: "Sociedade Anônima — Direito de Recesso — Não exige a Lei n. 6.404/76, art. 136, inc. IV, que a alteração estatutária importe mudança de objeto essencial da empresa. Basta que prejudiquem interesses de acionistas minoritários, para dar ensejo ao recesso".

7. Lamy Filho, Alfredo, e Bulhões Pedreira, José Luiz, ob. cit., p. 563.

Essa última frase induz a pensar que mudanças de objeto podem haver que não ensejam direito de recesso por não acarretarem qualquer afronta a interesses de acionistas. Não é essa, entretanto, a conclusão a que chega o mal ementado acórdão. Ao contrário, a leitura atenta do julgado nos revela ser posição da Suprema Corte que a aplicação da regra contida no inciso V do artigo 136 da Lei n. 6.404/76 tem como pressuposto único a manifestação de vontade de se retirar do acionista face à comprovação da mudança do objeto social.

Mas o mesmo não se pode dizer da regra dos incisos I e II do artigo 136. Estas colocam-nos diante da possibilidade de situações onde existam acionistas beneficiados, acionistas não afetados e acionistas com interesses afrontados pela deliberação assemblear.

Não mais parte a lei da premissa de que, tomada a decisão, decorre inexoravelmente a afronta ao interesse do sócio. Impõe-se então ao acionista a obrigação de demonstrar essa afronta.

A utilização da expressão *afronta a direitos* ou a *interesses* encontra seu fundamento na lição de Fábio Konder Comparato,⁸ que observa que “a doutrina 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 societário”.

Não obstante discordemos da comparação com a regra de direito imobiliário pelo fato de haver mera presunção *juris tantum* de afronta a interesse de sócio nas hipóteses do artigo 136, I e II, o raciocínio é perfeito quando afasta qualquer aplicação da responsabilidade civil, motivo que

nos leva a recusar a expressão prejuízo, equivalente a dano.

Releva notar, por fim, que a prova de afronta a direito de acionista não conduz a complicadas controvérsias quanto à matéria de fato, nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Ao contrário, os fatos são, na maioria das vezes, incontestes. Difícil é imaginar dúvidas quanto à materialidade das deliberações sociais. E é do conteúdo das deliberações sociais que se verifica, *in concreto*, a existência de eventual afronta a direitos dos acionistas.

Reside aí o principal equívoco do presente julgado: alegando ser vedado ao Supremo Tribunal de Justiça o exame da real situação dos fatos, por importar em reexame da prova, parte a Turma julgadora da convicção adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de que não houve qualquer afronta a direito dos autores.

Mas a exposição dos fatos, incontroversos nesse ponto, nos revela que houve criação de duas classes de ações preferenciais. Embora tenha sido permitido aos acionistas a conversão das ações ordinárias em preferenciais classe A, mostra-se inequívoca a possibilidade de diluição de preferências pecuniárias e de vantagens políticas advindas da conversão das debêntures emitidas em ações preferenciais classe B.

Pouco importa que no curso da lide tenha-se verificado que não chegou a se concretizar qualquer conversão. A data da deliberação assemblear a afronta a esses direitos de sócio manifestava-se latente, propiciando aos acionistas manifestarem sua intenção de retirada da companhia.

No acórdão *sub examine*, como costuma acontecer em casos de espécie, a verificação de afronta a direitos não representa exame ou reexame de provas, mas mera análise das conseqüências jurídicas advindas de fatos incontroversos, plenamente cabível de ser realizada pelo Superior Tribunal de Justiça ou mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, como aliás procedeu esse último, ao julgar o próprio RE n. 104.895-RS.

8. Ob. cit., pp. 226 e 227.