

Dco.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico
e financeiro

106



Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XXXVI (Nova Série)
abril-junho/1997

 **MALHEIROS
EDITORES**

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série - Ano XXXVI — n. 106 — abril-junho de 1997

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,
HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,
JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP: 04531-940

São Paulo, SP - Brasil - Tels. 822-9205

820-9718 - 820-5549 - Fax. 829-2495

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros
Diretora: Suzana Fleury Malheiros
Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Assinaturas e comercialização:
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. 289-0811 - Fax. 251-3756

Composição: EDITORA FRASE LTDA.
Impressão: GRÁFICA E EDITORA FCA
(FUNDAÇÃO DE CIÊNCIAS APLICADAS)

SUMÁRIO

DOCTRINA

A TEORIA DA APARÊNCIA E O DIREITO BANCÁRIO	7
— Arnaldo Wald	
ACORDO DE ACIONISTAS	20
— Modesto Carvalhosa	
SEGURO DE DANO MORAL RESULTANTE DE ACIDENTE COM VEÍCULO AUTOMOTOR	25
— Rachel Sztajn	
ATUAÇÃO ESTATAL E ILÍCITO ANTITRUSTE	35
— Calixto Salomão Filho	
RESPONSABILIDADE DO CONTROLADOR, DOS SÓCIOS E DOS ADMINIS- TRADORES DE EMPRESAS DE CONSÓRCIOS, SUA APRECIÇÃO À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR	48
— Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	
ASSEMBLÉIA DE COTISTAS NA SOCIEDADE LIMITADA — Aplicação da legislação societária	53
— João Luiz Coelho da Rocha	
A INTRODUÇÃO NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO DO REQUISITO DA ATIVIDADE INVENTIVA COMO CONDIÇÃO LEGAL PARA A CON- CESSÃO DE UMA PATENTE DE INVENÇÃO	58
— Gustavo José Ferreira Barbosa	
DA OBRIGATORIEDADE POR PARTE DO ADQUIRENTE DO CONTROLE DE SOCIEDADE POR AÇÕES DE CAPITAL ABERTO DE FAZER SIMULTÂNEA OFERTA PÚBLICA, EM IGUAIS CONDIÇÕES, AOS ACIONISTAS MINORI- TÁRIOS — ART. 254 DA LEI 6.404/76 E RESOLUÇÃO CMN 401/76 — É EFETIVO MECANISMO DE PROTEÇÃO AOS MINORITÁRIOS?	83
— Roberta Nioac Prado	
A EXAUSTÃO DO DIREITO DE MARCAS NA UNIÃO EUROPÉIA E O MER- COSUL	107
— Karin Grau-Kuntz e Newton Silveira	
ATUALIDADES	
CÓDIGO E NORMAS DE CONDUTA DO SISTEMA FINANCEIRO PORTU- GUÊS E COMUNITÁRIO	127
— Armindo Saraiva Matias	
CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ES- TABELÉCIDA ANTES DO ADVENTO DA LEI NOVA. DIREITO APLI- CÁVEL	149
— Vera Helena de Mello Franco	

A DESINTERMEDIÇÃO NA OFERTA DE CRÉDITO E O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: EXAME DO TEMA E POSSÍVEIS CONCLUSÕES	154
— Cassio M. C. Penteado Jr.	
O ICMS E OS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. NÃO-INCIDÊNCIA	164
— João Luiz Coelho da Rocha	
CONCEITO DE PREPOSTO	169
— Sérgio Sérvulo da Cunha	
AS CENTRAIS DE RISCO E O SIGILO BANCÁRIO	174
— Carlos Alberto Hagstrom	
ANOTAÇÕES SOBRE A LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER A APURAÇÃO DE HAVERES	178
— José Alfredo Ferrari Sabino	
 MERCOSUL	
MERCOSUL — NORMAS DE IMPLANTAÇÃO — FORÇA VINCULANTE...	185
— José Alfredo Borges	
 DOCUMENTOS	
THE CLAYTON ACT — CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS ..	197

COLABORAM NESTE NÚMERO

ARMINDO SARAIVA MATIAS

Professor na Universidade Autónoma de Lisboa.

ARNOLDO WALD

Advogado. Professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Ex-Procurador Geral do Estado da Guanabara. Ex-Presidente da CVM.

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Livre-Docente e Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

CARLOS ALBERTO HAGSTROM

Ex-Procurador do Banco Central. Advogado em Brasília.

CASSIO M. C. PENTEADO JR.

Advogado em São Paulo. Professor da FMU/SP.

GUSTAVO JOSÉ FERREIRA BARBOSA

Advogado no Rio de Janeiro.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Advogado. Mestre e Doutor em Direito Comercial pela USP. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. Ex-Procurador do Banco Central do Brasil.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ ALFREDO BORGES

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador da Fazenda do Estado de Minas Gerais. Advogado em Belo Horizonte.

JOSÉ ALFREDO FERRARI SABINO

Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

KARIN GRAU-KUNTZ

Pequisadora no Max-Planck-Institut fuer auslaendisches und internationales Patent, Urheberund Wettbewerbsrecht (Muenchen). Mestranda na Faculdade de Direito de Munique (Ludwig-Maximilians-Universitaet).

NEWTON SILVEIRA

Doutor em Direito Comercial e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Secretário Geral Adjunto do IIDA-Instituto Interamericano de Direito do Autor. Advogado e Procurador junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

RACHEL SZTAIN

Livre-Docente e Professora Doutora de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

ROBERTA NIOAC PRADO

Advogada. Pós-graduanda em Direito Comercial na Faculdade de Direito da USP.

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

Advogado.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Professora Assistente Doutora da Faculdade de Direito da USP. Advogada em São Paulo.

MODESTO CARVALHOSA

Advogado em São Paulo

Doutrina

ACORDO DE ACIONISTAS

MODESTO CARVALHOSA

1. Acordos por prazo indeterminado. 2. Acordos em cascata. 3. Acordos que alteram a proporcionalidade legal do direito de preferência. 4. Acordos que dispõem sobre eleição de diretores.

Trata-se de acordo de acionistas de instituto disciplinado pela Lei 6.404, de 1976, mas já bastante utilizado anteriormente, especialmente em razão de exigências do então BNDE e de suas subsidiárias, como requisito convencional para sua participação em empresas privadas. Também nas *joint ventures* entre companhias nacionais e estrangeiras era comum a celebração de acordos, especialmente disciplinando a participação no poder decisório e o direito de veto dos convenientes.

No entanto, a validade dos acordos de acionistas na vigência do Decreto-lei 2.627, de 1940, era bastante discutida, especialmente quanto ao direito de voto em assembléia geral, tanto sob o aspecto doutrinário como jurisprudencial.

Acórdão do TJSP de 1962 decidiu que a assembléia geral da companhia é soberana não estando vinculada a pactos entre acionistas (Ap. 120.135, de 27.11.62, *apud* Fran Martins, *Direito Societário*) (Doc. 1).

A lei de 1976 veio a disciplinar a matéria sob o aspecto societário.

O instituto tem natureza contratual, portanto submetido à normas gerais do direito obrigacional, inclusive quanto às partes, objeto, forma e duração.

Porém produz efeitos na esfera da sociedade. E é esse o aspecto que a lei veio a

disciplinar: os efeitos reflexos do acordo perante a sociedade, e não apenas os efeitos diretos entre as partes.

Desde a promulgação da lei societária de 1976 tem sido o instituto grandemente utilizado, mas ainda persistem dúvidas e perplexidades no momento de sua aplicação.

O Judiciário tem sido bastante solicitado a se pronunciar sobre a matéria.

Trouxe 4 questões polêmicas que já foram objeto de decisões de 2º grau que merecem ser discutidas:

- 1) acordos por prazo indeterminado;
- 2) acordos em cascata;
- 3) acordos que alteram a proporcionalidade legal de direito de preferência;
- 4) acordos que dispõem sobre eleição de diretores.

1. Acordos por prazo indeterminado

Se estiver *expresso* no instrumento que o acordo é por prazo indeterminado, ou se for omissivo a respeito, a jurisprudência chegou a reconhecer em diversas decisões que não pode ser entendido como vínculo permanente e irrevogável, *admitindo-se, portanto, sua denúncia unilateral*.

Nesse sentido a Ap. cível 7.795 do TJSP, votação unânime, 1980 (Doc. 2).

Mas os tribunais divergem quando o prazo de vigência vincula-se a termo ou condição resolutiva: tal condição equivale ou não a prazo indeterminado?

Em sentido afirmativo: Elnfrs 53.546-1, 1986, TJSP (Copebras) (Doc. 3).

Em sentido negativo: Elnfrs na Ap. cível 34.167, 1985, TJRJ (Doc. 4).

A propósito ainda do prazo indeterminado o projeto CVM, de 1993, dispunha: "Os acordos de acionistas sem prazo certo, mas sujeitos a condição resolutiva ou termo final, inclusive porcentagem mínima de participação na companhia, *somente podem ser denunciados segundo as estipulações do contrato*".

Tal projeto não prosperou, tendo sido substituído pelo projeto Kandir (Projeto 1.564 de 1996), ora em votação no Congresso, o qual não inclui qualquer dispositivo sobre a matéria.

Atualmente, nossa jurisprudência tem entendido que não se aplica, portanto, aos pactos de voto por prazo indeterminado a denúncia pura e simples, sob o fundamento de não mais interessar prossegui-los.

Não há, pois, nesse contrato tipicamente parassocial e plurilateral a possibilidade de extinguir-se por resilição unilateral. A denúncia dependerá de *justa causa*, ou seja, a quebra da *affectio*, por conduta incompatível ou dissídio de vontades das partes, ou ainda de interpretação das cláusulas do pacto, e qualquer outra que configure materialmente a desavença, ou ainda deslealdade em face dos pactuantes e do interesse social. Essa a tendência jurisprudencial, ou seja, de que a denúncia só pode se dar por motivo justo, através de decisão judicial.

Essas características típicas do acordo de voto não impedem, no entanto, que seja nele prevista a denúncia imotivada, mediante aviso prévio ou mero decurso de determinados prazos ou etapas de implan-

tação do empreendimento empresarial, no âmbito da companhia.

Caso contrário, os motivos de quebra da *affectio* e deslealdade poderão surgir a todo e qualquer tempo, sendo esta a causa da dissolução requerida. A impossibilidade, portanto, de denúncia unilateral imotivada nos acordos de voto não leva à eternização desses pactos.

2. Acordos em cascata

São considerados acordos em cascata aqueles celebrados em *holding* para produzir efeito em diversas subsidiárias, direta ou indiretamente controladas.

Em caso que chegou às nossas mãos que dizia respeito a acordos celebrados em duas sociedades, com dois grupos de sócios, cada qual controlador em uma, para produzir efeitos em terceira diretamente controlada e subsequentemente em todas as controladas do grupo, *a sentença declarou a plena eficácia do acordo apenas quanto às pessoas físicas que os firmaram, com relação às duas sociedades nas quais o acordo foi celebrado e também em relação à "holding" por elas controlada, embora não participante do acordo*.

O TJSP foi chamado a se manifestar sobre tentativa de denúncia de acordo: um dos grupos signatários propôs *ação ordinária* para o fim de ver declarada a plena eficácia dos acordos e *ação cautelar* incidental para ser garantido o cumprimento das disposições enunciadas nos acordos, com pedido liminar negado: os autores agravaram e o TJSP deu provimento ao recurso, determinando o reempobramento dos administradores destituídos, em razão do § 3º do art. 159, bem como *determinando o cumprimento dos termos dos acordos até o trânsito em julgado da questão* (Doc. 5).

Ver p. 20 do Doc. 5 — AI 128.957-1, 1989, TJSP.

O acórdão do TJSP reformou a sentença de 1º grau, entendendo que os acor-

dos de acionistas celebrados no seio das *holdings* acionistas da Aguassanta devem estender-se também a esta, já que sofrerá seus reflexos (Doc. 6).

Mas foi além, determinando que tais acordos vinculam ainda todas as demais sociedades componentes do grupo empresarial afirmando taxativamente que "ocorre, necessariamente, o chamado efeito cascata", pp. 16 e 19 (Doc. 6).

Questão: Trata-se de acordos celebrados entre acionistas das sociedades "A" e "B". Como podem produzir efeitos perante a sociedade "C", e perante todas as demais sociedades do grupo, controladas pela "C"?

3. *Acordos que alteram a proporcionalidade legal do direito de preferência*

Petroquímica Triunfo — Ap. cível 587015116, 1987, TJRS, v.u, Doc. 7.

Petroquímica Triunfo foi constituída como sociedade de capital autorizado em 1979, com 4 acionistas (Petroquisa, Petroplastic, Atochmie e Petroplub) e com a emissão de apenas ações ordinárias, tem sido celebrado acordo de acionistas para disciplinar as relações entre os sócios.

Em 1981 foram criadas ações preferenciais e firmado aditivo ao acordo estabelecendo proporcionalmente quanto cada acionista poderia subscrever: 12,5% de ordinárias e 12,5% de preferenciais (mesma proporção ordinárias/preferenciais).

Petroplastic não subscreve a 1ª emissão de ações preferenciais, tendo a Petroquisa subscrito em seu lugar, *em consequência a Petroplastic não ficou titular de nenhuma ação preferencial.*

Em 1985 Petroplastic manifestou sua intenção de subscrever ações preferenciais na proporção do previsto no acordo de acionistas, e não na proporção das ações pos-

suidas; houve recusa da companhia em atender a suas reivindicações.

Petroplastic propôs uma medida cautelar inominada para obstar a que o aumento fosse consumado e uma ação ordinária cominatória para que pudesse subscrever ações na proporção contratual.

A ação foi julgada improcedente em 1º grau.

Petroplastic apelou, tendo a 4ª Câmara Cível do TJRS decidido por unanimidade dar provimento ao apelo sob a alegação de que *o acordo pode alterar a proporcionalidade legal na subscrição de ações, revogando os arts. 171 e 172 da lei* (Doc. 7).

Foram propostas outras medidas, como embargos de terceiros, embargos de execução, recurso especial e uma ação rescisória.

Questão: Se uma cláusula convencional (acordo de acionistas) pode alterar dispositivo imperativo de lei como aqueles dos arts. 171 e 172 da Lei 6.404.

4. *Acordos que dispõem sobre eleição de diretores*

Trata-se de acordo de acionistas celebrado entre dois grupos de acionistas em sociedade com duplicidade de órgãos da Administração (Conselho de Administração e Diretoria), que estabelece o direito de um dos grupos de eleger 3 diretores e de outro de eleger 2.

Tendo sido convocado uma reunião do Conselho de Administração, cuja ordem do dia previa a eleição de diretores, os acionistas minoritários ingressaram com medida cautelar inominada contra a sociedade para que esta, através de seu Conselho de Administração, fosse compelida a conduzir um dos autores ao cargo de Diretor Administrativo-Financeiro.

A medida foi liminarmente concedida *inaudita altera pars* pelo MM. Juiz, que

determinou “fosse respeitado nesse passo o estabelecido no acordo de acionistas”.

Inconformada, a sociedade impetrou agravo de instrumento visando à reforma da decisão liminar. Ao mesmo tempo impetrou mandado de segurança com o fim de obter a suspensão liminar da decisão agravada, liminar, essa, concedida pelo Desembargador *a quo*.

Nesse meio tempo a ação foi julgada extinta pelo MM. Juiz em sentença tempestivamente apelada, ficando implícita a cassação da liminar concedida pela 1ª instância.

O acórdão do mandado de segurança, julgado em 6 de fevereiro de 1992, decidiu, por votação unânime, entrar no mérito da questão, decidindo que em companhias fechadas é válida cláusula de acordo de acionistas que indique a forma de preenchimento dos cargos de administração, denegando, em consequência, a liminar (Doc. 8).

E, o acórdão decisório do agravo de instrumento (Doc. 9) julgou prejudicado o recurso, tendo em vista a decisão contida no mandado de segurança, inteiramente transcrito.

Cumpre lembrar que a lei das sociedades anônimas, em seus arts. 142 e 143, determina a competência privativa do Conselho de Administração para eleger e destituir os diretores da companhia.

Os acórdãos em questão admitem uma interpretação muito flexível dos arts. 142 e 143 da lei societária, nas *companhias fechadas*, permitindo a ampla composição dos interesses das partes.

Outras questões de fundamental importância como base em acordo de acionistas estão sendo discutidas, como, por exemplo, a que diz respeito a *acordos de acionistas de preferência na compra e venda de ações*.

A propósito, pode-se lembrar rumoroso caso que chegou aos nossos tribunais em que, tendo em vista cláusula de prefe-

rência, *os controladores, ao invés de venderem suas ações, permutaram tais títulos pelos de outra companhia conforme critérios de avaliação por eles estabelecidos*.

Os minoritários, irrisignados, promoveram ação ordinária para a execução específica do seu direito de preferência, ação, essa, que não chegou a seu final diante de transação amigável nos autos. Outros aspectos polêmicos dos acordos de acionistas mereceriam ser abordados, como o requisito de lealdade e fidelidade.

Nos acordos tendo por objeto o exercício do direito de voto, há que se ressaltar o seu caráter pessoal, ainda que celebrados entre pessoas jurídicas. Trata-se, com efeito, de um negócio jurídico fundado em relações de duração, que demandam o estrito cumprimento dos princípios de lealdade e de fidelidade. Na conduta dos convenientes haverá estrita observância do princípio de boa-fé, quanto às cláusulas do pacto. Prevalece o caráter ativo e positivo da boa-fé, representado pela lealdade e convicção da existência do próprio direito. A boa-fé será inequívoca e constante em todos os atos e negócios parassociais (acordo) e societários em que o pactuante intervenha. Nesse passo, confundem-se boa-fé e equidade, no sentido de fidelidade, confiança e sinceridade dos pactuantes, uns frente aos outros e em face do interesse social.¹ Ademais, sendo o contrato parassocial, por operar no âmbito das companhias, deve preencher o requisito da *affectio*. Deste decorre a possibilidade de dissolução da avença ao verificar-se que o acordo, ao invés de cumprir o seu objetivo, ou seja, de harmonizar o exercício do direito de voto, traz a discórdia e a desarmonia entre os pactuantes, com reflexos danosos à condução dos negócios sociais. A dissolução, assim, será aceita no caso de abuso de direito por parte de alguns pactuantes, em detrimento dos demais ou da própria companhia em que o acordo, direta ou indiretamente, opera os seus efei-

1. Windscheid, *Dirito delle Pandette*, v. 1, pp. 638 e ss.

tos. Será o caso, v.g. de má conduta por parte de administrador (art. 158), eleito em decorrência do acordo, ou mesmo no caso de dissidência, ainda que de boa-fé, entre os administradores representantes dos diversos grupos pactuantes. Em todos esses casos, de quebra da *affectio* ou de má conduta, cabe, como referido, o pedido judicial de dissolução do acordo, eventualmente inaugurado com as medidas de antecipação de tutela ou cautelares cabíveis, que possam suspender, desde logo, sua eficácia ou seus efeitos.² A infidelidade e a má conduta do administrador eleito por grupo (art. 158) são motivos veementes de pedido de dissolução do acordo, na medida em que se presume ter agido o administrador destituído em favor do grupo que o indicou no âmbito do acordo. Por essa razão não seria possível continuar aprisionando os demais pactuantes ao acordo quando se evidencia a deslealdade acima referida. Há acordos em que se verifica a sucessão de pactuantes, e que, se delongando demasiadamente no tempo, estabelecem contratos de orientação dos negócios sociais ou dos interesses das partes, querendo algumas vender as suas participações e outras permanecer. Nesse caso será acolhível o pedido de libe-

ração da avença de voto, para o efeito de poder alienar suas ações.

Com efeito, não se pode entender o acordo de acionistas como um pacto bilateral de caráter meramente patrimonial, com interesses contrastantes, a que irrevogavelmente se vinculam as partes. Trata-se o acordo visando ao exercício do direito de voto de um pacto de interesses confluentes para cuja consecução colaboram todos os signatários. Nele prevalece sempre a natureza de contrato plurilateral (parassocial) dos negócios da companhia (de direito de voto), ainda que subsidiariamente possa apresentar instrumentalmente aspectos de bilateralidade ou mesmo unilateralidade. E sendo plurilateral enseja a todo o tempo de sua vigência, a sua dissolução, como referido, na medida em que, à semelhança da companhia onde surte os seus efeitos, não pode aprisionar os pactuantes, além do momento em que se configura a quebra da *affectio* ou se verificam quaisquer das formas de abuso de direito por qualquer dos pactuantes, inclusive nos casos de deslealdade ou má conduta na administração por parte de seus representantes ou demais formas de infringência do princípio da boa-fé no âmbito da própria administração ou da assembléia-geral.

2. Nesse sentido a 4ª C. Civil do TJSP, no AI 128.957-1-São Paulo, que declara os acordos de acio-

nistas somente expostos a extinção por vontade das partes, sem discrepância, ou por via judicial.