



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2016.0000059413

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0013132-43.2013.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados

XXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, são apelados XXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXX e Apelado/Apelante XXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXX.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao apelo dos autores e negaram provimento ao recurso do corréu Eugênio Parasmo, v. u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ALBERTO GARBI (Presidente) e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2016

RAMON MATEO JÚNIOR

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Voto nº 7552

Apelação nº 0013132-43.2013.8.26.0011

Apelantes e Apelados: XXXXXXXXXXXXXXX

Apelados: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Comarca: São Paulo

Juiz Sentenciante: Anna Paula Dias da Costa

SOCIEDADE ANÔNIMA Pleito objetivando a declaração de nulidade de conclave assemblear, por dois fundamentos: o primeiro, pela ausência do Conselho Fiscal; o segundo, pela retenção de parte da reserva do lucro sem prévio orçamento de capital A ausência do Conselho Fiscal no ato deliberativo não possui o condão de invalidar o conclave, ante a presença dos autores que, na qualidade de acionistas minoritários, não se opuseram Contudo, a retenção de parte dos lucros para o aumento do capital social demandava prévio orçamento de capital Inteligência do artigo 196/LSA Nulidade da deliberação, sem, no entanto, determinar a responsabilização dos réus Determinada realização de nova Assembleia Geral



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Extraordinária, com observância de todos os ditames legais
 Apelo do corréu, objetivando a majoração dos honorários
 sucumbenciais, prejudicado Apelo dos autores parcialmente
 provido, restando prejudicada a análise do inconformismo do
 corréu, Eugênio Parasmó.

XXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXX e
 XXXXXXXXXXXXXXXX promoveram ação ordinária em face de XXXXXXXXXXXX,
 XXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXX, alegando que são acionistas
 minoritários da corré, XXXXXXXXXXXXXXXX. Assinalam que em AGE, datada
 de 17/novembro/2011 houve aprovação meramente *pro forma* do
 aumento do capital social, que era de R\$ 4.050.000,00, para R\$
 8.052.000,00. Que referida assembleia é nula, já que efetuada sem
 realização presencial, inclusive os membros do Conselho Fiscal,
 constituído em 19 de maio de 2011, não foram convocados. Pretendem
 seja anulada a AGE de 17/11/11, bem como suas deliberações, e que os
 réus sejam condenados ao pagamento de indenização correspondente aos
 lucros retidos até 2011, bem como os lucros destinados à reserva legal e
 aos juros sobre o capital próprio a serem apurados oportunamente.

A ação foi julgada improcedente, nos termos da
 sentença de fls.482/485, declarada a fls. 494.

Apelam os autores, insistindo nas
 irregularidades perpetradas pelos réus, ao sonegarem do Conselho Fiscal
 a capitalização dos lucros retidos, em ofensa à norma cogente, que anula
 a decisão assemblear de 17 de novembro de 2011. Assinalam haverem os
 réus confessado que os R\$ 6,3 milhões de lucros retidos não estão mais
 no caixa da companhia, por haverem sido consumidos, sem atender
 plano de investimento (orçamento de capital), que deveria ter sido
 previamente aprovado pelos acionistas (art. 196, LSA). E que, pelo uso
 indevido dos lucros retidos, sem atendimento ao orçamento de capital, os
 autores não receberam seus dividendos, motivo pelo qual devem ser
 indenizados. Ressaltam que naquela deliberação não houve parecer do
 conselho fiscal e os membros não foram convocados, o que afeta a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

validade; eis que os acionistas minoritários possuem direito inderrogável de fiscalizar e gerir os negócios sociais, sendo o Conselho Fiscal o instrumento desse direito (art. 166/LSA), que deve prover os acionistas com as informações necessárias, para votar nas assembleias gerais com conhecimento da matéria e tomar medidas cabíveis para a defesa do interesse social. Esclarecem que na assembleia de 19/5/11 postularam a instalação do Conselho Fiscal (fls.217), que veio de ser instalado. Os réus, então,

3

propuseram nova assembleia para deliberar sobre a destinação da reserva de lucros para aumento do capital social (fl.218). A manobra de capitalização de juros, segundo seu juízo, foi tramada para não convocar os membros do Conselho Fiscal, nem lhes submeter a proposta de aumento de capital, em desacordo com os arts. 163 e 166 da LSA. Observa não ter sido publicado edital de convocação para a assembleia de 17/11/2011, tolhendo dos apelantes a oportunidade para obter esclarecimentos dos membros do Conselho Fiscal instalado, com ofensa também ao art. 164/LSA. Acrescentam que o fato de os acionistas minoritários (apelantes) haverem assinado a ata de assembleia não convalida a deliberação, porquanto a proteção aos acionistas minoritários é norma cogente. Por isso, o Conselho Fiscal não pode ficar à margem da capitalização dos juros retidos, para evitar deliberação formal e desprovida de esclarecimentos técnicos. É imperativo o parecer do Conselho Fiscal sobre o aumento de capital social, especialmente pelo fato de que o que estava em questão não eram os lucros, e sim sua destinação. Narram que os lucros retidos já haviam sido consumidos, sem nenhum orçamento de capital que o autorizasse. Por isso, ainda que o aumento do capital pudesse dispensar a ciência e a presença do Conselho Fiscal em assembleia, a deliberação seria nula, por se tratar de dinheiro (lucros retidos) não mais existente. Ponderam que somente os administradores sabiam que os R\$ 6,3 milhões não mais estavam no caixa da Companhia, levando os demais acionistas ao irreal aumento de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

capital, por uma deliberação vazia, que tinha o propósito de regularizar a contabilidade e livrá-los (administradores) de suas responsabilidades. Acrescentam que a AGE de 17/11/2011 não se realizou com a presença dos acionistas da S/A, tanto que o corréu, Eugênio, dia 23/11/2011, encaminhou comunicação informando da realização respectiva (doc. 19 da réplica). Insistem que a falta de parecer prévio do Conselho Fiscal e da convocação de seus membros agride a LSA, especialmente porque os autores jamais abriram mão da presença dos conselheiros fiscais. Deve a assembleia ser anulada (134, § 2º, LSA).

Quanto à indenização, esclarecem que a utilização dos lucros retidos só poderia ocorrer após a aprovação de plano de investimentos (orçamento de capital), em assembleia de acionistas, o que nunca ocorreu; certo que, em 14/01/2013 os autores tiveram acesso aos livros contábeis, constatando que os lucros retidos não estavam no caixa da companhia, nem em quaisquer de suas contas ou aplicações bancárias (doc. 11 da inicial). Os réus alegaram, mas não comprovaram que os lucros retidos teriam sido revertidos à Companhia; certo que as alegações dos réus são contraditórias (fls. 515). O fato é que os lucros retidos foram utilizados sem aprovação dos acionistas, o que é ilícito. Logo, enquanto não houver deliberação da assembleia acerca do destino dos lucros retidos, os recursos financeiros não podem ser consumidos e devem permanecer disponíveis no caixa da companhia. A reserva de retenção de lucros só pode ser composta por recursos econômico-financeiros disponíveis. A retenção de lucros destina-se à distribuição aos acionistas, que deve ser de forma pecuniária; ou a investimento, desde que previsto em orçamento de capital. Se os lucros retidos foram convertidos em bens do ativo, é ilegal. A reserva de retenção de lucros depende da existência de lucros, não podendo ser constituída quando a empresa dá prejuízos.

Requerem, em síntese, seja declarada a nulidade



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

da assembleia, além da condenação dos réus a indenizar os acionistas pelos dividendos que não receberam e que a Companhia não mais pode pagar (art. 158/LSA). Salientam, por fim, que a responsabilização dos administradores independe da anulação da assembleia, bem como que os corréus, xxxxx, xxxxx e xxxxxx, além de acionistas, são também administradores, eleitos que foram diretores da companhia por mais de uma década (fls. 222/247).

Apela, também, o corréu, xxxxxxxxxxxxxxxxx, buscando a majoração dos honorários advocatícios.

Efetuada o preparo, o recurso foi processado e contrariado.

É o relatório.

VOTO.

Rejeita-se, de proêmio, a prefacial de não conhecimento do apelo, suscitada pelos corréus, xxxxxxxxxxxxx e xxxxxxxxxxxxx.

Sabido que a insurgência a uma sentença não pode ser feita meramente com a transcrição dos argumentos vertidos na exordial ou na defesa; as razões do remédio recursal devem ser deduzidas a partir do provimento judicial vergastado, posto que, impende “que o tribunal 'ad quem', pelos fundamentos, se aperceba, desde logo, de quais as razões efetivamente postas, pelo apelante, acerca do novo julgamento que lhe seja mais favorável”.

No sistema recursal brasileiro vigora o princípio da dialeticidade (discursividade) ou da impugnação específica, preconizando que o recorrente deverá declinar exatamente em suas razões recursais (de forma precisa e justificada), Os motivos do seu pedido para reexame de determinada decisão judicial, ou seja, deverão ser apresentados ao órgão



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

revisor os fundamentos de fato e de direito que embasam o referido inconformismo recursal do recorrente.

Somente obedecido o corolário preconizado que se proporcionará ao recorrido, de forma efetiva, as condições mínimas para que apresente as suas contrarrazões e, com isso, vir a rebater pontualmente as alegações do recorrente, pois, do contrário (ante a inexistência de impugnação específica), o recurso não poderia ser sequer conhecido em razão da violação do imprescindível contraditório recursal.

Nessa lente, a apelação deve conter argumentos antagônicos aos motivos da sentença. Em obediência às regras processuais, o apelante deve apontar e indicar especificamente qual o vício ou irregularidade que contém a decisão apelada, bem como demonstrar quais as causas que podem levar a sua reforma, ou seja, “é preciso que haja simetria entre o decidido e o alegado no recurso. Em outras palavras, a motivação deve ser, a um só tempo, específica, pertinente e atual”, conforme já se decidiu.

Dado que irrecusável o caráter impugnativo do inconformismo, fica rejeitada a prefacial.

Passa-se, agora, a analisar o tema relativo à ilegitimidade passiva dos corréus, xxxxxxxxxxxx e xxxxxxxxxxxxxxxx.

7

Conquanto meramente de passagem, os autores-apelantes impugnaram o fundamento da sentença que reconheceu a ilegitimidade dos requeridos.

Em um primeiro aspecto, demais não será ressaltar que as condições da ação, dentre as quais está inserida a legitimidade da parte, é de ordem pública ou cogente, podendo ser analisado, de ofício, pelo magistrado, em qualquer grau de jurisdição.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por outro aspecto, é dos autos que xxxxxxxxxx, xxxxxxxxxx e xxxxxxxxxxxxxx, de longa data, atuaram como diretores da Companhia (fls. 222 e seguintes).

Declarar a ilegitimidade passiva a esses requeridos, com o fundamento de que as deliberações presentemente impugnadas não teriam sido tomadas isoladamente pela Diretoria, figura-se sem nenhum propósito jurídico.

Eis que, os diretores autorizaram o aumento do capital social; e, caso comprovada diluição injustificada da participação das autoras na sociedade, responderão eles por eventuais danos derivados desse aumento.

Nessa linha, como os apelantes alegam que os atos irregulares praticados pelos corréus lhe causaram prejuízos, deve ser admitida a inclusão deles no polo passivo.

Esse, aliás, o entendimento deste Tribunal de Justiça:

LEGITIMIDADE PASSIVA - Ação de nulidade de deliberação de assembleia societária - Pretendida legitimidade dos sócios para figurarem no polo passivo da ação - Impossibilidade Litisconsórcio necessário - Não ocorrência Sucumbência recíproca mantida - RECURSO DOS AUTORES NÃO PROVIDO (Apelação n. 0012991-38.2008, Rel. Des. Elcio Trujilo, j. 24/8/2011).

Reconhece-se, pois, a legitimidade passiva desses réus.

A prefacial de falta de interesse processual dos apelantes, sob a alegação de que os autores-apelantes subscreveram as deliberações tomadas na AGE de 17/11/2011, sem qualquer ressalva, confunde-se com o mérito recursal, motivo pelo qual com ele será analisado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Admissível, ademais, a cumulação dos pedidos deduzidos pelos autores, consistentes na declaração de nulidade da Ata de AGE, e de condenação dos réus, solidariamente, ao pagamento de indenização pelos lucros retidos, lucros destinados à reserva de capital e juros sobre capital próprio, que deixaram de ser distribuídos.

Ora. Um dos fundamentos da inicial é a nulidade da deliberação da AGE; e, o outro, a alteração do destino dos lucros retidos. Pleitos manifestamente independentes, como se verá.

Os pedidos deduzidos pelos apelantes, outrossim, são juridicamente possíveis, não importando em ingerência do Judiciário em questões *interna corporis* da Companhia, ao qual cabe analisar a legalidade dos atos respectivos.

Superadas as prefaciais, passa-se a analisar o tema de fundo do inconformismo.

9

A declaração de nulidade da deliberação da Assembleia Geral objetivada pelos autores vem calcada em dois fundamentos:

O primeiro, na ausência de parecer do Conselho Fiscal sobre o aumento de capital social, e na falta de convocação dos acionistas para participar da gerência negocial.

O segundo, na retenção de parcela de lucros da Companhia sem prévio orçamento de capital.

Cuida-se, evidentemente, de pedidos sucessivos, nos termos do art. 289/CPC.

No tocante ao primeiro; vale dizer, à falta de convocação prévia e à ausência do Conselho Fiscal, não merece prosperar o inconformismo dos autores.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Assembleia Geral da Sociedade Anônima é órgão deliberativo máximo, no qual os acionistas reúnem-se para discutir e votar sobre o desenvolvimento da atividade da Companhia, sobre os negócios sociais (art. 121/LSA).

Para sua validade, a observância de alguns requisitos é indispensável, concernentes à convocação, instalação e realização do conclave.

Dispõe o art. 123/LSA competir ao Conselho de Administração ou aos administradores a convocação da assembleia geral.

A convocação, de seu turno, faz-se mediante anúncio publicado três vezes, no mínimo, contendo os

10

detalhes respectivos.

Ensina Fábio Ulhoa Coelho que *o anúncio convocatório (...) é condição de validade da convocação (...). O desatendimento à menor dessas formalidades compromete a validade da assembleia. Não há ato de convalidação admissível, e deve realizar-se novamente a reunião.* (Curso de Direito Comercial, Volume 2, editora Saraiva, 5ª Edição, pág. 201 e 202).

Sem embargo dessas colocações, no caso específico da AGE do dia 17 de novembro de 2011, houve expressa dispensa da convocação, com fundamento no § 4º do art. 124 da Lei de Sociedade Anônimas, *tendo em vista a presença de acionistas representando a totalidade do capital social* (fl. 30).

Por outro lado, agora no tocante ao pretenso e essencial requisito de validade da Assembleia Geral Extraordinária, que deliberou sobre os lucros retidos, diz respeito à ausência ciência, presença e de participação do Conselho Fiscal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Numa sociedade anônima, o Conselho Fiscal é órgão, conferido pela lei aos acionistas, de fiscalização e de assessorando na votação de matérias relativas à regularidade dos atos de administração da companhia.

No que refere à faculdade ou obrigatoriedade de sua existência e de suas atividades, Fábio Ulhoa Coelho, (*op cit*, pág.228) leciona: *“Trata-se de órgão de existência obrigatória, mas de funcionamento facultativo. A aparente contradição dessa assertiva esvai-se com facilidade: a*

11

existência é obrigatória, no sentido de que não está condicionada a previsão estatutária; contudo, ele pode ou não estar em funcionamento, dependendo da vontade dos acionistas.”

Incontroverso nos autos a instalação do Conselho Fiscal da Companhia em 19/05/2011, com mandato vigente até a próxima Assembleia Geral Ordinária (fls. 169).

A questão reside na análise da obrigatoriedade ou não da apresentação, por este órgão fiscalizador, quando da realização da assembleia geral efetivada no dia 17/11/2011, de parecer sobre o aumento do capital.

Ora bem. Como acima fundamentado, apesar da existência obrigatória do Conselho Fiscal, seu funcionamento é facultativo, condicionado à provocação dos acionistas.

Na hipótese, inexistiu no momento da Assembleia Geral Extraordinária ocorrida em 17 de novembro de 2011 qualquer interpelação dos acionistas minoritários, ora autores, no sentido de que fosse convocado o Conselho Fiscal, para a apresentação de parecer e aprovação do aumento do capital.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não há, portanto, como acoimar de nulidade a assembleia sem a presença do Conselho Fiscal.

Estabelece, com efeito, o art. 134 da LSA: “*Instalada a assembleia-geral, proceder-se-á, **se requerida por qualquer acionista**, à leitura dos documentos referidos no artigo 133 e do parecer do conselho fiscal, se houver, os quais serão submetidos pela mesa à discussão e votação.*” (destaque não no original).

12

Há, portanto, necessidade de requerimento expresso, de qualquer acionista, para a obrigatoriedade de apresentação de parecer pelo Conselho Fiscal.

Isso não bastasse, dispõe o § 2º do mesmo dispositivo legal que *se a assembleia tiver a necessidade de outros esclarecimentos, poderá adiar a deliberação e ordenar diligências; também será adiada a deliberação, salvo dispensa dos acionistas presentes, na hipótese de não comparecimento de administrador, membro do conselho fiscal ou auditor independente.*

É certo que esta Corte já decidiu no sentido de que há nulidade de AGE que deliberou sobre o aumento de capital social da S/A sem prévia oitiva do Conselho Fiscal (AC 9130472-97.2004.8.26.0000, Rel. Des. De Santi Ribeiro, j. 11/10/2011).

Contudo, tal orientação não se amolda à hipótese debatida nos autos, na qual a Ata da Assembleia Geral Extraordinária, na qual houve deliberação do aumento do capital social, foi subscrita pelos autores (fls. 30), que também assinaram o livro de presença (fls. 172).

Soaria mesmo paradoxal aceitar a tese aventada



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pelos apelantes, no sentido de que não estariam presentes, se assinaram não só a ata, como também a lista de presença.

E, tida por ineludível a presença dos autores naquele conclave, era importante que formalizassem, expressa e objetivamente, seu descontentamento diante da ausência dos membros do Conselho Fiscal, consignando em ata tal protesto; e, ulteriormente, demonstrar a ocorrência de

13

efetivo prejuízo.

A esse propósito, doutrina de Modesto Carvalhosa (*apud* Comentários à Lei de Sociedade Anônimas, Editora Saraiva, 3ª Edição, Volume 3, pág. 455):

É expressa a lei ao determinar que, para a realização da assembleia geral, ordinária ou extraordinária, deve estar presente pelo menos um membro do Conselho Fiscal. A ausência de pelo menos um só não invalida as deliberações se os acionistas dispensarem tal presença.

Essa dispensa somente será eficaz se alcançar a unanimidade dos acionistas presentes, porque, se qualquer deles, com ou sem direito a voto, exige-la, impõe-se o adiamento das deliberações para outra oportunidade.

Assim, para o efeito de dispensa do comparecimento de conselheiro fiscal, não prevalece a deliberação majoritária, pois, se assim fosse, os minoritários ficariam cerceados no seu direito à informação, por imposição do voto dos controladores.

Nada fizeram.

Ante a ausência de qualquer impugnação expressa dos autores-apelantes no ato da assembleia, soaria mesmo despropositada e desarrazoada a declaração de sua insubsistência, em razão da ausência do Conselho Fiscal.

No tocante ao pedido de nulidade da deliberação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que se arvorou pelo aumento do capital social, por meio da capitalização de parte da reserva de lucros, sem emissão de novas ações, merece acolhida o inconformismo dos autores.

Antes de qualquer coisa, no que toca à sociedade, nossa legislação acolheu a teoria do ato institucional, em que há a prevalência do interesse social sobre o individual dos sócios, vez que “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a

14

companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e têm deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.” (art. 116, parágrafo único, LSA).

A ilegalidade pretendida pelos autores-apelantes reside na violação da regra estabelecida no art. 196 da LSA, que regula a sociedade por ações e determina que a retenção de parcela dos lucros deva ser precedida do orçamento de capital devidamente aprovado em assembleia geral, tendo sido o ato praticado com abuso de poder pelo bloco de controle, *verbis*:

Art. 196. A assembleia-geral poderá, por proposta dos órgãos da administração, deliberar, reter parcela do lucro líquido do exercício prevista em orçamento de capital por ela previamente aprovado.

§ 1º. O orçamento, submetido pelos órgãos da administração com a justificação da retenção de lucros proposta, deverá compreender todas as fontes de recursos e aplicações de capital, fixo ou circulante, e poderá ter a duração de até 5 (cinco) exercícios, salvo no caso de execução, por prazo maior, de projeto de investimento;

§ 2º. O orçamento poderá ser aprovado pela assembleia-geral ordinária, que deliberar sobre o balanço do exercício e revisado anualmente, quando tiver duração superior a um exercício social.

Os réus, em defesa, sustentam que houve



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

anuência dos autores; e que o montante da reserva deve estar no ativo da companhia, e não necessariamente em seu caixa, não sendo possível encontrar saldo bancário de seu exato valor. E que referido dispositivo legal não possui formato rígido, bem como que houve assembleia geral ordinária

15

anterior (19 de maio de 2011), ocasião em que a majoração do capital sócia já havia sido debatida pelos acionistas.

Mercê das alegações das apeladas, extrai-se do dispositivo legal transcrito que a retenção da parcela do lucro líquido está, efetivamente, condicionada à prévia existência de orçamento de capital, elaborado pelo órgão de administração da companhia.

Tal orçamento específico deve vir acompanhado de esclarecimentos e justificativas para convencer os acionistas votantes, tais como cronograma detalhado das diversas etapas do investimento, discriminação minuciosa das origens e custo dos recursos, assim como diversas aplicações, estimativas dos recursos a serem empregados na execução dos negócios e eventuais comprometimentos de lucros futuros.

Nesse diapasão, ainda que os apelantes estivessem presentes no conclave onde aprovado o aumento do capital social, não alija nem pode suprimir a necessidade da existência de um orçamento de capital, máxime porque os autores são acionistas minoritários.

Destarte, a deliberação sobre a retenção de parcela do lucro, efetivamente, não preenche os requisitos legais, porquanto ausente a apresentação de orçamento de capital com justificativa para tal proposta.

Ressalte-se que a assertiva dos réus, no sentido



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de que essa obrigação (apresentação do orçamento de capital) seria dispensável, por não haver retenção de lucros além dos limites legais, restou ilhada de provas.

16

Descabida eventual alegação de que a nulidade teria sido sanada ante a presença dos autores no conclave.

É direito essencial e básico, inerente ao acionista minoritário participar dos lucros sociais. É motivo pelo qual emprega suas economias.

Ou, por outra colocação, o direito à participação dos lucros dos sócios minoritários é inderrogável, de ordem pública, que somente pode ser relativizado por autorização legal, desde que presentes circunstâncias pertinentes e justificadas pela Companhia.

Norma Parente assim observou: “A lei não admite sejam constituídas reservas genéricas, indiscriminadas, em volume indeterminado, sem causa, destinação ou finalidade específica, aleatórias, que visem exclusivamente colocar à disposição da sociedade lucros que não se quer distribuir ou que escondam objetivos que possam lesar o interesse dos acionistas no seu direito de participação dos lucros sociais. Há um princípio de ética financeira a ser observado, quando se decide reter lucros ao invés de distribuí-los, qual seja o de esclarecer ao acionista o motivo da retenção, justificando, ao mesmo tempo, as vantagens que ela possa proporcionar, a ele e à companhia” (Excerto extraído da obra *Retenção de Lucros sem Abusos*, citado pelo douto desembargador, Carlos Alberto Garbi, Agravo de Instrumento n. 2077618-65.2015.8.26.0000, j. 15 de junho de 2015).

Bem por isso, ainda que haja previsão



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estatutária quanto à retenção de parcela de lucros pela companhia, não é suficiente a aprovação pela maioria absoluta da assembleia geral para que tal mecanismo seja

17

acionado. Pois, existindo lucro, deve ser distribuído aos destinatários legalmente previstos.

Segundo Nelson Eizirik, *“A Lei das S.A., a fim de evitar que os acionistas minoritários tenham lesado o seu direito de receber dividendos, é rigorosa na destinação dos lucros, impedindo que a sua retenção ocorra de forma aleatória, sem uma finalidade específica e sem limitação de valor (in A Lei das S/A Comentada, Ed. Quartier Latin, 2011, pág. 62).*

De resto, pelo pormenorizado estudo envolvendo a questão, pelo douto Desembargador Carlos Alberto Garbi, transcreve-se ainda outro trecho do julgado:

“A proteção ao acionista da companhia é plenamente justificada, como explica FRAN MARTINS: “Como acentua Ascarelli, o lucro constitui elemento imanente ao contrato da sociedade. A retenção arbitrária dos lucros colide com o impostergável direito do acionista em receber dividendos. Sem regramento legal específico, pode a maioria compelir a minoria a ceder suas ações por valores ínfimos ou mesmo simplesmente nominais, em correspondente enriquecimento indébito da maioria controladora [...] Destarte, a regras da lei atual vêm por termo ao arbítrio atribuído por alguns à administração da companhia, que implicava em verdadeiro abuso de exercício de poderes para empolgar a pecúnia alheia, sem devidamente remunerá-la” [Comentários à Lei das S.A, Ed. Forense, 1.978, p. 703/ 704].”

“E vale novamente a citação de PEDRO A. BATISTA MARTINS: “Apesar de direito essencial, inderrogável, este caracteriza-se por sua renunciabilidade. Pode a maioria, em determinadas situações, - desde que plenamente justificadas de forma conscienciosa e em benefício da sociedade, sacrificar direito da minoria e abdicar a parte do resultado da empresa que faria jus. Note-se que o interesse social é o fator preponderante a justificar a não distribuição dos lucros sobre pena de caracterizar-se o abuso de direito ou desvio de poder (expressão esta preferida por alguns estudiosos),

18



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pela privação indevida dos acionistas minoritários aos lucros existentes” [op. cit., p. 128].”

Essa última hipótese, à toda evidência, não se enquadra no caso em testilha, porquanto não houve, de um lado, justificativa para a retenção dos lucros; e, de outro, não houve prévio orçamento de capital, a fundamentar tal medida, em prejuízo dos acionistas minoritários.

Isto é, não houve demonstração prévia, por intermédio de documentos e análises contábeis, da necessidade e/ou utilidade da retenção de parte dos lucros em benefício da sociedade, e em detrimento dos autores.

Eis que, ainda consoante o ilustrado desembargador Carlos Alberto Garbi, *não basta seja indicada a retenção para investimentos, pesquisa e desenvolvimento da companhia, (...). não é suficiente, para justificar a relativização do direito essencial do acionista à divisão dos lucros, a capitalização para financiamento próprio, a manutenção de reservas contra oscilação do mercado e contra a desvalorização do real frente ao dólar americano, como indica genericamente a agravante em suas razões recursais. A sociedade anônima que pretende reter parcial dos lucros deve necessariamente apresentar projeto constando orçamento de capital no qual conste os empreendimentos futuros que pretende sejam implantados com o uso do dinheiro ou deve obrigatoriamente apresentar demonstração econômicofinanceira da companhia na qual se verifique a efetiva e concreta necessidade de capitalização.”*

Marcelo Tadeu Cometti (in
www.dominipublico.gov.br, pág. 72, acessado em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

04/07/2015), em sua tese de mestrado denominada “O Direito dos Acionistas de Participar nos Lucros Sociais”, observou:

“O autofinanciamento das empresas, mediante a reaplicação de seus resultados positivos, tornase, a bem dizer, excepcional, no regime vigente e somente se fará por referência a um orçamento de capital previamente aprovado pelos acionistas (...). Observa-se que a retenção dos lucros somente será válida quando destinada a atender orçamento de capital previamente aprovado pela assembleia geral. O orçamento de capital com a justificativa da retenção de lucros proposta deverão compreender todas as fontes de recursos e aplicações de capital, fixo e circulante (...) Esse orçamento deverá ser elaborado com toda a fundamentação econômico-financeira possível, com o objetivo de demonstrar inequivocamente que os recursos correspondentes à parcela de lucro retida serão, de fato, aplicados como previstos no orçamento de capital” (realce que não consta no original)

Em síntese, como os apelados não providenciaram o orçamento de capital, com a motivação e justificação da retenção da parcela dos lucros do acionista minoritário, não há como convalidar o conclave ora impugnado.

Ressalte-se que o fato de a Companhia estar retendo parcela dos lucros desde 2002 é questão discutida nos presentes autos, consoante se extrai do pedido deduzido na inicial.

De toda forma, as deliberações levadas a efeito no âmbito da AGE presentemente impugnada devem ser declaradas insubsistentes, motivo pelo qual deverá ser realizada nova Assembleia Geral Extraordinária, desde que convocada regularmente, e precedida da apresentação do projeto de financiamento, do orçamento de capital, e dos

20

documentos comprobatórios da necessidade de aumento do capital social e das justificativas de distribuição de lucros.

Descabida, com efeito, a responsabilização dos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

réus na indenização dos acionistas pelos dividendos que não receberam, porquanto tal verificação depende de elementos contábeis, que devem ser verificados no âmbito administrativo da própria Companhia, com a ressalva da possibilidade de novo exame jurisdicional da validade eventual deliberação contrária à lei.

Convém consignar não incidir a presente decisão em julgamento *ultra, extra* ou *citra petita*. Pois, conquanto nula a assembleia, não há como responsabilizar, por ora, os réus, ante a ausência de dados concretos, que serão apurados em sede administrativa, como acima mencionada.

Por derradeiro, o apelo do corréu, xxxxxxxxxxxx, objetivando a majoração da verba honorária, resta prejudicado, ante o acolhimento parcial do apelo dos autores.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, PARA ANULAR A ASSEMBLEIA, AFASTAR A PRETENSÃO INDENIZATÓRIA, RESTANDO CARACTERIZADA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.**

RAMON MATEO JUNIOR

Relator