

74



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

123

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0217635-30.2011.8.26.0000/50000, da Comarca de Itu, em que é embargante JADANGIL PARTICIPAÇÕES E REPRESENTAÇÕES LTDA sendo embargado ALEXANDRE SHINCARIOL.

ACORDAM, em Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM OS EMBARGOS. V.U. PARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE O 2. JUIZ.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROMEU RICUPERO (Presidente sem voto), PEREIRA CALÇAS E JOSÉ REYNALDO.

São Paulo, 8 de novembro de 2011.

ENIO ZULIANI
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 22765 a

EMB. DE DECLARAÇÃO Nº 0217635-30.2011.8.26.0000/50000.

COMARCA: ITU

EMBARGANTE: JADANGIL PARTICIPAÇÕES E REPRESENTAÇÕES LTDA

EMBARGADO: ALEXANDRE SCHINCARIOL

Embargos declaratórios rejeitados – Voto condutor que não padece de omissão, dúvida ou contradição (art. 535, I e II, do CPC) – Mantido o resultado de provimento para revogar liminar que permitia aos minoritários, a pretexto de se sentirem prejudicados pelo desrespeito ao direito de preferência na aquisição do controle acionário da Schincariol, a administração exclusiva da companhia sem contraprestação – O não depósito do preço pago pela Kirin (R\$ 3,9 bi) inviabiliza medida acautelatória.

Vistos.

O Tribunal deliberou julgar os embargos declaratórios, embora tenha sido exibida quando do pregrão e sem a devida petição subscrita por advogado autorizado, cópia da decisão que homologou o acordo que as partes informaram ter ocorrido, com conseqüente extinção do processo. Como não há sentido oficial na juntada do documento, persiste o elemento incerteza sobre o fim do processo principal e isso justifica prosseguir, até para que não parem dúvidas sobre o que foi decidido anteriormente.

JADANGIL PARTICIPAÇÕES E REPRESENTAÇÕES LTDA.
opõe embargos declaratórios contra acórdão assim ementado:

Caso da Schincariol – Negócio de transferência do controle acionário da controladora pela holding e que violaria direito de preferência estabelecido em benefício dos demais sócios (intuitu personae) – Embora exista a preempção não parece ajustado,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

diante da celebração do negócio, suspender a eficácia do ato sem que a parte que se diz prejudicada deposite o preço integral ou aquele considera justo (suposto ágio) – Ponderação que obriga entender como mais razoável para as partes e à sociedade a continuidade da transformação social – Provimento para revogar a liminar, comunicando ao Juízo de Primeiro Grau e à JUCESP para os devidos fins.

Os embargos (de 49 laudas) visam suprir omissões, contradições e busca, como desiderato, o não conhecimento do agravo ou que se restabeleça a liminar e, na pior das hipóteses, que se dê alguma providência acautelária para manter o equilíbrio na preservação da estrutura societária e administração. Reproduz-se o que foi escrito quando do julgamento dos embargos 0201294-26.2011.8.26.0000, devido a similitude das questões. Sobre a convocação de AGE visando destituir a atual diretoria (fls. 2554), não cabe ao Tribunal qualquer intervenção, como se verá na fundamentação que segue.

O Tribunal conheceu e julgou o recurso de agravo, o que significa a rejeição implícita da preliminar que agora é empregada para imputar omissão ao voto condutor, sendo que nada se escreveu devido ao absurdo da fundamentação (falta de impugnação específica). O agravo está centrado na inadmissibilidade da liminar e, evidentemente, o recurso, recheado de razões que a parte introduz como argumentos jurídicos, implica, necessariamente, na revogação completa do despacho agravado. E foi o que ocorreu, sem que se possa cogitar de ofensa aos arts. 128 e 460, do CPC. O Acórdão não possui omissão alguma.

O recorrente não entendeu os motivos da decisão e certamente isso decorre de alguma falha do relator em exteriorizar a convicção da Turma Julgadora, o que não induz redimensionamento das palavras utilizadas no voto condutor e, notadamente, o veredito. O art. 535, I e II, do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CPC, não incide porque não há omissão, dúvida ou contrariedade, devendo ser registrado ser de boa técnica fazer uso de linguagem prudente (sem avançar juízos definitivos ou concludentes sobre as matérias controvertidas) porque está sendo valorada a preservação (ou revogação) de uma liminar diante da verossimilhança do direito (art. 273, do CPC) ou da probabilidade (art. 798, do CPC), valores que estão ligados ao periculum in mora. E o Tribunal não se exime do dever de ponderar os efeitos da decisão de Primeiro Grau, avaliando se as consequências da suspensão do negócio estariam de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (colisão de direitos), sendo que nesse mister não estão as partes com o poder de impor limites, ainda que os advogados tenham habilidades específicas em criar estratégias jurídicas de blindagem. A jurisdição, quanto a esse aspecto, é exercida livre de freios, sem o que não se cumpre a missão institucional do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

A recorrente cita o art. 422, do CC e diz que foi traída pela confiança depositada na decisão de Primeiro Grau (que a teria dispensado do depósito) e cumpre afirmar que se isso efetivamente se sucedeu, cometeu o recorrente erro imperdoável, cuja responsabilidade é indelegável, mormente quando se busca transferir algum comprometimento aos integrantes da Turma Julgadora. No plano hierárquico da jurisdição, as categorias, pela competência e supremacia das decisões, são superpostas e ninguém desconhece que decisões de Primeiro Grau são provisórias e emergenciais, de modo que não são potencialmente capazes de induzir a parte a deixar de tomar uma providência que o direito material obriga que se faça com preemência. A culpa não é do Juiz, mas, sim, da parte que não realiza o depósito e isso é inderrogável. Não existe segurança jurídica alguma com decisão favorável de Primeiro Grau, de modo que a revogação *in totum*, com base na falta de depósito, significa que não deveria ser deferida a liminar e muito menos dispensada a parte do dever que lhe incumbe e que constitui a essência do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

direito discutido.

A leitura da clássica dissertação de concurso de MÁRIO NEVES BAPTISTA (*O pacto de preempção e o terceiro adquirente de má-fé*, Recife, Imprensa Industrial, 1948) estimula meditar sobre diversos pontos da questão posta e, ao final das reflexões, a segurança persiste inabalável. Admite-se que a vultosa quantia a ser depositada reclama a concessão de um prazo (não elástico) para que o preferente possa deliberar sobre o assunto e conseguir o capital necessário (ob.cit., p. 82), o que não convenceu da legalidade de se conferir prazo para a recorrente. Também a obra (p. 58) corrobora a posição de que o preço poderia ser estipulado até por terceiro, caso designado no estatuto (o que não existe na Schincariol) e tudo encaminha para a certeza de que não é possível alterar o valor do contrato, quer para reduzir o quantum ou para conferir dilação probatória (complexa e demorada) para medir o eventual desajuste do valor.

MÁRIO NEVES BAPTISTA concluiu que o pacto de preferência outorga um direito real (o que é controvertido) e de forma inédita e inigualável considera que constitui uma promessa de contratar, anotando que o desrespeito oferece ao preemptor a escolha entre a ação de perdas e danos e a execução para haver a coisa contra o terceiro adquirente, desde que “pague o preço” (ob. cit., p. 110).

O resultado (“provimento”) foi decidido em virtude de não existir um direito verossímil à nulidade do negócio, apesar de constar do estatuto da empresa a sanção de nulidade pela inobservância do direito de preferência. O Tribunal evitou avançar no estudo dessa matéria para evitar especulações de pré-julgamento, sendo que os embargos acusam o voto de omissão, apontando violação do art. 93, IX, da CF, o que obriga mencionar os



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fundamentos. As ações constituem patrimônio da empresa que cedeu o controle acionário e não teria sentido, no contexto em que realizada a transferência, imaginar que uma cláusula obsoleta e inútil pudesse servir para embaraçar, restringir ou cercear o direito de propriedade (art. 5º, XXII, da Constituição Federal). A recorrente pretendeu, com a amplitude das ações ajuizadas, asfixiar as chances do controlador e impor a ele uma eterna submissão a um planejamento familiar que sequer oferece a conversa franca entre parentes sobre destino da empresa, o que constitui verdadeiro abuso de direito (art. 187, do CC).

A figura do abuso de direito reclama, para sua boa incidência, de análise corajosa e livre das formalidades ou da literalidade da cláusula estatutária, pois se não foram liberadas as amarras impostas por regras que foram boas para tempos harmoniosos entre os parentes, jamais se saberá o que é admissível aos acionistas e o que não o é. São outros ares e concepções de um mercado globalizado, com uma concorrência acirrada, em que o espaço para acertos familiares é bem restrito, de modo que o propósito de invalidar o negócio por uma preempção que não se exerce contraria o fim social e econômico do direito de negociar as ações.

Chamou atenção o fato de a negociação não ter provocado prejuízo social, ou pelo menos não se fazer prova do dano para a sociedade e sequer os acionistas podem se queixar da cessão, pois poderiam exercer o direito de preferência, mediante o depósito, o que não se fez. Os fins (ou objetivos) da sociedade são contribuições para a manutenção do capital social e atividades visando lucros e não há perigo para tais projeções, o que impede que se avenge em ofensa a direito adquirido (sob pena de nulidade). O direito da recorrente (e dos seus sócios) é o de manter o desenvolvimento lucrativo do empreendimento, pois esse é o direito que decorre da titularidade das ações.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não há direito adquirido em impedir que os demais acionistas cedam suas ações e para que não sofram prejuízos estão garantidos pelo direito de preferência, que somente é exercitável mediante depósito do preço pago. Não existe ofensa ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Outra obra digna de leitura é que GLADSTON MAMEDE e EDUARDA COTTA MAMEDE escreveram (*Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*, 2ª edição, Atlas, 2011), por conceder oportunidade de verificar que no capítulo constituição da holding por sociedade de ações, foi aventado o seguinte (p. 93):

“Essa realidade acaba por impactar a holding, quando constituída sob a forma de sociedade anônima ou sociedade em comandita por ações. O primeiro grande impacto está na natureza intuitu pecuniae das sociedades por ações, ou seja, na compreensão legal de que a cessão livre é um elemento que compõe a essência das ações, o ponto de serem restritos os casos de recesso (retirada da sociedade): o acionista que deseja sair da sociedade deve alienar suas ações, permitindo que outrem assumo o ônus do investimento, visando ao bônus correspondente: os lucros. Quando a companhia é constituída para albergar uma holding, torna-se indispensável colocar cláusulas no estatuto social que mitiguem o risco de desfazer o controle familiar sobre as participações societárias. Não se pode, pura e simplesmente, proibir a cessão das ações ou a necessidade de aprovação dessa cessão pela maioria (simples, absoluta ou qualificada) dos demais acionistas, se são mantidas as restrições legais ao direito de recesso. Criar-se-ia uma hipótese de abuso de direito, que o art. 187 do Código Civil considera um ato ilícito. Afinal, sem poder alienar livremente, pelo melhor preço, e sem poder liquidar sua participação societária, a ação estaria esvaziada de seus principais atributos econômicos e sociais. A solução é criar um direito de preferência, nas mesmas condições oferecidas pelo terceiro, ou, alternativamente, estipular o direito de recesso, inda que vinculado ao pagamento do valor das ações em dinheiro



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(preservando o acervo societário) e mesmo sendo estipulado prazo e/ou parcelamento, em termos razoáveis, para esse exercício”.

Quem seguir os parágrafos dos Acórdãos que são expedidos no caso Schincariol terá a impressão de que a motivação sempre retorna ao ponto “falta de depósito” e isso constitui a medula que dá estrutura ao resultado declarado. Não aconteceu o pagamento do preço e não acontecerá (pelo menos até o presente momento não se tem notícia da juntada de guia), porque quem deseja a preferência não regateia o valor ou pede prazo, que, aliás, não se insere nas funções judiciárias. O direito de preferência foi violado por razões que são aceitáveis pelas normas de mercado e do dinamismo econômico e não há de ser suposta a má-fé quando os interessados sentem que não há perspectiva de cobertura pelos demais acionistas, sendo essa uma realidade que provoca uma reação positiva, qual seja, a execução do contrato nas mesmas condições ou as perdas e danos (indenização). A recorrente afirma que esperava do Judiciário uma decisão alternativa (chama de subsidiária) e não existe no ordenamento algo que permita que se conduza uma espécie de leilão com alteração de prazos e condições do negócio finalizado com terceiro e para fechar esse pensamento pouco ou nada importa como o litigante insatisfeito inseriu os pedidos na cautelar e tampouco é relevante a decisão de Primeiro Grau.

Cabe transcrever outro tópico do livro de GLADSTON MAMEDE e EDUARDA COTTA MAMEDE (*Holding e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*, 2ª edição, Atlas, 2011, p. 116):

“Para as holdings familiares, o art. 36, da Lei 6404/76 proporciona uma excelente oportunidade jurídica, na medida em que admite ao estatuto da companhia fechada a imposição de limites à circulação de ações. A



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

norma, contudo, exige que essas limitações sejam minuciosamente reguladas e que, ademais, não traduzam, direta ou indiretamente, uma proibição de negociação, o que implicaria retirar do título uma das faculdades próprias de seu caráter patrimonial econômico, além de sujeitar o acionista a uma associação perene (vedade pelo artigo 5º, XX, da Constituição) ou determinar uma situação análoga à expropriação de valores relativos à propriedade da ação (violando o artigo 5º, XXIII, da Constituição). O art. 36 ainda veda que as limitações estatutárias à circulação das ações assumam contorno tal que acabem por sujeitar o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas. Por fim, estabelece que a limitação à circulação, se prevista em alteração estatutária, somente se aplicará às ações cujos titulares com ela expressamente concordarem, o que será averbado no livros de ações nominativas”.

MAMEDE e MAMEDE prosseguem (ob. cit., p. 117):

“Nesse quadro, a situação mais comum é a previsão de um direito de preferência para os próprios acionistas, a quem as ações deverão ser oferecidas primeiro – em igualdade de condições (preço, prazo de pagamento etc.). De qualquer sorte, como em muitos casos se verifica que a cessão das ações, apesar de possível, não é viável, em face das particularidades da própria sociedade, a jurisprudência evoluiu para aceitar a dissolução parcial da companhia, apesar de não haver previsão legal nesse sentido, quando se verifique que a companhia não está atendendo aos interesses legítimos do acionista e a cessão das ações é, na prática, inviável, nomeadamente por tratar de sociedade familiar”.

Cabe, agora, deixar transparente um enunciado que se evitou inscrever no voto condutor tido como omissivo e contraditório: os minoritários pretendem, com a manutenção da liminar, administrar a companhia



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sem qualquer pagamento, alijando os cedentes (que não retornam porque não serão convencidos à devolução de R\$ 3,9 bilhões) e impedindo a cessionária de ingressar, o que constitui um resultado inexplicável e altamente lesivo. A liminar cassada concedeu, na prática, tal desiderato e, por isso, foi dado provimento aos agravos, evitando que o abuso para remediar o desrespeito piorasse o quadro. Não existem regras de processo que possam obstaculizar o conhecimento do recurso e seu acolhimento, lembrando que não cabe ao Judiciário antecipar providências (como sugerido) para amenizar o impacto do ingresso da cessionária, competindo aos interessados as soluções administrativas diante da nova realidade.

Os embargos invocam a lição de KONDER COMPARATO (citado no voto condutor) para denunciar a falta grave de quem descumpre o acordo de acionistas e cumpre anotar que mais grave, no entanto, é a resposta daqueles que se intitulam prejudicados deram ao episódio. Não se nega que o estatuto da companhia foi desrespeitado, o que não constitui, agora, o aspecto preponderante, pois o que cabe decidir é o que fazer ou qual a melhor decisão a ser definida diante de uma ordem jurídica comprometida com a função social do contrato e da empresa produtiva (art. 170, da Constituição Federal). Evidente que conceder à recorrente o poder absoluto do grupo Schincariol, sem contraprestação, não é a solução equilibrada ou justa. A definição da Turma ao revogar a liminar foi a de conservar o contrato e admitir que sócio estrangeiro assumisse a condição de controlador.

Nesse particular procurou a Câmara seguir a diretriz consentânea com a moderna concepção do direito contratual, baseada nas soluções que priorizam o escopo da contratação e não propriamente os interesses individuais, embora não se negue que determinados valores são fundamentais em termos de cumprimento, como o dever de pagar o preço e o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de entregar a coisa. Cabe esclarecer, sobre o tópico instabilidade gerada pela decisão que causa perplexidade (segundo os embargos), que seria praticamente o caos em termos de insegurança jurídica permitir que a minoria, de forma ditatorial, assumisse o controle da Schincariol sem oferecer a contrapartida para essa vantagem que nunca existiu. E o pior: tudo sem qualquer apreço ao vultoso montante pago pela Kirin ou procedendo como se não existisse esse aspecto do direito. A nulidade que se apregoa e que não se impõe por decreto ou cláusula estatutária, não é alvissareira para a companhia, mas, sim, vantajosa aos minoritários e essa é a razão de não se aceitar, *prima facie*, a tese de nulidade de pleno direito. Cuida-se de abolir uma espécie de enriquecimento sem causa (art. 884, do CC).

A recorrente não deseja compartilhar a sociedade com a cessionária (Kirin) e suscita uma série de fatores que conduziram a uma divergência histórica, o que não convence. É um discurso vazio, como aquele que versa sobre a capacidade de depositar o preço pago e que a todo momento é prometido de acontecer. A Turma Julgadora não possui prova da impossibilidade financeira de ser realizado o depósito e apenas levou em conta uma natural presunção da implausibilidade da cobertura do preço, pois não há indicativos concretos que essa providência se concretizará e o Tribunal não deve responder se existem opções no mercado para que se levante tal capital, porque refoge do âmbito do conhecimento da lide. Os Desembargadores decidiram com fatores objetivos e a certeza de que o depósito não foi realizado, sendo que a ação escolhida buscou criar, por intermédio de filosofias jurídicas teoricamente possíveis, um resultado insustentável, o que não é próprio de um sistema racional.

Para responder a esse questionamento cabe lembrar do célebre estudo de ASCARELLI (*Princípios e problemas das sociedades*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

anônimas, Saraiva, 1945, pgs. 335-378) sobre o contrato plurilateral, quando anota: “A plurilateralidade deste contrato permitirá distinguir os vícios do contrato e os vícios das adesões individuais: estes últimos só influem sobre todo o contrato quando determinam a impossibilidade de consecução do objetivo social”. A figura dos acionistas é indiferente e não há como a recorrente sentir ameaça de discordância de conceitos, fins e projetos pela difícil “sinergia” com estrangeiros quando, pela crise que se instalou no seio da conhecida cervejaria familiar, os primos não se entendem sequer quanto a negociabilidade das ações. Não há consenso com uns ou com os outros e esse é um argumento pueril, data venia.

O Tribunal não vai desenhar cronogramas de como os acionistas deverão agir nessa nova fase e enganam-se aqueles que enxergaram no Acórdão uma “carta branca” para que a Kirin tomasse o controle da companhia. O controle foi transferido por Alexandre e Adriano Schincariol (responsáveis pela Aleadri) e não pelo Judiciário, sendo que não há como estipular regras comportamentais para o controlador que assume a posição definida pela cessão onerosa, cabendo aos interessados solucionarem os conflitos pelas regras legais. Eventual excesso de poder, que ao que parece é o que preocupa a recorrente, é decidido sempre em consideração ao interesse social e não consta que tenha ocorrido ou verificado algum vício de legitimidade, única situação em que se recomenda o controle judicial.

As questões esmiuçadas no longo arrazoado são pertinentes ao julgamento de mérito e não para sustentar uma liminar que ao exame do Tribunal se revelou insustentável, sempre respeitado o entendimento da ilustre Juíza. A revogação da liminar ocorreu pela preservação dos interesses da sociedade e não dos acionistas minoritários que pretendem, sem depósito do preço, o controle exclusivo de um grupo de 21 sociedades e não há



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ofensa ao art. 5º, LV, da CF. O art. 535, I e II, do CPC, não incide e cabe à
recorrente interpor recursos constitucionais.

Ficam os embargos rejeitados.

Assinatura manuscrita em tinta preta, com traços fluidos e uma longa extensão horizontal à esquerda.

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI
Relator



1

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

Embargos de Declaração
nº 0217635-30.2011.8.26.0000/50000

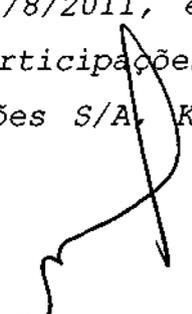
Comarca : Itu - 1ª Vara Cível
Embargante : Jadangil Participações e Representações
Ltda.
Embargado : Alexandre Schincariol
Interessados : Adriano Schincariol e outro; Kirin
Holdings Company Limited e outro

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR Nº 22.329

Ao bem fundamentado voto relatado pelo eminente Desembargador ÊNIO ZULIANI, que acompanhei no julgamento do recurso, e também acompanho destes embargos aclaratórios, acrescento.

Primeiramente, a preliminar de não conhecimento do recurso, sob o argumento de que a recorrente não impugnou os fundamentos da decisão recorrida, não tem qualquer consistência jurídica, "data venia".

Com efeito, o agravo tirado contra a decisão que: "suspendeu a eficácia do Contrato de Compra e Venda de Ações celebrado em 1/8/2011, entre a Kirin Holdings Investments Brasil Participações S/A, atual denominação de Kusuga Participações S/A, Kirin Holdings





2

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

Embargos de Declaração
nº 0217635-30.2011.8.26.0000/50000

Company Ltd., Alexandre Schincariol, Adriano Schincariol e Aleadri-Schini Participações e Representações S/A e de qualquer negócio jurídico que lhe seja derivado ou relacionado, envolvendo a alienação, direta ou indireta, do controle acionário das sociedades do Grupo Schincariol", bem como determinou aos réus que se abstenham de praticar qualquer ato fundado no referido negócio jurídico, sob pena de multa de 100 mil reais para cada infração, determinando ainda a apresentação de toda a documentação relacionada com a operação impugnada, foi improvido.

A embargante afirma que não se examinou a preliminar de não conhecimento do recurso em razão da falta de impugnação dos fundamentos da decisão hostilizada.

Tal alegação não tem qualquer consistência, uma vez que o recurso analisou exaustivamente a decisão guerreada, estando fundamentado em pareceres dos mais renomados comercialistas em atividade no palco forense nacional, sendo evidente o escopo infringencial, objetivo a que não se presta a via dos embargos de declaração. Com o devido respeito, afirmar-se que não houve impugnação num agravo que, além de longos pareceres e farta documentação, é constituído por inúmeros volumes, chega às raias da litigância de má-fé.





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

3

Embargos de Declaração
nº 0217635-30.2011.8.26.0000/50000

Em suma, o artigo 524, inciso II, do Código de Processo Civil, foi exaustivamente observado.

Afasta-se também a assertiva de que houve aditamento das razões recursais, em virtude da juntada de parecer jurídico. Nenhuma proibição há de apresentação de parecer jurídico às vésperas do julgamento de qualquer tipo de recurso. Ademais, a possibilidade de sustentação oral, nos casos em que ela é cabível, também não caracteriza aditamento, inovação ou acréscimo de argumentação.

A afirmativa de que a decisão acolheu o agravo sob o fundamento da indispensabilidade do depósito do valor oferecido pela Kirin, a fim de ser exercido o direito de preferência, matéria a ser discutida exclusivamente no âmbito da ação principal, que ainda não fora proposta quando do ajuizamento da cautelar, também não é de ser suprida.

Não houve, "permissa venia", afronta ao princípio dispositivo e ao da adstrição, inexistindo qualquer maltrato aos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil.

Em rigor, cuidando-se de medida liminar, fundada nos pressupostos do "periculum in mora"



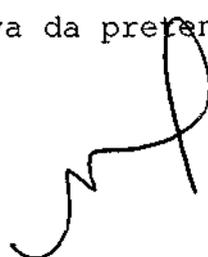
4

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

Embargos de Declaração
nº 0217635-30.2011.8.26.0000/50000

e do "fumus boni iuris", caso se entenda cuidar-se de antecipação de tutela, arrimada na demonstração da verossimilhança do direito ou da probabilidade, indiscutivelmente, requisitos da tutela de urgência, remarcada pela provisoriedade, com cognição restrita aos angustos limites de tal juízo, não poderia o eminente relator, nem este magistrado, fazer qualquer incursão sobre o "meritum causae".

No entanto, na medida em que a ação principal objetivava a declaração de nulidade do negócio jurídico impugnado, consistente na alienação do controle societário, fundada tal pretensão no indiscutível direito de preferência, estatutariamente consagrado, com cominação de invalidade absoluta, exsurge evidente que, para se suspender operação de tal vulto, que envolvia pagamento, já realizado, de cerca de 4 bilhões de reais, era necessária a aferição da extensão da cláusula de preempção, avençada quando a empresa não ostentava a magnitude atual e a "affectio societatis" ainda era realidade. Por isso, a cláusula de primeira oferta e de preferência, pactuada em tempos em que o escopo "intuitu personae" tinha razão de ser, era de ser avaliada sob o enfoque da atual extinção do afeto social. O Tribunal, ao reapreciar a liminar concedida em seara cautelar, não poderia deixar de atentar para a instrumentalidade da decisão a ser prolatada, mercê do que, era mesmo de rigor a apreciação de forma prospectiva da pretensão principal,





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

5

Embargos de Declaração
nº 0217635-30.2011.8.26.0000/50000

seja sob a ótica da aparência do bom direito ou sob o prisma da verossimilhança ou, ainda, do juízo de probabilidade.

Diante disso, o ilustre relator examinou o tema sob o argumento da indigitada violação do direito de preferência e a nulidade postulada, para se decidir sobre a manutenção ou não da decisão que suspendeu os efeitos da transferência do controle, em operação que já resultara no pagamento do valor da ordem de 4 bilhões de reais, que obviamente não poderia ser desconsiderado pela Corte de Justiça. Não se pode olvidar que as decisões judiciais acarretam externalidades que atingem o mercado de ações e de empresas, razão pela qual, a indispensável segurança jurídica impõe ao magistrado, quando examina negócios empresariais como o tratado neste inconformismo, observar os postulados da prudência, da moderação, da cautela, da razoabilidade e da proporcionalidade e, notadamente, da equidade.

Por tais motivos, quando proferi meu voto oral no julgamento dos diversos agravos e acompanhei o festejado Desembargador ÊNIO ZULIANI, tive o cuidado de mencionar que o estatuto social não previa o "Tag Along", imposto às companhias abertas, prevendo, no entanto, o art. 254-A da Lei nº 6.404/76, reintroduzido na Lei das Sociedades Anônimas pela Lei nº 10.303/2001, com a alteração do percentual do prêmio de controle. Na redação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

6

Embargos de Declaração
nº 0217635-30.2011.8.26.0000/50000

original da Lei nº 6.404/76, o preço a ser pago pelas ações de controle seria compulsoriamente estendido às ações dos acionistas minoritários, competindo à Comissão de Valores Mobiliários zelar para ser assegurado tratamento igualitário aos minoritários, mediante simultânea oferta pública para aquisição de ações (art. 254, § 1º). Na redação atual do art. 254-A, a alienação do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle. Nada impediria que tal direito fosse previsto no estatuto da companhia fechada, quando então a inobservância da oferta pública afetaria a validade da alienação do controle.

Porém, como afirmei, não havendo tal previsão, a pretensão de nulidade da alienação do controle, sem observância da primeira oferta e da preferência, ficava fragilizada, em que pese a existência de excelentes pareceres em sentido contrário, da pena brilhante de diversos juristas.

PONTES DE MIRANDA, tratando do direito de preferência previsto no art. 1.139 do Código Bevilacqua, sustenta que: "*É ele 'ius dispositivum', e não 'ius cogens'*",



7

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

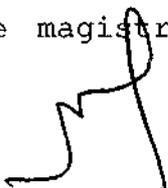
Embargos de Declaração
n° 0217635-30.2011.8.26.0000/50000

pois o seu fundamento é o interesse dos condôminos em que não entre na comunhão quem não lhes agrade, ou o de unidade e consolidação da propriedade". (...) "Se ao condômino foi dado conhecimento da venda, ou da execução, tem de depositar o preço para haver a parte da coisa, ou as partes, que vão ser vendidas ou executadas" (Tratado de Direito Privado, Ed. Borsoi, 2ª edição, Rio de Janeiro, volume 12, p. 48/49).

Na mesma linha é a previsão do art. 27 da Lei de Locações (Lei n° 8.245/91), que, no caso de alienação do imóvel locado, estabelece que o *"locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros"*. Estipula o art. 33 da Lei Locatícia que *"o locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado"*.

Da análise das hipóteses em que nosso ordenamento regulamenta o direito de preempção, constata-se que em todas elas o exercício da preferência tem como pressuposto o depósito do preço pago pelo terceiro, que, por isso, - ao contrário do que sustenta a embargante - não configura condição de procedibilidade, nem condição da ação, mas sim, pressuposto legal para o exercício do direito material da prelação.

Outrossim, deixando de lado a discussão sobre ser ou não o direito de preferência um direito real, não consta a este magistrado que alguém





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

8

Embargos de Declaração
nº 0217635-30.2011.8.26.0000/50000

sustente na doutrina que a violação do direito de preferência acarrete a nulidade ou anulação do negócio jurídico violador da preempção. Em rigor, quando não se observa a preferência prevista na lei ou em contrato, o negócio jurídico que a desrespeita não deve ser aferido no campo da validade, mas sim, da eficácia, conforme conhecida lição de Pontes de Miranda e de Junqueira de Azevedo.

Conhecida a vetusta ensinança de PONTES DE MIRANDA: *"Se a pessoa que teria de comunicar o negócio jurídico futuro, não o fez, ou o fez, porém não aguardou que transcorresse o prazo, o direito de preferência está incólume. A ineficácia relativa permite que o titular do direito de preferência o exerça com o depósito da quantia. O princípio é comum a todos os direitos de preferência".* (grifei) (Tratado de Direito Privado, Ed. Borsoi, vol. 40, pgs. 268/269).

Por isso mesmo, ratifiquei integralmente a assertiva do Des. ÊNIO ZULIANI, ao refutar a alegação dos embargos de declaração no sentido de que fora dispensada do depósito do preço pela MM. Juíza de primeiro grau, haja vista a marca da provisoriedade das decisões singulares dos Juízes, podendo o Tribunal de Justiça, ao apreciar os recursos de sua competência, revogar totalmente tais decisões com base nos fundamentos jurídicos e legais que entender aplicáveis à situação fática. Competia aos agravados, que se sentiram afrontados no direito de preempção para a





9

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

Embargos de Declaração
nº 0217635-30.2011.8.26.0000/50000

aquisição do controle da Schincariol, efetuar o depósito do preço pago pela adquirente Kirin, a fim de buscar a ineficácia relativa da alienação do controle da companhia.

Não se há de reconhecer, como afirmado nas razões dos embargos, vulneração ao princípio dispositivo ou ao da adstrição, e, muito menos, na caracterização do vício "ultra" ou "extra petita".

O pedido dos agravantes consistiu na revogação da decisão de primeiro grau que suspendeu a eficácia da alienação do controle da companhia Schincariol, sob o fundamento de inobservância do direito de preferência. Esta Corte de Justiça deu provimento ao agravo, reconhecendo, de forma expressa, o direito estatutário de preempção dos acionistas minoritários, mas, por seu turno, proclamou que a ineficácia (e não nulidade) do negócio impugnado só poderia ser pleiteada mediante o depósito do preço já pago pelos alienantes, que, no escólio de PONTES DE MIRANDA, "*é princípio comum a todos os direitos de preferência*". O fato de o Juízo de Itu, equivocadamente, "data venia", ter dispensado a embargante do depósito, não consiste impedimento de o Tribunal de Justiça julgar que o depósito do preço é pressuposto do exercício do direito de prelação.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

10

Embargos de Declaração
nº 0217635-30.2011.8.26.0000/50000

Anote-se, ademais, que, ao contrário do que sustenta a embargante, não incide na espécie a Súmula Vinculante nº 28 do Excelso Supremo Tribunal Federal, cuja ementa proclama: "*É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretende discutir a exigibilidade de crédito tributário*". A situação fática é completamente diversa. A embargante pretende seja reconhecido seu direito de preferência na aquisição do controle acionário da companhia Schincariol e, em medida cautelar, pediu e obteve a suspensão da alienação feita à Kirin, com preço de 4 bilhões de reais já depositado. Ora, a exigência do depósito não impede o acesso à tutela jurisdicional, mas apenas é colocada como requisito para a concessão da liminar ou tutela antecipada suspensiva dos efeitos do negócio hostilizado.

Por fim, cumpre ressaltar que em se tratando de sociedade por ações, mesmo constituída como companhia fechada e originariamente formada por membros da família Schincariol, vale dizer, "familiar" inegavelmente, diante das proporções do litígio retratado nos autos, não se vislumbra mais qualquer resquício de "affectio societatis", pelo contrário - a animosidade entre os acionistas exsurge com clareza de doer os olhos -, em hipótese nenhuma poder-se-ia deixar de aplicar o princípio da livre negociabilidade das ações, pois, o próprio artigo 36 da Lei nº 6.404/76, ad permitir que o estatuto da companhia fechada imponha limitações à



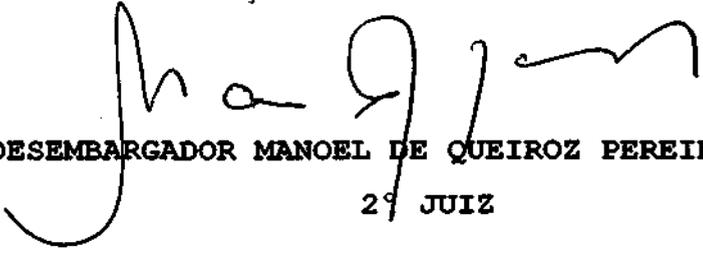
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

11

Embargos de Declaração
nº 0217635-30.2011.8.26.0000/50000

circulação das ações, exige que tais restrições sejam minuciosamente reguladas e não impeçam a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas. "A fortiori", também não podem os controladores ficarem sujeitos à tirania dos minoritários que, sem depositar o preço pago pelo adquirente, insistem no exercício da preempção estatutária.

No mais, com os acréscimos acima explicitados, acompanho na íntegra o belo voto que o ilustrado relator lançou no julgamento do agravo e nos embargos de declaração.


DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS

2º JUIZ