

devesse obrigatoriamente ser pago aos acionistas, limitando-se a atribuir à assembléia geral ordinária o poder de fixar "a porcentagem do dividendo a distribuir-se anualmente" (art. 7.º).

Pela reforma estatutária aprovada em 18.03.1952, foi alterada a primitiva redação do art. 7.º dos estatutos sociais, para neles introduzir norma disciplinando o pagamento de dividendo obrigatório com a seguinte redação: "Art. 7.º Ao tomar conhecimento do balanço anual, a assembléia geral ordinária, além do fundo de reserva legal (5%), poderá criar outros fundos, determinar a suspensão dos lucros em contas especiais, assim como, depois de assegurar aos acionistas *um dividendo mínimo de 6% sobre o capital*, poderá fixar a porcentagem sobre os lucros líquidos a ser distribuída à diretoria, como bonificação".

Finalmente, ao ensejo da adaptação dos estatutos às disposições da nova Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404, de 15.12.1976), a assembléia geral extraordinária reunida em 24.01.1978 deliberou alterar a regra sobre o dividendo obrigatório, que passou a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 9.º (...)

"§ 1.º Do lucro líquido do exercício, 5% serão aplicados antes de qualquer outra destinação, na constituição da reserva legal, que não excederá de 20% do capital social.

"§ 2.º Feita a dedução acima, 6% do lucro líquido serão destinados à distribuição do dividendo mínimo obrigatório aos acionistas."

2. Dessa deliberação dissentiram, ou dissidiaram, os acionistas J. I. D. M., F. A. M., F. A. M. N. e V. E. M., que, convém ressaltar, não compreenderam àquela assembléia. Sua dissidência foi manifestada em carta dirigida à consulente, na qual expressaram a vontade de retirar-se da sociedade e declararam a razão de sua discordância, nos seguintes termos: "... vêm, tempestivamente, à presença de V. Sas. para, de acordo com o que dispõem o § 4.º do art. 296 e os arts. 45, e seus §§, e 137 e seus §§, todos da Lei 6.404/76, exercitar o seu *direito de retirada*, já que não concordam com a fixação do dividendo obrigatório em valor inferior ao mínimo legal (§ 2.º do art. 202 da citada lei), como constou do § 2.º do art. 9.º da nova redação dada e aprovada pela mencionada assembléia geral extraordinária de 24.01.1978."

#### 4

### CONSULTA E PARECER

#### CONTEÚDO DA CAUSA DE PEDIR<sup>1</sup>

*Alteração no curso do processo, implicando alteração da pretensão ajustada - Ocorrência após o saneamento do feito - Inadmissibilidade mesmo com a concordância da parte contrária - Sentença, não obstante, proferida - Nulidade - Ressalva do disposto no art. 249, § 2.º, do CPC - Aplicação de seus arts. 128, 264, parágrafo único, e 301, § 2.º*

SUMÁRIO: A. CONSULTA: B. PARECER: 1. Introdução: da colocação do problema - 2. Do direito de retirada - 3. Deliberações sobre dividendo obrigatório e correspondentes direitos de retirada. O caso da consulta - 4. Transposição do problema para o plano do Direito Processual - 5. Do conteúdo da causa de pedir - 6. Ação para retirada do sócio, objeto e causa - 7. Da *causa petendi* no caso da consulta e da sua alteração - 8. Conclusão.

#### A. CONSULTA

Por intermédio de seus ilustres advogados, Drs. Décio Policastro e José Theodoro Alves de Araújo, a Cia. Industrial e Mercantil F. M. nos faz a honra de, a propósito de questões processuais suscitadas na ação que lhe é movida por J. I. D. M. e outros<sup>4</sup>, formular a seguinte consulta.

1. A consulente é uma companhia resultante da transformação em sociedade anônima da antiga F. M. & Cia. Ltda., operada pela escritura pública de 11.03.1946, na qual os então sócios, além dos demais atos concernentes à transformação, aprovaram os primeiros estatutos da nova sociedade, que recebeu a denominação de "Cia. Industrial e Mercantil F. M.". Esses estatutos não previam a determinação de dividendo que

<sup>1</sup> *Conteúdo da causa de pedir*, "in" RJI, vol. 564, p. 41, outubro de 1982.

Por esse motivo, pela mesma carta, os citados acionistas notificaram a consulete para, "no prazo de 48 horas, efetuar o pagamento da parcela correspondente a 80% do reembolso, bem como providenciar o levantamento do balanço especial, para liquidação do saldo a ser apurado, sob pena de ser promovida a competente medida judicial...".

Não atendida sua pretensão, aqueles acionistas reiteraram a notificação e, finalmente, como não vissem satisfeito seu pedido, passaram às vias judiciais.

3. Assim foi que propuseram a ação distribuída à 6.ª Vara Cível desta Capital, na qual pediram fosse a consulete "condenada ao pagamento do *reembolso* das ações de que os autores são titulares diretamente, e que correspondem a 24% do capital social...".

O pedido veio fundado no direito de retirada assegurado pelos arts. 296, 45, e §§, e 137 da Lei 6.404/76 ao acionista dissidente da fixação do dividendo obrigatório em valor inferior ao mínimo legal, definido no art. 202, § 2.º, da citada lei.

Para maior precisão, convém reproduzir, no que tange à determinação da *causa petendi*, os termos da petição inicial:

"...2. No dia 11.04.1978, os autores, não concordando com as deliberações emanadas da assembléia geral extraordinária realizada em 24.01.1978, ... enviaram à ré ... uma carta comunicando a sua *dissidência*, fundamentada tal dissidência no que dispõem os arts. 296, 45, e §§, e 137, e §§, todos da atual Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), exercitando, destarte, o seu *direito de retirada*, uma vez que não concordaram com a fixação do dividendo obrigatório em valor inferior ao mínimo legal (§ 2.º do art. 202 da Lei 6.404/76), como constou do § 2.º do art. 9.º da nova redação dada ao estatuto social, aprovada pela mencionada assembléia geral extraordinária de 24.01.1978.

"3. Em face da dissidência formalizada tempestivamente, os autores solicitaram à ré que, nos termos das já citadas disposições legais, efetuassem o levantamento de um *balanço especial*...

"Ainda, nos termos da lei vigente, os autores solicitaram fosse efetuado, de imediato, o pagamento correspondente a 80% do valor do reembolso devido...

"Apesar de a ré ter recebido essa carta-notificação, em data de 13.04.1978, não cumpriu, como lhe competia, os preceitos legais."

4. Citada, a consulete ofereceu resposta à demanda, na qual, ao lado de outras impugnações, contestou o pretendido direito de retirada, alegando, em resumo, que o direito de retirada assegurado aos acionistas dissidentes da deliberação que fixa o dividendo obrigatório em porcentagem inferior ao mínimo legal, previsto no § 2.º do art. 202 da Lei das Sociedades por Ações, pressupõe a hipótese — inócurrenente no caso — de os estatutos sociais vigentes na data da lei não conterem norma sobre o pagamento de dividendo obrigatório.

Manifestou, ainda, sua estranheza diante do fato de haverem os autores "omitido propositalmente a assembléia geral extraordinária de 18.03.1952, que deu nova redação ao art. 7.º do estatuto social", para nele introduzir norma relativa ao pagamento do dividendo obrigatório, norma, essa, cuja existência excluía a incidência do art. 296, § 4.º, da citada lei (na qual arrimavam os autores o seu direito de recesso) e que pressupunha a hipótese de *introdução* de norma nova, e não a *alteração* de norma antiga.

5. Replicaram os autores, esclarecendo que, de fato, "dessa assembléia... não tinham conhecimento e nem dela participaram (como se pode ver a fls., parte final, da primeira coluna, onde estão os nomes dos participantes da assembléia)".

Dando-se conta, porém, de que este desconhecimento, ao mesmo tempo em que esclarecia as razões do erro em que incidiram, inviabilizava a sua pretensão, tal como deduzida na inicial, apressaram-se os autores em acrescentar que a dissidência persistia e que "essa ata da assembléia geral de 18.03.1952, ao reverso do que pretende a ré, vem confirmar as razões da dissidência".

As razões da dissidência, no entanto, passavam a ser já não mais a fixação do dividendo obrigatório em porcentagem inferior ao mínimo legal, mas, sim, as "notórias divergências entre o texto (do estatuto) anterior e o atual", de vez que, pelo primeiro, a porcentagem incidiria sobre o valor do *capital e*, pelo novo, incidiria sobre os *lucros líquidos*.

6. Essa mudança do motivo da dissidência ganhou corpo ao longo do processo, timidamente a princípio, mas declaradamente a final. No memorial de razões finais dos autores, o fundamento legal da pretensão

já passou a ser o art. 137, c/c o art. 136, IV, da Lei das Sociedades por Ações, que toma como hipótese a alteração de norma antiga, e não introdução de norma nova sobre o dividendo obrigatório.

7. A alteração da demanda no curso do processo foi reiteradamente denunciada pela consulente, mas sem sucesso.

Afirmando que “simples mudança de fato na sustentação dos fundamentos da ação não constitui alteração do pedido” e assinalando “que o texto do art. 264 do CPC não exclui os aforismos *da mihi factum, dabo tibi jus, jura novit curia*, concluiu a sentença que o “juiz aplica o Direito ao fato, ainda que aquele não tenha sido invocado”, e, por isso, cabível era a introdução introduzida no processo.

No mérito, afirmou a sentença que “a simples leitura das regras (estatutárias) relativas à fixação do dividendo obrigatório demonstra de forma absolutamente clara a ocorrência da hipótese do art. 136, IV, da Lei 6.404”. E concluiu: “É o quanto basta para que se reconheça, aos autores, o direito de retirada, mostrando-se irrelevantes todas as demais questões agitadas pela ré”.

Por isto foi julgada procedente a ação, o que enseja a formulação dos seguintes quesitos:

1.º A mudança do motivo da dissidência importou alteração da causa de pedir?

2.º Em caso afirmativo, quais as consequências processuais desta alteração? Seria nula a sentença?

A consulta se fez acompanhar de cópias das peças do processo nela mencionadas.

Passamos a responder.

## B. PARECER

### 1. Introdução: da colocação do problema

1.1. Consoante resulta do confronto entre os termos da petição inicial e os da sentença, embora mantida a identidade do objeto do pedido (condenação da ré no reembolso do valor das ações), são palpáveis, ostensivas, mesmo, as discrepâncias entre os motivos da dissidência afir-

mados na inicial e as razões da dissidência acolhidas pela sentença. A própria sentença não foge a confirmá-lo; ao contrário, anunciou-o abertamente e teve, mesmo, a preocupação de justificar a admissibilidade dessa discrepância.

Pareceu ao juiz que, não obstante a variação dos motivos da dissidência, o fundamento jurídico do pedido, individualizado no *direito de retirada*, continuava o mesmo.

Assim lhe pareceu por duas razões: primeiro por entender que a variação havida no plano dos fatos não incidia sobre os fatos constitutivos do direito feito valer, ficando restrita aos argumentos expendidos “na sustentação dos fundamentos da ação”; e, em segundo lugar, por julgar que a mudança da indicação da norma legal não importava alteração do fundamento jurídico do pedido, sendo aplicáveis os aforismos *da mihi factum, dabo tibi jus e jura novit curia*.

1.2. Diante deste quadro, a questão que por primeiro se coloca é a de saber se a identidade do fundamento jurídico do pedido, individualizado pelos autores no *direito de retirada*, resiste à mudança do motivo da dissidência, de sorte que, não obstante tal alteração, o direito de retirada continue o mesmo, sendo indiferente a invocação desta ou daquela norma legal; ou se, ao contrário, a alteração dos motivos da dissidência quebra a identidade do fundamento jurídico do pedido, que passaria a ser *outro direito de retirada*, sendo a variação da norma legal o sintoma mais evidente de que teria havido alteração, não só do artigo de lei mas, sim, do próprio fundamento jurídico do pedido, que com ele não se confunde.

1.3. Essa indagação é relevante porque sobre um mesmo objeto e com o mesmo *nomen juris* pode existir mais de um direito e, neste caso, importa saber quais os elementos por cujo intermédio é possível distinguir um direito de outro, inobstante a identidade de designação e de objeto.

A Doutrina de há muito distingue os chamados “direitos absolutos”, como o direito de propriedade, que só podem existir uma única vez sobre certo objeto, dos direitos denominados “relativos”, como os obrigacionais (e.g., um crédito de Cr\$ 10.000,00), dos quais pode haver vários, titulados pelo mesmo sujeito de direito.

Tratando-se de direitos relativos, é antiqüíssima a afirmação de que tantos são os direitos desta espécie quantos sejam os seus fatos constitui-

vos. Remonta ao conhecido texto do *Digesto*, segundo o qual *actiones in personam ab actiones in rem hoc diferunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeat, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiantur*.<sup>2</sup>

Em relação aos direitos desta categoria, na qual se inclui o direito de retirada, é preciso conhecer quais sejam os seus fatos constitutivos para o fim de saber, diante de alguma variação nos fatos alegados pela parte, se esta variação importa ou não alteração do próprio direito subjetivo por ela afirmado.<sup>3</sup>

Se a alteração dos fatos importa passagem de um fato constitutivo para outro, o resultado é a mudança do próprio direito afirmado como fundamento jurídico da ação, e não mera mudança dos argumentos do fato com que a parte procura convencer o magistrado da existência do seu direito. Dá-se, então, a hipótese de que, embora manida a identidade do *nomen iuris* e do objeto pretendido, houve mudança no direito afirmado pela parte.

1.4. Tal análise há de ser empreendida no campo do Direito Material, pois aí é que se definem os fatos constitutivos dos direitos substantivos. Só depois disto é que poderemos passar ao campo do Direito Processual, para examinar como, nele, a hipótese em exame se comporta.

## 2. Do direito de retirada

2.1. Trata-se de instituto de origem italiana, tendo surgido por primeira vez no Código de Comércio italiano, de 1882.<sup>4</sup>

Foi definido por Vivante<sup>5</sup> *come un rimedio introdotto per ragioni di ordine pubblico a difesa degli azionisti: come un rimedio, come un freno posto al fianco del diritto sconfinato concesso alla maggioranza, e specialmente nelle assemblee di seconda convocazione a qualunque esigeva maggioranza, di introdurre qualunque cambiamento nello statuto*.

<sup>2</sup> D., 44, 2, 14, 2.

<sup>3</sup> Cf. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas*, vol. I/139, 1977.

<sup>4</sup> Miranda Valverde, *Sociedade por Ações*, vol. II/42, 1959; Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. IV/306, 1977.

<sup>5</sup> *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. II/332, 1912.

O direito de recesso tem, pois, esta específica destinação de funcionar como um *contemperamento tra il diritto del singolo socio a non vedere mutata le condizioni alle quali è entrato nella società e il diritto della collettività a modificare il proprio ordinamento*.<sup>6</sup>

Não é, portanto, um simples direito do sócio de retirar-se da sociedade, que, nas sociedades por ações, realizar-se-ia mediante a alienação das ações a terceiros, mas, sim, um instituto que tem por fim a tutela de um interesse específico do sócio, de "não ver alteradas as condições sob as quais entrou para a sociedade".

Sublinhando que o direito de recesso é "um meio de solução dos interesses em conflito", Miranda Valverde o vincula a resoluções da assembléia geral dos acionistas que impliquem "ato grave, capaz de ferir legítimos interesses dos acionistas em minoria"<sup>7</sup> (nossos os grifos).

Trata-se, portanto, de direito que tem como fato constitutivo a violação, por parte da maioria acionária, de interesse do dissidente, que a lei tenha considerado merecedor deste tipo de tutela. Supõe a violação de legítimo interesse do sócio minoritário. É condição para sua existência que a deliberação da assembléia tenha ferido interesse tutelado pela lei.

2.2. De grande importância para a conceituação do instituto é a consideração do direito de retirada enquanto meio de solução de conflitos, tal como mostrado por Miranda Valverde.

Assim é porque permite visualizar uma das características mais importantes deste instituto, que consiste em armar o acionista dissidente de um poder jurídico notável, em defesa daquele preciso interesse que a lei considerou merecedor de tutela.

Não é direito de retirada apenas um meio de contrabalançar aquilo que Vivante denominou "direito ilimitado (*sconfinato*) concedido à maioria", que protegeria o acionista outorgando-lhe uma espécie de prêmio de consolação; muito mais do que isto, é um meio de pressionar a maioria para que volte atrás e satisfaça especificamente o legítimo interesse do sócio dissidente.

<sup>6</sup> Vitorio Salandra, "Società commerciali", in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII/495, 1940.

<sup>7</sup> *Ob.*, e vol. cit., p. 42 e 43.

Como disse Vitorio Salandra, já citado, constrange a sociedade... *rinunciare a una parte del próprio capitale per rimborsare le azioni del recedenti, o il subire, se vuole evitarlo, la volontà di quei pochi che minacciano di recedere.*<sup>8</sup>

Em razão disto, a vinculação do direito de recesso à tutela de um específico e determinado interesse legítimo sobe de tomo e revela que a manifestação da dissidência tem a natureza de exercício de uma pretensão, tutelada por lei, a uma nova deliberação da assembléia geral que satisfaça o legítimo interesse do acionista dissidente. O direito de retirada assume, com isto, a natureza de sanção imposta à sociedade pela descon sideração do legítimo interesse da minoria acionária.

Daí decorre que não fica a sociedade obrigada ao reembolso do valor das ações dos que ameaçam retirar-se quando a pretensão por ela manifestada não venha alicerçada naquele específico interesse tutelado pela lei.

Exemplificando: a Lei das Sociedades por Ações atribui o direito de recesso ao acionista dissidente da deliberação que determine a mudança do objeto da companhia (art. 137, c/c o art. 136, V). O interesse tutelado é o de que nada se altere. Tem o acionista a pretensão de retirar-se no *status quo ante*.<sup>9</sup> Não é tutelado, todavia, o interesse, nem a respectiva pretensão, a que se mude o objeto social para outro, diferente do escolhido pela maioria mas também diverso do primitivo. Assim é porque o interesse considerado relevante é o de "não ver alteradas as condições sob as quais entrou para a sociedade", e não a vontade individual ou o mero capricho do sócio que ficou em minoria.

2.3. A característica do direito de recesso acima assinalada mostra, ainda, um outro aspecto desse mesmo direito.

É que o exercício do direito de retirada, mediante manifestação da dissidência, não tem por conteúdo o uso de um poder incontrastável, absoluto, que conduza inexoravelmente à obrigação da sociedade de proceder ao reembolso das ações.

Não. A sociedade é sempre reservado o direito de, em defesa do seu capital, elidir o direito de retirada, satisfazendo o legítimo interesse do sócio minoritário dissidente.

<sup>8</sup> Ob., vol. e loc. cit. 8

<sup>9</sup> Cf. Modesto Carvalhosa, ob. e vol. cit., p. 312.

Em nosso ordenamento jurídico, esse direito da sociedade é assegurado pelo § 2.º do art. 137 da Lei das Sociedades por Ações. É o direito à *retratação*.<sup>10</sup>

2.4. Podemos, por isto, concluir que são fatos constitutivos do direito de retirada os seguintes: a) que a deliberação da maioria tenha violado um interesse legítimo do acionista; b) que este acionista tenha, mediante a manifestação de sua dissidência, exercido pretensão à tutela específica deste interesse; e c) que a sociedade se tenha recusado a satisfazer a pretensão manifestada pelo acionista dissidente.

Em última análise, o direito de retirada tem por *causa* a dissidência e esta, por sua vez, se consubstancia num conflito de interesses, qualificado por uma pretensão do acionista fundada na lei, mas não satisfeita pela sociedade.

2.5. É fácil agora compreender que, variando a pretensão do acionista contra a sociedade, altera-se a dissidência e, portanto, a própria *causa* do direito de retirada, o seu *fato constitutivo*.

Atribuindo a lei a diversas hipóteses de fato a condição de fato constitutivo do direito de retirada, a cada uma delas corresponderá um direito de retirada específico, que não se confundirá nunca com os demais. Haverá tantos direitos de recesso quantas forem as suas causas.

2.6. Por essas razões, não é lícito dizer que a mudança na pretensão manifestada pelo acionista perante a companhia não implique alteração quanto ao direito de retirada.

Não só importa alteração, como importa alteração radical. Afeta não só a existência do direito de recesso como, também, o direito da sociedade de elidir, mediante retratação, o direito de retirada, evitando, com isto, a diminuição de seu capital, que, dependendo das circunstâncias presentes no momento, pode ser uma questão de vida ou morte.

2.7. Basta ver que, se uma ação de reembolso for julgada procedente com fundamento em dissidência não manifestada à sociedade, ficará esta privada do seu direito de retratação em face da dissidência que só em juízo veio a manifestar-se.

Seria o mesmo que impor à companhia uma sanção (a diminuição do seu capital) sem que tivesse sido violado o interesse legítimo por ela

<sup>10</sup> *Ibidem*, *ibidem*.

tutelado, o direito de retirada é o preço que a companhia paga pelo princípio da maioria.

### 3. Deliberações sobre dividendo obrigatório e correspondentes direitos de retirada. O caso da consulta

3.1. No que concerne às deliberações sobre o dividendo obrigatório, previu a Lei 6.404/76 duas situações distintas: a de alteração das regras estatutárias existentes (art. 137, c/c o art. 136, IV) e a de introdução de regra nova para suprir a omissão de norma destinada a fixar o dividendo obrigatório (arts. 202, § 1.º, e 296, § 4.º).

Quanto a esta última situação, previu a lei duas hipóteses: a de introdução de regra nova dentro do prazo de um ano da data de sua vigência (art. 296, § 4.º) e a introdução de regra nova após esse prazo (art. 202, § 2.º). No primeiro caso, admitiu a lei que, transitivamente, o dividendo obrigatório pudesse ser fixado em percentagem inferior ao mínimo legal, estabelecido em 25% sobre o lucro líquido; no segundo caso, esse mínimo se torna obrigatório.

Tanto no caso do art. 137, c/c o art. 136, IV, como na hipótese do art. 296, § 4.º, conferiu a lei ao acionista dissidente o direito de retirada. Isto significa que, no primeiro caso, concedeu tutela ao interesse do acionista em manter o *statu quo ante* e, no segundo, deu proteção ao interesse do acionista de que o dividendo obrigatório fosse fixado em, no mínimo, 25% sobre o lucro líquido.

Daí, duas distintas pretensões: a de que se mantivesse a regra estatutária tal como existente, sem nenhuma alteração, e a de que fosse elevado o dividendo obrigatório para o mínimo legal.

A cada uma destas pretensões, caso não satisfeitas pela sociedade, atribuiu a lei o correspondente direito de retirada. Chamemos a primeira de pretensão "A" e a segunda de pretensão "B"; e chamemos os respectivos direitos de direito "A" e direito "B".

3.2. No caso da presente consulta, os acionistas dissidentes, diante da alteração estatutária que mudou a base de incidência da porcentagem do dividendo obrigatório, manifestaram perante a companhia a pretensão "A", de que o percentual do dividendo fosse elevado para o mínimo legal, ou seja, 25%.

Não atendida essa pretensão, os mesmos acionistas ajuizaram ação para reembolso das suas ações, fundada no direito de retirada. Esta ação foi julgada procedente com base no art. 137, c/c o art. 136, IV, que tutela a pretensão "B", ou seja, a pretensão de retorno ao *"statu quo ante"*.

Como à alteração do fato constitutivo corresponde uma mudança do direito, vê-se que a ação fundada no direito "A" foi julgada com fundamento no direito "B".

Anote-se, apenas a título de complementação, que esse direito "B" nunca chegou a se constituir.

Com efeito, como no momento oportuno os acionistas dissidentes não manifestaram pretensão a que os estatutos se mantivessem com a redação anterior, não se ofereceu à sociedade a alternativa que lhe propiciaria o direito de retração. Conseqüentemente, a pretensão "B", à permanência da anterior redação dos estatutos, por não ter sido manifestada pelos acionistas "dissidentes", também não foi ofendida pela companhia; quer dizer, não ocorreu a ofensa ao interesse do acionista, à qual a lei atribuiria, como consequência ou sanção, o nascimento do direito de retirada. Tal ofensa somente se cristalizaria se, manifestada aquela pretensão, se recusasse a sociedade ao ato de retração. Ai, sim, ter-se-ia a incidência do princípio da maioria e, como *conterramento*, o direito de retirada.

De sua parte, o direito a que denominamos "direito A", como poder atribuído ao titular do interesse na fixação do percentual do dividendo obrigatório em, no mínimo, 25%, esse direito só o deferiu a lei ao acionista que divergisse da introdução, nos estatutos sociais, de norma nova, destinada a suprir a omissão de dispositivo fixador do dividendo obrigatório.

Os acionistas dissidentes descreveram, de fato, essa hipótese, mas por ignorar — como vieram a admitir — que os estatutos não eram omissores. O caso, portanto, passou a ser de inadequação entre a situação de fato, reconhecida pelos dissidentes, e a hipótese de fato descrita na lei como necessária à constituição do direito enunciado como fundamento da sua pretensão.

Tratava-se, pois, de pretensão infundada.

Esta análise torna a questão madura para que a transportemos para o plano do Direito Processual.

#### 4. Transposição do problema para o plano do Direito Processual

Em processo, como se sabe, não exerce o autor um direito contra o réu, mas contra o Estado. Exerce pretensão à prestação jurisdicional, entendida esta como atividade de realizar *in concreto* a situação abstratamente prometida pelo ordenamento jurídico. Não se confunde, pois, o direito de ação com o direito subjetivo de uma parte contra a outra. A ação é um direito autônomo. Sobre o modo como se relaciona com o direito subjetivo, divide-se a doutrina entre concretistas e abstratistas. Mesmo estes, contudo, não hesitam em elevar o direito subjetivo da parte à categoria de *elemento* da ação ou elemento identificador da ação, enquanto componente da causa de pedir.<sup>11</sup> O Código de Processo Civil, por sua vez, alude ao “direito sobre que se funda a ação” (art. 269, V) e admite que a penhora recaia no direito “e na ação que lhe corresponde” (art. 674), a indicar que a visão abstratista deve ceder diante das exigências do real.

O certo é que, para o nosso Código de Processo, inobstante a filiação doutrinária que se lhe queira emprestar, duas ações são idênticas quando têm o mesmo pedido, as mesmas partes e a mesma causa de pedir (art. 301, § 2.º) e são diferentes quando varie qualquer destes elementos.

Mudando os fundamentos da ação, altera-se a própria identidade da ação. O direito de ação exercido na propositura da demanda é substituído por outro, diferente, ainda que o pedido e as partes continuem as mesmas. Esta variação é admitida, até antes do saneamento do processo, se com ela consentir o réu; depois é absolutamente proibida, ainda que o réu com ela consinta (art. 264, parágrafo único). Daí em diante ficará o Juiz jungido ao dever de decidir a lide “nos termos em que foi proposta” (art. 128), salvo unicamente a hipótese de direito superveniente, definida no art. 462.

Para que se saiba se alguma alteração nos fatos afirmados pelo autor ou no direito por ele enunciado na inicial importa quebra da identidade

<sup>11</sup> Moacyr Amaral Santos, ob. e vol. cit., p. 139; José Frederico Marques, *Manual*, vol. I/155, 1974; J. Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III/217, 1979; Wellington Moreira Pimentel, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III/154.

de la ação e conseqüente substituição de uma ação por outra no curso no processo é preciso, primeiramente, definir o conteúdo da causa de pedir.

Assim é porque, na inicial, todas as afirmações do autor se apresentam como razões (de fato ou de direito), mas nem todas as razões compõem a *causa petendi*. É preciso verificar se as alterações incidem sobre os componentes da causa de pedir.

O tema, portanto, da identidade do direito subjetivo entra no processo sob a espécie de identidade do fundamento da ação, ou identidade da causa de pedir.

#### 5. Do conteúdo da causa de pedir

5.1. Na determinação do conteúdo da *causa petendi* defrontaram-se duas conhecidas doutrinas. A da *individualização* e a da *substanciação* do pedido. Ambas tiveram berço na Alemanha. A primeira sustentada por Wach, Hellwig e Degenkolb e a segunda por Goldschmidt, Weisman e Stein-Jonas.

Pela teoria da *individualização*, a causa de pedir seria constituída pela relação jurídica afirmada pelo autor, de tal sorte que a mudança nos fatos constitutivos operada no curso do processo não implicaria alteração da demanda.

Já, pela teoria da *substanciação*, a causa de pedir seria constituída pelo fato ou complexo de fatos aptos a suportar, a dar causa, à pretensão do autor; de tal sorte que qualquer alteração destes fatos no curso da demanda importaria mudança da ação. Em última análise, esta teoria implica uma exacerbação do princípio da *militi factum, dabo tibi jus*.

A demarcação da fronteira entre ambas essas teorias não obedece, porém, a critérios assim tão rígidos, posto que há concessões, de parte a parte, entre seus adeptos.<sup>12</sup>

O ponto em que ambas efetivamente divergem está na determinação do conteúdo da causa de pedir nas ações reais, fundadas em direitos *absolutos*, porquanto, nas ações pessoais, até mesmo os partidários

<sup>12</sup> Cf. nosso “A *causa petendi* nas ações reivindicatórias”, in *Revista de Direito Processual Civil*, VI/187, Saraiva, 1967.

da teoria da individualização concordam em que são importantes para a identificação do pedido os fatos necessários à determinação do direito feito valer.

5.2. Elevando à condição de requisito necessário da inicial tanto a indicação dos fatos como do fundamento jurídico do pedido (CPC, art. 282, III), adotou o legislador brasileiro posição equilibrada, evitando os excessos condenáveis nos extremos de ambas as posições.<sup>13</sup> Nossos doutrinadores, de modo geral, excluem decisivamente a hipótese de haver a legislação nacional adotado a teoria da individualização, afirmando haver ela acolhido, antes, a teoria da substanciação.<sup>14</sup>

A ação portanto, segundo o nosso Direito, não se identifica pela mera individualização do fundamento jurídico do pedido, como seria, e.g. a simples indicação do direito de recesso; exige mais, ou seja, a substanciação do pedido mediante a explicitação da chamada "*causa agendi*" remota, consistente no complexo de fatos constitutivos do direito afirmado pelo autor.

5.3. Para nenhuma das referidas teorias constituiriam conteúdo da causa de pedir os *argumentos* de fato e de direito com que o autor procura sustentar os fundamentos (de fato e de direito) do pedido.

Não se confunde o direito afirmado pelo autor (fundamento jurídico do pedido) nem com a indicação do artigo de lei que o ampara, nem com as opiniões jurídicas com que o procura evidenciar. Do mesmo modo, não se confunde o fato constitutivo do direito, que é a hipótese de fato prevista na lei como necessária e suficiente para gerá-lo, com os argumentos de fato com que o autor procura demonstrar a ocorrência daquela hipótese, a que os italianos denominam *fatispecie di legge*.

Dá a afirmação de Pontes de Miranda, transcrita na sentença: "Simples mudança de fato na *sustentação* dos fundamentos da ação não constitui alteração do pedido"<sup>15</sup> (nossos os grifos).

<sup>13</sup> Cf. nosso "*A causa petendi...*" in *Revista de Direito Processual Civil*, VI/197.

<sup>14</sup> Cf. Moacyr Amaral Santos, ob. e vol. cit., p. 142; José Frederico Marques, ob. e vol. cit., p. 155; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV/17, 1974; J. Calmon de Passos, ob. e vol. cit., p. 221.

<sup>15</sup> Pontes de Miranda, ob. cit., vol. III/389.

Sintetizando e completando. A causa de pedir se compõe dos seguintes elementos: a) o direito afirmado pelo autor e a relação jurídica de que esse direito se origina; b) os fatos constitutivos daquele direito e dessa relação jurídica; c) o fato (normalmente do réu) que torna necessária a via judicial e, por isso, faz surgir o interesse de agir, ou interesse processual.

## 6. Ação para retirada do sócio, objeto e causa

6.1. A ação tem por objeto, já o dissemos, a prestação jurisdicional do Estado, que consiste na atividade de produzir efeitos de direito e fatos de fato, por meio dos quais se realiza a ordem jurídica.<sup>16</sup> Efeitos de direito são produzidos mediante sentença e consistem na criação de título executivo judicial (sentença condenatória), na criação, modificação ou extinção de direitos, estados ou relações jurídicas (sentença constitutiva), bem como na criação da sujeição de qualquer juiz futuro à declaração contida na sentença (sentença declaratória). Já, os efeitos de fato, consistentes na transformação das situações de fato exteriores ao processo, estes se realizam mediante atos de execução.<sup>17</sup>

A ação condenatória não é, ainda, ação que produza alteração no campo dos fatos, apenas a prepara; é caminho para ela, que deve ser necessariamente percorrido, quando o titular do direito lesado não disponha ainda de título executivo. Somente no processo de execução e por meio dos atos executórios é que irá se realizar, mediante atividade estatal, o interesse legalmente tutelado.

A retirada do sócio, p. ex., não se consuma nem com a notificação da dissidência, nem com a sentença que condena a companhia ao reembolso das ações. Consoante o magistério de Modesto Carvalhosa, a "eficácia da resilição ou denúncia unilateral e parcial do acionista produz efeito a partir da própria declaração de vontade manifestada, independentemente de pronunciamento judicial"<sup>18</sup> mas não extingue de imediato a relação jurídica societária. "Isto porque — esclarece — apenas com

<sup>16</sup> Cf. nosso *Da Ação Civil*, 1975, p. 37.

<sup>17</sup> Idem, p. 97 e ss.

<sup>18</sup> Modesto Carvalhosa, ob. e vol. cit., p. 309.



o pagamento e quitação dos haveres do sócio é que ocorre a extinção", E acrescenta: "Enquanto tal não ocorrer, a relação jurídica mantém-se íntegra para todos os efeitos, notadamente para o pleno exercício dos direitos patrimoniais e políticos do acionista junto à companhia".<sup>19</sup>

A pretensão ao pagamento do reembolso e consequente extinção unilateral e parcial da relação societária só se realizam no processo de execução. No processo de conhecimento, o que se procura obter é a formação do título executivo judicial que habilitará o acionista a pretender do Estado os correspondentes atos executórios.

No processo de conhecimento, a ação do sócio dissidente tem por objeto a constituição, mediante sentença, de título que o habilite a pretender, executivamente, a satisfação do seu direito ao pagamento dos haveres sociais e a consequente retirada da sociedade. Ação e direito subjetivo material distinguem-se, pois, nitidamente.

Objeto da ação não é o direito de recesso, mas a prestação do Estado, a sentença condenatória. O direito de retirada é, isto sim, o fundamento, a causa, da ação. É ele componente de um complexo de fatos e de direitos que dá nascimento ao direito de pretender do Estado a prestação daquela sentença condenatória.

No entanto, para compor o conteúdo necessário da causa de pedir, o nosso Direito Positivo não se satisfaz com a mera individualização do direito que se quer fazer valer; exige também a indicação dos fatos constitutivos desse direito.

6.2. O fato constitutivo do direito de retirada, consoante já dissemos, é a dissidência, consubstanciada num conflito de interesses qualificado por uma pretensão de acionista não satisfeita pela sociedade. Trata-se, como já vimos, de um fato complexo, em cuja composição entram: a) uma deliberação da maioria que tenha violado um interesse legítimo do acionista; b) um ato do acionista pelo qual tenha exercido, perante a companhia, a pretensão à tutela desse interesse; e c) a recusa da companhia em retratar-se (cf. n. 2.4, supra).

A dissidência que enseja o direito de retirada, e, pois, de denúncia do contrato social, não se caracteriza pela manifestação de qualquer discordância com as deliberações majoritárias. Exige-se para a produ-

ção daquele efeito jurídico a ofensa a determinados interesses do acionista, que a lei previamente define. Para usar uma linguagem que se tornou comum, não se trata de uma *denúncia vazia*, mas de uma denúncia *chã*. Exatamente por isto, a determinação do interesse do acionista, que restou insatisfeito, integra o fato constitutivo do direito de retirada. Assim como o integra o fato contrário, da maioria acionária, persistindo no prevalecimento do interesse oposto (cf. n. 2.6, supra).

6.3. Em matéria de deliberação sobre dividendo obrigatório, a lei definiu dois interesses, cuja violação pela maioria renderia ensejo à retirada do acionista em minoria: a) no caso de alteração da norma estatutária existente, o interesse à manutenção da norma antiga, ou seja, o interesse de não ver alterada a norma existente; b) no caso de estatuto omissivo na data da lei, o interesse à fixação do dividendo em, no mínimo, 25% do lucro líquido (respectivamente, art. 137, c/c o art. 136, IV, e art. 296, § 4.º — cf. n. 3.1, supra).

Por estas mesmas razões, a mudança do interesse a ser tutelado importaria mudança do próprio fato constitutivo do direito de recesso. A pretensão passaria a ser outra.

## 7. Da causa petendi no caso da consulta e da sua alteração

7.1. No caso em exame, a ação foi fundada em dissidência consubstanciada na pretensão ao prevalecimento do interesse de que a porcentagem do dividendo obrigatório fosse elevada para o mínimo legal de 25% sobre o lucro líquido.

Era esse o conteúdo da dissidência manifestada à companhia e foi esta a pretensão por ela recusada.

No entanto, no curso do processo, variaram os autores de fundamento de fato, passando a arrimar o seu direito de retirada no fato de ter havido mudança da norma estatutária, consubstanciando, assim, a sua dissidência no interesse de retorno à antiga redação dos estatutos, nunca antes deduzido.

7.2. Tratava-se de alteração radical; inclusive porque, como tal interesse não fora anteriormente manifestado à companhia, ficou faltando um dos elementos de fato necessários a compor a *causa petendi*, que era, precisamente, o de ter tido a maioria acionária oportunidade de

<sup>19</sup> Idem, p. 308 e 309

exercer o direito de retratação e ter-se negado a fazê-lo. Com efeito, não tendo sido manifestada à companhia a pretensão a que os estatutos retornassem ao *statu quo ante*, não teve a maioria acionária ocasião de optar entre satisfazer esse interesse dos acionistas em minoria ou fazer prevalecer o princípio da maioria. Se é exatamente do prevalecimento do princípio da maioria que decorre, como contrapeso, o direito de recurso, é claro que ficou faltando, à constituição deste direito, um de seus elementos essenciais, ou, talvez, exatamente o mais importante, pois é ele que revela todo o aspecto político do direito de retirada.

7.3. Importante é salientar que a hipótese prevista no art. 269, § 4.º, não se compreende na hipótese do art. 137, c/c o art. 136, IV. São hipóteses que se excluem reciprocamente.

Assim, independentemente da norma que seja invocada, a mera afirmação dos fatos que se incluem numa daquelas hipóteses legais exclui a afirmação dos fatos que constituem o suporte fático da outra.

Poderiam os autores não ter invocado norma alguma, limitando-se a afirmar os fatos que consubstanciaram a dissidência e a individualizar o direito de retirada. *Da mihi factum, dabo tibi jus*. Poderiam, até, mantendo os mesmos fatos, variar de norma.

No entanto, variaram o fato constitutivo. A variação de norma foi mera consequência. Sintoma, mas não causa, da alteração havida.

7.4. A demonstrar a gravidade das consequências dessa alteração está o fato de que a própria sentença, ao apreciar a defesa formulada pela consulete quanto à primitiva causa de pedir, concluiu que: "Tal interpretação é razoável, especialmente quando se analisa a disposição do art. 296, e seu § 4.º, de forma sistemática, em conjunto com o art. 202 da Lei 6.404".

Vale dizer, a ação, se julgada pelo seu primitivo fundamento de fato, teria sido julgada improcedente.

Na verdade, não há comprovação mais hábil para a alteração da causa de pedir do que a demonstração da diferença de resultados a que uma e outra causa de pedir podem conduzir. A alteração dos argumentos de fato com que se procura demonstrar a ocorrência dos fatos constitutivos, mantidos estes sempre os mesmos, não conduz nunca a essa diversidade de resultados.

## B. Conclusão

Houve, no caso em exame, alteração da causa de pedir, ocorrida no curso do processo, que implicou alteração da pretensão ajuizada. Como esta alteração se deu após o saneamento do feito, nem mesmo com a concordância da ré, ora consulete, poderia ter sido admitida (CPC, art. 264, parágrafo único). Tendo, no entanto, sido admitida tal alteração, operou-se alteração da demanda, pois a ação submetida a julgamento já não era mais idêntica à ação primitivamente proposta, consoante resulta da definição legal (art. 301, § 2.º). Julgando-a, assim alterada, violou a sentença, além do art. 264, parágrafo único, o art. 128 do CPC.

A hipótese é, pois, de sentença nula, que assim deverá ser declarada, para que a ação venha a ser julgada nos termos em que foi proposta.

Em face da norma do art. 249, § 2.º do CPC, não se repetirá, portanto, o ato quando o juiz, ou tribunal, puder decidir o mérito a favor da parte a quem a declaração da nulidade aproveite.

É o meu parecer.