A LEI DAS S.A.

LEVY E SALOMÃO - ADVOGADOS

2ª edição
2ª volume

Parte III
Pareceres
c) a convenção de ações preferenciais, em ordinárias, é de competência da assembleia geral, a qual, se estiver presente a totalidade dos titulares das ações interessadas, que com ela concordar, dispensa assembleia especial; 
d) a extinção de ações preferenciais significa, sempre, vantagem patrimonial para os titulares de ações ordinárias e, não, prejuízo;
e) não há falácia em abuso de direito no caso do exercício do direito de voto, que nenhum prejuízo causa à sociedade ou a qualquer acionista;
f) o “Acordo de Participação Técnica e Financeira” não reveste características de Acordo de Acionistas, não está nem poderia estar arquivado na Companhia “Alfa”, tem preço indeterminado e consigna, apenas, manifestação de intenção que uma lei revogou.

A.L.F.
14.07.92

Seção 7
Vantagem Patrimonial da Ação Preferencial

Se não existe vantagem patrimonial não há como caracterizar a ação como preferencial; terá que ser considerada ordinária e terá direito de voto.

Arts. 15, 17, 19 e 110 da Lei das S.A.

CONSULTA

A Conselheira tem participação acionária no capital de outra sociedade, através de ações definidas no estatuto social investida como ações preferenciais escrituradas.

O referido estatuto social, cuja cópia, estabelece como preferência as ações de nossa propriedade, unicamente, “prioridade no recebimento de dividendos não cumulativos, nunca inferiores aos atribuídos às ações ordinárias” (grifamos). Por outro lado, desconhecemos, pelo menos nos últimos anos, a existência de pagamento de dividendos diferenciados para as chamadas ações preferenciais, relativamente às ações ordinárias.

Dante do exposto, indagamos: nos termos da Lei nº 404/76 e dos demais dispositivos da legislação das sociedades comerciais vigentes no país, está caracterizada a preferência necessária e suficiente para suprimir o direito de voto de tais ações, ditas preferenciais? Caso invista a preferência, quais são as consequências legais e societárias decorrentes da descaracterização?

São os seguintes os dispositivos estatutários a que reporta a consulta:

“Art. 3º — CAPITAL E AÇÕES — O capital social é de Cr$ 550.000.000.000.00 (quinhentos e cinquenta bilhões de cruzeiros), representado por 1.562.085.000 (um bilhão, quinhentos e sessenta e dois milhões e oitenta e cinco mil ações escriturais, sem valor nominar, sendo 520.605.000 (quinhentos e vinte milhões, sessenta e noventa e cinco mil ordinárias e 1.041.390.000 (um bilhão, quarenta e um milhões, trezentas e noventa e quinze mil preferenciais), estas sem direito a voto, mas com prioridade no recebimento de dividendos não cumulativos, nunca inferiores aos atribuídos às ações ordinárias.”

E, na parte que trata da distribuição do lucro líquido, dispõe o artigo 12:

“Art. 12 — DESTINAÇÃO DO LUCRO LÍQUIDO — Juntamente com as demonstrações financeiras, o Conselho de Administração apresentará à Assembleia Geral Ordinária proposta sobre a destinação do lucro líquido do exercício, observados os preceitos dos arts. 186 e 191 a 199, da Lei nº 6.404, de 1976, e as disposições seguintes:

12.1 — antes de qualquer outra dedução será separada e verba que a Lei determina seja incorporada à Reserva Legal.

12.2 — quando se justificar, a proposta destinará parcelas do lucro líquido para constituição de Reserve de Lucros a Realizar (art. 197 da Lei nº 6.404/76).

12.3 — será especificada a importância destinada a dividendos aos acionistas, atendendo ao disposto no artigo subseqüente deste Estatuto.”

PARECER

Sumário

1. Disciplina Legal das Sociedades por Ações ........................................
2. Autorização Legal de Ações Preferenciais ........................................
3. Função das Ações Preferenciais .....................................................
4. Vantagem Patrimonial em Comparações de Pena do Voto...................
5. Sem Vantagem Patrimonial não há Ação Preferencial........................

A simples leitura dos dispositivos estatutários transcritos deixa evidenciado que — embora chamadas “preferenciais” — a tal ações não foram asseguradas as prioridades ou preferências que a lei exige para sua emissão...

1. DISCIPLINA LEGAL DAS SOCIEDADES POR AÇÕES — Observe-se, inicialmente, que a sociedade por ações é única, dentre as sociedades mercantis, cuja vida institucional, de sua constituição à extinção, está expressamente disciplinada por lei. Ao contrário dos demais tipos societários, em que é amplo o campo deixado à liberdade de contratar, nas sociedades anônimas é rigorosamente limitado o espaço para o exercício da disciplina dos sócios.

São várias as razões para que isto ocorra, valeu recordar, dentre elas: a) sendo a sociedade anônima destinada a mobilizar grande número de
2. AUTORIZAÇÃO LEGAL DE AÇÕES PREFERENCIAIS — Ao tempo de vigência do Decreto nº 434, de 4-7-1891 (revogado pelo DL nº 2627/40) que não previa a existência de ações preferenciais, muito se discutiu, entre nós, sobre a possibilidade de as sociedades anônimas emitirem ações do tipo não previsto na lei, desde que não proibido, como seriam as preferenciais, sem voto, as ações de comando, as de voto múltiplo etc. — como se pode ler na tese de ERNESTO LE CLE (1933, p. 90-121).

Pondo fim ao debate, o Governo Provisório, instalado com a Revolução de 1930, editou o Decreto nº 21.536, de 15-06-1932, que "dispõe sobre o modo de constituição do capital das S.A., permitindo que ela se constitua, em parte por ações preferenciais de uma ou mais classes". As normas desse Decreto, acentuou-se, sem maiores alterações foram incorporadas ao Decreto-Lei nº 2.627/40, e mantidas na vigente Lei de S.A. (Lei nº 6.404/76).

É bem esclarecedora a leitura da "Exposição de Motivos" do então Ministro Francisco Campos ao citado Decreto nº 21.536/32, que ainda valem como fundamento para a inteligência das normas vigentes. Diz Campos: "Se é um dado real que a maioria das ações prima pelo absenteísmo às deliberações sociais, vivendo não a participação ativa na direção da sociedade, mas apenas ao rendimento do capital e às vantagens da especulação, por que não adotar do dado de realidade, revertendo-o de forma legal?"

E o que faz o projeto, subdividindo duas classes de acionistas que visam a participação ativa na direção da sociedade, com direito a voto, e acionistas que procuram ações em serem levadas pelo "efeito societatis", mas apenas com o intuito de especulação ou de encontrar colocação segura ao seu capital.

A estes últimos não cabe, em princípio, o direito de voto, em compensação, o projeto lhes atribui três privilégios, que podem ser conferidos separadamente ou cumulativamente — a prioridade na distribuição dos dividendos, o dividendo fixo e, em caso de dissolução da sociedade o privilégio até a conciliação do montante do seu valor nominal e dos cupões de juros vencidos e não reembolsados.

3. FUNÇÃO DAS AÇÕES PREFERENCIAIS — A razão de ser das ações preferenciais era, pois, — e o mesmo ocorre até o presente — fomentar a sociedade anônima captar mais capital sem sacrificar o controle, o que as torna, como definiu Rodolfo, com precisão, um "instrument d'augmentation du capital avec stabilité du pouvoir" ("Les Actions de Préférence en Droit Comparé", p. 15). Para emüt-la há que oferecer vantagens econômicas ou patrimoniais superiores às asseguradas às ações ordinárias, em compensação pelo perdido do direito de voto. Numa palavra, não existe ação preferencial sem preferência patrimonial.


Ou, no original: "O dissenso da legislação é nitido: a soterração all acionista delle diritto de voto e dello stesso diritto di intervento alla assemblea in tanto e consentita in quanto se compensata dalla attribuzione di un duplice privilegio patrimoniale, nella ripartizione degli utili e nel rimborso del capitale, in misura diretamente fissata dalla legge e statutariamente fissata non derogabile se non in senso più favorevole all'acquista stesso."

No mesmo sentido, a Lei Alemã do 6 de setembro de 1965 (1971, p. 115) prescreve em seu § 139: "As ações para as quais seja estabelecido um privilegio na repartição dos lucros, podem ser excluídas do direito de voto (ações privilegiadas sem direito de voto)."
4. VANTAGEM PATRIONAL EM COMPENSAÇÃO DA PERDA DO VOTO — A França, vendo longa resistência de seu direito positivo, que nunca admitiu ações sem direito de voto, por entender que "le droit de vote est un droit constitutionnel" (cf. René ROBERT, 1968, p. 632, nº 1.242) promoveu, em janeiro de 1978 uma reforma de sua lei societária, que introduziu as ações preferenciais sem direito de voto, e como salienta ROBIN HOUN (1978, ano 31, p. 124):

"Ce qui est essentiellement nouveau c’est la suppression du droit de vote dans les assemblées générales d’actionnaires ...
Mais la suppression du droit pour les nouvelles actions s’accompagne nécessairement du droit prioritaire au dividende et de divers avantages financiers."

Ora, precisamente esse critério foi o adotado no direito brasileiro, com o Decreto nº 21.536, de 1933, e vigora até o presente, como se pode comprovar da letra dos artigos da vigente Lei nº 6.404, de 1976:

"Art. 17 — As preferenciais ou vantagens das ações preferenciais podem consistir:
I — em prioridade na distribuição de dividendos;
II — em prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele;
III — na acumulação das vantagens acima."

E, no artigo 111:

"Art. 111 — O estatuto poderá deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias, inclusive o de voto."

5. SEM VANTAGEM PATRIONAL NÃO HÁ AÇÃO PREFERENCIAL — Em conclusão:
I — só são ações preferenciais as que gozam de prioridades ou vantagens econômicas ou patrimoniais, como definido no artigo 17;
II — o direito de voto só pode ser suprimido das ações preferenciais. Na hipótese em que estamos examinando, do estatuto supratranscrito, as ações são chamadas de "preferenciais", mas gozam, apenas da insólita prioridade de receber dividendos "nunca inferiores aos atribuídos às ações ordinárias" — que, afinal, constituíram uma contradição em termos, qual seja a existência de "prioridade não inferior."

"As ações ordinárias ("the ordinary stock") de uma sociedade, ou "ações comuns", como é chamada, não dá ao acionista qualquer direito superior ao dos outros acionistas. Não há diferença entre as ações... Os acionistas preferenciais, entretanto, se encontram em posição diferente. Como o termo revela, ação preferencial é uma ação que confere ao seu titular uma diferença sobre os tomadores de ações ordinárias a respeito do pagamento de dividendos..."

"Entretanto a mera designação da ação como preferencial não a torna tal nem define direitos de seus titulares em consequências."

Ou, no original:

"However, the mere designation of stock as preferred does not make it such nor define the rights of the holder thereunder."

É o que ocorre na espécie, como afirmamos no início deste parágrafo: — as ações são chamadas "preferenciais" mas não têm preferência, apenas gozam dos mesmos direitos, ou de nenhum direito patrimonial que as ordinares.

Ora, se não têm preferência, preferenciais não são. A Lei de S.A. só previu três espécies de ações — as ordinárias, as preferenciais, e as de fração (ações amortizadas, de que ora não se cogita). Já vimos que, nesta matéria não há lugar para interpretação extensiva ou exercício de fantasia ou distacção pelos sócios — os valores mobiliários, repetiu-se, são patrocinados, tipificados pela lei, gozam de literalidade, e só podem circular como tais, os que obtiveram o "placar" legal e especialmente no rigoroso sistema jurídico brasileiro, diverso, nesse passo, do americano.

Concluindo, em resposta à Consulina formulada, pensamos não haver dúvida de que a ação em exame não é preferencial, se a ação não é preferencial, nem de fração — e, necessáriomente uma ação ordinária, comum, igual a todas as demais. Como ação ordinária não goza de nenhum privilégio, nem vantagem, mas não pode ser privada dos direitos de que todas as demais gozam, dentre os quais, o de voto, nos estritos termos do artigo 110 da Lei de S.A.:

"Art. 110 — A cada ação ordinária corresponde 1 (um) voto nas deliberações da assembleia geral."