

ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA

*TEMAS DE DIREITO  
SOCIETÁRIO, FALIMENTAR  
E TEORIA DA EMPRESA*

 MALHEIROS  
EDITORES

imposto condutas administrativas que pudessem caracterizá-la como “administradora de fato”. A hipótese de sociedade com quaisquer das Agravadas ou seus controladores, consoante já se ressaltou, acha-se, a nosso ver, definitivamente afastada.

4. *Os documentos juntados aos autos, bem como os fatos descritos e as manifestações das partes, deixam alguma dúvida quanto ao fato de ser a Cia. “X” credora das Agravadas?*

**R.:** Nenhuma dúvida possível. As próprias Agravadas, aliás, o reconhecem, ao afirmarem explicitamente, em sua contraminuta, que consultarão a Consulente na hipótese de futura alienação do imóvel hipotecado.

5. *É pertinente, no caso em análise, a aplicação da regra de restrição ao direito de voto contida no art. 43 da Lei de Falências?*

**R.:** É totalmente impertinente, tendo o administrador judicial, outrossim, claramente extravasado de suas atribuições e violado a lei ao considerar que havia uma “sociedade de fato”, que impediria o voto da Consulente, sem a apresentação de *contrato escrito*, conforme expressamente exige o art. 978 do Código Civil. Proibiu, assim, o exercício de voto legítimo (e, ainda, do maior credor, cujo voto era determinante para a formação da maioria) – o que, por si só, constitui motivo para invalidar a deliberação que aprovou o plano de recuperação.<sup>41</sup>

6. *A aprovação de plano de recuperação que contenha previsão de venda de bem imóvel hipotecado sem a prévia anuência do respectivo credor hipotecário viola os arts. 50, § 1º, e 59 da Lei de Falências?*

**R.:** Viola literalmente os mencionados dispositivos legais, sendo totalmente ineficaz.

É o parecer, s. m. j.

São Paulo, 18 de junho de 2008

41. Cf., do signatário deste parecer, a já mencionada obra coletiva *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, sob a coordenação de Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, 2ª ed., p. 190, nota 139, e *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*, São Paulo, Malheiros Editores, 1999, pp. 91-92.

II – 16

**SOCIEDADE ANÔNIMA. FRAUDE À LEI.  
ALTERAÇÃO DOS ESTATUTOS COM O INTUITO DE  
EVITAR QUE OS ACIONISTAS PREFERENCIALISTAS  
ADQUIRAM O DIREITO DE VOTO ÀS VÉSPERAS  
DE COMPLETAR O TERCEIRO EXERCÍCIO SOCIAL  
SEM O PAGAMENTO DE DIVIDENDOS.  
ABUSO DE PODER DE CONTROLE\***

CONSULTA

O ilustre advogado Dr. Márcio Tadeu Guimarães Nunes, do prestigioso escritório Veirano e Advogados Associados, solicita nosso parecer sobre questão que vai reproduzida na consulta abaixo:

*Introdução*

1. A Consulente é acionista minoritária da Sociedade “X”, titularizando 21,56% das ações votantes e 50,40 % das ações preferenciais de emissão da Companhia.<sup>1</sup> A Consulente figura em acordo de acionistas (acordo de defesa) celebrado com a Cia. “Y” e os Fundos “A” e “B”. A Sociedade “X” é uma Companhia aberta, com registro junto à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), cujos acionistas majoritários são, respectivamente, ... e a Cia. “Y”, exercendo tal poder de maneira conjunta e ordenada.

\* Este Parecer, publicado originalmente na RDM 133/259-275, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, foi elaborado conjuntamente com o Dr. EDMUR A. NUNES PEREIRA NETO.

1. A Consulente figura como titular de 39,37% do capital da Companhia e possui o direito, através do Acordo de Acionistas a seguir citado, de indicar um membro para o conselho fiscal da Sociedade “X” (conforme mencionado na letra “c” da Cláusula 4.2 do Acordo de Acionistas) e dois outros membros para o conselho de administração (conforme mencionado no item “i”, letra “a”, da Cláusula 4.2 do Acordo de Acionistas).

2. A administração da Companhia vem anunciando que a Sociedade “X” busca sua inserção em altos padrões de governança corporativa, mais especificamente no “Nível 2 das Regras de Novo Mercado” inseridas na cartilha publicada pela BOVESPA. Registre-se, ainda, que a Companhia possui em seu quadro acionário, titularizando 15,07% das ações preferenciais, representando no universo do capital social da Sociedade “X” 9,30%, a Fundação “Z”.

3. Logo, em caráter preliminar, pode-se constatar a relevância da estrutura acima descrita, porquanto lide, direta e indiretamente, com a poupança de recursos públicos e pelo fato de que a Companhia vem sinalizando para o mercado com a retórica acerca da adoção dos procedimentos antes citados, o que, mesmo que como discurso, agrega valor à Sociedade “X” e aos papéis de sua emissão. Seus procedimentos internos, no entanto, são tão rudimentares quanto os de qualquer empresa familiar não adaptada à presente realidade de mercado.

### Dos fatos

4. Conforme anteriormente mencionado, sem prejuízo de toda a documentação encaminhada para V. Sa. até a presente data, cumpre destacar o que se segue.

5. No dia ... de novembro de 2003 foi publicada, na imprensa especializada, a convocação aos acionistas da Sociedade “X” para se reunirem em assembléia-geral extraordinária, a se realizar no dia ... de dezembro de 2003, às 10h, a fim de deliberarem sobre a inclusão de novos dispositivos no Estatuto Social daquela Companhia.

6. Os termos propostos para a redação dos citados dispositivos foram assim apresentados aos acionistas na reunião do conselho de administração da Sociedade “X” realizada em ... de outubro p.p. (cf. ata e documentos de explanação já encaminhados a V. Sas.), sendo parcialmente reproduzidos no edital de convocação da citada assembléia. Se não, vejamos os termos do edital de convocação, *verbis*:

(a) Deliberar sobre a redução do capital social da Companhia no montante total de R\$ 74 MM, passando de R\$ 354 MM para R\$ 279 MM, em face da proposta aprovada pela administração e do balanço especial da Companhia com data base de ... de setembro de 2003, sem modificação do número de ações de emissão da Companhia, para fins de absorção dos prejuízos existentes, conforme apurado no referido balanço especial.

(b) Deliberar sobre a alteração do “Capítulo II – Capital Social” do Estatuto Social, especificamente quanto ao art. 4º, *caput*, que trata do capital social, para refletir o novo valor do capital social da Companhia após a redução a ser deliberada na forma do item anterior.

(c) Deliberar sobre a alteração do Estatuto Social da Companhia, em face da proposta aprovada pela administração, para criação do “Capítulo XII – Disposições Transitórias”, com a inclusão do art. 31 e seu parágrafo único, para que seja conferido às ações preferenciais, independentemente da classe, o direito de recebimento de dividendos cumulativos nos exercícios sociais de 2003 e 2004, bem como para que seja prevista estatutariamente a possibilidade de pagamento de tais dividendos cumulativos, no exercício em que o lucro for insuficiente, à conta de reservas de capital.

(d) Deliberar sobre a alteração do “Capítulo III – Ações e Acionistas” do Estatuto Social, especificamente quanto ao seu art. 5º, § 1º, III, e § 2º, II, que tratam dos dividendos, respectivamente, das ações preferenciais Classe “A” e Classe “B”, de sorte a adaptá-los ao disposto no item “c”, supra.

7. Pela redação das propostas – e que serão objeto da futura AGE –, são os seguintes os textos dos dispositivos estatutários da Companhia, aqui objeto da presente consulta, *verbis*: “Art. 4º. O capital social é de R\$ 279 MM (...), dividido em R\$ 107 MM (...), atribuídos a ... ações ordinárias, em R\$ 172 MM (...), atribuídos a ... ações preferenciais Classe ‘A’, e em R\$ 530 mil (...), atribuídos a ... ações preferenciais Classe ‘B’, todas sem valor nominal.”

“Art. 5º. As ações ordinárias serão nominativas.

“§ 1º. As ações preferenciais Classe ‘A’, que serão nominativas, possuem as seguintes características: (...) III – prioridade na distribuição de dividendos mínimos, não cumulativos, salvo o disposto no Capítulo XII – Disposições Transitórias – do presente estatuto social, de 10% (dez por cento) ao ano sobre o capital próprio atribuído a essa espécie de ações, dividendo a ser entre elas rateado igualmente; (...).

“§ 2º. Para atender ao disposto no Decreto-lei n. 1.497, de 20 de dezembro de 1976, serão emitidas ações preferenciais Classe ‘B’, sem valor nominal, e com as seguintes características: (...) II – prioridade na distribuição de dividendos fixos, não-cumulativos, salvo o disposto no ‘Capítulo XII – Disposições Transitórias’ do presente Estatuto Social, de 6% (seis por cento) ao ano sobre o capital próprio atribuído a essa espécie de ações, dividendos a ser entre elas rateado igualmente, respeitada a preferência da Classe ‘A’; (...).”

“Art. 31. As ações preferenciais Classe ‘A’ e Classe ‘B’ terão direito ao recebimento de dividendos cumulativos nos exercícios sociais de 2003 e 2004, voltando a gozar de dividendos não-cumulativos a partir de 1º de janeiro de 2005, independentemente de reforma estatutária. Nesse período, o direito de voto, previsto no § 5º do art. 5º do presente Estatuto Social, aplicar-se-á até que sejam pagos os dividendos cumulativos em atraso.

“Parágrafo único. As ações preferenciais Classe ‘A’ e Classe ‘B’, enquanto fizerem jus a dividendos cumulativos na forma prevista no caput deste artigo, terão direito de recebê-los, no exercício em que o lucro for insuficiente. à conta da reserva de capital da Companhia” (grifamos).

8. Em suma, as propostas acima destacadas se resumem a:

– Alterar a natureza do dividendo conferido às ações preferenciais Classe “A” (que é mínimo, não-cumulativo, de 10% sobre o capital próprio atribuído a essa espécie de ações).

– Alterar a natureza do dividendo conferido às ações preferenciais Classe “B” (que é fixo de 6% sobre o capital próprio atribuído a essa espécie de ações, respeitada a preferência da Classe “A”).

– Transformar provisoriamente, ou seja, por prazo certo, a natureza de tais dividendos, dando-lhes, nos exercícios de 2003/2004, o *status* de cumulativos, com reversão automática, em 2005 (sem a necessidade de deliberação assemblear a esse respeito), para a qualidade que hoje possuem, vale dizer, a de dividendos não-cumulativos.

– Utilizar a reserva de capital para o pagamento dos dividendos, já nesse exercício, para as tais classes de ações preferenciais, na forma do art. 17, § 6º, c/c o art. 200, V, da Lei de S/A. E:

– Como providência lógica e antecedente do item supra, absorver os prejuízos acumulados até a AGE (nos termos do art. 189, parágrafo único, da Lei de S/A), com a conseqüente redução do capital social da Companhia.

Dos quesitos

9. Diante de todo o exposto, cumpre indagar a V.Sa. o que se segue:

a) *Considerando os documentos enviados a V. Sa., notadamente as cartas trocadas entre o conselheiro fiscal indicado pela Consulente, os demais membros do conselho fiscal, administrador da Companhia e auditores independentes, bem como a realização de reunião do conselho de administração da Sociedade “X” (ato preparatório à convocação da AGE em referência) sem a notificação aos membros do conselho fiscal da Companhia e, por essa razão, sem a presença de nenhum deles, há algum vício insanável no processo que deságua na convocação da AGE da Companhia para o dia ... de dezembro (a impedir a sua realização), notadamente em vista do disposto nos arts. 163, I e III, e § 3º, 164, parágrafo único, e 173, § 1º, todos da Lei de S/A?*

b) *A manifestação do conselho fiscal que se seguiu à reunião do conselho de administração da Companhia também está contaminada pelo vício anterior, considerando que a ela não compareceu o conselheiro fiscal indicado pela Con-*

*sulente, uma vez que convocado irregularmente pelo diretor financeiro da Companhia (e não pelo presidente do conselho fiscal), assim como não haviam sido disponibilizados os documentos solicitados por dito conselheiro para poder deliberar com segurança na reunião do citado colegiado? Verificada a existência, isolada ou cumulativa, de qualquer dos vícios aludidos nos quesitos antecedentes, há a possibilidade de ulterior manifestação da assembléia vir a saná-los, ou seja, tais vícios admitem alguma espécie de convalidação?*

c) *Considerando a proposta de redução de capital – nos termos em que apresentada pela administração da Sociedade “X” –, é certo que a mesma configurará uma redução proporcional/significativa da parcela do capital social atribuído às ações preferenciais, reduzindo-se, adiante, o dividendo mínimo/fixo pagável a esta mesma classe de ações? Admitindo que a redução do capital social impacta a base de cálculo sobre a qual o dividendo é apurado, há razão suficiente para realização da assembléia especial de que trata o § 1º do art. 136 da Lei de S/A, visto que tal proposta contém um “benefício” iminente/provisório, porquanto destinado a durar apenas dois anos, ao passo que o prejuízo é permanente, pois a alteração da base de cálculo opera efeitos agora e para o futuro?*

d) *A simples zona cinzenta (dúvida) sobre a existência de prejuízos na hipótese já seria razão suficiente para a realização da mencionada assembléia especial, quando mais não seja na hipótese concreta em que os minoritários/preferencialistas estão a meses de alcançar o direito de voto de que trata o § 1º do art. 111 da Lei de S/A? Quais as conseqüências que decorrem da não-realização – prévia – da aludida assembléia de preferencialistas?*

e) *As propostas objeto da convocação requerem, no todo ou em parte, a aprovação prévia da “Agência Reguladora” (nos termos do disposto na Cláusula 5ª, XV, do Contrato de Concessão ...)? Esse fato também aponta para outra causa de ineficácia da futura deliberação assemblear a respeito do tema?*

f) *A mecânica dos eventos presentes no Edital de Convocação – a verdadeira gênese da proposta nesse particular – leva à conclusão sobre a existência de fraude à lei, consubstanciada no aspecto da transitoriedade do pagamento de dividendos para evitar a aquisição do direito de voto de que trata o § 1º do art. 111 da Lei de S/A? E se se pode admitir que tal direito opera como sanção à prolongada ineficiência da gestão administrativa da Companhia, sendo a pretensão da Consulente tutelável nos termos do art. 109, I e III, e § 2º?*

7. *Considerando os quesitos “a”, “b” e “f”, supra, há indícios da existência de abuso de poder de controle na hipótese?*

## PARECER

I. O § 1º do art. 111 da Lei 6.404/1976 dispõe o seguinte:

“Art. 111. (...).

“§ 1º. As ações preferenciais sem direito de voto adquirirão o exercício desse direito se a companhia, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a 3 (três) exercícios consecutivos, deixar de pagar os dividendos fixos ou mínimos a que fizerem jus, direito que conservarão até o pagamento, se tais dividendos não forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso.”

Essa norma já existia no Direito anterior, com relação aos dividendos fixos, constando do parágrafo único do art. 81 do Decreto-lei 2.627/1940, que, com outras palavras, dizia a mesma coisa:

“Art. 81. (...).

“Parágrafo único. As ações preferenciais adquirirão o direito de voto, de que não gozarem em virtude dos estatutos, quando, pelo prazo neles fixado, que não será superior a 3 (três) anos, deixarem de ser pagos os respectivos dividendos fixos, direito que conservarão até o pagamento, se tais dividendos não forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso.”

Sempre se entendeu que essa regra, de aquisição de voto pelas preferenciais em caso de falta de pagamento de dividendos pelo prazo estatutário, que não pode ser superior a três anos, constitui norma *imperativa*, de *ordem pública*.

Valverde chegava ao exagero de afirmar que ela se aplicava mesmo às ações preferenciais que não detinham direito de voto por pertencerem a estrangeiros:

“406. Os estatutos poderão negar o direito de voto às ações preferenciais, ou conferi-lo com restrições (n. 399).

“Se negam, a lei vem, contudo, em auxílio dos titulares das ações preferenciais, dispondo que elas adquirirão o direito de voto quando, pelo prazo fixado nos estatutos, que não poderá ser superior a três anos, deixarem de ser pagos os respectivos dividendos fixos, direito que conservarão até o pagamento, se tais dividendos não forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso (n. 78).

“*Esse preceito é de ordem pública*, aplicável, pois, mesmo àqueles casos em que, por força de lei, as ações preferenciais não gozam do direito de voto, por pertencerem a estrangeiros (n. 399). Seria, com efeito, inconcebível que, a pretexto de não poder o estrangeiro possuir ações de direção (n. 399), se lhe recusasse o direito de defender os seus legítimos interesses, seguramente, na hipótese, mal-administrados por nacionais”<sup>2</sup> (grifos nossos).

Pontes de Miranda também ressaltava o caráter imperativo do dispositivo em questão: “Ou os estatutos deixam às ações preferenciais o direito de voto, ou lhes deixam tal direito com restrições, ou lhes negam, totalmente, tal direito. Pode acontecer que a administração não seja eficiente, ou feliz, e ocorra falta de pagamento dos dividendos fixos. Surgiu, então, o problema de técnica legislativa para serem protegidos os acionistas preferenciais, se tal falta de pagamento se repete. A *regra jurídica protectiva tinha de ser de direito cogente*. Se se afasta a causa, pelas prestações de que a lei cogita, há a volta à situação em que os acionistas preferenciais se achavam. Diz o Decreto-lei 2.627, art. 81, parágrafo único: (...)”<sup>3</sup> (grifos nossos).

No Direito vigente, Modesto Carvalhosa é igualmente incisivo a respeito: “O direito de voto, no caso de ausência de pagamento de dividendos, *é preceito de ordem pública*”<sup>4</sup> (grifos nossos).

Do mesmo sentir é, ainda, Arnaldo Wald: “63. Cabe ressaltar, ademais, que as normas do art. 111 e seus §§ são de ordem pública e não podem ser afastadas pela vontade dos sócios ou pelo estatuto da sociedade, aplicando-se a qualquer hipótese de não-recebimento dos dividendos pelo acionista preferencial, inclusive, mas não exclusivamente, quando a prioridade se refira a dividendos fixos ou mínimos e até quando haja preferência no reembolso do capital”<sup>5</sup> (grifos nossos).

2. Miranda Valverde, *Sociedades por Ações*, vol. II. Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 65.

3. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., 2ª reimpr., t. L, 1984, § 5.313, item 4, p. 239.

4. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 360.

5. Arnaldo Wald, “Da aquisição do direito de voto pelas ações preferenciais por falta de pagamento dos dividendos”, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 12/42-43. Ano 4, abril-junho/2001.

Invocamos os ensinamentos de quatro eminentes juristas pátrios apenas para confortar um entendimento que resulta, afinal, dos termos *imperativos* com que a própria lei se expressa: “As ações preferenciais sem direito de voto *adquirirão* o exercício desse direito (...)” – diz o § 1º do art. 111.

2. Qual o fundamento da outorga do direito de voto às ações preferenciais pela falta de distribuição de dividendos?

Philomeno J. da Costa, invocando ainda o ensinamento de Waldemar Ferreira, no-lo diz:

“Podemos perceber facilmente que a modelagem na anônima, com a suspensão pura e simples do direito de voto de uma parte das ações, consagraria um desequilíbrio no seu seio. Ninguém subscreveria mais aquelas preferenciais; desapareceriam os acionistas-poupantes (ou investidores); estariam ao léu do capricho verdadeiro dos acionistas donos das ações ordinárias.

“O freio consistiu em criar a condição resolutiva da retirada do direito do voto às ações privilegiadas. Não-pagos os dividendos preferenciais, os titulares das ações respectivas adquirem o direito de intervenção plena nos negócios sociais: ‘meio é esse, que a lei lhes confere, de, com o exercício do voto, *contribuir para a modificação do quadro administrativo da companhia, quer pela destituição dos diretores, que se mostram ineptos ou desonestos, quer pela eleição de seus substitutos*’ (Waldemar Ferreira, *Tratado de Sociedades Mercantis*, p. 1.393, no fim, n. 202, vol. IV, 5ª ed.)”<sup>6</sup> (grifos nossos).

Em idêntico sentido, Modesto Carvalhosa:

“O fundamento desse preceito legal é o de que, na espécie, terá o acionista preferencial acesso às decisões políticas da empresa e ao questionamento eficaz (voto) da administração, visando a remover os obstáculos à realização do objetivo econômico da companhia, que é o de produzir lucros e distribuí-los aos acionistas (art. 109).

“O preceito legal de estabelecimento do voto para o acionista preferencial na ausência de lucros ou de sua distribuição evita uma das formas mais iníquas de domínio dos controladores. Se essa regra não existisse, romper-se-ia o princípio de equidade e de isonomia que deve

6. Philomeno J. da Costa, “Direito de acionista preferencial” (parecer). *RT* 478/39.

prevalecer na relação privilégio patrimonial *versus* cerceamento ou supressão de direitos políticos (voto).

“Ademais, essa possibilidade de rompimento do equilíbrio pelo arbítrio dos controladores desestimularia em definitivo a subscrição de ações preferenciais”<sup>7</sup> (grifos nossos).

O fundamento do preceito legal em questão, portanto, está em conceder aos preferencialistas o direito de, por meio do voto, intervir na administração da companhia, que não foi “eficiente, ou feliz”, no dizer de Pontes de Miranda, a fim de que o objetivo de distribuição de lucros possa ser retomado.

É sabido, de outra parte, que uma das técnicas de organização do controle interno da companhia – técnica estatutária, na classificação de Comparato<sup>8</sup> – consiste justamente na emissão de ações preferenciais sem direito de voto. Através dessa técnica consegue-se, com um investimento menor, obter o controle da companhia. Mas há sempre o risco da perda, ainda que temporária, do controle se as ações preferenciais adquirirem o direito de voto. E nessa hipótese, obviamente, os preferencialistas elegerão a maioria dos administradores, logrando plena intervenção na gestão.

3. Fez-se necessária a digressão inicial sobre a natureza cogente da norma constante do § 1º do art. 111 da Lei de S/A porque um dos quesitos da Consulente indaga sobre a existência de fraude à lei. E para que esta se configure é forçosa a presença de uma norma imperativa.

O conceito de fraude à lei, como se sabe, remonta aos juristas romanos, sendo conhecida a distinção, feita por Paulo, entre o ato de *fraus legi* e o ato *contra legem*: “Contra legem facit, qui id facit quo lex prohibet; in fraudem vero, qui salvus verbis legis sententiam eius circumvenit”<sup>9</sup>.

Na tradução de Pontes de Miranda: “Faz contra a lei o que faz o que a lei proíbe, em fraude (da lei) o que, salvas as palavras da lei, o sentido da lei elude”<sup>10</sup>.

7. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., vol. II, p. 357.

8. Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 138 e ss., em especial p. 149.

9. *Digesto*, I, 3, 29.

10. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 4ª ed., 2ª reimpr., t. I, p. 41.

Na fraude à lei, portanto, o agente procede *formalmente* de acordo com a lei (“salvas as palavras da lei”), mas contrariando o seu espírito.

Com a clareza habitual, Sílvio Rodrigues assim conceitua essa figura:

“107. *A fraude à lei* – Age em fraude à lei a pessoa que, para burlar princípio cogente, usa de procedimento aparentemente lícito. Ela altera deliberadamente a situação de fato em que se encontra, para fugir à incidência da norma. O sujeito se coloca simuladamente em uma situação em que a lei não o atinge, procurando livrar-se dos seus efeitos.

“Cada vez que uma lei nova surge, observa Rotondi, os interessados procuram burlá-la, procuram um jeito de lhe ilidir a incidência. Traz o exemplo da *Lex Licinia de Modus Agris et Pecoris*, que proibia a um cidadão romano possuir mais de 500 acres de terra, pois seu escopo era acabar com o latifúndio. Licínio Stolonis, pretor que fora um dos autores da norma, no intuito de escapar à sua incidência, emancipou um filho para que este, adquirindo a qualidade de *sui juris*, pudesse também ser senhor de 500 acres. Eis aí caracterizada a fraude. O agente se coloca em uma situação em que a lei não o apanha. Denunciado o infrator, sofre ele a sanção da lei, porque o ordenamento jurídico não pode permitir que se alcance, indiretamente, aquilo que veda se obtenha de modo direto e frontal”<sup>11</sup> (grifos nossos).

Aprofundando essa conceituação, Pontes de Miranda acrescenta: “A fraude à lei consiste, portanto, em se praticar o ato de tal maneira que eventualmente possa ser aplicada outra regra jurídica e deixar de ser aplicada a regra jurídica fraudada. Aquela não incidiu, porque incidiu essa; a fraude à lei põe diante do juiz o suporte fático, de modo tal que pode o juiz errar. A fraude à lei é infração da lei, confiando o infrator em que o juiz erre. O juiz aplica a sanção, por seu dever de respeitar a incidência da lei (= de não errar)”<sup>12</sup> (grifos nossos).

É que, como salienta Régis Fichtner Pereira, em preciosa monografia sobre o tema: “O ato praticado em fraude à lei, se analisado isoladamente, possui todas as características de um ato que estaria em

*perfeita consonância com a lei*. O agente quer efetivamente praticá-lo e submeter-se a todas as suas conseqüências normais. O problema é que estas conseqüências estarão produzindo o mesmo resultado que o sistema procura evitar através da norma proibitiva”<sup>13</sup> (grifos nossos).

Usualmente, a fraude à lei é utilizada para violar norma *proibitiva*: a venda de bens a descendentes sem anuência dos demais, feita por interposta pessoa; a doação feita à concubina pelo homem casado, realizada pela mesma forma.

Mas a doutrina hoje reconhece que igualmente a norma impositiva pode ser fraudada, como observa Pontes de Miranda: “Se a lei impositiva tem por fim algum resultado, nada obsta a que se inclua na classe das regras jurídicas fraudáveis, pois que o é. As leis de tributação são frequentemente expostas à fraude. Demais, as regras jurídicas impositivas não raro se podem formular de modo proibitivo, e vice-versa – o que apaga, no plano lógico, até certo ponto, a distinção. O que importa é fixar-se qual o resultado que, na lei, se tem por fito (o resultado principal, não os secundários)”<sup>14</sup>.

Identicamente, Régis Fichtner Pereira: “Dentre as normas cogentes, é possível praticar-se fraude à lei tanto com respeito àquelas que enunciam proibições quanto àquelas que impõem comportamentos; ou seja, pode-se praticar fraude à lei contra normas impositivas ou proibitivas, já que se fere por igual a ordem pública quando se deixa de praticar determinado ato que a lei impõe diante de certa situação fática”<sup>15</sup>.

De se ressaltar, por outro lado, que o abuso de poder de controle, na modalidade de desvio de poder, constitui precisamente um ato de fraude à lei, no ensinamento de Comparato:

“115. A aplicação ao direito societário da doutrina do desvio de poder, consagrada no direito administrativo moderno pela iniciativa pioneira do Conselho de Estado francês, constitui uma das grandes conquistas atuais.

“Falando-se de desvio, subentende-se, evidentemente, uma via direta que deixou de ser seguida, para se atingir um alvo ou se chegar a

11. Sílvio Rodrigues, *Direito Civil – Parte Geral*, 17ª ed., vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 240.

12. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 4ª ed., 2ª reimpr., t. I, p. 51.

13. Régis Fichtner Pereira, *Fraude à Lei*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 22.

14. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 4ª ed., 2ª reimpr., t. I, p. 46.

15. Régis Fichtner Pereira, *Fraude à Lei*, cit., p. 28.

um resultado. Supõe-se, pois, antes de tudo, a falha de um objetivo ou finalidade, impostos pelo Direito, ou *aberratio finis legis*, como já foi dito, em paráfrase a consagrada expressão do direito penal. Mas desvio de finalidade, esse, compatível com a observância das regras de procedimento formal, que disciplina o exercício do poder, o que torna o ato particularmente perigoso, pela dificuldade em que se encontram os prejudicados de comprovar a ilicitude. *O desvio de poder consiste, assim, num afastamento não da forma mas do espírito da lei, representando ato típico de "fraus legi", e não "contra legem", segundo a conhecida advertência de Paulo: 'Contra legem facit, qui id facit quo lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit' (D. 1, 3, 29, libro singulari ad legem Cinciam)*<sup>16</sup> (grifos nossos).

4. No caso vertente, a Sociedade "X" não distribuiu dividendos aos seus acionistas há dois exercícios, sendo certo que, a se manter o *status quo*, não poderá distribuí-los no que se refere também ao presente exercício, na assembléia-geral ordinária a ser realizada no ano vindouro, completando-se, pois, o triênio previsto nos Estatutos e no § 1º do art. 111 da Lei de S/A para que os preferencialistas adquiram direito de voto.

De fato, o balancete da Sociedade "X" levantado em ... de ..., p.p. acusa prejuízos acumulados no valor de R\$ 70 MM, além de prejuízos, no exercício, no importe de R\$ 30 MM.

A consequência da aquisição do direito de voto pelos preferencialistas é, na hipótese, decisiva: a perda, ainda que temporária, do controle acionário pelo grupo que hoje o detém, representado por empresas da família que – há muitas décadas – fundou a Companhia.

Com efeito, os preferencialistas (a ora Consultante e outros) passarão a ter a maioria das ações votantes já na próxima assembléia-geral ordinária.<sup>17</sup>

16. Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., 3ª ed., p. 295.

17. Segundo Modesto Carvalhosa, "se o balanço e as demonstrações financeiras publicados apresentarem prejuízo ou lucros insuficientes para distribuição aos acionistas, começa-se a contar daí o prazo aquisitivo do direito de voto, seja para exercício imediato, se omissão o estatuto, seja para exercício futuro, na forma prevista estatutariamente, não excedente a três exercícios" (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., vol. II, p. 359). A aquisição do direito de voto, portanto, dá-se a partir da publicação do balanço que consigne a inexistência de lucros distribuíveis; antes, por-

É à luz dessa realidade, portanto, que os atos praticados pelos atuais controladores devem ser examinados.

5. A única maneira de evitar a perda temporária do controle da Sociedade "X" pelo grupo que hoje o detém é, obviamente, a *distribuição de dividendos* referentes ao presente exercício para os preferencialistas.

Para alcançar esse desiderato, a fórmula engendrada pelos atuais acionistas controladores foi a seguinte: (i) alterar o estatuto da Companhia, convertendo *temporariamente* os dividendos das ações preferenciais em dividendos cumulativos, para que os mesmos possam ser pagos com o importe das reservas de capital, na forma permitida pelo § 6º do art. 17 da Lei de S/A; (ii) reduzir o capital, para absorção dos prejuízos anteriores, a fim de assegurar a distribuição dos dividendos futuros.

Qual foi a justificativa para a distribuição de dividendos, nas circunstâncias em que a Companhia se encontra?

Segundo a proposta apresentada na reunião do conselho de administração, o acordo de acionistas, do qual a consultante é parte, prevê o seguinte, na Cláusula 4.4: "**4.4 Política de Reinvestimentos e de Dividendos** – Respeitados os investimentos previstos no Plano de Negócios e refletidos no Orçamento, os Acionistas farão a Sociedade distribuir dividendos tão logo possível e no maior valor possível, de modo a assegurar o maior retorno possível para os Acionistas que seja compatível com uma administração *prudente* dos negócios da Sociedade (...)" (grifos nossos).

Assim sendo, a "proposta conceitual" dos acionistas controladores, submetida ao conselho de administração, foi a seguinte:

"Visando a atender aos princípios do Estatuto, bem como atender à política *prudente* de dividendos do acordo de acionistas e, finalmente, melhorar a percepção das ações no mercado, propomos:

– absorção de prejuízos acumulados disponíveis até a AGE;

– alteração do Estatuto de forma que as preferenciais Classe 'A' e 'B' sejam cumulativas nos exercícios de 2003 e 2004;

– convocar AGE com 30 dias de antecedência."

tanto, da assembléia-geral ordinária que irá apreciá-lo. Do mesmo sentir Philomeno J. da Costa ("Direito de acionista preferencial", RT 478/41).

Como se vê, os acionistas controladores procuraram agir como se estivessem praticando atos em perfeita consonância com a lei, os estatutos e o acordo de acionistas.

Isoladamente considerados, tais atos parecem irreprocháveis.

Daí a dificuldade apontada por Pontes de Miranda na identificação da fraude à lei: que regras jurídicas devem ser aplicadas na hipótese? As regras prescritas para os atos praticados pelos acionistas controladores, individualmente considerados, ou a regra postergada em virtude de tais atos? O julgador pode errar, aplicando as primeiras; e o fraudador conta justamente com isso.

6. A indagação inicial que cala no espírito do observador, em face do caso em exame, é a seguinte: por que somente agora, às vésperas da aquisição do direito de voto pelos preferencialistas, os controladores aventaram a hipótese de transformar o dividendo das preferenciais em dividendo cumulativo, com o fito de pagá-lo com as reservas de capital?

A indagação justifica-se porquanto, se o objetivo fosse o de dar cumprimento ao acordo de acionistas, distribuindo dividendos “tão logo possível e no maior valor possível”, de acordo com uma “política prudente”, é incompreensível que os controladores não tenham concebido e implementado essa hipótese anteriormente, quando pelo menos os prejuízos não tinham atingido ainda tal magnitude.

Pois isso leva a uma segunda indagação, que se imbrica com a primeira. A Companhia, cujo capital é de R\$ 354 MM, mostra prejuízos acumulados na importância de R\$ 70 MM, além de prejuízos, no exercício, no importe de R\$ 30 MM. Como é possível sustentar ser “prudente”, nessas condições, distribuir dividendos, utilizando-se das reservas de capital, que deveriam até, no caso, ser aplicadas na absorção de prejuízos, nos termos do art. 200, I, da Lei 6.404/1976?<sup>18</sup>

Poder-se-ia objetar que essa seria uma decisão empresarial, sujeita aos critérios de oportunidade e conveniência, cujo mérito o julgador não pode enfrentar.

18. “Art. 200. As reservas de capital somente poderão ser utilizadas para: I – absorção de prejuízos que ultrapassem os lucros acumulados e as reservas de lucros (art. 189, parágrafo único); (...).”

O art. 189, parágrafo único, por sua vez, assim reza: “O prejuízo do exercício será obrigatoriamente absorvido pelos lucros acumulados, pelas reservas de lucros e pela reserva legal, nessa ordem”.

Mas de há muito a doutrina afastou essa objeção, pois para se aferir se uma decisão, administrativa ou assemblear, foi tomada em conformidade com o interesse da companhia permite-se um exame de mérito, limitado, embora, à finalidade específica de se descobrir um vício de legitimidade.

Nesse sentido, em estudo pioneiro, já observava Carnelutti: “Ecco che controllo di merito e controllo di legalità, così profondamente divisi, sembrano tuttavia, a un certo punto, ricongiungersi in una zona mista: *vi si trovano quegli atti, i quali, essendo compiuti con la forma voluta dalla legge, sono determinati da un fine opposto a quello che la legge vuole: atti formalmente legali, sostanzialmente illegali; qui il controllo pare di merito perchè versa sulla convenienza dell'atto, ma non è perchè l'esame della convenienza non rappresenta se non il mezzo per scoprire il fine dell'atto, il cui contrasto col fine voluto dalla legge ne vizia non la convenienza, ma la legittimità*”<sup>19</sup> (grifos nossos).

Galgano alude, a propósito, à máxima da jurisprudência inglesa segundo a qual pode ser anulada “uma deliberação tal que nenhuma pessoa razoável poderia considerá-la útil para a sociedade”, salientando que aí não se postula qualquer controle de mérito, mas a circunstância de que determinada deliberação apareça aos olhos de qualquer pessoa razoável como inútil ou prejudicial para a sociedade é assumida como elemento presuntivo da prova de um abuso cometido pela maioria, a qual se utilizou da posição de poder que ocupa para conseguir vantagens particulares para seus componentes, sem qualquer relação com as exigências da empresa social.<sup>20</sup>

19. Carnelutti, “Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime”, *Rivista del Diritto Commerciale* I/178, 1926.

20. Galgano, *Il Nuovo Diritto Societario*, Pádua, CEDAM, 2003, p. 56. V., ainda, no mesmo sentido: L. C. B. Gower, *The Principles of Company Law*, 3ª ed., Londres, Stevens & Sons, 1969, pp. 574-577; Dominique Schmidt, *Les Droits de la Minorité dans la Société Anonyme*, Paris, Sirey, 1970, pp. 171-172.

Referindo-se a essa mesma máxima, Pier Giusto Jaeger traz à colação as considerações de Trimarchi no sentido de que a aplicação da mesma não dá motivos à preocupação de que o juiz não esteja em grau de efetuar apreciações técnicas, pois o que dele se requer, na hipótese, é apenas “un giudizio di comune buon senso, che qualunque profano può compiere” (*L'Interesse Sociale*, Milão, Giuffrè Editore, 1964, p. 111).

É de se recordar, ainda e sempre, a lição de Comparato:

“119. Não há dúvida de que o poder de apreciação e decisão sobre a oportunidade e conveniência do exercício da atividade empresarial, em cada situação conjuntural, cabe ao titular do controle, e só a ele. Trata-se de prerrogativa inerente ao seu direito de comandar, que não pode deixar de ser reconhecida, como salientamos, em homenagem a uma concepção anárquica, ou comunitária, da sociedade por ações.

“Frequentemente, no entanto, sob a invocação de interesses superiores da sociedade (análoga à invocação da razão de Estado, na esfera política), o que ocorre, na verdade, é o sacrifício dos não-controladores ao capricho ou interesse pessoal dos controladores; (...).”<sup>21</sup>

Em face das circunstâncias do caso concreto, mais acima examinadas, portanto, a presunção que se extrai é a de que a solução engendrada pelos acionistas controladores não visa ao *interesse da companhia* – que, na hipótese, seria, segundo um juízo de prudência, o *fortalecimento da empresa societária*, em detrimento da distribuição de dividendos –, mas, sim, ao *interesse pessoal e extra-societário de manter o controle a qualquer custo*, mesmo que em prejuízo da empresa.

Vale dizer: os indícios todos apontam para a ocorrência de *fraude à lei*, consistente em impedir que atue o comando emergente do § 1º do art. 111 da Lei de S/A, que impõe a atribuição do direito de voto aos preferencialistas.

Aplicando aqui a lição de Sílvio Rodrigues, supracitada: os controladores estão procurando alterar, deliberadamente, *a situação de fato*

21. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., 3ª ed., pp. 306-307. No mesmo diapasão, observam Lamy Filho e Bulhões Pedreira: “Para verificar, em cada caso, a ocorrência de abuso no exercício do direito de voto, é indispensável que o juiz perquirir os fins com que o acionista exerceu o voto, uma vez que a ilegalidade que vicia a deliberação da assembléia-geral consiste em votar com outro fim que não o interesse da companhia. A prova da intenção do acionista somente pode basear-se, evidentemente, em elementos circunstanciais, já que o acionista que exerce o voto com violação da lei não revela sua intenção mas, ao contrário, procura disfarçá-la com a alegação do interesse da companhia. Essa sindicância da intenção do acionista não se confunde com a apreciação do mérito ou da conveniência da deliberação da assembléia: ainda que a decisão tomada pelo acionista ao exercer o direito de voto seja – segundo qualquer critério – errada ou inconveniente para a companhia, seu voto é válido se agiu de boa-fé no interesse da companhia” (*A Lei das S/A*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p. 242).

*em que se encontra a companhia* – de não-pagamento de dividendos – *para fugir à incidência da norma cogente*, que lhes acarretará a perda temporária do controle societário.

7. Essa conclusão é reforçada por mais uma consideração e também pela forma açodada e evasiva com que a administração agiu, atropelando as formalidades legais.

A consideração a ser feita é que, apesar das aparências, a alteração estatutária proposta pelos controladores, conjugada com a redução do capital social, *causa prejuízo* aos preferencialistas.

Esses atos – alteração do estatuto e redução do capital – constituem, na verdade, um ato unitário. A alteração estatutária sem a redução do capital tornaria extremamente improvável a distribuição de dividendos futuros, pondo em risco, assim, a estratégia dos controladores, de manter-se no poder a qualquer custo.

É por isso que a proposta apresentada ao conselho de administração ponderou: “Entretanto, a distribuição de dividendos futuros ficaria dependendo da absorção dos prejuízos anteriores (cerca de R\$ 70 MM até setembro/2003), levando um tempo considerável para absorvê-los”.

Sucede que a base de cálculo do dividendo das ações preferenciais Classe “A”, tituladas pela Consulente, é o capital social,<sup>22</sup> como dispõe o estatuto da Companhia:

“Art. 5º. As ações ordinárias serão nominativas.

“§ 1º. As ações preferenciais Classe ‘A’, que serão nominativas, possuem as seguintes características: (...) III – prioridade na distribuição de dividendos mínimos, não-cumulativos, de 10% (dez por cento) ao ano sobre o capital próprio atribuído a essa espécie de ações, dividendo a ser entre elas rateado igualmente; (...)” (grifos nossos).

A proposta do conselho de administração, encaminhada à assembléia-geral, todavia, estipula o seguinte: “I – a redução do capital social da Companhia no montante total de R\$74 MM, passando o capital social da Companhia de R\$354 MM para R\$279 MM, sendo tal redução proporcional ao valor do capital atribuído a cada espécie e classe de ações (...)”.

22. A base de cálculo das ações preferenciais Classe “B” também é o capital social, nos termos do § 2º, II, do [art. 5º] Estatuto.

Matematicamente, portanto, haverá prejuízo para os preferencialistas. E mais: tal prejuízo tem caráter de permanência.

Com efeito, outra alteração estatutária proposta é a seguinte: “Art. 31. As ações preferenciais Classe ‘A’ e Classe ‘B’ terão direito ao recebimento de dividendos cumulativos nos exercícios sociais de 2003 e 2004, voltando a gozar de dividendos não-cumulativos a partir de 1º de janeiro de 2005, independentemente de reforma estatutária (...)”.

Ou seja: enquanto os dividendos cumulativos são *transitórios*, a redução do capital é *indefinida no tempo*, fazendo com que os preferencialistas venham a receber um dividendo *menor* que o previsto no Estatuto atual até que venha eventualmente a ocorrer um aumento do capital social – o que demandará mais aportes futuros dos preferencialistas para receberem os mesmos dividendos, em valores absolutos, a que têm direito atualmente.

Pode-se afirmar, assim, que os controladores estão tentando promover alteração estatutária e a adoção de políticas ou decisões que não têm por fim o interesse da Companhia, mas visam a causar prejuízo aos acionistas minoritários (art. 117, § 1º, “c”, da Lei 6.404/1976).

8. O esquema alvitado pelos controladores da companhia, todavia, apresenta, a nosso ver, duas falhas.

Em primeiro lugar, a distribuição de dividendos *a menor* não impede a aplicação do § 1º do art. 111 da Lei 6.404.

Essa é, por exemplo, a opinião de Modesto Carvalhosa: “O pagamento de dividendos inferiores ao mínimo ou fixo estatutariamente estabelecidos também enseja a aquisição do direito de voto”.<sup>23</sup>

Assim sendo, mesmo com a planejada distribuição de dividendos, os preferencialistas poderão exercer o direito de voto na assembléia geral ordinária de 2004.

E terão esse direito – e aqui reside a segunda falha do esquema – porque as deliberações que vierem a aprovar as alterações estatutárias em questão serão *ineficazes* até que venham eventualmente a ser ratificadas em assembléia dos preferencialistas, na forma do art. 136, § 1º, da Lei de S/A (o que parece não ser o caso, eis que a Consulente, que

se opõe às alterações, é titular de 50,40% das ações preferenciais Classe “A” da Companhia).

Como se sabe, o exame dos atos jurídicos deve ser feito em três planos diversos: o da existência, o da validade e o da eficácia<sup>24</sup> – consistindo esta última na aptidão do ato de produzir efeitos jurídicos.

Há determinados atos que, embora válidos, dependem de uma *condição de eficácia* para produzir efeitos, exterior ao próprio ato. Não se cuida de uma *condição suspensiva* propriamente dita, mas sim de uma *conditio juris*, ou seja, de um evento futuro e incerto previsto na própria figura legal do negócio.<sup>25</sup>

No direito societário, de maneira geral, a doutrina entende como sendo *ineficazes* as deliberações que alterem, ou sejam suscetíveis de alterar, *direitos especiais* dos sócios, sem que estes consentam.<sup>26</sup>

A Lei 6.404/1976 seguiu expressamente essa orientação, como se verifica do disposto no art. 136, II, c/c o § 1º, *in verbis*:

“Art. 136. É necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, (...) para deliberação sobre: (...) II – *alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de classe nova mais favorecida; (...)*.”

24. Cf. as obras fundamentais de Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, e *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, tese de titularidade na Faculdade de Direito da USP, 1986.

25. Antônio Junqueira de Azevedo dá como exemplos de *conditiones juris* o casamento, no pacto antenupcial e na doação *propter nuptias* (arts. 256, parágrafo único, I, e 1.173 do CC de 1916), e a não-revogação, até o momento da morte, do testamento (art. 1.626 do CC de 1916) (cf. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, cit., p. 116, nota 47).

26. Cf. Ascarelli, “Vícios das deliberações assembleares – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, no clássico *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva, 1945, pp. 395-417, citando vários autores na p. 400, nota 7.

O ilustre Mestre fazia referência expressa ao art. 106 do Decreto-lei 2.627/1940, que tinha a seguinte redação: “Art. 106. As alterações nas preferências ou vantagens conferidas a uma ou mais classes de ações preferenciais mais favorecidas *dependem da aprovação* de possuidores de metade, pelo menos, do capital constituído pelas classes prejudicadas, tenham ou não, pelos estatutos, direito de voto, reunidos em assembléia especial, convocada e instalada com as formalidades prescritas nesta lei” (grifos nossos).

23 Modesto Carvalhosa. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., vol. II, p. 358.

“§ 1º. Nos casos dos incisos I e II, *a eficácia da deliberação depende* de prévia aprovação ou da ratificação, em prazo improrrogável de 1 (um) ano, por titulares de mais da metade de cada classe de ações preferenciais prejudicadas, reunidos em assembléia especial convocada pelos administradores e instalada com as formalidades desta lei” (grifos nossos).

As modificações estatutárias propostas pelos acionistas controladores da Sociedade “X” (redução de capital e alteração do dividendo) reduzem, como se demonstrou, as vantagens das ações preferenciais, diminuindo a base de cálculo dos dividendos.

A deliberação que as aprovar, pois, *não produzirá qualquer efeito* até sua eventual – e improvável – ratificação.<sup>27</sup>

Não produzindo efeitos, os preferencialistas poderão exercer o direito de voto na assembléia-geral ordinária de 2004.

9. A forma apressada e arguciosa com que se houve a administração da Companhia, como se ressaltou, completa o quadro indiciário hábil a reforçar a conclusão deste parecer.

Antes de mais nada, foi desrespeitada a determinação – também imperativa – constante do § 3º, c/c o inciso III, do art. 163 da Lei 6.404/1976, do seguinte teor:

“Art. 163. Compete ao conselho fiscal: (...) III – *opinar sobre as propostas dos órgãos de administração*, a serem submetidas à assembléia-geral, *relativas à modificação do capital social*, emissão de debêntures ou bônus de subscrição, planos de investimento ou orçamentos de capital, *distribuição de dividendos*, transformação, incorporação, fusão, ou cisão; (...).

“(…).

“§ 3º. Os membros do conselho fiscal *assistirão* às reuniões do conselho de administração, se houver, ou da diretoria, em que se devam deliberar sobre os assuntos em que devam opinar (ns. II, III e VII)”.

27. Nessa hipótese verifica-se o que a doutrina denomina de “ineficácia pendente” (Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, cit., p. 117), ou, se se preferir, “eficácia suspensa” (Francesco Santoro-Passarelli, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, 9ª ed., Nápoles, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1986, p. 261; Vasco da Gama Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, Coimbra, Atlântida Editora, 1976, p. 146, nota 49).

Segundo demonstra a ata da reunião do conselho de administração que nos foi apresentada, nenhum membro do conselho fiscal – em especial aquele eleito pela Consulente – assistiu à reunião do conselho de administração em que se deliberou aprovar a proposta de alteração estatutária em discussão, *por falta de convocação de qualquer um deles*.

Além disso, em matéria dessa envergadura, foi convocada uma reunião do conselho fiscal para apenas três dias após a mencionada reunião do conselho de administração, *pelo diretor financeiro da Companhia*, que, obviamente, não tinha competência para fazê-lo, sendo tal atribuição privativa do presidente do conselho, em face da indelegabilidade dos poderes dos órgãos da Companhia, determinada pelos arts. 139 e 163, § 7º, da Lei de S/A. Essa convocação é, evidentemente, írrita.<sup>28</sup>

Ainda que assim não se entendesse, não foi disponibilizada ao conselheiro fiscal indicado pela Consulente a documentação por ele solicitada, necessária à formação de seu convencimento. As questões por ele formuladas à administração e aos auditores independentes, de outra parte – a maioria delas respondida evasivamente, diga-se de passagem – nos parecem relevantes e, longe de refugir à competência do mencionado conselheiro, demonstram sua preocupação *com o interesse da companhia*, que os membros do conselho têm o dever de perseguir, a teor do disposto no § 1º do art. 165 da Lei 6.404/1976.

De se relembrar, a propósito, trecho de julgado do egrégio TJSP, relatado pelo eminente Des. Luís de Macedo, quando ainda não havia sido estabelecida em lei a competência individual dos membros do conselho fiscal para fiscalizar os atos dos administradores: “Tais considerações são de inteira e manifesta procedência. Num órgão colegiado fiscalizador da gestão administrativa, negar-se acesso ao representante da minoria a informações tidas por ele como necessárias para o desempenho de suas funções será, no mínimo, anular o efeito que se pretende com a eleição, por essa minoria, de um seu representante”.<sup>29</sup>

O desrespeito às formalidades legais apontadas vicia, a nosso ver, as deliberações tomadas no conselho de administração e no conselho fiscal.

28. A doutrina entende que a falta de competência para convocação acarreta a nulidade do conclave. Assim, na hipótese de assembléia, cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª reimpr., t. L, § 5.322, item 6, p. 287.

29. Apud Nelson Eizirik, *Sociedades Anônimas: Jurisprudência*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p. 734.

É que as deliberações coletivas estão sujeitas a determinado *procedimento*, cuja observância se impõe como *condição de validade* das mesmas.

O consagrado mestre José Luiz Bulhões Pedreira, co-autor do anteprojeto que se transformou na Lei 6.404/1976, assim esclarece esse conceito:

“O processo de deliberação coletiva pressupõe – por natureza – um grupo de pessoas e um *procedimento* que organize em ato coletivo os atos de vontade dessas pessoas. O efeito desse procedimento é a *formação da vontade social do grupo* – expressão que não significa vontade de um ser substancial distinto dos membros do grupo social, mas conjunto organizado de atos de vontade dos membros do grupo. O que distingue o agregado de atos individuais de vontade da deliberação coletiva é que nesta os atos individuais são organizados *por efeito do procedimento de formação da vontade social*.

“(…).

“Para que exista deliberação social é necessário que os sócios se manifestem sobre proposta de deliberação na qualidade de membros do grupo e com o fim de definir a vontade social, o que pressupõe um procedimento que organize seus atos”<sup>30</sup> (grifos nossos).

É evidente que o procedimento estabelecido na lei não está ali por acaso.

Na hipótese vertente, a presença de um ou mais membros do conselho fiscal na reunião do conselho de administração poderia, eventualmente, em função de argumentos apresentados, dissuadir os conselheiros de administração, ou ao menos esclarecê-los. Os conselheiros fiscais, de outra parte, ficariam previamente inteirados da proposta da administração, podendo desde logo solicitar a documentação necessária para que pudessem, posteriormente, deliberar com segurança na reunião do seu próprio órgão.

30. José Luiz Bulhões Pedreira, parecer intitulado “Deliberação de sócios-quotistas de transformar limitada em S/A”, in Lamy Filho e Bulhões Pedreira, *A Lei das S/A*, cit., 2ª ed., p. 550. Luiz Gastão Paes de Barros Leães também ressalta o fato de ser a deliberação um “ato complexo ou procedimental” no parecer intitulado “Vícios em assembléia-geral ordinária”, in *Estudos e Pareceres sobre Sociedades Anônimas*, São Paulo, Ed. RT, 1989, p. 164.

A ausência da documentação hábil ao exame das propostas da administração impede, outrossim, manifestação válida do conselho fiscal, eis que, para opinar, seus membros devem ter à disposição, por óbvio, todas as informações necessárias.

10. Por derradeiro, o Contrato de Concessão ..., celebrado entre a Sociedade “X” e a “Agência Reguladora”, dispõe, taxativamente, em sua Cláusula Quinta, inciso XV, o seguinte: “**Cláusula Quinta – Obrigações e Encargos da Concessionária.** Além de outras obrigações decorrentes da lei e das normas regulamentares específicas, constituem encargos da Concessionária, inerentes à concessão regulada por este contrato: (...) “XV – *submeter à prévia aprovação da ‘Agência Reguladora’ qualquer alteração de seu Estatuto Social*, transferência de ações do bloco de controle societário que implique mudança desse controle, bem como reestruturação societária da empresa”.

Não parece haver dúvidas, assim, acerca da necessidade da prévia aprovação da “Agência Reguladora” à alteração proposta, dos estatutos sociais da Sociedade “X”.

Essa ausência de aprovação poderá, na hipótese, acarretar a *ineficiência* da deliberação assemblear de alteração estatutária.

Passamos, assim, a responder aos quesitos formulados pela Consulente.

## RESPOSTAS AOS QUESITOS

a) *Considerando os documentos enviados a V. Sas., notadamente as cartas trocadas entre o conselheiro fiscal indicado pela Consulente, os demais membros do conselho fiscal, administrador da Companhia e auditores independentes, bem como a realização de reunião do conselho de administração da Sociedade “X” (ato preparatório à convocação da AGE em referência) sem a notificação aos membros do conselho fiscal da Companhia e, por essa razão, sem a presença de nenhum deles, há algum vício insanável no processo que deságua na convocação da AGE da Companhia para o dia ... de dezembro (a impedir sua realização), notadamente em vista do disposto nos arts. 163, I e III, e § 3º, 164, parágrafo único, e 173, § 1º, todos da Lei de S/A?*

R.: Sim, pelas razões expostas no parecer.

b) *A manifestação do conselho fiscal que se seguiu à reunião do conselho de administração da Companhia também está contaminada pelo vício anterior, considerando que a ela não compareceu o conselheiro fiscal indicado pela Consulente, uma vez que convocado irregularmente pelo diretor financeiro da Companhia (e não pelo presidente do conselho fiscal), assim como não haviam sido disponibilizados os documentos solicitados por dito conselheiro para poder deliberar com segurança na reunião do citado colegiado? Verificada a existência, isolada ou cumulativa, de qualquer dos vícios aludidos nos quesitos antecedentes, há a possibilidade de ulterior manifestação da assembléia vir a saná-los, ou seja, tais vícios admitem alguma espécie de convalidação?*

**R.:** A manifestação do conselho fiscal também está contaminada. Não há possibilidade, evidentemente, de a assembléia sanar esses vícios, substituindo-se, por exemplo, ao conselho fiscal, cuja competência é exclusiva e indelegável, nos termos do art. 163, § 7º, da Lei de S/A.

c) *Considerando a proposta de redução de capital – nos termos em que apresentada pela administração da Sociedade “X” –, é certo que a mesma configurará uma redução proporcional/significativa da parcela do capital social atribuído às ações preferenciais, reduzindo-se, adiante, o dividendo mínimo/fixo pagável a esta mesma classe de ações? Admitindo que a redução do capital social impacta a base de cálculo sobre a qual o dividendo é apurado, há razão suficiente para realização da assembléia especial de que trata o § 1º do art. 136 da Lei de S/A, visto que tal proposta contém um “benefício” iminente provisório, porquanto destinado a durar apenas dois anos, ao passo que o prejuízo é permanente, pois a alteração da base de cálculo opera efeitos agora e para o futuro?*

**R.:** A redução de capital configurará diminuição do dividendo mínimo/fixo pagável às ações preferenciais, em caráter permanente, como demonstrado no corpo do parecer, impondo-se, por consequência, a realização da assembléia especial prevista no § 1º do art. 136 da Lei de S/A.

d) *A simples zona cinzenta (dívida) sobre a existência de prejuízos na hipótese já seria razão suficiente para a realização da mencionada*

*assembléia especial, quando mais não seja na hipótese concreta em que os minoritários/preferencialistas estão a meses de alcançar o direito de voto de que trata o § 1º do art. 111 da Lei de S/A? Quais as consequências que decorrem da não-realização – prévia – da aludida assembléia de preferencialistas?*

**R.:** Não nos parece haver qualquer zona cinzenta na hipótese. A redução do dividendo das preferenciais, em caráter permanente, é matematicamente comprovável. De qualquer forma, a simples zona cinzenta importaria, obviamente, a realização da assembléia especial, como já entendeu o próprio colegiado da CVM, em julgado da lavra do eminente societarista Dr. Luiz Antônio Sampaio Campos, do seguinte teor:

“Mas, havendo divergência entre os acionistas titulares de ações preferenciais a respeito do real benefício que lhe traria a alteração dos dividendos, entendo, no caso, necessária a realização de assembléia especial, mesmo para evitar a injusta situação em que os acionistas cujos direitos específicos são atingidos diretamente pela alteração proposta serem os únicos a não se manifestar, quando esse é justamente o fundamento da assembléia especial. Sendo inquestionável o benefício, evidentemente não se exige a assembléia especial.

“Recordo, ainda, que a assembléia especial, nos termos da lei, deve ratificar a deliberação da assembléia-geral extraordinária no prazo de um ano, findo o qual perderá a validade” (Processo CVM/RJ-2001/1.1267 – grifos nossos).

A consequência da não-realização da assembléia especial de preferencialistas é, a teor do que se extrai do § 1º do art. 136 da Lei de S/A, a ineficácia da deliberação que alterar seus direitos.

e) *As propostas objeto da convocação requerem, no todo ou em parte, a aprovação prévia da “Agência Reguladora” (nos termos do disposto na Cláusula 5ª, XV, do Contrato de Concessão ...? Esse fato também aponta para outra causa de ineficácia da futura deliberação assemblear a respeito do tema?*

**R.:** Sim, qualquer alteração estatutária deve ser aprovada previamente pela “Agência Reguladora”, nos termos do disposto na cláusula apontada. A falta dessa aprovação também aponta para outra causa de ineficácia da futura deliberação assemblear a propósito do tema.

f) *A mecânica dos eventos presentes no Edital de Convocação – a verdadeira gênese da proposta nesse particular – leva à conclusão sobre a existência de fraude à lei, consubstanciada no aspecto da transitoriedade do pagamento de dividendos para evitar a aquisição do direito de voto de que trata o § 1º do art. 111 da Lei de S/A? E se se pode admitir que tal direito opera como sanção à prolongada ineficiência da gestão administrativa da Companhia, sendo a pretensão da Consulente tutelável nos termos do art. 109, I e III, e § 2º?*

**R.:** Todos os indícios, como demonstrado no corpo do parecer, apontam para a ocorrência de fraude à lei, consistente em impedir que os preferencialistas adquiram direito de voto, como determina o § 1º do art. 111, que é *ius cogens*. Tal direito opera, sim, como sanção à prolongada ineficiência da gestão administrativa da companhia, sendo a pretensão da Consulente, pois, tutelável com fundamento nas disposições apontadas (art. 109, I e III, e § 2º, da Lei de S/A).

7. *Considerando os quesitos “a”, “b” e “f”, supra, há indícios da existência de abuso de poder de controle na hipótese?*

**R.:** Sim, a teor do disposto no art. 117, § 1º, “c”, da Lei de S/A.

É o parecer, s. m. j.

São Paulo, 11 de novembro de 2003

### III – PALESTRAS

*III – 1. Empresa, Empresário e Estabelecimento. A Nova Disciplina das Sociedades*

*III – 2. Aspectos Atuais das Sociedades por Quotas. Invalidez das Deliberações Sociais*

*III – 3. Pontes de Miranda e o Direito Societário*

*III – 4. O Conceito de “Benefício Particular” e o Parecer de Orientação 34 da CVM*