

Doutrina

SOCIEDADES ANÔNIMAS

Direitos Essenciais dos Acionistas

José Rubens Costa

Professor da FDUFG e da UCMG

1. INTRODUÇÃO

O acionista é submetido à vontade da maioria nas sociedades por ações, assim como o indivíduo vive sob as deliberações da maioria nas sociedades democráticas. Com o seu voto, de cidadão ou de acionista, ele contribui para a deliberação social. A Constituição é a lei máxima para os cidadãos; e, o Estatuto, a lei maior da sociedade anônima. Sob o império destes diplomas, vivem as sociedades políticas e as empresariais. A omissão do acionista ou do cidadão poderia, contudo, criar à maioria participante um direito absoluto que significasse a exclusão de qualquer direito à minoria?

Do ponto de vista político, encontramos uma barreira nos chamados "direitos e garantias individuais", estabelecidos em todas as Constituições democráticas. Nas sociedades anônimas, encontramos os denominados "direitos essenciais", que são aqueles insuprimíveis, seja pela vontade ativa da maioria, seja pela vontade passiva da minoria, que não pode renunciar a eles.

Afirma-se, portanto, que há certos direitos que escapam à formulação dos estatutos de uma sociedade e, por conseguinte, ao poder soberano da maioria constituída. Outros direitos, porque disciplinados nos estatutos, importam, outrossim, na negativa de seu controle e modificação pela maioria, em detrimento da minoria. Assim expõe Michel Meyssan: "Il est bien évident tout d'abord que la majorité ne peut rien contre les droits que l'actionnaire détient en vertu des lois d'ordre public dans le pays où a été constituée la société. C'est ainsi qu'en France l'actionnaire ne peut être privé de son droit de vote. Mais il arrive que l'on admette que certains droits attribués par les statuts ou le contrat d'émission se-

ront immuables ou ne pourrnt être modifiés par la seule décision de l'assemblée générale" (06/81).

No mesmo sentido a lição de **Georges Ripert**, para quem alguns direitos são criados pela lei e outros são firmados pela jurisprudência, em socorro aos acionistas lesados (09/688).

Para **Cunha Peixoto**, a matéria implica na própria estrutura da sociedade anônima, oferecendo as mais variadas soluções. Escreve: "Na verdade, de um lado está o próprio conceito de sociedade anônima, onde predomina o Governo da maioria, devendo, pois, a minoria, acatar suas deliberações, mas, de outro, não se justifica mais um poder absoluto desta maioria, sem nenhuma defesa por parte da minoria. A tendência hoje (e foi a orientação seguida pela lei brasileira) é o governo da sociedade pela maioria, podendo esta dispor como entender, ressaltando, entretanto, determinados direitos, que pertencem aos acionistas como uma homenagem à minoria. Neste capítulo, a maioria torna-se inoperante. Os direitos são indeclináveis, mesmo por iniciativa do acionista, pois o contrário viria alterar os próprios fundamentos da sociedade" (07/326).

Tais direitos são individuais e não sofrem a vontade da maioria. Para **Ferri**, "il diritto individuale sorge dal contratto sociale e non può essere soppresso dalla maggioranza impera sovrana" (04/191).

Autores como **Meysan** atribuem uma origem alemã à teoria dos direitos individuais ou essenciais. Contudo, **Brunetti** é categórico em pregar a origem como italiana: "La teoria dei diritti individuali è stata elaborata in Italia, specialmente dal **Vighi** ('I Diritti Individuali degli Azionisti', Parma, 1902, pág. 30 seg.) ma alla distinzione, da lui accolta fra diritti individuali legali e statuari, sembra preferibile contrapporre quella fra individuali e sociali" (01/414).

Em defesa destes direitos, esclarece **Vivante**, o acionista "ha un'azione giudiziaria sia per essere reintegrato nel loro esercizio sia per chiedere il risarcimento ove quella reintegrazione non sia più possibile" (12/214). E completa: "Il complesso di questi diritti costituisce il valore dell'azione, perchè è evidente che se gli organi sociali potessero impedire l'esercizio, non solo il diritto dell'azionista resterebbe impunemente soverchiato ma il valore dell'azione resterebbe pregiudicato fino a perdersi del tutto" (12/214).

Os direitos essenciais são, portanto, resguardados da vontade da maioria, sejam eles amparados pela lei, pelos estatutos ou pela renovação do direito realizada pela jurisprudência dos Tribunais. Acentua **Waldemar Ferreira** que "esses direitos são próprios de todo acionista, e, por isso mesmo, inderrogáveis assim pelos estatutos como pela assembléa geral, muito menos pela diretoria" (03/1377).

E esclarece **Garó**: "En los pueblos que se regulan por sistemas democráticos la mayoría impone gobierno; pero este gobierno no puede en modo alguno considerarse con poderes tan exorbitantes como para no respetar derecho alguno, pues no puede vulnerar lo que acuerda la Constitución a los ciudadanos en caracter de inalienables e intangibles. Otro tanto ocurre con las sociedades anónimas: la mayoría gobierna, pero existen derechos individuales o de la minoría de accionistas que no pueden desconocerse sin violar la ley o los estatutos, o los principios de ética que exigen buena fe en los tratos, sin alterar los fundamentos mismos de la cooperación que es, a su vez, la base de la entidad" (05/566).

2. FUNDAMENTO

Em que se fundamentam os direitos essenciais? Em princípio, a teoria contratualista da sociedade pretendeu ver, nos direitos essenciais, um efeito dos contratos. Ao ser formada a sociedade, contratualmente, estes direitos seriam estabelecidos. Contudo, a lei das sociedades por ações permite a modificação dos estatutos pela vontade da maioria e proíbe, a contrário, qualquer cláusula que vise impedir a possibilidade da alteração estatutária, donde se percebe que a teoria contratualista da formação da sociedade se encontra ultrapassada.

A teoria predominante no direito moderno é a de que os direitos essenciais (1) decorrem de um status de sócio (2). Já observamos que as sociedades se comparam aos Estados democráticos. E, assim, como há direitos do cidadão que o poder político deve respeitar, o acionista tem certos direitos que o poder constituído da sociedade deve, também, respeitar (3). Uma das objeções a esta teoria reside no fato de derivarem os direitos do cidadão do direito natural e são inerentes à sua condição humana. Ao passo que os direitos essenciais do acionista derivam do direito positivo, pelo que a comparação não seria válida. A crítica não infirma a teoria. Se é certo que os direitos individuais do cidadão decorrem do direito natural, não menos certo é que a noção de direito natural é muito imprecisa e necessita, por conseguinte, de uma regulamentação de direito positivo para que se determinem quais são estes direitos naturais inerentes à condição humana. Da mesma forma, portanto, o direito

(1) A denominação "direitos essenciais" está na Nova Lei das Sociedades Anônimas (art. 109 e segs.). No Direito italiano recebem o nome de "diritti individuali" (01/414); no alemão, "Sonderrechte" (10/374); no francês, "droits individuels" (09/688); no inglês, "entrenched rights" e no espanhol, "derechos individuales" (06/81).

(2) Cf. **Brunetti** (01/413). V. **Cunha Peixoto** (07/325 e seg.). **Waldemar Ferreira** (03/1372 e seg.) e **Miranda Valverde** (10/374 e seg.).

(3) Cf. **George Ripert**: "La comparaison de la société à un État de constitution démocratique permet de donner un autre fondement aux droits de l'actionnaire. De même qu'il existe des droits de l'homme et du citoyen que le pouvoir politique doit respecter, l'actionnaire a des droits individuels que le pouvoir continué de la société ne peut pas supprimer ou restreindre" (09/688). V. **Eduardo de Carvalho** (02/338).

positivo cataloga os direitos essenciais de cada acionista dentro da sociedade, como inerentes à sua condição, ao seu *status*, de sócio.

A criação das sociedades, dos entes jurídicos societários, outrossim, como obra do Estado, reveste-se de um caráter de ordem pública em seus princípios norteadores. E o Estado não pode permitir aos indivíduos que seus princípios basilares sejam desconhecidos e inaplicados. Por conseguinte, divisando, o Estado, direitos essenciais ao acionista como tal, a defesa e uso destes direitos constitui uma autêntica defesa da manutenção da construção jurídica positiva em sua normalidade.

Escreve Waldemar Ferreira, a propósito: "Viu Tullio Ascarelli nessa posição do acionista, como de qualquer sócio no âmbito social, pressuposto de ulteriores direitos e obrigações, idêntico ao que se tem havido como constituindo o *status*. É o estado de sócio, *status socii*, a que Antígono Donati aplicou a clássica teoria dos quatro *status civitatis* de Jellinek, na esfera do direito público" (03/1372) (4). Dessa maneira, tornando-se acionista de uma sociedade, incorpora-se-lhe um *status socii*, pelo que a maioria deve respeitar os direitos daí decorrentes.

3. DETERMINAÇÃO DOS DIREITOS ESSENCIAIS

Do direito positivo decorrem os "*Sonderrechte*" do acionista, variando a sua determinação de acordo com a política legislativa adotada.

Em princípio, de um modo genérico, várias divisões são aceitas, embora, como salienta Trajano Valverde, sejam dificilmente classificáveis (10/72).

Segundo a explanação feita por Valverde da teoria de Gierke (5), é possível distribuir por três ordens as relações jurídicas entre os acionistas e a sociedade: "a) Relações que a sociedade tem com o acionista, como pode ter com qualquer terceiro ou estranho a ela, pelo que a "vontade coletiva" não exerce nenhuma influência na "vontade individual"; ambos, sociedade e acionista, estão face a face, no mesmo pé de igualdade; b) relações em que predomina a "vontade social ou coletiva" sobre a "vontade do acionista"; c) relações em que há necessidade de concordância da "vontade social" com a vontade do membro ou acionista, para a modificação ou a extinção delas, ou a criação de novas" (10/373).

Valverde critica a distinção, afirmando que na primeira categoria entram direitos comuns estranhos à constituição e funcionamento típico da sociedade. Seriam, por exemplo, contratos feitos pela sociedade com terceiros ou com seus próprios acionistas, mas na qualidade de ter-

(4) V. Brunetti (01/413).

(5) Cf. Trajano Valverde (10/374) e Cunha Peixoto (07/326).

ceiros. Logo, não adianta de nada na determinação dos "*diritti individuali*". Quanto à segunda e à terceira categorias, os direitos nelas se confundem, sendo difícil e complexo precisar a qual delas pertence determinado direito. Finaliza ao frisar que a lei e os estatutos é que discriminam os direitos e as obrigações que competem ao acionista e à sociedade.

Para Valverde, "não basta dizer que há direitos dos acionistas que podem ser modificados ou suprimidos pela vontade coletiva, expressa pela voz da maioria, e outros há que o não podem ser sem o consentimento de todos ou de certos acionistas" (10/373). Direitos há que o próprio acionista não pode ceder ou transigir a respeito. Quanto aos direitos que não podem ser suprimidos e nem mesmo renunciados, diz-se que são os "*Sonderrechte*", cujo estudo foi amplamente realizado na Alemanha. Pelo artigo 35, do Código Civil alemão, direitos essenciais são aqueles que não podem, sem o consentimento do acionista, ser suprimidos ou modificados ("*Sonderrechte eines Mitglieds können nicht ohne dessen Zustimmung durch Beschluss der Mitgliedsversammlung beeinträchtigt werden*"). Donde se conclui que, no Direito alemão, os direitos individuais ou essenciais podem ser renunciados pelo acionista.

Para a lei suíça, igualmente, os direitos próprios podem ser suprimidos, se houver a concordância do acionista. Expresso no Código das Obrigações, de 1936, art. 646: "*Les actionnaires ne peuvent être privés sans leur assentement des droits acquis attachés à leur qualité d'associés*".

No Direito italiano, para Brunetti, "*sono individuali quelli insiti nell'ordinamento giuridico della società, dei quali i suoi organi non hanno potere di disporre*" (01/414).

Segundo a antiga Lei das Sociedades Anônimas, Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, a distinção é mais rigorosa, porque invalida o consentimento do acionista em dispor dos direitos essenciais, no que é seguida pela nova lei (art. 109).

Na França, os "*droits individuels*" foram precisados por E. Thaller. Esclarece Waldemar Ferreira a posição deste tratadista francês: "O de tratar com sociedade regular, de onde o de intentar ação de nulidade dos estatutos ilegais. O de não ser dela excluído sem compensação, permanecendo os outros, de molde a não se apropriarem do produto natural de sua parte, de onde o direito aos dividendos. O de ter o seu risco limitado ao montante nominal de suas ações. Enfim, o de conservá-las ou negociá-las" (03/1375).

Desta forma, foram desenvolvendo, os doutrinadores, a classificação especificada dos direitos essenciais (6).

(6) V. Ripert (09/689) e Brunetti (01/415).

A antiga lei brasileira, da mesma forma, havia enumerado os direitos próprios do acionista, e inerentes ao seu estado de sócio, conforme preceituava o art. 78. Eram eles: a) Direito aos lucros sociais; b) direito de fiscalização; direito de recesso. Em outros artigos precisava certos direitos conferidos a determinada classe de acionistas, como por exemplo, o direito de voto que não pode ser suprimido ao titular de ações ordinárias, e que pode ser suprimido ao titular de ações preferenciais.

O mesmo tratamento é dado pelo art. 109, da lei vigente. Desta forma, analisaremos os artigos da lei revogada, bem como a sua colocação pela atual, em confronto com a situação existente em outros países.

4. COMPARAÇÃO

A nova Lei das Sociedades Anônimas segue a mesma sistemática do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. Os cinco itens do art. 109, da Lei 6.404, e do art. 78, do Decreto-lei nº 2.627, classificam os direitos essenciais ou indisponíveis, conforme a finalidade do lucro social ou a intervenção na administração da sociedade. Para Meyssan, esta é a posição fundamental de uma sociedade de ações: há acionistas que apenas se interessam pela rentabilidade do investimento e outros que pretendem participar da vida da sociedade. Os primeiros teriam uma participação mais definida e segura, embora um pouco menos rentável; os segundos, uma participação menos segura e os riscos pela condução da empresa, o que lhes poderia tornar o investimento, se menos seguro e estável, mais rendoso.

Escreve o tratadista francês: "*Ces deux catégories de capitalistes remplissent des fonctions économiques complémentaires. Les uns financent les entreprises, les autres les gèrent. La loi devrait donc mettre à la disposition de ces deux catégories de souscripteurs des titres qui leur conviennent tout en respectant l'intérêt des tiers et plus généralement l'équité*" (06/10).

Mas, na realidade, a lei revogada, nos direitos essenciais, não se prendia a uma aproximação com a doutrina de Meyssan, porque não se percebia a rigorosa distinção entre os que administravam e os que apenas participavam dos lucros. E o único direito essencial, no que toca à condução da sociedade, importava somente na fiscalização da "gestão dos negócios sociais".

Algumas diferenças de técnica redacional são apresentadas pelo novo diploma. Quanto ao direito de participar dos lucros sociais, "observada a regra de igualdade de tratamento para todos os acionistas da mesma classe ou categoria" (art. 78, a, Decreto-lei nº 2.627), suprimiu-se esta parte final (art. 109, I), porque desnecessária. É evidente que o acionista recebe, observada a regra de igualdade para cada classe.

No direito de preferência, limitado pela lei revogada, à subscrição de ações, no caso de aumento de capital, há um acréscimo no texto atual: "Art. 109. Nem o estatuto social, nem a assembléia geral poderão privar o acionista dos direitos de: IV - preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações; debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172". Aumentado, pois, no que importa a debêntures, bônus e partes beneficiárias, quando conversíveis em ações. O direito de preferência é regulado pelos arts. 171 e 172. Por este último, o estatuto da companhia aberta poderá prever a emissão, sem direito de preferência para os antigos acionistas, se já obtida anteriormente autorização para o aumento de capital. Em se tratando de companhia fechada, poderá ser prevista a supressão do direito de preferência, através de lei especial sobre incentivos fiscais, conforme esclarece o seu parágrafo único.

Ainda ocorre na nova lei uma melhor explicitação de insuprimibilidade dos direitos ali resguardados. No parágrafo segundo, do art. 109, temos: "Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia geral". Na lei revogada constava apenas "não podem ser elididos pelos estatutos" (parágrafo único, art. 78). O texto atual é mais claro, acrescentando a assembléia geral, se bem que para que esta pudesse elidir os direitos essenciais seria necessária uma modificação nos estatutos e, conseqüentemente, importaria na proibição legal.

Desta forma, os tratadistas são bem claros, nos comentários à lei revogada, em considerar uma e outra hipótese. Cunha Peixoto afirma: "O direito não teria significação se não houvesse sempre uma ação capaz de lhe garantir a efetividade. Do contrário, correríamos o risco de ver nossos direitos impunemente violados. Ora, se os estatutos ou a assembléia pudessem suprimir as ações ou processos capazes de tornar efetivos os direitos estabelecidos na lei aos acionistas, não seriam eles intangíveis" (07/337).

Podemos concluir, portanto, que a lei nova não guarda distância com a lei antiga no que toca à simples definição dos direitos individuais.

5. PARTICIPAR DOS LUCROS SOCIAIS

As sociedades comerciais se caracterizam pela finalidade lucrativa (art. 2º, Lei 6.404) e, por conseguinte, nenhum sócio pode ser excluído do direito de participar dos lucros sociais. O modo e forma de participação são determinados pela lei e pelos estatutos, observada a regra de ordem pública estabelecida pelo § 1º, do art. 109, da Lei 6.404 (art. 78, a, Dec.-lei 2.627), pela qual "as ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares".

O caráter deste direito, explica Ripert, é que o acionista faz uma

entrada na sociedade com "le dessein de participer aux bénéfices qui seront réalisés par l'emploi du capital social" (09/696).

O direito do acionista é condicionado à existência de lucros líquidos (art. 131, § 1º, Dec.-lei 2.627, e art. 201, § 1º, do anteprojeto). Qualquer distribuição de dividendos aos sócios, com inobservância da existência de lucros líquidos, implica responsabilidade solidária dos administradores e fiscais, que deverão repor à caixa social a importância distribuída, sem prejuízo da cabível sanção penal.

O exercício social, conforme determina o art. 175, terá a duração de um ano e a data do término será fixada no estatuto. A lei estabelece a obrigação anual de levantamento da situação financeira social, demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados, demonstração do resultado do exercício e das origens de aplicação dos recursos (art. 176). À apuração da situação financeira compreende o direito do sócio de participar, no mesmo período, anualmente, do lucro líquido apurado no exercício.

À falta de lucro líquido no exercício, o sócio só terá direito a dividendos no caso de lucros líquidos acumulados de exercícios anteriores ou se houver reserva de lucros acumulados. Nesta hipótese, deverá ser obedecida a prioridade das ações preferenciais, se previsto no estatuto, na distribuição de dividendos cumulativos à conta das reservas de capital (art. 201).

Na assertiva de Valverde, "esse direito à participação periódica no lucro líquido decorre, pois, do sistema jurídico de funcionamento da sociedade anônima e é um dos princípios básicos da economia capitalista" (11/379).

Na lei revogada competia à assembléia geral, por proposta da diretoria, e ouvido o conselho fiscal, determinar o montante da distribuição dos lucros, caso não existisse fixação prévia no estatuto. De qualquer forma, a palavra final cabia à assembléia, porque a esta competia modificar os estatutos quanto à disposição relativa à fixação e distribuição dos lucros. À primeira vista, poder-se-ia entender válida a suspensão indefinida da distribuição dos lucros. Mas, se a característica das sociedades anônimas é a finalidade lucrativa, a suspensão viria contrariar a própria essência da companhia. Assim, em caso de suspensão indefinida da distribuição dos lucros, o acionista teria o direito de recorrer ao Judiciário (7).

A distribuição periódica dos lucros se constitui como uma norma de direito consuetudinário. A lei vigente é mais explícita do que a revogada ao cuidar da matéria e obriga a sociedade a distribuir o lucro

(7) Cf. Valverde (11/380).

líquido do exercício na forma de dividendos (art. 201). Ao lucro líquido serão acrescentadas, para esteífm, as reversões de reservas para contingências que restarem após as deduções das importâncias destinadas à formação de reservas para contingência, legal (art. 202) e de resgate, e parcela para financiar plano de investimento ou orçamento de capital.

Em duas hipóteses deixa de ser obrigatória a distribuição do lucro líquido do exercício. Se os órgãos da administração informarem à assembléia geral ordinária ser ele incompatível com a situação financeira da companhia e, nas sociedades fechadas, se previsto no estatuto ou em alteração aprovada pelo voto de todos os acionistas, na disposição de que a distribuição de dividendos será feita em percentagem inferior à regra estabelecida acima. Neste último caso, contudo, a limitação não poderá exceder a cinco períodos de exercício social.

Na ocorrência de informação de que o dividendo está incompatível com a situação financeira da companhia, os lucros não distribuídos serão registrados como reserva especial e, caso não absorvidos por prejuízo em exercício subsequente, deverão ser pagos como dividendos, assim que o permitir a situação da companhia.

Outra inovação consiste na criação de dividendos intermediários. Toda companhia que, por disposição legal ou estatutária, levantar balanço semestral, poderá declarar dividendo à conta do lucro apurado nesse balanço. A deliberação dos órgãos da administração nesse sentido deverá estar autorizada pelos estatutos.

Os acionistas não são obrigados a restituir os dividendos que em boa fé tenham recebido, com infringência do disposto na lei (revogada e atual). Somente em caso de estarem de má fé é que são obrigados a restituí-los. A ação para compelir o acionista à devolução dos dividendos recebidos deve ser fundada na distribuição sem ocorrência de lucros líquidos e na má fé do acionista. A lei revogada (art. 131, § 2º) e a vigente (art. 201, § 2º) prevêm dois casos em que há presunção absoluta de má fé do acionista: se a distribuição tiver ocorrido sem levantamento de balanço ou em desacordo com este. A prova destes fatos faz presumir, de modo definitivo, a má fé do acionista, não admitindo prova em contrário. Nos demais casos, ensina Valverde, "qualquer ação contra-eles deve alicerçar-se na prova de má fé" (11/391).

Nos casos de presunção de má fé é evidente a violação, pelo acionista, das disposições legais. Se o dividendo só pode ser distribuído após levantamento do balanço e em acordo com este, o acionista que o receber antes do levantamento ou em desacordo com ele, age de má fé e descumpre o imperativo legal. E em nada vale ao acionista alegar a ignorância da lei (art. 3º, Dec.-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

Nesta disposição, a diferença entre a lei revogada e a vigente consiste na eliminação, por esta, da observação de que, na falência da

sociedade, os acionistas de má fé respondem solidariamente com os diretores e fiscais pela restituição à massa dos dividendos recebidos indevidamente. Mais coerente a nova lei, porque, se os acionistas são obrigados a devolver os dividendos, e se os diretores e fiscais são também solidariamente responsáveis, é evidente a responsabilidade solidária de todos eles, em qualquer hipótese, e não apenas na falência da sociedade. O disposto na lei revogada era supérfluo, além de que parecia limitar a responsabilidade solidária de todos à hipótese da falência.

6. PARTICIPAR DO ACERVO

A lei garante ao acionista o direito de participar do acervo da companhia em caso de liquidação. Naturalmente que a parte do sócio será retirada após a solução do passivo social. O direito é condicionado, como todo direito essencial, à igualdade de tratamento às ações de cada classe.

A diferença do direito ao acervo e o direito ao dividendo é a subordinação daquele a uma condição suspensiva, que é a ocorrência da liquidação. O direito à cota surge em virtude de evento futuro e incerto. E também futuro e incerto é a existência, à época, de ativo líquido para atender ao direito dos sócios (8).

A natureza do direito decorre da própria substância da sociedade. Se ela tem por fim a atividade lucrativa, da mesma forma há o intuito lucrativo, caso exista ativo líquido.

A liquidação se procede consoante as regras dos arts. 208 a 218, da nova lei.

Importa frisar a igualdade de tratamento dispensado na lei revogada e na atual, no que concerne à prioridade das ações preferenciais, no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele. A distribuição às preferenciais, em caso de liquidação, dos dividendos fixos ou cumulativos, se essa vantagem tiver sido expressamente assegurada.

Ainda o direito de preferência dos titulares das partes beneficiárias sobre o que restar do ativo, após solvido o passivo exigível, até a importância da reserva de resgate ou conversão (art. 48, § 3º, Lei 6.404 e art. 33, § 2º, Dec.-Lei 2.627).

7. FISCALIZAÇÃO

A lei comercial faculta aos sócios de uma sociedade o exame dos livros e documentos, respeitado o disposto no estatuto. O direito de fiscalização da gestão dos negócios sociais é insofismável, mesmo pela vontade da maioria. Como todo direito essencial, nula será disposição estatutária que a elimine ou restrinja.

(8) Cf. Brunetti (81)

Nas sociedades anônimas, a fiscalização pode ser exercida diretamente pelos sócios ou indiretamente pelo conselho fiscal.

Considerada a sociedade anônima em relação às demais sociedades regulamentadas pelo Código Comercial, percebe-se que, naquela, a fiscalização não poderá ter a amplitude da fiscalização possível em uma sociedade em nome coletivo, por exemplo. A estrutura das companhias, por ser mais complexa, necessita de uma regulamentação legal do modo da fiscalização pelo sócio. É o que dispõe o item III, art. 109, da lei vigente: "Fiscalizar, na forma prevista nesta lei, a gestão dos negócios sociais". O direito de fiscalizar é exercitado de acordo com o estabelecido em lei, através do conselho fiscal e do exame dos documentos determinados por lei.

Em linhas gerais, permite-se o exercício do direito de fiscalização, facultando-se a todo acionista o exame do balanço patrimonial; demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados; demonstração do resultado do exercício; demonstração das origens e aplicações dos recursos (art. 176, itens I a IV, da nova lei). Estas apresentações são anuais, ao fim de cada exercício social.

É obrigatória a eleição de um conselho fiscal, órgão de fiscalização, e o estatuto disporá sobre seu funcionamento, de modo permanente, ou nos exercícios sociais em que for instalado a pedido de acionistas. Ao conselho fiscal compete fiscalizar os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários; opinar sobre o relatório anual da administração; analisar os balancetes e demais demonstrações financeiras (art. 161 e segts., Lei 6.404).

A todo acionista é facultado comparecer às assembléias gerais, a fim de discutir o objeto em pauta. O art. 125, da lei vigente, estabelece que a assembléia instala-se com acionistas com direito de voto. E o parágrafo único deste artigo expressamente afirma que os acionistas sem direito de voto podem comparecer à assembléia geral e discutir a matéria submetida à deliberação.

A fiscalização se dá, outrossim, pela exibição, por inteiro, dos livros da companhia; se ordenada judicialmente, por requerimento de acionistas que representem, no mínimo, cinco por cento do capital social, sempre que forem apontados atos violadores da lei ou do estatuto, ou haja fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da companhia.

Quando provado que a companhia não pode preencher o seu fim, acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social podem propor ação para a dissolução da companhia (art. 206, II, b). Ainda cabe ao acionista propor ação para anular a constituição da sociedade (art. 206, II, a).

Se o conselho fiscal não for permanente, será instalado pela assembléia geral, a pedido de acionistas que representem, no mínimo, um décimo das ações com direito de voto ou cinco por cento das ações sem direito de voto.

Os titulares de ações preferenciais, sem direito de voto, ou com voto restrito, terão direito de eleger, em votação em separado, um membro e respectivo suplente. Igual direito terão os acionistas minoritários que representem dez por cento ou mais das ações com direito a voto. Os demais acionistas com direito a voto poderão eleger número de membros e respectivos suplentes igual ao dos eleitos nos termos acima, mais um.

O direito de fiscalizar os negócios sociais é o mais amplo possível, embora tenha limitado pela lei o seu modo do exercício. Termina em cotejo de casos permitidos e proibidos, como na lei italiana, em que os acionistas têm direito de fiscalização dos negócios sociais: "Hanno facoltà di ispezionare il libro dei soci e quello delle adunanze o delle deliberazioni delle assemblea e di attenersi estratti a propria spese; hanno diritto di prender visione del progetto di bilancio e del conto dei progetti e delle perdite dell'esercizio annuale, che all'vopo gli amministratori devono render ad essi ostensibile unitamente alla relazione degli amministratori stessi e dei sindaci, nella sede della società durante i quindici giorni che procedono l'assemblea" (01/427). E, assim por diante, são tratados estes direitos casuisticamente.

8. PREFERÊNCIA-SUBSCRIÇÃO

Uma diferença fundamental, entre a lei revogada e a atual, consiste na regulamentação do direito de preferência. A lei revogada (art. 78, d) garantia ao acionista o direito de preferência, apenas para a subscrição de novas ações, caso houvesse aumento de capital.

No novo diploma, a preferência do sócio é, além da subscrição de ações, para subscrição de debêntures conversíveis em ações.

Outra inovação é a possibilidade de restrição deste direito, a exemplo do que ocorre na Alemanha (9), França (10) e Itália (11). A

(9) Cf. Miranda Valverde: "A lei alemã de 1937 confere, no §153, esse direito ao acionista e somente em casos especiais, tomadas todas as precauções, admite possa a assembléia restringi-lo ou suprimi-lo" (10/381).

(10) Ripert: "Toutefois, ce droit individuel de l'actionnaire peut être sacrifié par une décision de l'assemblée générale, mais il s'agit d'une décision spéciale dont les formes sont réglées par la loi" (09/697).

(11) Brunetti: "Non toglie il suo carattere individuale la limitazione posta nell'ult. comma dell'art. 2441, potendo essere escluso o limitato soltanto a due condizioni: che l'interesse della società lo esiga e che la limitazione o l'esclusione risulti dalla stessa deliberazione di aumento del capitale approvata da tanti soci che rappresentino oltre la metà del capitale sociale, anche se la deliberazione sia di assemblea di seconda convocazione" (01/426).

exclusão do direito de preferência poderá ocorrer, para a companhia aberta, se estabelecida no estatuto autorização para aumento do capital, prevendo a emissão, sem direito de preferência, para os antigos acionistas, de ações e bônus de subscrição. Neste caso, a colocação dos títulos deverá ser feita, obrigatoriamente, por venda em bolsa ou subscrição pública, ou permuta por ações, com oferta pública de aquisição de controle.

Na companhia fechada, o estatuto poderá prever a exclusão do direito de preferência, somente nos termos de lei especial sobre incentivos fiscais.

O direito de preferência será exercido na proporção do número de ações que possuir o acionista interessado. Se o capital for dividido em ações de diversas espécies ou classes e o aumento for feito por emissão de mais de uma espécie, estabelece o § 1º, do art. 171, observar-se-ão variadas hipóteses, conforme o caso. Em se tratando de aumento, na mesma proporção, do número de ações de todas as espécies e classes existentes, cada acionista exercerá o direito de preferência sobre ações idênticas às de que for possuidor. É esta regra uma consequência direta do estabelecido na norma geral, sobre direito de preferência e segue a mesma orientação do Dec.-lei 2.627 (art. 111, § 1º).

Se as ações emitidas forem de espécies e classes existentes, mas importarem alteração das respectivas proporções no capital social, a preferência será exercida sobre ações de espécies e classes idênticas às que forem possuidores os acionistas e se estenderá às demais se aquelas forem insuficientes para lhes assegurar, no aumento, a mesma proporção que tinham no capital antes da emissão (Anteprojeto, art. 171, § 1º, b; Dec.-lei 2.627, art. 11, § 1º, parte final).

Se a emissão for de ações de espécies ou classes diversas das existentes, o acionista exercerá o direito de preferência, observada a proporção do número de ações possuídas por ele, sobre ações de todas as espécies e classes do aumento.

Se o aumento do capital se der pela capitalização de créditos ou subscrição em bens, ainda assim é assegurado o direito de preferência. As importâncias pagas pelos acionistas, se for o caso, serão entregues ao titular do crédito ou do bem a ser incorporado.

Na subscrição de emissão de debêntures conversíveis em ações, bônus de subscrição e partes beneficiárias emitidas para alienação onerosa, haverá o direito de preferência, o que não era previsto na lei revogada. Mas, na conversão destes títulos em ações, ou na outorga e no exercício de opção de compra de ações, não haverá direito de preferência.

Quanto ao prazo para o exercício do direito de preferência, estabelecia a lei revogada, no que foi seguida pela atual, que o estatuto

deverá fixá-lo, respeitado o período mínimo de 30 dias. Importa dizer que, na omissão do estatuto, o prazo é sempre de 30 dias corridos.

O direito de preferência poderá ser cedido (Lei 6.404, art. 171, § 6º - Dec.-lei 2.627, art. 111, § 3º). No usufruto e no fideicomisso, quando não exercido pelo acionista, o direito de preferência, até dez dias antes do vencimento do prazo estabelecido no estatuto, nunca inferior a trinta dias, poderá ser exercido pelo usufrutuário ou pelo fideicomissário. Na lei antiga não se estabeleceu prazo para o exercício do direito pelo usufrutuário e pelo fideicomissário, constituindo a norma vigente uma inovação que virá evitar possíveis dúvidas sobre a oportunidade do exercício.

Outra inovação é a concernente às sobras dos valores mobiliários não subscritos. Em companhia aberta, o órgão deliberante da emissão por subscrição particular poderá mandar vender as sobras em bolsa, ou proceder ao rateio na proporção dos valores subscritos, entre os acionistas que tiverem pedido reserva de sobras. Nesse caso, a condição constará dos boletins e listas de subscrição. Quanto ao saldo não rateado, será vendido em Bolsa.

Na companhia fechada, o rateio será obrigatório. Se houver saldo, poderá ser subscrito por terceiro, observados os critérios estabelecidos pela assembléia geral ou pelos órgãos da administração.

9. RECESSO

É direito essencial do acionista a faculdade de retirar-se da sociedade nos casos enumerados em lei (12). O direito de recesso é, tanto na lei revogada como na vigente, regulamentado por cláusula exaustiva, e quando a lei enumera os fatos que constituem causa do exercício do direito de recesso, isso significa que não fica ao arbítrio dos sócios conceituá-los, a menos que, por disposição estatutária, outros casos venham a ser acrescidos aos estipulados legalmente.

O instituto é de ordem pública e, nos claros termos da lei, não pode ser retirado ao acionista. Nesse sentido, a lição de **Valverde**: "Não seria válida, portanto, a cláusula estatutária, que estendesse o direito de recesso a outros casos, nem será lícito ao acionista renunciar o exercício desse direito preventivamente" (10/383).

Quanto à primeira afirmativa de **Valverde** da ilicitude de disposição estatutária que estendesse o direito de recesso a casos não enumerados em lei, discordamos, porque a lei apenas considera imposterável o direito de recesso. E enumera os casos legais. Ora, se os estatutos não

(12) Existe notadamente na Itália, Espanha, Argentina, Brasil, México, Uruguai, Paraguai, Suécia, Noruega, Japão e Libéria (cf. **Meysan**, p. 119).

violam esta disposição, se obedecem ao mínimo legal, não vemos porque não possam ampliar os benefícios aos participantes da sociedade. O consenso social, criador da companhia, será soberano, naturalmente, para aplicar benefícios aos seus membros, desde que não violem a lei. E a hermenêutica nos diz que tudo o que não é proibido em lei, é permitido. E a Lei das Sociedades Anônimas, em momento algum, proíbe a enumeração de novos casos. E não se deve distinguir, onde a lei não distingue. Se a lei prevê um mínimo, importa dizer que permite o máximo. A enumeração dos casos estatutários de direito de recesso, contudo, deve permanecer fiel aos princípios gerais que regem as sociedades por ações.

Nessa ordem de idéias, concordamos com **Valverde**, quando afirma que o instituto do recesso se destina a proteger os acionistas em minoria e, também, assegurar a continuidade da empresa explorada pela sociedade anônima (13).

A Lei 6.404 relaciona os casos do direito de retirada do acionista (art. 136) de forma semelhante ao da lei revogada, modificando-lhe um pouco a redação. E é criada nova figura consistente na deliberação sobre a participação da companhia em grupo de sociedade (art. 265), que é, também, uma inovação.

Todos os casos de direito de retirada consistem em deliberações da assembléia geral extraordinária, tanto na lei revogada (art. 104) como na atual (art. 135), alterando as condições de existência da sociedade e as relações deste com os acionistas.

A aprovação de tais matérias, detalhadas a seguir, exige o voto favorável de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito de voto, dispõe o Decreto-lei 2.627 (art. 105) e a lei vigente (art. 136). Quanto a este **quorum**, foi introduzida uma alteração, que facultava disposição estatutária a ampliá-lo. Isso quer dizer que as alterações substanciais do estatuto, como as que dão direito ao exercício do direito de recesso, podem, se previamente previsto, necessitar de um **quorum** mais elevado. A sociedade dispõe, portanto, da faculdade de onerar o modo de alteração substancial do estatuto.

De qualquer forma, não exige a lei a vontade unânime dos sócios com direito de voto, bem como não prevê a participação, como é óbvio, dos que não têm direito de voto. Abre-se, assim, uma possibilidade de conflito entre a vontade da maioria e a da minoria. E a solução encontrada pela doutrina e regulada pela lei foi o direito de recesso, a faculdade concedida ao acionista dissidente da vontade da maioria de retirar-se da sociedade.

O direito de recesso surgiu no ordenamento legal italiano (14).

(13) (10/383).

(14) Cf. **Valverde** (11/534).

É ali regulado pelo art. 2.437: "I soci dissenzienti dalle deliberazioni riguardanti il cambiamento dell'oggetto o del tipo della società, o il trasferimento della sede sociale all'estero, hanno diritto di recedere dalla società e di ottenere il rimborso delle proprie azioni, secondo il prezzo medio dell'ultimo semestre, se queste sono quotate in borsa, o, in caso contrario, in proporzione del patrimonio sociale risultante dal bilancio regolarmente approvato dell'ultimo esercizio" (01/421).

Na lei brasileira, são casos de direito de recesso a criação de ações preferenciais ou aumento de classe existente, sem guardar proporção com as demais, salvo se já previsto ou autorizado pelo estatuto; alteração nas preferências ou vantagens conferidas a uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida; mudança de objeto da companhia, incorporação dela em outra, fusão ou cisão; cessação do estado de liquidação e participação em grupo de sociedades (Lei 6.404, art. 136 - Dec.-lei 2.627, art. 107).

A novidade do novo texto é a hipótese de participação em grupo de sociedades.

O direito de retirada cabe a qualquer sócio dissidente, seja ou não titular de ações com direito de voto, e mesmo em caso de abstenção de votar contra a deliberação, ou se não compareceu à reunião. Deve ser exercido no prazo preclusivo de trinta dias, a contar da data da publicação da ata da assembléia geral, cuja decisão motivou o pedido de retirada do sócio.

Outra alteração importante consiste no disposto sobre a possibilidade de convocação de nova assembléia geral para reconsiderar ou ratificar a deliberação, caso os dissidentes representem um décimo ou mais do capital social. Neste caso, a faculdade é dada aos órgãos da administração que devem convocar a assembléia nos dez dias subseqüentes ao vencimento do prazo para exercício do direito de retirada.

Retirando-se, o sócio terá direito ao reembolso do valor de suas ações.

10. TUTELA DOS DIREITOS

Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia geral (§ 2º, art. 109, Lei 6.404 - parágrafo único, art. 78, Dec.-lei 2.627). O preceito repousa sobre norma constitucional, pois a Constituição da República assegura que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual". E, se a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito, importa dizer que o interessado pode invocar a tutela jurisdicional para que o judiciário obrigue o autor da lesão a reparar as conse-

quências de seu ato. O disposto naquele parágrafo encontra similaridade com o art. 75, do Código Civil: "A todo direito corresponde uma ação que o assegura".

Sendo essenciais e impostergáveis estes direitos, é evidente que não podem ser suprimidos, constituindo a norma do parágrafo 2º, art. 109, da lei vigente, a garantia dada ao acionista prejudicado.