

## Sumário

Este parecer foi elaborado pelo autor com base em estrutura simplificada, limitando-se às seções “Exposição da Consulta” ou “Consulta” (ou semelhante) e “Parecer”, sem subdivisões internas, em função da natureza da matéria e da consulta formulada, deixando-se, por essa razão, de apresentar sumário.

## **PARECER JURÍDICO**

*Joint Venture* organizada com a forma de sociedade anônima. Estipulações do estatuto social e de acordo de acionistas sobre eleição dos administradores. Aquisição do direito de voto por ações preferenciais com prioridade no recebimento de dividendo fixo.

## **EXPOSIÇÃO E CONSULTA**

Em nome da sua cliente ALPHA ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA. ("ALPHA"), os ilustres advogados Drs. Wellington Moreira Pimentel e José de Pontes Vieira Junior formularam consulta que foi respondida por nosso parecer de 7 de janeiro de 2000. Posteriormente, os mesmos advogados, fornecendo novos documentos e informações, fizeram nova pergunta relativamente à mesma questão, e solicitaram, para fins de manutenção da unidade do parecer, em face da estreita interação entre a consulta anterior e a nova pergunta ora feita, que fosse emitido novo parecer, consolidado, abrangendo todas as questões formuladas. Os fatos relativos à consulta foram assim expostos:

1. A ALPHA ajustou com a LOCANE DO BRASIL LTDA. ("LOCANE BRASIL"), controlada pela sociedade estrangeira denominada LOCANE INVESTMENTS ("LOCANE BRASIL"), joint venture para exploração da atividade de edição de listas telefônicas, livros e outras publicações periódicas, organizado com a forma de sociedade anônima sob a denominação de EDITORA CATÁLOGO COMERCIAL S.A. ("CATÁLOGO"), nos termos dos seguintes instrumentos: "Acordo de Joint

Venture", Estatuto Social da CATÁLOGO, Acordo de Acionistas e outros instrumentos complementares.

2. O capital social da CATÁLOGO é dividido em 200.000 ações sendo 100.000 ordinárias, metade de propriedade da ALPHA e metade da LOCANE BRASIL, e 100.000 preferenciais Classe A com dividendo fixo de 4,5% ao ano, pagáveis à conta de reserva de capital nos exercícios em que não é apurado o lucro, resgatáveis e sem direito de voto, de propriedade da LOCANE BRASIL.

3. O Estatuto Social da CATÁLOGO dispõe que:

a) a companhia é administrada por diretoria composta de 2 membros, que exercerão os cargos de Diretor-Presidente e Diretor Geral (arts. 11 e 13);

b) a eleição de diretores dependerá do voto favorável de acionistas que representem, no mínimo, 80% das ações com direito a voto (art. 10, § 2º).

4. A Cláusula Segunda do Acordo de Acionistas firmado pela ALPHA e LOCANE BRASIL, com interveniência da LOCANE BRASIL, estipula que:

a) a LOCANE BRASIL através de pessoas por ela indicadas exercerá a direção operacional da sociedade;

b) a ALPHA terá o direito de propor o Presidente da sociedade, ficando esclarecido que o Presidente não assumirá nenhuma responsabilidade operacional, e que a LOCANE BRASIL terá o direito de vetar a proposta para Presidente, mas não poderá recusar mais de três propostas para este cargo;

c) a LOCANE BRASIL terá o direito de propor o Diretor Geral, que será o dirigente operacional da sociedade, e a ALPHA terá o direito de vetar a proposta para Diretor Geral, mas não poderá recusar mais de três propostas para esse cargo;

d) o Diretor Geral nomeará os outros executivos da sociedade, especialmente, o Diretor Comercial, o Diretor de Produção e o Diretor Financeiro da sociedade.

5. Em ... de ... de 1999, a ALPHA e a LOCANE BRASIL firmaram novos dois acordos entre acionistas. No primeiro acordo, denominado "RENEGOCIAÇÃO DO CONTRATO CATÁLOGO", estabeleceram-se diversas modificações (art. 3) no Acordo de Joint Venture e em seus anexos, que vigorariam se fossem atendidas as condições suspensivas (art. 2) de obtenção de alterações no contrato de listas telefônicas entre a CATÁLOGO e a TELECAT (as quais, foram plenamente obtidas). Dentre as alterações previstas na Joint Venture, o item 3.4 estabeleceu a seguinte hierarquia que passariam a prevalecer nos pagamentos aos acionistas:

"3.4 - Hierarquia dos Pagamentos aos Acionistas:

A ordem de prioridade de utilização dos excedentes de caixa da Sociedade será:

1. Pagamento das obrigações da Sociedade com terceiros;
2. Pagamento dos juros dos empréstimos concedidos à Sociedade pelos acionistas;
3. Pagamento dos dividendos fixos das Ações A;
4. Reembolso dos empréstimos concedidos à Sociedade pelos acionistas;
5. Distribuição de dividendos das ações ordinárias e resgate das Ações A, de acordo com as regras estabelecidas abaixo."

6. Em Assembleia Geral da CATÁLOGO realizada em 00.12.99, a LOCANE BRASIL declarou que as ações preferenciais Classe A, de sua propriedade, haviam adquirido "direito pleno de voto" nos termos do § 1º do artigo 111 da Lei das S.A. porque a sociedade estava impedida de distribuir dividendos, uma vez que as demonstrações financeiras relativas ao exercício encerrado em 31 de dezembro de 1998 informavam patrimônio líquido negativo, e que passaria a exercer 75% do total de votos; e propôs - sem qualquer motivo real -- ação de responsabilidade contra o Diretor-Presidente, com o consequente impedimento do mesmo, e a eleição para o cargo de pessoa de sua escolha.

À vista da contestação da ALPHA às declarações e propostas da LOCANE BRASIL, a assembleia foi suspensa e a mesa fez lavrar, no livro próprio, ata consignando a suspensão, que foi assinada pelos membros da mesa e pela ALPHA; e a LOCANE BRASIL lavrou, em folha avulsa, outra ata de assembleia, dando por aprovadas as suas propostas, que foi assinada apenas pela própria LOCANE BRASIL.

7. Vale ressaltar, como referido acima, que, nos termos do Acordo de Acionistas, a LOCANE BRASIL é a única gestora operacional da empresa; e sob a sua direção a CATÁLOGO vem sofrendo crescentes prejuízos. A evolução do patrimônio líquido da companhia, segundo as demonstrações financeiras elaboradas e publicadas pela LOCANE BRASIL, é a seguinte:

- R\$ 10.073 mil positivo no final de 1966, quando a LOCANE BRASIL adquiriu as ações da empresa;

- R\$ 49 mil positivo no final de 1997;

R\$ 7.669 mil negativo no final de 1998.

Houve, portanto, uma variação negativa (isto é, prejuízos) do patrimônio líquido da CATÁLOGO de R\$ 17.742 mil (de R\$ 10.073 mil positivo a R\$ 7.669 mil negativo) apenas nos dois primeiros anos de gestão operacional da LOCANE BRASIL. Assim, é evidente que a consequência do não pagamento de dividendos decorre de situação criada durante a gestão da própria LOCANE BRASIL.

8. A consulta (consolidada) é formulada nos seguintes termos:

1º) Ainda que se admitisse -- apenas para argumentar -- que a LOCANE BRASIL tivesse o exercício de 75% dos votos presentes à Assembleia, poderia o referido acionista escolher e eleger o Diretor-Presidente da companhia?

2º) Tal escolha e consequente eleição violam as estipulações da joint venture segundo as quais ambas as acionistas ALPHA e LOCANE BRASIL seriam representadas na administração da sociedade, de forma a impedir que uma delas tivesse sozinha o controle da administração?

3º) Teria sido essa a razão pela qual se estabeleceu o percentual de 80% (oitenta por cento) de modo a evitar que, mesmo com o eventual exercício do direito de voto por parte da detentora das ações preferenciais, a LOCANE BRASIL se arrogasse a condição de governante única da sociedade?

4º) Nos termos dos instrumentos da joint venture, se -- ainda que hipoteticamente -- as ações preferenciais pudessem exercer o direito de voto, a quem caberia indicar o substituto para o presidente impedido?

5º) Tendo em vista os fatos narrados na consulta, aplica-se no caso a norma do § 1º do artigo 111 da Lei 6.404/76, passando, em consequência, as ações preferenciais A de titularidade da LOCANE BRASIL a ter o direito de voto, ainda que em caráter provisório, por não haverem sido pagos seus dividendos prioritários?

À consulta foram anexadas cópias do Acordo de Joint Venture, do Estatuto Social da CATÁLOGO, do Acordo de Acionistas de 1997 e dos Acordos de 14 de janeiro de 1999.

### **PARECER**

1. Os instrumentos jurídicos que acompanham a consulta documentam a celebração, entre a ALPHA e a LOCANE BRASIL, de negócio típico de "empreendimento comum" organizado com forma de sociedade anônima.

Empreendimento comum ou joint venture -- como é conhecido internacionalmente -- é o contrato de sociedade pelo qual duas ou mais sociedades empresárias se obrigam a reunir esforços e recursos com o fim de exercer em conjunto a função empresarial de determinado empreendimento econômico, ou empresa. Duas são suas características, como espécie de contrato de sociedade: (a) os contratantes são sociedades empresárias e (b) o contrato é instrumento para que exerçam sua atividade empresarial.

Os sócios da joint venture se associam para alcançar objetivos empresariais, tais como criar ou expandir capacidade produtiva, servir a novos mercados, usar tecnologia, recursos humanos, capacidade administrativa ou organização comercial de que disponham suas empresas,

ou desenvolver novos produtos ou tecnologias. Não são investidores de capital financeiro que visem exclusivamente obter lucro, nem sócios comanditários, ou silenciosos, que se limitem a receber dividendos e fiscalizar administradores. São empresários que exercem profissionalmente a atividade de criar e dirigir empresas, e a joint venture é modo de exercer em conjunto essa atividade em determinado empreendimento econômico.

2. Essas características do empreendimento comum e sua natureza de sociedade contratada *intuitus personae* explicam o conteúdo dos instrumentos do negócio, que em regra contêm estipulações sobre:

a) o modelo legal de sociedade que será adotado, as contribuições a que se obrigam os sócios e os direitos de participação que caberão a cada um;

b) o direito de voto nas deliberações sociais e -- se o contrato não é entre empresários com igual participação -- a proteção dos sócios minoritários contra modificações na sociedade por deliberação da maioria;

c) a composição e as atribuições dos órgãos da administração e os mecanismos que assegurem a cada sócio representação nesses órgãos e poder de escolher um ou alguns dos administradores;

d) a preferência para adquirir a participação que outro sócio pretenda alienar; e

e) a política de distribuição de lucros.

3. O empreendimento comum pode revestir a forma de qualquer dos modelos legais de sociedade, personificada ou não, e sua organização como companhia, tal como é amplamente praticada nos países de economia de livre empresa e no comércio internacional, originou-se nos Estados Unidos e difundiu-se por influência das empresas norte-americanas, como "incorporated joint venture", porque naquele país a companhia é único tipo de sociedade com personalidade jurídica.

O empreendimento comum com forma de companhia em regra é regulado por conjunto de instrumentos jurídicos (cf. BAPTISTA e DURAND-BARTHEZ ("Les Associations d'Entreprises "Joint Venture" dans

le Commerce Internationale", Paris, Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1986, p. 47 e segs.) que compreende, ao menos: (a) um contrato designado "acordo básico", "contrato quadro", acordo de joint venture ou expressões semelhantes, que funciona como instrumento-matriz no qual são definidas as condições básicas do negócio e seus instrumentos; (b) o "estatuto social" da companhia existente ou a ser constituída; e (c) um "acordo de acionistas", que contém estipulações não reguladas pelo estatuto; e, conforme o objeto e as peculiaridades da joint venture, pode compreender ainda contratos de fornecimento de tecnologia ou insumos, de prestação de serviços, de empréstimos, de compra de produtos etc.

4. O modelo legal de companhia é tradicionalmente regulado como forma de sociedade com grande número de acionistas e ações negociadas no mercado, e sua utilização para organizar joint ventures exige adaptação às características do empreendimento comum, especialmente quanto à garantia da representação dos sócios na administração da companhia e à proteção do acionista minoritário contra a modificação, pelo voto da maioria, de condições contratuais básicas da associação. As estipulações com essas funções são disposições do estatuto social da companhia -- sobre quorum mínimo nas deliberações da Assembleia Geral -- e de acordos de acionistas, nos quais os participantes da joint venture se obrigam a exercer de determinado modo seus direitos de voto.

Seja qual for o tipo de sociedade acordado, a existência do "acordo básico" e dos demais instrumentos da joint venture tem implicações importantes nas relações jurídicas entre os participantes, que não são reguladas exclusivamente pelo contrato ou estatuto do tipo de sociedade adotado, mas, simultaneamente, pelos demais instrumentos contratuais que dão forma ao empreendimento comum.

5. Através do acordo básico e do acordo de acionistas os participantes no empreendimento comum com forma de sociedade anônima complementam ou qualificam, mediante outras obrigações contratuais, alguns dos direitos de participação regulados -- de modo geral -- pelo estatuto social: as relações jurídicas entre os empresários que dele participam não se resumem às que vinculam as posições de acionistas que o estatuto social e a lei definem com abstração da identidade das pessoas que ocupam ou venham a ocupar essas posições, mas compreendem relações

contratuais personificadas -- entre os empresários contratantes -- nascidas do acordo básico, do acordo de acionistas e dos demais instrumentos contratuais que regulam o negócio.

6. Um dos objetivos da Lei nº 6.404/76, enunciado expressamente pelos autores do Anteprojeto ao encaminhá-lo ao Ministro da Fazenda, foi o de "aperfeiçoar o modelo de sociedade anônima utilizado pelas pequenas e médias empresas e dar-lhe flexibilidade que permita sua adoção por sociedades que se associam em empreendimentos comuns ("joint venture");"

Dentre os dispositivos da nova lei que viabilizam a contratação de empreendimentos comuns com a forma de companhia merecem destaque:

a) o artigo 16, que autoriza mais de uma classe de ações ordinárias em função, inclusive, do direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos administrativos;

b) o § 1º do artigo 129, que permite norma estatutária que aumenta o quorum exigido para certas deliberações, desde que especifique as matérias;

c) o artigo 118, que reconhece a validade dos acordos de acionistas; e

d) o artigo 18, que admite que o estatuto assegure a uma ou mais classe de ações preferenciais o direito de eleger, em votação em separado, um ou mais membros dos órgãos de administração.

7. O aumento do quorum mínimo legal para determinadas deliberações da Assembleia Geral, como meio de garantir que tais deliberações somente possam ser adotadas com a concordância de todos os sócios da joint venture, e o direito assegurado a cada sócio de escolher os ocupantes de determinados cargos dos órgãos de administração da companhia são, portanto, estipulações típicas e usuais do negócio de "joint venture", expressamente admitidas pela lei no estatuto social ou no acordo de acionistas.

No caso da consulta, o § 2º do artigo 10 do Estatuto Social da CATÁLOGO dispõe expressamente que a aprovação das matérias ali enumeradas, que compreendem a eleição e destituição dos administradores



da companhia, dependem do voto favorável de acionistas titulares de, no mínimo, 80% das ações com direito a voto.

8. Segundo os artigos 11 e 13 do Estatuto Social, a CATÁLOGO é administrada por diretoria composta de dois membros, que exercem os cargos de Diretor-Presidente e Diretor Geral, cabendo (art. 17):

a) ao Diretor-Presidente representar a companhia perante as concessionárias telefônicas, os órgãos e/ou poderes reguladores ou concedentes das atividades de seu objeto social e as associações de classe; e

b) ao Diretor Geral, supervisionar e dirigir todas as atividades operacionais da companhia.

O acordo de acionistas confirma essa distribuição de atribuições, ao estabelecer, na Cláusula Segunda, que:

a) cabe à LOCANE BRASIL, através de pessoas por ela indicadas, exercer a direção operacional da sociedade, e para isso "terá o direito de propor o Diretor Geral, que será o dirigente operacional da sociedade";

b) a ALPHA terá o direito de propor o Diretor-Presidente da sociedade, ficando esclarecido que este não assumirá nenhuma responsabilidade operacional.

9. A ALPHA e a LOCANE BRASIL têm, portanto, direito de escolher e propor os ocupantes, respectivamente, dos cargos de Diretor-Presidente e Diretor Geral, mas a eleição dos administradores pela Assembleia Geral requer, nos termos do § 2º do artigo 10 do Estatuto Social, o voto de 80% do total das ações com direito a voto.

O acordo de acionistas estipula, na Cláusula Segunda, que:

".....

b) ALPHA terá o direito de propor o Presidente da Sociedade, ficando esclarecido que o Presidente não assumirá nenhuma responsabilidade operacional, respondendo pelas relações com as empresas telefônicas e com as autoridades públicas e associações de classe. A LOCANE BRASIL terá o direito de vetar a proposta para Presidente, não podendo recusar mais de três propostas para esse cargo. No entanto, a LOCANE BRASIL terá o direito de exigir da

José Luiz Bulhões Pedreira  
*Advogado*

ALPHA, seis meses após o primeiro aviso justificado, a substituição do Presidente, desde que este tenha exercido suas funções no mínimo seis meses antes da data do primeiro aviso;

c) a LOCANE BRASIL terá o direito de propor o Diretor Geral, que será o dirigente operacional da Sociedade. A ALPHA terá o direito de vetar a proposta para Diretor Geral, não podendo recusar mais de três propostas para esse cargo. Entretanto, a ALPHA terá o direito de exigir da LOCANE BRASIL, seis meses após o primeiro aviso justificado, a substituição do Diretor Geral, desde que este tenha exercido suas funções no mínimo seis meses antes da data do primeiro aviso."

10. Essas estipulações asseguram à ALPHA e à LOCANE BRASIL o direito de participarem, através de representantes seus, da administração da sociedade, embora com atribuições bem distintas:

a) o Diretor-Presidente somente tem atribuições de representar a companhia em relações externas, de firmar os negócios jurídicos conjuntamente com outro diretor ou com procurador com poderes especiais, de outorgar, com o Diretor Geral, as procurações ad negocia da companhia, e de presidir as assembleias gerais; sendo expressamente vedado que assuma qualquer responsabilidade operacional;

b) a direção operacional cabe ao Diretor Geral, escolhido pela LOCANE BRASIL, ao qual cabe supervisionar e dirigir todas as atividades operacionais da companhia e nomear os demais executivos da sociedade, especialmente o Diretor Comercial, o Diretor de Produção e o Diretor Financeiro.

11. As normas do Acordo de Acionistas sobre eleição e destituição dos administradores complementam os dispositivos legais e estatutários que atribuem à Assembleia Geral competência para eleger e destituir os diretores mediante deliberações adotadas pelo voto de 80% de todas as ações com direito de voto, e integram o sistema jurídico que regula a CATÁLOGO, uma vez que, nos termos do artigo 118 da Lei nº 6.404/76, "os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, ou exercício do direito de voto, deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede".

O quorum mínimo para deliberação e o procedimento de escolha dos candidatos aos cargos de Diretor-Presidente e Diretor Geral que podem ser votados pela assembleia constituem, portanto, requisitos essenciais de validade das deliberações da Assembleia Geral que elegem ou destituem os ocupantes destes cargos, e são inexistentes as deliberações da assembleia que não observam esses requisitos.

Essas normas implementam condição essencial da joint venture, qual seja a participação das sociedades empresárias que se associam, mediante pessoas de sua escolha, nos seus órgãos de administração. A violação dessas normas atinge a coluna mestra da estrutura do contrato de joint venture, pois a sociedade sob comando compartilhado pelos sócios é transformada em companhia sob controle de um dos associados, deixando o outro de ser empresário para ser mero investidor de capital sujeito ao poder de um acionista majoritário.

12. A deliberação da Assembleia Geral é ato coletivo que somente exprime a vontade social quando satisfeitos os requisitos legais e estatutários para que exista manifestação do órgão social, tais como os de que as pessoas que agem tenham a qualidade de acionista com direito de voto e o profiram no exercício da função de membros da Assembleia Geral regularmente convocada e instalada. O voto de acionistas manifestado fora da reunião da Assembleia Geral não é deliberação do órgão: ainda que haja consenso de todos os acionistas não existe deliberação da Assembleia Geral.

O quorum mínimo para as deliberações da Assembleia, inclusive o quorum qualificado exigido pela lei ou pelo estatuto, é requisito essencial para que exista a deliberação da assembleia. Ainda que esta esteja regularmente convocada e instalada, a aprovação de uma proposta por acionistas cujos votos não alcançam o quorum mínimo exigido pela lei ou pelo estatuto não é deliberação do órgão porque esta não chega a existir. Não há, nesse caso, deliberação social nula ou anulável, e sim deliberação inexistente.

É o que ensina ANTONIO BRUNETTI ("Trattato O O Del Diritto Delle Società". Giuffrè, Milano, 1948, vol. II, p. 345):

"É ainda inexistente a deliberação quando falta a maioria requerida para a deliberação em geral ou para determinada deliberação."

No mesmo sentido opina TULLIO ASCARELLI ("Problemas das Sociedades Anônimas de Direito Comparado", Saraiva, São Paulo, 1969, 2ª Ed., p. 384):

"Vício do voto e falta da maioria

g) Pode, todavia, haver dúvida quanto ao vício decorrente da falta da maioria necessária de votos favoráveis. É nula ou anulável a deliberação assim tomada?

É evidente que, se não é conseguida a maioria necessária, a deliberação não existe."

São ainda da mesma opinião, entre outros, FRANCESCO GALGANO ("Tratatto di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia", vol. VII, Padova, Cedam, 1984, p. 227), ANTIGONO DONATI ("Deliberazioni di Assemblea non convocata e non totalitaria e diritti di terzi in buona fede" in "La Società per Azioni alla metà del Secolo XX – Studi in Memoria di Angelo Sraffa", Padova, Cedam, 1962, p. 231) e FRANCESCO FERRARA JR. ("Gli Imprenditori e Le Società", 8ª ed. Milano, Giuffrè, 1992, p. 521).

13. As estipulações do Acordo de Acionistas pelas quais a ALPHA e a LOCANE BRASIL se obrigaram a eleger os membros da administração da CATÁLOGO dividindo entre si a competência para propor ocupantes dos cargos de Diretor-Presidente e Diretor Geral criam requisitos contratuais para que exista a deliberação da Assembleia Geral na matéria. Arquivado o Acordo de Acionistas na companhia, essas normas obrigam tanto os acionistas quanto a companhia, e a manifestação de votos na assembleia com violação dessas normas não forma a vontade social. Tal como observado no caso de votação que não atinge o quorum mínimo necessário para a existência da deliberação, não se trata, na hipótese, de deliberação nula ou anulável, mas de deliberação inexistente.

14. O modelo de companhia, embora originalmente inventado para a organização de sociedades com grande número de acionistas e ações em circulação nos mercados, é hoje utilizado para os mais diferentes tipos de

sociedades, empresárias ou não, desde a grande empresa aberta de mercado até a sociedade fechada de dois sócios.

A Lei nº 6.404/76 foi elaborada tendo em vista essa realidade e contém, além de normas gerais aplicáveis a diversos tipos de sociedades, normas especiais, próprias de companhias abertas ou fechadas, de sociedades de economia mista, de subsidiária integral e de pequenas sociedades anônimas, com menos de vinte acionistas (art. 294).

Nem todas as normas da lei se aplicam, portanto, a todos os tipos de sociedades que podem ser -- e são, de fato -- organizados com a forma anônima, e na aplicação da lei é indispensável conhecer o fim e a razão de ser de cada norma para verificar se é aplicável a cada sociedade concreta.

15. Algumas normas legais são cogentes para todas as companhias, como as que asseguram a fixidez, realidade e intangibilidade do capital social, porque têm por fim proteger os credores e constituem contrapartida da responsabilidade limitada dos sócios, que caracteriza a companhia; mas, no caso da consulta, de joint venture organizada com a forma de companhia, há normas legais que são claramente incompatíveis com a natureza do contrato de joint venture, que o intérprete deve reconhecer como a ela inaplicáveis.

É o caso do disposto no § 1º do artigo 111, que estabelece que as ações preferenciais sem direito de voto adquiram o exercício desse direito se a companhia, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a 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.

No sistema da lei, as ações da companhia em regra dão direito de voto, mas as ações que gozam de uma vantagem patrimonial podem ter esse direito eliminado ou limitado. Nessa hipótese, a administração da companhia é exercida pelos titulares da maioria das ações ordinárias e os titulares de ações preferenciais, embora possam discutir as matérias propostas na Assembleia Geral, não participam das deliberações do órgão e têm apenas o direito de fiscalizar a administração. Se, entretanto, a sociedade não auferir lucros suficientes para pagar os dividendos mínimos

ou fixos das ações preferenciais, a perda do direito de voto deixa de ter por contrapartida a vantagem patrimonial, e por isso a lei assegura que se os dividendos prioritários não forem pagos durante três exercícios sociais (ou em prazo menor previsto no estatuto), as ações adquirirão o exercício do direito de voto até que os dividendos sejam pagos.

O efeito prático da norma é que se as ações preferenciais forem em número igual ou superior ao das ordinárias, ou se votarem junto com as ações ordinárias que não participam do controle, poderão substituir a administração da companhia e criar condições para que a insuficiência de lucros seja corrigida, admitido que sua causa seja a má administração.

Este objetivo do preceito legal (que já constava do art. 81 do Decreto-lei nº 2.627) é confirmado pela opinião dos seguintes autores, comentando a antiga e a atual Lei das Sociedades Anônimas:

WALDEMAR FERREIRA, "Tratado de Sociedades Mercantis" (1958, vol. 4, p. 1393):

"Privados do exercício, pelos estatutos, do direito de voto, e esse é, na generalidade dos estatutos sociais, o único direito restringido a tais acionistas, estes o readquirirão quando, pelo prazo fixado, deixarem de serem pagos os respectivos dividendos fixos desde que não cumulativos.

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 mostraram ineptos ou desonestos, quer pela eleição de seus substitutos".

PONTES DE MIRANDA, "Tratado de Direito Privado" (vol. 50, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1984, § 5.314, pág. 239):

"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 n.º 2.627, 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 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, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso".

LESLIE AMENDOLARA, em artigo recente, intitulado "A Posição do Acionista Preferencialista na Empresa Aberta" (RT 741, 1997, p.67), analisa mais extensamente o objetivo do legislador acima referido e as diversas circunstâncias que podem cercar a aplicação desse dispositivo:

"O § 1º do artigo 111 estabeleceu a possibilidade das ações preferenciais sem direito a voto virem a adquiri-lo toda vez que a sociedade, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a três exercícios consecutivos, deixar de pagar dividendos fixos ou mínimos a que fizerem jus. Prevê ainda que esses direitos serão mantidos até o pagamento, se não forem cumulativos, ou até que estes sejam pagos.

Este dispositivo já existia na lei anterior e, embora pareça de fácil entendimento, presta-se a interpretações diversas, tanto sob o aspecto do poder político como econômico.

A aquisição do poder político:

Numa companhia em que as ações preferenciais superam em número as ordinárias, a aquisição do direito de voto significa também o poder político de seus titulares de eleger os administradores e destituir os controladores?

Esta questão se impõe porque alguns entendem que, sendo um direito transitório, não se configuraria como controle por faltar-lhes os "direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria de votos nas deliberações..." (letra a, art. 116).

Não nos parece consistente esse argumento no que tange aos direitos políticos, pois ao adquirir o direito de voto, como se acionistas detentores de ações ordinárias fossem, adquirem as suas prerrogativas, dentre elas a de eleger os administradores da sociedade.

Como destaca mestre WALDÍRIO BULGARELLI, há dois tipos de direitos dos acionistas a saber:

1. "Os que repercutem diretamente no patrimônio" dentre eles o recebimento de dividendos e;
2. "Meios que a lei confere para manter incólumes os primeiros" e aí se inclui o direito de voto. Portanto ao obter o direito de voto o acionista preferencialista poderá convocar a Assembleia Geral e, já como majoritários, deliberar a distribuição dos dividendos se for o caso. Na outra hipótese se, em razão de sucessivos prejuízos da companhia, não houver dividendos a distribuir, o objetivo será justamente assumir o controle da administração, tendo em vista a incompetência dos administradores, que em três exercícios não conseguiram apresentar resultados positivos." (grifos aditados)

O preceito do § 1º do artigo 111 pressupõe, portanto, titulares de ações preferenciais diferentes dos detentores das ações de controle, e sua função é transferir do acionista controlador para os titulares das ações preferenciais o poder de escolher os administradores da companhia.

16. Na joint venture de duas sociedades empresárias com igual participação nas ações com direito de voto e quorum mínimo de deliberação da Assembleia Geral, em que uma delas possui, além das ações ordinárias, ações preferenciais sem direito de voto com dividendo prioritário, não faz sentido invocar o disposto no § 1º do artigo 111, sobre aquisição do direito de voto pelas ações preferenciais, pois esse dispositivo consta do modelo legal de companhia como instrumento de proteção de acionistas minoritários e é incompatível com o contrato de joint venture no qual duas sociedades empresárias contrataram distribuir entre si a escolha dos administradores da sociedade.

O § 1º do artigo 111 é, como referido, instrumento para que os acionistas minoritários sem direito de voto possam substituir os administradores da companhia que se presumem incompetentes pela inexistência de lucros. A interpretação que aplica a norma desse dispositivo ao contrato de joint venture implica atribuir a sócio que não é acionista minoritário, mas participa da administração da companhia através de representantes seus, o poder de destituir toda a administração da companhia



-- escolhida de comum acordo pelos dois sócios -- para substituí-la por pessoas de escolha de um deles, com violação das obrigações assumidas no contrato de joint venture relativamente à escolha dos administradores.

No caso da consulta, o reconhecimento de direito de voto às ações preferenciais da LOCANE BRASIL é mais esdrúxulo ainda porque, segundo os instrumentos da joint venture, toda a responsabilidade operacional da companhia cabe ao administrador escolhido pelos titulares das ações preferenciais, e o § 1º do artigo 111 não é invocado na sua finalidade de substituir uma administração ineficiente, mas como meio para substituir apenas o administrador indicado pela ALPHA e descumprir as obrigações contraídas no contrato de joint venture relativas ao preenchimento dos cargos da CATÁLOGO.

17. O fato de o Estatuto Social estabelecer o quorum mínimo de 80% das ações com direito de voto para que a Assembleia Geral da CATÁLOGO possa deliberar em todas as matérias relevantes demonstra, inequivocamente, que a ALPHA e a LOCANE BRASIL, ao contratarem a joint venture, excluíram deliberadamente a possibilidade de que as ações preferenciais pudessem vir a adquirir direito de voto, quebrando o equilíbrio de poder na companhia: a existência desse quorum mínimo impede, por si só, qualquer significação prática à aquisição do direito de voto pelas ações preferenciais, uma vez que a LOCANE BRASIL, ainda que (para argumentar) adquirisse esse direito, teria apenas 75% do total dos votos e não poderia, portanto, deliberar validamente sem o consenso da ALPHA.

### **RESPOSTAS ÀS QUESTÕES**

Com esses fundamentos, assim respondemos aos quesitos da consulta:

1º) A LOCANE BRASIL, ainda que tivesse o exercício de 75% dos votos presentes à Assembleia, não poderia eleger o Diretor-Presidente da companhia porque a Assembleia Geral somente pode deliberar validamente sobre essa matéria pelo voto de 80% de todas as ações com direito a voto. A deliberação com menor percentagem de voto é inexistente.

2º) A escolha do ocupante do cargo de Diretor-Presidente e sua eleição, nos termos descritos na consulta, violam as estipulações de joint venture segundo as quais as acionistas, ALPHA e LOCANE BRASIL, devem ser representadas na administração da sociedade de forma a impedir que uma delas tenha sozinha o controle da administração.

3º) O quorum mínimo de 80% das deliberações relevantes da Assembleia Geral tem por finalidade precípua evitar que, em qualquer circunstância, a ALPHA ou a LOCANE BRASIL assumam a posição de governante única da sociedade.

4º) Ainda que as ações preferenciais pertencentes à LOCANE BRASIL pudessem exercer o direito de voto, nos termos dos instrumentos da joint venture cabe à ALPHA indicar o substituto em qualquer caso de vacância do cargo de Diretor-Presidente.

5º) No caso da consulta, o reconhecimento de direito de voto das ações preferenciais A da acionista LOCANE BRASIL, pelo fato de não pagamento dos seus dividendos fixos, não tem fundamento legal porque tal pretensão contraria a finalidade e a função social do dispositivo: a interpretação que aplica a norma do § 1º do art. 111 ao contrato de joint venture implica atribuir ao sócio que não é acionista minoritário, mas participa da administração da sociedade através de representantes seus, o poder de destituir toda a administração, escolhida de comum acordo pelos dois acionistas, para substituí-la por pessoas escolhidas por apenas um deles; ademais, cabendo toda a responsabilidade operacional da companhia ao administrador escolhido pelo titular das ações preferenciais A, o § 1º do artigo 111 não está sendo invocado na sua finalidade de substituir uma administração ineficiente, mas como meio para substituir unicamente o Diretor indicado pela ALPHA, com violação das obrigações assumidas no contrato de joint venture relativas ao preenchimentos dos cargos da administração da CATÁLOGO.

É o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 17 de Janeiro de 2000.