

Revista de Direito Mercantil

industrial,
econômico e
financeiro

vol.

127



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLI — n. 127 — julho-setembro de 2002

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,

RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 289-0811

Fax: (011) 251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros

Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Composição: *Scripta*

SUMÁRIO

DOCTRINA

SOCIEDADE ANÔNIMA: INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO

- CALIXTO SALOMÃO FILHO 7

ATUALIDADES

REGIME SANCIONATÓRIO EM DIREITO BANCÁRIO

- ARMINDO SARAIVA MATIAS 21

AS SOCIEDADES LIMITADAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

— A LIMITAÇÃO DO DIREITO DE CONTRATAR

- PAULO ALBERT WEYLAND VIEIRA E ANA PAULA DE CARVALHO REIS 30

ACORDOS FINANCEIROS E A RESOLUÇÃO 3.039/2002

DO BANCO CENTRAL — DISTORÇÃO NA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR

- HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA 52

SOBRE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA DE EMPRESAS NO BRASIL

- RENATO LUIZ DE MACEDO MANGE 56

OS COMPROMISSOS DE VOTO NOS ACORDOS DE ACIONISTAS E SUA EFICÁCIA EXECUTIVA

- JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA 63

CONFIDENCIALIDADE EM ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

- HEE MOON JO 68

A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: O ART. 192 E O MITO DA LEI COMPLEMENTAR ÚNICA

- LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA E JEAN PAUL CABRAL VEIGA DA ROCHA 79

ACORDOS DE ACIONISTAS SOBRE O EXERCÍCIO DO PODER DE CONTROLE

(Análise das principais alterações introduzidas ao art. 118 da Lei das S/A
pela Lei 10.303/2001)

- MIGUEL TORNOVSKY 93

O SISTEMA DE PAGAMENTOS BRASILEIRO (SPB)

- ALMIR ROGÉRIO GONÇALVES 107

AS IMPORTAÇÕES PARALELAS À LUZ DO PRINCÍPIO DE EXAUSTÃO DO DIREITO DE MARCA E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS CONTRATUAL E CONCORRENCIAL

- CLÁUDIA MARINS ADIERS 127

FUNDAMENTO E EFEITOS JURÍDICOS DA GOVERNANÇA CORPORATIVA NO BRASIL	
— MILTON NASSAU RIBEIRO	165
PESSOAS JURÍDICAS DOMICILIADAS NO EXTERIOR	
— OBRIGATORIEDADE DE INSCRIÇÃO NO CNPJ	
— ZANON DE PAULA BARROS	175
 DIREITO E ECONOMIA	
MUDANÇA INSTITUCIONAL, A PERSPECTIVA DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL	
— BASILIA AGUIRRE	179
 JURISPRUDÊNCIA COMENTADA	
COBRANÇA JUDICIAL DE DIVIDENDOS PRIORITÁRIOS: DESNECESSIDADE DE ANULAÇÃO DE DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR	
— CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES	189
 ESPAÇO DISCENTE	
A RELAÇÃO ENTRE O NOVO SPB E OS TÍTULOS DE CRÉDITO. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS	
— ANDRÉ BUENO DA SILVEIRA, ARTHUR MARINHO, EDSON FÁBIO GARUTTI MOREIRA E IBERÊ UCHOA DE AZEVEDO BARBOSA	215
O ABUSO DE DIREITO NA DENÚNCIA DOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO: O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E AS DISPOSIÇÕES DO NOVO CÓDIGO CIVIL	
— PAULO EDUARDO LILLA	229

COLABORAM NESTE NÚMERO

ALMIR ROGÉRIO GONÇALVES

Advogado em São Paulo

ANA PAULA DE CARVALHO REIS

Advogada

ANDRÉ BUENO DA SILVEIRA

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP. Bolsista da FAPESP. Monitor da Cátedra de História do Direito na FADUSP

ARMINDO SARAIVA MATIAS

Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa. Consultor do Banco de Portugal

ARTHUR MARINHO

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP. Pesquisador do CNPq, junto ao Departamento de Direito do Estado

BASILIA AGUIRRE

Professora da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo — FEA/USP

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP

CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP

CLÁUDIA MARINS ADIERS

Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul — UFRGS. Advogada no Rio Grande do Sul

EDSON FÁBIO GARUTTI MOREIRA

Jornalista. Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP. Foi pesquisador selecionado pelo CNPq

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo — USP. Professor de Direito Comercial das Faculdades de Direito da USP e da FAAP. Membro do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Consultor

HEE MOON JO

Mestre em Direito pela *Korea University*. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo — USP. Professor do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da USF. Árbitro Comercial do *Korea Commercial Arbitration Board*

IBERÊ UCHOA DE AZEVEDO BARBOSA

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP

JEAN PAUL CABRAL VEIGA DA ROCHA

Doutorando em Direito Econômico na Universidade de São Paulo — USP

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Professor de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ. Advogado

LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

Mestre em Direito do Estado pela
Universidade de São Paulo — USP.
Doutorando em Direito Constitucional e
Teoria do Direito na Universidade de
Kiel, Alemanha

MIGUEL TORNOVSKY

Formado pela Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ.
Mestre em Direito pela *Columbia Law
School*, em Nova Iorque. Advogado

MILTON NASSAU RIBEIRO

Pós-Graduado em Direito de Empresas e
da Economia pela Fundação Getúlio
Vargas — FGV. Mestrando em Direito de
Empresa na Faculdade de Direito Milton
Campos, BH/MG. Advogado

PAULO ALBERT WEYLAND VIEIRA

Professor de Direito Comercial da
Pontifícia Universidade Católica do Rio
de Janeiro — PUC/RJ. Mestre em Direito
pela Universidade de Cambridge,
Inglaterra. Advogado

PAULO EDUARDO LILLA

Graduando da Fundação Armando
Álvares Penteadó — FAAP

RENATO LUIZ DE MACEDO MANGE

Ex-Presidente da Associação dos
Advogados de São Paulo. Advogado em
São Paulo

ZANON DE PAULA BARROS

Advogado

Jurisprudência Comentada

COBRANÇA JUDICIAL DE DIVIDENDOS PRIORITÁRIOS: DESNECESSIDADE DE ANULAÇÃO DE DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR*

Comentários de
CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES
ao REsp 95.377-RJ, do STJ

Recurso especial 95.377-RJ (96/0029938-2)

Rel.: o Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter

Recte.: UNIPAR — União de Indústrias Petroquímicas S/A

Recdos.: Victor Adler e Outros

Advs.: Drs. Sérgio Bermudes e outros e Marcelo Fernandez Trindade e outros

Ementa: Sociedade Anônima. Ações preferenciais. Base de cálculo dos dividendos prioritários. Incidência da correção monetária.

I — A base de cálculos preferenciais, quando estabelecidos sobre o valor nominal daquelas ações, deve ser o capital social anualmente corrigido, de acordo com o art. 5º, parágrafo único, da Lei 6.404/76.

II — A correção monetária do capital social, entre as suas relevantes funções, integra o conjunto de normas adotadas pela lei para a proteção da minoria, e não de-

* Trabalho apresentado no 1º semestre de 2002 no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, disciplina "Reforma da Lei das Sociedades Anônimas e do Mercado de Capitais" (DCO-5867-2), ministrada pelos Profs. Associados Rachel Sztajn e Mauro Rodrigues Penteado.

pende da deliberação da Assembléia para vigorar, nem está subordinada, para ter eficácia, à decisão dos sócios. Diante do quadro inflacionário que assolou a economia do nosso país nas últimas décadas, a ausência da correção monetária no pagamento dos dividendos, além de ensejar enriquecimento ilícito da parte da companhia, é fator de desestímulo à participação dos investidores, dificultando a capitalização da empresa mediante captação de poupança no mercado primário.

III — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Menezes Direito, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Menezes Direito, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Brasília, 21 de novembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro Costa Leite (Presidente). Ministro Waldemar Zveiter (Relator).

RELATÓRIO

O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter: Cuida-se de Ação Ordinária de Cobrança de diferenças de dividendos ajuizada por Victor Adler e outros contra UNIPAR — União de Indústrias Petroquímicas S/A.

Tocante às ações preferenciais, Classe A, de que são titulares, pretendem os *autores* auferir, a teor do que promana do *art. 7º do Estatuto Social da Empresa* e a título de atualização monetária sobre o valor nominal daquelas ações, 10% (dez por cento) ao ano.

A Sociedade, na observância do *art. 297, II, da Lei 6.404/1976*, tem concedido bonificações (ações), como critério de correção monetária incidente sobre o valor das ações antigas, representativas de capital histórico ou nominal.

O acórdão impugnado, confirmando a sentença por seus fundamentos e repelindo as preliminares de falta de interesse processual (de agir) e de prescrição da ação, concluiu (fls. 480):

Sociedade Anônima. Ações preferenciais. Base de cálculo dos dividendos prioritários. Incidência da correção monetária.

A base de cálculo dos dividendos prioritários das ações preferenciais, quando estabelecidas sobre o valor nominal daquelas ações, deve ser o capital social anualmente corrigido, de acordo com o *art. 5º, parágrafo único, da Lei 6.404/1976*.

A correção monetária do capital social, entre as suas relevantes funções, integra o conjunto de normas adotadas pela lei para a proteção da minoria, e não depende da deliberação da Assembléia para vigorar, nem está subordinada, para ter eficácia, à decisão dos sócios.

Diante do quadro inflacionário que assolou a economia do nosso país nas últimas décadas, a ausência da correção monetária no pagamento dos dividendos, além de ensejar enriquecimento ilícito da parte

da companhia, é fator de desestímulo à participação dos investidores, dificultando a capitalização da empresa mediante captação de poupança no mercado primário.

Desprovimento do recurso.

Contra esse entendimento articula a Sociedade os recursos Especial e Extraordinário.

No Especial (fls. 500), com fundamento no *art. 105, III, "a"*, alega que o aresto teria violado os *arts. 2º; 267, VI; 459 e 460 do CPC e 132, II e 167 da Lei 6.404/1976*.

Às fls. 599, deferiu-se o seguimento do apelo, quanto ao tema da preliminar de ausência de interesse de agir, posto que, sem empeco legal, aos Autores, na condição de donos da lide, compete escolher a via processual.

Nesta Corte, admiti petição dos recorrentes que ofertaram pareceres dos Professores Luiz Gastão Paes de Barros Leães, José Luiz Bulhões Pedreira e Humberto Theodoro Júnior, por xerocópias extraídas de outras ações que não dizem com a presente, tratando, entretanto, de temas assemeelhados.

Com vista à parte contrária, está referindo-se à impertinência da juntada, cujo indeferimento pleiteou, ou se não tanto, que se a admitisse por linha, também juntou pareceres dos Professores Alfredo Lamy Filho, Fábio Konder Comparato, José Alexandre Tavares Guerreiro e Nelson Eizirik, também ofertados em causas outras tratando os mesmos temas em oposição àqueles.

O Extraordinário resultou indeferido. É o relatório.

Ementa: Sociedade Anônima. Ações preferenciais. Base de cálculos dos dividendos prioritários. Incidência da correção monetária.

I — A base de cálculos preferenciais, quando estabelecidos sobre o valor nominal daquelas ações, deve ser o capital social anualmente corrigido, de acordo com o *art. 5º, parágrafo único, da Lei 6.404/1976*.

II — A correção monetária do capital social, entre as suas relevantes funções, integra o conjunto de normas adotadas pela lei para a proteção da minoria, e não depende de deliberação da Assembléia para vigorar, nem está subordinada, para ter eficácia, à decisão dos sócios. Diante do quadro inflacionário que assolou a economia do nosso país nas últimas décadas, a ausência da correção monetária no pagamento dos dividendos, além de ensejar enriquecimento ilícito da parte da companhia, é fator de desestímulo à participação dos investidores, dificultando a capitalização da empresa mediante captação de poupança no mercado primário.

III — Recurso não conhecido.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter (Relator): Para exata compreensão da espécie tomo das razões dos recorridos o resumo feito da questão posta em juízo, assim (fls. 578/580):

Os recorridos são titulares de ações preferenciais Classe A, de emissão da recorrente, que lhes conferem direito a um dividendo mínimo prioritário de 10% ao ano sobre o valor nominal daquelas ações, na forma do art. 7º do Estatuto Social da recorrente (cf. fls. 281).

Autorizada pelo inc. II do art. 297 da Lei 6.404/1976, a recorrente tem formalizado o aumento de capital decorrente da correção monetária do próprio capital, pela distribuição de novas ações aos seus acionistas.

Em tal procedimento, as ações antigas representam o capital histórico. E as novas ações bonificadas representam a correção monetária do capital.

A questão submetida ao Judiciário nesta demanda cinge-se a saber se o dividendo mínimo prioritário devido aos preferenciais Classe A deve ser calculado somente sobre a quantidade de ações antigas — como entende e pratica a recorrente —, ou sobre aquela quantidade de ações

antiga acrescida das ações bonificadas, que refletem a correção monetária anual do capital social — como pleitearam os recorridos, e lhes foi concedido pelo acórdão.

A sentença de primeiro grau julgou inteiramente procedentes, nos exatos termos em que foram apresentados, os pedidos formulados pelos ora recorridos, para o fim de:

(a) declarar o direito dos autores a receber os dividendos mínimos prioritários de 10% do valor nominal de cada uma das ações preferenciais Classe A de que sejam titulares, *atualizados monetariamente*, isto é, calculados sobre a quantidade de ações decorrente do valor do capital social atualizado até 31 de dezembro do exercício a que se referirem os mesmos dividendos (item 63, *a*, da inicial, fls. 20);

(b) condenar a recorrente no pagamento dos dividendos mínimos prioritários referentes aos exercícios de 1990 a 1993, *atualizados monetariamente*, isto é, calculados sobre a quantidade de ações decorrente do valor do capital social atualizado até 31 de dezembro do exercício a que se referirem os mesmos dividendos (item 63, *b*, da inicial, fls. 20);

(c) condenar a ré a pagar os dividendos relativos aos exercícios vencidos no curso da lide, e os que se venceram depois de transitada em julgado a decisão condenatória, igualmente *atualizados monetariamente* na forma postulada no item (a) acima (item 63, *c*, da inicial, fls. 21); e,

(d) condenar a ré a pagar quaisquer dividendos, vencidos e vincendos, devidos aos autores, *com correção monetária plena*, isto é, calculada também no período compreendido entre 31 de dezembro de cada ano e a data do efetivo pagamento (item 63, *d*, da inicial, fls. 21).

O acórdão recorrido manteve tal sentença, firme no fundamento de que:

Com efeito, o capital social, como bem colocou o douto sentenciante, por força de norma cogente, é sempre corrigido, anualmente, pelo índice de desvalorização da moeda, quer a sociedade tenha

lucro ou prejuízo, haja acréscimo ou decréscimo patrimonial. Como cifra fixa, no passivo, terá que ser sempre atualizada para medir-se o ativo, e saber-se se há lucros a distribuir, ou prejuízos a compensar. *Ora, essa correção é para todos os efeitos legais, não podendo ser excluída nos cálculos dos dividendos mínimos prioritários das ações preferenciais quando estes são estabelecidos nos estatutos, como no caso em exame, em percentual sobre o valor nominal daquelas ações*" (cf. fls. 484/485).

As pretendidas violações a textos legais não procedem.

A conclusão do aresto arrimou-se na base concreta da lide (interpretação das disposições estatutárias, fatos e provas) e essa situação fática impôs a qualificação jurídica, apontando para o caso a norma que emerge do art. 5º, parágrafo único da Lei 6.404/1976.

E aliás, no pertinente à norma, os recorrentes anotam de A. Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreiras, in *A Lei das S/A*, RJ, Renovar, 1992, p. 337, o seguinte:

Como se vê, o parágrafo único do art. 5º contém a norma imperativa, de ordem pública (a expressão monetária do valor do capital social será corrigida anualmente), independentemente de haver lucro ou prejuízo, qualquer que seja o resultado do balanço, de todo alheio a qualquer deliberação de assembléia geral.

Tocante a suposta violação dos arts. 2º, 267, VI, do CPC, foi explícito e escoreito o aresto ao demonstrar (fls. 482/483):

Em preliminar, sustenta a apelante não terem os apelados interesse processual porque os dividendos foram fixados por assembléias, e para pleitearem dividendos diversos teriam antes que anular as deliberações daquelas mesmas assembléias. A sentença, todavia, à luz da lei e da doutrina, fez perfeita distinção entre os dividen-

dos comuns, que são estabelecidos pela Assembléia, e os dividendos mínimos prioritários, devido às ações preferenciais *cheias*, e que constituem o objeto destes autos. Estes últimos são estabelecidos pelo estatuto social como uma percentagem determinada do valor nominal das ações, percentagem esta que não pode ser alterada pela Assembléia Geral, nem mesmo por decisão unânime, sem a concordância dos acionistas preferenciais interessados, consoante art. 136, II e § 1º da Lei das S/A.

Importa dizer que, havendo lucros, é obrigatório o pagamento do dividendo prioritário devido às ações preferenciais. Não pode a Assembléia deliberar a redução do percentual dos dividendos, digamos de 10% para 8%, ou 5%, ou simplesmente não pagá-lo contrariando disposições dos estatutos da companhia. Conseqüentemente, o direito ao dividendo prioritário, diferentemente do comum, nasce do próprio estatuto da companhia, e não de deliberação assemblear, conforme sustentado pela melhor doutrina.

Às fls. 483, consigna:

(...) A Assembléia Geral, como bem colocaram os doutos patronos dos apelados, pode tudo com relação aos dividendos comuns, mas nada pode, nem por unanimidade de votos (art. 136, II e § 1º da Lei das S/A), quanto aos dividendos prioritários dos acionistas preferenciais, com os quais a companhia está estatutariamente comprometida.

É quanto basta para evidenciar que não estavam os autores obrigados a, primeiramente, anular as deliberações assembleares para só depois ingressarem com a presente ação. A pretensão deduzida nos autos não foi objeto de nenhuma deliberação de assembléia, nem podia sê-lo, como já destacado. A apelante, em suas assembléias, simplesmente se omitiu quanto à questão em debate, como se não existisse em seus estatutos a previsão de pagamento de dividendos prioritários às ações preferenciais. Logo, podiam os autores pleitear esses dividendos que alegam fazer jus, sendo indiscutível a necessida-

de da prestação jurisdicional invocada, porquanto a apelante resiste a essa pretensão. E se a Justiça vier a conceder-lhes o que pleiteiam, insista-se, não estará anulando nenhuma deliberação da Assembléia, quer direta quer indiretamente, por isso que estará apenas concedendo um *plus*, algo que por ela não foi cogitado.

Nos Declaratórios de fls. 496, respondendo aos Embargos sobre suposta omissão ao *art. 132, II, da Lei das S/A* e ainda ao pré-falado *art. 267, VI do CPC*, esclarece o nobre relator, assim (fls. 496/497):

Alega a embargante ter o acórdão deixado de mencionar, em suas razões, as normas do *art. 267, VI do CPC* e do *art. 132, II da Lei das Sociedades Anônimas*, que são a base de relevante preliminar de falta de interesse processual, que contamina, por completo, o pleito dos autores, ora embargados.

Data venia dos cultos e ilustres patronos da embargante, se o acórdão for relido com a necessária atenção ver-se-á que nele não existe nenhuma omissão quanto à preliminar de falta de interesse de agir nem quanto aos seus fundamentos. Para não ser repetitivo, este relator se reporta àquilo que foi dito às fls. 3-4 do acórdão. *Em síntese, a Câmara entendeu inaplicável à espécie o art. 132, II da Lei das S/A porque versam os autos sobre dividendos prioritários, devidos às ações preferenciais cheias, e não de dividendos comuns. E, uma vez que considerou existente o interesse de agir, ficou automaticamente afastada a incidência do art. 267, VI do CPC.*

Daí que, como deduzido, as preliminares de ausência de interesse de agir e prescrição da ação foram bem rebatidas.

No que tange aos *arts. 2º, 459 e 460 do CPC*, sua alegada violação é gratuita. Sentença e Acórdão somente concederam o que foi postulado. Isto é: julgaram procedente a ação nos termos do pedido constantes do item 63 da inicial.

Também não ocorreu infrigência aos *arts. 132, II e 167 da Lei 6.404/1976*, posto que, como já dito, a questão de fundo, embasando-se na matéria fática, expressou solução assinalada pelos *arts. 5ª da Lei 6.404/1976 e 7ª do Estatuto Social*.

É ver como assim (fls. 483/485):

A questão de mérito submetida a julgamento cinge-se em saber se o dividendo mínimo prioritário devido às ações preferenciais classe “A”, das quais os apelados são titulares, que lhes conferem direito a um dividendo mínimo de 10% ao ano sobre o valor nominal daquelas ações (*art. 7ª do Estatuto Social*), deve ser calculado somente sobre a quantidade originária de ações, ou também sobre as ações bonificadas, que refletem a correção monetária anual do capital social.

Autorizada pelo *inc. II do art. 297 da Lei da Sociedade por Ações*, a apelante tem formalizado o aumento de capital, decorrente da correção monetária do próprio capital, pela distribuição de novas ações aos seus acionistas, mas vem calculando o dividendo mínimo prioritário apenas sobre as ações preferenciais antigas, desprezando os “filhotes”, como se estas não tivessem a mesma natureza e privilégios das ações-mãe.

Com a vênua dos doutos patronos dos apelantes, entendendo que o doto sentenciante aplicou corretamente o direito ao decidir que o dividendo mínimo prioritário deve ser calculado também sobre as ações preferenciais bonificadas, porque estas apenas representam a correção monetária do valor das ações antigas, são a sombra inflacionária destas últimas. Em suma, as ações antigas, originárias, representam o capital social histórico, enquanto que as ações bonificadas representam a correção monetária do capital, em outras palavras, esse mesmo capital em valor atualizado.

Não reputo relevante o argumento da apelante, embora lançado com maestria, no sentido de inexistir lei exigindo que se calcule os dividendos levando-se em conta a correção monetária, e que nesse campo é inadmissível o emprego da equidade. Em primeiro lugar, porque a aplica-

ção da correção monetária faz parte da sistemática adotada pela Lei 6.404/1976 para evitar as distorções injustas e odiosas que tiveram lugar na vigência da lei anterior. A Lei atual prevê a correção monetária em diversos dispositivos, como, por exemplo, os arts. 168, § 2º, 167, 185, 17, § 3º etc. Por segundo, porque o art. 5º, parágrafo único da referida lei, que determina a correção monetária do valor do capital social realizado, tem a meu juízo, aplicação direta ao caso em exame.

Com efeito, o capital social, como bem colocou o douto sentenciante, por força de norma cogente, é sempre corrigido anualmente, pelo índice de desvalorização da moeda, quer a sociedade tenha lucro ou prejuízo, haja acréscimo ou decréscimo patrimonial. Como cifra fixa, no passivo, terá que ser sempre atualizada para medir-se o ativo, e saber-se se há lucros a distribuir, ou prejuízos a compensar. Ora, essa correção é para todos os efeitos legais, não podendo ser excluída nos cálculos dos dividendos mínimos prioritários das ações preferenciais quando estes são estabelecidos nos estatutos, como no caso em exame, em percentual sobre o valor nominal daquelas ações. As ações representam o capital social da companhia, de sorte que, se na elaboração dos cálculos dos dividendos, as ações bonificadas, decorrentes do reajuste monetário, foram excluídas, haverá distorção na distribuição dos dividendos porque parte do capital não foi computada. Para que não ocorra essa distorção, o dividendo mínimo prioritário das ações preferenciais terá, necessariamente, que ser calculado sobre o capital social corrigido, como manda a lei.

A correção monetária do capital social, entre as suas relevantes funções, integra o conjunto de normas adotadas pela lei para a proteção da minoria, e não depende de deliberação da Assembléia para vigorar, nem está subordinada a decisão dos sócios; sua eficácia vem diretamente da lei.

Corrigir o capital em certa data, calcular dividendos na mesma data, e excluir do cálculo a correção monetária do capital, é aplicar aos preferenciais Classe A, não obstante a dureza da expressão, "o conto da correção monetária que não cor-

rige", conforme afirmado nas razões dos recorridos.

Deve ser ainda destacado que a CVM, Órgão máximo do mercado mobiliário, ouvida na presente ação (fls. 369), reiterou o seu posicionamento consubstanciado no Parecer 16, de 17.11.1988, que se vê às fls. 333/334, no mesmo sentido daquilo que até aqui temos entendido. Diz o parecer: "A existência dessa situação privilegiada (refere-se às ações preferenciais) não invalida, antes reafirma, o princípio inarredável de que, tratando-se de atualização do valor monetário, no caso das ações mencionadas, *deve-se fazer incidir o percentual sobre o valor nominal da ação* (ou do capital social) *após a correção anual que é aprovada pela Assembléia Geral Ordinária*". E mais adiante acrescenta: "Na verdade, diante do atual quadro inflacionário, a ausência da correção monetária corresponderia a um enriquecimento ilícito da parte da companhia e se traduz como um fator que desencoraja a participação do investidor e dificulta a capitalização da empresa mediante a capitalização de poupança no mercado primário".

E para remate do tema da correção monetária, convém, como fizeram os recorrentes, trazer transcrição do trecho de precedente de minha relatoria (REsp 5.383), como assim (fls. 572):

Em questão sobre ser possível ou não a incidência de correção monetária, em tais circunstâncias e mesmo em outras nas quais se argumenta com violações legislativas arcaicas, porque superadas pelos fatos sociais, não podem inibir o julgador de adequando sua interpretação à realidade social ou econômica, entregar a prestação jurisdicional a que faz jus o interessado, notadamente, fiel ao princípio de justiça, que deve prevalecer sobre os conceitos do direito, quando este se constitui anacrônico e distanciado, na mora do legislador, aos fins sociais a que se o constitui" (recurso especial 5.383-RS, 3ª T., Rel. Ministro Waldemar Zveiter, v.u., RSTJ 31/318-323).

Uma palavra final deve-se consignar, em homenagem aos nobres advogados que patrocinaram os contendentes nesta causa, em face das petições que ofertaram com os substanciosos pareceres referidos no relatório. Inobstante a erudição de seus ilustres subscritores, não os tive como relevantes à deliberação da espécie que não oferecia complexidade, a qual, segundo meu pensar, foi corretamente decidida pelas instâncias ordinárias consoante procurei demonstrar neste voto.

Forte, pois, nos fundamentos aduzidos, Sr. Presidente, é que não conheço do recurso.

VOTO-VISTA

O Exmo. Senhor Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Trata-se de uma ação ordinária de cobrança de diferenças de dividendos, devidamente corrigidos desde a data em que deveriam ter sido pagos, ajuizada por titulares de ações preferenciais. Os autores sustentam que os dividendos mínimos não estão sendo calculados segundo o capital social da empresa ré, atualizado em 31 de dezembro de cada ano, e são, ademais, pagos em moeda defasada. A sentença julgou procedente o pedido e o Acórdão de 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relator o eminente Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, manteve o julgado. Para o Tribunal de origem, a assembléia geral dos acionistas nada pode deliberar sobre o pagamento dos dividendos das ações preferenciais, tratando-se, como se trata, de dividendos prioritários, diante do compromisso estatutário. Pôs o Acórdão como questão de mérito “saber se o dividendo mínimo prioritário devido às ações preferenciais classe ‘A’, das quais os apelados são titulares, que lhes conferem direito a um dividendo mínimo de 10% ao ano sobre o valor nominal daquelas ações (art. 7º do Estatuto Social), deve ser calculado somente sobre a quantidade originária de ações, ou também sobre as ações bonificadas, que refletem a correção monetária do capital social”. O Acórdão

rechaçou o argumento da empresa sobre a inexistência de lei que comande o cálculo dos dividendos levando-se em conta a correção monetária, sendo incabível aplicar-se, no caso, a equidade. E assim entendeu considerando que a correção monetária está entranhada na Lei das Sociedades por Ações e que o art. 5º, parágrafo único, da mesma lei, determina a correção do valor do capital social realizado. Destacou, finalmente, que tal entendimento está agasalhado pela Comissão de Valores Mobiliários.

O Ministro Waldemar Zveiter, Relator, não conheceu do especial.

Dois questões, a meu ver, precisam ser enfrentadas. A primeira, diz respeito ao papel da assembléia geral na aprovação dos dividendos reclamados nesta ação; a segunda, enfrenta o cabimento do cálculo incluída a correção monetária.

O especial destaca que o direito de crédito a cada dividendo nasce de deliberação da assembléia geral, e não diretamente do estatuto. Com isso, raciocina a empresa, o pagamento dos dividendos, aplicando a cláusula estatutária, com determinada interpretação, é suscetível de ataque pelo acionista prejudicado, o qual, entretanto, deve, necessariamente, anular a deliberação da assembléia que supõe violadora da regra estatutária. É evidente que o pressuposto está na existência de decisão da assembléia.

Ocorre que a sentença afirmou, expressamente, que os autores não desafiaram nenhuma decisão da assembléia, mas, tão-somente, pretendem receber os seus dividendos em valor atualizado. E o Acórdão recorrido asseverou, claramente, que a “pretensão deduzida nos autos não foi objeto de nenhuma deliberação de assembléia, nem podia sê-lo, como já destacado. A apelante, em suas assembléias, simplesmente se omitiu quanto à questão em debate, como se não existisse em seus estatutos a previsão de pagamento de dividendos prioritários às ações preferenciais”. E, ainda, considerou o Acórdão recorrido que “se a Justiça vier a conceder-lhes o que pleiteiam, insista-se, não estará anulando nenhuma

deliberação da Assembléia, quer direta quer indiretamente, por isso que estará concedendo um *plus*, algo que por ela não foi cogitado”.

Ora, não é possível, a meu juízo, desafiarmos a questão da existência, ou não, de decisão da assembléia geral sobre este aspecto do pagamento dos dividendos, diante da Súmula 7 da Corte, considerando que o Acórdão recorrido afirmou não existir decisão sobre a matéria. Se não há decisão da assembléia, não há como postular a anulação, com o que o pedido feito para declarar o direito dos autores a receber dividendos mínimos calculados sobre o valor do capital atualizado em 31 de dezembro de cada ano, alcançando os pagamentos daqueles relativos aos exercícios de 1990, 1991, 1992 e 1993, está incólume a esse ataque recursal.

No que concerne ao mérito do pedido, o Acórdão recorrido assinalou que a Lei 6.404/1976 criou um sistema próprio de correção monetária previsto no art. 167, § 1º, assim a correção anual, estabelecendo que a “reserva de capital constituída por ocasião do balanço de encerramento do exercício social e resultante da correção monetária do capital realizado (art. 182, § 2º) será capitalizado por deliberação da assembléia geral que aprovar o balanço”, sendo que na “companhia aberta, a capitalização prevista neste artigo será feita sem modificação do número de ações emitidas e com aumento do valor nominal das ações, se for o caso”, com o que, tecnicamente, a atualização refere-se ao momento do balanço que indica os lucros que serão distribuídos.

O art. 297, por outro lado, estabelece regra de trânsito, mediante a qual as “companhias existentes que tiverem ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendo fixo ou mínimo ficarão dispensadas do disposto no art. 167 e seu § 1º, desde que o prazo de que trata o art. 296 regule no estatuto a participação das ações preferenciais na correção anual do capital social”, fixando as seguintes normas:

o aumento de capital poderá ficar na dependência de deliberação da assembléia geral, mas será obrigatório quando o saldo da conta de que trata o § 3º do art. 182 ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do capital social;

a capitalização da reserva poderá ser procedida mediante aumento do valor nominal das ações ou emissões de novas ações bonificadas, cabendo à assembléia geral escolher, em cada aumento de capital, o modo a ser adotado;

em qualquer caso, será observado o disposto no § 4º do art. 17;

as condições estatutárias de participação serão transcritas nos certificados das ações da companhia.

Verifica-se, portanto, que o regime do art. 297 da Lei 6.404/1976, regime de trânsito, não subordina as empresas, diretamente, ao art. 167 e seu § 1º, que, assim, não estão obrigadas a capitalizar a correção monetária do capital social, mediante o aumento do valor nominal das ações, na assembléia geral ordinária que aprovar o balanço, nem, tampouco, os titulares de ações preferenciais têm direito à capitalização da reserva da correção monetária do capital social em toda e qualquer circunstância, cabendo à assembléia geral, em cada aumento, indicar se adotará o aumento do valor nominal das ações ou a emissão de ações bonificadas.

Não se cuida, no caso, pura e simplesmente, de compreender a correção monetária como inerente ao processo brasileiro, significando a manutenção do valor das ações no tempo, para evitar a corrosão inflacionária. O que se deve examinar neste feito é se o critério de distribuição dos dividendos adotado pela recorrente está de acordo com o sistema legal especial.

Desde logo, é necessário considerar que a correção monetária em direito societário, alcançando o capital social, não depende do resultado do exercício, ou seja, haja lucro ou prejuízo, impõe-se a correção monetária, daí comandar a lei, no seu art. 182, que será registrado como reserva de capital o resultado da correção monetária.

ria do capital realizado, enquanto não capitalizado. Não constitui a correção monetária, pois, uma reserva de capital. E o art. 200 da lei especial deixa isso muito claro.

Em tese, a lei de regência não dispensou a correção monetária. E nem poderia fazê-lo, sob pena de ignorar a realidade e, ainda, criar um sistema discriminatório que retiraria praticamente o privilégio dos acionistas preferenciais, isto é, o possuidor de ações preferenciais ficaria com seus dividendos minguados diante do desequilíbrio entre o valor nominal das ações e o valor efetivo do capital devidamente corrigido. Seria o mesmo que criar uma estrutura de valorização do mercado de ações e embutir nele um sistema de autodestruição representado pela desvalorização das ações tidas como preferenciais, tal como regulado estatutariamente. Por essa razão mesma é que a Comissão de Valores Mobiliários considerou que o dividendo prioritário deveria ter como base de cálculo o valor nominal devidamente corrigido, tal e qual a correção anual do capital social.

O Acórdão recorrido asseverou que a empresa, autorizada pelo art. 297, II, da Lei das Sociedades por Ações, “tem formalizado o seu aumento de capital, decorrente da correção monetária do próprio capital, pela distribuição de novas ações aos seus acionistas, mas vem calculando o dividendo mínimo prioritário apenas sobre as ações preferenciais antigas, desprezando os ‘filhotes’, como se estas não tivessem a mesma natureza e privilégios das ações-mãe”. Assim, o Acórdão recorrido configurou a empresa recorrente como beneficiária do regime de trânsito do art. 297 da Lei de Regência, com o que impõe-se saber se a cobertura da exceção beneficia a empresa para os efeitos do pagamento da correção monetária como pretendido pela inicial.

A própria inicial afirma que “quando da correção monetária anual da expressão monetária do capital, com o conseqüente aumento de seu valor nominal, a ré tem optado por emitir novas ações, até o ponto de, em certo momento, o capital da sociedade

estar dividido no número grotesco de *hum trilhão e novecentos bilhões de ações*, cada uma de valor nominal irrisório”. Ora, essa opção, quilométrico embora o número indicado pelos autores, está na própria lei, como transcrito acima, ou seja, sob o regime do art. 297 “a capitalização da reserva poderá ser procedida mediante aumento do valor nominal das ações ou emissões de novas ações bonificadas, cabendo à assembléia geral escolher, em cada aumento de capital, o modo a ser adotado”.

Esse cenário indica que a regra do art. 167 (“A reserva de capital constituída por ocasião do balanço de encerramento do exercício social e resultante da correção monetária do capital realizado (art. 182, § 2º) será capitalizada por deliberação da assembléia geral ordinária que aprovar o balanço”) só pode ser lida em conjunto com a regra do art. 297, que criou um sistema de trânsito, autorizando um modelo específico para a capitalização da reserva, oferecendo a seguinte alternativa: aumento do valor nominal das ações ou emissão de novas ações bonificadas, cabendo ao colegiado maior da empresa, a assembléia geral, escolher o modo a ser adotado.

Quer me parecer, com todo o maior respeito aos que entendem em sentido contrário, que a capitalização pela emissão de novas ações bonificadas é o meio de incorporar a correção monetária para os possuidores das ações preferenciais, dispensando-se, para evitar uma dupla correção, o que ocorreria, neste caso, o aumento do valor nominal das ações. Os acionistas preferenciais receberiam novas ações, em quantidades proporcionais à capitalização da reserva (art. 297, II), não lhes sendo devido, em consequência, o aumento do valor nominal para efeito de pagamento dos dividendos. A ser de outra forma, estar-se-ia admitindo a adoção dos dois modos ao mesmo tempo (emissão de novas ações e aumento do valor nominal das ações), quando a lei ensejou uma opção, a ser feita pela assembléia geral.

A escolha da emissão de novas ações, porém, impõe que seja feito o pagamento

dos dividendos sobre todas as ações possuídas, isto é, incluídas as decorrentes da bonificação.

Acontece, que, neste caso, há uma peculiaridade que barra a passagem do especial. É que o Acórdão recorrido, expressamente, destacou que a empresa recorrente, beneficiada pelo art. 297, II, escolheu o modo de emitir novas ações, mas continuou pagando os dividendos, apenas, sobre as antigas ações, desprezando as bonificações, com o que, sem dúvida, lesionou o direito dos acionistas preferenciais que ficaram com ações novas, oriundas da bonificação, por seu turno distribuídas sob o pálio da capitalização da correção monetária, sem receber nem sobre o aumento do valor nominal nem sobre as ações bonificadas.

Com as razões acima deduzidas, eu acompanho o eminente Relator, e, igualmente, não conheço do recurso.

Comentários de

Carlos Eduardo da Costa Pires

I — Apresentação da questão

Tormentosa questão submetida à apreciação de advogados e juízes envolvidos em litígios contenciosos de natureza societária, notadamente nas ações de cobrança de dividendos prioritários por acionistas preferencialistas, diz respeito à necessidade, ou não, de se obter — prévia ou concomitantemente à cobrança — provimento jurisdicional anulatório da Assembléia Geral que tenha deliberado o pagamento dos dividendos em suposta violação ao Estatuto da companhia.

O problema decorre quando o pagamento de dividendos é executado na forma deliberada pela Assembléia Geral da sociedade anônima, e esta forma é questionada pelos acionistas preferencialistas, que buscam no Poder Judiciário, por meio de ação de cobrança, o recebimento dos valores que entendem devidos às suas ações.

No campo processual, a questão de ser ou não necessária a prévia anulação da de-

liberação da Assembléia Geral, para obtenção do pedido principal, qual seja, a condenação da companhia no pagamento do dividendo prioritário cabível às ações do autor, afeta diretamente as condições da ação, mais precisamente aquela concernente ao *interesse processual*.

O interesse processual se traduz numa relação de *necessidade* e também numa relação de *adequação* do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial. Mesmo que a parte esteja na iminência de sofrer um dano em seu interesse material, não se pode dizer que exista interesse processual se aquilo que reclama do órgão judicial não será útil juridicamente para evitar a lesão.¹

Portanto, na hipótese de se entender necessária a anulação do ato assemblear em que deliberada a forma de pagamento dos dividendos, o feito deverá ser extinto, sem julgamento de mérito, por carência da ação em face da falta de interesse processual, caso o acionista/autor tenha deduzido, na sua ação de cobrança, apenas um pedido de condenação da ré/companhia no pagamento do valor que entende cabível, sem requerer a anulação da deliberação. Nesta hipótese, sem a desconstituição do negócio jurídico em que fundado o pagamento incorreto dos dividendos, seria inútil a provocação da tutela jurisdicional, pois a decisão não seria apta a produzir o efeito desejado, já que a companhia continuaria protegida pelos efeitos da deliberação deixada incólume.

Por outro lado, concluindo-se pela desnecessidade de se anular previamente o ato assemblear em que deliberada a forma de distribuição dos lucros da companhia, não haverá que se falar em carência ou falta de interesse processual se apenas o pedido condenatório tiver sido formulado, reconhecendo-se desde logo o direito do acionista preferencialista ao pagamento de valores diversos por suas ações.

1. Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, p. 56.

A questão traz conseqüências práticas e imediatas. Na forma prevista no art. 286, “a ação para anular as deliberações tomadas em assembléia geral ou especial irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contado da deliberação”.

Ao mesmo tempo, o art. 287, inc. II, alínea a, da Lei 6.404/1976, determina que prescreve em 3 (três) anos “a ação para haver dividendos, contado o prazo da data em que tenham sido postos à disposição do acionista”.

Ou seja, dependendo da resposta que se dê à questão apresentada — se é ou não necessário anular a deliberação da Assembléia Geral que tenha determinado à companhia o pagamento de dividendo prioritário em discordância com a disciplina do Estatuto — a ação de cobrança dos dividendos prioritários deverá ser ajuizada pelo acionista em 2 (dois) ou 3 (três) anos, sob pena de prescrição.

II — Acórdão proferido pelo STJ no REsp 95.377-RJ

Em 21 de novembro de 1997, a 3ª Turma do C. Superior Tribunal de Justiça, reunida para julgamento do recurso especial 95.377-RJ, enfrentou a questão.

Por força do Estatuto da então recorrente UNIPAR — União de Indústrias Petroquímicas S/A, as ações preferenciais de sua emissão faziam jus a um dividendo mínimo prioritário de 10% do valor nominal de cada ação. O valor nominal de cada ação era o resultado da divisão do capital social da companhia pelo número de ações emitidas.

Conforme deliberado nas Assembléias Gerais da companhia (em que as ações preferenciais não votavam) o cálculo do valor nominal das ações preferenciais era feito com o valor histórico do capital social, antes da correção monetária anual exigida pelo art. 5º da Lei 6.404/1976, o que diminuía sensivelmente o valor do dividendo

mínimo prioritário pago às ações preferenciais.

Alguns dos acionistas preferencialistas, inconformados, ajuizaram ação de cobrança pedindo a condenação da companhia no pagamento dos dividendos referentes aos três últimos exercícios, bem como aqueles vencidos no curso da demanda, calculados após a atualização monetária prévia e plena do valor nominal das ações. Mas não pediram a anulação das deliberações tomadas nas Assembléias Gerais, nas quais decidiu-se que a companhia pagaria o dividendo prioritário mínimo da outra forma, sem a atualização monetária.

Por tal razão, a UNIPAR invocou, preliminarmente em sua contestação, a falta de interesse processual dos autores, que resultaria, ainda, no reconhecimento de prescrição quanto aos dividendos pagos há mais de dois anos.

Não interessa, para escopo deste estudo, a solução adotada quanto ao mérito, qual seja, o cabimento da atualização monetária do capital social previamente ao cálculo do valor nominal das ações, para efeito de apuração do dividendo mínimo a que faziam jus os preferencialistas.²

O que importa aqui comentar é a solução adotada pelo Superior Tribunal de Jus-

2. O Acórdão está assim ementado (DJU 25.2.9198): “*Sociedade Anônima. Ações preferenciais. Base de cálculo dos dividendos prioritários. Incidência da correção monetária.* I — A base de cálculos preferenciais, quando estabelecidos sobre o valor nominal daquelas ações, deve ser o capital social anualmente corrigido, de acordo com o art. 5º, parágrafo único, da Lei 6.404/1976. II — A correção monetária do capital social, entre as suas relevantes funções, integra o conjunto de normas adotadas pela lei para a proteção da minoria, e não depende da deliberação da Assembléia para vigorar, nem está subordinada, para ter eficácia, à decisão dos sócios. Diante do quadro inflacionário que assolou a economia do nosso país nas últimas décadas, a ausência da correção monetária no pagamento dos dividendos, além de ensejar enriquecimento ilícito da parte da companhia, é fator de desestímulo à participação dos investidores, dificultando a capitalização da empresa mediante captação de poupança no mercado primário. III — Recurso não conhecido”.

tiça, no mesmo acórdão, acerca da questão preliminar, ou seja, se era ou não necessário anular a deliberação assemblear para reconhecer o direito pleiteado pelos acionistas preferencialistas.

A ação fora julgada procedente em ambas as instâncias, o que levou a UNIPAR a interpor recurso especial, inclusive quanto ao aspecto da ausência de interesse processual pela falta de pedido de anulação das assembleias.

A 3ª Turma do STJ adotou, por unanimidade, o voto lavrado por seu relator, Ministro Waldemar Zveiter, que por sua vez adotou a fundamentação do acórdão do Tribunal de origem, em que se afasta a alegação de falta de interesse processual dos acionistas, nos seguintes termos:

“Em preliminar, sustenta a apelante não terem os apelados interesse processual porque os dividendos foram fixados por assembleias, e para pleitearem dividendos diversos teriam antes que anular as deliberações daquelas mesmas assembleias. A sentença, todavia, à luz da lei e da doutrina, fez perfeita distinção entre os dividendos comuns, que são estabelecidos pela Assembleia, e os dividendos mínimos prioritários, devidos às ações preferenciais cheias, e que constituem o objeto destes autos. Estes últimos são estabelecidos pelo estatuto social como uma percentagem determinada do valor nominal das ações, percentagem esta que não pode ser alterada pela Assembleia Geral, nem mesmo por decisão unânime, sem a concordância dos acionistas preferenciais interessados, consoante art. 136, II, e § 1º da Lei das S/A.

“Importa dizer que, havendo lucros, é obrigatório o pagamento do dividendo prioritário devido às ações preferenciais. Não pode a Assembleia deliberar a redução do percentual dos dividendos, digamos de 10% para 8%, ou 5%, ou simplesmente não pagá-lo, contrariando disposição dos estatutos da companhia. Conseqüentemente, o direito ao dividendo prioritário, diferentemente do comum, nasce do próprio estatuto da companhia, e não de delibera-

ção assemblear, conforme sustentado pela melhor doutrina.”

Segue o acórdão do STJ, concluindo:

“(…) A Assembleia Geral, como bem colocaram os doutos patronos dos apelados, pode tudo com relação aos dividendos comuns, mas nada pode, nem por unanimidade de votos (art. 136, II e § 1º da Lei das S/A), quanto aos dividendos prioritários dos acionistas preferenciais, com os quais a companhia está estatutariamente comprometida.

“É quanto basta para evidenciar que não estavam os autores obrigados a, primeiramente, anular as deliberações assembleares para só depois ingressarem com a presente ação. A pretensão deduzida nos autos não foi objeto de nenhuma deliberação de assembleia, nem poderia sê-lo como já destacado. A apelante, em suas assembleias, simplesmente se omitiu quanto à questão em debate, como se não existisse em seus estatutos a previsão de pagamento de dividendos prioritários às ações preferenciais. Logo, podiam os autores pleitear esses dividendos que alegam fazer jus, sendo indiscutível a necessidade da prestação jurisdicional invocada, porquanto a apelante resiste a essa pretensão. E se a Justiça vier a conceder-lhes o que pleiteiam, insista-se, não estará anulando nenhuma deliberação da assembleia, quer direta quer indiretamente, por isso que estará apenas concedendo um *plus*, algo que por ela não foi cogitado.”

Ou seja, conclui o Superior Tribunal de Justiça pela *desnecessidade* de anulação da deliberação assemblear para a cobrança dos dividendos prioritários. No referido acórdão, concluiu-se que o dividendo (no caso, prioritário mínimo) nascia do Estatuto, e não da decisão da assembleia, razão pela qual os acionistas sequer poderiam deliberar sobre o mesmo.

Por seu turno, o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, ao declarar seu voto e, da mesma forma que o relator, afastar a falta de interesse proces-

sual, adotou fundamento ligeiramente diferente:

“Duas questões, a meu ver, precisam ser enfrentadas. A primeira, diz respeito ao papel da assembléia geral na aprovação dos dividendos reclamados nesta ação. A segunda, enfrenta o cabimento do cálculo incluída a correção monetária.

“O especial destaca que o direito de crédito a cada dividendo nasce da deliberação da assembléia geral, e não diretamente do estatuto. Com isso, raciocina a empresa, o pagamento dos dividendos, aplicando a cláusula estatutária, com determinada interpretação, é suscetível de ataque pelo acionista prejudicado, o qual, entretanto, deve, necessariamente, anular a deliberação da assembléia que supõe violadora da regra estatutária. É evidente que o pressuposto está na existência de deliberação da assembléia.

“Ocorre que a sentença afirmou, expressamente, que os autores não desafiam nenhuma decisão da assembléia, mas, tão-somente, pretendem receber os seus dividendos em valor atualizado. E acórdão recorrido asseverou, claramente, que ‘a pretensão deduzida nos autos não foi objeto de nenhuma deliberação da assembléia, e nem podia sê-lo, como já destacado. A apelante, em sua assembléia, simplesmente se omitiu quanto à questão em debate, como se não existisse em seus estatutos a previsão de pagamento de dividendo prioritário às ações preferenciais’. E, ainda, considerou o acórdão recorrido que ‘se a Justiça vier a conceder-lhes o que pleiteiam, insista-se, não estará anulando nenhuma deliberação da Assembléia, quer direta, que indiretamente, por isso que estará concedendo um *plus*, algo que não cogitado’.

“Ora, não é possível, a meu juízo, desafiar a questão da existência, ou não, de decisão da Assembléia Geral sobre este aspecto do pagamento dos dividendos, diante da Súmula 7 da Corte, considerando que o acórdão recorrido afirmou não existir decisão sobre a matéria. Se não há decisão da assembléia, não há como postular a anula-

ção, com o que o pedido feito para declarar o direito dos autores a receber dividendos mínimos calculados sobre o valor do capital atualizado em 31 de dezembro de cada ano, alcançando os pagamentos daqueles relativos aos anos de 1990, 1991, 1992, e 1993, está incólume a esse ataque recursal.”

Depreende-se dos dois votos a conclusão de que era desnecessária a anulação das deliberações assembleares para a cobrança judicial do dividendo prioritário fixado no Estatuto, pelos acionistas preferencialistas. Ambos os votos indicam expressamente a impossibilidade de a Assembléia Geral deliberar acerca da matéria. Esta constatação, para o ministro relator Waldemar Zveiter, já era suficiente para afastar a alegada falta de *interesse processual* dos autores, pois ineficaz qualquer decisão dos sócios em relação ao assunto. Para o ministro Menezes Direito, pesou ainda a constatação de que não constava expressamente da deliberação assemblear uma decisão contrária ao pagamento do dividendo prioritário, parecendo-lhe ter havido certa omissão acerca do assunto, razão pela qual não se haveria de anular um ato tido como inexistente e que, portanto, não gera efeitos.

Pretende-se, com o presente estudo, demonstrar que a conclusão do acórdão está absolutamente *correta*, apresentando-se de forma pormenorizada os fundamentos doutrinários e legais que sustentam aquele entendimento.

O direito ao dividendo prioritário das ações preferenciais, previsto em norma no Estatuto, *não depende* de deliberação da Assembléia para que seja reconhecido, razão pela qual pode ser cobrado judicialmente pelos acionistas preferencialistas tão logo se torne exigível da companhia, o que ocorre com a constatação da existência de lucros líquidos destinados à distribuição aos acionistas.

III — Conceito de dividendo

Para compreensão da natureza do direito ao dividendo dos acionistas, e tam-

bém dos limites das matérias sujeitas às deliberações assembleares, é preciso que se tenha muito claro como são apurados lucros a distribuir nas companhias, e qual o tratamento dado ao resultado do exercício social em uma sociedade anônima.

Nos termos do art. 189 da Lei 6.404/1976, do resultado de qualquer exercício são deduzidos, antes de qualquer outra providência, os prejuízos acumulados em exercícios anteriores e a provisão para imposto de renda. Posteriormente, ainda antes de qualquer outra providência, devem ser deduzidas as participações de empregados, administradores e partes beneficiárias do lucro apurado (art. 190). Ao remanescente, denomina-se *lucro líquido* (art. 191).

Conforme o art. 132 da Lei 6.404/1976, compete à Assembléia Geral ordinária, de início, tomar as contas, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras (inc. I). Trata-se da primeira deliberação a ser tomada pelos acionistas, que deverão, com isso, verificar a existência de lucro. Existindo resultado positivo no exercício, impõe-se a dedução dos valores indicados nos já mencionados arts. 189 e 190, para apurar o *lucro líquido*, *providência esta que independe de qualquer deliberação dos acionistas*.

Após, existindo lucro líquido, cabe à mesma assembléia “deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos” (inc. II do mesmo art. 132). Do lucro líquido, uma parte obrigatoriamente deverá ser distribuída aos acionistas, na forma de dividendos (o dividendo obrigatório, art. 202), e outra deverá se constituir em reserva legal (art. 193).

Observadas todas as regras anteriormente indicadas, que, repita-se, *independem da vontade dos sócios*, é facultado à assembléia geral deliberar acerca da constituição das diversas reservas previstas na lei (arts. 193 a 197) para, então, indicar a parcela do lucro líquido destinada à distribuição na forma de dividendos, que poderá ser o valor obrigatório (art. 202), ou mais.

Percebe-se, desta forma, que o *dividendo é a parte do lucro líquido destinada à distribuição aos acionistas*.

IV — O direito do acionista ao dividendo

O direito ao dividendo é qualificado pela doutrina como um *direito expectativo*. É mais do que mera expectativa de direito, pois o direito ao dividendo já existe no universo jurídico e pertence ao acionista desde o momento em que adquire a ação. O *direito expectativo* existe quando o ato está sujeito à condição suspensiva. O indivíduo já tem o direito em tese, só restando o implemento da condição suspensiva (evento futuro e incerto) para tê-lo em concreto no seu patrimônio jurídico. Pontes de Miranda primeiro utilizou a terminologia, definindo *direitos expectativos* como “aqueles que se originam de negócios jurídicos a prazo ou sob condição, porque a verificação do termo ou o implemento da condição opera a aquisição do direito expectado”.³

No caso do acionista de sociedade anônima, o exercício deste *direito expectativo* depende da verificação da existência do lucro líquido destinado à distribuição entre os sócios, ou seja, dividendos.

Como Luiz Gastão Paes de Barros Leães ensina em clássica lição:⁴

“O direito do acionista ao dividendo é um direito expectativo (*res debitum ire*): em havendo lucro, fixado pelo balanço de exercício e determinando a assembléia o *quantum* e a maneira de sua distribuição (caso os estatutos já não o tenham feito) deixa de haver o direito expectativo para nascer o direito expectado ao dividendo.”

É preciso verificar em que momento o *direito expectativo* do acionista torna-se um *direito expectado*, ou *direito de crédito*.

3. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, § 576.

4. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *Do Direito do Acionista ao Dividendo*, p. 312.

to, ou ainda, como se denomina na doutrina, um *crédito dividendual*.⁵

Há duas hipóteses:

a) se o Estatuto nada dispõe, somente com o reconhecimento da existência de lucro líquido, e com a deliberação da assembléia acerca do *quantum* e a forma de distribuição, é que nasce o direito esperado;

b) se, por outro lado, o Estatuto já prevê o *quantum* e a forma de distribuição, basta à Assembléia Geral verificar a existência de lucro líquido para que o direito expectativo se torne um *direito esperado*, ou *direito de crédito*, ou *crédito dividendual* que pode ser exercido contra a companhia.

Quando há aprovação do balanço do exercício, fixa-se o montante do lucro líquido destinado aos sócios da companhia. Na forma prevista no § 3º do art. 176 da Lei 6.404/1976, “as demonstrações financeiras registrarão a destinação dos lucros segundo a proposta dos órgãos da administração, no pressuposto de sua aprovação pela assembléia-geral”.

A Comissão de Valores Mobiliários, já em 29 de janeiro de 1979, bem definiu o papel da Assembléia Geral, que ao aprovar o balanço define o valor do lucro líquido destinado à distribuição aos acionistas. É neste momento que nasce o direito de crédito dos acionistas, e o *quantum* cabível a cada ação pode estar definido no Estatuto (dividendo prioritário, por exemplo) ou depender de outra deliberação da própria Assembléia Geral (dividendo comum). Lê-se do Parecer CVM/SJU 16/79:

“Embora o direito de o acionista participar dos lucros sociais esteja consagrado no art. 109, inc. I, da Lei 6.404/1976, como um direito patrimonial, individual, intangível do qual nem o estatuto nem a assembléia geral poderão privar qualquer acionista, o exercício desse direito está condicionado à ocorrência dos seguintes eventos:

“a) existência de lucro líquido, apurado em balanço regularmente aprovado; e

“b) deliberação assemblear acerca do dividendo a distribuir.

“2. Com efeito, não podemos falar em balanço e, conseqüentemente, em distribuição de lucro, antes da deliberação da AGO. A rigor, os administradores redigem uma minuta de balanço que não vincula a Assembléia Geral, posto que esta poderá aprová-la ou modificá-la, tendo, para tanto, competência exclusiva estabelecida no art. 132 e incisos da Lei 6.404/1976. Somente a partir da aprovação pela Assembléia Geral o projeto de balanço adquire valor contábil e plena eficácia jurídica.

“(…)”

“5. Do acima exposto, concluímos que o dividendo proposto pela Diretoria não configura, juridicamente, a declaração do dividendo. Constituir-se-á o dividendo em uma exigibilidade irrevogável, tão-somente, após sua aprovação pela Assembléia Geral, quando, então, ocorre efetivamente a declaração dos dividendos nos termos da Lei. Este fato vincula a companhia e coloca o acionista na posição de seu credor, independentemente de qualquer outra formalidade.

“Em síntese, há dois momentos distintos:

“1ª) antes da deliberação da AGO, que apreciará as demonstrações financeiras e a proposta de destinação dos lucros líquidos, quando há, apenas, uma expectativa de direito não tutelada; e

“2ª) após a deliberação, que aprova as demonstrações financeiras e declara o *quantum* do dividendo a ser pago, quando passa a existir um direito de crédito incondicional.”

Portanto, nenhuma dúvida existe acerca da competência da Assembléia Geral para, com a aprovação das demonstrações financeiras, determinar o valor do lucro líquido destinado à distribuição aos acionistas, respeitadas as regras legais aplicáveis

5. Waldirio Bulgarelli, *Manual das Sociedades Anônimas*, p. 191.

(dividendo obrigatório e reservas legais, por exemplo).

Porém, se o Estatuto já determina o *quantum* cabível a determinada classe ou espécie de ações do valor a ser distribuído aos acionistas, os respectivos acionistas titulares já adquirem o configurado seu direito àquele valor, pois o momento em que são aprovadas as demonstrações financeiras é o momento em que implementada a única condição suspensiva ao exercício do direito ao recebimento do dividendo.

O momento do surgimento do *direito de crédito* do acionista, que fundamenta a pretensão condenatória da companhia na ação judicial de cobrança, é essencial para se responder à questão da necessidade, ou não, de se anular a deliberação da Assembléia Geral que tenha determinado o pagamento em desacordo com a Lei ou com o Estatuto.

V — O dividendo prioritário das ações preferenciais

A) Decreto-lei 2.627/1940

Antes de entrar em vigor a Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas), vigorava o Decreto-lei 2.627, de 26 de setembro de 1940, que já autorizava a emissão pelas companhias de ações preferenciais, sem direito a voto, desde que lhes fosse atribuída, em contrapartida, uma vantagem patrimonial.

O Decreto-lei 2.627/1940 fixava três hipóteses de vantagens patrimoniais:

“Art. 10. A preferência pode consistir:

“a) em prioridade na distribuição de dividendos, mesmo fixos e cumulativos;

“b) em prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele;

“c) na acumulação das vantagens acima enumeradas.”

A prioridade na distribuição de dividendos deveria ser expressamente prevista no Estatuto, assim como seu montante, que

poderia ser um valor determinado ou um percentual sobre o capital social. À época não existia a diferenciação entre dividendo prioritário mínimo e dividendo prioritário fixo, o que ensejava críticas por parte dos doutrinadores, como Trajano de Miranda Valverde⁶ ao comentar o referido art. 10:

“Para cortar discussões, convém que os fundadores da sociedade, se não desejam, desde logo, fixar, definitivamente, o montante do dividendo, estabeleçam nos estatutos o mínimo que tocará aos acionistas preferenciais. Convém, ainda, nessa hipótese, que os estatutos declarem o modo por que se repartirá o excedente dos lucros. Fixando, definitivamente, os estatutos o dividendo, os lucros excedentes são distribuídos pelos acionistas comuns, salvo qualquer outra combinação possível, prevista nos mesmos estatutos.

“Nada impede, v.g., que os estatutos assentem que, distribuído o excesso dos lucros pelas ações ordinárias até o dividendo fixo, atribuído às ações preferenciais, seja o restante repartido igualmente pelas duas classes de ações.”

B) Lei 6.404/1976

Ao entrar em vigor a Lei 6.404/1976, antes da reforma advinda da Lei 9.457/1997, estabeleceu-se regime semelhante às ações preferenciais, inclusive quanto à necessária concessão de uma vantagem patrimonial em troca do direito de voto, asseverando-se que:

“Art. 17. As preferências ou vantagens das ações preferenciais podem consistir:

“I — em prioridade na distribuição de dividendos;

“II — em prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele;

“III — na acumulação das vantagens acima enumeradas.”

6. Trajano de Miranda Valverde, *Sociedades por Ações*, p. 129.

E os *dividendos prioritários* foram disciplinados no § 2º:

“§ 2º. Salvo disposição em contrário do estatuto, o dividendo prioritário não é cumulativo, a ação com dividendo fixo não participa dos lucros remanescentes e a ação com dividendo mínimo participa dos lucros distribuídos em igualdade de condições com as ordinárias, depois de a estas assegurado dividendo igual ao mínimo.”

Portanto, a partir da edição da Lei 6.404/1976, os dividendos prioritários foram classificados em mínimo ou fixo, dependendo da destinação do remanescente dos lucros, após o atendimento da prioridade assegurada às ações preferenciais. Se as ações preferenciais nada mais recebessem, o dividendo é *fixo*. Se as ações preferenciais participam da distribuição do excedente, após o pagamento às ações ordinárias do mesmo valor que lhes foi atribuído prioritariamente, então o dividendo é *mínimo*.

C) Lei 6.404/1976, com as modificações introduzidas pela Lei 9.457/1997

A Lei 9.457/1997 modificou o art. 17 da Lei 6.404/1976, que passou à seguinte redação:

“Art. 17. As preferências ou vantagens das ações preferenciais:

“I — Consistem, salvo no caso de ações com direito a dividendos fixos ou mínimos, cumulativos ou não, no direito a dividendos no mínimo dez por cento maiores do que os atribuídos às ações ordinárias.

“II — Sem prejuízo do disposto no inciso anterior e no que for com ele compatível, podem consistir:

“a) em prioridade na distribuição de dividendos;

“b) em prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele;

“c) na acumulação das vantagens acima enumeradas.”

E manteve-se incólume o § 2º:

“§ 2º. Salvo disposição em contrário do estatuto, o dividendo prioritário não é cumulativo, a ação com dividendo fixo não participa dos lucros remanescentes e a ação com dividendo mínimo participa dos lucros distribuídos em igualdade de condições com as ordinárias, depois de a estas assegurado dividendo igual ao mínimo.”

Ou seja, a Lei 9.457/1997 não alterou a matéria referente à prioridade no recebimento de dividendos, tendo transportado o antigo inc. I do art. 17 para o inc. II. Somente inovou ao estabelecer uma regra para pagamento de dividendo às ações que assegurassem, como vantagem, apenas uma prioridade no reembolso de capital. Como estas ações não davam aos acionistas uma prioridade no recebimento de dividendos, eram na realidade ações sem vantagem pecuniária alguma, pois o reembolso de capital só se materializa na liquidação da sociedade, o que raramente ocorre. Daí a razão pela qual, em 1997, o legislador assegurou a essas ações — e somente a essas ações que apenas davam direito a prioridade no reembolso de capital — o direito ao recebimento de um dividendo 10% maior do que o pago às ações ordinárias.

As ações que tinham prioridade no recebimento de dividendos, fossem mínimos ou fixos, permaneceram disciplinadas da mesma maneira, agora pelo inc. II do art. 17 da Lei 6.404/1976. E era essa a legislação vigente quando da prolação do acórdão ora comentado.

D) Lei 6.404/1976, com as modificações introduzidas pela Lei 10.303/2001

Ainda que referida legislação não estivesse em vigor quando da prolação do acórdão comentado neste estudo, cabe analisar as modificações agora introduzidas na lei, que dão ainda mais força à afirmação de que o valor do dividendo prioritário tem sua gênese no Estatuto, e não na decisão da assembléia, razão pela qual o exercício do direito de crédito independe da anulação

do ato assemblear que tenha determinado o pagamento de forma diversa.

Destaca-se, da atual redação da Lei 6.404/1976, as seguintes regras:

“Art. 17. As preferências ou vantagens das ações preferenciais podem consistir:

“I — em prioridade na distribuição de dividendo, fixo ou mínimo;

“II — em prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele; ou

“III — na acumulação das preferências e vantagens de que tratam os incisos I e II.

“§ 1^a. Independentemente do direito de receber ou não o valor de reembolso do capital com prêmio ou sem ele, as ações preferenciais sem direito de voto ou com restrição ao exercício deste direito, somente serão admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários se a elas for atribuída pelo menos uma das seguintes preferências ou vantagens:

“I — direito de participar do dividendo a ser distribuído, correspondente a, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) do lucro líquido do exercício, calculado na forma do art. 202, de acordo com o seguinte critério:

“a) prioridade no recebimento dos dividendos mencionados neste inciso correspondente a, no mínimo, 3% (três por cento) do valor do patrimônio líquido da ação; e

“b) direito de participar dos lucros distribuídos em igualdade de condições com as ordinárias, depois de a estas assegurado dividendo igual ao mínimo prioritário estabelecido em conformidade com a alínea a; ou

“II — direito ao recebimento de dividendo, por ação preferencial, pelo menos 10% (dez por cento) maior do que o atribuído a cada ação ordinária; ou

“III — direito de serem incluídas na oferta pública de alienação de controle, nas condições previstas no art. 254-A, assegurado o dividendo pelo menos igual ao das ações ordinárias.

“§ 2^a. Deverão constar do estatuto, com, precisão e minúcia, outras preferências ou vantagens que sejam atribuídas aos acionistas sem direito a voto, ou com voto restrito, além das previstas neste artigo.

“(…)”

“§ 4^a. Salvo disposição em contrário no estatuto, o dividendo prioritário não é cumulativo, a ação com dividendo fixo não participa dos lucros remanescentes e a ação com dividendo mínimo participa dos lucros distribuídos em igualdade de condições com as ordinárias, depois de a estas assegurado dividendo igual ao mínimo.”

Portanto, permanece a disciplina referente aos dividendos prioritários mínimo e fixo, agora previstos no § 4^a da Lei. Introduziu-se modificação, somente aplicável às novas ações preferenciais que venham a ser emitidas pelas companhias, que para serem negociadas em bolsa deverão, obrigatoriamente, oferecer uma das três vantagens previstas no novo § 1^a (dividendo mínimo de 3%, ou pagamento de 10% a mais do que o dividendo atribuído às ações ordinárias, ou dividendo igual ao atribuído às ações ordinárias mais o direito de serem incluídas em oferta pública por alienação do controle acionário).

A alteração mais relevante, ao menos para este estudo, diz respeito ao novo § 2^a, que obriga o Estatuto a determinar, *com precisão e minúcia*, todas as preferências ou vantagens que sejam atribuídas aos acionistas sem direito a voto, ou com voto restrito. Trata-se de um reforço à estipulação já prevista no art. 19 da Lei 6.404/1976 e, principalmente, ao que já estipulava o art. 202, § 1^a, do mesmo diploma legal, mantido incólume após a última alteração legislativa, que estabelece:

“Art. 202. (*omissis*)

“§ 1^a. O estatuto poderá estabelecer o dividendo como porcentagem do lucro ou do capital social, ou fixar outros critérios para determiná-lo, desde que sejam regulados com precisão e minúcia e não sujei-

tem os acionistas minoritários ao arbítrio dos órgãos de administração ou da maioria" (grifos nossos).

Ou seja, a lei é clara ao determinar que o Estatuto deve estabelecer o montante do dividendo cabível às ações preferenciais, vedando expressamente que os acionistas com direito a voto possam sujeitar à sua vontade, em assembléia geral, os preferencialistas sem direito a voto.

Antes, o § 1º do art. 202 já não autorizava que os órgãos de administração ou a maioria dos acionistas decidissem, discricionária e subjetivamente, o montante dos dividendos cabíveis aos demais acionistas. Agora, com o novo § 2º do art. 17, a vedação fica ainda mais clara.

É o Estatuto que deve dispor, com precisão e minúcia, acerca da vantagem atribuída às ações preferenciais. Sendo esta vantagem o pagamento de dividendo prioritário, mínimo ou fixo, jamais poderá a Assembléia Geral deliberar sobre o *quantum* que deverá ser pago aos preferencialistas, pois a competência para fixação deste valor é do Estatuto, por expressa disposição da lei. E, estando desde sempre definido no Estatuto o *quantum* decorrente da prioridade assegurada às ações preferenciais, no momento em que se constata a existência de lucro a distribuir, nasce o direito de crédito do preferencialista, independente de qualquer deliberação posterior da Assembléia Geral.

VI — Ineficácia da deliberação assemblear sobre o valor do dividendo prioritário das ações preferenciais

O direito à participação nos lucros sociais constitui direito *essencial* do acionista, conforme se depreende do art. 109 da Lei 6.404/1976, que estabelece:

“Art. 109. *Nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de:*

“I — *participar dos lucros sociais;*

“II — *participar do acervo da companhia, em caso de liquidação;*

“III — *fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais;*

“IV — *preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos arts. 171 e 172;*

“V — *retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei.*

“§ 1º. *As ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares.*

“§ 2º. *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.*

“§ 3º. *O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.”*

Emerge nítido que, entre os direitos essenciais do acionista, que não podem ser derogados, invalidados, ou ter o exercício impedido, quer pelo Estatuto, quer pela assembléia geral, está o de participar dos lucros sociais.

Há autores, como Modesto Carvalhosa,⁷ que atribuem a tais direitos tamanha importância que seriam irrenunciáveis pelo próprio acionista, tornando *nula* — e não simplesmente anulável — a assembléia em que se atentar contra os referidos direitos:

“Não podem os sócios renunciar a tais direitos e tampouco o estatuto ou a assembléia geral derogar. São direitos imutáveis que resultam da lei. São exercitáveis individual e independentemente do número de ações possuídas pelo acionista, no capital social. São inerentes à própria essência do contrato de sociedade e, portanto, intangíveis.

7. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, p. 38.

“(...)”

“Trata-se de normas de ordem pública cuja derrogação não pode ocorrer em virtude do consentimento do acionista. A privação desses direitos, portanto, é impossível, seja por vontade dos controladores em assembléia geral, ou através de estatuto, ou por vontade do próprio titular da prerrogativa. (...)”

“Os direitos individuais não podem, de modo geral e definitivo, ser objeto de renúncia expressa ou tácita. Podem, no máximo, ser desprezados em determinadas ocasiões ou simplesmente não exercitados. Evidentemente que estão enquadrados, na espécie, aquelas prerrogativas consideradas ativas, v.g., a de fiscalizar a gestão dos negócios sociais e a preferência para subscrição de ações.

“Os direitos de caráter passivo como de participar dos lucros sociais e do acervo da companhia, quando da sua liquidação, independem, para a sua concretização, da própria vontade do acionista. São, além de irrenunciáveis, automaticamente atribuíveis aos acionistas, não havendo como fugir ao seu exercício.

“Visa a norma tutelar o interesse público. Qualquer deliberação em contrário é nula, seja a simples decisão da assembléia, seja a modificação estatutária. Também será nula a convenção da renúncia. E mais, a ação de nulidade, em todas essas hipóteses, é imprescritível.”

O referido autor, portanto, considera absolutamente *nula* qualquer deliberação que tenha por objeto afetar o direito do acionista ao dividendo, ainda que a deliberação tenha contado com a aprovação do próprio acionista.

No mesmo sentido, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França⁸ afirma:

“Outra hipótese de *nulidade absoluta* ocorre no que tange às *deliberações que*

objetivam dispor de direitos de terceiros ou dos acionistas enquanto terceiros. Então nesse caso as deliberações que, por exemplo, pretendam modificar ou extinguir direitos de terceiros ou impor a estes novas obrigações. *No que diz respeito ao acionista, também poderá ele estar na posição de terceiro perante a companhia*, seja como vendedor, mutuante ou trabalhador. *Poderá, outrossim, ser titular de direito que, embora tenham sua fonte no ‘status socii’, dele se destacaram como o direito aos dividendos*. *Se a assembléia deliberar dispor desses direitos, o acionista estará protegido da mesma maneira que qualquer terceiro, na medida em que a soberania daquele órgão só atinge o acionista enquanto tal*” (grifos nossos).

Ainda ao apreciar a análise do direito ao dividendo, assinalam Egberto Lacerda e Tavares Guerreiro:⁹

“Tratando-se de prerrogativa essencial, assim considerada pela lei (art. 109, I) a norma que constitui e garante é de conteúdo imperativo, de tal sorte que sua violação acarreta como consequência a *nulidade* do ato infringente e sua total *ineficácia*.”

A despeito das considerações dos ilustres juristas indicados, cujas opiniões coincidem com a de tantos outros estudiosos do tema, no sentido de se reconhecer a ocorrência da *nulidade absoluta* — e não mera *anulabilidade* — nas deliberações assembleares que afetem o direito ao dividendo do acionista, interessa ao presente estudo a análise do ato jurídico não em seu plano da validade, mas sim no plano da *eficácia*.

As deliberações assembleares são declarações unilaterais emitidas por um órgão colegiado, formado pelos acionistas com direito a voto, cujos efeitos se verificam no âmbito restrito da companhia. As deliberações da assembléia geral têm como destinatários, normalmente, os administradores. Através deles — especificamente os

8. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, *Invalidez das Deliberações de Assembléia das SA*, p. 109.

9. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, p. 587.

diretores, a quem compete a representação da companhia, nos termos do art. 144, da Lei 6.404/1976 —, é que a sociedade (e não a assembléia) entrará em contato com terceiros.¹⁰

Portanto, a *eficácia* da deliberação assemblear estará sempre *restrita* ao âmbito da sociedade, jamais subordinado aqueles que não são sujeitos das determinações emanadas dos sócios, por maioria de votos, aos responsáveis pela atuação da companhia perante terceiros.

Não existe dúvida de que *o direito ao dividendo do acionista equipara-se a qualquer outro direito de crédito de terceiros contra a companhia*.

Pouco importa que a assembléia venha a deliberar, ainda que por unanimidade, a inadimplência da companhia em relação às suas obrigações. De nada adianta a maioria dos sócios decidir pelo não pagamento de algum débito da companhia. A obrigação assumida pela companhia não é afetada pela decisão de um de seus órgãos de não cumpri-la. O crédito do terceiro, *ou do acionista enquanto terceiro*, permanecerá incólume, tendo em vista a *ineficácia* do ato.

Tullio Ascarelli bem analisou o assunto:¹¹

“Apesar das dúvidas e controvérsias existentes, a doutrina, a respeito das deliberações tomadas em assembleias, põs em evidência diversas categorias de vícios que nelas podem ocorrer:

“a) a primeira hipótese é aquela da deliberação da assembleia que dispõe de direito de terceiros, ou dos acionista enquanto terceiros, ou (nas assembleias dos acionistas ordinários) dos direitos que dizem, de modo preferencial, respeito a algumas categorias de acionistas.

“Nestes casos, achamo-nos em face de deliberação anulável com uma ação sujeita

a prazo de prescrição do art. 156¹² ou em face da deliberação ineficaz, tal, portanto, que a invalidez possa sempre ser alegada e de conformidade com o direito comum?

“O exame das hipóteses ora propostas induz-nos a aceitar a segunda solução.

“Se a assembleia pudesse dispor dos direitos de terceiros, salvo ação de impugnação, a tentar-se nos termos da prescrição do art. 156, decretar-se-ia a possibilidade de dispor, a sociedade, dos bens de terceiros, quando estes não reagissem dentro do prazo trienal da prescrição.

“Este resultado leva-nos a crer que, na hipótese em questão, não nos achamos em face de ato ‘anulável’, mas de ato ‘ineficaz’ (há quem fale em nulidade ou inexistência relativa).”

Erasmu Valladão Azevedo e Novaes França¹³ reconhece que grande parte da doutrina enxerga, na hipótese de deliberação que tenha por objetivo dispor de direito de terceiro ou do sócio como terceiro (hipótese do acionista credor de dividendos), um caso de “ineficácia *stricto sensu*” ou “irrelevância”, e não de *nulidade* propriamente dita, uma vez que faltaria à Assembleia Geral *legitimação* para dispor daqueles direitos. Mas o autor entende não se tratar de questão de falta de *legitimidade*, e sim de falta de *competência* da Assembleia Geral para deliberar acerca do assunto, razão pela qual, com apoio de Lobo Xavier,¹⁴ sustenta ser causa de nulidade verdadeira e própria do ato que “exorbitando da competência do órgão, nenhuns efeitos é suscetível de produzir”.

Ainda que, no plano da *validade*, a deliberação assemblear possa suscitar dúvidas, não havendo unanimidade quanto à

12. O autor se referia ao art. 156 do Decreto-lei 2.627/1940, cuja redação foi reproduzida no art. 286, inc. II, da Lei 6.404/1976, apenas com redução do prazo de 3 anos para 2 anos.

13. Erasmu Valladão Azevedo e Novaes França, ob. cit., p. 109, notas 104 e 105.

14. Vasco da Gama Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, p. 133, continuação à nota 26.

10. Erasmu Valladão Azevedo e Novaes França, ob. cit., p. 61.

11. Túlio Ascarelli, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 400.

eventual nulidade absoluta da decisão que delibera sobre o direito dividendual do acionista assegurado pelo estatuto, que seria insuscetível de correção, convalidação ou ratificação, ainda que expressa ou por decurso de prazo, no prazo de *eficácia* tal discussão não existe.

Isto porque o ato nulo não tem eficácia, isto é indubitável.

Portanto, em situações como a analisada no acórdão ora discutido, em que a Assembléia Geral deliberou o pagamento de dividendos aos acionistas preferencialistas em valor menor do que lhes era devido por expressa determinação do Estatuto, tem-se, inequivocamente, que a referida decisão era absolutamente *ineficaz*, pois não tinha o condão de afetar, de qualquer forma, o direito de crédito daqueles acionistas.

Tendo em vista que a deliberação assemblear não tinha o efeito de modificar o direito de crédito dos preferencialistas contra a companhia, cabe agora a pergunta inversa: teriam aqueles acionistas/autores *interesse processual* em pedir a declaração de nulidade ou a anulação da referida deliberação, para cobrança dos seus dividendos?

A resposta é negativa. Os autores/acionistas não teriam interesse processual em obter um provimento jurisdicional que declarasse nulo ou anulasse o ato assemblear que, por sua própria natureza, era *ineficaz* em relação aos mesmos e não gerava quaisquer efeitos que pudessem afetar ou inviabilizar o exercício do direito de crédito que possuíam contra a companhia.

A declaração dos acionistas controladores de que os administradores da companhia não deveriam pagar aos acionistas preferencialistas o valor que lhes era devido por força do Estatuto, era totalmente *ineficaz* em relação a estes (a despeito da nulidade desta deliberação), e não afetava o direito dividendual dos mesmos, que permaneceu íntegro e intocado.

O voto do relator, adotado à unanimidade pela 3ª Turma do STJ, adota este fun-

damento, da ineficácia do ato, para afastar a alegada falta de interesse dos autores/acionistas, que não pediram a anulação das assembleias em que fixado um incorreto valor para pagamento às ações preferenciais.

Cabe aqui apenas uma consideração quanto ao voto do Ministro Menezes Direito, que em seu voto declarado afirma não caber o pedido anulatório em face de alegada inexistência de deliberação da Assembléia acerca do valor dos dividendos. Como já indicado, é competência exclusiva da Assembléia Geral deliberar acerca do valor dos lucros que se destinarão à distribuição aos acionistas. É somente após esta deliberação que surge o direito de crédito de qualquer acionista, ordinário ou preferencialista. Sem a aprovação das demonstrações financeiras, e conseqüentemente sem a determinação do *quantum* a ser pago na forma de dividendos pela companhia aos seus acionistas, aqui considerados indistintamente, não há qualquer hipótese de se ajuizar a ação de cobrança.

O Poder Judiciário não pode substituir a vontade dos sócios, que têm competência exclusiva para, em assembleia, deliberar qual o valor do lucro líquido que se destinará à distribuição, respeitado aqui o dividendo obrigatório estabelecido na própria lei (art. 202 da Lei 6.404/1976). Não existindo deliberação dos sócios acerca deste assunto, confirmando a possibilidade econômico-financeira da companhia de pagar dividendos, não existe possibilidade de se cobrar qualquer valor a título de dividendos,¹⁵ ocorrendo no máximo omissão

15. Acerca dos efeitos ou, mais precisamente, da inexistência de efeitos decorrente da não deliberação de determinada matéria, v. Waldirio Bulgarelli, *Questões de Direito Societário*, Ed. RT, 1983, pp. 83-93, em Parecer com o sugestivo título "Deliberar não deliberar é deliberar?". Conclui o parecerista negativamente, consignando seu entendimento de que, se o Poder Judiciário determina que se delibere acerca de determinado assunto, porque a Lei assim o exige, não podem os acionistas controladores se negar ao cumprimento do ato, ao deliberar não deliberar, fazendo-se necessário adotar uma posição, seja aprovando as contas, seja rejeitando-as.

ilegal dos órgãos de administração e dos acionistas controladores. Tal situação, se verificada, ensejaria eventual reconhecimento de abuso do poder de controle (art. 177) ou abuso de voto (art. 115) dos responsáveis pelo não cumprimento das normas legais que estabelecem a realização anual de AGO, que poderiam ser acionados a ressarcir a empresa dos prejuízos porventura causados (art. 159), sem embargo da iniciativa individual cabível a cada acionista para ressarcimento dos danos causados pela omissão ilegal.

No caso, contudo, houve aprovação das demonstrações financeiras pela Assembléia Geral. Portanto, para a ação de cobrança, os preferencialistas não tinham *interesse processual* para o pedido de anulação da deliberação tomada na assembléia geral, em face da inexistência de *necessidade* de provimento jurisdicional desta natureza para o exercício do direito que defendiam em juízo, uma vez que seu direito nasceu no exato momento em que o valor do lucro líquido destinado aos acionistas foi aprovado e fixado na assembléia.

VII — Conclusão

Nova leitura dos fundamentos adotados no acórdão comentado permite notar que os julgadores se impressionaram, especialmente, com o fundamento concernente à ilegitimidade/incompetência da Assembléia Geral para deliberar acerca do valor dos dividendos cabíveis às ações preferenciais, tendo em vista que o Estatuto já estabelecia o *quantum* que lhes era devido, ao fixar uma prioridade mínima como vantagem patrimonial em troca do direito de voto.

Afirma o voto condutor, corretamente, ainda que sem se preocupar com a fundamentação, que o dividendo prioritário daqueles acionistas preferencialistas nascia com o Estatuto, e não com a Assembléia. E chega a tocar na questão da nulidade absoluta (e não apenas ineficácia) da decisão assemblear, ao afirmar que esta tudo pode

em relação aos dividendos comuns, mas nada pode, “nem por unanimidade de votos”, em relação aos dividendos prioritários com os quais a companhia já estava estatutariamente comprometida com os preferencialistas. O voto declarado, por seu turno, confirmou o mesmo entendimento, acrescentando que a inexistência de decisão expressa dos sócios pelo não pagamento do que determinava o Estatuto tornava desnecessária anular a deliberação, reconhecendo assim, indiretamente, que bastava a aprovação das demonstrações financeiras para que os preferencialistas pudessem exercer seu direito estatutariamente assegurado.

O que se procurou demonstrar com o presente estudo é o acerto da referida decisão, fornecendo subsídios doutrinários e legais que sustentam as conclusões trazidas no acórdão.

Após a apresentação da questão, dos efeitos processuais e práticos enfrentados em ações judiciais que tenham semelhante objeto, e do acórdão comentado, foram apresentados sistematicamente os seguintes argumentos, que permitem concluir pelo acerto deste importante precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

a) dividendo é parte do lucro líquido destinada à distribuição aos acionistas;

b) o acionista tem sempre direito ao dividendo, direito este considerado um direito expectativo, dependendo da verificação de condição ou condições para que se torne direito expectado, direito de crédito, direito dividendoal;

c) se o Estatuto nada prevê, as condições que devem ser verificadas para evolução do direito expectativo a direito de crédito são duas: reconhecimento pela Assembléia da existência de lucro líquido a distribuir, e fixação do *quantum* e forma de distribuição, também pela Assembléia (dividendos comuns);

d) se o Estatuto já prevê o *quantum* e a forma de distribuição (dividendos especiais), basta o reconhecimento pela Assem-

bléia da existência de lucro líquido a distribuir, o que ocorre no momento em que são aprovadas as demonstrações financeiras, para que se verifique o implemento da condição suspensiva, ou seja, o acionista tenha seu direito expectativo transformado em direito de crédito;

e) o dividendo prioritário das ações preferenciais sempre esteve em nossa legislação, deve estar expresso com precisão e minúcia no Estatuto da companhia, e o ordenamento jurídico veda a sujeição dos preferencialistas à vontade da maioria para exercício das vantagens ou direitos que lhes são assegurados, o que torna ainda mais claro que o direito de crédito nasce do estatuto, e não da deliberação assemblear;

f) a deliberação assemblear nada mais é do que declaração unilateral emitida pela maioria dos acionistas aos administradores da companhia, e tem eficácia restrita a este universo, não afetando terceiros, ou acionistas enquanto terceiros;

g) o acionista é equiparado a terceiros, no que se refere ao exercício de seu direito dividendo, não havendo qualquer diferença entre o direito de crédito de um credor qualquer da companhia (fornecedor, mutuante, locador) e o acionista que tem direito de receber da mesma seu dividendo já previsto e declarado;

h) para parte da doutrina, a deliberação assemblear que, de alguma forma, impeça ou prive o acionista de participar dos lucros sociais (direito irrenunciável pelo próprio acionista), ou tenha por objetivo dispor do direito do acionista enquanto terceiro, é absolutamente nula, e não apenas anulável;

i) a deliberação assemblear que trate do direito do acionista enquanto terceiro, assim entendido como o direito dividendo, é sempre ineficaz em relação ao mesmo, e por não gerar efeitos em nada afeta o direito do credor, que pode ser exercido independente de qualquer outra providência.

Portanto, concluímos pelo acerto da decisão proferida pelo Superior Tribunal de

Justiça no recurso especial 95.377-RJ, em que afastada a questão preliminar de falta de interesse processual por se reconhecer desnecessária a anulação da deliberação assemblear em que fundado o ato da sociedade anônima que, ao arrepio de seu Estatuto, não pagou aos acionistas preferencialistas o valor do dividendo mínimo prioritário a que faziam jus.

Conseqüentemente, no que se refere ao prazo prescricional para o exercício do direito de cobrar o dividendo devido ao acionista, aplica-se o art. 287, inc. II, alínea a, da Lei 6.404/1976, que estatuí um prazo de 3 (três) anos, contado da data em que tenham sido postos (ou, neste caso, deveriam ter sido postos) à disposição do acionista, sob pena de prescrição da ação de cobrança.

Anote-se, aliás, que este entendimento está de acordo com a recente modificação estatuída pela Lei 10.303/2001, que acrescentou uma alínea g ao referido art. 287, inc. II, da Lei 6.404/1976, estabelecendo um prazo também de 3 (três) anos para “a ação movida pelo acionista contra a companhia, qualquer que seja o seu fundamento”. Esta nova disposição, apesar de deficiente em sua redação e objeto de veementes críticas por parte de processualistas, pela falta de técnica e de precisão em seu texto, não deixa de dar segurança jurídica às relações no âmbito das sociedades anônimas, estabelecendo um prazo prescricional genérico de 3 (três) anos para as ações movidas pelo acionista em face da companhia, independente de seu fundamento.¹⁶

VIII — Bibliografia

ASCARELLI, Túlio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, Saraiva, 1945.

BULGARELLI, Waldirio. *Manual das Sociedades Anônimas*, Atlas, 1993.

16. Luiz Leonardo Cantidiano, *Reforma da Lei das SA*, p. 261.

—, *Questões de Direito Societário*. Ed. RT, 1983, em Parecer com o título “Deliberar não deliberar é deliberar?”.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da Lei das S/A*, 1ª ed., Renovar, 2002.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 4, Saraiva, 1977.

EIZIRIK, Nelson. “Direito do acionista ao recebimento de dividendos. Desnecessidade de anulação de assembléia geral. Prescrição”, Parecer jurídico elaborado em 12.11.1996, por solicitação de Geo Summit Fund. e outros, por intermédio dos advs. Francisco Antunes Maciel Mussnich e Luiz Antonio de Sampaio Campos.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, 20ª ed., Forense, 1997.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do Direito do Acionista ao Dividendo*. Editora Obelisco, 1969.

LOBO XAVIER, Vasco da Gama. *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*. Atlântida Ed., 1976.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, v. V, Borsóí, 1971, § 576.

NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*, 1ª ed., Malheiros Editores.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda, e GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, v. 2, Bushatsky.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*, 2ª ed., Revista Forense, 1953.

ANTONIO BORGES DA SILVA

ARTUR MARINHO

ERICK FARIAS GAROTTI MOREIRA

LEONILDO DE AZEVEDO BARROSA

Na data 22 de abril de 2002 entrou em vigor o novo Sistema de Compensação Brasileira (SPB), cuja principal inovação foi trazer uma nova forma de promover transações financeiras, a “TED” (Transferência Eletrônica Disponível). Tal fato acarretou mudanças imediatas no comportamento de algumas empresas (notadamente as do mercado de capitais, que passaram a utilizar o novo sistema assim que foi criado). No presente momento, com alguns meses de operação da TED, a tendência que se visualiza é a disseminação desse novo forma de pagamento nas várias atividades empresariais, especialmente no comércio varejista, e também no âmbito das operações bancárias, como partes em operações que envolvam valores (principalmente de consumo e poupança).

Os efeitos da Transferência Eletrônica Disponível, todavia, são além do aspecto operacional-administrativo das empresas, pois acarretam grandes implicações para o crédito — em particular, nas operações em âmbito de crédito, que serão profundamente afetadas. Com efeito, já se observam cautelas com a utilização do cheque.

Neste artigo será abordado o tema clássico dos títulos de crédito sob os reflexos da nova ordem instalada com a TED e os demais fenômenos que lhe dão sustentação, bem como serão descritos alguns prováveis cenários.

2. A Transferência Eletrônica Disponível

A TED consiste numa transferência de valores, em tempo real, efetuada através com-