

ATUALIDADES

A LACUNA DO ART. 123 DA LEI 6.404/76

RENATO OCHMAN

Dentre os relevantes objetivos que se dispôs a consubstanciar o legislador na Lei 6.404/76, que regula as sociedades por ações, chama-nos atenção a questão da proteção dos direitos dos acionistas minoritários, quando deparamo-nos, neste ponto, com algumas lacunas na referida carta legal.

Analisaremos neste comentário, o art. 123, parágrafo único, "c", da Lei 6.404.

"Art. 123 — Lei 6.404/76

"Compete ao Conselho de Administração, se houver, ou aos diretores, observado o disposto no estatuto, convocar a assembléia geral.

"Parágrafo único. A assembléia geral pode também ser convocada: a) pelo Conselho Fiscal, nos casos previstos no n. V do art. 163; b) por qualquer acionista, quando os administradores retardarem, por mais de 60 dias, a convocação, nos casos previstos em lei ou no estatuto; c) por acionistas que representem 5% no mínimo, do capital votante, quando os administradores não atenderem, no prazo de oito dias, o pedido de convocação que apresentarem, devidamente fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas."

Da leitura deste artigo constata-se, claramente, que foi criado com o único objetivo de evitar a procrastinação de convocação de assembléia geral por parte dos administradores. Faculta o referido artigo, na letra "c", aos acionistas que detêm, ao menos, 5% de participação acionário do capital votante, a convocação de assembléia geral se, já solicitado aos administradores da sociedade, não for atendido por estes, no prazo de oito dias.

Não obstante a intenção do legislador em dar guarida ao acionista minoritário, dando um prazo aos administradores para convocar a assembléia, não prevê o artigo citado, um prazo para a *realização* da assembléia. Na prática, o que se tem verificado, é que os administradores têm cumprido o prazo de oito dias previstos para convocação, porém, convocam, muitas vezes, assembléia para o final do exercício social da empresa, e, não raro, a solicitação feita ocorre nos primeiros meses do exercício social. Na maior parte das vezes as solicitações referem-se a assuntos de extrema urgência para a sociedade, a serem avaliados pela assembléia.

Este procedimento adotado pelos administradores, muitas vezes, em procrastinar a realização da assembléia, por motivos vários que nossa imaginação possa alcançar, tem, por incrível que pareça, respaldo na legislação. Em razão de minúcia não alcançada pelo legislador, fica o acionista sujeito a livre interpretação do dispositivo legal por parte dos administradores.

No tocante ao aspecto interpretativo filosófico da impossibilidade de fazer valer a norma jurídica, entendemos, sem qualquer dúvida, estarmos diante de

uma lacuna. A questão parece enquadrar-se perfeitamente no conceito de lacuna para English, quando afirma "que se trata de uma incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico", Karl English, *Introdução ao Pensamento Filosófico*, p. 223.

Não distante fica, também, o caso apresentado, na concepção de Kelsen, que é mais específico ao alinhar dentre as lacunas próprias, as técnicas: "Uma tal lacuna técnica apresenta-se quando o legislador omite normar algo que deveria ter normado para que de todo em todo fosse tecnicamente possível aplicar a lei" Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 266.

Em havendo uma lacuna, sabemos que esta deve ser suprimida. Se estivéssemos em um país de *common Law* por excelência, onde prevalecem as decisões jurisprudenciais, talvez já tivéssemos uma solução para o caso, tendo em vista disputas judiciais já ocorridas e jurisprudências firmadas a respeito.

Cabe trazer o entendimento do professor Modesto Carvalhosa acerca do dispositivo legal em análise: "A liberdade de convocação da assembléia geral extraordinária, dentro dos limites de oportunidade acima citados, apenas existe quando se tratar de convocação espontânea dos administradores. Quando é provocada pelos acionistas, a convocação deve ser imediata sob pena de serem os administradores responsabilizados pela procrastinação (art. 158)", Modesto Carvalhosa, in *Comentários a Lei de Sociedades Anônimas*, v. 4.º/190.

Não obstante a lacuna constatada, em nosso pensar, o artigo representa a consubstanciação de um princípio relevante, qual seja, a proteção às minorias de convocar assembléia geral da companhia, elidindo um total "manuseio" por parte dos administradores, encasteladas no poder, quando, muitas vezes, se põe a nu uma realidade pudenda da companhia.

Convém nesse particular lembrar que na hierarquia de poder decisório da companhia a assembléia geral é soberana "pois é ela o órgão primário ou imediato da corporação, que investe todos os demais e constitui a última instância decisória" Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, p. 36.

Trazidas a lume essas ponderações, assinalamos no processo conclusivo do tema algumas premissas em razão de não haver previsão legal expressa para solução da questão.

Sem levar em consideração como solução do problema, as medidas judiciais, através de ações cautelares, que além de dispendiosas, sujeitam os acionistas à morosidade da máquina judiciária, entendemos que primeiramente, não poderá ultrapassar a data do encerramento do exercício social a assembléia geral a ser convocada pelos administradores. Ademais, em sendo feito o pedido por parte de acionista no início do exercício social, após a realização da assembléia geral ordinária que analisou as demonstrações financeiras do exercício anterior, é entendimento de alguns juristas que se deve aplicar a letra "b" do parágrafo único do art. 123 da Lei 6.404/76, que prevê que a assembléia geral pode também ser convocada por qualquer acionista, quando os administradores retardarem, por mais de 60 dias, a convocação, nos casos previstos em lei ou no estatuto.

É nosso entendimento não ser cabível a referida letra do dispositivo, nesse sentido, pois, na verdade, em sendo convocada a assembléia pelos administradores para o final do exercício, não há que se falar em retardamento de convocação, apenas, há uma procrastinação na data fixada para a realização da assembléia.

Porém, a letra "b" do dispositivo citado, é possível de ser aplicada, na medida em que não havendo previsão legal expressa, houver, sim, previsão estatu-

tária expressa, prevendo ser defeso aos administradores retardar por mais de 60 dias qualquer convocação assemblear feita por acionistas ou por solicitação destes à companhia, desde que detenham, no mínimo, 5% do capital votante.

Deparamo-nos, portanto, com uma típica lacuna na legislação societária, onde põe em risco, a consubstanciação de um princípio relevante, por parte do legislador, em proteger as minorias acionárias.

“Contudo, o que se verifica por toda parte, mormente no Brasil, é um desajustamento entre a realidade material dos fatos e a realidade formal das normas de Direito” (Maria Helena Diniz, *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*, p. 30).

A solução mais apropriada seria, logicamente, a revisão do dispositivo legal pelo Poder Legislativo, porém, entendemos que a idéia ora apresentada, pode não apenas dar guarida aos acionistas minoritários, como também, dar maior transparência da própria companhia.