

THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS

NOVOS ESTUDOS DE
DIREITO COMERCIAL
EM HOMENAGEM A
CELSO BARBI FILHO

EDITORA
FORENSE

A NOVA SISTEMÁTICA DAS AÇÕES PREFERENCIAIS

Osmar Brina Corrêa-Lima
Professor Titular de Direito Comercial da
Faculdade de Direito da UFMG e
da Faculdade de Direito Milton Campos.
Subprocurador-Geral da República aposentado.

Celsinho,

Se você ainda se encontrasse entre nós, este trabalho sairia muito melhor, aprimorado pela sua crítica construtiva, sempre apresentada de maneira delicada e amigável. Pelas suas ações aqui na Terra, na dimensão em que se encontra, você certamente já recebeu “ações preferenciais”; não como estas, de que trata este artigo, tão instáveis, falaciosas e ilusórias... Com os olhos da imaginação, posso perceber o seu sorriso complacente e terno, ao me ver dedicando o meu tempo a tarefas tão efêmeras e transitórias...

Sumário: 1. Introdução. 2. A nova redação do art. 17. 2.1. As ações preferenciais. 3. Vantagens legais das ações preferenciais. 3.1. Prioridade na distribuição de dividendos – dividendo prioritário fixo ou mínimo e dividendo prioritário cumulativo ou não cumulativo. 3.1.1. Alternativas quanto às ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendos. 3.1.2. Breve informação sobre o dividendo obrigatório. 3.1.3. Novos exemplos ilustrativos. 3.2. Ação preferencial com prioridade no reembolso do capital. 4. Vantagens políticas das ações preferenciais. 5. Vantagens estatutárias das ações preferenciais. 6. Restrições às ações preferenciais. 7. Ações preferenciais e direito de voto. 7.1. Ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendos e voto contingente. 8. O § 1º do art. 17. 8.1. Exegese do § 1º do art. 17. 8.2. Item I do § 1º do art. 17. 8.3. As vantagens estatutárias referidas nos incisos I, II e III do § 1º do art. 17. 8.4. Estruturação do § 1º do art. 17. 8.4.1. A primeira vantagem estatutária, prevista no inciso I do § 1º do art. 17. 8.4.1.1. A melhor exegese do inciso I do § 1º do art. 17. 8.4.1.2. Exegeses alternativas do inciso I do

§ 1º art. 17. 8.4.1.3. A segunda vantagem estatutária, prevista no inciso II do art. 17. 8.4.1.4. A terceira vantagem estatutária, prevista no inciso II do § 1º art. 17. 8.4.1.5. Negociação no mercado. 8.4.1.6. Outras vantagens estatutárias. 9. O § 5º do art. 17. 10. O § 6º do art. 17. 11. O § 7º do art. 17. 12. O caso Cemig e o § 7º do art. 17. 13. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 10.303, de 31 de outubro de 2001, alterou novamente o texto da Lei das Sociedades por Ações.¹ E já existe, no Congresso Nacional, uma comissão de três senadores elaborando um novo projeto para alterá-la outra vez.²

Por razões que a razão desconhece,³ parece existir uma certa compulsão para se alterar a disciplina jurídica das ações preferenciais.

No decorrer deste trabalho, serão adotados vários exemplos ilustrativos, com simulações diversas. Para facilitação do raciocínio, a preocupação didática recomendou a adoção, em todos eles, de números muito pequenos e sempre redondos, o que jamais ocorrerá na vida de uma sociedade comercial.

2. A NOVA REDAÇÃO DO ART. 17

O art. 17 ostenta, hoje, a seguinte redação:

“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.

§ 1º Independentemente do direito de receber ou não o valor de reembolso do capital com prêmio ou sem ele, as ações

1 A redação original, de 1976, já sofrera, anteriormente, alteração introduzida pela Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997.

2 *Gazeta Mercantil* de segunda-feira, 8 de outubro de 2001, p. A-9.

3 PASCAL, Blaise, em *Pensées et Opuscles*, escreveu: “*Le coeur a ses raisons que la raison ne connaît point*”.

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.

§ 2º 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.

§ 3º Os dividendos, ainda que fixos ou cumulativos, não poderão ser distribuídos em prejuízo do capital social, salvo quando, em caso de liquidação da companhia, essa vantagem tiver sido expressamente assegurada.

§ 4º 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.

§ 5º Salvo no caso de ações com dividendo fixo, o estatuto não pode excluir ou restringir o direito das ações preferenciais de participar dos aumentos de capital decorrentes da capitalização de reservas ou lucros (art. 169).

§ 6º O estatuto pode conferir às ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendo cumulativo, o direito de recebê-lo, no exercício em que o lucro for insuficiente, à conta das reservas de capital de que trata o § 1º do art. 182.

§ 7º Nas companhias objeto de desestatização poderá ser criada ação preferencial de classe especial, de propriedade exclusiva do ente desestatizante, à qual o estatuto social poderá conferir os poderes que especificar, inclusive o poder de veto às deliberações da assembléia geral nas matérias que especificar.”

A correta exegese desse dispositivo mostra-se particularmente difícil, por duas razões principais: (1ª) a redação não prima pela clareza; e (2ª) o legislador de 2001 efetuou modificações pontuais e introduziu algumas inovações no texto original da lei, acarretando o grave risco de quebrar a harmonia do seu conjunto; ocorre, com esse tipo de intervenção legislativa, o mesmo que, não raro, acontece com os transplantes de órgãos na Medicina: o órgão transplantado costuma ser “rejeitado” pelo organismo humano.

2.1. As Ações Preferenciais

Ação da espécie preferencial é aquela que, como o nome indica, confere ao seu titular alguma preferência ou vantagem.

Essas preferências ou vantagens podem ser de natureza **legal, política ou estatutária**.

Dentre as preferências ou vantagens de natureza legal, encontram-se aquelas arroladas nos incisos I, II e III do art. 17: I) prioridade na distribuição de dividendos; II) prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele; e III) acumulação das vantagens acima enumeradas: I + II.

Além das **vantagens legais** explicitadas nos itens I, II e III, do art. 17, a lei prevê, para a ação preferencial, algumas **vantagens políticas** e algumas **vantagens estatutárias**.

3. VANTAGENS LEGAIS DAS AÇÕES PREFERENCIAIS

3.1. Prioridade na Distribuição de Dividendos – Dividendo Prioritário Fixo ou Mínimo e Dividendo Prioritário Cumulativo ou não Cumulativo

A ação preferencial com prioridade na distribuição de dividendos assegura ao seu titular verdadeiro *crédito*, condicionado à existência de lucro. O direito dos acionistas ordinários, quanto aos dividendos, fica condicionado à prévia e integral satisfação do crédito dos acionistas preferenciais.

Quanto às ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendos, cabe ao estatuto social fixar: (a) o percentual prioritário (por exemplo: 5%, 10%, etc); e (b) a base de cálculo sobre a qual incidirá esse percentual (p. ex.: o lucro líquido ajustado e distribuível, o valor nominal da ação, etc.).

Na omissão estatutária competirá à assembléia geral deliberar a respeito.

Exemplos ilustrativos

Os exemplos abaixo ilustrarão melhor os conceitos.

Todas as simulações abaixo pressupõem variações de uma mesma situação fática, num mesmo exercício social. Nelas serão utilizados, proposadamente, números pequenos e redondos.

Imagine uma companhia com o capital de R\$ 2.000,00, dividido em 2.000 ações com o valor nominal de R\$ 1,00 e assim composto:

- 1.000 ações ordinárias (50% do capital) e
- 1.000 ações preferenciais (50% do capital), com prioridade na distribuição de dividendos de 10% (dez por cento) sobre o valor nominal delas.

Simulemos, agora, algumas hipóteses diferentes de lucro líquido ajustado e distribuível no **mesmo** exercício social:

I – Lucro líquido ajustado e distribuível de R\$ 200,00:

As ações preferenciais receberão R\$ 100,00.

As ordinárias receberão R\$ 100,00.

II – Lucro líquido ajustado e distribuível de R\$ 100,00:

As ações preferenciais receberão R\$ 100,00.

As ordinárias não receberão nada.

III – Lucro líquido ajustado e distribuível de R\$ 500,00:

Nesta hipótese, torna-se necessário saber se o dividendo prioritário das ações preferenciais é fixo ou se é mínimo. Se for fixo, as ações preferenciais receberão R\$ 100,00. E as ordinárias poderão receber até R\$ 400,00.⁴ Se for mínimo, tanto as preferenciais quanto as ordinárias poderão receber até R\$ 250,00.⁵

Ainda nesta hipótese sob o nº III, para que as ações preferenciais possam receber mais de R\$ 100,00, será necessário que o estatuto, expressamente, preveja a participação nos lucros remanescentes (que ultrapassem os seus 10% prioritários), porque, salvo disposição em contrário do estatuto [...] a ação com dividendo fixo não participa dos lucros remanescentes (art. 17, § 4º).

Como essa participação nos lucros remanescentes depende de expressa previsão estatutária, e considerando que o estatuto, regra geral, é elaborado pelos controladores, titulares de ações ordinárias, não fica difícil supor o que se passa na prática, com relação à opção entre dividendos fixos e mínimos. Assim, precisamente quando os lucros são maiores, a preferência dos preferenciais pode ficar frustrada.

4 Na verdade, na prática, elas, certamente, receberão todos os R\$ 400,00.

5 Analise-se, neste contexto, o § 4º do art. 17: “§ 4º 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”. Para tanto, vale a pena desdobrá-lo, assim: *Se o estatuto não dispuser em contrário:* (1) a ação com dividendo fixo não participa dos lucros remanescentes; (2) a ação com dividendo mínimo participa dos lucros distribuídos em igualdade de condições com as ordinárias, depois de a estas (às ordinárias) assegurado dividendo igual ao mínimo. Então, com os dados assumidos no exemplo ilustrativo a que se refere esta nota, e *se os dividendos prioritários forem mínimos*, tem-se o seguinte: (1º) O conjunto das ações preferenciais recebe os R\$ 100,00, correspondentes ao seu percentual prioritário de 10%; (2º) paga-se ao conjunto das ações ordinárias a importância de R\$ 100,00, assegurando-se a elas o recebimento de dividendo igual àquele mínimo, já pago ao conjunto de ações preferenciais. Sobrarão, como lucros remanescentes, R\$ 300,00; 3º) as ações preferenciais com dividendo mínimo participarão, em igualdade de condições com as ordinárias, desses lucros remanescentes de R\$ 300,00, assim: R\$ 150,00 para as ordinárias e R\$ 150,00 para as preferenciais com dividendo mínimo. No final das contas, o conjunto das ações ordinárias terá recebido R\$ 250,00; e o conjunto das ações preferenciais com dividendo mínimo terá recebido R\$ 250,00.

IV – Lucro líquido ajustado e distribuível de R\$ 80,00

As ações preferenciais receberão R\$ 80,00. As ações ordinárias não receberão nada.

Aqui se inserem os conceitos de dividendo prioritário cumulativo e não cumulativo das ações preferenciais.

O dividendo prioritário cumulativo assegura ao acionista preferencial a acumulação do percentual prioritário de um exercício para outro, quando o seu crédito não for integralmente satisfeito.

O dividendo prioritário não cumulativo não admite essa possibilidade. Assim, se o dividendo prioritário de 10% não foi pago no exercício em questão, o percentual que deixou de ser pago será, ou não, acrescido ao percentual prioritário do exercício seguinte, dependendo de ser o dividendo prioritário cumulativo ou não cumulativo.

Na hipótese em tela, nesta situação nº IV, no exercício social seguinte, se os dividendos prioritários forem não cumulativos, o percentual prioritário continuará a ser de 10%; se forem cumulativos, o percentual prioritário passará a ser de 12%, ou seja, os 10% do exercício seguinte mais os 2% que não foram pagos no exercício anterior.

Salvo disposição em contrário do estatuto, o dividendo prioritário das ações preferenciais não é cumulativo (art. 17, § 4º).

Como se vê, aqui também, na omissão estatutária prevalecerá a solução menos favorável ao acionista preferencial, justificando-se a mesma suposição já explicitada, quando tratamos da dicotomia dividendo prioritário fixo ou mínimo. Como o estatuto, regra geral, é elaborado pelos controladores, titulares de ações ordinárias, não fica difícil supor o que se passa na prática, com relação à opção entre dividendos cumulativos e não cumulativos. Mais uma vez prevalece, na omissão estatutária, a solução menos conveniente para o acionista preferencial.

3.1.1. Alternativas quanto às ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendos

Temos, então, as seguintes alternativas quanto às ações preferenciais:

ALTERNATIVA	CONSEQÜÊNCIA
1. com dividendo fixo e cumulativo;	<p>O dividendo prioritário fixo representa um teto (não participa dos lucros remanescentes).</p> <p>O dividendo prioritário cumulativo assegura ao acionista preferencial a acumulação do percentual prioritário de um exercício para outro, quando o seu crédito não for integralmente satisfeito.</p>
2. com dividendo fixo e não cumulativo;	<p>O dividendo prioritário fixo representa um teto (não participa dos lucros remanescentes).</p> <p>O dividendo prioritário não cumulativo não assegura ao acionista preferencial a acumulação do percentual prioritário de um exercício para outro, quando o seu crédito não for integralmente satisfeito.</p>
3. com dividendo mínimo e cumulativo;	<p>O dividendo prioritário mínimo representa um piso (participa dos lucros remanescentes).</p> <p>O dividendo prioritário cumulativo assegura ao acionista preferencial a acumulação do percentual prioritário de um exercício para outro, quando o seu crédito não for integralmente satisfeito.</p>

4. com dividendo mínimo e não cumulativo;	<p>O dividendo prioritário mínimo representa um piso (participa dos lucros remanescentes).</p> <p>O dividendo prioritário não cumulativo não assegura ao acionista preferencial a acumulação do percentual prioritário de um exercício para outro, quando o seu crédito não for integralmente satisfeito.</p>
5. com dividendo fixo e sem opção entre cumulatividade ou não-cumulatividade;	<p>O dividendo prioritário fixo representa um teto (não participa dos lucros remanescentes).</p> <p>Entende-se que o dividendo prioritário é não cumulativo.</p> <p>O dividendo prioritário não cumulativo não assegura ao acionista preferencial a acumulação do percentual prioritário de um exercício para outro, quando o seu crédito não for integralmente satisfeito.</p>
6. com dividendo mínimo e sem opção entre cumulatividade ou não-cumulatividade;	<p>O dividendo prioritário mínimo representa um piso (participa dos lucros remanescentes).</p> <p>Entende-se que o dividendo prioritário é não cumulativo.</p> <p>O dividendo prioritário não cumulativo não assegura ao acionista preferencial a acumulação do percentual prioritário de um exercício para outro, quando o seu crédito não for integralmente satisfeito.</p>
7. com dividendo cumulativo e sem opção entre fixo ou mínimo;	<p>O dividendo prioritário cumulativo assegura ao acionista preferencial a acumulação do percentual prioritário de um exercício para outro, quando o seu crédito não for integralmente satisfeito.</p> <p>Entende-se que o dividendo prioritário é fixo.</p> <p>O dividendo prioritário fixo representa um teto (não participa dos lucros remanescentes).</p>

8. com dividendo não cumulativo e sem opção entre fixo ou mínimo.	<p>O dividendo prioritário não cumulativo não assegura ao acionista preferencial a acumulação do percentual prioritário de um exercício para outro, quando o seu crédito não for integralmente satisfeito.</p> <p>Entende-se que o dividendo prioritário é fixo.</p> <p>O dividendo prioritário fixo representa um teto (não participa dos lucros remanescentes).</p>
---	---

Segundo o art. 17, § 4º, se o estatuto não fizer opção entre dividendo prioritário cumulativo *ou* não cumulativo, ele será não cumulativo. Se o estatuto não fizer opção expressa entre dividendo prioritário fixo *ou* mínimo, ele será fixo.

Recapitulando:

Ação Preferencial com Prioridade na Distribuição de Dividendo	
Fixo	<p>Prevalecerá o percentual prioritário estabelecido no estatuto.</p> <p>O percentual estabelecido será um <i>teto</i>.</p>
Mínimo	<p>Prevalecerá o percentual prioritário estabelecido no estatuto.</p> <p>O percentual estabelecido será um <i>piso</i>.</p>
Na indefinição estatutária (o estatuto não define se o dividendo prioritário é fixo ou mínimo)	O dividendo prioritário será considerado fixo.
Cumulativo	O percentual não pago num determinado exercício é somado ao percentual prioritário do exercício seguinte.

Não cumulativo	O percentual não pago num determinado exercício não é somado ao percentual prioritário do exercício seguinte e a companhia nada fica a dever para o futuro.
Na indefinição estatutária (quando o estatuto não define se o dividendo prioritário é cumulativo ou não cumulativo)	O dividendo prioritário será considerado não cumulativo.

3.1.2. Breve informação sobre o dividendo obrigatório

O art. 202, expressamente citado no item I do § 1º do art. 17, trata do dividendo obrigatório. Não o abordaremos mais minuciosamente aqui. Consigne-se apenas o seguinte.

Apurado o lucro líquido de determinado exercício, a legislação impõe, antes de mais nada, que se façam alguns reajustes, com a diminuição ou o acréscimo dos valores arrolados nos itens I, II e III do art. 202. Depois desses ajustes, obtém-se o lucro líquido ajustado e distribuível.

O percentual do dividendo obrigatório é fixado livremente no estatuto social. O estatuto pode 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 sujeitem os acionistas minoritários ao arbítrio dos órgãos de administração ou da maioria.

Na omissão estatutária a respeito, o percentual do dividendo obrigatório será de metade do lucro líquido do exercício, acrescido ou diminuído dos valores arrolados nos incisos I, II e III do art. 202.

Quando o estatuto for omissivo e a assembléia geral deliberar alterá-lo para introduzir norma sobre a matéria, o dividendo obrigatório não poderá ser inferior a 25% (vinte e cinco por cento) do lucro líquido ajustado nos termos do art. 202, § 2º. Nesta hipótese, a deliberação assemblear ensejará aos acionistas dissidentes o exercício do direito de retirada (art. 137 c.c. o inc. III do art. 136).

As noções conceituais diferentes de **Dividendo Prioritário das Ações Preferenciais** e **Dividendo Obrigatório** vinculam-se contabilmente ao mesmo referencial, que é o lucro.

3.1.3. Novos exemplos ilustrativos

Voltemos agora àqueles exemplos anteriormente apresentados, acrescentando a eles dados do dividendo obrigatório.

Para tanto, imagine uma companhia com o capital de R\$ 2.000,00, dividido em 2.000 ações com o valor nominal de R\$ 1,00 e assim composto:

- ações ordinárias (50% do capital) e
- ações preferenciais (50% do capital), com prioridade na distribuição de dividendos de 10% (dez por cento) sobre o valor nominal delas.

Imagine-se, mais, que o estatuto dessa companhia fixe um dividendo obrigatório de 25% (vinte e cinco por cento) do lucro líquido ajustado e distribuível.

Simulemos agora algumas hipóteses diferentes de lucro líquido ajustado e distribuível no **mesmo** exercício social:

I – Lucro líquido ajustado e distribuível de R\$ 800,00 (Dividendo obrigatório de 25%: R\$ 200,00)

As ações preferenciais receberão R\$ 100,00.

As ordinárias receberão R\$ 100,00.

II – Lucro líquido ajustado e distribuível de R\$ 400,00 (Dividendo obrigatório de 25%: R\$ 100,00)

Nesta primeira hipótese, se a companhia se limitar a distribuir o dividendo obrigatório de R\$ 100,00, as ações preferenciais receberão R\$ 100,00. As ordinárias não receberão nada. E ficará satisfeito o pagamento do percentual prioritário das ações preferenciais com prioridade da distribuição de dividendos.

III – Lucro líquido ajustado e distribuível de R\$ 2.000,00 (Dividendo obrigatório de 25%: R\$ 500,00)

Nesta hipótese, torna-se necessário saber se o dividendo prioritário das ações preferenciais é fixo ou se é mínimo. E então:

se for fixo:	se for mínimo:
as ações preferenciais receberão R\$ 100,00. E as ordinárias poderão receber até R\$ 400,00.	tanto as preferenciais quanto as ordinárias poderão receber até R\$ 250,00.
Em ambas as hipóteses, ficará satisfeito o pagamento do percentual prioritário das ações preferenciais com prioridade da distribuição de dividendos.	

IV – Lucro líquido ajustado e distribuível de R\$ 320,00
(Dividendo obrigatório de 25%: R\$ 80,00)

Nesta hipótese, torna-se necessário saber se o dividendo prioritário das ações preferenciais é cumulativo ou não cumulativo. E então:

se for cumulativo:	se for não cumulativo:
as ações preferenciais receberão R\$ 80,00. As ações ordinárias não receberão nada.	as ações preferenciais receberão R\$ 80,00. As ações ordinárias não receberão nada.

Aqui se inserem os conceitos de dividendo prioritário cumulativo e não cumulativo das ações preferenciais.

O dividendo prioritário cumulativo assegura ao acionista preferencial a acumulação do percentual prioritário de um exercício para outro, quando o seu crédito não for integralmente satisfeito.

O dividendo prioritário não cumulativo não admite essa possibilidade. Assim, se o dividendo prioritário de 10% não foi pago no exercício em questão, o percentual que deixou de ser pago será ou não acrescido ao percentual prioritário do exercício seguinte, dependendo de ser o dividendo prioritário cumulativo ou não cumulativo.

Na hipótese em tela, nesta situação nº IV, no exercício social seguinte, se os dividendos prioritários forem não cumulativos, o percentual prioritário continuará a ser de 10%; se forem cumulativos, o percentual prioritário passará a ser de 12%, ou seja, os 10% do exercício seguinte mais os 2% que não foram pagos no exercício anterior.

Salvo disposição em contrário do estatuto, o dividendo prioritário das ações preferenciais não é cumulativo (art. 17, § 4º).

3.2. Ação Preferencial com Prioridade no Reembolso do Capital

A ação preferencial com prioridade no reembolso do capital assegura ao seu titular uma antecedência na restituição do valor nominal de sua ação depois de satisfeitos todos os credores, na hipótese de liquidação da companhia. Nessa situação, depois de realizado o ativo e solvido todo o passivo da sociedade, com integral pagamento de todos os credores, o dinheiro que eventualmente sobrar será restituído aos acionistas na proporção de sua participação acionária. Nessa restituição, os titulares de ações preferenciais com prioridade no reembolso do capital gozarão do direito de receberem antes de mais nada e antes de todos os demais acionistas, o valor nominal de suas ações. E, além do valor nominal, um percentual sobre esse mesmo valor, se a sua prioridade incluir um prêmio.

A prioridade no reembolso do capital, mencionada no art. 17, II, portanto, só funcionará na hipótese de dissolução da companhia.

Ao tratar do assunto, no capítulo XVII, a Lei nº 6.404, de 1976, refere-se, cronologicamente à dissolução, à liquidação e à extinção da companhia.

Segundo Wilson de Souza Campos Batalha, “a dissolução constitui momento na vida de uma sociedade a partir do qual, embora conservando sua personalidade jurídica, promove a liquidação de seu ativo e do passivo, distribuindo o remanescente aos sócios. Assim, a dissolução assinala o começo da fase agônica da sociedade, em que esta promove sua própria liquidação. Durante a liquidação, conserva a sociedade sua personalidade jurídica, podendo exercer direitos e assumir obrigações, bem como agir

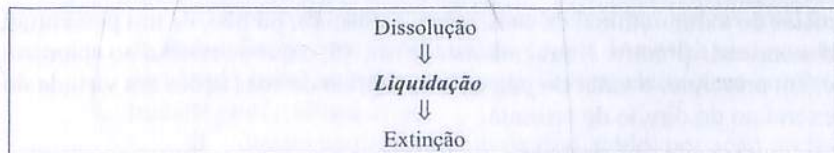
processualmente, com legitimação ativa e passiva. Ao invés de ser representada pelos diretores, a sociedade representa-se pelo liquidante [...]. Dissolvida a sociedade, inicia-se a fase de liquidação, na qual esta conserva a personalidade jurídica, representando-se pelo liquidante” (Batalha, 1977: 1010). No caso de liquidação decorrente de dissolução por falência (art. 206, II, c), o liquidante é o síndico (Lei de Falências – Decreto-lei nº 7.661, de 1945, art. 59).

Fábio Ulhoa Coelho demonstra que dissolução é conceito que pode ser utilizado em dois sentidos diferentes: para compreender todo o processo de término da personalidade jurídica da sociedade comercial (sentido largo) ou para individuar o ato específico que desencadeia este processo ou que importa na desvinculação de um dos sócios do quadro associativo (sentido estrito) (Coelho, 1991: 151).

Invocando o magistério de Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, podemos dizer, dessa maneira, que “a **dissolução** apresenta-se como o momento da vida social em que se desfazem todas as relações associativas decorrentes do contrato plurilateral, colocando-se a **liquidação** como uma etapa necessária à realização das conseqüências jurídicas derivadas do rompimento daquelas relações, tanto no que diz respeito aos acionistas quanto no que diz respeito a terceiros, e **extinção** como o instante que marca o fim efetivo da companhia, com o desaparecimento de sua personalidade jurídica” (Teixeira & Guerreiro, 1979: 612).

Assim, a verdadeira “morte” da sociedade ocorre com a extinção, e não com a dissolução. Com a extinção, pelo encerramento da liquidação, cessa a personalidade jurídica da companhia.

A liquidação é, portanto, a fase intermediária que medeia entre a dissolução e a extinção da companhia.



A liquidação da companhia pode ser comparada, analogicamente, com o inventário dos bens do *de cuius*.

Cômo ensina Trajano de Miranda Valverde, “o instituto da liquidação, que se desenvolveu logo que a prática mercantil reconheceu a autonomia do patrimônio social, tinha, inicialmente, por objetivo o pagamento

dos débitos. Solvidos eles, o patrimônio social líquido era dividido entre os sócios, segundo as regras que disciplinavam a partilha da herança. Hoje prevalece a regra de que a liquidação de uma sociedade comercial implica, em princípio, a redução a dinheiro de todos os bens sociais, regra que, além de se harmonizar com o conceito de autonomia do patrimônio social, tem a virtude de afastar as intermináveis disputas que a divisão dos bens em espécie geralmente provoca entre os sócios, como sucede, ainda hoje, na partilha dos bens da herança” (Valverde, 1941: 125).

Nessa liquidação, que comparamos, analogicamente, com o inventário dos bens do *de cuius*, depois de realizado o ativo e solvido o passivo, o dinheiro que sobrar – se sobrar – será rateado entre os acionistas, que são os “herdeiros” da companhia, na proporção de sua participação no capital social. Nesse rateio, deverá ser observada a prioridade no reembolso do capital (com prêmio ou sem ele) eventualmente atribuída às ações preferenciais. Nessa circunstância, nenhum titular de ação ordinária poderá receber nada, enquanto os titulares das ações preferenciais com prioridade no reembolso do capital não receberem o valor nominal de suas ações, acrescido de um prêmio (um percentual), se este for estabelecido no estatuto social.

Como se percebe, a prioridade no reembolso do capital só acarretará algum benefício se, depois de integralmente satisfeitos todos os credores numa liquidação, o dinheiro remanescente não for suficiente para reembolsar todos os acionistas do valor nominal de suas ações.

Como são raras as dissoluções e liquidações de sociedades prósperas e solventes, a prioridade no reembolso do capital não deveria seduzir nenhum investidor na aquisição de ações preferenciais.

É importante observar que não se confunde o reembolso, aqui referido, com o reembolso decorrente do exercício do direito de retirada ou de recesso, definido no art. 45. Aqui, cuida-se apenas da restituição aos acionistas do valor nominal de suas ações, acrescido, ou não, de um percentual denominado prêmio. No reembolso do art. 45, o que se restitui ao acionista é, em princípio, o valor do patrimônio líquido de suas ações em virtude do exercício do direito de retirada.

4. VANTAGENS POLÍTICAS DAS AÇÕES PREFERENCIAIS

Vantagens políticas facultativas. O estatuto pode assegurar a uma ou mais classes de ações preferenciais algumas vantagens políticas: votação em separado de um ou mais membros dos órgãos de administração e/ou o direito de dar eficácia, ou não, a determinadas alterações estatutárias (art. 18).

Vantagens políticas obrigatórias. Independentemente de autorização estatutária, há matérias que exigem prévia aprovação ou ratificação por titulares das ações preferenciais, em votação em separado (art. 136, § 1º). Acrescente-se, ainda, que os titulares de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito sempre terão direito de eleger, em votação em separado, um membro e respectivo suplente do conselho fiscal.

5. VANTAGENS ESTATUTÁRIAS DAS AÇÕES PREFERENCIAIS

Nada impede que o estatuto possa atribuir às ações preferenciais outras vantagens, além daquelas expressamente explicitadas nos incisos I, II e III do art. 17.

No § 1º, incisos I a III, e no § 2º do art. 17, a lei se refere, num rol meramente exemplificativo, a vantagens estatutárias facultativas (vantagens que o estatuto pode (ou não) conceder às ações preferenciais):

“Art. 17

[...]

§ 1º

[...]

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.

§ 2º [...] outras preferências ou vantagens [...]”.

Essas vantagens estatutárias são facultativas. O estatuto social pode concedê-las, ou não, às ações preferenciais.

6. RESTRIÇÕES ÀS AÇÕES PREFERENCIAIS

Tendo em vista as vantagens atribuídas ou atribuíveis às ações preferenciais, e talvez, para “compensar” os titulares de ações ordinárias, o legislador permitiu que o estatuto social deixasse de conferir àquelas algum ou alguns dos direitos reconhecidos a estas, inclusive o de voto, ou de conferi-los com restrições (art. 111).

7. AÇÕES PREFERENCIAIS E DIREITO DE VOTO

O estatuto pode, pois, excluir das ações preferenciais o direito de voto (art. 111). Mas o número de ações preferenciais sem direito de voto, ou sujeitas a restrições no exercício desse direito, não poderá ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas (art. 15, § 2º).

Se o estatuto não excluir expressamente o direito de voto das ações preferenciais, a cada uma delas corresponderá um voto nas deliberações da assembléia geral.

7.1. Ações Preferenciais com Prioridade na Distribuição de Dividendos e Voto Contingente

As ações preferenciais sem direito de voto adquirirão o exercício desse direito, se a companhia, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a três exercícios consecutivos, deixar de pagar os dividendos fixos ou mínimos a que fizerem jus, direito que conservarão até o seu integral pagamento, se tais dividendos não forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso. É o chamado voto contingente (art. 111, § 1º). Na mesma hipótese, e sob a mesma condição, as ações preferenciais com direito de voto restrito terão suspensas as limitações ao exercício desse direito (art. 111, § 2º).

Segundo Teixeira e Guerreiro, as ações preferenciais só adquirem o voto contingente depois de convertidas em ordinárias (Teixeira e Guerreiro: 1979). O entendimento dos dois autores justificava-se, quando ainda existiam as ações ao portador, destituídas do direito de voto. Pensamos que basta o não pagamento do dividendo prioritário das ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendos, nas condições previstas nos §§ 1º e 2º do art. 111, para que os titulares de ações preferenciais sem direito de voto adquiram esse direito.

Embora, regra geral, na prática, as ações preferenciais sejam destituídas do direito de voto, isso só ocorre por opção estatutária expressa. Em outras palavras, as ações preferenciais só serão destituídas do direito de voto, se o estatuto assim dispuser (art. 111).

8. O § 1º DO ARTIGO 17

O § 1º do art. 17 é inovação da Lei nº 10.303, de 31.10.2001. A redação não prima pela clareza, o que dificulta a sua exegese.

Eis o seu texto:

“Art. 17

[...]

§ 1º 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.”

Já vimos, anteriormente, que os itens I, II e III do § 1º do art. 17 se inserem num rol exemplificativo de vantagens estatutárias facultativas, que o estatuto social, regra geral, pode conceder ou não às ações preferenciais.

Observação Importante

As ações preferenciais sem direito de voto ou com voto restrito somente serão admitidas à negociação no mercado se a elas for atribuída pelo menos uma das preferências ou vantagens estatutárias facultativas arroladas no § 1º do art. 17, acima transcrito.

8.1. Exegese do § 1º do Art. 17

Com esta última observação em mente, passemos a examinar, agora, mais detidamente, o § 1º do art. 17.

No § 1º do art. 17, o legislador refere-se a todas as ações preferenciais: (a) a todas as ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendos; (b) a todas as ações preferenciais com prioridade no reembolso do capital; e (c) a todas as ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendos e no reembolso do capital. A frase introdutória “Independentemente do direito de receber ou não o valor de reembolso do capital com prêmio ou sem ele” deixa isso bem claro.

8.2. Item I do § 1º do Art. 17

Trata-se do “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”.

Apurado, em determinado exercício, o lucro líquido ajustado e distribuível, será necessário atender a duas exigências legais: (1) pagar o dividendo obrigatório, na forma prevista na lei e no estatuto; e (2) atender ao percentual prioritário das ações preferenciais com prioridade da distribuição de dividendos.

Nesse momento, poderão ocorrer as seguintes hipóteses:

I. com o pagamento do dividendo obrigatório fica também satisfeito o pagamento do percentual prioritário das ações preferenciais com prioridade da distribuição de dividendos; ou

II. com o pagamento do dividendo obrigatório não fica satisfeito o pagamento do percentual prioritário das ações preferenciais com prioridade da distribuição de dividendos.

Na hipótese sob o nº I, *supra*, não haverá maior dificuldade. Os titulares de ações preferenciais nada poderão reclamar.

Na hipótese sob o nº II, *supra*, será necessário e imprescindível satisfazer ao pagamento do percentual prioritário das ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendos, pois, como já vimos, esse tipo de ação assegura ao seu titular verdadeiro crédito, condicionado à existência de lucro.

8.3. As Vantagens Estatutárias Referidas nos Incisos I, II e III do § 1º do Art. 17

Já vimos que as vantagens estatutárias são facultativas. O estatuto social pode concedê-las, ou não, às ações preferenciais.

A análise cuidadosa das vantagens estatutárias previstas nos incisos I, II e III do § 1º do art. 17 é importante, em virtude do que nele se dispõe: § 1º [...] “as ações preferenciais sem direito de voto ou com restrição ao exercício desse direito somente serão admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários se a elas for atribuída *pelo menos uma das seguintes preferências ou vantagens*: [...]”.

8.4. Estruturação do § 1º do Art. 17

- O *caput* do § 1º é seguido de dois pontos (:).
 - Seguem-se três incisos (I, II e III).
 - O inciso I divide-se em duas alíneas (a) e (b), ligadas pela conjunção coordenativa “e”.
 - O inciso II liga-se ao inciso I pela conjunção alternativa “ou”.
 - E o inciso III liga-se ao inciso II pela conjunção alternativa “ou”.⁶
- Veja-se o quadro a seguir:

6 A conjunção coordenativa “e” dá idéia de adição, acrescentamento; a conjunção alternativa “ou” exprime alternativa, alternância (v. CEGALLA, Domingos Paschoal, *Novíssima Gramática da Língua Portuguesa*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 2000, pp. 268 e 269).

Art. 17 [...]

§ 1º [...]:

I [...]

a) [...]; e

b) [...]; ou

II [...]; ou

III [...].

Analisemos, então, as três vantagens estatutárias enunciadas pelo legislador no § 1º do art. 17.

8.4.1. A primeira vantagem estatutária, prevista no inciso I do § 1º do art. 17

A correta interpretação desse dispositivo mostra-se particularmente difícil, pelas razões já explicitadas no item 2, no início deste trabalho.

8.4.1.1. A melhor exegese do inciso I do § 1º do art. 17

A exegese desenvolvida neste tópico admite que, ao conferir a vantagem estatutária prevista na letra “a” do inciso I do § 1º do art. 17, o estatuto estará transformando as ações preferenciais não votantes ou com voto restrito em títulos de renda *fixa e mínima*; e assim, elas deverão receber, em cada exercício social, “no mínimo, 3% (três por cento) do valor de patrimônio líquido” [delas]. Isso, sem dúvida, quebra a sistemática da lei, pois, tradicionalmente, no Brasil, as ações são consideradas títulos de renda variável.

A exegese desenvolvida neste tópico também enfatiza a nítida distinção conceitual existente entre dividendo prioritário mínimo das ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendos – de um lado – e prioridade no recebimento de dividendos de, no mínimo, 3% do valor de patrimônio líquido – de outro. Com efeito, esses dois conceitos só possuem um ponto de identidade: ambos se referem a um crédito do acionista, correspondente a um débito da companhia. Afora esse ponto comum, são duas coisas totalmente distintas e heterogêneas, como demonstrado no seguinte quadro comparativo:

Dividendo prioritário mínimo das ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendos:	≠	Prioridade no recebimento de dividendos de, no mínimo, 3% do valor de patrimônio líquido:
Refere-se, exclusivamente, à ação preferencial com prioridade na distribuição de dividendos.		Pode referir-se a toda e qualquer ação preferencial, inclusive à ação preferencial com prioridade no reembolso do capital.
Liga-se, exclusivamente, ao Inciso I do <i>caput</i> do art. 17.		Liga-se, exclusivamente, à letra "a" do Inciso I do § 1º do art. 17.
O percentual prioritário (por exemplo: 5%, 10%, etc.) deve ser fixado no estatuto e, se este for omissivo, pela assembléia geral.		A lei própria fixa o percentual em 3%, no mínimo.
A base sobre a qual incidirá o percentual prioritário deve ser determinada no estatuto (p. ex.: o lucro líquido ajustado e distribuível, o valor nominal da ação, etc.).		A base sobre a qual incidirá o percentual de 3%, no mínimo, é sempre o valor de patrimônio líquido da ação preferencial.

No inciso I do § 1º do art. 17, a lei disciplina uma das preferências ou vantagens estatutárias que poderão ser concedidas pelo estatuto para que as ações preferenciais sem voto ou com voto restrito possam ser admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários.

O estatuto social pode conferir a vantagem estatutária prevista no inciso I do § 1º do art. 17: (a) às ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendos; (b) às ações preferenciais com prioridade no reembolso do capital; e (c) às ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendos e no reembolso do capital.

Essa primeira vantagem estatutária somente deverá ser considerada inteiramente concedida às ações preferenciais não votantes ou com voto restrito, para o efeito específico de se admitir a sua negociação no mercado, se o estatuto social preencher todos os previstos no inciso I do § 1º do art. 17, a saber:

1. Fixar o dividendo obrigatório em, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) do lucro líquido ajustado e distribuível;⁷ e, mais,

2. Conferir às ações preferenciais não votantes ou com voto restrito o direito de receber, em cada exercício social, a maior dentre as seguintes

7 Lucro líquido ajustado e distribuível é aquele apurado de conformidade com o art. 202, *caput* e incisos I, II e III.

quantias apuradas: (a) 3% (três por cento) do valor de patrimônio líquido da ação;⁸ (b) o mesmo valor pago às ações ordinárias; (c) em se tratando de ação preferencial com prioridade na distribuição de dividendos, o valor do dividendo prioritário fixado.

Observe-se que as letras “a” e “b”, do inciso I, do § 1º, do art. 17, acham-se conectadas pela conjunção alternativa “e”.⁹

Os quadros a seguir ilustram:

Companhia com o dividendo obrigatório fixado em, no mínimo, 25% do lucro líquido ajustado e distribuível e ações preferenciais não votantes ou com voto restrito e com a vantagem estatutária prevista no inciso I do § 1º do art. 17.



As ações preferenciais não votantes ou com voto restrito somente serão admitidas à negociação no mercado, se o estatuto conferir:

às ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendos:	às ações com prioridade no reembolso do capital:
o direito de receber, em cada exercício social, a <i>maior</i> dentre as seguintes quantias apuradas: a) 3% do valor do patrimônio líquido da ação; b) o mesmo valor pago às ações ordinárias; c) o valor do dividendo prioritário fixo ou mínimo.	o direito de receber, em cada exercício social, a <i>maior</i> dentre as seguintes quantias apuradas: a) 3% do valor do patrimônio líquido da ação; b) o mesmo valor pago às ações ordinárias.

8 Ao conferir a vantagem estatutária prevista na letra “a” do inciso I do § 1º do art. 17, o estatuto estará transformando as ações preferenciais não votantes ou com voto restrito em títulos de renda fixa e mínima; e, assim, elas deverão receber, em cada exercício social, “no mínimo, 3% (três por cento) do valor de patrimônio líquido” [delas]. Isso, sem dúvida, quebra a sistemática da lei, pois, tradicionalmente, no Brasil, as ações são consideradas títulos de renda variável.

9 A conjunção coordenativa “e” dá idéia de adição, acrescentamento (v. CEGALLA, Domingos Paschoal, *Novíssima Gramática da Língua Portuguesa*, São Paulo, Nacional, 2000, pp. 268 e 269).

Para não restarem dúvidas, desenvolvamos a hipótese relativa às ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendos, detalhando-a em seis quadros sucessivos:

PRIMEIRO QUADRO	
a) 3% do valor do patrimônio líquido da ação preferencial não votante ou com voto restrito:	R\$ 10,00
b) valor pago à ação ordinária:	R\$ 20,00
c) valor do dividendo prioritário fixo ou mínimo:	R\$ 30,00
A ação preferencial deverá receber R\$ 30,00	

SEGUNDO QUADRO	
a) 3% do valor do patrimônio líquido da ação preferencial não votante ou como voto restrito:	R\$ 10,00
b) valor pago à ação ordinária:	R\$ 30,00
c) valor do dividendo prioritário fixo ou mínimo:	R\$ 20,00
A ação preferencial deverá receber R\$ 30,00	

TERCEIRO QUADRO	
a) 3% do valor do patrimônio líquido da ação preferencial não votante ou com voto restrito:	R\$ 20,00
b) valor pago à ação ordinária:	R\$ 10,00
c) valor do dividendo prioritário fixo ou mínimo:	R\$ 30,00
A ação preferencial deverá receber R\$ 30,00	

QUARTO QUADRO	
a) 3% do valor do patrimônio líquido da ação preferencial não votante ou com voto restrito:	R\$ 20,00
b) valor pago à ação ordinária:	R\$ 30,00
c) valor do dividendo prioritário fixo ou mínimo:	R\$ 10,00
A ação preferencial deverá receber R\$ 30,00	

QUINTO QUADRO	
a) 3% do valor do patrimônio líquido da ação preferencial não votante ou com voto restrito:	R\$ 30,00
b) valor pago à ação ordinária:	R\$ 10,00
c) valor do dividendo prioritário fixo ou mínimo:	R\$ 20,00
A ação preferencial deverá receber R\$ 30,00	

SEXTO QUADRO	
a) 3% do valor do patrimônio líquido da ação preferencial não votante ou com voto restrito:	R\$ 30,00
b) valor pago à ação ordinária:	R\$ 20,00
c) valor do dividendo prioritário fixo ou mínimo:	R\$ 10,00
A ação preferencial deverá receber R\$ 30,00	

Se, eventualmente, o lucro da companhia não for suficiente para pagar a renda fixa estipulada, de 3% do valor de patrimônio líquido da ação preferencial não votante ou com voto restrito, a quantia correspondente deverá ser lançada, no balanço social, como débito da companhia e crédito do acionista.

Para melhor compreensão, examine-se a seguinte situação, extremamente reduzida:

EXEMPLOS ILUSTRATIVOS

Imagine uma companhia com o capital de R\$ 2.000,00, dividido em 2.000 ações com o valor nominal de R\$ 1,00, e assim composto:

- 1.000 ações ordinárias (50% do capital) e
- 1.000 ações preferenciais (50% do capital), com prioridade na distribuição de dividendos mínimos e não cumulativos de 10% (dez por cento) sobre o valor nominal delas, sem direito de voto.

Nessa sociedade:

- o dividendo obrigatório foi fixado em 25% do lucro líquido ajustado e distribuível;
- o estatuto conferiu às ações preferenciais, em sua integralidade, a vantagem estatutária prevista no inciso I do § 1º do art. 17.
- o balanço social ostenta os seguintes valores:

Ativo	Passivo
	—
	—
	—
	Patrimônio líquido de R\$ 6.000,00:
	• Capital: R\$ 2.000,00
	• Lucros ou reservas: R\$ 4.000,00
TOTAL DO ATIVO: [...]	TOTAL PASSIVO: [...]

Dos dados acima, podem-se extrair estes outros:

Dados	Valores em R\$
Valor do patrimônio líquido	6.000,00
Valor de patrimônio líquido de cada uma das 2.000 ações (R\$ 6.000,00: 2.000 ações)	3,00
Valor de patrimônio líquido do conjunto das 1.000 ações ordinárias (R\$ 6.000,00:2):	3.000,00

Valor de patrimônio líquido do conjunto das 1.000 ações preferenciais (R\$ 6.000,00:2):	3.000,00
Dividendo prioritário mínimo atribuído a cada uma das ações preferenciais: (10% (dez por cento) sobre o valor nominal de cada ação preferencial):	0,10
Dividendo prioritário mínimo atribuído ao conjunto das 1.000 ações preferenciais (10% (dez por cento) do valor nominal do conjunto das 1.000 ações preferenciais):	100,00
Renda fixa de 3% atribuída a cada uma das ações preferenciais (3% (três por cento) de R\$ 3,00)	0,09
Renda fixa de 3% atribuída ao conjunto das 1.000 ações preferenciais (3% (três por cento) do valor de patrimônio líquido do conjunto das 1.000 ações preferenciais)	90,00

Agora, examinem-se as seguintes hipóteses aleatórias e respectivas conclusões:

Lucro líquido ajustado e distribuível: R\$ 1.200,00

Dividendo obrigatório de 25%: R\$ 300,00

Nesta hipótese, o conjunto das 1.000 ações preferenciais será satisfeito em seu direito à renda fixa de 3% (= R\$ 90,00), bem como em seu direito ao dividendo prioritário mínimo de 10% sobre o seu valor nominal (= R\$ 100,00).

E a distribuição dos dividendos será a seguinte:

- os titulares de ações preferenciais receberão R\$ 150,00;
- os titulares de ações ordinárias receberão R\$ 150,00.

Lucro líquido ajustado e distribuível: R\$ 800,00

Dividendo obrigatório de 25%: R\$ 200,00

Nesta hipótese, o conjunto das 1.000 ações preferenciais será satisfeito em seu direito à renda fixa de 3% (= R\$ 90,00), bem como em seu direito ao dividendo prioritário mínimo de 10% sobre o seu valor nominal (= R\$ 100,00).

E a distribuição dos dividendos será a seguinte:

- os titulares de ações preferenciais receberão R\$ 100,00;
- os titulares de ações ordinárias receberão R\$ 100,00.

Lucro líquido ajustado e distribuível: R\$ 600,00

Dividendo obrigatório de 25%: R\$ 150,00

Nesta hipótese, o conjunto das 1.000 ações preferenciais será satisfeito em seu direito à renda fixa de 3% (= R\$ 90,00), bem como em seu direito ao dividendo prioritário mínimo de 10% sobre o seu valor nominal (= R\$ 100,00).

E a distribuição dos dividendos será a seguinte:

- os titulares de ações preferenciais receberão R\$ 100,00;
- os titulares de ações ordinárias receberão R\$ 50,00.

Lucro líquido ajustado e distribuível: R\$ 360,00

Dividendo obrigatório de 25%: R\$ 90,00

Nesta hipótese, o conjunto das 1.000 ações preferenciais será satisfeito em seu direito à renda fixa de 3% (= R\$ 90,00); mas não será satisfeito em seu direito ao dividendo prioritário mínimo de 10% sobre o valor nominal delas (= R\$ 100,00).

E a distribuição de dividendos será a seguinte:

- os titulares de ações preferenciais receberão R\$ 90,00 (vale lembrar que na situação em análise, partiu-se do pressuposto de que os dividendos prioritários de 10% sobre o valor nominal das ações preferenciais não são cumulativos);
- os titulares de ações ordinárias não receberão nada.

Lucro líquido ajustado e distribuível: R\$ 280,00

Dividendo obrigatório de 25%: R\$ 70,00

Nesta hipótese, o conjunto das 1.000 ações preferenciais não será satisfeito nem em seu direito à renda fixa de 3% (= R\$ 90,00), nem em seu direito ao dividendo prioritário mínimo de 10% sobre o valor nominal delas (= R\$ 100,00).

E os dividendos serão distribuídos assim:

- os titulares de ações ordinárias receberão os R\$ 70,00;
- os titulares de ações ordinárias não receberão nada.

Ainda nesta hipótese, a quantia de R\$ 20,00, não paga a título de renda fixa, deverá ser lançada, no balanço social, como débito da companhia e crédito dos acionistas titulares das ações preferenciais.

8.4.1.2. Exegeses alternativas do inciso I do § 1º do art. 17

A pouca clareza na redação do inciso I do § 1º do art. 17, aliada à inovação nele introduzida, com quebra da harmonia da arquitetura da lei, provavelmente, ensejará ao menos uma exegese alternativa.¹⁰

Obviando os argumentos sibilinos de uma possível exegese alternativa do inciso I do § 1º do art. 17, na linha da interpretação já explicitada, analisa-se a seguinte hipótese ilustrativa:

Imagine uma companhia com o capital de R\$ 2.000,00, dividido em 2.000 ações com o valor nominal de R\$ 1,00, e assim composto:

- ações ordinárias (50% do capital) e

10 Os defensores dessa exegese alternativa, certamente, argumentarão que a vantagem estatutária prevista na letra "a", do inciso I, do § 1º do art. 17, de forma alguma deve ser interpretada como transformação das ações preferenciais não votantes ou com voto restrito em títulos de renda *fixa e mínima*. Não é difícil "adivinhar" os argumentos que, provavelmente, fundamentarão essas exegeses alternativas. Ei-los: se o legislador quisesse conferir aos dividendos de 3% (três por cento), no mínimo, referidos na letra "a" do inciso I do § 1º do art. 17, o caráter de renda fixa, não teria empregado a palavra "prioridade", e sim "direito"; quanto a este argumento, poder-se-á contra-argumentar com a lembrança de que, na sistemática da lei, a ação preferencial com prioridade na distribuição de dividendos assegura ao seu titular verdadeiro *crédito*, condicionado à existência de lucro. A palavra "prioridade", no con-

- ações preferenciais (50% do capital), com prioridade na distribuição de dividendos fixos e não cumulativos de 10% (dez por cento) sobre o valor nominal delas, sem direito de voto (art. 17, I).

Nessa sociedade:

- o dividendo obrigatório foi fixado em 25% do lucro líquido ajustado e distribuível;

- o estatuto conferiu às ações preferenciais, em sua integralidade, a vantagem estatutária facultativa prevista no inciso I do § 1º, letra “a”, do art. 17 (“prioridade no recebimento dos dividendos mencionados neste inciso correspondente a, no mínimo, 3% (três por cento) do valor do patrimônio líquido da ação”).

- O balanço social ostenta os seguintes valores:

texto da lei, não significa mera antecedência ou precedência, como no cerimonial diplomático do Itamaraty, mas *crédito*. Partindo do argumento anterior, os defensores dessa exegese alternativa, provavelmente, argumentarão mais, que o texto da letra “a” do inciso I do § 1º do art. 17 faz referência expressa aos “dividendos mencionados neste inciso”; que os “dividendos mencionados neste inciso” são os de “25% (vinte e cinco por cento), do lucro líquido do exercício, calculado na forma do art. 202”; que existe uma vinculação direta entre o *caput* do inciso I do § 1º do art. 17 e a sua letra “a”; que a expressão “dividendo a ser distribuído correspondente a, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) do lucro líquido do exercício” corresponde ao valor em dinheiro a ser distribuído num determinado exercício, e não à fixação do dividendo obrigatório no estatuto, etc., para, certamente, chegarem a uma conclusão bem diferente daquela já apresentada anteriormente. Mas essa exegese alternativa, não apenas fere a letra e o espírito da lei, como também a própria Lógica Formal ou Menor. A letra da lei e a Lógica Formal ou Menor deixam claro que a expressão “dividendo obrigatório”, contida no inciso I do § 1º do art. 17, se refere ao percentual fixado no estatuto, e não à quantia em dinheiro a ser distribuída num determinado exercício; e também deixam claro que as vantagens previstas nas letras “a” e “b” do inciso I do § único do art. 17, para o efeito previsto, são cumulativas e não alternativas. O espírito da lei das sociedades por ações preocupa-se com a situação do pequeno investidor que se dispõe a se tornar acionista minoritário (não controlador), não votante ou com voto restrito. O crescimento, o desenvolvimento e a pujança das sociedades anônimas e do mercado de valores mobiliários ficarão enormemente facilitados quando o acionista minoritário (não controlador), sobretudo o não votante, ou aquele com voto restrito, puder sentir, em todo o seu conteúdo e extensão, o real significado das palavras “boa-fé”, “confiança” e “equidade”. Finalmente, vale lembrar que o direito de receber, “no mínimo, 3% (três por cento) do valor de patrimônio líquido da ação” é uma vantagem estatutária facultativa, que o estatuto pode (ou não) conceder às ações preferenciais; se o estatuto a conceder, não será nem justo, nem ético, nem moral, nem jurídico e nem legal o emprego de artifícios hermenêuticos sibilinos para frustrar, na prática, a vantagem concedida.

Ativo	Passivo
	—
	—
	—
	Patrimônio líquido de R\$ 6.000,00:
	• Capital: R\$ 2.000,00
	• Lucros ou reservas: R\$ 4.000,00
TOTAL DO ATIVO: [...]	TOTAL DO PASSIVO: [...]

• E o lucro líquido ajustado e distribuível é de R\$ 280,00.

Fixados esses dados, tem-se que, nessa companhia:

• o dividendo obrigatório de 25% será de R\$ 70,00 (25% de R\$ 280,00 = R\$ 70,00);

• o dividendo prioritário fixo e não cumulativo de 10% (dez por cento) sobre o valor nominal do conjunto das ações preferenciais é de R\$ 100,00 (10% de R\$ 1.000,00 = R\$ 100,00);

• a “prioridade no recebimento dos dividendos [...] correspondente a, no mínimo, 3% (três por cento) do valor do patrimônio líquido da ação”, atribuída ao conjunto das ações preferenciais, monta em R\$ 90,00 (3% de R\$ 1.000,00 = R\$ 90,00).

Nesta hipótese, e com esses dados, vê-se que o lucro líquido ajustado e distribuível de R\$ 70,00 não será suficiente: (a) quer para o pagamento do dividendo prioritário fixo e não cumulativo de 10% (dez por cento) sobre o valor nominal do conjunto das ações preferenciais (R\$ 100,00); (b) quer para o pagamento da “prioridade no recebimento dos dividendos mencionados neste inciso correspondente a, no mínimo, 3% (três por cento) do valor do patrimônio líquido da ação”, atribuída ao conjunto das ações preferenciais (R\$ 90,00).

CONSEQÜÊNCIAS:

• os titulares de ações preferenciais receberão R\$ 70,00; e ficarão com um crédito de R\$ 20,00 (R\$ 90,00 – R\$ 70,00 = R\$ 20,00), devendo essa quantia ser lançada, no balanço social, como débito da companhia;

• os titulares de ações ordinárias receberão nada.

8.4.1.3. A segunda vantagem estatutária, prevista no inciso II do § 1º do art. 17

Eis a redação do inciso II do § 1º do art. 17:

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

Essa segunda vantagem estatutária somente deverá ser considerada inteiramente concedida às ações preferenciais sem direito de voto ou com voto restrito, para o efeito de se admitir a sua negociação no mercado, se o estatuto social declarar, expressamente, que o titular de toda e qualquer ação preferencial¹¹ receberá, em cada exercício social, dividendo, no mínimo, 10% (dez por cento) maior do que o atribuído a cada ação ordinária.

Neste ponto, insinuam-se algumas questões interessantes:

- como conciliar o *caput* do art. 202 com o inciso II do § 1º do art. 17?
- o dividendo de pelo menos 10% (dez por cento) maior do que o atribuído a cada ação ordinária deverá conter-se dentro do percentual fixado estatutariamente para o dividendo obrigatório ou acarretarão necessariamente a superação desse percentual?

Segundo o *caput* do art. 202 da Lei nº 6.404, de 1976, “os acionistas têm direito de receber como dividendo obrigatório, em cada exercício, a parcela dos lucros estabelecida no estatuto, ou, se este for omissivo, metade do lucro líquido ajustado e distribuível.”

Quanto à última questão acima formulada, duas interpretações diferentes se insinuam.

Para melhor compreensão, imaginemos a seguinte situação concreta: (aqui são apresentados números pequenos e redondos, a título de exemplo).

EXEMPLO ILUSTRATIVO

Imagine-se uma companhia com o capital de R\$ 2.000,00, dividido em 2.000 ações com o valor nominal de R\$ 1,00, e assim composto:

- ações ordinárias (50% do capital) e
- ações preferenciais (50% do capital), com prioridade na distribuição de dividendos mínimos e não cumulativos de 10% (dez por cento) sobre o valor nominal delas, sem direito de voto.

Nessa sociedade:

- o dividendo obrigatório foi fixado em 25% do lucro líquido ajustado e distribuível;

11 Toda e qualquer ação preferencial com prioridade na distribuição de dividendos, toda e qualquer ação preferencial com prioridade no reembolso do capital, e toda e qualquer ação preferencial com prioridade na distribuição de dividendos e no reembolso do capital.

- o estatuto conferiu às ações preferenciais, em sua integralidade, a vantagem estatutária prevista no inciso II do § 1º do art. 17; e
- o lucro líquido ajustado e distribuível, apurado no exercício, é de R\$ 400,00.

Pergunta-se:

1. Quanto do lucro líquido ajustado e distribuível a companhia será obrigada a distribuir sob a forma de dividendo?
2. Quanto deverão receber, em conjunto, os titulares das ações ordinárias e quanto deverão receber, em conjunto, os titulares das ações preferenciais?
3. Qual das duas alternativas abaixo parece a mais correta, à luz dos textos legais?

PRIMEIRA ALTERNATIVA:

A companhia deverá distribuir R\$ 105,00, da seguinte maneira:

Ações:	Dividendos:
Ordinárias:	R\$ 50,00
Preferenciais:	R\$ 55,00
Total:	R\$ 105,00

SEGUNDA ALTERNATIVA:

A companhia deverá distribuir R\$ 100.000,00, da seguinte maneira:

Ações:	Dividendos:
Ordinárias:	R\$ 47,62
Preferenciais:	R\$ 52,38
Total:	R\$ 100,00
(*) V. A nota de rodapé nº 12	

12 Para se chegar ao valor a ser pago às ações ordinárias (R\$ 52,38), neste quadro, dividiu-se o valor total, correspondente ao dividendo obrigatório, por 2,1:

Vê-se que, adotada a primeira alternativa, embora a companhia fixe o dividendo obrigatório em 25%, ela acabará pagando mais que 25% do lucro líquido ajustado e distribuível. Adotada a segunda alternativa, ela só pagará 25% do líquido ajustado e distribuível.

Poder-se-á argumentar, a favor da primeira alternativa, que o *caput* do art. 202 estabelece para *todos os acionistas* (para cada acionista, sem distinção), o direito de receber o correspondente dividendo obrigatório fixado no estatuto. E que, se adotada a segunda alternativa, as ações ordinárias receberão percentual menor do lucro ajustado e distribuível do que o estabelecido no estatuto.

Penso que a Segunda Alternativa é a mais correta. Em outras palavras, os “dez por cento a mais, no mínimo, do que os [dividendos] atribuídos às ações ordinárias” deverão conter-se dentro do percentual fixado estatutariamente para o dividendo obrigatório. Entendo que o *caput* do art. 202 estabelece o critério para se apurar quanto os acionistas, globalmente, deverão receber a título de dividendo obrigatório. E que o rateio do lucro líquido ajustado e distribuível se fará discriminadamente, compatibilizando-se o *caput* do art. 202 com o inciso II do § 2º do art. 17.

Para corroborar o acerto desta Segunda Alternativa, apresenta-se o seguinte raciocínio: se o estatuto fixasse o dividendo obrigatório em 100% (cem por cento) do lucro líquido ajustado e distribuível, a companhia não poderia pagar mais nem um centavo, a não ser que, eventualmente, tivesse lucros em suspenso provenientes de exercícios anteriores.

Finalmente, consigne-se o seguinte:

Caso o estatuto conceda a vantagem estatutária facultativa prevista no inciso II do § 1º do art. 17 ao titular de ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendos, a companhia deverá não apenas assegurar à ação preferencial o recebimento de dividendo no mínimo 10% maior do que o atribuído a cada ação ordinária, mas também deverá satisfazer ao dividendo prioritário estabelecido, observando as regras aplicáveis ao dividendo prioritário fixo ou ao dividendo mínimo. E, na hipótese de discre-

$$\text{R\$ } 100,00 : 2,1 = \text{R\$ } 47.619\dots$$

$$\text{R\$ } 100,00 - \text{R\$ } 47.619\dots = \text{R\$ } 52.380,952380\dots$$

(Obs.: O divisor 2,1 só se aplica quando a proporção entre as ações ordinárias e as ações preferenciais for de 50%-50%, como no exemplo ilustrativo. Se essa proporção for diferente, o divisor será outro).

Como se percebe, neste parágrafo 5º, a lei, referenciando-se aos aumentos de capital decorrentes da capitalização de lucros ou reservas, trata diferentemente a ação preferencial com dividendo fixo e a ação preferencial com dividendo mínimo.

As noções de dividendo fixo e de dividendo mínimo já foram suficientemente esclarecidas no tópico 3.1., *supra*. Ali, vimos que o dividendo prioritário da ação preferencial com prioridade na distribuição de dividendos (art. 17, I) pode ser fixo ou mínimo. E que na omissão do estatuto social a respeito, ele será considerado fixo (art. 17, § 4º).

O § 5º do art. 17 permite que o estatuto social exclua ou restrinja o direito das ações preferenciais com dividendo fixo de participar dos aumentos de capital decorrentes da capitalização de reservas ou lucros. Com isso, elas sofrerão, necessariamente, uma diluição da sua participação acionária.

Todas as demais ações preferenciais ((a) ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendo mínimo; (b) ações preferenciais com prioridade no reembolso do capital; e (c) ações preferenciais com prioridade no recebimento de dividendo mínimo e no reembolso do capital) participam dos aumentos de capital decorrentes da capitalização de reservas ou lucros.

Aparentemente, o legislador, neste § 5º, confundiu coisas inteiramente distintas; confundiu, indevidamente, dividendo fixo com renda fixa.

É importante ressaltar que o conceito de dividendo fixo corresponde à noção de teto; não à idéia de algum percentual de renda fixa; as ações são títulos de rendimento variável; não são títulos de renda fixa.

O aumento de capital por capitalização de lucros ou reservas acha-se disciplinado no art. 169. Esse aumento de capital não implica aumento de patrimônio da companhia; acarreta apenas uma alteração no balanço social.

Observe o leitor os quadros comparativos a seguir:

**BALANÇO SOCIAL ANTES DO AUMENTO DE CAPITAL
POR CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS OU RESERVAS:**

Ativo	Passivo
	-
	-
	-
	Patrimônio líquido:
	• Capital: R\$ 100,00
	• Lucros ou reservas: R\$ 100,00
TOTAL DO ATIVO:..... R\$ 200,00	TOTAL DO PASSIVO: R\$ 200,00

**BALANÇO SOCIAL *DEPOIS* DO AUMENTO DE CAPITAL
POR CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS OU RESERVAS:**

Ativo	Passivo
	—
	—
	—
	<u>Patrimônio líquido:</u>
	• Capital: R\$ 200,00
	• Lucros ou reservas: R\$.....0
TOTAL DO ATIVO: R\$ 200,00	TOTAL DO PASSIVO: R\$ 200,00

Na prática, o § 5º do art. 17 encontrará óbices, como demonstrado a seguir. Segundo o art. 169, “o aumento de capital mediante capitalização de lucros ou de reservas importará:

- alteração do valor nominal das ações; ou
- distribuição de ações novas [ações bonificadas ou ‘filhotes’], correspondentes ao aumento, entre acionistas, na proporção do número de ações que possuírem”.

– Ilustrações

Para melhor ilustrar a disfunção na aplicação prática do § 5º do art. 17, examinem-se as seguintes hipóteses reducionistas:

a) Primeira hipótese

Numa companhia com dois acionistas, apenas (Tício e Mévio), com o capital de R\$ 1.000,00, dividido em 1.000 ações com o valor nominal de R\$ 1,00, e assim composto:

- Tício possui 500 ações ordinárias (50% do capital), e
- Mévio possui 500 ações preferenciais (50% do capital), com prioridade na distribuição de dividendo fixo.

O balanço social revela o seguinte:

Ativo	Passivo
	—
	—
	—
	<u>Patrimônio líquido:</u>
	• Capital: R\$ 1.000,00
	• Lucros ou reservas: R\$ 1.000,00
TOTAL DO ATIVO: [...]	TOTAL DO PASSIVO: [...]

A assembléia gera delibera aumentar o capital mediante incorporação dos lucros e reservas; com isso, o balanço social passará a ostentar o seguinte:

Ativo	Passivo
	—
	—
	—
	<u>Patrimônio líquido:</u>
	• Capital: R\$ 2.000,00
	• Lucros ou reservas: R\$0
TOTAL DO ATIVO: [...]	TOTAL DO PASSIVO: [...]

O estatuto social restringe o direito das ações preferenciais com dividendo fixo de participar dos aumentos de capital decorrentes da capitalização de reservas ou lucros.

A assembléia opta pela distribuição de novas ações [ações bonificadas ou 'filhotes'].

Aplicado o disposto no § 5º do art. 17,

- Tício passará a deter 1.500 ações ordinárias e (75% do capital) e
- Mévio continuará detendo 500 ações preferenciais, reduzindo-se a sua participação acionária de 50% para 25%.

Nessas circunstâncias, numa analogia grosseira, é como se os 'filhotes' das ações preferenciais fossem adotados por outras mães... Com um agravante: os 'filhotes', *in casu*, representam propriedade, dinheiro... A meu ver, essa solução não apenas gera o enriquecimento sem causa dos ti-

tuulares das ações ordinárias, como fere o dispositivo do art. 5º, XXII, da Constituição Federal.¹⁵

b) Segunda hipótese

Numa companhia com dois acionistas, apenas (Pedro e Paulo), com o capital de R\$ 1.000,00, dividido em 1.000 ações com o valor nominal de R\$ 1,00, e assim composto:

- Pedro possui 500 ações ordinárias (50% do capital), e
- Paulo possui 500 ações preferenciais (50% do capital), com prioridade na distribuição de dividendo fixo.

O balanço social revela o seguinte:

Ativo	Passivo
	—
	—
	—
	Patrimônio líquido:
	• Capital: R\$ 1.000,00
	• Lucros ou reservas: R\$ 1.000,00
TOTAL DO ATIVO: [...]	TOTAL DO PASSIVO: [...]

A assembléia geral delibera aumentar o capital mediante incorporação dos lucros e reservas; com isso, o balanço social passará a ostentar o seguinte:

Ativo	Passivo
	—
	—
	—
	Patrimônio líquido:
	Capital: R\$ 2.000,00
	Lucros ou reservas: R\$, 0
TOTAL DO ATIVO: [...]	TOTAL DO PASSIVO: [...]

15 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII – é garantido o direito de propriedade”.

O estatuto social restringe o direito das ações preferenciais com dividendo fixo de participar dos aumentos de capital decorrentes da capitalização de reservas ou lucros.

A assembléia opta pela alteração do valor nominal das ações.

Aplicado o disposto no § 5º do art. 17,

- cada uma das ações de Pedro passaria a ostentar o valor nominal de R\$ 3,00 (três reais) e

- cada uma das ações de Paulo continuaria a ostentar o valor nominal de R\$ 1,00 (um real).

Aqui, além dos óbices já apontados (inconstitucionalidade e enriquecimento sem causa dos titulares das ações ordinárias) desponta um outro óbice, de ordem técnica: o § 2º do art. 11 determina que “o valor nominal será o mesmo para todas as ações da companhia”. Ora, se as ações preferenciais não podem, regra geral, participar dos aumentos de capital decorrentes da capitalização de reservas ou lucros, elas também não poderão ter o seu valor nominal alterado. E como cumprir, então, o art. 11, acima transcrito? A companhia terá, então, ações com valores nominais diferentes?

c) Terceira hipótese

Numa companhia com dois acionistas, apenas (Xisto e Lívio), com o capital de R\$ 1.000,00, dividido em 1.000 ações sem valor nominal, e assim composto:

- Xisto possui 500 ações ordinárias (50% do capital) e

- Lívio possui 500 ações preferenciais (50% do capital), com prioridade na distribuição de dividendo fixo.

O balanço social revela o seguinte:

Ativo	Passivo
	-
	-
	-
	<u>Patrimônio líquido:</u>
	Capital: R\$ 1.000,00
	Lucros ou reservas: R\$ 1.000,00
TOTAL DO ATIVO:..... R\$ 1.000,00	TOTAL DO PASSIVO:R\$ 1.000,00

A assembléia geral delibera aumentar o capital mediante incorporação dos lucros e reservas; com isso, o balanço social passará a ostentar o seguinte:

Ativo	Passivo
	-
	-
	-
	Patrimônio líquido:
	Capital: R\$ 2.000,00
	Lucros ou reservas: R\$ 0
TOTAL DO ATIVO:..... R\$ 1.000,00	TOTAL DO PASSIVO:..... R\$ 2.000,00

O estatuto social restringe o direito das ações preferenciais com dividendo fixo de participar dos aumentos de capital decorrentes da capitalização de reservas ou lucros.

Nesta hipótese, e considerando que as ações da companhia não possuem valor nominal, não se aplicará nenhuma das duas alternativas previstas no art. 169, a saber:

- alteração do valor nominal das ações; ou
- distribuição de ações novas [ações bonificadas ou 'filhotes'], correspondentes ao aumento, entre acionistas, na proporção do número de ações que possuírem”.

E então, como aplicar o § 5º do art. 17?

Outras hipóteses poderiam ser aventadas. Nenhuma delas seria infensa à enorme dificuldade prática na aplicação do § 5º do art. 17.

Como se percebe, foi infeliz, por vários motivos, a inovação introduzida pelo § 5º do art. 17.

10. O § 6º DO ART. 17

“§ 6º O estatuto pode conferir às ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendo cumulativo, o direito de recebê-lo, no exercício em que o lucro for insuficiente, à conta das reservas de capital de que trata o § 1º do art. 182”.

O § 6º do art. 17 trata, especificamente, da ação preferencial com prioridade na distribuição de dividendo cumulativo. Já vimos que o dividendo prioritário cumulativo assegura ao acionista preferencial a acumulação do percentual prioritário de um exercício para outro, quando o seu crédito não for integralmente satisfeito. Essa acumulação, na prática, pode acarretar dificuldade financeira para a companhia. Depois de dez anos, por exemplo, o dividendo prioritário cumulativo de 10% passará a ser de 100%. Por essa

razão, o § 6º permitiu, excepcionalmente, que, no exercício em que o lucro for insuficiente para satisfazer o crédito das ações preferenciais com prioridade no recebimento de dividendo cumulativo, o pagamento se faça à conta das reservas de capital de que trata o § 1º do art. 182.

11. O § 7º DO ART. 17

“§ 7º Nas companhias objeto de desestatização poderá ser criada ação preferencial de classe especial, de propriedade exclusiva do ente desestatizante, à qual o estatuto social poderá conferir os poderes que especificar, inclusive o poder de veto às deliberações da assembléia geral nas matérias que especificar”.

Aqui também, afóra o cacófato “do ente”, esbarra-se numa dificuldade exegética, decorrente da excepcionalidade da norma.

Companhias estatais são as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que fazem parte da administração indireta do Estado (V. o decreto-lei 200, de 1967, art. 1º, II, “b” e “c”).

O que é “companhia objeto de desestatização”? Nem toda a companhia “estatal” é “objeto de desestatização”, embora todas elas – ou quase todas – sejam “desestatizáveis”.

Supõe-se que “companhia objeto de desestatização” seja a companhia estatal, controlada pelo Estado, depois da existência de Lei autorizando a alienação do seu controle.

Admitindo-se essa suposição como correta, tem-se que a “companhia objeto de desestatização” pode criar ação preferencial de classe especial, de propriedade exclusiva de seu controlador. A essa ação preferencial de classe especial poderá o estatuto social conferir poderes especiais, inclusive o de veto às deliberações da assembléia geral nas matérias que especificar.

A esse tipo de ação especial se dá o nome, na linguagem de mercado, de “ação dourada” (ação de ouro ou *golden share*).

Essa “ação dourada” também se erige em parcela do capital social; e ninguém poderá negar que, pelo poderio a ela atribuído, o seu valor será elevado.

A criação dessa “ação dourada” deverá ser subscrita, exclusivamente, pelo ente Estado controlador e desestatizante; e implicará, necessariamente, o aumento do capital social.

Trata-se de salutar medida de ordem pública, que visa a assegurar ao Estado uma espécie de compartilhamento do controle da empresa estatal, por ele alienado. O Estado, como acionista minoritário, depois de perder o controle, reterá um poder de veto.

Obviamente, no aumento de capital decorrente da subscrição dessa ação dourada não se aplica o direito de preferência previsto nos arts. 109, IV, e 171. Mas o texto legal teria ficado mais completo se o legislador de 2001 tivesse consignado essa exclusão do direito de preferência, como fez, por exemplo, no art. 172.

12. O CASO CEMIG E O § 7º DO ART. 17

Por fim, vale a pena fazer-se breve referência ao caso da Cemig – Companhia Energética de Minas Gerais.

Como já demonstrado, o § 7º do art. 17 prevê a hipótese de o Estado, que aliena o controle de uma empresa estatal, subscrever ação preferencial de classe especial, de propriedade exclusiva, com poder de veto a determinadas deliberações da assembléia geral (“ação dourada” (ação de ouro ou *golden share*)).

No caso da Cemig, ocorreu algo diferente da hipótese prevista no § 7º do art. 17: a empresa estrangeira denominada Southern Electric Brasil Participações Ltda. (Shouthern) adquiriu um bloco de ações da Cemig, sociedade anônima de economia mista controlada pelo Estado de Minas Gerais, representando 32,964% do capital social. O Estado de Minas Gerais continuou a deter a maioria das ações votantes da companhia. Mas celebrou, com a Southern, um acordo de acionistas, pelo qual foi atribuído, às ações por esta adquiridas o poder de veto a determinadas deliberações da assembléia geral.

Pelo acordo de acionistas, o bloco de ações da Southern assumiu o *status* de ação dourada.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão unânime, anulou o acordo de acionistas, em decisão assim ementada: “... O acordo de acionistas celebrado entre as partes, com violação à Lei Estadual nº 11.069/95 e à Constituição do Estado de Minas Gerais, deve ser anulado por configurar perda do controle acionário”.¹⁶

13. BIBLIOGRAFIA

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Rio de Janeiro, Forense, 1977 e 1979.

16 Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 000.199.781-6/00. Rel.: Des. Garcia Leão. Data do acórdão: 07 de agosto de 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*, São Paulo, Saraiva, 1991.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda e GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, São Paulo, J. Bushatsky, 1979.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*, Rio de Janeiro, Forense, 1941.

O CONTRATO DE DEPÓSITO BANCÁRIO

Sérgio Mourão Corrêa Lima

Professor Adjunto de Direito Comercial da UFMG.
Doutor em Direito Comercial pela Universidade
Federal de Minas Gerais. Pós-Graduado em
Comércio Exterior UNA – União de Negócios e
Administração. Indicado pelo Governo Brasileiro
para a Lista de Pareceristas do Mercosul (GMC –
Grupo Mercado Comum). Professor de Direito
Internacional da Faculdade de Direito Milton
Campos.

Sumário: 1. Instituições bancárias. 2. Capital próprio x dinheiro dos depositantes-correntistas. 3. Captação de dinheiro junto aos depositantes-correntistas. 3.1. Contrato de conta corrente. 3.2. Contrato de depósito. 3.3. Modalidades de depósito. 4. Conclusões.

1. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS

As atividades de uma instituição bancária consistem, basicamente, em repassar às pessoas físicas e jurídicas, através de empréstimos, capital próprio ou dinheiro de terceiros:

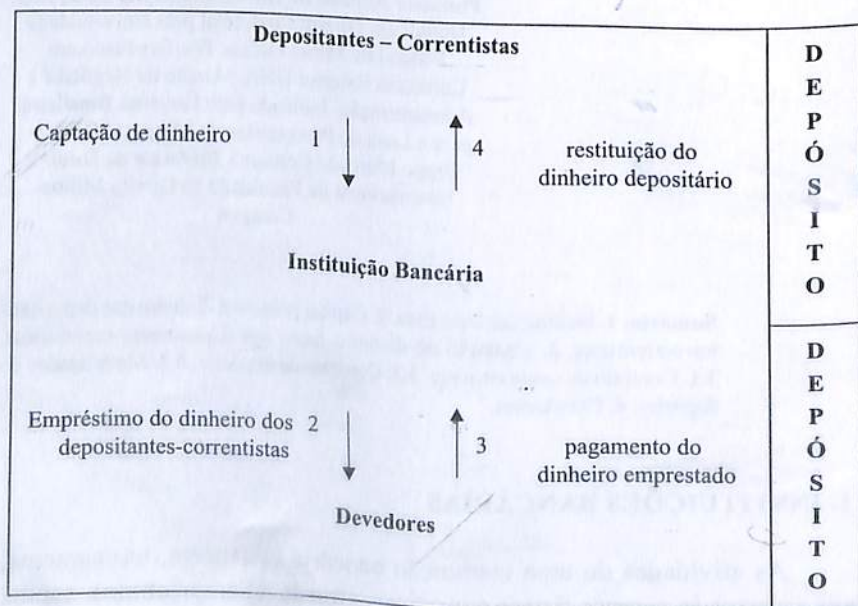
Lei 4.595/64

“Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.”

Portanto, as atividades dos bancos consistem, basicamente:

- em captar dinheiro junto a seus clientes, depositantes-correntistas; e
- emprestar capital próprio e o dinheiro dos depositantes-correntistas a outros clientes que, por força de empréstimos, se tornarão devedores, mediante a cobrança de juros.

Eis a sistemática:¹



¹ Os recursos captados pelos bancos são repassados a devedores, pessoas físicas e jurídicas, em diversas operações de crédito como, por exemplo, os contratos de mútuo, as cédulas de crédito e os contratos de abertura de crédito em conta corrente. Note-se que a falta de rigor na concessão de créditos a terceiros pode comprometer a capacidade do banco em restituir os recursos depositados por seus clientes, na medida em que os valores repassados aos devedores são aqueles captados geralmente através dos depósitos.

2. CAPITAL PRÓPRIO X DINHEIRO DOS DEPOSITANTES CORRENTISTAS

As empresas regularmente constituídas, que desejam funcionar como instituição bancária precisam obter prévia autorização de funcionamento do Banco Central do Brasil, conforme dispõe a Lei 4.595/64:

Constata-se, portanto, que as instituições bancárias emprestam capital pertencente a toda uma coletividade de seus depositantes-correntistas. Exatamente em função da pluralidade de interesses envolvidos, é que a Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, atribuiu ao Banco Central do Brasil a *fiscalização das instituições financeiras*:

“Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central do Brasil:

(...)

IX – exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas;”

Como consequência imediata, constata-se a responsabilidade do Banco Central do Brasil por eventual omissão no seu dever de fiscalização:

“Com o mesmo intento de proteger a sociedade que se encontra cada vez mais presente nas relações do sistema financeiro, (...) infere-se que o BCB possui o dever legal de fiscalizar as instituições submetidas às regras de intervenção e liquidação extrajudicial. (...) a legislação concede ao BCB vários instrumentos para proteger o público de prejuízos que as instituições financeiras possam causar. De um lado, determina que a manutenção da solvência e da liquidez destas instituições é uma das finalidades da referida autarquia. De outro ordena a instauração do processo de intervenção ou liquidação extrajudicial, quando, por exemplo a entidade sofrer prejuízo, decorrente da má administração, que sujeite a riscos os seus credores. (...). Portanto, podemos concluir que a intenção do legislador foi a seguinte: à face de qualquer sinal de irregularidade nas mencionadas instituições, o BCB deve imediatamente se fazer presente.

Ora, a omissão do BCB, seja pela falta de fiscalização, seja pela fiscalização mal ou tardiamente realizada, encerra-se na ilicitude. Algumas irregularidades cometidas pelas instituições sujeitas ao controle da referida autarquia e, por conseguinte, que geraram danos a terceiros, poderiam ter sido evitadas se o BCB cumprisse rigorosamente o seu dever legal. (...) Logo, em razão dos danos cometidos pelos seus agentes, que nessa qualidade, causarem a terceiros, a responsabilidade será determinada consoante os preceitos da teoria objetiva” (CAVALCANTI, Eduardo Medeiros, “Responsabilidade do Banco Central do Brasil” in Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, Max Limonad, São Paulo, 1996).

“Responsabilidade civil do BACEN por falta de serviço de fiscalização no mercado de capitais – Prejuízo causado pelo Grupo Coroa Brastel – Procedência da Ação – Correção monetária

(...)

2. Culposa ausência de fiscalização por parte do BACEN, em evidente transgressão aos deveres que lhe são impostos por lei – Lei nº 4.595, de 31.12.65. (...). AC 96.01.14837-0 – DF – 4ª Turma – Relatora Juíza Eliana Calmon

Lei 4.595/64

“Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central do Brasil:

(...)

X - conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

a) funcionar no País;

(...)”

Entre os requisitos que o Banco Central do Brasil exige para autorizar o funcionamento de um banco, está o capital social mínimo. Atualmente, o mínimo admitido está em torno de R\$ 17.500.000,00 (dezesete milhões e quinhentos mil reais):

Manual de Normas e Instruções do Banco Central do Brasil nº 1507, de 24 de março de 2000

1 – Os limites mínimos de capital realizado e patrimônio líquido ajustado (PLA), na forma do item 2-2-1-1, abaixo especificados devem ser permanentemente observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil: (Res 2099, RA II art. 1º I/VII; Res 2607 art. 1º)

A) R\$ 17.500.000,00 (dezesete milhões e quinhentos mil reais): banco comercial e carteira comercial de banco múltiplo: (Res 2099 RA II art 1º; Res 2607 art. 1º)”

Uma vez autorizada a funcionar como banco, a instituição aplica o seu capital social integralizado:

- parcialmente, na compra de imóveis e móveis para instalação de suas agências, contabilizando tais valores no seu ativo imobilizado:

COSIF – Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional nº 39, de 05 de abril de 1999, editado pelo Banco Central do Brasil

“Título: Plano Contábil das instituições do Sistema Financeiro Nacional – COSIF.

Capítulo: Normas Básicas – 1

Seção: Ativo Permanente – 11

(...)

6. Aplicações no Imobilizado de Uso

1 – Os imóveis de uso da instituição escrituram-se na sede pelo preço de aquisição, neste incluídas as despesas acessórias indispensáveis, ainda que anteriores à escritura, tais como emolumentos cartorários, corretagens e outras (Circ. 1273).

(...)

*3 – Os bens móveis de uso, mantidos em estoque e conceituados como bens de consumo durável, tais como mobiliários, máquinas, aparelhos, peças de reposição, utensílios, equipamentos, registram-se em **MÓVEIS E EQUIPAMENTOS EM ESTOQUE**, do imobilizado de uso (Circ. 1273).”*

• parcialmente, na concessão de empréstimos de recursos próprios a terceiros, contabilizando tais valores no patrimônio líquido:

COSIF – Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional nº 39, de 05 de abril de 1999, editado pelo Banco Central do Brasil

“2 – O PLA [patrimônio líquido ajustável] de que trata o item anterior é definido como o somatório dos níveis a seguir discriminados: (Res 2543 art. 1º, I, II).

a) nível I – representado pelo capital social, reservas de capital, reservas de lucros (excluídas as reservas para contingências e as reservas especiais de lucros relativas a dividendos obrigatórios não distribuídos) e lucros ou prejuízos acumulados ajustados pelo valor líquido entre receitas e despesas, deduzidos os valores referentes a ações em tesouraria, ações preferenciais cumulativas e ações preferenciais resgatáveis (Res. 2543 art. 1º);

b) nível II – representado pelas reservas de reavaliação, reservas para contingências, reservas especiais de lucros relativas a dividendos obrigatórios não distribuídos, ações preferenciais cumulativas, ações preferenciais resgatáveis, dívidas subordinadas e instrumentos híbridos de capital e dívida (Res. 2543, art. 1º II).”

Além do capital próprio, a instituição bancária também está autorizada a captar recursos junto a terceiros, depositantes-correntistas, funcionando como depositária. É o que dispõe a Lei 4.595/64, regra basilar de todo o Sistema Financeiro Nacional:

Lei 4.595/64

“Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a estadia de valor de propriedade de terceiros.”

A captação do dinheiro dos depositantes-correntistas pode ostentar formas diversas:

- depósitos à vista;
- depósitos a prazo;
- depósitos em poupança;
- outras formas.

Estas três espécies de depósito devem ser contabilizadas de forma discriminada e individualizada:

COSIF – Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional nº 39, de 05 de abril de 1999, editado pelo Banco Central do Brasil

“Título: Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional – COSIF.

Capítulo: Normas Básicas – 1.

Seção: Recursos de Depósitos, Aceites Cambiais, Letras Imobiliárias e Hipotecárias, Debêntures, Empréstimos e Repasses – 12.

1 – Depósitos à Vista:

1 – Conceituam-se como de livre movimentação os depósitos à vista mantidos por pessoas físicas e jurídicas de direito público e privado. Para fins deste Plano, consideram-se também como depósitos à vista os saldos das contas DEPÓSITOS VINCULADOS, CHEQUES MARCADOS, CHEQUES-SALÁRIO, CHEQUES-DE-VIAGEM, DEPÓSITOS JUDICIAIS, DEPÓSITOS OBRIGATORIOS, DEPÓSITOS PARA INVESTIMENTOS, DEPÓSITOS ESPECIAIS DO TESOURO NACIONAL, SALDOS CREDORES EM CONTAS DE EMPRÉSTIMOS E FINANCIAMENTOS, bem como os depósitos a prazo não liquidados no vencimento (Circ. 1273).

(...)

8 – Os saldos devedores em contas de depósito devem ser inscritos diariamente pelo valor global em **ADIANTAMENTO A DEPOSITANTES**, do subgrupo Operações de Crédito, devendo ser novamente levados a Depósitos no dia útil imediato (circ. 1273).

2 – Depósitos a Prazo

1 – Os depósitos a prazo, com ou sem a emissão de certificado, quando não liquidados no vencimento, devem ser transferidos imediatamente para **DEPÓSITOS VINCULADOS** (circ. 1273).

2 – Os controles contábeis e extracontábeis devem permitir a apuração da exata posição dos depósitos captados, valores, depositantes, vencimento e despesas apropriadas em cada período mensal (circ. 1273).

3 – Depósitos de Poupança

1 – Por ocasião dos balancetes/balanços a instituição deve proceder ao registro dos encargos pro rata temporis relativos ao período compreendido entre a data do depósito ou o “dia do aniversário” de cada conta e a data do balancete/balanço (circ. 1273).

2 – As despesas de depósitos de poupança a incorporar devem ser registradas nas adequadas contas de depósitos de poupança, mediante o controle em subtítulos de uso interno (cta-circ. 2611, item 6).

3 – Os controles contábeis e extracontábeis destinam-se a permitir a verificação da exata posição dos depósitos da instituição a cada movimentação, com a identificação dos depositantes, valores captados, encargos apropriados em cada período de competência e retiradas efetuadas (circ. 1273)”.

Com o intuito de manter os depositantes-correntistas permanentemente informados, a instituição bancária deve, mensalmente, emitir extratos da conta-corrente de depósitos e saques, enviando-os aos seus titulares:

Manual de Normas e Instruções do Banco Central do Brasil nº 1527, de 25 de setembro de 2000

“1 – É vedada às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil a cobrança de remuneração pela prestação dos seguintes serviços:

(...)

f) *Fornecimento de um extrato mensal contendo toda a movimentação do mês; (Res. 2303 art. 1º VI; Res 2747 art. 2º)*".

Anualmente, a instituição bancária deve emitir demonstrativo especial dos recursos financeiros para que os depositantes-correntistas possam incluir, na declaração de seus rendimentos a ser prestada à Fazenda Nacional, os recursos de sua propriedade depositados no banco:

Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 121, de 28 de dezembro de 2000²

"Art. 1º As instituições financeiras, as sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, as sociedades seguradoras, as entidades de previdência privada e as demais fontes pagadoras deverão fornecer a seus clientes, pessoas físicas e jurídicas, informações de rendimentos financeiros, conforme disposto nesta Instrução Normativa."

Destaque-se, portanto, que a partir dos documentos contábeis da instituição bancária é possível apurar, com precisão, o que é capital próprio do banco e o que é dinheiro dos depositantes-correntistas.

3. CAPTAÇÃO DE DINHEIRO JUNTO AOS DEPOSITANTES-CORRENTISTAS

A captação de dinheiro pelas instituições bancárias junto aos depositantes-correntistas não dispensa, em regra, a celebração de, pelo menos, dois contratos:

1. o Contrato de Depósito:

- à vista;
- a prazo; ou
- em poupança.

2. o Contrato de Conta Corrente.

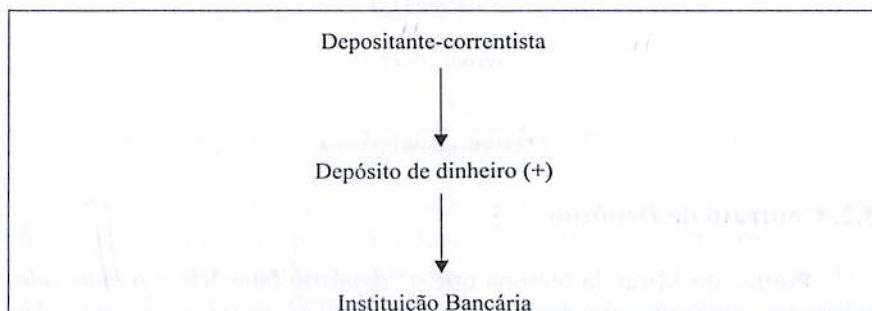
O primeiro, Contrato de Depósito, tem por objeto o depósito, em instituição bancária, de dinheiro do depositante-correntista;

O segundo, Contrato de Conta Corrente, tem por objeto a criação de conta-corrente do depositante-correntista junto à instituição financeira.

2 *"Estabelece normas para a emissão de comprovantes de rendimentos pagos ou creditados a pessoas físicas e jurídicas, no ano - calendário, decorrentes de aplicações financeiras, aprova modelo de Informe de Rendimentos Financeiros e dá outras providências".*

Assim:

- todos os depósitos de dinheiro efetuados pelos depositantes-correntistas na instituição financeira são creditados (+) na conta corrente:



- todas as restituições de dinheiro, efetuadas pelas instituições bancárias aos depositantes-correntistas são debitadas (-) na conta corrente:



3.1. Contrato de Conta Corrente

No Contrato de Conta Corrente:³

- os depositantes-correntistas se comprometem a depositar dinheiro, sem precisar quanto e quando, junto à instituição financeira;

3 Note-se que o Contrato de Conta Corrente não se confunde com o Contrato de Abertura de Crédito em Conta Corrente. Através deste último, a instituição bancária se compromete a emprestar dinheiro ao correntista, até o limite pactuado. Em cumprimento da obrigação de emprestar dinheiro até certo limite, estabelecido no Contrato de Abertura de Crédito em Conta Corrente, a instituição bancária permite que o correntista saque dinheiro de sua conta corrente que passará a apresentar saldo negativo:

• as instituições financeiras se obrigam a promover a contabilização dos depósitos (+) e dos saques (-), bem como efetuar a restituição do dinheiro dos depositantes-correntistas:

depósitos (+)
restituições (-)
saldo em conta corrente

3.2. Contrato de Depósito

Pontes e Miranda leciona que o “*depósito bancário é a mais relevante das operações dos bancos.*”⁴

O contrato de depósito bancário é a forma de as instituições bancárias captarem dinheiro dos depositantes-correntistas para emprestar a outras pessoas, mediante a cobrança de juros.

Portanto:

CONTA CORRENTE
Depósito de dinheiro do correntista (+)
Restituições do dinheiro do correntista (-)
Saque de dinheiro emprestado pelo banco (-)
Pagamento do dinheiro emprestado pelo banco (+)
Saldo em conta corrente

Portanto:

- se a conta corrente tem saldo positivo, significa que o depositante-correntista mantém dinheiro depositado de sua propriedade depositado na instituição bancária; e
- se a conta corrente tem saldo negativo, significa:
 - que o dinheiro que o depositante-correntista havia depositado no banco já lhe foi integralmente restituído; e
 - que o correntista vem recorrendo a empréstimo na instituição bancária no montante do saldo negativo de sua conta corrente.

4 PONTES DE MIRANDA, F. *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsói, 1963, tomo LVII, pp. 372-374.

Sem depósitos bancários, não há captação de dinheiro;



sem dinheiro, não há o que se emprestar;



sem empréstimo de dinheiro, não há cobrança de juros.

Assim, é certo que a captação de dinheiro dos depositantes-correntistas é pressuposto das demais atividades dos bancos.

Note-se que o dinheiro depositado pelos depositantes-correntistas é bem móvel fungível. Portanto, o contrato celebrado entre depositantes-correntistas e as instituições bancárias é de depósito irregular:

“Os que identificam o depósito bancário com o depósito irregular fundam-se no fato de o dinheiro ser coisa fungível – diga-se fungível por excelência – e no fato de, tanto num como noutro depósito, o depositário estar obrigado a devolver coisas equivalentes, (...)”.

“Grande parte da doutrina (v. g. Thaller, Leither, Lehmann, Barbero e Pontes de Miranda, entre outros), e da jurisprudência, qualifica o depósito bancário como irregular.

Define-se o depósito irregular como o contrato pelo qual o depositário recebe coisas fungíveis, obrigando-se a restitui-las não na mesma espécie, mas no mesmo gênero, qualidade e quantidade.”⁵

“(...) Para que se tenha como irregular, é mister ocorram dois fatores, que se apuram em razão da destinação econômica do contrato: o primeiro, material, é a faculdade concedida ao depositário de consumir a coisa; o segundo, anímico, é o propósito de beneficiar o depositário. Sem perder de vista que o depósito se presume regular, deve o interessado dar prova que o ilida, podendo demonstrar o seu caráter irregular por vários meios, como sejam a profissão do depositário, o modo de sua

*realização etc. (...) Tipo apontado como o mais comum, deste contrato, é o depósito bancário, mediante a entrega de uma soma em dinheiro, de que o banco se utiliza em suas operações, com a obrigação de restituir, total ou parceladamente, a todo instante em que lhe for reclamada”.*⁶

No Contrato de Depósito Bancário:

- o depositante-correntista entrega em depósito à instituição bancária, em determinada data, um montante certo de dinheiro; e
- a instituição bancária depositária “*tem o dever de restituir o tantum quando o exigir o depositante.*”⁷

Em função do disposto no artigo 1.280 do Código Civil, alguns chegaram a sustentar que os contratos de depósito irregular, entre eles o Depósito Bancário, se confundiriam com mútuo:

Código Civil

“Art. 1.280. O depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obrigue a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo (artigos 1.256 a 1.264).”

Não obstante, a Doutrina e a Jurisprudência cuidaram de repugnar esta tese. Sobre a questão, Pontes de Miranda ensina:

*“(...) O depósito bancário é depósito irregular, que é subspécie do contrato e não do mútuo. (...) Ninguém pode deixar de ver a diferença entre o empréstimo de x feito ao banco e o depósito de x no mesmo banco”*⁸ (destaques nossos).

No mesmo sentido, a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

“Não obstante sua proximidade com o mútuo, dele difere pelo poder reconhecido ao depositante de recobrar a coisa ad

6 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1996, vol. III, pp. 227-228.

7 PONTES DE MIRANDA, F. *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsó, tomo XLII, pp. 372-374.

8 MIRANDA, F. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsó, tomo XLII, pp. 372-374.

nutum (Código Civil, artigo 125), uma vez que o depositário há de estar, a todo momento, em situação de restituir o recebido, mantendo à disposição daquele coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade.”⁹

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão em que prevaleceu a autoridade do entendimento do Ministro Moreira Alves, decidiu:

- que o depósito irregular não se confunde com o mútuo:

“CARVALHO DOS SANTOS (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XVIII, pp. 61/62, Calvino Filho Editor, Rio de Janeiro, 1937), depois de salientar que o depósito irregular não se confunde com o mútuo, escreve:

‘Os elementos que melhor distinguem o depósito irregular do mútuo são os fins econômicos que lhes servem de base, o que vale dizer, em última análise, que a intenção das partes é que determina quando seja um e quando seja outro o contrato. De fato, assim acontece. No depósito irregular, o fim principal do contrato é a guarda da coisa, constituindo o uso apenas um fim acidental e acessório; ao passo que no mútuo o uso é o fim principal e direto da convenção. É o que ensinam PAUL PONT, repetidamente citado, WINDSCHEID (Pandette, 3, 379), SCHEINDER e FRICK (Com. du Code Fédéral des Obligations, 1, art. 481, com, 1) e entre nós CARVALHO DE MENDONÇA, que estuda a fundo a distinção entre os dois contratos’ (...).”

• na seqüência, o Supremo Tribunal Federal explicitou que as regras do mútuo se aplicam apenas de forma subsidiária aos contratos de depósito irregular, entre eles o depósito bancário:

“DEPÓSITO IRREGULAR. AÇÃO DE DEPÓSITO. Não nega vigência ao artigo 1.280 do Código Civil o entendimento de que a remissão que esse dispositivo faz aos artigos 1.256 a 1.264 do mesmo Código não transforma o depósito irregular em mútuo.
(...)”

9 PEREIRA DA SILVA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*, 8ª ed., Forense, vol. III, p. 250.

E, mais adiante (ob. cit., pp. 76/77), comentando, especificamente, as expressões 'regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo' constantes do artigo 1.280 do Código Civil, observa com muita acuidade:

'Os que negam a existência do depósito irregular, considerando-o como mútuo, partem, além dos fundamentos a que já aludimos, do fato de ser aquele regido pelas disposições relativas ao mútuo, como estabelece o texto. Se não bastassem as razões já apontadas, para estabelecer, nitidamente, a diversidade, aliás leve, mas real, entre os dois contratos, cabia dizer que o depósito não deixa de ser depósito pelo fato de se lhe aplicarem as regras concernentes ao mútuo. Ao depósito, o Código Comercial aplica os princípios que regem o penhor. E ninguém se lembraria de chamar penhor ao depósito, como a ninguém ocorreria mudar o caráter de permuta, por se lhe aplicarem quase todas as disposições referentes à compra e venda.

Porque, como salienta o douto parecer acima transcrito, os princípios do mútuo se aplicam ao depósito irregular sem excluir a aplicação dos que sejam peculiares ao depósito.(...).'"

Outras decisões de Tribunais brasileiros estão sintonizadas com o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao reconhecer que o depósito de dinheiro em instituição bancária não transfere a esta a propriedade dos recursos, como sugerem as regras próprias dos mútuos. Neste sentido:

- acórdão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

"FALÊNCIA – RESTITUIÇÃO DE DINHEIRO – DEPÓSITO BANCÁRIO. Não havendo transferência da propriedade do dinheiro em contrato de depósito, o depositante não é credor do banco, logo, na falência deste, o dinheiro tem que ser devolvido aos correntistas, sob pena de configurar-se ofensa ao princípio constitucional que regula o Sistema Financeiro Nacional, indicado no caput do artigo 192 da Constituição Federal.

(...)

A restituição do dinheiro é assegurada ao depositante, pois, conforme os ensinamentos doutrinários acima citados, no depósito bancário não há transferência da titularidade do di-

nheiro. Logo, o requisito exigido para a procedência do pedido é a demonstração de que a pretensão tem apoio na lei. E esta se encontra expresso no artigo 76 da Lei de Falências:

(...)

Ademais, consoante Pontes de Miranda, ao qual se reporta Amador Paes de Almeida:

'As coisas fungíveis não tendo individualidade própria (espécie), não podem, em regra, ser reivindicadas. Mas, desde que se não tenham confundido com coisas do mesmo gênero e sejam identificáveis, já podem ser objeto do pedido de restituição. O próprio dinheiro corrente pode, como é sabido, ser objeto de reivindicação: Se quidem pecuniam extat, vindicare eam potest' (em Curso de Falência e Concordata, Saraiva, 10ª ed., p. 262).

(...)

Quanto ao mérito propriamente dito estou em que o ponto central da discussão está em se definir sobre se, ao fazer o depósito, a prazo fixo ou não, o depositante transferiu a propriedade do seu dinheiro para o Banco. A resposta é não.

Muito embora por remissão (art. 1.280 do C. Civil), tenha-se que o depósito transfere ao mutuário o domínio da coisa emprestada (art. 1.257 do C. Civil), na verdade a situação que se configura nos autos é outra. Embora depósito voluntário, vê-se que, no caso, por se tratar de coisa fungível, o depositário pode ter eventual disponibilidade da coisa (dinheiro), mas não terá seu domínio, pois que em qualquer tempo, está na obrigação de lho devolver ao depositante."

• acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:¹⁰

"O cidadão que efetua depósitos em dinheiro em instituição intensamente fiscalizada pelo Estado, o faz na segurança e

10 TRF, 3ª Região – Apelação nº 95.03.062744-3, in SADDI, Jairo. *Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional – 25 anos da lei 6.024/74*. Texto Novo, 1ª ed. São Paulo, 1999, p. 204.

certeza de reaver tais valores ao tempo e modo que lhe aprouver, justamente porque recebeu do próprio Estado garantias quanto ao direito de propriedade, não apenas como seca previsão literalmente inserta na Carta Maior. Porém, mais do que isso, há toda uma estrutura legal pormenorizada disposta na lei nº 4.595/64 a dar eficácia ao direito, conhecido como um dos fundamentais à manutenção da dignidade humana: o de propriedade.”

- acórdão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:¹¹

“(...) o dinheiro existente em conta corrente não é do Banco; constitui-se propriedade do correntista, e o Banco somente pode movimentá-lo para outros fins quando devidamente autorizado por escrito, não valendo para isso autorizações de caráter permanente, adesivas e abusivas tomadas do cliente por ocasião da elaboração de fichas cadastrais ou abertura de conta, bem como em outras oportunidades”.

- sentença da primeira Vara de Falências e Concordatas de Belo Horizonte:

“Ao fazer o depósito bancário, contratado cuja conceituação e características encontram-se bem definidas no judicioso parecer do síndico, ora adotadas com vênias às partes, o depositante, ora autor, tinha duas opções, a saber: a) manter, indefinidamente, o depósito de seus recursos, enquanto deles não necessitasse; b) sacar, em qualquer momento, os recursos depositados, quando assim quisesse ou deles enquanto deles necessitasse, mesmo nas aplicações de prazo certo, em cuja hipótese o capital aplicado teria de ser entregue obrigatoriamente, com mera perda dos rendimentos.

No depósito bancário, ao contrário do que alegou a auctorquia contestante, e como bem sustentou o Ministério Público em seu judicioso parecer, o depositante, em absoluto, em mo-

11 TA/RS, Mandado de Segurança nº 19409283, Julgados do TA/RS, nº 93, pp. 72/73, in: MARINS, James, “Proteção Contratual do CDC a Contratos Interempresariais, Inclusive Bancários”, *Revista do Consumidor*, vol. 18, pp. 94/104.

mento algum transfere a propriedade de seus recursos para o banco, constituindo, permissa vênia, verdadeiro absurdo tal entendimento, que decorre, por certo, do desenvolvimento de raciocínio não lógico, construído sobre premissa falha, não verdadeira.

Tal raciocínio não lógico da contestante, inteiramente inaceitável, esbarra em visível pretensão de confisco, pretensão de apropriação de coisa alheia, permissa venia, constitucionalmente vedados no atual ordenamento jurídico brasileiro.

A rigor, a atividade da falida consiste na captação de poupança popular, para mera custódia. A falida podia reinvestir tais recursos de clientes, como de sua atividade, mas sempre esteve obrigada à devolução imediata, tão logo reclamados pelo cliente. Nisto consiste o depósito bancário.

(...)

A transferência da propriedade do dinheiro, nos contratos de depósito bancário, não constitui sua característica nem conta com previsão, havendo previsão legal até diversa, inclusive para restituição, quando pedida pelo depositário, conforme Arts. 1.265, 1.266, 1.273 e 1.276 do Código Civil. (...)"

Destaque-se que o dinheiro depositado na instituição financeira é de propriedade dos depositantes-correntistas, que continuam, inclusive, obrigados a informar os saldos de seus depósitos em suas declarações de imposto de renda:¹²

“Declaração de Bens e Direitos

Art. 13. *A pessoa física sujeita à apresentação da Declaração de Ajuste Anual deverá apresentar relação descritiva dos bens e direitos que, no País ou no exterior, constituam, em 31 de dezembro de 2000, seu patrimônio e o de seus dependentes.*

Parágrafo único. *Fica dispensada a inclusão, na declaração de bens e direitos:*

12 Instrução Normativa – Secretaria da Receita Federal nº 123, de 28 de dezembro de 2000: “Dispõe sobre a apresentação, pelas pessoas físicas, da Declaração de Ajuste Anual, ano-calendário 2000, exercício 2001.”

a) de saldos de contas correntes bancárias, cadernetas de poupança e demais aplicações financeiras, cujo valor unitário não exceda a R\$ 140,00;”

3.3. Modalidades de Depósito

Importante distinguir:¹³

1) Depósito à vista: a situação em que o depositante-correntista entrega dinheiro ao banco, geralmente por curto período de tempo, sem fazer jus à remuneração (juros).

2) Depósito a prazo: o caso em que o depositante-correntista entrega dinheiro ao banco, fazendo jus à remuneração (juros), desde que a quantia permaneça à disposição do banco pelo prazo pactuado.

Neste caso, o depósito geralmente é representado por CDB – Certificado de Depósito Bancário – ou RDB – Recibo de Depósito Bancário –, assegurando ao banco maior flexibilidade em sua destinação (empréstimo).

3) Depósito em poupança: a hipótese em que o depositante-correntista entrega dinheiro ao banco, fazendo jus à remuneração (juros), desde que a quantia permaneça à disposição do banco por prazo previamente estabelecido.

13 “Quanto ao objetivo, ou seja, o escopo econômico visado pelo depositante, o depósito pode ser à vista, a prazo e de poupança.

O depósito à vista é aquele que fica à disposição do depositante para ser sacado a qualquer momento.

Depósito a prazo é o suscetível de retirada só depois de decorrido um certo termo prefixado no contrato (a prazo fixo) ou estabelecido posteriormente pelo depositante em uma notificação ao banco (aviso prévio), que, conforme o item 10 da Resolução nº 15, do Banco Central, de 28 de janeiro de 1966, é de 30 a 120 dias. Nas duas formas de depósito a prazo, o depositante tem direito a juros, e à correção monetária no de prazo fixo, levando-se em conta a certeza que o banco tem acerca do lapso de que pode dispor das quantias para as suas aplicações.

Os depósitos a prazo fixo são feitos contra simples recibo ou emissão de certificados de depósito bancário (art. 30 da Lei 4.728, de 14.07.1965), título de crédito equiparado a nota promissória (art. 30, § 5º negociável, transferível por endosso (§ 2º)).

O depósito de poupança é um sistema de captação de recursos populares, incentivado pelo governo, com finalidade de possibilitar o financiamento de bens móveis de uso durável ou de imóveis. A esse tipo de depósito se creditam, a cada 30 dias, juros e correção monetária, computada esta de acordo com a variação do valor da Taxa Referencial (TR).

Nesta hipótese, o banco depositário confere ao capital o destino estabelecido pelas regras que regem a poupança.

Por ser da essência do depósito, ainda que irregular, nas três modalidades, o depositante pode pleitear a restituição de seu dinheiro quando assim desejar.

Nas hipóteses de celebração de depósito a prazo e depósito em poupança, a solicitação da restituição do dinheiro antes dos prazos mínimos pactuados ou estabelecidos implica, tão-somente, a perda da remuneração (juros) por parte do depositante-correntista, conforme aponta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Quando da abertura ou renovação automática, o poupador tinha ciência que o seu dinheiro iria ser corrigido por determinado parâmetro, haja vista que com base nisso se toma a decisão de iniciar uma poupança ou mantê-la. A retirada do dinheiro antes de completados os trinta dias – e essa consciência o poupador a tem também no momento da celebração ou renovação da aplicação – importa apenas a perda voluntária ao direito do rendimento, perda que, contudo, decorre de atitude unilateral facultada contratualmente ao investidor de não mais se dispor a cumprir a condição suspensiva a que se deveria submeter para fazer jus à contraprestação remuneratória ajustada.

*O que não se admite, porém, é que, uma vez transcorrido o lapso temporal exigível sem retiradas, cumprido portanto pelo poupador tudo o que lhe incumbia, a instituição financeira venha a creditar o rendimento com base em índice diverso do vigente à época da contratação.(...)”*¹⁴

4. CONCLUSÕES

1) O Contrato de Depósito Bancário é espécie de contrato de depósito irregular, que não se confunde com o mútuo;

2) As regras do mútuo somente se aplicam de forma subsidiária aos contratos de depósito irregular, entre eles o Contrato de Depósito Bancário;

3) O depósito de dinheiro em instituição bancária:

• não transfere a esta a propriedade dos recursos; e

• não exonera o depositante-correntista de incluir o dinheiro de sua propriedade na “*Declaração de Ajuste Anual*” perante a Secretaria da Receita Federal (Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal nº 123, de 28 de dezembro de 2000);

4) O depositante-correntista pode solicitar a restituição de seu dinheiro, à instituição bancária, quando assim desejar;

5) Nos casos de depósito a prazo ou em poupança, a restituição do dinheiro antes do prazo pactuado ou estabelecido implica em perda dos rendimentos (juros);

6) Na hipótese de falência da instituição bancária, o depositante-correntista de manejar o pedido de restituição a que se refere o artigo 76 da Lei de Falências:

“Art. 76. Pode ser pedida a restituição de coisa arrecadada em poder do falido quando seja devida em virtude de direito real ou de contrato.”

5) Ainda no caso de falência de instituição bancária, a restituição do dinheiro aos vários depositantes-correntistas deverá ocorrer em um momento único, resguardando, assim, o Princípio Constitucional da Isonomia.