

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Processo N.º ____/_____/____

Data ____/____/____ fls. _____

Rubrica _____

PARECER ____/2009- GTB - JUCERJA

RESTAURANTE X 5 LTDA.

PROC: 00-2009/148781-1

“Cláusula contratual excluindo preferência. Ilegalidade. Art. 1.081, § 1º, do CC/02. Cláusula obrigando alienação de cotas. Impossibilidade. Matéria própria de acordo de cotistas.”

Consulta-nos a julgadora sobre a legalidade da cláusula 8º, § 3º, do contrato social da sociedade em epígrafe, considerando as regras sobre preferência constantes dos arts. 513 e seguintes do CPC.

A Julgadora não especificou, como deveria, as razões jurídicas da dúvida, ou seja, qual disposição contratual violaria qual dispositivo legal, e porque.

De qualquer forma, a fim de agilizar o procedimento, passa-se a analisar os dispositivos contratuais que podem ensejar dúvida.

O primeiro dispositivo contratual de legalidade discutível seria o parágrafo terceiro da cláusula 8ª do contrato social, que assim dispõe:

Parágrafo Terceiro – Se o sócio-cotista majoritário das cotas representativas do capital social decidir pela alienação de suas cotas, ser-lhes-á facultado buscar adquirentes no mercado sem que seja respeitado o trâmite do parágrafo primeiro acima. Nesta hipótese, não haverá direito de preferência e, se a oferta de compra obtida condicionar a aquisição das cotas dos cotistas ofertantes à aquisição da totalidade das cotas da sociedade, o outro sócio-cotista terá a obrigação de alienar suas cotas ao terceiro, pelo mesmo preço e nas mesmas condições dos cotistas ofertantes.

Esse dispositivo contratual inibe o direito de preferência previsto no parágrafo primeiro do mesmo artigo, e ainda obriga a alienação das cotas dos sócios minoritários quando o novo controlador assim o desejar (“*drag along*”).

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Processo N.º ____/____/____

Data ____/____/____ fls. _____

Rubrica _____

Quanto à ausência de direito de preferência em certas hipóteses de alienação de cotas, não vislumbramos nessa regra qualquer espécie de ilegalidade, uma vez que, como esse direito de preferência não decorre da lei, mas sim do contrato social, o mesmo contrato social pode suprimi-lo em casos específicos, inserindo-se essa matéria na seara da liberdade contratual dos sócios.

Contudo, no que se refere à regra que obriga os sócios minoritários a venderem suas participações, pelo mesmo preço oferecido ao controlador, quando houver alienação de controle, entendemos que essa regra não pode ser fixada no contrato social.

Trata-se de matéria própria de acordo de cotistas, e cuja legalidade é discutível em virtude do arbítrio a que fica submetido os minoritários (art. 122 do CC/08), que têm expropriadas suas cotas (art. 5º, XXXV, da CF/88), contra sua vontade, sem nem mesmo poder discutir o preço. Afigura-se, portanto, imprópria a inserção de tal dispositivo no contrato social, de forma a vincular todos os futuros cotistas, devendo os sócios, se assim desejarem, celebrar acordo de cotista, cuja legalidade e possibilidade de execução específica, em havendo conflito, será decidida pelo Poder Judiciário.

Anote-se, apenas a título de curiosidade, que a única hipótese legal de alienação forçada de participação societária encontra-se no § 5º do art. 4º da LSA, em relação à hipótese específica de fechamento de capital em que remanescem no mercado menos de 5% do capital. Mesmo nessa hipótese existem questionamentos doutrinários sobre a constitucionalidade da norma¹.

O parágrafo quarto da cláusula 8ª, por sua vez, possui a seguinte redação:

¹ José Edwaldo Tavares Borba. “Direito Societário”, 10ª Ed. , 2007, pág. 169.

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Processo N.º ____/____/____

Data ____/____/____ fls. _____

Rubrica _____

Parágrafo Quarto – INJEÇÃO DE CAPITAL POR TERCEIROS – Se sócios-cotistas detentores de, no mínimo, 2/3 (dois terços) das cotas representativas do capital social entenderem ser adequada à emissão de cotas a investidor estratégico, assim considerado o que seja do mesmo ramo da sociedade ou que tenha atividade afim ou, ainda, aquele que se comprometer a subscrever aumento de capital que equivalha a, no mínimo, 3 (três) vezes o valor do patrimônio líquido contábil da Sociedade apurado no balanço patrimonial do último exercício encerrado, os demais sócios-cotistas deverão subscrever alteração contratual para refletir essa emissão de cotas. Para esta situação e respeitadas as condições, os sócios cotistas outorgam, desde já, uns aos outros, de forma irrevogável e irretroatável, procuração para renunciar ao direito de preferência à subscrição dessas novas cotas, para que o investidor estratégico possa subscrevê-las, diluindo natural e justificadamente os demais sócios cotistas.

O direito de preferência dos sócios, de forma proporcional à sua participação, é uma garantia legal prevista no art. 1.081 do CC/08, que assim dispõe:

“Art. 1.081. Ressalvado o disposto em lei especial, integralizadas as quotas, pode ser o capital aumentado, com a correspondente modificação do contrato.

§ 1º Até trinta dias após a deliberação, terão os sócios preferência para participar do aumento, na proporção das quotas de que sejam titulares.

(...)”

Este artigo garante, de modo imperativo, o direito de preferência dos cotistas em participar, se assim lhes aprouver, do aumento de capital. Essa garantia possui relevância para *“perpetuar o nível de participação que detém na sociedade, evitando a diluição de seu poder de voto e de sua fração no rateio dos lucros.”*²

Como ensina Alfredo Lamy Filho, o capital social é a *“sede do poder político da sociedade, por isso é que nele é que se fixam as participações dos sócios, estruturando-se os centros de poder”*. Assim, por essas razões, o direito de preferência previne o abuso, de forma

² BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*, Renovar: Rio de Janeiro, 2007.

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Processo N.º ____/____/____

Data ____/____/____ fls. _____

Rubrica _____

que, “se o aumento favorecer o subscritos, assegura-se a todos o acesso ao ‘privilégio’ – que desaparecerá na igualdade proposta”³.

Constata-se, portanto, que o direito de preferência é uma garantia legal conferida ao minoritário para assegurar sua participação proporcional na empresa, evitando o aviltamento da participação dos minoritários. Justamente por isso, o art. 1.082, § 1º, prevê expressamente esse direito, que não pode ser excluído pelo contrato.

Nem se alegue que o § 2º do mesmo artigo permite a cessão do direito de preferência. A cessão do direito de preferência só é possível após surgimento do direito de preferência, ou seja, a cessão só pode ser realizada se, após deliberado o aumento, o sócio não quiser ou não puder subscrever as cotas a que tiver direito. Não haveria, portanto, como ceder o direito que ainda não existe. Essa interpretação aniquilaria toda a garantia de manutenção da participação que a lei pretendeu conferir aos sócios, razão pela qual deve ser rechaçada.

No mesmo sentido posiciona-se João Eunápio Borges e Fábio Ulhoa Coelho:

“no decurso desse prazo, o acionista que não quiser ou não puder exercê-lo, poderá ceder a outro acionista, ou a terceiro, seu direito de preferência” (João Eunápio Borges, “curso de direito comercial terrestre” - Rio de Janeiro: Forense, 5ª ed, 1976, pág. 425)

“No aumento de capital mediante subscrição de novas quotas, é assegurado aos sócios o direito de preferência. **Nos 30 dias seguintes à deliberação do aumento**, adota em assembléia ou reunião de sócios, devem os interessados em manter a mesma participação proporcional na sociedade manifestar à administração o exercício da preferência.” (COELHO,

³ Alfredo Lamy Filho. “Lei das S.A.” - Rio de Janeiro: Renovar, 1992, pág. 296.

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Processo N.º ____/____/____

Data ____/____/____ fls. _____

Rubrica _____

Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, volume 2. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2008)

Tampouco esse direito de preferência poderia ser elidido através de cláusula contratual que outorgasse procuração entre os sócios para renunciar ao direito de preferência no caso de ingresso de um novo “investidor estrangeiro”, pois isso seria uma forma de burlar o direito de preferência previsto em lei. Tal como na hipótese do parágrafo 3º, entendemos que essa matéria não pode ser prevista em contrato social, mas, no máximo, em acordo de cotistas.

Por fim, cabe salientar que a remissão do § 2º do art. 1.081 ao art. 1.057 é apenas para dizer que a regras sobre quem pode receber a cessão devem ser as mesmas previstas na lei ou contrato sobre quem pode ser sócio – as razões são evidentes.

Do exposto, opina-se pela colocação do processo em exigência para que sejam alterados os parágrafos 3ª e 4º da cláusula oitava.

É o que me parece, s.m.j.

Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2009.

GUSTAVO TAVARES BORBA
Procurador Regional da JUCERJA