

Pernidji: A ampliação das hipóteses do direito de recesso

28/05/2020

O objetivo deste artigo é aprofundar o debate sobre a legalidade do denominado "recesso estatutário" à luz das normas que regem as sociedades por ações. Em apertada síntese: permitiria a Lei das Sociedades Anônimas (LSA) que as hipóteses do direito de retirada, previstas no artigo 136 do referido diploma legal, fossem ampliadas pelo estatuto social da companhia?



Para tratar do tema abordaremos de maneira breve o conceito do

direito de retirada e da operação de reembolso, temas que são umbilicalmente conectados.

Faremos breve menção também a algumas normas conexas que versam sobre a negociação pela companhia com as próprias ações, observado que a operação de reembolso é uma das exceções legais em que a lei permite que a companhia negocie com as ações de sua emissão.

A LSA outorgou ao acionista dissidente de determinadas deliberações assembleares previstas na lei a faculdade de deixar de ser sócio da companhia mediante o pagamento do valor de suas ações. É o que a lei denominou de direito de retirada.

O direito de retirada é direito essencial do acionista. Não pode ser suprimido pela assembleia geral, ou pelo estatuto social. O acionista pode optar por não exercê-lo, mas não pode a ele renunciar. Assim determina o artigo 109, alínea V da LSA.

Exercido o direito de retirada, o acionista tem direito ao pagamento correspondente ao preço de suas ações, na forma da lei, e em obediência ao que dispuser o estatuto social da companhia. O pagamento, pela companhia, do preço das ações em decorrência do exercício do direito de retirada pelo acionista caracteriza a operação de reembolso.

A doutrina qualifica o direito de retirada como direito formador, espécie de direito potestativo [1]. Nascido o direito de retirada para o acionista, este interfere na esfera jurídica da companhia sem que a isto ela possa se opor.

Sob outro prisma, o direito de retirada permite ao acionista dissidente obrigar a companhia a negociar com as próprias ações.

Quando os acionistas reunidos em assembleia geral da companhia manifestam seus votos fazendo com que a companhia aprove quaisquer das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do artigo 136 da LSA, resta ao acionista dissidente o direito de exercer a retirada, caso assim deseje, ou remanescer vencido na deliberação aprovada pela maioria.

A aprovação desse rol de matérias é de tal importância que sua confirmação tem o condão de causar mudanças significativas na estrutura jurídica da companhia.

Sendo a sociedade contrato plurilateral, e restando alteradas as bases principais do negócio jurídico, à parte descontente (no caso acionista divergente) cabe o dissídio e o direito de receber o valor do reembolso de suas ações.

É inegável admitir a importância que a lei conferiu ao direito de retirada. Primeiro porque o incluiu no rol dos direitos essenciais do acionista [2]. Esse fato, aliás, bastaria por si só para comprovar sua importância. Há outro, entretanto, de extrema relevância e que nos interessa para o tema do presente artigo.

A LSA permitiu, extraordinariamente, o pagamento do valor do reembolso à conta do capital social. Analisemos mais detidamente este ponto: tão relevante é o direito de retirada que o diploma legal do anonimato excepcionou um princípio normativo que é um de seus pilares: o de não permitir, salvo atendido rigoroso procedimento disposto em lei, que a companhia devolva recursos aos acionistas via redução de capital.

Em outras palavras: o valor devido pela companhia ao acionista por ocasião da operação de reembolso pode, em determinadas ocasiões, ser pago em prejuízo ao capital social, sem que para isso seja necessário observar as formalidades exigidas pela LSA para sua redução.

A esse respeito é claro o § 6º, do artigo 45 da LSA, que demonstra a possibilidade do reembolso ser pago a conta do capital social da companhia:

"§ 6º — Se, no prazo de cento e vinte dias, a contar da publicação da ata da assembleia, não forem substituídos os acionistas cujas ações tenham sido reembolsadas à conta do capital social, este considerará-se reduzido no montante correspondente, cumprindo aos órgãos da administração convocar a assembleia-geral, dentro de cinco dias, para tomar conhecimento daquela redução".

É importante notar que essa redução de capital prevista no § 6º do artigo 45 tem caráter especial, pois não podem os credores a ela se opor. É o que a doutrina denomina de redução de capital obrigatória [3].

Exercido o direito de retirada pelo acionista, e na falta de reservas livres, a companhia estará obrigada a pagar ao acionista dissidente o reembolso de suas ações à conta do capital social. Ainda na forma da lei, caso ocorra a falência da companhia, e já se houver efetuado, à conta do capital social, o reembolso dos ex-acionistas, estes não tiverem sido substituídos, e a massa não bastar para o pagamento dos créditos mais antigos, caberá ação revocatória para restituição do reembolso pago com redução do capital social, até a concorrência do que remanescer dessa parte do passivo. Assim diz expressamente a lei.

Poder-se-ia argumentar, portanto, que de certa forma, e até certo limite, a LSA priorizou o reembolso devido aos acionistas dissidentes à garantia dos credores consubstanciada nas normas que tutelam o capital social.

Ao que nos parece, trata-se de uma exceção à regra clássica da irrevogabilidade das prestações dos acionistas para o capital social da companhia.

Feitas essas considerações iniciais, passamos a nos questionar se seria possível que as hipóteses do direito de retirada fossem ampliadas por força de convenção estatutária aprovada regularmente em assembleia geral de acionistas.

Poderiam os acionistas da companhia criar novas hipóteses em que o acionista teria direito ao recesso, recebendo, em caso de dissídio, o reembolso de suas ações?

Sem querer lançar verdades absolutas sobre o tema, o que, aliás nem poderíamos pretender fazer, entendemos, em princípio, que o estatuto social da companhia não pode ampliar as hipóteses que permitem ao acionista exercer o direito de retirada.

Em nossa visão essa impossibilidade reside exatamente no fato de a lei ter elencado as hipóteses em que o acionista estaria autorizado a obrigar a companhia a negociar com as ações de sua própria emissão, eventualmente, em prejuízo ao capital social.

É necessário lembrar que a negociação pela companhia com as próprias ações é operação bastante delicada do ponto de vista societário, sendo geralmente vedada pela LSA. A lei, entretanto, permitiu, em seu artigo 30, algumas exceções, a saber:

"a) as operações de resgate, reembolso ou amortização previstas em lei;

b) a aquisição, para permanência em tesouraria ou cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social, ou por doação;



c) a alienação das ações adquiridas nos termos da alínea 'b' e mantidas em tesouraria;

d) a compra quando, resolvida a redução do capital mediante restituição, em dinheiro, de parte do valor das ações, o preço destas em bolsa for inferior ou igual à importância que deve ser restituída".

A negociação pela companhia com as próprias ações é cercada de cuidados, pois poderá acarretar a redução do capital com entrega de recursos aos acionistas sem observar as exigências da legais.

O que a lei busca evitar é que a companhia devolva, sem observância dos princípios legais, as prestações que os acionistas contribuíram ao capital social que por princípio são irrevogáveis.

O entendimento de que novas hipóteses que ensejam o exercício do direito de retirada possam ser criadas pelo estatuto social é ampliar as hipóteses em que a companhia pode estar obrigada a retornar recursos a conta do capital social aos acionistas, afrouxando o conceito da irrevogabilidade das prestações ao capital social e enfraquecendo as normas que o protegem sem que haja uma autorização expressa em lei.

Neste sentido, e em nossa opinião, a ampliação das hipóteses do direito de retirada por vontade dos acionistas da companhia não estaria subsumida a situações definidas como direito de retirada propriamente dito (como um direito essencial do acionista), mas, sim, como uma obrigação estatutária da companhia em adquirir as próprias ações em determinadas situações.

Caso o acionista dissentisse de determinadas deliberações indicadas no estatuto social, a companhia estaria obrigada, em decorrência de uma norma estatutária dispositiva, a adquirir as ações de sua própria emissão tituladas pelo acionista dissidente.

Em outras palavras: acionista e companhia estariam contratando uma espécie de opção, através da qual a companhia estaria obrigada a adquirir as ações do acionista que dissentiu de determinada deliberação prevista no estatuto social.

Naturalmente, essa opção precisaria obrigatoriamente estar condicionada aos pressupostos que permitem que a companhia adquira as próprias ações, ou seja, a titularidade de reservas livres.

O recesso estatutário, portanto, não seria um direito de retirada, não sendo regulado pelas normas que regem o tema. Seria tão somente uma disposição contratual existente entre acionistas e a companhia, sujeitando-se, portanto, às normas gerais que regulam esse tipo de convenção entre partes.

O direito de retirada, portanto, em nossa opinião, está intimamente ligado à exceção prevista em lei de que a companhia pode negociar com suas próprias ações, inclusive utilizando o capital social. A LSA delimitou as ocasiões específicas em que essas situações podem acontecer. Elas estão exaustivamente listadas no artigo 136 da lei e em suas hipóteses não cabem ampliação.

[1] *Direito das companhias, Volume 1*. Pag 339, Luis Eduardo Bulhões Pedreira, Editora Forense, 1º Edição 2009

[2] Artigo 109 — Nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de:

V — retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei. (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm)

[3] *Direito das companhias, Volume II*. Pag 1.490, Luis Alberto Colonna Rosman, Editora Forense, 1º Edição 2009

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-mai-28/pernidji-ampliacao-hipoteses-direito-recesso/>