

VOTO

RELATÓRIO

1. Trata-se de recuso impetrado pelo Clube de Investimentos dos Telefônicos da Companhia Riograndense de Telecomunicações - CRT contra o entendimento da SOI expresso por meio do OFÍCIO/CVM/SOI/GOI/N° 1444/2001 (fls. 124-125) e reiterado pelo OFÍCIO/CVM/SOI/GOI/N° 1713/2003 (fl. 167).
 - I) A primeira reclamação**
2. O entendimento manifestado pelos ofícios acima mencionados refere-se ao objeto de três reclamações apresentadas separadamente pelo recorrente. A primeira delas foi protocolada em 14.09.2000 (fls. 01 a 03) e deu origem ao Processo CVM n° RJ/2000/04552. Foram feitas as seguintes alegações, nesta primeira oportunidade:
 - a. o estatuto da CRT, desde o início da oferta de venda de ações aos empregados, sempre conferiu às ações ordinárias a possibilidade de, respeitado o limite legal, converterem-se em ações preferenciais (art. 5°, §9°);
 - b. em maio de 1999, a CRT sofreu um processo de cisão, originando a Celular CRT Participações e fazendo com que os acionistas da CRT passassem a deter igual quantidade de ações nas duas companhias;
 - c. aquele dispositivo anteriormente mencionado do estatuto social da CRT não foi mantido no estatuto da CELULAR CRT, para a surpresa desse grupo de investidores;
 - d. funcionários da CRT afirmaram que, na proposta inicial de estatuto da CELULAR CRT, constava o referido dispositivo, mas os controladores (Telefônica, na época), baseados em parecer segundo o qual a retirada daquele parágrafo não daria direito de recesso aos minoritários, decidiram excluí-lo daquele diploma; e
 - e. os controladores não deram explicações de seus atos e o limite legal ainda permitia a conversão de mais de 80 milhões de ações.
3. Em face desses argumentos, o reclamante solicitou que esta Comissão procedesse à reparação dos danos causados aos investidores pela companhia controladora da CELULAR CRT, a Telefônica - TBS, restaurando o direito que havia retirado dos mesmos. Aquela primeira companhia, instada a manifestar-se, protocolou em 20.10.2000 sua resposta (fls. 57-58), da qual constam os seguintes argumentos:
 - a. que o estatuto social da CELULAR CRT foi objeto de deliberação da AGE de 29.01.99, após a desestatização da CRT, conforme as disposições legais aplicáveis;
 - b. segundo o art. 22, caput da LSA, pertence aos acionistas a competência para determinar, no estatuto social, a conversibilidade das ações do capital social de uma espécie para outra;
 - c. foram os acionistas que decidiram pela supressão do dispositivo reclamado pelo CLUBE; e
 - d. o motivo que levou o CLUBE a realizar a reclamação é de natureza meramente especulativa, tendo em vista a baixa liquidez das ações ordinárias da CELULAR CRT.
4. Em 24.01.2001, o CLUBE, através de seus advogados, protocolou comunicado (fls. 84-88) em que é relatada novamente a seqüência de fatos que originou a desestatização da CRT e a cisão da mesma, originando a CELULAR CRT. O comunicado também ressalta que:
 - a. a liquidação financeira das ações ofertadas aos empregados da CRT quando de sua desestatização foi obstada por ato ilegal do Governo do Estado do Rio Grande do Sul, consubstanciado no Decreto n° 39.529;
 - b. aquele anulou aditamentos que haviam prorrogado o cronograma editado pelo Estado, fazendo retroagir a data da liquidação financeira e ficarem inadimplentes os empregados;
 - c. no dia 30.08.2000, o Tribunal de Justiça do RS julgou o mandado de segurança impetrado pelo CLUBE, decidindo pela inconstitucionalidade do decreto;
 - d. com isso, os direitos próprios de acionistas são reconhecidos aos empregados da CRT desde 26.02.1999, quando deveria ter sido operada a liquidação financeira em questão;
 - e. no momento da cisão, os mesmos direitos assegurados às ações da CRT foram conferidos às ações da CELULAR CRT, conforme o item 4.4 do Protocolo e Justificação ("*4.4 – Iguamente, os direitos atribuídos às ações do capital social da Celular CRT Participações serão idênticos aos direitos conferidos às ações de emissão da CRT na data da deliberação da cisão, conforme a sua espécie*"); e
 - f. ante todo o exposto, o CLUBE notificou extrajudicialmente a CELULAR CRT e o banco Itaú S.A. – instituição depositária de suas ações – para que respeitem o direito de conversão assegurado no protocolo e para que as vantagens patrimoniais ainda não pagas decorrentes das ações pertencentes aos empregados sejam depositadas em conta à disposição do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do RS.
5. Através do MEMO/CVM/GOI-1/N° 021/2001 (fls. 117-118), foi solicitada a manifestação da PFE, sendo ressaltado que:
 - a. a SEP concluiu que (i) a propriedade de ações ordinárias não caracteriza prejuízo ao acionista, (ii) a conversão em ações preferenciais constitui uma simulação ao direito de recesso via mercado, porque as ações preferenciais têm mais liquidez que as ordinárias e (iii) os atos societários descritos no processo estão de acordo com a legislação em vigor;
 - b. pela leitura do Edital de Privatização e anexos não é possível encontrar cláusula que determine a conversão reclamada;

- c. o item 4.4 do Protocolo e Justificação de cisão parcial da CRT com constituição da Celular CRT Participações S.A. assegurava que os direitos relativos às ações da CELULAR CRT seriam os mesmos conferidos às ações da CRT;
 - d. conforme as informações constantes do item "k" da Ata de Assembléia que aprovou o projeto de estatuto social da CELULAR CRT, não houve deliberação específica sobre a retirada do controvertido direito.
6. Em resposta, a PFE emitiu o seguinte parecer (MEMO/CVM/GJU-2/N° 103/2001 – fls. 119-123)
- a. as disposições registradas no Protocolo e na Justificação não têm caráter impositivo ou efeito vinculante, certo de que o poder supremo na companhia está reservado à assembléia geral de acionistas;
 - b. em decisão soberana, os acionistas decidiram não incluir a previsão de conversão no estatuto social da companhia que se formava, como permite o art. 22 da LSA;
 - c. presume-se que os acionistas votaram no interesse da companhia, tratando-se, a princípio, de ato juridicamente eficaz;
 - d. *"por outro lado, não se pode negar ser perfeitamente possível que alguém, utilizando-se de meios e de procedimentos, de per si, revestidos de legalidade, venha a causar prejuízo a outrem, tornando o agente causador do dano sujeito a repará-lo"*; e
 - e. a responsabilidade civil do controlador, por exercício abusivo do direito de voto, somente pode ser deflagrada através de prova inequívoca.
7. Em face das considerações acima expostas, em 20.06.2001 foi encaminhado ao CLUBE o OFÍCIO/CVM/SOI/GOI-1/N° 1.444/2001, que exprime o entendimento desta CVM de que *"a decisão assemblear tomada no sentido de aprovar a cisão da CRT e o Estatuto Social da Celular CRT Participações S/A, suprimindo a possibilidade de conversão das ações ordinárias em preferenciais, expressa a vontade soberana da maioria acionária, que assim manifestou-se, presumidamente, no interesse da companhia"*.

II) A segunda reclamação

8. Em 24.01.2001, novamente por meio de seus advogados, o CLUBE protocolou reclamação nesta autarquia (fls. 127-132), alegando que:
- a. a AGE da CRT e da Brasil Telecom S.A., realizada em 28.12.2000, na qual se deliberou pela incorporação daquela companhia por esta, concedeu aos titulares de ações ordinárias da Brasil Telecom – nestes incluídos os ex-acionistas da CRT, logo, os empregados reunidos no CLUBE – o direito de reverterem suas ações em preferenciais, no prazo de 90 dias a partir de 02.01.2001;
 - b. como a decisão do Tribunal de Justiça do RS anteriormente mencionada ainda não transitou em julgado, o CLUBE notificou extrajudicialmente a Brasil Telecom e o Banco Bradesco S.A. – instituição depositária de suas ações – para (i) reservarem ações preferenciais na quantidade equivalente ao número de ações ordinárias reservadas aos empregados da CRT, para que estes possam exercer seu direito de conversão, caso venham a desejar e (ii) depositarem em consignação todas as vantagens patrimoniais relativas às ações em questão; e
 - c. por último, o CLUBE destaca as declarações de 15.01.2001, prestadas à imprensa por Luís Octávio da Motta Veiga, Presidente do Conselho de Administração da Brasil Telecom à época, e requisita a manifestação desta Comissão a respeito das mesmas.

III) A terceira reclamação

9. Em 28.04.2003, o CLUBE protocolou nova correspondência (fls. 149-151) narrando os fatos relatados acima e adicionando que:
- a. o CLUBE e o Estado do Rio Grande do Sul firmaram acordo pelo qual este último desiste de interpor recursos à decisão do TJRS;
 - b. ainda em razão do acordo acima, foi republicado o Edital de desestatização, sendo reaberto o prazo para a liquidação financeira das ações reservadas aos empregados – que exerceram a opção de compra das ações reservadas e das sobras; e
 - c. portanto, o CLUBE notificou a CELULAR CRT e o Banco Itaú para que respeitem o "direito de conversão assegurado".
10. Solicitada a prestar novamente explicações, desta vez a respeito da última correspondência do CLUBE, a CELULAR CRT protocolou, em 24.07.2003, novo expediente. Neste, a companhia explica que:
- a. a conversibilidade de ações de uma classe em outra não decorre da lei, mas do estatuto social da companhia;
 - b. o estatuto social da CELULAR CRT não contempla dispositivo que aprecie a conversão de ações; e
 - c. todo e qualquer direito e ação para anular a constituição de nova sociedade e para anular resoluções adotadas na AGE da CRT ocorrida em 29.01.1999 prescreve em um ano a contar da publicação dos atos constitutivos e em dois anos a contar da deliberação, respectivamente.
11. Em face do até aqui exposto, foi enviado ao CLUBE o OFÍCIO/CVM/SOI/GOI-1/N° 1.713/2003, pelo qual aquele é informado de que sua última reclamação já havia sido objeto de análise desta Comissão, cujo entendimento foi comunicado pelo OFÍCIO/CVM/SOI/GOI-1/N° 1.444/2001. Quanto ao mesmo, o CLUBE apresentou, em 29.10.2003, pedido de Reconsideração (fls. 174-185).
12. No pedido, o CLUBE alega que:
- a. o controlador da companhia exerceu abusivamente seu direito de voto na decisão assemblear em que restou suprimida, "sem mais nem menos", a possibilidade de conversão de ações ordinárias em preferenciais, em contradição frontal com o que determinava o "Protocolo e Justificação";
 - b. Modesto Carvalhosa destaca que "os sócios têm plena soberania para aceitar ou recusar os termos do protocolo. Não pode, porém, a Assembléia Geral alterá-lo parcialmente, para emendá-lo quanto a determinadas cláusulas, aceitando as demais. Esse procedimento invade as atribuições e poderes concedidos aos órgãos de administração, que não podem ser assumidos pela assembléia";
 - c. os acionistas minoritários não tiveram, à época, oportunidade para se manifestar contrariamente ao ato, porque apenas oito dias antes da AGE foi publicado pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul o Decreto n° 39.259, que causou a inadimplência dos empregados quanto à liquidação de suas ações;

- d. não existem motivos para que fosse suprido do estatuto social aquele direito, principalmente sem a transparência e clareza que faltaram à pauta da referida AGE;
 - e. tais fatos tornam inequívoco que o controlador da companhia exerceu abusivamente seu poder; e
 - f. ainda que se entenda inviável o pedido de reconsideração, deve ser instaurado o competente inquérito administrativo para apurar infrações cometidas pelo acionista controlador.
13. O recurso impetrado pelo CLUBE foi analisado pela PFE, que destacou (i) a intemprestividade do mesmo; (ii) que de fato o estatuto social da CELULAR CRT, aprovado na AGE da CRT, contraria o disposto no item 4.4 do Protocolo e Justificação apresentado pela mesma companhia e (iii) os argumentos trazidos pelo CLUBE não são novos.
14. Por último, a SEP, em seu parecer expresso no MEMO/CVM/SEP/GEA-4/N° 020/04 (fls. 199-206), concluiu pela inexistência de indícios suficientes que possam respaldar a instauração de um processo administrativo para a apuração de eventual exercício abusivo de poder.

FUNDAMENTAÇÃO

15. O presente caso versa sobre pontos cruciais do direito societário moderno: a natureza jurídica do protocolo, a consolidação no estatuto de decisões da assembléia geral e a boa-fé objetiva. No entanto, antes de se passar à análise dessas questões, é necessário tecer breves comentários introdutórios a respeito do instrumento de Protocolo numa operação de fusão, cisão ou incorporação de uma companhia.

I. Natureza jurídica do Protocolo

16. O protocolo encontra-se estabelecido pelo art. 224 da Lei das S.A., que dispõe:

"Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

I - o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;

II - os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão;

III - os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;

IV - a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra;

V - o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação;

VI - o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação;

VII - todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

Parágrafo único. Os valores sujeitos a determinação serão indicados por estimativa" (grifou-se).

17. Diante dessa disposição legal, a doutrina diverge quanto à natureza jurídica desse instrumento. Os contrastes de cada corrente são bem desenvolvidos por Waldirio Bulgarelli, como segue:

"(...) De notar que a lei anterior referia-se apenas, na apresentação do negócio à assembléia geral, a 'bases da operação', o que, tecnicamente, deveria corresponder a este protocolo e à justificação, mas que, na prática, pela ambigüidade da expressão 'bases da operação', era, via de regra, redigida de forma muito vaga e imprecisa.

Surgiu assim, na linha das legislações mais modernas, como a francesa de 1966 e a argentina de 1972, que exigem documentos semelhantes: a francesa exigindo o 'traité' de fusão, e a argentina, o 'compromisso de fusão e o acordo definitivo de fusão (art. 83 da Lei n° 19.550, de 1972).

(...)

Trata-se de documento, cuja natureza jurídica a doutrina tem-se esforçado em qualificar, variando as opiniões dos autores, sendo, porém, a maioria concorde em que não se trata de um contrato definitivo, pois que depende da aprovação das assembléias gerais das sociedades interessadas. Firmado pelos administradores das sociedades, essa dependência à aprovação posterior no seio de cada sociedade tira-lhe a exigibilidade ampla, dando-lhe um cunho de pré-contrato ou pacta de contrahenda, como quer Guirao, na Espanha, ou de um simples projeto, como querem na França Houpin e Bosvieux, e na Itália Giuseppe Ferri, ou mesmo um contrato 'condictio juris' como qualifica Jesus Rúbio, na Espanha. Posição isolada é a de Champaud que o considera um verdadeiro contrato, mas influenciado pela sistemática grupal, antecedida, a seu ver, a operação pela tomada prévia do controle. Sem amparo, porém, na melhor doutrina, pois se trata de caso eventual, que não enseja por isso a caracterização do contrato pleno, mas condicional, pois depende de aprovação".⁽¹⁾

18. Então, para alguns, o protocolo se trata de um pré-contrato, sendo partidário dessa corrente o douto jurista Modesto Carvalhosa:

"O protocolo inclui-se na qualificação clássica do pré-contrato (...). O protocolo não representa, pura e simplesmente, a intenção das partes manifestada pelos seus administradores, mas um pré-contrato, sujeito à aprovação pela assembléia geral ou mediante contrato. Não se trata, por outro lado, de base preliminar do negócio jurídico. Constitui sua base definitiva, na medida em que qualquer alteração do protocolo pela assembléia geral tem como efeito a celebração de um novo protocolo, que importará em um negócio de fusão, incorporação ou cisão, com características distintas das inicialmente propostas".⁽²⁾

19. No entanto, para uma outra corrente doutrinária, a natureza jurídica do protocolo não é a de um pré-contrato, mas a de um instrumento preliminar de negociação. Na opinião de José Edwaldo Tavares Borba:

"Ao apreciar o protocolo, as assembléias das várias sociedades implicadas no ajuste decidirão livremente quanto à conveniência ou não de acolhê-lo.

Anoto-se, portanto, que o protocolo não tem a natureza de pré-contrato, posto que não obriga à conclusão do contrato. Trata-se, na verdade, de um acordo preparatório, com a natureza de simples negociação preliminar, como tal destituída de efeito vinculativo.

O protocolo funciona como uma espécie de projeto sobre o qual deliberam as assembléias gerais" .⁽³⁾

20. Portanto, observa-se que não há consistência quanto à natureza jurídica do protocolo. Para uns, o protocolo, por ser um pré-contrato, não pode ser alterado pela assembléia geral, o que caracterizaria uma usurpação de competências do conselho de administração. Já para outros autores, o protocolo não guarda as características de um pré-contrato, podendo ser, portanto, alterado pela assembléia geral de acionistas, quando de sua aprovação.
21. Em minha opinião, o Protocolo pode ser modificado pela assembléia geral, pois esta é soberana.
22. Todavia, para a compreensão do caso que ora é apresentado, observa-se que é dispensável a determinação da questão de se o protocolo pode ou não ser alterado pela assembléia geral, uma vez que os acionistas da CRT aprovaram sem restrições, na reunião extraordinária de 29.01.1999 (conforme a ata acostada às fls. 99-116), o Protocolo e Justificação da Cisão da CRT com a criação da CELULAR CRT.

II. Divergências entre o Protocolo e o projeto de Estatuto Social, ambos aprovados

23. Portanto, o quadro que se analisa é a da aprovação, pela assembléia geral, primeiramente, de um Protocolo e Justificação que assegura o direito de conversão das ações ordinárias em preferenciais e, posteriormente, a aprovação de um Estatuto Social que não consolidou as determinações do Protocolo, sem qualquer ressalva na ata da assembléia em que tais deliberações ocorreram. Diante disso, o que se deve questionar é a efetividade das determinações constantes do protocolo e a necessária vinculação do estatuto social à versão final aprovada pela assembléia daquele documento.
24. Para solucionar esta questão, é indispensável uma leitura atenta do dispositivo em comento. A partir desta leitura, percebe-se que o art. 244 da lei expressa claramente que o protocolo guardará "as condições da incorporação". Por "condição" entende-se o elemento acidental do negócio jurídico que o subordina ao acontecimento de um evento futuro e incerto (art. 121, Código Civil).
25. Diferentemente dos negócios puros e simples – em que a declaração de vontade não tem sua eficácia limitada por elementos apostos pela vontade das partes e produz de imediato seus efeitos –, nos negócios condicionados a vontade das partes faz depender de evento futuro e incerto o nascimento ou a extinção de obrigações. Trata-se de uma determinação acessória ao negócio jurídico.⁽⁴⁾
26. Dentre as diversas classificações a que estão sujeitas as condições, para o presente caso é fundamental citar uma delas, a que divide as condições em suspensivas e resolutivas. As primeiras são aquelas de que depende o nascimento do direito objeto do negócio jurídico a que a condição se refere; já as segundas, as resolutivas, são aquelas de que depende a extinção do direito que nasceu do encerramento do negócio jurídico sobre o qual pende a condição. Segundo Orlando Gomes:

"A condição é suspensiva quando a eficácia do negócio fica na dependência do seu implemento.

Com a condição suspensiva principiam os efeitos; com a resolutive terminam. Se é suspensiva, a eficácia não coincide com o momento de sua conclusão, sendo incerta a produção de seus efeitos. Se resolutive, não se pode prever se os efeitos subsistirão ou não" (grifou-se).⁽⁵⁾

27. Acompanhando a doutrina, dispõe o Código Civil:

"Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa" (grifou-se).

"Art. 127. Se for resolutive a condição, enquanto esta não se realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido".

28. Portanto, conclui-se que, enquanto não verificada a condição resolutive, "a autolimitação da vontade trabalha no rumo de estatuir a inoperância da manifestação volitiva", como bem ensina Caio Mário.⁽⁶⁾ Mas, se resolutive a condição, enquanto esta não se realiza, produz os seus efeitos o negócio que ela acompanha – "importa a sua verificação na resolução do próprio negócio e desfazimento do ato".⁽⁷⁾
29. Diante dessas explanações, temos que o protocolo, como determina a própria lei, estabelecerá as condições sobre as quais será realizado o negócio de fusão, cisão ou incorporação. Logo, se forem estabelecidas condições resolutive, uma vez realizadas estas, extingue-se a cisão, fusão ou incorporação a que se refere o protocolo. Por outro lado, se suspensivas, aquela mesma operação não se realizará enquanto tais condições não se realizarem.
30. Nesse cenário, a condição representada pela exigência de serem reservados às ações da CELULAR CRT os mesmos direitos que eram conferidos às ações da CRT apresenta-se, portanto, como condição suspensiva. A cisão da CRT não será eficaz caso sejam estipulados direitos diferentes dos que são conferidos às ações da companhia cindida.
31. Percebe-se, portanto, que o protocolo em exame estabelece a maneira pela qual será realizada a cisão. Não pode ser de outra forma, porque dele o legislador determina que constem as condições sob as quais ocorrerá a cisão. Então, a cisão que se efetiva fugindo às condições constantes do protocolo – as quais foram livremente estabelecidas pelos próprios administradores da companhia – é ineficaz, porque desrespeita o protocolo e isso significa, conseqüentemente, não atender para o que disciplina a Lei das S.A..
32. Outrossim, não há dúvidas de que esta se apresenta como a interpretação mais correta do art. 224 da Lei das S.A., porque ela é a que consegue com a maior efetividade atender ao princípio da boa-fé objetiva, o qual norteia e ilumina todo o direito privado, bem como a que melhor atende à sistemática desta ramificação do direito.

III. A boa-fé objetiva no caso concreto

33. Antes de positivada no Código Civil de 2002, mais precisamente no art. 422,⁽⁸⁾ a doutrina e a jurisprudência já conheciam esse princípio e o aplicavam efetivamente, sendo incontroversa sua existência. A boa-fé objetiva incide sobre todas as relações jurídicas da sociedade e

"encontra seu substrato nas relações jurídicas de cooperação entre as pessoas. Por esse motivo o seu conteúdo consiste em um padrão de conduta: cada pessoa deve agir de acordo com um determinado standard jurídico, definido como um modelo de comportamento, em que as atitudes de cada um serão valoradas de acordo com os parâmetros de lealdade, de probidade e da honestidade" (grifou-se).⁽⁹⁾

34. Afirma Miguel Reale que:

"(...) a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas conseqüências.

Daí a necessidade de ser ela analisada como conditio sine qua non da realização da justiça ao longo da aplicação dos dispositivos emanados

das fontes do Direito, legislativa, consuetudinária, jurisdicional e negocial".⁽¹⁰⁾

35. Ela possui, conseqüentemente, uma ótica tripla: trata-se de um elemento a mais na interpretação da norma jurídica pública ou privada, de modo a facilitar a aplicação da mesma de acordo com a sistemática do ordenamento; apresenta-se também como um elemento criador de novos deveres para as partes juridicamente relacionadas (como os deveres de informar, de cooperar, de prestar contas e de sigilo); bem como consiste em fator de limitação ao exercício de direitos, ou mesmo de supressão desse exercício, caso, por exemplo, o mesmo seja realizado com vistas a prejudicar a outrem, e não para atingir propriamente o seu resultado (jurídico, social ou econômico).
36. Importante ressaltar que se fala aqui da boa-fé em sua vertente objetiva, e não na sua faceta subjetiva. Boa-fé subjetiva consiste no desconhecimento, por parte do contratante, de um determinado vício em algum elemento do negócio que está realizando – ou seja, trata-se de uma condição psicológica. A boa-fé objetiva, a seu turno, caracteriza-se por padrões de moralidade e ética aos quais são comparadas as atitudes dos contratantes, que devem obrar no sentido de permitir que o negócio produza todos os efeitos a que se destina e que legitimamente espera a outra parte. Mais uma vez nas palavras de Miguel Reale:
- "(...) a boa-fé objetiva apresenta-se como a exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal".⁽¹¹⁾
37. Esta mesma boa-fé encontra-se também nas matrizes da proibição do comportamento contraditório no direito brasileiro, ou *venire contra factum proprium*. Trata-se daquela situação em que uma das partes adota determinada posição no início da estipulação do negócio jurídico, criando na outra pessoa com quem está se relacionando mais detidamente uma determinada expectativa quanto à conclusão ou ao modo de realização daquele negócio que, no entanto, posteriormente, é quebrada em vista de um comportamento contrário àquele inicial.
38. Segundo Paulo Mota Pinto:
- "(...) o negócio jurídico não pode – sob pena de flagrante injustiça em muitos casos – ser o único modelo de proteção das expectativas dos sujeitos na não contradição da conduta da contraparte, havendo, antes do negócio jurídico, designadamente antes do 'limiar da vinculação contratual', ainda casos em que o indivíduo é obrigado a honrar as expectativas que criou, através da 'correspondência' à confiança que despertou – designadamente, casos em que a pessoa não pode justamente *venire contra factum proprium*".⁽¹²⁾
39. Explica-nos a doutrina, em conclusão, que " o que quer se evitar com a proibição do *venire contra factum proprium* é que a parte da relação jurídica contratual adote mais de um padrão de conduta, segundo as vantagens que cada situação possa lhe oferecer"⁽¹³⁾ e, com isso, rompendo com a legítima expectativa gerada por ela mesma na parte contrária daquela relação.
40. À guisa de exemplo, vale mencionar o conhecido caso dos tomates, no qual, uma indústria que costumeiramente comprava a safra de determinados pequenos produtores recusou-se a fazê-lo, mesmo após ter gerado nos mesmos a expectativa que de aquela safra teria o mesmo destino das demais, por meio da doação de sementes e caixas de sua propriedade para a colheita da referida produção. O então desembargador Ruy Rosado de Aguiar Jr. proferiu magistral decisão, da qual vale ressaltar alguns pequenos trechos:
- "Decorre do Princípio da boa-fé objetiva (...), aceito pelo nosso ordenamento jurídico, o dever de lealdade durante as tratativas e a conseqüente responsabilidade da parte que, depois de suscitar na outra a justa expectativa da celebração de um certo negócio, volta atrás e desiste de consumir a avença".⁽¹⁴⁾
41. Cabe observar outro instituto jurídico, o da responsabilidade civil pré-contratual, que trata exatamente de quando o comportamento contraditório e a quebra da boa-fé objetiva se inserem na fase das tratativas de um contrato – período de negociação entre as partes em que, todavia, o contrato ainda não se encontra concluído.
42. Posto não existir ainda uma relação contratual unindo as duas partes, há no entanto um contato social qualificado, em que as relações fazem-se mais intensas, gerando para as partes deveres mais objetivos que o de simplesmente não causar dano a outrem, que se tem para com qualquer desconhecido. Neste caso, também deve ser observada pelas partes em negociação a boa-fé objetiva.
43. É nesse sentido que são apostos a elas, muitas vezes, deveres como o de sigilo e o de informar. Não é necessário, em algumas circunstâncias, que essas obrigações estejam expressadas em algum documento, mesmo que não haja ainda contrato formado, uma prestação a ser cumprida, porque elas irão decorrer da própria boa-fé objetiva que incide sobre aquele tipo de contato social – mais objetivo e característico.
44. Enfim, a boa-fé é indispensável em todas as relações humanas, por isso toda a tutela dispensada pelas instituições acima. O direito moderno clama por novos ares de ética e respeito para com aqueles com quem nos relacionamos e a boa-fé objetiva é a brisa que atende a essa necessidade. No âmbito das companhias abertas, especificamente, essa boa-fé se faz cada vez mais presente pela voz da governança corporativa.
45. Mas, no caso em análise, o que se observa é uma grande falta de boa-fé e transparência, o que resultou na aprovação de um estatuto em desacordo com o que havia ficado estabelecido no Protocolo aprovado na mesma AGE. Isto caracteriza, por sua vez, grave afronta ao art. 224 da Lei das S.A., já que este estabelece que o protocolo conterá as condições da cisão e tendo em vista o conceito de condição anteriormente delineado.
46. Este artigo, por estabelecer que do Protocolo constarão todas as condições da fusão, entendendo-se por condições os fatos jurídicos que, apostos ao negócio pela vontade das partes, interferem na eficácia deste – na sua geração de efeitos –, foi violado a partir do momento que os direitos conferidos às ações da nova companhia não foram todos incluídos no estatuto, embora caracterizassem um tipo de condição suspensiva. Como esta condição não se realizou, o negócio não pode gerar seus efeitos e a violação à Lei das S.A. resta caracterizada.
47. Então, como podem os mesmos acionistas aprovarem, em determinado momento, que as ações ordinárias da CELULAR CRT teriam direito a se converter em ações preferenciais e, logo em seguida, aprovarem para aquela mesma companhia um Estatuto Social que não consolidava aquela condição da cisão previamente acordada? Considerando que não foi feita qualquer ressalva mais clara ao fato do estatuto ser diferente do que os acionistas haviam anteriormente aprovado para o protocolo, não se pode evitar o pensamento de que os acionistas minoritários foram induzidos a erro, o que caracteriza *dolo* por parte daquele que os induziu permitindo a aprovação, no Protocolo, de algo que não constaria do Estatuto.

IV. Da semelhança do Protocolo com o Ato Constitutivo

48. Ademais, deve-se ressaltar a semelhança do protocolo de cisão com o ato constitutivo de companhias originárias – entendendo-se como tais aquelas que não resultaram da cisão, fusão ou incorporação de companhias preexistentes.
49. Para uma corrente de doutrinadores liderada por Halperin, estatutos e atos constitutivos integram-se reciprocamente, na medida em que se

pressupõe, a ponto de um não poder existir sem o outro. É possível, tão-somente, uma mera distinção formal que diferencie as cláusulas permanentes, que devem reger a atividade da companhia, daquelas que regem apenas a sua constituição.

50. Esta teria sido a corrente adotada pelo Código Civil italiano, em que se lê:

"O estatuto que contém as normas relativas ao funcionamento da sociedade, ainda que seja objeto de ato em separado, considera-se parte integrante do ato constitutivo, devendo ser juntado ao mesmo tempo".⁽¹⁵⁾

51. Vivante também sustenta essa teoria, afirmando que ato constitutivo e estatuto " são partes integrantes do mesmo ato, pois, sendo o ato constitutivo um contrato, o estatuto constitui o seu objeto" (grifou-se).⁽¹⁶⁾

52. Deste modo, assim como o ato constitutivo não pode ser observado sem o estatuto social, o protocolo de cisão guarda a mesma relação com o estatuto da sociedade derivada da cisão. Ambos constituem uma unidade orgânica – tanto o ato constitutivo com relação ao estatuto da sociedade que está para surgir, quanto o protocolo com relação ao estatuto da nova sociedade que derivará da cisão.

53. Portanto, aplicando ao protocolo a mesma disciplina do ato constitutivo de sociedade originária, conclui-se que o estatuto social da futura companhia que nascerá da cisão não pode ser compreendido separadamente do protocolo – que tem, por sinal, aquele estatuto como um de seus objetos.

54. Conseqüentemente, ainda que o estatuto tenha se omitido com relação ao direito de conversão das ações ordinárias em preferenciais, este direito encontra-se expresso no protocolo, devendo a companhia consagrá-lo a despeito do estatuto. Esta é a necessária conclusão que surte do fato de ambos constituírem um único ato, desmembrado em dois diplomas.

V. A possibilidade de Dolo

55. O fato de terem inicialmente aprovado o direito de conversão das ações ordinárias em preferenciais fez com que os acionistas, no momento da aprovação do Estatuto Social, não cogitassem da hipótese deste não consolidar o direito de conversão das ações ordinárias que já havia sido aprovado e que, mais importante que isso, configurava condição da cisão. A desnecessidade de analisarem o projeto de estatuto social ainda foi reforçada pela ausência de ressalvas no momento de sua aprovação. A presunção, portanto, era a de que o estatuto trazia exatamente aquilo que os acionistas já haviam aprovado, naquela mesma reunião, no Protocolo – até porque, dentro de um enorme estatuto, fica difícil verificar que a cláusula dos direitos das ações ordinárias tinha sido alterada.

56. Quanto ao instituto do dolo, dispõe o Código Civil, em seu art. 145, que:

"Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa" (grifou-se).

57. Ressalta, ainda, o art. 147 que:

"Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado".

58. Este instituto representa o mais grave dos defeitos que o negócio jurídico pode apresentar. Por meio dele, segundo San Tiago Dantas:

"O direito quer impedir que a malícia de uma das partes, ou mesmo a malícia de terceiros, influam sobre a manifestação da vontade, trazendo ao malicioso vantagem e prejuízo àquele que agiu de boa-fé. De modo que toda a reparação do dolo tende a punir a má-fé de quem agiu com dolo e proteger a boa-fé de quem dele foi vítima. Daí decorre a doutrina a respeito da anulabilidade dos atos por vício de dolo".⁽¹⁷⁾

59. Em face dessas considerações, temos que, se o dolo incide sobre elemento essencial do negócio jurídico – de forma que, caso a parte ludibriada tivesse pleno conhecimento da realidade, aquela não teria realizado o negócio – a conseqüência do mesmo será a anulação de todo o negócio. Mas, se o dolo apenas agiu sobre uma circunstância do negócio, há a necessidade apenas de composição das perdas e danos.

60. Transportando essas considerações para a análise do presente processo, são evidentes os indícios de dolo ao não serem feitas ressalvas, quando da aprovação do estatuto social da CELULAR CRT, para o fato de que este continha disposições diferentes das que já haviam sido aprovadas no Protocolo. Se os minoritários soubessem dessa realidade, talvez não tivessem aprovado tal estatuto naqueles termos. Mas, como no Protocolo já havia disposições no sentido de seus interesses e o mesmo já havia sido aprovado, aqueles acionistas não perceberam que, de fato, seus direitos não estavam sendo garantidos naquele estatuto.

61. Se, desde o início, a intenção do controlador foi a de não conferir o direito de conversão às ações ordinárias da CELULAR CRT e se esta intenção tivesse ficado expressa no protocolo, os minoritários talvez jamais tivessem aprovado o protocolo – e conseqüentemente o estatuto da nova companhia – ou mesmo a própria cisão, o que lhes daria direito de recesso. No entanto, os mesmos jamais tiveram a oportunidade de questionar se lhes interessava participar de uma companhia em que não lhes seria conferido o direito de conversão, porque foram sempre levados a crer que este direito lhes estava garantido.

62. É necessária a conclusão, portanto, de que deveria ter sido decidido, naquela AGE, pela não aprovação daquele item do protocolo. Naquele momento, o controlador deveria ter se manifestado para obstar a permanência daquele artigo no protocolo. Desta forma sim ter-se-ia um estatuto consolidando, de fato, as cláusulas *inafastáveis* – porque *condições do negócio* – que haviam sido estipuladas no Protocolo. Se a o direito de conversão das ações ordinárias era algo que não iria constar do estatuto, então ele não deveria ter sido incluído no protocolo, que o revestiu das características de uma condição suspensiva da cisão.

VI. Apuração de irregularidades

63. Finalmente, quanto à questão de ter ou não havido abuso do poder de controle pelo controlador da CRT, é inegável que a aprovação de um estatuto em discordância com o estabelecido em Protocolo, revelando-se um comportamento contraditório e ilegal (em face do art. 224 da Lei das S.A.) – além do fato de não se ter dada a necessária transparência a essa deliberação – muitas suspeitas levanta sobre o acontecimento de um provável abuso do direito de voto pelo controlador, ou mesmo abuso do poder de controle, devido à falta de transparência na reunião assemblear, a qual acabou induzindo os demais acionistas excluídos do bloco de controle a *erro* quando da aprovação do estatuto social. Se a condução ao erro foi maliciosa, há dolo e também a comprovação do abuso de poder.

64. Ressalte-se o fato de terem os recorrentes aludido ao fato de que, na proposta inicial de estatuto da CELULAR CRT, constava o referido dispositivo, o que representa forte indício a favor das referidas suspeitas.

65. Portanto, é imprescindível a instauração de um processo administrativo para que, sob as vestes do devido processo legal e da garantia às liberdades individuais, tais fatos possam ser devidamente apurados, no melhor interesse do mercado de valores e de toda a sociedade em si,

que preza pelo cumprimento de suas leis. Apenas por meio de apuração poder-se-á comprovar o dolo do acionista controlador e o conseqüente abuso e violação à Lei das S.A.

66. Também deve ser considerado que a via administrativa, devido à possibilidade de realização de um eventual termo de compromisso, restou como a única pela qual ainda é possível se obter a reparação de eventuais prejuízos causados a investidores e a realização de justiça distributiva, tendo em vista a prescrição dos direitos de ação apontada pela própria CRT em uma de suas manifestações (fls. 162-163). Além de tudo, é necessário que os autores de tais irregularidades, em sendo estas comprovadas, respondam administrativamente pelas mesmas.
67. Por fim, dois pontos levantados pelos recorrentes quando de sua segunda reclamação a esta comissão merecem alguma consideração. Sobre o fato de os acionistas do clube terem chegado a um acordo com o Governo do Rio Grande do Sul em que este comprometeu-se a não interpor recursos sobre a decisão judicial que concedeu segurança aos mesmos, restando transitada em julgado esta mesma sentença, não há, a princípio e com fundamentação apenas nas informações extraídas do presente processo, motivos que impeçam esses acionistas de exercerem, caso desejem, o direito de conversão de suas ações concedido aos acionistas da Brasil Telecom. O segundo ponto refere-se ao pedido feito pelos recorrentes de que esta Comissão manifeste-se a respeito das declarações de 15.01.2001 prestadas à imprensa pelo Presidente do Conselho de Administração da Brasil Telecom à época. As mesmas são objeto de processo nesta Autarquia, sob o n° RJ/2001/04416 (v. fls. 194).

CONCLUSÃO

68. Tendo em vista a fundamentação acima, VOTO pela reconsideração do entendimento anteriormente manifestado por essa autarquia, reiterando que o direito à conversão em preferenciais é possuído pelos titulares de ações ordinárias da CELULAR CRT, a despeito da omissão estatutária.
69. Também devem ser tomadas todas as providências cabíveis para a investigação da ocorrência de irregularidades no âmbito das operações descritas neste processo, mais precisamente de abuso do direito de voto pelo controlador da companhia e de abuso do poder de controle – o que levou a não ser dada qualquer atenção ao fato de o estatuto que era aprovado para a CELULAR CRT conter disposições contrárias às condições estabelecidas no protocolo que na mesma oportunidade também era aprovado, contrariando os ditames da boa-fé, e redundou na infração ao art. 224 da LSA –, durante a assembléia de 29.01.99.

Rio de Janeiro, 18 de maio de 2004.

NORMA JONSEN PARENTE

DIREITORA-RELATORA

- (1) Waldirio Bulgarelli, *Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*, São Paulo, Atlas, 2000, 6ª ed., p. 212.
- (2) Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol., São Paulo, Saraiva, ano, ed., p.
- (3) José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, 8ª ed., p. 486.
- (4) Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, 2ª ed., p. 384.
- (5) Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 404.
- (6) Caio Mário da Silva Pereira, Ob. cit., p. 390.
- (7) Caio Mário da Silva Pereira, Ob. cit., p. 392.
- (8) "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".
- (9) Regis Fichtner, *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 78.
- (10) Miguel Reale, "A boa-fé no Código Civil", in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, vol. 21, p. 12.
- (11) Miguel Reale, Ob. cit, p. 12.
- (12) Paulo Mota Pinto, "Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil", in *Revista Trimestral de Direito Civil*, n° 16, pp. 141-142.
- (13) Regis Fichtner, *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 84.
- (14) Ver, para uma análise mais detida do caso, Regis Fichtner, Ob. cit., pp. 421-425.
- (15) Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 106-107.
- (16) *Apud* Modesto Carvalhosa, *Comentários*, vol. 2, p. 107.
- (17) San Tiago Dantas, *Programa de Direito Civil – Teoria Geral*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, 3ª ed., p. 241.