

Relatora: Norma Jonssen Parente

**Declaração de Voto Vencedor do Diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos**

*Data venia*, divirjo do voto da ilustre Diretora Relatora, pelas razões de fato e de direito que *brevi manu* a seguir submeto, não sem antes deixar claro que este caso refere-se tão-somente à CRT Celular, companhia controlada do grupo Telefônica.

Primeiramente, permito-me deixar de comentar a natureza jurídica do protocolo, posto irrelevante para a solução que dou ao caso, mas naturalmente concordo com a Diretora Relatora quando afirma que o protocolo pode ser alterado pela assembléia geral e neste ponto ambos discordamos da doutrina de Modesto Carvalhosa trazida pelos recorrentes.

Em segundo lugar, tenho por certo que o termo "condição", constante do art 224 da Lei nº 6.404/76, evidentemente não se refere somente àquelas previstas no art. 121 do Código Civil (condições de eficácia), mas sim no sentido amplo do termo, notadamente quanto às circunstâncias, estipulações, conteúdo e modelação do protocolo, que poderá, naturalmente, conter também as condições a que se refere o art. 121 do Código Civil.

Naturalmente que a conversibilidade das ações não era condição de eficácia do protocolo, mas sim uma cláusula, uma convenção, uma estipulação, não obstante pudesse fazer parte do conteúdo do protocolo. E diga-se que mesmo do ponto de vista de conteúdo não há nem mesmo referência expressa à conversibilidade das ações; quando muito pode-se inferir indiretamente.

É indisputado, todavia, que a assembléia pode alterar o protocolo; da mesma forma, é indisputado que a assembléia pode alterar o estatuto social; e, finalmente, também é indisputado que a assembléia pode alterar o ato constitutivo.

Esses os conceitos que me parecem necessários e suficientes para o deslinde da questão.

É que não obstante, de fato, constasse do protocolo e justificação que na cisão seriam mantidas as mesmas condições das ações da sociedade cindida para as ações da sociedade que dela resultaria, o que foi aprovado nos itens "a" e "b" da AGE, também foi aprovado no item "k" da mesma AGE o novo estatuto social da sociedade resultante da cisão.

Além da cisão e da constituição de nova sociedade aprovou-se, especificamente, o novo estatuto social, o qual, como visto, atribuiu às ações preferenciais direitos diferentes daqueles atribuídos às ações da sociedade cindida, e, portanto, é verdade, alterou, por via reflexa, o que havia sido aprovado na deliberação que aprovara o protocolo e a justificação.

Mas não há nisso, em tese, irregularidade. É que, do ponto de vista legal, não há nenhum impedimento a que em uma assembléia as alterações subsequentes alterem direta ou indiretamente deliberações que lhe antecederam. Isso também, aliás, não ofende a lógica. A título de exemplo, veja-se a famosa operação acordeão, na qual se reduz o capital para em seguida aumentá-lo. O procedimento, embora contraditório, não é ilegal nem ilógico, notadamente do ponto de vista econômico. Poder-se-ia prosseguir com outros exemplos, mas não convém alongar.

No caso presente, em tese, também não haveria problema jurídico nesse sentido, notadamente pela ordem seqüencial das deliberações.

A propósito, também discordo de que não teria havido transparência. O estatuto foi aprovado integralmente e não se cuidava, nem a redação a isso induzia, de uma mera consolidação em decorrência das alterações anteriores. Seria mesmo a aprovação do estatuto social que iria reger a nova companhia, resultante da cisão, o qual foi inclusive transcrito integralmente na ata.

Não vejo que o estatuto tenha se omitido quanto ao direito à conversão. Vejo que ele não atribuiu este direito às ações preferenciais. Mas, como disse, entendo que ao aprovar o estatuto pode se alterar deliberações anteriores da mesma assembléia.

E mesmo que não pudesse a situação já estaria convalidada, uma vez que o transcurso do tempo teria consolidada a situação, dado que o prazo para a propositura de qualquer ação pretextando a desconstituição da deliberação já se esgotou, a teor dos arts. 285 e 286 da Lei nº 6.404/76.

A bem da verdade toda esta questão é rigorosamente secundária, segundo penso, já que a deliberação não dependia da aprovação dos acionistas minoritários, mas sim da maioria dos acionistas da companhia, como, aliás, é a regra geral nas sociedades anônimas.

Dito isto, a princípio, não faria qualquer diferença se a alteração das condições constasse do protocolo ou não, pois, mesmo que constasse, a maioria igualmente aprovaria, mesmo que os minoritários com direito de voto votassem contra. Daí porque também vejo com muita dificuldade a alegação de dolo. Não só porque, em regra, depende de prova e não se presume, mas também porque serve para se conseguir efeitos que sem ele não se conseguiria. Tal não é o caso, como visto.

Diga-se, ainda, que a referência feita no protocolo às condições das ações era, como bem notou a PJU, absolutamente genérica e sem qualquer ênfase, não havendo igualmente qualquer referência à conversibilidade das ações.

Também em função disso não vejo procedência na afirmação constante do voto vencido de que o controlador deveria ter rejeitado a cláusula do protocolo, quando o aprovou, para, só assim, aprovar o estatuto social. De fato, como visto acima, seria rigorosamente indiferente para ele controlador, já que sua vontade prevaleceria e portanto a deliberação seria aprovada, inclusive porque tal disposição do protocolo, conforme já dito, não constitui condição de eficácia, mas sim uma estipulação negocial, cuja eventual inobservância não subordina a eficácia. Quando muito discutir-se-ia o cumprimento ou descumprimento do protocolo. Não tenho notícia de que o descumprimento de qualquer cláusula contratual subordinaria a eficácia do contrato.

Quanto ao direito de recesso referido no voto vencido é importante registrar que o argumento é inteiramente inaplicável, pela só e boa razão de que não seria hipótese de direito de recesso, posto que na vigência da Lei nº 9.457 cisão não se constituía em caso de recesso.

A assembléia realizou-se, é bom informar, em 1999.

Já no tocante ao processo administrativo disciplinar, cujo prazo prescricional é mais longo, vejo duas questões.

A primeira delas é que, a meu ver, quem deve examinar a questão é a área técnica e não o Colegiado, a teor da Deliberação CVM nº 457, inclusive para se evitar o eventual prejulgamento.

No tocante aos argumentos relativos à boa-fé objetiva, alguns pontos parecem-me pertinentes.

O primeiro é que não é o direito moderno que clama por novos ares de ética, como se a questão fosse uma novidade; não tem nada de novo senão tratá-la como novidade.

O direito sempre se relacionou com a ética e a moral. Não é desconhecida, a propósito, a teoria do mínimo ético. Aliás, há quem diga que o direito tenha

surgido para limitar a economia à ética.

Naturalmente, é preciso além da sanção, a segurança dos conceitos, pois que, quando calcados em uma regra não formulada, como na jurisprudência romana, de *honeste vivere, neminen laedere e suum cuique tribuere* não eram suficientes, tanto que mereceram a justa crítica de Carnelutti: resta saber qual é a *honestas*, o *suum* e o que aos outros não se deve fazer. Não havendo regra a respeito, remanesceria apenas a indagação à consciência como forma de obter as respostas.

Daí porque reconheça-se o esforço que, a bem da verdade, vem desde sempre de aumentar a receptividade do direito positivo à ética. Mas direito não é só ética nem só moral (até porque não há apenas uma ética nem uma única moral), e a passagem do texto propedêutico de Miguel Reale dá esta exata noção:

"Além disso, existem atos juridicamente lícitos que não o são do ponto de vista moral. Lembre-se o exemplo de uma sociedade comercial de dois sócios, na qual um deles se dedica, de corpo e alma, aos objetivos da empresa, enquanto que o outro repousa no trabalho alheio, prestando, de longe em longe, uma rala colaboração para fazer jus aos lucros sociais. Se o contrato social estabelecer para cada sócio uma compensação igual, ambos receberão o mesmo quinhão. E eu pergunto: é moral? Há, portanto, um campo da Moral que não se confunde com o campo jurídico. O Direito, infelizmente, tutela muita coisa que não é moral. Embora possa provocar nossa revolta, tal fato não pode ficar no esquecimento. Muitas relações amorais ou imorais realizam-se à sombra da lei, crescendo e se desenvolvendo sem meios de obstá-las. Existe, porém, o desejo incoercível de que o Direito tutele só o "lícito moral", mas, por mais que os homens se esforcem nesse sentido, apesar de todas as providências cabíveis, sempre permanece um resíduo de imoral tutelado pelo Direito." (Lições Preliminares De Direito, pág. 43, 27ª edição, de acordo com o novo código civil)

Mas, chegando ao ponto específico, não vejo como a alegação da boa-fé objetiva destine melhor sorte à solução do caso, não só pelas razões já apontadas, mas principalmente do ponto de vista disciplinar, onde se exige culpa ou dolo, sem presunção.

Inobstante isso, retomo o meu raciocínio no sentido de que o controlador atingiria o mesmo resultado de um jeito ou de outro, isto é constando ou não a cláusula a respeito da conversibilidade do protocolo. Daí porque reitero a dificuldade que tenho quanto a presumir – se é que se pode presumir alguma coisa em processo disciplinar - alegação de uma conduta abusiva ou violadora da boa-fé quando dela não advém qualquer vantagem a este acionista controlador, pois teria o mesmo resultado direta ou indiretamente.

Enfim, como disse, a decisão, pela Deliberação CVM nº 457 é da área técnica, mas adianto que, pelas razões acima, não vejo que tenha havido equívoco ao decidir.

É como voto.

Rio de Janeiro, 18 de maio de 2004.

Luiz Antonio de Sampaio Campos

Diretor