

122.26263
C 137
2014

FÁBIO KONDER COMPARATO

Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP, Doutor *Honoris Causa*
da Universidade de Coimbra, Doutor em Direito da Universidade de Paris.

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Professor Titular de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,
Professor do Institut d'études politiques de Paris (Science Po).

O PODER DE CONTROLE NA SOCIEDADE ANÔNIMA

6ª Edição,
revista e atualizada



Rio de Janeiro

- ▣ A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei n. 8.078, de 11.09.1990).

- ▣ Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2014 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

forense@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- ▣ O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).
Quam vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- ▣ Capa: Danilo Oliveira

1ª edição – 1976

6ª edição – 2014

- ▣ CIP – Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C731p

Comparato, Fábio Konder.

O poder de controle na sociedade anônima / Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho.
– 6. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

Inclui Bibliografia

ISBN 978-85-309-4584-8

1. Sociedades anônimas. 2. Controle. I. Título.

SUMÁRIO

Abreviaturas e siglas usadas	XVII
Introdução – Poder econômico: a marcha da aceitação	1
a) A visão filosófica.....	3
a.1) Os filósofos unitários: Kant e Hegel.....	3
a.2) Filosofia moderna: cisão entre ética e realidade	4
a.3) Contraponto	5
b) A visão econômica	7
b.1) A marcha do pragmatismo.....	7
b.2) A síntese Schumpeteriana	11
b.3) Tendências críticas.....	13
c) A visão jurídica.....	15
c.1) Do racionalismo jurídico ao positivismo.....	16
c.2) Positivismo e poder econômico.....	17
d) Perspectivas	17

Parte I

ANÁLISE E DEFINIÇÕES

Capítulo I – A palavra e os sentidos	23
Nota de Texto 1	30
Nota de Texto 2	33
Nota de Texto 3	34
Nota de Texto 4	36
Nota de Texto 5	42

Capítulo II – O controle interno	43
Nota de Texto 6	45
Nota de Texto 7	47
Nota de Texto 8	51
Nota de Texto 9	57
Nota de Texto 10	63
Nota de Texto 11	65
Nota de Texto 12	69
Nota de Texto 13	74
Nota de Texto 14	74
Capítulo III – O controle externo	77
Nota de Texto 15	77
Nota de Texto 16	78
Nota de Texto 17	83
Nota de Texto 18	85
Capítulo IV – Qualificação jurídica do controle.....	89
Nota de Texto 19	91
Nota de Texto 20	93
Nota de Texto 21	96
Nota de Texto 22	103
Nota de Texto 23	110
Nota de Texto 24	115
Nota de Texto 25	117

Parte II

ORGANIZAÇÃO E TRANSFERÊNCIA DO PODER DE CONTROLE

Capítulo I – Organização do controle interno: Técnicas institucionais	123
Nota de Texto 26	123
A) A comunhão acionária.....	130
Nota de Texto 27	131
Nota de Texto 28	135
Nota de Texto 29	135
Nota de Texto 30	136

B) <i>O voting trust</i>	138
Nota de Texto 31	140
C) A sociedade <i>holding</i>	142
Nota de Texto 32	146
Capítulo II – Organização do controle interno: Técnicas estatutárias	149
Nota de Texto 33	149
A) Cláusulas restritivas da circulação das ações.....	151
Nota de Texto 34	153
Nota de Texto 35	155
Nota de Texto 36	156
B) Ações sem voto, com voto limitado, ou com voto plural. O fracionamento de ações	157
C) Voto censitário e dispensa de comparecimento em assembleias.....	161
D) Privilégios de eleição de administradores e fiscais.....	163
Nota de Texto 37	164
Capítulo III – Organização do controle interno: Técnicas contratuais	169
Nota de Texto 38	169
A) Dissociação entre a titularidade da ação e a legitimação do exercício do direito de voto	173
B) Negociações da companhia com ações do seu capital e participações sociais recíprocas	176
C) Reporte e negócio fiduciário.....	182
Nota de Texto 39	183
Nota de Texto 40	184
D) As convenções de voto	184
Nota de Texto 41	189
Nota de Texto 42	191
Nota de Texto 43	192
E) <i>A proxy machinery</i>	195
Capítulo IV – A oferta pública de aquisição de controle	203
Nota de Texto 44	203
Nota de Texto 45	206
Nota de Texto 46	209
Nota de Texto 47	210
Nota de Texto 48	211

Nota de Texto 49	220
Nota de Texto 50	223
Capítulo V – A cessão de controle acionário	225
Nota de Texto 51	226
A) Estrutura e qualificação do negócio	230
Nota de Texto 52	232
Nota de Texto 53	237
Nota de Texto 54	246
B) A regulação legal do negócio	248
a) Os interesses ligados à política econômica e social do Estado	248
Nota de Texto 55	250
b) O interesse das partes no negócio	252
Nota de Texto 56	254
Nota de Texto 57	256
c) A proteção dos acionistas não controladores	261
Nota de Texto 58	267
Nota de Texto 59	273

Parte III

PERSONALIDADE JURÍDICA E PODER DE CONTROLE

Capítulo I – Sentido e valor da pessoa jurídica	279
A) A revisão crítica do conceito de pessoa jurídica	279
Nota de Texto 60	280
a) A rejeição do conceito de pessoa na “teoria pura do direito”	282
Nota de Texto 61	286
a) A teoria da ficção e o contratualismo	286
b) A teoria realista e o institucionalismo	289
c) Conclusão	291
b) A pessoa jurídica como <i>regula juris</i> , segundo Ascarelli	291
c) A pessoa jurídica reduzida à categoria de mero <i>nomen juris</i>	294
B) Balanço e resultados. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica	297
Nota de Texto 62	298
Nota de Texto 63	300

C) A desconsideração da personalidade jurídica em razão do controle. Os grupos econômicos.....	306
Nota de Texto 64	307
Nota de Texto 65	309
Nota de Texto 66	314
Capítulo II – Deveres e responsabilidades do titular do controle	
<i>interna corporis. Desvio de poder e fraude à lei</i>	315
A) Os conceitos.....	315
Nota de Texto 67	318
Nota de Texto 68	319
Nota de Texto 69	323
Nota de Texto 70	324
a) Institucionalismo	324
b) Contratualismo	326
c) Conclusão – as perspectivas teóricas para as sociedades anônimas.....	328
Nota de Texto 71	332
B) As Manifestações e os Remédios.....	334
Nota de Texto 72	335
Nota de Texto 73	340
a) Na sociedade anônima isolada	341
Nota de Texto 74	343
Nota de Texto 75	346
b) No grupo econômico.....	350
Nota de Texto 76	353
Nota de Texto 77	357
a) Responsabilidade grupal subjetiva.....	359
b) Responsabilidade estrutural.....	362
c) Responsabilidade setorial	368
d) Efeitos das diversas teorias na organização interna dos grupos.....	369
e) Conclusão	371
Capítulo III – Confusão patrimonial entre titular do controle e sociedade controlada. A responsabilidade <i>externa corporis</i>	373
A) Na sociedade anônima isolada	375
Nota de Texto 78	376

Nota de Texto 79	379
a) A simulação na teoria dos negócios jurídicos	380
a.1) Características básicas.....	380
a.2) Distinção do negócio jurídico indireto.....	381
b) A simulação no campo societário	381
b.1) Casuística – constituição unipessoal indireta	381
b.2) Crítica à aplicação do raciocínio civilístico às sociedades.....	383
Nota de Texto 80	387
Nota de Texto 81	390
a) A teoria unitarista	390
b) A teoria dos centros de imputação	393
c) Resultados aplicativos: a casuística.....	396
c.1) Desconsideração atributiva	396
c.2) Desconsideração para fins de responsabilidade.....	397
Nota de Texto 82	399
Nota de Texto 83	403
a) A desconsideração na doutrina e na jurisprudência brasileira.....	403
b) O método da desconsideração.....	410
c) Análise econômico-jurídica da desconsideração.....	413
d) Responsabilidade limitada e livre mercado.....	414
e) Responsabilidade limitada em situação de concorrência imperfeita.....	415
f) Desconsideração como forma de redistribuição de riscos.....	418
g) Recepção legislativa das teorias no Brasil.....	419
h) Os limites da desconsideração	421
Nota de Texto 84	425
Nota de Texto 85	426
B) No grupo econômico	427
Nota de Texto 86	432
Capítulo IV – Poder de controle e nacionalidade	439
Nota de Texto 87	444
Nota de Texto 88	448
Capítulo V – Controle e abuso de poder econômico nos mercados	449
A) O problema da “neutralidade” do direito societário	449
B) Aplicações específicas	451

C) Escopos societários e escopos concorrenciais	455
D) “Influência dominante”	458
E) A “influência relevante do ponto de vista concorrencial”	463
F) O artigo 88 da Lei Brasileira e sua aplicação à concentração empresarial	467
G) Controle externo e disciplina das condutas	470
H) Conclusão.....	472
Epílogo – Poder e legitimidade	473
Nota de Texto 89	478
Bibliografia	481

Capítulo IV

QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DO CONTROLE

22. Uma das grandes conquistas da ciência jurídica contemporânea foi a de superar o ingênuo “essencialismo” das definições, entendidas como se referindo a “naturezas jurídicas” eternas e imutáveis. A verdade é que, desde o seu nascimento em Roma, quando os *prudentes* descobriram, maravilhados, a importância da dialética grega para a compreensão do mundo jurídico,¹ a ciência do direito sofre, de tempos em tempos, esse extraordinário fascínio da lógica formal, levando os seus cultores a procurar refugiar-se, asceticamente, no deserto das ideias puras, para poder construir, *more geometrico*, pirâmides de conceitos. A última fase desse neoplatonismo,² que remonta a Grócio e Leibniz, e atinge o seu paroxismo com a pandectística alemã do século XIX, parece ter-se encerrado com a reação de Jhering (no *Der Zweck im Recht*) e da *Interessenjurisprudenz* de Philip Heck. Nessa perspectiva histórica, Kelsen é mero epígono da fase anterior.

A “escola analítica” de Austin e dos ulteriores especialistas da linguagem jurídica exerceu a útil função de pôr a nu a vacuidade das antigas “definições essenciais” dos conceitos jurídicos, e de emprestar aos juristas maior cuidado no emprego dos termos e na interpretação das normas, em função da sua aplicação prática. Mas ela carece,

¹ Cf. a obra já clássica de F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford University Press, Londres.

² H. Coing (“Diritto e Pensiero Moderno”, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1958, p. 509) observa a esse respeito que o pensamento moderno, pela sua total desconfiança em relação a qualquer tipo de noção geral (os *universalia* da filosofia medieval), pode ser caracterizado como um “platonismo invertido”. Com efeito, enquanto Platão atribuía às “ideias”, das quais a realidade empírica seria uma simples sombra, o mais alto valor de “realidade”, o pensamento moderno só admite fatos concretos e observados empiricamente, assumindo uma atitude nitidamente nominalista. De nossa parte, não nos parece que essa atitude nominalista seja característica de todo o pensamento moderno, mas representa, sem dúvida, uma tendência atuante nos dias que correm, e que, reduzida às suas devidas proporções, pode exercer um útil papel de crítica do pensamento conceitual.

em nosso entender, da indispensável consideração do plano histórico e sociológico em que se desenvolve a vida do direito. O remédio específico contra o exagero abstracionista da *Begriffsjurisprudenz* consiste, justamente, na permanente correção das definições jurídicas, encaradas como meros conceitos operacionais,³ em função dos mutáveis conflitos de interesse e da transformação histórica dos valores sociais.⁴ A nova ciência jurídica não despreza, evidentemente, os conceitos e as definições, como instrumentos indispensáveis à aplicação do direito, mas considera tais instrumentos sempre perfectíveis e provisórios, em função da constante observação histórica da vida humana em sociedade.

Não existe, assim, um conceito “puro” e imutável de sociedade anônima, ou mesmo de sociedade mercantil, mas definições aproximativas, em cada época histórica. Da mesma forma, a permanente evolução da vida humana está sempre a gerar situações jurídicas não explicáveis, totalmente, com os antigos conceitos.

Constitui um truismo reconhecer que a sociedade ocidental, em primeiro lugar, e a humanidade inteira, em seguida, sofreram profundas transformações em seu modo de vida como resultado da chamada “revolução industrial”. É, porém, menos trivial reconhecer que os instrumentos jurídicos tradicionais, herdados de uma civilização predominantemente agrária, são quase todos ineptos a regular a nova ordem social, e que a ciência jurídica deve, doravante, abandonar a sua posição meramente interpretativa, para assumir uma autêntica função criadora, como verdadeira “engenharia social”.⁵

³ Os filósofos da cultura insistem, com razão, no caráter instrumental de todo conceito, “ferramentas por nós criadas e que devemos criar, constantemente, para a solução de determinados problemas. Os conceitos não se referem, como as percepções sensíveis, a fatos concretamente dados, a uma situação presente e concreta, mas movem-se, ao contrário, no círculo do possível e tratam, de certo modo, de demarcar o campo das possibilidades” (E. Cassirer, *Las Ciencias de la Cultura*, 2ª ed., México-Buenos Aires, 1965, p. 44). Ora, esse caráter instrumental de todo conceito é muito mais saliente no campo do direito, que é uma ciência de *praxis* e que, portanto, só existe em função da “arte jurídica”.

⁴ Como escreveu vigorosamente T. Ascarelli, “*lo sviluppo di un diritto in via interpretativa (quale pure sempre avvenuto e quale avviene sotto i nostri occhi) non si riduce a una specie de commedia degli errori, a una serie di errate interpretazioni filologiche del testo interpretato o errate deduzioni logiche da questo, ma è un processo storico di sviluppo nel quale si fanno valere tradizioni e speranze, convinzioni economiche ed esperienze sociali, ma che non si riduce a un dispiegamento di quanto già virtualmente implicito nel dato interpretato, invece ponendo, attraverso l'ordinamento e il riordinamento delle norme e la ricostruzione della realtà, nuove premesse*” (*Saggi di Diritto Commerciale*, cit., p. 183).

⁵ “*Il nostro problema di giuristi, disse T. Ascarelli, non è solo quello, della distinzione tra lecito o illecito, ma anche quello della fantasia; quello della creazione di strumenti, vorrei dire di macchine giuridiche, che possano conseguire determinate finalità, che abbiano freno e motore, che camminino, ma non vadano a finire nei fossi, che cioè contemperino esigenze diverse. I problemi sollevati da una economia industrializzata (o dal desiderio*

23. Ora, o conceito e a qualificação jurídica do controle dizem respeito, eminentemente, a essa nova realidade social oriunda da revolução industrial. Não que seja impossível descobrir-lhe antecedentes em outras épocas históricas. Mas foi, indubitavelmente, a transformação da civilização industrial que tornou patente a inadaptação dos conceitos tradicionais para a explicação do fenômeno e a sua disciplina jurídica.

Observou-se, assim, que a grande sociedade por ações – anônima ou em comandita – ao contrário das primitivas sociedades comerciais, constituía-se quase sempre com duas espécies de participantes: um conjunto de investidores capitalistas, e um punhado de empresários, representando o núcleo de poder. Percebeu-se mais que, enquanto o investimento acionário sofria uma tendência centrífuga, no sentido da sua dispersão e mesmo da extrema pulverização, o núcleo de poder era, ao contrário, trabalhado por incoercíveis forças centripetas, de reforço às suas prerrogativas de fato.

Nota de Texto 19 É preciso reconhecer que, desde o início dos anos 1980 e com particular força no Brasil, o investimento acionário por parte de acionistas não majoritários vem também sofrendo tendência inversa, centrípeta. Na verdade, trata-se de um processo natural de criação de contratendência à enorme concentração de poder do controlador promovida pela política econômica e jurídica vigente no Brasil desde 1976. O evidente estímulo ao poder do controlador promovido pela lei societária de 1976 criou um compreensível temor em investidores-poupadores de atribuir seus valores às mãos de “administrador” juridicamente tão poderoso. O sistema só sobrevive nos primeiros anos em razão do grande impulso desenvolvimentista vivido pelo Brasil nessa época, que criava um grande excedente de poupança interna. A partir das crises do final dos anos 70 e anos 80 a poupança popular refluí do mercado de capitais. Nos anos 90 esse processo se acentua ainda mais, aí já com mais graves efeitos sobre o mercado de capitais. O processo de abertura e globalização vivido a partir dessa época levou a uma verdadeira desnacionalização de nosso mercado de capitais, com fechamentos sucessivos de companhias abertas brasileiras seguidas de aumento de capital de suas controladoras estrangeiras. O resultado foi uma ulterior redução de liquidez do mercado e maior desestímulo ainda ao investimento da poupança popular no mercado. O resultado é hoje uma enorme concentração entre os acionistas minoritários, institucionais em sua maioria (fundos de

dell'industrializzazione) – como é eminentemente o caso do nosso país – *rivelano sotto questo aspetto la loro novità rispetto alla problematica tradizionale*” (*Problemi Giuridici*, II, cit., p. 702).

investimento, pensão etc.) ou estratégicos (acionistas com algum interesse específico naquela área).

Essa situação é à evidência bastante prejudicial ao mercado de capitais, afetando a liquidez e conseqüentemente a possibilidade de captação de recursos pelas empresas via mercado de capitais. A conseqüência macroeconômica direta é então a diminuição do investimento, com os naturais reflexos sobre o desenvolvimento econômico.

O único aspecto positivo dessa situação altamente negativa para a poupança e investimento internos é um possível maior contrabalanceamento do poder do controlador. Há maior capacidade de pressão dos acionistas minoritários no sentido de mudanças estruturais e organizativas. Fala-se inclusive em maior ativismo dos minoritários, sobretudo institucionais, como instrumento de mudança das práticas e da ética corporativa. Há nova e interessante literatura a esse respeito.⁶ No entanto, essa tendência não terá força de sustentação caso não se desenvolvam institutos jurídicos societários capazes de permitir um efetivo (e não meramente teórico) contrabalanceamento do excessivo poder do controlador. Sem eles é de se vislumbrar um refluxo até mesmo dos minoritários institucionais – sobre esses institutos v. *infra*.
Nota de Texto 26.

Verificou-se, ainda, que o investimento capitalístico em ações, além dessa tendência à dispersão, apresentava-se sempre mais despersonalizado, primeiro com a criação das ações ao portador, depois com o surgimento dos chamados investidores institucionais – fundos ou sociedades de investimento, fundos previdenciários, companhias de seguros – afastando, decididamente, a massa de acionistas da vida

⁶ Cf. T. Baums, “German Government Panel on Corporate Governance”, *SSRN – Social Science Research Network Electronic Library*, jul. 2001; B. Black, “Agents watching Agents: the Promise of Institutional Investor Voice”, *UCLA Law Review* 39 (1992), pp. 811-893; J. C. Coffee Jr., “Liquidity Versus Control: The Institutional Investor as Corporate Monitor”, *Columbia Law Review* 1277 (1991); C. J. Cordenonssi e G. C. E. Índio, “The Role of Institutional Investors in Corporate Governance and their Performance as Stock Portfolio Managers in Brazil”, *SSRN – Social Science Research Network Electronic Library, working paper series*, 2001; K. Eppler, P. A. Kemnitzer, R. Proskauer, “Corporate Governance Activities of Institutional Investors and Other Activists”, *Practising Law Institute*, PLI-Corp 11 (2001); R. Romano, “Less is More: Making Institutional Investor Activism a Valuable Mechanism of Corporate Governance”, *Yale Journal of Regulation* 18 (2001), pp. 174-251; M. P. Smith, “Shareholder Activism by Institutional Investors: Evidence from CalPERS”, *The Journal of Finance*, volume 51, issue 1, 1996.

empresarial; ao passo que o poder de controle manifestava-se, desde logo, personalizado, e facilmente identificável, com os novos “barões” da indústria e das finanças.⁷

Nota de Texto 20 Não há dúvida que estruturas de controle diluído são preferíveis, pois contribuem para a democracia acionária e, em última instância, social. Além disso, como recentes estudos têm demonstrado, existe uma relação inversa entre grande concentração e valor de mercado da companhia,⁸ o que demonstra que também para a capitalização das empresas e o desenvolvimento do mercado de capitais a diluição acionária é fundamental.

Ocorre que, como importantes estudos acadêmicos têm demonstrado, não é sempre possível obter tal diluição. Economias de diversos países têm condicionantes estruturais e regulatórias que muitas vezes impedem esse tipo de estrutura acionária de aparecer ou sobreviver.⁹ Um dos pontos mais importantes da análise e de particular atualidade para o sistema brasileiro é aquele em que se demonstra que a dificuldade de mudança das regras decorre basicamente do forte poder de pressão e *lobby* exatamente dos grupos mais favorecidos pela legislação societária (controladores em caso de economias concentradas ou administradores no caso oposto) que adquirem enorme poder econômico e capacidade de pressão. Exemplo disso está na renitência de certas estruturas jurídicas a se acomodar à diluição acionária. Isso foi o que ocorreu, por exemplo, em países como a Polônia e Tchecoslováquia, que optaram por programas de privatização que incluíam a diluição acionária obrigatória (tentativas, de resto, muito meritórias em sua concepção) e

⁷ É preciso reconhecer, no entanto, que essa personalização do poder empresarial aparece hoje bem atenuada, na macroempresa, pelas exigências do “trabalho em equipe”, em razão da complexidade tecnológica crescente. Há quem sustente que a atual sociedade industrial já deu origem a uma “tecnopestrutura, anônima” (cf. J. K. Galbraith, *O Novo Estado Industrial*, cit., especialmente no cap. VI).

⁸ Cf. o estudo feito entre 1.301 companhias abertas de países asiáticos em desenvolvimento – S. Claessens, S. Djankov, J. Fan, L. Lang, “Disentangling the incentive and entrenchment effects of large shareholdings” in *The Journal of Finance*, vol. LVII, nº 6 (dezembro 2002), pp. 2741 e ss. No Brasil foi feito estudo utilizando a mesma metodologia do citado artigo que chegou à mesma relação inversa entre valor de mercado e grau de concentração – A. P. Lanzana, A. Silveira, “É bom ter controlador?” in *Revista Capital Aberto*, nº 5 (janeiro 2004), p. 43.

⁹ A referência aqui é ao artigo de L. Bebchuk e M. Roe, “A theory of path dependence in corporate ownership and governance”, in *Stanford Law Review* 52 (1999), pp. 127 e ss., em que o autor defende a tese de que existiriam condicionantes estruturais e regulamentares a impedir os países de transformar suas estruturas societárias.

que testemunharam, pouco tempo após as privatizações, processos de concentração acionária intensos. Processos que acabaram sendo mais lesivos que simplesmente a privatização de blocos, pois tais países não contavam com regras coerentes sobre escaladas acionárias.¹⁰ O resultado acabou sendo a aquisição em Bolsa do controle das empresas privatizadas pouco tempo após a privatização através de escalada societária sem que seu sobrevalor fosse pago a ninguém (o que não ocorre nas privatizações por bloco, onde, menor dos males, ao menos o sobrepreço é pago ao Estado).

Ora, exatamente esses condicionantes estruturais mencionados acima são marcas do desenvolvimento econômico brasileiro dentro e fora das sociedades anônimas. Como salientado pelos estruturalistas cepalinos em sua análise da história econômica financeira, a economia brasileira se estrutura em torno do poder econômico desde a colônia.¹¹

Essas constatações não significam de modo algum que se deva adotar uma postura fatalista, reconhecendo a incapacidade do direito para resolver a questão. Ao contrário, propugna-se por um papel ativo do direito na conformação das relações sociais.

O que se quer afirmar é que nessa matéria, mais do que nunca, é preciso refletir sobre a distinção forma – função. É inútil ao direito tentar modificar à força a forma das relações de controle.¹² É possível, no entanto, introduzir regras que desempenhem função equivalente à do controle diluído. Essa função, como visto acima, é basicamente de controle e limite da atuação dos controladores e/ou administradores. Tanto quanto o controle por um acionariado diluído, isso pode ser feito, em certas circunstâncias, por ativa participação de acionistas institucionais. Assim é que por muitos anos se acreditou que a participação dos bancos como acionistas das grandes empresas, na concentradíssima economia alemã, servia a esse dever de fiscalização. Ocorre que os bancos não se diferenciam de acionistas majoritários enquanto grandes controladores. Daí a ocorrência de casos frequentes de conflito de interesse, que contribuíram e contribuem para se duvidar dessa forma de fiscalização. Se é assim, é preciso substituir a representação indireta

¹⁰ Cf. J. Coffee, "Privatization and corporate governance: the lessons from securities market failure", in *Journal of Corporation Law* 25 (1999), p. 37.

¹¹ Cf. C. Furtado, *Formação econômica do Brasil*, cit., pp. 13 e ss.

¹² Cf. a respeito da distinção forma-função no direito societário e suas aplicações o excelente trabalho de R. Gilson, "Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function", in *American Journal of Comparative Law* 49 (2001), p. 338.

por grandes investidores institucionais pela representação direta e interna dos vários interesses atingidos pela sociedade. Só sua presença e atuação efetiva é capaz de controlar a administração por dela serem independentes (exatamente como o acionariado diluído, mas diferentemente dos controladores). Esse é o tema genérico dos limites estruturais ao poder do controlador, de fundamental importância em sistemas concentrados como o brasileiro, que será objeto de menção a seguir (cf. Nota de Texto 26).

Diante dessa nova ordem das coisas, tornaram-se vãs todas as tentativas de explicação e de disciplina jurídicas por meio dos institutos tradicionais. A “incorporação” da nova sociedade desde os primórdios, como pessoa jurídica, permitiu que se afirmasse a sua qualidade de comerciante, ou, mais hodiernamente, de empresário. Mas os espíritos críticos mais lúcidos nunca se conformaram com essa assimilação total da pessoa moral à pessoa natural, num antropomorfismo ingênuo. No caso das demais sociedades mercantis, dada a sua homogeneidade interna, ainda era possível falar em “comerciantes coletivos”. Mas o abuso de semântica se revelava patente quando se procurava enxergar na macrocompanhia de capital aberto um organismo unitário, em que o acionista especulador comungasse no mesmo interesse final com o grande investidor institucional ou o detentor do poder de controle, interno ou externo. A flagrante heterogeneidade dos elementos componentes dessa “pessoa” incitava, há muito, juristas e tribunais a maior circunspeção em suas conclusões.

De qualquer forma, pelo menos um dos elementos do problema parecia resolvido com base na dogmática clássica.

O acionista podia ser considerado, senão um proprietário dos bens sociais – que se declaram pertencentes à pessoa jurídica – pelo menos um proprietário de ações, de valores mobiliários, inconfundíveis com o ativo social.

Persistia, no entanto, a dificuldade de qualificação desse poder de controle empresarial, que se logrou afinal distinguir, ao cabo de árduas reflexões, quer da mera participação acionária, quer do poder de direção social.¹³ Os diretores de uma anônima, os juristas sabem o que são, ou pelo menos pretendem sabê-lo: mandatários, segundo a antiga doutrina, órgãos sociais para a nova teoria. Mas, e o controle? Como caracterizar esse poder soberano, que pode corresponder a uma participação minoritária no capital social, ou mesmo se exercer de fora da sociedade?

24. A primeira tentação é a de reconduzir o problema aos esquemas clássicos, e reafirmar a concepção da pessoa jurídica como comerciante ou empresário. Berle e Means, por exemplo, a propósito da disciplina das cessões negociais de controle, avançaram a tese de que o controle nada mais seria do que um bem social ou empre-

¹³ Cf. *supra* n° 6.

sarial, cujo valor pertenceria, por conseguinte, à própria companhia, e não aos seus acionistas, individualmente considerados.¹⁴ Já para o Prof. Rubens Requião, o controle deve ser considerado um bem imaterial ou incorpóreo, análogo ao aviamento da empresa, “apropriável, por ocupação, pelo acionista ou pelo grupo que conseguir reunir a disposição do maior número de títulos”.¹⁵

Nota de Texto 21 A teoria de Berle e Means traz consigo um aspecto que não pode ser desconsiderado. Trata-se do fato de que por vezes o controle e sua alienação se identificam à própria organização empresarial.

Isso nem sempre ocorre. Muitas vezes o objeto (organização) claramente se separa do poder-dever sobre ele exercido (controle). Isso não significa, por outro lado, que, organização e controle nunca se identifiquem. Quando isso ocorre, a disciplina da alienação do controle muda sua abrangência.

Na verdade, essa identificação objeto-poder-dever sobre o objeto só ocorrerá quando o exercício do poder se destina, já de início, à modificação substancial do objeto. Poder e objeto identificam-se quando o primeiro se exerce no sentido da transformação substancial do último.

Um exemplo pode ajudar a esclarecer a hipótese aventada. Trata-se de decisão relativamente recente do STJ, ainda na vigência da regra original da lei acionária de 1976 sobre extensão da oferta pública aos acionistas minoritários.¹⁶ Tratava-se de aquisição de controle de instituição financeira, aquisição esta destinada à posterior incorporação. Decidiu-se, contrariamente à orientação administrativa e jurisprudencial vigentes, que o valor do sobrepreço pago aos controladores e aos minoritários detentores de ações ordinárias deveria também ter sido pago aos detentores de ações preferenciais. Duas são, portanto, as peculiaridades do caso. Em primeiro lugar, o fato de se tratar de hipótese em que misturado e talvez incidível do valor do controle, encontrava-se o valor objetivo e mensurável da carta patente. Em segundo lugar, o fato de, no momento da aquisição, já se saber que ela seria seguida de uma incorporação.

¹⁴ A. A. Berle Jr. e G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Nova Iorque, Ed. Revista, 1967, pp. 216/217. Discutiremos essa teoria do controle como *corporate asset*, nos negócios de cessão, mais adiante, n° 93.

¹⁵ Conferência pronunciada na sede da Associação dos Bancos no Estado de São Paulo, em 29.11.1974, publicada na *RDM*, nova série, 1974, n°s 15-16, p. 23.

¹⁶ REsp. n° 34.834-5-PR, 3a Turma, Rel. Min. Waldemar Zweiter, j em 14.09.1993 – v. transcrição e comentário do acórdão em *RDM* 95, julho-setembro 1994, p. 91.

A decisão em análise é importantíssima e talvez pioneira tratando-se de jurisprudência brasileira no reconhecimento da diferença entre cessão de controle e cessão da organização empresarial. Essa diferença, identificada em doutrina já há algum tempo, passou então a ter reconhecimento jurisprudencial.¹⁷

O acórdão sustenta que há cessão da empresa no caso de alienação seguida de incorporação. Afirmar que “tudo se passa como se a sociedade incorporadora houvesse adquirido a totalidade do acervo empresarial da incorporada, pagando a essa o preço dessa aquisição”.

Nesse caso, admite o acórdão, ainda citando a doutrina, “ser antijurídico que esse preço total da aquisição da empresa (não o preço de aquisição do controle, simplesmente) seja distribuído aos acionistas da incorporada desproporcionalmente à sua participação no acervo empresarial”.

É necessário indagar, no entanto, se apenas no caso de transferência do acervo empresarial, com desaparecimento da personalidade jurídica, esse tipo de prejuízo pode ocorrer. O simples dado formal, relativo à permanência ou não da personalidade jurídica, não pode ser considerado relevante, como de resto demonstram as tendências atuais de relativização do conceito de personalidade jurídica. Na doutrina italiana chega-se a considerar a discussão a respeito da personalidade jurídica encerrada para os comercialistas já a partir da metade dos anos 1960, com a publicação dos trabalhos de F. Galgano e F. D’Alessandro,¹⁸ não podendo mais a personalidade jurídica representar “*una premessa per il discorso operativo del giurista*”.¹⁹

¹⁷ A expressão “cessão da organização empresarial” foi introduzida por F. K. Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 250, que a utiliza indiferenciadamente da expressão “cessão da empresa” e sempre no sentido de alienação seguida de incorporação. Como se tentará demonstrar, cessão da organização empresarial pode ocorrer em maior número de casos e não exclusivamente naqueles em que há desaparecimento posterior da personalidade jurídica.

¹⁸ F. Galgano, “Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica”, in *Rivista di diritto civile*, vol. 1, 1965, e F. D’Alessandro, “Persone giuridiche e analisi del linguaggio”, in *Studi Ascarelli*, Milano, 1963, p. 92.

¹⁹ V. C. Angelici, “Recenti decisioni in tema di interesse sociale e personalità giuridica”, in *Giurisprudenza commerciale*, 1977, 1, p. 948. Na Alemanha o mesmo ocorreu já nos anos 50, com a publicação do clássico trabalho de W. Müller-Freienfels, “Zur Lehre vom sogenannten ‘Durchgriff’ bei juristischen Personen im Privatrecht”, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1957, p. 522; no Brasil essa tendência crítica é representada principalmente por J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise da pessoa jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1979.

Inserir a sociedade em uma outra estrutura empresarial, ainda que com manutenção da personalidade jurídica, faz supor uma possível alteração da perspectiva de lucro do acionista. Quando essa inserção é acompanhada de uma mudança do direcionamento empresarial, essa perspectiva é ainda mais presente. Não é possível alterar a organização empresarial à qual aderiram em função de determinada expectativa de lucro terceiros acionistas sem atingir gravemente seus interesses. Nesse sentido, eles são titulares não apenas do acervo empresarial, mas também da organização empresarial, tanto quanto os controladores, devendo receber o correspondente pelo seu valor quando da alienação de controle.

Mas em que casos se pode dizer que ocorre uma cessão da organização empresarial? Para que isso ocorra é necessário que seja possível identificar, por parte do cessionário, a intenção de alterar substancialmente o direcionamento empresarial, de modo a alterar ou deslocar o centro de coordenação da influência recíproca entre os atos societários. É a essa coordenação que dá-se o nome de organização na teoria societária.²⁰

Existem hipóteses bastante claras de cessão de organização empresarial como um todo em caso de alienação de controle. Três exemplos são particularmente elucidativos.

Em primeiro lugar, a aquisição de controle seguida de incorporação. Nesse ponto há certa melhoria – ainda insuficiente – na nova lei ao eliminar as dúvidas criadas pela redação original da Lei nº 6.404/76 e deixar claro que o acionista controlador terá sempre o direito de receber o reembolso de suas ações pelo patrimônio líquido avaliado a preços de mercado ou segundo os critérios do art. 45, à escolha do minoritário²¹ (v. a nova redação dada ao art. 264 pela Lei nº 10.303/01, que passou a chamar-se art. 264-A). Na

²⁰ V. P. Ferro Luzzi, *I contratti associativi*, Milão, Giuffrè, 1976, p. 179.

²¹ O problema persiste, no entanto, no art. 45 da Lei nº 6.404/76, que ao dispor sobre o valor de reembolso, não se define claramente pelo valor econômico, cujo conceito tampouco é explícito. Ao contrário, o § 1º parece indicar no sentido de adoção do valor patrimonial como critério básico e do valor econômico como critério mínimo de proteção. É de se esperar que interpretação doutrinária, jurisprudencial ou autêntica estenda a importância do valor econômico sob pena de se criarem incoerências do ponto de vista lógico. Um bom exemplo é exatamente a hipótese do art. 264. Não interpretar o previsto no art. 45 como garantia de pagamento ao menos do valor econômico, significaria reduzir a escolha do minoritário à forma de apuração do valor patrimonial, a preços de mercado ou a partir do balanço patrimonial – ou seja, optar por formas exclusivamente estáticas de apuração do valor da companhia, contrariando toda a lógica, dinâmica, da atividade empresarial que se deve supor captada por uma legislação societária coerente.

vigência da lei anterior isso nem sempre ocorria nas companhias abertas, pois a avaliação a preços de mercado a partir do valor de Bolsa, prevista no antigo art. 264, § 3º, “a”, frequentemente era inferior ao atribuído à companhia quando da aquisição do controle (exatamente em função do deságio atribuído às ações não componentes do bloco controlador). Isso ocorria sobretudo se a incorporação era deliberada algum tempo após a aquisição, já que a lei previa a apuração dos preços de mercado nos últimos 30 dias antes da incorporação. Com a nova redação o sobrepreço pago ao controlador deve ser necessariamente incluído no valor de reembolso, ao menos se esse for identificado ao valor econômico. Evidentemente, se sobrevalor foi atribuído à companhia pelo novo controlador, isso significa que essa é a rentabilidade da companhia; a melhor aproximação existente de seu valor econômico. Ora, admitir essa interpretação nada mais é do que reconhecer que o valor do controle pertence à companhia, já que deve ser dividido, via direito de recesso, com todos os acionistas. Se não deve ser pago a ela, como defendido no clássico ensaio de Berle e Means,²² ao menos deve ser repartido entre todos os acionistas.

A segunda hipótese é a de aquisição de controle com posterior constituição de grupo de direito. Como é sabido, a regulamentação brasileira dos grupos de direito permite a subordinação expressa dos interesses da sociedade e também a distribuição desigual de resultados e prejuízos (v. art. 276 da Lei nº 6.404/76). Ora, é evidente então a cessão da organização, passando o feixe de interesses e contratos a ser centrado na sociedade controladora e não mais na controlada. Nesse caso, não há como não reconhecer aos minoritários sem direito a voto, no momento da alienação de controle, sua parte no sobrepreço oferecido aos controladores. Por outro lado, também não há o apoio interpretativo oferecido pelo art. 264 para a extensão do direito de recesso. Assim, a proteção via extensão da oferta pública é de rigor. Além dessas hipóteses, seria de se cogitar de existência de cessão da organização naqueles casos de grupos de fato em que há a clara formação de um novo e único centro de interesses. Isso é bastante comum naqueles casos de aquisição de controle de concorrentes. Aí a subordinação de interesses é a regra. Como, no entanto, não existem elementos estruturais e legais claros a demonstrar a existência de cessão da organização (como o desaparecimento da personalidade jurídica

²² A. A. Berle Jr. e G. Means, *The modern corporation and private property*, Transaction Publishers, New Brunswick, Londres, pp. 216-217.

no caso da incorporação e do desaparecimento da independência de decisões no caso de grupos de direito), não parece possível presumir a existência de cessão de organização. Os minoritários ficam, portanto, adstritos à proteção imperfeita e incompleta da regra de conflito de interesses da lei societária.

Finalmente, terceiro, último e clássico exemplo é o da aquisição do controle visando à eliminação de organização empresarial (dissolução da sociedade). Essa hipótese não é remota, especialmente em se tratando de aquisição de concorrente. Verificado o evento (dissolução) e estabelecida sua ligação funcional com a alienação de controle, não parece haver dúvida da existência da cessão de organização empresarial.

Em conclusão, pode-se afirmar que a limitação do sobrepreço pago pelo controle aos acionistas controladores – e minoritários com direito a voto (parcialmente) – justifica-se apenas quando esta é direta contraprestação do direito de voto. Ou seja, quando o comprador está pagando a mais meramente pelo interesse de empregar capitais sob gestão alheia (no sentido de gestão empresarial e não meramente administrativa). Nesse caso o sobrepreço é pura contraprestação do voto.

Ora, isso ocorre, exatamente, naqueles casos em que ao novo controlador não interessa dispor ou redirecionar a organização societária, mas sim mantê-la funcionando e operante, maximizando tanto quanto possível os lucros. Interessante é notar que nesses casos, normalmente, as avaliações realizadas para venda do controle não se fazem levando em conta diretamente o valor do patrimônio líquido somado aos valores imateriais, mas sim a perspectiva de rentabilidade da empresa, já que o interesse do adquirente não é dispor da organização, mas sim obter o lucro que esta pode gerar. Não há, portanto, valores imateriais que sejam sonegados aos acionistas minoritários. Não há, conseqüentemente, qualquer prejuízo.

Ao contrário, quando a intenção for de redirecionar radicalmente, subordinar ou extinguir a organização societária, há identificação objeto-poder (dever). Alienar o controle é alienar bem da empresa (organização), que deve ser dividido entre todos os acionistas.

Não nos parece que o problema esteja resolvido com a redução do controle à categoria dos bens jurídicos, ou objetos de direito. A comparação com o aviamento não é elucidativa pois, quando nele se fala, tem-se em mente uma particular organização de bens instrumentais para o exercício da atividade empresarial: a aptidão desses bens a produzir lucros. Mas o controle não é um bem da empresa e, sim, um poder sobre ela.

Do seu exercício pode decorrer que a empresa tenha bom ou mau aviamento, mas o controle não se confunde com esse efeito. Há aí uma certa reificação do direito subjetivo, que mergulha suas raízes na ciência jurídica dos romanos e, mais recentemente, na *common law*. Os romanos não distinguiram, nitidamente, os direitos de seus objetos, os *jura dos corpora; res corporales* é expressão que, nas fontes, designa tanto as coisas em si mesmas, quanto o direito que sobre elas se exerce.²³ Da mesma forma, a noção de *property*, na *common law*, é sinônimo de bens e não de direito de propriedade.²⁴ Aliás, resquícios dessa concepção ainda persistem na linguagem popular e em nossos Códigos, mesmo após séculos de distinção escolástica. Não dizemos comumente, designando um prédio, que ele é a nossa “propriedade”? O Código Civil não considera bens imóveis os direitos que sobre eles se exercem (art. 80, I)?

25. Há, ainda, quem distinga o controle sobre a sociedade do controle sobre a empresa.²⁵ O primeiro se resolveria na designação dos administradores sociais, aos quais competiria o segundo. Os acionistas seriam assim, *ex vi legis*, excluídos do controle empresarial, “sinônimo de poder de gestão e de direção”.

Essa opinião, a nosso ver, confunde, lamentavelmente, o poder de controle com o exercício das prerrogativas diretoriais na companhia, como se estas últimas fossem realmente soberanas, isto é, não dependentes, legalmente, de nenhum outro poder, notadamente da assembleia-geral. Desde o início deste estudo, tivemos o cuidado de estabelecer a distinção dos três níveis nos quais se estabelece a estrutura de poder na sociedade anônima: o da participação acionária, o da direção e o do controle.²⁶ Pelo que pudemos verificar nos dois capítulos imediatamente anteriores, o controle pode corresponder a uma participação totalitária, majoritária ou minoritária no capital social, e pode mesmo não corresponder à participação acionária nenhuma, como no caso do controle externo. O órgão diretorial também pode assumir o controle, nas macrocompanhias de capital extremamente disperso, como sustentaram Berle e Means pela primeira vez. O que não se pode é pretender que os administradores sociais, pelo fato de exercerem legalmente um poder de gestão empresarial, tenham sempre o controle.

Ademais, a opinião que ora combatemos dá a impressão de conceber a empresa como desligada da sociedade. Sem dúvida, trata-se de duas entidades distintas, e o interesse social nem sempre se identifica, completamente, com o interesse empresarial. É bem verdade que “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e o interesse da companhia, satisfeitas as exigências

²³ Cf. R. Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, cit., pp. 408/409; Correia e Sciascia, *Manual de Direito Romano*, 2ª ed., vol. I, § 68.

²⁴ Cf. R. David, *Le Droit Anglais*, pp. 100 e ss.

²⁵ Cf. G. Rossi, *Persona Giuridica, Proprietà e Rischio d'Impresa*, Milão, Giuffrè, 1967, pp. 115 e ss.

²⁶ Cf. *supra* n° 6.

do bem público e no interesse da função social da empresa” (Lei nº 6.404/76, art. 154). Mas o fato incontestável é que, em nosso direito, como no direito italiano e ocidental de modo geral, a empresa é sempre subordinada à sociedade, e a sua exploração constitui, propriamente, o objeto social (Lei nº 6.404/76, art. 2º); ela pode desaparecer ou ser transferida, sem que a sociedade desapareça ou mude de controle.

Assim, controle sobre a sociedade e controle sobre a empresa não se dissociam, mas representam um só e mesmo poder.

26. Mas como defini-lo?

Trata-se, respondem alguns, de um poder sobre bens alheios.

Para que surja a noção de controle, escreveu Claude Champaud,²⁷ é mister, antes de mais nada, que exista um patrimônio cujo titular se encontre na impossibilidade de gerir os bens de que é proprietário. Qualquer que seja a concepção que se tenha da pessoa jurídica, força é reconhecer que os seus bens são subtraídos à propriedade individual das pessoas físicas, que deles usam e percebem os frutos. Assim, se a existência de um patrimônio coletivo não acarreta, obrigatoriamente, o aparecimento do controle, ela cria, no entanto, uma situação que facilita o seu estabelecimento: a dissociação entre a propriedade e a administração dos bens.

A segunda condição de existência do controle, prossegue Champaud,²⁸ é a necessidade de delegação dos poderes de administração patrimonial, nas pessoas jurídicas. Se nem todos podem administrar ao mesmo tempo, cria-se uma concentração de poder na pessoa de alguns sobre os bens sociais, que não é ainda o controle, mas que lhe vai permitir revelar-se e estabelecer-se.

A alteração desse “mandato” de administração dos bens coletivos constitui a terceira condição de surgimento do controle.²⁹ Como a “vontade social” é expressa pela maioria, a esta se atribuem, ao mesmo tempo, as prerrogativas de mandante e de mandatário, prerrogativas essas que confinam com a propriedade, sobre bens de que ela não se pode apoderar sem cometer um delito.

Trata-se, portanto, de uma noção concorrente da propriedade e que só pode ser definida em função desta.³⁰

Será equivalente à posse? Frequentemente, o controle é apresentado como um poder de fato e, aparentemente, o controlador é aquele que exerce de fato os poderes inerentes ao domínio. Mas essa visão das coisas é falsa. Champaud alude ao pressuposto do *animus domini* ou *animus rem sibi habendi*, da teoria de Savigny, para sublinhar que o controlador não manifesta nem pode fazê-lo, sob pena de cometer um crime,

²⁷ C. Champaud, *Le Pouvoir de Concentration*, cit., nº 177.

²⁸ *Ibidem*, nº 178.

²⁹ *Ibidem*, nº 179.

³⁰ *Ibidem*, nº 180.

a intenção de apropriar-se dos bens sociais.³¹ Tampouco se pode inferir a situação de posse, objetivamente, sem se indagar o ânimo ou a intenção do controlador; pela mesma razão de que a posse faz sempre presumir a propriedade, ou leva a adquiri-la, resultado que é, terminantemente, vedado ao controlador.³²

Nota de Texto 22 Nota-se que o que o texto nega é a possibilidade de caracterizar posse dos bens da sociedade pelo controlador. Isso não significa que o poder de controle em si, enquanto direito (na verdade, como se verá, poder-dever) não possa ser objeto de posse. A posse de um direito é particularmente adaptável à realidade societária. Atividades, diferentemente de atos, são geralmente repletos de direitos cujo exercício mais do que a titularidade jurídica tem de ser protegida. E na teoria clássica da posse é exatamente a proteção do exercício de direitos que dá ensejo à posse de direitos – ou seja, não se trata de mera situação de fato, mas de direito cujo exercício deve ser protegido.³³ A situação se amolda à perfeição, por exemplo, ao poder de controle exercido pelos acionistas minoritários no absenteísmo do majoritário – v. *supra* Nota de Texto 9. Essa visão coaduna-se com outro modelo descritivo, que vê no controle uma posição jurídica.³⁴ A questão que se põe então é exatamente a possibilidade de identificar no controle posição jurídica oriunda não só de relações jurídicas, mas também de relações contratuais de fato. Ora, como sabido, as relações contratuais de fato, a exemplo da posse (de direitos) exigem exteriorização (na última de um direito, nas primeiras de uma declaração de vontade) cuja existência é possível presumir (a partir da exteriorização).³⁵ São, portanto, tanto quanto as relações jurídicas, fontes de direito. Assim é possível admitir o surgimento de uma posição jurídica a partir de uma relação contratual de fato.

³¹ *Ibidem*, nº 180.

³² *Ibidem*, nº 181.

³³ Cf. R. von Jhering, *Teoria simplificada da posse*, São Paulo, José Buchatsky, 1976, p. 121.

³⁴ Na explicação clássica de K. Larenz, posição jurídica é oriunda de uma relação jurídica e constituída pelo conjunto de consequências jurídicas, isto é, direitos subjetivos, expectativas de direito, deveres e outras vinculações, obrigações e competências que se originam de uma relação jurídica para cada um dos seus participantes (“*Die Gesamtheit der Rechtsfolgen, nämlich der subjektiven Rechte, Erwerbsaussichten, Pflichten, sonstigen Gebundenheiten, Obliegenheiten und Zuständigkeiten, die sich aus dem Rechtsverhältnis für einen der an ihm Beteiligten ergeben, machen seine Rechtsstellung in diesem Rechtsverhältnis aus*” – K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7a ed., Munique, Beck, 1989, p. 207, § 12, III).

³⁵ Cf. nesse sentido K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, cit., p. 333, onde afirma que deve ser reconhecida a declaração negocial com efeitos jurídicos.

Desse modo, a ideia de relação contratual de fato, ajuda, e muito, a descrever as hipóteses em que não há controle majoritário.

Essas duas figuras (posse de direitos e posição jurídica), de valor descritivo, e sua virtual equivalência para explicação da situação de controle demonstram que do ponto de vista da descrição da *fattispecie* não há distinção entre situações de direito e de fato em relação ao controle. Só da disciplina que se pretende ou deve aplicar poder-se-ão assim retirar cânones seguros para distinguir o controle como situação de direito ou de fato.

Seria então correspondente à simples detenção? O detentor possui a coisa em nome de outrem, e em cumprimento de ordens ou instruções deste, como se diz no nosso Código Civil (art. 1.198). Ora, o controlador tem um poder que, manifestamente, não pertence ao detentor: a disposição da coisa.³⁶ O comportamento dos que detêm o controle social se aproxima, sensivelmente, do de um empresário individual. Este é o *dominus*, aqueles, os patrões. Eis por que os empresários individuais não hesitaram em recorrer à técnica societária para decuplicar a pujança do seu negócio. A concentração de capitais, no seio da sociedade, acrescia seu poder sem lhes fazer perder as prerrogativas que, anteriormente, exerciam sobre os bens da empresa. Ora, dentre essas prerrogativas, a essencial consiste no poder de dispor desses bens, no de vendê-los, de hipotecá-los ou empenhá-los, de trocá-los, ou de consumi-los.³⁷

Tal poder, bem conhecido dos juristas, é o clássico *jus abutendi*, elemento essencial da propriedade.³⁸ O controle é, pois, o direito de dispor dos bens alheios como um proprietário. Controlar uma empresa significa poder dispor dos bens que lhe são destinados, de tal arte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica.³⁹

A essa magistral demonstração aderiu, entre nós, o Prof. Orlando Gomes.⁴⁰

A rigor, ela já estava implícita nas análises de Berle sobre a separação entre a propriedade e o controle.⁴¹ Recorrendo a uma imagem física, escreveu ele que teria havido uma dissolução do antigo átomo da propriedade (*ownership*) nas suas partes componentes, controle e propriedade de fruição (*beneficial ownership*).⁴² Ou então,

³⁶ *Ibidem*, nº 182.

³⁷ *Ibidem*, nº 183.

³⁸ Tanto isso é verdade, acrescentamos nós, que o legislador suíço, ao determinar os direitos do proprietário, no Código Civil (art. 641), limitou-se a designar apenas o *abusus*: "*Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi*".

³⁹ *Ibidem*, nº 184, 184 *bis*.

⁴⁰ O. Gomes, "Tema de Sociedade Anônima", in RT 429/13.

⁴¹ Sobre as aporias suscitadas por essa distinção célebre, na doutrina europeia, discorremos em nosso *Aspectos Jurídicos da Macroempresa*, São Paulo, 1970, nos 28 e 29.

⁴² A. A. Berle Jr. e G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Nova Iorque, Ed. Revista, 1967, p. 8.

como preferiu dizer em artigo publicado em 1958,⁴³ a antiga *possessory property* subdividiu-se em duas funções: *passive receptive* na pessoa dos acionistas, e *managing and creating* com o grupo de controle, que ele identificava com os administradores, obcecado como estava pelo fenômeno do controle gerencial. Este controlador, como escreveu em outro artigo,⁴⁴ não é tanto o proprietário de um bem patrimonial, quanto o ocupante de uma posição de poder.

Aliás, a noção de propriedade, aplicada aos bens empresariais, tem sido criticada. Um empresário pode trabalhar em prédios alheios e com maquinaria alienada fiduciariamente, sem que isto quebre a unidade do estabelecimento. Daí por que uma parte da doutrina prefere falar em titularidade do estabelecimento e não em propriedade.⁴⁵ Com razão, “propriedade da empresa” é expressão defeituosa, pois a empresa não compreende apenas bens, mas também homens.⁴⁶

27. Há, pois, quem conceba o controle não como um direito sobre bens, mas como um poder sobre a atividade empresarial. “Controle de uma sociedade por outra”, escreveu Giuseppe Ferri,⁴⁷ “significa, substancialmente, que a ação da sociedade controlada pode ser, concretamente, determinada pela sociedade ou ente controlador. O controle exprime uma particular situação, em razão da qual um sujeito é capaz de marcar com a própria vontade a atividade econômica de uma determinada sociedade”.⁴⁸

28. Essas concepções, a nosso ver, não são antinômicas.

O conceito básico do moderno direito comercial é o de atividade empresarial, substituindo a velha noção de ato de comércio. Atividade é uma série de atos tendentes ao mesmo escopo. Ela engloba tanto atos ou negócios jurídicos, quanto simples atos materiais. Não há, portanto, como confundir atividade com ato ou negócio jurídico. A capacidade para a prática de atos difere da capacidade para o exercício de uma atividade. Aquela pode ser absoluta ou relativa; esta é sempre absoluta. Não há pessoas relativamente capazes para o exercício de uma profissão. Por outro lado, o regime da validade dos atos isolados difere do da atividade: no primeiro caso, distingue-se a nulidade da anulabilidade; no segundo, fala-se, mais propriamente, em regularidade ou irregularidade.⁴⁹

⁴³ “Economic Power and the Free Society”, reproduzido na coletânea organizada por A. Hacker, *The Corporation Take-Over*, Nova Iorque (Harper & Row), 1964, p. 91.

⁴⁴ “Control in Corporate Law”, in *Columbia Law Review*, vol. 58, 1958, p. 1.212.

⁴⁵ Cf. T. Ascarelli, *Corso di Diritto Commerciale*, 3ª ed., Milão, 1962, pp. 328/329; Oscar Barreto Filho, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, São Paulo, Max Limonad, 1969, nº 147.

⁴⁶ Cf. R. Franceschelli, *Imprese e Impreditori*, cit., pp. 111/112.

⁴⁷ G. Ferri, *La Società*, cit. nº 252.

⁴⁸ É essa também a tese de C. Pasteris, em sua obra *Il “Controllo” nelle Società Collegate e le Partecipazioni Reciproche*, cit., pp. 29/30.

⁴⁹ Sobre todo este argumento, cf. Auletta, verbete *Attività* na *Enciclopedia del Diritto*, Milão.

Empresário, segundo definição do art. 2.082 do Código Civil italiano, adotada *ipsis verbis* em nosso Código Civil (art. 966), é quem exerce, profissionalmente, uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Ora, quem fala em “atividade econômica organizada” supõe um complexo de bens destinados a um escopo produtivo. Atividade empresarial e estabelecimento constituem, portanto, noções complementares.⁵⁰ Da mesma forma, o controle sobre a atividade empresarial implica, necessariamente, o controle dos bens empresariais e vice-versa. Por isso, Champaud afirmou, corretamente, que controlar uma empresa significa poder dispor dos bens que lhe são destinados, de tal sorte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica.⁵¹

Essa dialética de implicação recíproca entre atividade e bens ocorre, necessariamente, quando nos deparamos com bens de produção. E isto nos leva a aprofundar a argumentação em outro nível.

29. A classificação dos bens, em direito, não é simples trabalho de raciocínio lógico e não corresponde a exigências imutáveis da natureza, como as classificações botânicas ou zoológicas. É preciso atentar, constantemente, para os interesses sociais e os valores históricos que as suscitam, sob pena de se frustrar qualquer esforço de compreensão da vida jurídica, em sua perpétua evolução.

A *summa divisio rerum*, das *Institutas* de Gaio, em coisas de direito divino e coisas de direito humano⁵² corresponde a um tipo de organização social ainda profundamente penetrado de valores religiosos.⁵³

A distinção entre *res Mancipi* e *nec Mancipi*, fundamental no direito romano clássico, já alia considerações de ordem religiosa — o caráter sagrado do solo itálico, local da fundação⁵⁴ a exigências iniludíveis de uma civilização agrária e de um Estado imperialista.⁵⁵ Ela só foi abolida, oficialmente, por Justiniano (C. 7, 31, 1, 5, de 531).

⁵⁰ Cf. G. Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, 3ª ed., Turim, 1972, nº 17; T. Ascarelli, *Corso*, cit., Cap. VII.

⁵¹ Cf. *supra* nº 26.

⁵² “*Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani*”, G. 2, 2.

⁵³ É interessante notar que essa classificação aparece esbatida, nas *Institutas* de Justiniano, quatro séculos depois, pela introdução da noção de direito natural: “*Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur*” — J. 2, 1 pr.

⁵⁴ Esse caráter sagrado da fundação da *Urbs*, conferindo um valor superior à tradição e à *auctoritas maiorum*, é apontado, com razão, por H. Arendt, como a chave da interpretação da civilização romana (cf. *Entre o Passado e o Futuro*, São Paulo, 1972, pp. 162 e ss.).

⁵⁵ As *res Mancipi*, consideradas as coisas mais preciosas (*preciosiorae res*: G. 1, 192), formavam um *numerus clausus*, e só se transferiam com as formalidades solenes da *mancipatio* e da *in jure cessio*. Eram os fundos e construções em solo itálico, os escravos e animais

Nos Códigos atuais, a classificação dos bens considerada mais importante é a de móveis e imóveis, fundada no pressuposto de que estes últimos são mais valiosos do que aqueles. Ela só se tornou fundamental a partir do feudalismo, onde a propriedade da terra implicava, necessariamente, poder político. A glosa declarava, assim, que *mobilium rerum vilis est possessio*.

Ora, o regime capitalista veio diminuir, notavelmente, a importância dessa distinção, ou pelo menos alterar-lhe o sentido de valor. A criação dos títulos de crédito e o desenvolvimento do sistema bancário, o lançamento de valores mobiliários e a fundação de sociedades por ações tornaram anacrônico o adágio *res mobilis, res vilis*.⁵⁶ As grandes fortunas podem, atualmente, concentrar-se em títulos e contas, e atribuir ao seu proprietário um poder econômico e político tão grande ou maior do que o domínio eminente do direito feudal.

30. Na verdade, a grande distinção dos bens no direito moderno, a partir da revolução industrial, é a de bens de produção e bens de consumo.⁵⁷ Mas ela não aparece em nenhum Código ocidental, justamente porque a sua admissão implicaria o reconhecimento de uma distinção entre os direitos relativos a cada uma dessas espécies de bens, o que o regime capitalista se recusa, tenazmente, a sancionar. O que lhe importa é consagrar, em todas as hipóteses, uma situação de propriedade, equiparando a pequena casa de residência ao bloco de controle acionário sobre um império industrial. Havendo em ambas as hipóteses propriedade, e sendo ela um direito natural, a sua limitação ou, *a fortiori*, a sua supressão, em qualquer ocorrência, é odiosa e ilegítima.

Mas essa ficção de uma equivalência de propriedades vem sendo, há muito, desmentida pela história, especialmente no campo do direito comercial.⁵⁸

Já aludimos, por exemplo, ao binômio títulos de crédito — sistema bancário. Ele contribuiu, decisivamente, para transformar o dinheiro de simples meio de pagamento em bem de produção, desdobrando *ipso facto* os direitos a ele referentes, e tornando sem sentido a antiga proibição canônica da usura.⁵⁹ Quando o Banco da Suécia e o Banco da Inglaterra, no século XVII, decidiram vincular estreitamente os depósitos bancários ao desconto de cambiais, deram início a esse poderoso mecanismo de cap-

de tiro e carga, e as servidões de *prédios* rústicos (G. 2, 14^o). Todas as demais eram *nec mancipi*.

⁵⁶ Cf. as páginas admiráveis que G. Ripert dedicou ao assunto em *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, 2^a ed., Paris, L.G.D.J., 1951, cap. III.

⁵⁷ Cf. G. S. Coco, *Crisi ed Evoluzione nel Diritto di Proprietà*, Milão, 1965, pp. 219 e ss.; A. A. Berle Jr., Prefácio à edição revista de *The Modern Corporation and Private Property*, cit.; W. Friedmann, *Law in a Changing Society*, 2^a ed., Londres, 1972, pp. 93 e ss.

⁵⁸ Na verdade, não apenas no direito comercial, mas também no direito agrário, com a atribuição de direitos reforçados ao arrendatário do fundo agrícola, em relação ao proprietário.

⁵⁹ É o que T. Ascarelli demonstrou, com clareza, nas páginas conclusivas da sua *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, 2^a ed., São Paulo, Saraiva, 1969, pp. 333 e ss.

tação e aplicação de dinheiro que, num amplo movimento de sístole e diástole, irriga todo o sistema econômico. O depositante perde a propriedade de uma coisa material para se tornar credor do banco, em conta corrente. O banco, por sua vez, superando a velha função de simples guardião de valores metálicos e cambista de moedas, assume um verdadeiro poder de disposição das somas depositadas, dando origem à chamada moeda escritural.

Na locação comercial de prédios, o direito potestativo do locatário de obter a renovação compulsória da locação, ou o de ser indenizado em caso de retomada pelo locador, constituem outra ilustração dessa tendência do direito empresarial de proteger o titular de bens de produção em confronto com o proprietário.

A partir de 1974, esse desdobramento de direitos sobre bens de produção aparece de forma nítida no negócio de *leasing*, em que o proprietário do bem exerce, na realidade, a função de financiador de sua aquisição, com reserva do domínio em garantia, enquanto o locatário tem, de fato, as prerrogativas inerentes à propriedade, o que conduz a situações heterodoxas em matéria tributária.⁶⁰

Por outro lado, consagrando orientação universal, o direito brasileiro também reconhece que “as jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial” (Constituição Federal, de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, art. 168), assegurando ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra na forma e no valor que dispuser a lei (mesmo artigo, § 2º).⁶¹

Em todas essas hipóteses, como adverte Ripert, assiste-se à substituição de uma propriedade por um direito de crédito. “O regime capitalista transformou os proprietários em credores. Retirou dos homens a posse das fábricas, das casas, dos veículos, das minas, das águas, dando-lhes, em troca, uma parte nos lucros realizados pela exploração desses bens.”⁶²

Foi esse o mecanismo, por excelência, de criação das sociedades por ações, em que os investidores, perdendo em benefício da pessoa jurídica a propriedade dos bens investidos na empresa, tornam-se titulares de direitos pessoais perante a sociedade, e recebem em troca a propriedade das ações, cuja livre circulação lhes permite recuperar o valor do investimento, sem afetar o patrimônio social. Os acionistas são, assim, excluídos *de jure* da posse e disposição dos bens sociais, pelo diafragma acionário, que lhes dá mera aparência de propriedade, ou melhor, consagra uma propriedade estática, de mera fruição.

O direito burguês, oriundo da Revolução Francesa, decretou o caráter unitário e absoluto da propriedade (*le droit de jouir et disposer des choses de la manière la*

⁶⁰ Cf. a Lei nº 6.099, de 12.09.1974:

⁶¹ A Constituição Federal de 1988 acolheu essa orientação em seu art. 176.

⁶² *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, cit., pp. 132/133.

plus absolue, segundo a célebre definição do Código de Napoleão), abolindo os desdobramentos reais do direito feudal. Mas, na verdade, como já se advertiu, o que se procurou foi suprimir o domínio eminente — a propriedade estática — e tornar absoluto o domínio útil, a propriedade dinâmica dos que, efetivamente, cultivavam a terra e possuíam os instrumentos de trabalho.⁶³ No conflito de interesses relativo a bens de produção, foi o poder de controle que prevaleceu sobre o direito de mera fruição.

31. Esse desdobramento dos direitos sobre as coisas em “propriedade estática” e “propriedade dinâmica” não surgiu com nitidez senão após a criação da civilização industrial, com o seu ideal do *homo faber*. É por isso que o regime tradicional da propriedade em nossos Códigos, herdado de uma civilização pré-industrial, ainda conserva o seu caráter nitidamente estático. As normas sobre a propriedade são, fundamentalmente, protetoras da fruição exclusiva do *dominus*, normas de tutela, como a reivindicação e os interditos possessórios, sendo a posse entendida como a manifestação por excelência da propriedade. “O proprietário tem a faculdade de”, dispõe o nosso Código Civil, “usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (art. 1.228). “*Der Eigentüemer einer Sache, kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen*”, declara o BGB (§ 903). E o Código Civil suíço, por sua vez, edita: “*Le propriétaire d’une chose a le droit d’en disposer librement, dans les limites de la loi. Il peut la révéndiquer contre quiconque la détient sans droit et repousser toute usurpation*” (art. 641). A preocupação com a proteção da exclusividade do *usus* e do *fructus* transparece nítida, desde a primeira norma conceitual sobre a propriedade, nos Códigos atuais.

Não se cuida do exercício dos direitos oriundos da propriedade e sim do conflito de pretensões sobre a titularidade do bem, isto é, a sua pertinência; pois, como a denominação do instituto indica, trata-se do que é próprio de determinado titular e, por conseguinte, exclusivo de qualquer pretensão alheia.

Ora, a propriedade dinâmica, ou controle sobre bens de produção, não tem por objetivo a fruição, mas a produção de outros bens ou serviços e, por isso mesmo, implica, necessariamente, uma relação de poder sobre outros homens, na medida em que a produção sai da fase artesanal para a industrial. A propriedade dinâmica de bens de produção é a que se realiza sob a forma de empresa.⁶⁴ Perante uma propriedade desse tipo, a problemática fundamental não é a de proteção e tutela contra turbações externas, mas sim a de fiscalização e disciplina do seu exercício, a fim de se evitar o abuso ou desvio de poder. O “controle do controle” como dissemos de início, é o desafio permanente que se apresenta nessa matéria. Se faz algum sentido introduzir o conceito legal de “empresário”, em substituição ao “comerciante” do direito tra-

⁶³ Cf. J. Carbonnier, *Droit Civil*, 7ª ed., Paris, 1973, vol. 3, p. 88.

⁶⁴ Cf. G. S. Coco, *Crisi ed Evoluzione nel Diritto di Proprietà*, cit., pp. 74/75, 235/236.

dicional, deve-se reconhecer que ele se aplica ao titular do poder de controle sobre bens de produção. O “empresário”, explicou Franceschelli, quando da promulgação do atual Código Civil italiano, “exerce a função de decidir *se* (se deve), o *que fazer* e *como fazer*, assumindo as consequências e pois o *risco* de tais decisões”.⁶⁵ Ora, essa função, nas sociedades mercantis, sobretudo nas anônimas, a não ser por figura de retórica, pode ser atribuída à pessoa jurídica em si. A sociedade não é o empresário, isto é, titular do poder de controle, mas o “titular da empresa”.⁶⁶ A ligação da pessoa jurídica aos bens sociais não é de *poder* (*plena in re potestas*) e sim de mera *pertinência*. Os bens sociais pertencem à sociedade, mas quem detém sobre eles o poder de disposição é o empresário, ou seja, o titular do controle. Não se pode deixar de reconhecer aí, como já tivemos ocasião de assinalar,⁶⁷ o ressurgimento do fenômeno de multiplicação de direitos reais concorrentes sobre os mesmos bens, característico do feudalismo. O titular do poder de controle exerce, efetivamente, como sustentou Champaud, a disposição dos bens alheios e, por isso mesmo, essa “propriedade, sob a forma de empresa” não somente tem uma função social, mas é uma função social.⁶⁸ A atividade empresarial deve ser exercida pelo empresário nas sociedades mercantis, não no interesse próprio, mas no interesse social, isto é, de todos os sócios *uti socii*. Trata-se, portanto, de um poder-dever, a meio caminho entre o *jus* e o *munus*.

Nota de Texto 23 Na verdade, pode-se sustentar que a função social da empresa e do empresário que exercita o controle é muito mais e na verdade até mesmo algo diferente dos deveres com os demais sócios. Trata-se de impor deveres positivos perante terceiros (não sócios) afetados pela atividade empresarial.

A expressão, aplicada por Champaud às relações sociais internas, denota uma visão do autor ainda influenciada pelo privatismo da função social do controlador, que parece identificar nos acionistas minoritários os sujeitos protegidos pelo princípio da função social da empresa. Na verdade os acionistas minoritários podem ser e são titulares de proteção específica prevista (ainda que limitadamente) na lei acionária.

Não é para sua proteção que o princípio da função social se faz necessário. Não é tampouco essa ideia privatista originária do

⁶⁵ R. Franceschelli, *Imprese e Imprenditore*, cit., pp. 21/22. Veremos, na última parte deste estudo, como a dissociação entre poder e risco, no direito atual, provém, justamente, da falta de reconhecimento do controlador como empresário, por amor à ficção da personalidade jurídica.

⁶⁶ Bracco, *apud* R. Franceschelli, *Imprese e Imprenditore*, cit., p. 76, nota.

⁶⁷ Cf. o nosso *Aspectos Jurídicos da Macroempresa*, cit., n° 32.

⁶⁸ Cf. P. Perlingieri, *Introduzione alla Problematica della “Proprietà”*, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell’Università degli studi di Camerino, 1971, pp. 17 e ss.

desenvolvimento histórico jurídico do instituto da função social da empresa.

A função social da empresa tem origens históricas muito interessantes, ligadas ao reconhecimento de deveres externos da empresa. A referência originária e mais conhecida da expressão “função social” aplica-se à propriedade. Trata-se da famosa fórmula do art. 153 da Constituição de Weimar – “*Eigentum verpflichtet*” (a propriedade obriga).

Cedo fica evidente, na própria teoria constitucional, que a abrangência do termo tinha de ser ampliada. No campo empresarial, em virtude da influência e relevância da empresa para a vida social, essa ampliação é fundamental. É interessante notar que na teoria constitucional a função social passa então a justificar a própria atribuição de direitos fundamentais às pessoas jurídicas. Assim é que no direito alemão o reconhecimento e atribuição da liberdade de associação à pessoa jurídica (como forma de proteção contra a dissolução imotivada) tem historicamente como contrapartida o reconhecimento de sua função social.⁶⁹ O ponto alto e efeito mais significativo dessa evolução está, sem dúvida, no famoso *Mitbestimmungsurteil*, em que o Tribunal Constitucional alemão reconheceu a constitucionalidade das leis de participação operária nas grandes empresas alemãs,⁷⁰ tendo por base, entre outros, o princípio da função social da empresa.

No Brasil, a ideia da função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (art. 170, inciso III). Estendida à empresa, a ideia de função social da empresa é talvez uma das noções de mais relevante influência prática e legislativa no direito brasileiro. É o principal princípio norteador da “regulamentação externa” dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental. Em todos eles é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a distingui-la da aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais.

⁶⁹ H. Wiedmann, *Gesellschaftsrecht*, Munique, Beck, 1980, p. 666.

⁷⁰ “*Mitbestimmungsurteil*” de 01.03.1973, in *BVerfGE* 50, p. 290.

Os exemplos se multiplicam. Não é este o local adequado para descrevê-los em detalhes, mas apenas na medida suficiente para demonstrar a ligação com a ideia central da função social. Assim é que no direito antitruste a ideia de repressão ao abuso de preços (art. 36, § 3º, da Lei nº 12.529/2011) transformou-se em verdadeira obrigação positiva do monopolista de praticar preços competitivos.⁷¹ No direito do consumidor a verdadeira revolução causada pela nova disciplina de responsabilidade pelos vícios do produto (art. 18 da Lei nº 8.078/90) significa nada mais nada menos que estabelecer garantia legal adicional à garantia contratual em benefício do consumidor.

Finalmente, no direito ambiental, a ideia cappellettiana de recuperação dos prejuízos causados ainda que não haja dano sofrido (art. 225, § 2º, da Constituição Federal) é corolário da concepção da função social como deveres positivos e não mera obrigação de abstenção. Na prática, levou ao estabelecimento de diversas obrigações pontuais para as empresas, como por exemplo, obrigação de tratamento de resíduos sólidos, reciclagem de pilhas e pneumáticos etc. (Resoluções Conama nºs 358, 401 e 416).

Todos esses exemplos demonstram a total ligação da ideia da função social à proteção de terceiros interesses envolvidos pela grande empresa que cada vez mais influencia e modifica a comunidade em que atua. A proteção de interesses externos (e não internos) parece ser, portanto, o grande objetivo da disciplina da função social da empresa.

32. É importante assinalar, neste passo, que o poder não fundado na propriedade-pertinência é uma das características do Estado moderno, alcançada ao cabo de longa evolução histórica, em contraste com o “governo patrimonial” das origens. Assim, as notas características da soberania, que a Constituição francesa de 1791 proclamou por primeiro, condensando o pensamento político dos dois séculos anteriores, representam a antítese perfeita do direito de propriedade, definido no Código Napoleão alguns anos mais tarde: a soberania é considerada una, indivisível, inalienável e imprescritível. Como se percebe, a dissociação entre “propriedade” e “controle”, encarada nessa ampla perspectiva, está longe de constituir uma aberração ou originalidade do direito acionário.

Em verdade, só muito recentemente se tem procurado definir o conceito jurídico de poder, destacando-o da noção básica de direito subjetivo.⁷² Embora esse trabalho

⁷¹ C. Salomão Filho, “Tratamento jurídico dos monopólios em setores regulados e não regulados” in *Regulação e concorrência – estudos e pareceres*, São Paulo, Malheiros, 2001.

⁷² Cf. A. Von Tuhr, *Buergerliches Recht, allgemeiner Teil*, 3ª ed., Berlim, 1928, § 7º.

de análise e definição ainda esteja no primórdio, há um consenso geral em considerar o poder uma categoria pertencente à esfera da dinâmica jurídica, em contraste com o estático “interesse juridicamente protegido”. “Concebido como potência”, escreveu Carnelutti,⁷³ “o poder implica uma idoneidade em modificar o mundo, traduzindo a possibilidade em existência”. Mais precisamente, trata-se da faculdade de produzir efeitos jurídicos pela manifestação de vontade do seu titular. É nesse sentido que o poder se opõe aos direitos de mera fruição. Normalmente, direitos de fruição e poder acham-se reunidos na pessoa do mesmo sujeito, mas a dissociação também é frequente. Assim, quando Jhering criticou a concepção voluntarista do direito subjetivo, ilustrada sobretudo por Windscheid, argumentando com os direitos dos incapazes, desprovidos de vontade juridicamente relevante, ele deixou na sombra, justamente, o poder jurídico pertencente ao representante legal do incapaz.⁷⁴

A doutrina vai, aos poucos, individuando várias espécies de poder jurídico, como o direito potestativo e a potestade (*potestas*). Carnelutti faz, a esse respeito, uma distinção geral que nos parece importante para os objetivos deste ensaio. Essa idoneidade em modificar o mundo, traduzindo a possibilidade em existência — característica essencial do poder — manifesta-se, diz ele, de duas maneiras: como um *agere*, ou como um *iubere*. No primeiro caso, o sujeito opera diretamente sobre o mundo exterior, enquanto no segundo essa modificação ocorre mediatamente, pela ação ou omissão de outra pessoa, subordinada ao titular do poder. Quando consistente num *agere* o poder é incompatível com um dever, ao passo que um *iubere licere* pode, perfeitamente, combinar-se com um *iubere debere*, exatamente quando o poder é atribuído a alguém no interesse de outrem.⁷⁵ Esse poder consistente em produzir efeitos jurídicos, comandando a ação ou omissão de subordinados, tem sido denominado, com a utilização de um termo tradicional do direito romano, *potestas*.⁷⁶ O legislador ou o juiz não manifestam propriamente direitos subjetivos, no exercício de suas funções, mas sim potestades. Estas não são, pois, manifestações de simples autonomia, mas de soberania.

Chegamos, assim, por outra via, à confirmação do que afirmamos de início,⁷⁷ acerca do controle como poder soberano. Já vimos que essa soberania, na sociedade anônima, não se confunde com o exercício das funções administrativas. O controlador não precisa ser diretor da companhia, e pode mesmo nem ser acionista, como ocorre no controle externo. No âmbito das relações de trabalho na empresa, fora do direito

⁷³ Cf. R. Von Ihering, *Teoria Generale del Diritto*, 3ª ed., 1951, Roma, p. 150.

⁷⁴ Cf. F. Carnelutti, *El Espiritu del Derecho Romano*, 2ª ed. abreviada, Madri, 1962, nº 70.

⁷⁵ É o que uma certa doutrina de expressão francesa denomina *droit-fonction*, cf. Breth de la Gressaye e Laborde-Lacoste, *Introduction Générale à l'étude du droit*, Paris, 1947, p. 333; J. Dabin, *Le Droit Subjectif*, Paris, 1952, pp. 221 e ss.

⁷⁶ Op. cit., pp. 152 e ss. Vittorio Prossini, verbete *potere* — teoria generale, no *Novissimo Digesto Italiano*.

⁷⁷ Cf. *supra* nºs 3-5.

societário, o controle se confunde com o chamado poder diretivo, de que constituem emanções tanto o poder regulamentar quanto o disciplinar.⁷⁸

Há, aí, um autêntico *iussum super partes*, comportando a suprema determinação da atividade empresarial e o conseqüente poder de disposição dos bens da empresa. Em relação, porém, aos acionistas não controladores, o controle não se manifesta como comando hierárquico, exigindo obediência e cominando sanções, mas como o poder de decidir por outrem, produzindo efeitos na esfera patrimonial desses não controladores.⁷⁹

A doutrina germânica⁸⁰ elaborou uma distinção análoga, entre direitos formadores (*Gestaltungsrechte*), poderes (*Macht-befugnisse*) e direitos de gestão ou administração (*Verwaltungsrechte*). Essas três categorias pertencem ao gênero comum dos direitos de atuação, sobre a esfera jurídica alheia. Mas enquanto o primeiro – correspondente ao direito potestativo da doutrina italiana – se exerce no interesse do próprio titular (*eigennützig*), os demais existem no interesse dos sujeitos, sobre cuja esfera jurídica produzem efeitos (*fremdnützig*). Os poderes propriamente ditos comportam, diversamente dos direitos de gestão ou administração, a possibilidade de disposição dos bens alheios como prerrogativa própria e não, simplesmente, derivada. O poder de controle entraria, pois, tipologicamente, nessa categoria.

32.1. Mas como classificar esse novo órgão societário, na teoria geral do direito empresarial?

Sé faz algum sentido manter a categoria jurídica do empresário (o antigo comerciante) no campo das sociedades mercantis, não hesitamos em asseverar que o controlador é empresário.

⁷⁸ Cf. O. Gomes e E. Gottsochalk, *Curso de Direito do Trabalho*, 3ª ed., Rio de Janeiro, pp. 71 e ss.; F. Santoro-Passarelli, *Noções de Direito do Trabalho*, São Paulo, 1973, pp. 137 e ss.

⁷⁹ O Prof. Miguel Reale considera a “decisão para outrem”, ou o “poder escolher para outrem” a “nota distintiva e eminente do poder” (*Pluralismo e Liberdade*, São Paulo, 1963, pp. 214/215). Parece-nos que a preposição de finalidade não indica com clareza a situação passiva da pessoa sujeita ao poder. Posso, com efeito, tomar uma decisão para outrem, ou em seu benefício, na minha esfera de competência, sem eliminar a capacidade decisória do beneficiário.

⁸⁰ Cf. A. von Tuhr, *Partie Générale du Code Fédéral des Obligations*, trad. de M. de Torrenté e E. Thilo, vol. I, 2ª ed., Lausanne (*Imprimerie Centrale*), 1933, § 3, II; K. Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Munique, 1967, pp. 233 e ss.; Josef Esser, *Schuldrecht*, 2ª ed., Karlsruhe, 1960, § 242. Um resumo claro e preciso da doutrina germânica sobre o assunto, na linha do pensamento de von Tuhr, encontra-se em R. Tandogan, *Notions Préliminaires à la Théorie Générale des Obligations*, Genebra, 1972, pp. 37 e ss. No Brasil, Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, cit., t. V, §§ 580, 581, 583 e 584) procurou, nem sempre limpidamente, desenvolver essas distinções conceituais.

A noção jurídica de empresário, no qual se transmudou o comerciante dos primeiros tempos, ganha novo realce na atualidade em razão das profundas transformações por que passou o sistema jurídico, superando a “grande dicotomia” entre direito público e direito privado.⁸¹ Sem querer repisar fatos universalmente conhecidos, a substituição do Estado liberal pelo Estado social não acarretou, como se imaginava a princípio, uma simples “publicização” do direito privado, mas também uma “privatização” do direito público. De um lado, o Estado passou a lançar mão de típicos instrumentos privados – como a sociedade mercantil e a empresa capitalista, de modo geral – para desempenhar suas novas funções sociais.

Nota de Texto 24 A atuação da empresa estatal deve ser um dos pontos centrais de preocupação tanto do direito societário quanto do regulatório. No campo do direito societário, é preciso identificar instrumentos organizativos capazes de dar maior coerência e eficiência à empresa estatal e de economia mista, ao mesmo tempo que se garante a preservação de objetivos públicos (art. 238 da Lei das sociedades anônimas).

No campo regulatório, trata-se de observar os efeitos externos da mesma regra de submissão do interesse dos acionistas ao interesse público. E esses efeitos podem ser muito relevantes. A sociedade de economia mista, desde que tenha poder suficiente no mercado, torna-se órgão planejador e direcionador do desenvolvimento setorial. É particularmente importante em mercados desregulamentados em que a empresa estatal ou de economia mista exerce verdadeira função de planejamento e regulação setorial ao mesmo tempo que, sentindo a pressão da concorrência das empresas privadas, tem forte estímulo para a busca de eficiência econômica. É ao estudo dessa nova sociedade de economia mista, síntese do interesse público e privado, planejadora e capitalista e à compreensão e (quando possível) resolução de suas contradições internas, que se devem dedicar os esforços dos estudiosos de direito societário de ora em diante.

Faz-se premente, portanto, a preocupação e o estudo específico do direito societário das empresas públicas e de economia mista.⁸²

De outro – e é isto que nos interessa especialmente, no caso – a técnica do direito premial ou promocional substituiu os tradicionais comandos legais permissivos ou

⁸¹ A expressão, como sabido, é de N. Bobbio: *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, in *Dalla Struttura alla Funzione*, Milão, Edizioni di Comunità, 1977, pp. 123 e ss.

⁸² Sobre o tema, vide M. Engler Pinto Junior, *Empresa Estatal: Função Econômica e Dilemas Societários*, São Paulo, Atlas, 2010.

proibitivos, ao mesmo tempo em que os particulares passaram a ser responsabilizados pelo cumprimento de funções sociais, criando-se, pois, entre órgãos do Poder Público e sujeitos administrados, a nova categoria dos agentes privados, investidos de funções sociais.

Essas funções sociais figuram, agora, em lugar de relevo nos textos constitucionais. Não é só em matéria de segurança nacional, como quis o nosso *establishment* militar, que se impõe a responsabilidade de toda pessoa física ou jurídica (Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 86). É também no campo social e econômico, organizado em função dos objetivos máximos do da valorização do trabalho humano, da livre iniciativa e da justiça social (Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 160). Doravante, qualquer agente social ou econômico, seja ele funcionário público ou sujeito de direito privado, tem o dever constitucional de respeitar a liberdade de iniciativa e de obrar em prol da valorização do trabalho, da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais e de produção e da expansão das oportunidades de emprego produtivo. Tem o dever constitucional de exercer os direitos de proprietário sem desrespeito às necessidades e carências sociais e de evitar o abuso de poder econômico nos mercados. Podemos dissentir da prioridade social e econômica conferida a esses objetivos e propugnar uma outra definição de metas. Mas não podemos afastar o fato de que esses objetivos estão inscritos no texto constitucional em vigor e, portanto, são obrigatórios, qualquer que seja a noção que se tenha da natureza dessas normas.⁸³ A lei acionária veio, aliás, estabelecer, em certo sentido, uma ponte entre o plano constitucional e o societário, ao dizer o legislador ordinário que o controlador tem deveres para com a comunidade em que atua a empresa, e que ele comete abuso de poder se orienta a companhia para fim lesivo ao interesse nacional (arts. 116, parágrafo único, e 117, § 1º, a).

Ora, se a atividade econômica é nucleada sobretudo na empresa, privada ou estatal, não se pode deixar de reconhecer que o cumprimento dos deveres constitucionais assinalados só pode ser logicamente atribuído, no seio da empresa, a um sujeito pessoalmente responsável. Esse sujeito, como é óbvio, é o titular do comando empresarial, o empresário.

A identificação do empresário, numa economia dominada pelas macroorganizações e grupos societários, apresenta-se, assim, como problema jurídico de relevante alcance prático e não simples teorema doutrinário. Dele depende a efetividade do sistema constitucional, que já se não limita a desenhar, estaticamente, os elementos componentes da arquitetura estatal, mas impõe os objetivos a serem atingidos pela sociedade como um todo.

⁸³ O estudo mais completo sobre a eficácia das normas constitucionais, entre nós, continua sendo o de J. Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.

A solução encontrada para esse problema na doutrina italiana, na época em que a retórica fascista apregoava a supressão do capitalismo anônimo, com a promulgação do Código Civil de 1942, foi a de atribuir a qualidade de empresário à própria pessoa jurídica.⁸⁴

Tentaremos demonstrar, na terceira parte desta dissertação, que a personalidade jurídica não pode transformar-se, sob pena de monstruoso antropomorfismo, de mero centro de imputação de interesses, em titular de *atividades ou poderes*, atributos esses privativos do homem. Dizer que é a própria companhia quem “exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, com a finalidade de produção ou troca de bens ou serviços” (art. 2.082 do Código peninsular) é abusar da metáfora. É manter o velho capitalismo em seu tranquilo e experimentado anonimato.

Nota de Texto 25 Essa posição, se prevalente, imporá, na sistemática do Código Civil, o registro do controlador como empresário (arts. 966 e 967), aplicando-se a ele a disciplina jurídica própria (arts. 968 a 980).

Parece possível, no entanto, contrapor óbices importantes a esse entendimento. O primeiro deles está na ideia de organização, figura central na sistemática do Código Civil para a definição de empresa. Esse termo invoca, do ponto de vista econômico, a ideia de coordenação de fatores de produção, capital e trabalho, o que indiscutivelmente ocorre na sociedade anônima (ainda que sujeita ao poder do controlador) e que não ocorre em relação ao controlador pessoa física. Há, portanto, um primeiro óbice positivo relevante à ideia lançada no texto.

Do ponto de vista jurídico, o termo organização invoca a ideia institucionalista. O fundamento para essa ligação entre organização e teoria institucionalista é tanto histórico quanto sistemático.

Historicamente a evolução do institucionalismo é marcada exatamente pela passagem de uma concepção publicista do interesse social (o institucionalismo clássico de W. Rathenau) para uma concepção organicista, que procura integrar na sociedade feixes de interesses por ela influenciados.⁸⁵

Do ponto de vista sistemático, a relação entre ambos é clara. O próprio conceito de organização, seja ele entendido na vertente

⁸⁴ Cf. R. Franceschelli, *Imprese e Imprenditori*; cit., *passim*.

⁸⁵ Cf. C. Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, 3ª ed. rev. ampl., São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 30 e ss.

econômica Coasiana de organização de feixe de contratos⁸⁶ ou até mesmo na vertente contratualista de conjunto de regras provenientes de um contrato,⁸⁷ exige a afirmação da independência da instância organizadora. Sem essa independência não há organização possível. Não é possível regulamentar a influência recíproca entre atos, bens jurídicos e sujeitos de direito sem que a essa coordenação se atribua um objetivo específico e distinto dos objetivos próprios dos coordenados. A independência e autonomia de interesses da organização é, portanto, uma necessidade lógica. Ora, independência de interesses só haverá caso seja reconhecido o valor institucional da organização. Daí a relação lógico-sistemática entre os dois termos. Há aí então um segundo argumento a favor da atribuição de caráter empresarial à pessoa jurídica, pois é a própria lei acionária a atribuir-lhe caráter institucional (art. 116, parágrafo único) e portanto, segundo a tese aqui defendida, a reconhecer a existência de uma organização.

Mas não é só. A relação acima identificada entre organização e instituição ajuda a esclarecer um ponto muito importante. Destacar o caráter organizativo da empresa tem efeitos eminentemente internos. Organização como conceito de direito societário serve para dar interpretação institucional a regimes societários de separação de competência, regras sobre conflitos de interesses e até regras cogentes sobre informação. Não serve, no entanto, para definir características externas da sociedade, como existência ou grau de personificação jurídica, forma das relações com terceiros etc. Ora, se assim é, a atribuição da qualidade empresarial à pessoa jurídica tem importante função: valorizar a pessoa jurídica como instância própria, cujo interesse é dotado de realidade (para utilizar a famosa expressão de Gierke). Soma-se, então, ao argumento positivo o funcional, que sem dúvida lhe dará maior coerência e legitimidade.

Mas assentar a qualidade de empresário do acionista controlador é suscitar, necessariamente, a questão da possibilidade jurídica de os incapazes e proibidos de comerciar assumirem o *status* de controlador. A única resposta lógica é a negativa, mas ela põe a nu o desequilíbrio atual de nosso sistema jurídico, nessa matéria, em que à nova lei de sociedades por ações não se seguiram, ainda, as indispensáveis adaptações legislativas complementares, tanto no campo estritamente mercantil (leiloeiros, cor-

⁸⁶ R. Coase, "The nature of the firm" in *Econômica* 4 (1937), p. 386 e R. Coase, *The firm, the market and the law*, Chicago, Londres, The University of Chicago Press, 1988, p. 33.

⁸⁷ Para a teoria do contrato organização, v. P. Ferro Luzzi, *I contratti associativi*, cit.

retores, por exemplo), como no administrativo (estatuto dos funcionários públicos) ou mesmo penal (crimes societários).

Na economia da nova sociedade anônima, o controlador se afirma como seu mais recente órgão, ou, se preferir a explicação funcional do mecanismo societário, como o titular de um novo cargo social. Cargo, em sua mais vasta acepção jurídica, designa um centro de competência, envolvendo uma ou mais funções. O reconhecimento de um cargo, em qualquer tipo de organização, faz-se pela definição de funções próprias e necessárias. Ora, tais funções existem vinculadas à pessoa do controlador, pelo menos do acionista controlador. No vigente direito acionário brasileiro, elas podem resumir-se no poder de orientar e dirigir, em última instância, as atividades sociais; ou, como se diz no art. 116, alínea *b*, da Lei nº 6.404/76, no poder de “dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos demais órgãos da companhia” (com o reconhecimento implícito de que o acionista controlador é um dos órgãos da companhia). Trata-se de um feixe de funções indispensáveis ao funcionamento de qualquer entidade coletiva – como assinalamos anteriormente – e especialmente da sociedade anônima. Poderia, sem dúvida, o legislador manter essas prerrogativas funcionais diluídas no corpo acionário, tal como ocorria no passado. Preferiu, no entanto, desde a Lei nº 6.404/76, localizá-las na figura do controlador.

Capítulo II

DEVERES E RESPONSABILIDADES DO TITULAR DO CONTROLE INTERNA CORPORIS. DESVIO DE PODER E FRAUDE À LEI

114. O titular do controle exerce a soberania societária. Não vai nisto nenhuma aberração. Ao contrário, a existência de um *direito de controle* representa um elemento indispensável na economia social, embora ele não tenha sido sublinhado, como deveria, na estrutura do modelo legal, até o advento da Lei nº 6.404/76. Não há sociedade sem poder, e sem organização do poder – ou seja, sem direito – como salientamos desde as páginas introdutórias.

Mas a todo poder correspondem deveres e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um *direito-função*, atribuído ao titular para a consecução de finalidades precisas. Assim também no que diz respeito ao poder de controle, na estrutura da sociedade anônima. Ora, uma das mais sentidas lacunas de nossa ordenação jurídica, até a promulgação da nova lei acionária, consistia, justamente, na falta de previsão de limites rigorosos para o exercício do controle societário, na medida em que esse fenômeno social havia sido descurado, quase que totalmente, na visão do legislador, ou concebido como realidade menos honesta, numa democracia acionária próxima da ilusão comunitária.

Superada a formidável lacuna legal, recaí agora sobre a doutrina o encargo de orientar o intérprete na compreensão e aplicação das novas normas. É o que tentaremos fazer, analisando os conceitos de desvio de poder e de fraude à lei, as suas manifestações e os remédios jurídicos propostos.

A) Os conceitos

115. A aplicação ao direito societário da doutrina do desvio de poder, consagrada no direito administrativo moderno pela iniciativa pioneira do Conselho de Estado francês, constitui uma das grandes conquistas atuais.

Falando-se de desvio, subentende-se, evidentemente, uma via direta que deixou de ser seguida, para se atingir um alvo ou se chegar a um resultado. Supõe-se, pois, antes de tudo, a falha de um objetivo ou finalidade, impostos pelo direito, ou *aberratio finis legis*, como já foi dito, em paráfrase à consagrada expressão do direito penal.¹ Mas desvio de finalidade, esse compatível com a observância das regras de procedimento formal, que disciplina o exercício do poder, o que torna o ato particularmente perigoso, pela dificuldade em que se encontram os prejudicados de comprovar a ilicitude; o desvio de poder consiste, assim, num afastamento não da forma mas do espírito da lei, representando ato típico de *fraus legi*, e não *contra legem*, segundo a conhecida advertência de Paulo: *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit* (D. 1, 3, 29, *libro singulari ad legem Cinciam*).

O Código Civil italiano filiou a fraude à lei ao elemento causal do negócio, reputando “ilícita a causa, quando o contrato constitui o meio para eludir a aplicação de uma norma imperativa” (art. 1.344). Ou seja, reconhece que há um desvirtuamento da função econômico-social do negócio, acarretando a falha do objetivo visado pelo legislador.

Do desvio de poder deve ser destacado o excesso, que ocorre quando o agente, embora perseguindo fins consagrados ou impostos pela ordem jurídica, interfere, não obstante, de modo mais do que necessário na esfera jurídica alheia (Código de Processo Civil, art. 620: excesso na execução judicial; Código Penal, art. 23, parágrafo único, e Código Civil, art. 188, parágrafo único: excesso culposo nos atos praticados em legítima defesa ou estado de necessidade).

Situação diversa do abuso em sua dupla forma, de desvio e excesso de poder, é a da falta de poder jurídico (manifestação de poder de fato). Aqui, a antijuridicidade é do título, não do modo de exercício do poder. O controle externo, não sancionado pela ordem jurídica, é um dos exemplos de poder de fato.

De qualquer forma, tratando-se de abuso de poder de controle na sociedade anônima, importa definir, preliminarmente, essa finalidade ou objetivo que legitima o exercício do poder. Na verdade, seria mais correto falar no plural em finalidades ou objetivos, pois eles são de duas ordens: os intra e o extraempresariais. Os primeiros correspondem à satisfação dos interesses de todos os participantes na empresa: acionistas, titulares de outros valores mobiliários emitidos pela companhia, empregados, administradores. Quanto aos interesses extraempresariais, eles dizem respeito à comunidade local, regional ou nacional, em que se insere a empresa.

Falar em interesses externos à empresa, a serem atendidos pelo empresário ou controlador, é usar de linguagem inteiramente estranha à tradição do capitalismo liberal. Para este, o empresário é proprietário dos meios de produção e, como tal,

¹ J. Cretella Júnior, *Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

tem direito ao exercício da atividade empresarial, como poder inerente à propriedade (Código Civil, art. 1.196), e à apropriação dos lucros, como fruto de bens próprios. A instituição do Estado social impôs, no entanto, duas consequências jurídicas da maior importância para a organização das empresas. De um lado, o exercício da atividade empresarial já não se funda na propriedade dos meios de produção, mas na qualidade dos objetivos visados pelo agente (justificação teleológica e não pelo título casual); sendo que a ordem jurídica assina aos particulares e, especialmente, aos empresários, a realização obrigatória de objetivos sociais, definidos na Constituição e instrumentados na lei do plano. De outro lado, o lucro, longe de aparecer como o fruto da propriedade do capital, passa a exercer a função de prêmio ou incentivo ao regular desenvolvimento da atividade empresarial, obedecidas as finalidades sociais fixadas em lei.

Isto posto, a harmonização dos interesses internos e externos à empresa faz-se, naturalmente, no sentido da supremacia dos segundos sobre os primeiros na hipótese de conflito. O direito ao lucro ou à expansão da empresa não é garantido contra os interesses da comunidade local, regional e nacional em que ela se insere; interesses esses não só de ordem econômica (independência tecnológica ou economia cambial, por exemplo), como também de ordem social em sentido amplo (proteção do meio ambiente, dos interesses dos consumidores, ou do patrimônio cultural).

No seio da empresa, a harmonia entre os diferentes interessados supõe, primeiramente, o respeito às normas-objetivo inscritas na Constituição, como a busca da justiça social e a valorização do trabalho, condição da dignidade humana.²

A discussão sobre os interesses intra e extraempresariais não é estranha à doutrina do direito privado.

116. É muito conhecida a concepção dita da “empresa em si”, que Walter Rathenau divulgou na Alemanha, ao final da Primeira Guerra Mundial, sustentando que os empresários detêm o poder de controle não para servir os capitalistas – sócios ou acionistas – e sim no interesse público representado pela empresa, como organização que transcende a sociedade comercial.³ A lei acionária germânica, de 1937, aceitou (pelo menos verbalmente) essa concepção no seu § 70, ao assinar aos membros do *Vorstand*, sob sua responsabilidade, o dever de dirigir os negócios sociais segundo o “bem do estabelecimento” (*Wohl des Betriebs*) e dos seus empregados, assim como no interesse comum da nação e do *Reich*. O dispositivo foi, sem dúvida, a fonte do art. 116, § 7º, do nosso Decreto-Lei nº 2.627. A doutrina alemã, no entanto, tal como

² A noção de norma-objetivo foi introduzida no Brasil pelo Professor E. R. Grau. Cf. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, pp. 242 e ss. e verbete “norma-objetivo” na *Enciclopédia Saraiva de Direito*.

³ Cf. W. Rathenau, *Vom Aktienwesen, Eine geschaeftliche Betrachtung*, Berlim, 1917; tradução italiana “La Realtà della Società per Azioni”, na *RS*, 1960, pp. 912 e ss.

a brasileira, procurou minimizar o alcance da norma.⁴ A lei acionária de 1965 não repetiu a fórmula, de certo modo maculada de espírito nazista, limitando-se a declarar, laconicamente, que “a diretoria (*der Vorstand*) deve dirigir a sociedade sob sua responsabilidade” (§ 76). Mas consagrou, em contrapartida, o princípio da cogestão dos trabalhadores no seio do *Aufsichtsrat*, já instituída nos anos imediatamente posteriores à guerra (§ 96).

Nota de Texto 67 Na verdade, a evolução da lei alemã de 1937 para as leis de participação operária das décadas de 50 e 60 corresponde exatamente à evolução doutrinária do institucionalismo clássico ou publicista ao organizativo.

Na mesma época da elaboração da anterior lei acionária alemã, a Suíça introduziu, no seu Código Federal das Obrigações, alguns dispositivos de proteção do interesse da empresa no funcionamento de sociedades por ações. Assim, o atual art. 671, terceira alínea, tratando do fundo de reserva legal, dispõe que “enquanto o fundo de reserva não ultrapassa a metade do capital social, não pode ser utilizado senão para cobrir os prejuízos ou para se tomarem as medidas que permitam manter a subsistência da empresa em período de exploração deficitária, evitar o desemprego ou atenuar-lhe as consequências”. No art. 674, cuidando das reservas estatutárias ou facultativas, edita: “A assembleia-geral pode constituir reservas não previstas, nem pela lei, nem pelos estatutos, ou que excedem as exigências da lei e dos estatutos, na medida necessária para assegurar, de forma durável, a prosperidade da empresa ou a distribuição de um dividendo tão constante quanto possível, tendo em conta os interesses de todos os acionistas” (alínea 2); “ela pode, igualmente, mesmo na falta de cláusulas estatutárias, constituir reservas sobre lucros líquidos para criar e manter instituições de previdência em proveito dos empregados e operários da empresa, ou outras instituições análogas” (alínea 3).

Nos Estados Unidos, em pleno período de depressão consequente à crise de 1929, E. Merrick Dodd, então professor na Harvard Law School, sustentou, em polémica com Berle, que os diretores de uma sociedade anônima não são, propriamente, *trustees*

⁴ Em seus autorizados comentários à lei de 1937, R. Godin e H. Wilhelm, coautores do projeto, afirmam que a fórmula legal significaria que os administradores sociais agem no interesse não só dos acionistas atuais, mas também dos futuros, o que era uma evidente interpretação *a latere*: “*Der Vorstand leitet die Gesellschaft, d.h. führt ihre Geschäfte, wie es das Interesse der Aktionäre, aber nicht nur der augenblicklicher (erst recht nicht nur des Augenblicks), sondern auch der künftigen, d.h. der Bestand und die Entwicklung des Unternehmen (wofür das Gesetz “Betriebe” sagt) verlangt, und mit gewissem after Ruecksicht auf das Wohl der Gesellschaft, in die das Unternehmen eingeordnet ist*” (*Aktiengesetz*, cit., p. 286).

dos acionistas, mas têm também deveres mais amplos, de natureza social.⁵ A ideia continua a granjear adeptos, até hoje, naquele país.⁶

Nota de Texto 68 É preciso reconhecer, no entanto, não sem pesar, que em especial nos EUA hoje é absolutamente prevalente a chamada análise econômica do direito societário.

É interessante observar que seus defensores, de assumida inspiração Coasiana, se afastam de seu inspirador quando se trata de definir interesse social.

Isso porque a ideia central de Coase tem no fundo uma mensagem organicista e até institucionalista. Ver na empresa um feixe de contratos e um feixe de interesses nada mais significa que identificar um ente voltado a captar e organizar todos esses interesses, sem distinção entre eles.⁷ Mesmo na ideia Coasiana de custo de

⁵ E. M. Dodd, "For Whom Corporate Managers are Trustees?" in *Harvard Law Review*, 45 (1932), p. 1.145. Berle, como sabido, acabou depois concordando, substancialmente, com essa opinião.

⁶ Cf. E. V. Rostow, "To Whom and for What Ends is Corporate Management Responsible?" in E. S. Mason (coord.), *The Corporation in Modern Society*, Cambridge-Massachusetts, 1966, p. 46.

⁷ Na formulação mais ligada à ideia de Coase a empresa é vista como um feixe de contratos – *nexus of contracts* (essa visão da empresa foi originariamente elaborada por A. Alchian e H. Demsetz, "Production, Information Costs and Economic Organization", in *American Economic Review*, 62 (1972), p. 777, 783 e posteriormente desenvolvida por M. Jensen e W. Meckling, "Theory of the firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure", in *Journal of Financial Economics*, 3 (1976), p. 305). Em uma linguagem mais jurídica, a firma é vista como um único agente subscritor de um grupo de contratos, que começa pelos contratos com os sócios e vai desde contratos com fornecedores e clientes até contratos com trabalhadores e contratos de empréstimo necessários para suprir as necessidades de fundos da empresa (cf. H. Hansmann, *The ownership of enterprise*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 18).

A própria definição e os termos nela utilizados revelam sua origem econômica. A preocupação em desconsiderar as formas jurídicas para centrar-se na realidade econômica é evidente.

Essa preocupação fica mais clara no passo seguinte da teoria. Trata-se de determinar qual o fundamento do controle interno da empresa. Na perspectiva econômica, o fundamento está na teoria dos custos das transações (cf. O. Williamson, "Transaction cost economics" in R. Romano, *Foundations of Corporate Law*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 12). O controle interno da empresa, obtido através da propriedade de suas ações, é naturalmente atribuído àquele grupo de pessoas com as quais transacionar no mercado é excessivamente oneroso para a própria empresa ou para esse grupo de pessoas, seja porque algum deles mantém uma situação monopolista (imaginem-se, por exemplo, um sindicato de trabalhadores bastante forte), seja porque o custo social ou o descontentamento gerado

transação e na proposta de sua eliminação⁸ está presente a ideia de internalização dos interesses mais relevantes e influentes para a sociedade, exatamente por que isso elimina custos de transação elevados.

Tanto isso é verdade que análises iniciais de alguns pós-Coasianos no campo societário eram em essência profundamente ligadas ao institucionalismo organizativo.⁹

Ocorre que acabou por se formar um consenso em torno de certas ideias gerais de teóricos da análise econômica do direito, bem mais ideológicos e políticos (como Posner e Bork) e bem menos profundos que a de seus pais e inspiradores como Coase.

A principal e mais política delas, a ideia de eficiência, aplicada tanto ao direito antitruste como ao direito societário, acabou por

por uma determinada situação pode ser extremamente negativo para a empresa. Isso é um ponto muito importante que distingue a análise econômica aqui empreendida de uma pura e simples aplicação da teoria da eficiência. Entre os custos de transação incluem-se não apenas aqueles mensuráveis economicamente mas também aqueles relacionados à satisfação dos que com a empresa se relacionam.

Essa consideração tem duas consequências bastante relevantes. Em primeiro lugar, a relativa irrelevância da forma societária escolhida. Com efeito, é tradicional a comparação na doutrina econômica entre a sociedade de capitais e a cooperativa, entendendo-se a contribuição dos sócios nas sociedades de capitais como *economicamente equivalente* a uma hipotética junção de capitais próprios a custo zero realizada em uma também hipotética cooperativa (v. a interessante comparação feita por H. Hansmann, *The ownership of enterprise*, cit., p. 14).

A segunda e mais importante delas é a equivalência substancial entre controle interno e externo do ponto de vista jurídico. O que a teoria dos custos de transação procura demonstrar é que ambos podem ser úteis para os interesses da empresa.

O controle interno, naqueles casos em que o estabelecimento tinha de relação externa, contratual, de mercado com determinado grupo, seria muito custoso. E o controle externo, na medida em que os interesses de eventual grupo de controle interno sejam tão heterogêneos que levem a custos de transação (leia-se de tomada de decisões) altíssimos, acarretando virtualmente a paralisação da empresa ou sua operação ineficiente. A consequência de tudo o que foi dito é bastante simples e pode ser assim resumida. O interesse da empresa não pode ser mais identificado, como no contratualismo, ao interesse dos sócios nem tampouco, como na fase institucionalista mais extremada, à autopreservação. Deve isso sim ser relacionado à criação de uma organização capaz de estruturar da forma mais eficiente – e aqui a eficiência é a distributiva e não a alocativa – as relações jurídicas que envolvem a sociedade. Essa conclusão é evidentemente bastante próxima do institucionalismo organizativo acima identificado.

⁸ R. H. Coase, "The nature of the firm" in *Econometrica* 4, cit., p. 386, e in *The firm, the market and the law*, cit., p. 33.

⁹ Cf. H. Hansmann, *The ownership of enterprise*, cit.

reduzir o interesse societário apenas ao interesse dos acionistas à maximização do valor das ações e levar os próprios pós-Coasianos inicialmente mais coerentes (como Hansmann) a rever suas posições, adotando em pleno as premissas ideológicas da análise econômica do direito.¹⁰

Há um traço comum em todas essas concepções ou disposições legais: é o fato de terem surgido em plena crise econômica. Daí já se haver falado (com evidente alusão ao famoso ensaio de Spengler) em produtos de uma *Untergangphilosophie*.¹¹ É, talvez, por isso que, a cada período de prosperidade econômica ulterior, a ideia do exercício do poder de controle, no interesse da empresa e do bem público, é posta em surdina. Mas ela permanece latente e sempre pronta a surgir à tona.

Em caso muito comentado, a Justiça francesa teve ocasião de reafirmar o princípio do interesse empresarial como escopo da sociedade anônima.¹² Tratava-se da subsidiária francesa da companhia norte-americana *Fruehauf*, que havia firmado com outra sociedade francesa um importante contrato para a fabricação de rebouques de caminhão, destinados à exportação para a República Popular da China. Um ano após a celebração do contrato, a sociedade norte-americana controladora decide desfazer o negócio, alegando pressões políticas, e dá ordem aos administradores da subsidiária para tomarem as medidas necessárias nesse sentido. Diante da recusa da cocontratante em operar o distrato, só restava a solução do inadimplemento, acarretando a resolução com perdas e danos de elevado montante. Inconformados, os administradores de *Fruehauf-France*, representando os acionistas minoritários franceses, requereram ao Tribunal de Comércio que nomeasse um administrador judicial para gerir, temporariamente, os negócios da sociedade, a fim de executar o contrato em causa, o que foi deferido. Confirmando a decisão em grau de recurso, o tribunal de segunda instância declarou que um administrador judicial podia e devia substituir os órgãos administrativos de uma sociedade anônima, em circunstâncias excepcionais, em atenção ao interesse da empresa, cujo equilíbrio financeiro e crédito no mercado seriam gravemente comprometidos com a resolução contratual, suscetível de arruiná-la definitivamente e de provocar a dispensa de mais de seiscentos empregados.

Nesse caso, porém, o interesse societário confundia-se, efetivamente, com o da empresa, e a fundamentação do julgado poderia ter sido dada com base naquele. O que havia, de fato, era o sacrifício da sociedade francesa ao interesse geral do grupo

¹⁰ V. g., a pueril análise contida em H. Hansmann e R. Kraakman, "The end of history of corporate law", in *Georgetown Law Journal* 89 (2001), pp. 439 e ss.

¹¹ Nussbaum, cit. por P. G. Jaeger, *L'interesse sociale*, cit., p. 15.

¹² "Juris-Classeur Périodique", *La Semaine Juridique*, 1965, vol. II, 14.274-bis; *RTDC*, 1965, p. 631; *RS*, 1969, p. 418 (com comentários de Ragusa-Maggiore).

econômico, no qual se inseria, de não entrar em conflito com a política externa do governo norte-americano.¹³

No Brasil, a lei de sociedades por ações de 1976 veio consagrar, ao que parece definitivamente, o abandono da teoria do exclusivo atendimento dos interesses acionários e, até mesmo, dos interesses intraempresariais em seu conjunto, como objetivo da atuação de controladores e administradores. Na norma do parágrafo único do art. 116, assim como na expressão de uma modalidade de abuso de poder, constante da alínea *a* do art. 117, § 1º, vem imposto o respeito aos interesses da “comunidade”, ou da “economia nacional”. No art. 154, definindo-se a finalidade das atribuições administrativas, assinalam-se “as exigências do bem público e da função social da empresa”.

Tal não significa, escusa dizê-lo, que doravante toda companhia se transforme em órgão público e tenha por objetivo primordial, senão único, o vasto interesse coletivo. Mas significa que não obstante a afirmação legal de seu escopo lucrativo (art. 2º), deve este ceder o passo aos interesses comunitários e nacionais, em qualquer hipótese de conflito. A liberdade individual de iniciativa empresária não torna absoluto o direito ao lucro, colocando-o acima do cumprimento dos grandes deveres de ordem econômica e social, igualmente expressos na Constituição.

Ora, essa clara afirmação da supremacia dos interesses comunitários e nacionais, quando em conflito com o escopo lucrativo da companhia, aparece em nosso direito despida do necessário aparelhamento de aplicação e eficácia. Cedemos aí, mais uma vez, à tradição jusnaturalista, de puras afirmações de princípio, sem o necessário complemento dos remédios jurídicos sancionatórios. Pois, se o titular desses interesses comunitários e nacionais transborda largamente o círculo empresarial, quem tomará a iniciativa de defendê-los e com que tipo de ação? Certamente não os acionistas, mesmo minoritários ou não controladores. Na formulação legal do mecanismo da responsabilidade civil, houve a definição de novos interesses protegidos e de novo responsável (o controlador), ao lado dos administradores. Mas não houve a indispensável designação do agente legitimado a agir em prol do bem público.

Imagina-se que essa omissão é suprida na companhia de economia mista pelo fato de o Poder Público sempre exercer o controle acionário, com a autorização expressa de “orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação” (art. 238). Mas essa interpretação lógica é abstrata e não encontra apoio na realidade.

Em primeiro lugar, “interesse público” não quer dizer interesse estatal, pois ambos podem não coincidir, necessariamente, sobretudo em país como o nosso.

¹³ D. Schmidt critica a decisão judicial que, a seu ver, desconsiderou as prerrogativas da maioria acionária de decidir, em todos os casos, qual o interesse de sociedade (*Les Droits de la Minorité dans la Société Anonyme*, cit., nº 298); quando, na verdade, era patente o desvio de poder, não legalizado na França, pela falta de uma regulamentação dos grupos societários, autorizando a subordinação do interesse individual de cada sociedade ao do grupo.

em que o Estado muito raramente foi representativo do povo, ou da sociedade civil. Ademais, a estrutura da sociedade de economia mista encerra, em si mesma, grave contradição. As companhias exploram, por definição legal, empresas lucrativas. Mas o regime econômico consagrado na Constituição não assina ao Estado, por função, produzir lucros. A legitimidade da ação estatal, ainda e sempre, é o serviço público, a produção de bens e serviços que não podem ser obtidos no regime da exploração privada, de modo eficiente e justo, sem discriminações entre os consumidores, de acordo com o princípio da demanda solvável, como ocorre com a empresa capitalista. A função da empresa estatal não é a geração de receita sob a forma de lucro empresarial, mas a preservação da segurança nacional, ou a organização de setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa (Constituição Federal, art. 173). O dilema que se apresenta ao Estado, enquanto acionista controlador, é pois o de perseguir o interesse público antes e acima da exploração lucrativa — o que torna sem sentido a participação societária do capital privado no empreendimento; ou dar lugar ao interesse público apenas quando este se coloca em conflito com objetivo normal de produção de lucros — o que infringe o princípio constitucional assinalado.

Nota de Texto 69 Na verdade, vista sob um certo prisma, essa aparente contradição é capaz de incluir na dinâmica das deliberações societárias outros interesses que não o interesse privado do acionista.

Exercendo suas atividades em setores que geralmente afetam o interesse de todos ou de relevantes parcelas da população, nada mais coerente que garantir de alguma forma a participação interna de seus representantes.

Uma das maneiras, ainda que imperfeita, de fazê-lo, é exatamente atribuir ao acionista (controlador) o Estado, ao menos em teoria, instrumento de representação de interesses coletivos, o dever de representar (fiduciariamente), tais interesses, além de seus próprios interesses capitalísticos. É o que faz o art. 238 da lei societária.

A experiência prática nos últimos anos tem sido, nesse aspecto, mais rica que a própria intuição teórica.

Esses dispositivos têm se revelado poderosos e às vezes únicos instrumentos regulatórios de certos setores da economia. Especialmente naqueles setores em que a União detém monopólio de fato, o uso do poder de controle no interesse público tem ajudado no planejamento e direcionamento dos referidos setores.

Nessa perspectiva a empresa pública e de economia mista ressurgem como objeto de análise e estudo tanto para o direito societário quanto para a teoria da regulação.

117. Convém analisar agora, mais de espaço, o conteúdo e o alcance da expressão “interesse social”, que o legislador de 1976 substituiu por “interesse da companhia” (arts. 115 e 117, § 1º, e).

Sobre isto, muito se discutiu e se continua a discutir em doutrina. A revisão crítica do conceito de pessoa jurídica, tal como a expusemos, resumidamente, no capítulo anterior, parece haver eliminado de vez a concepção gierkeana da *Person an sich*, que considerava o interesse social como algo distinto e superior ao dos próprios sócios. De resto, se assim fosse, como bem salientou Ascarelli, não se poderia recusar a obrigatoriedade do voto do acionista em assembleia nem a possibilidade de se considerarem inválidas as deliberações sociais tomadas pela totalidade dos sócios.¹⁴

Nota de Texto 70 Essa posição de Tullio Ascarelli, bastante compreensível na época que foi exarada, está hoje superada.

O contratualismo despreendeu-se da crença de que apenas o interesse do grupo de sócios forma a vontade social. O institucionalismo de seu lado também se despreendeu da concepção original de Rathenau (sem dúvida influenciado pela tradição realista Gierkeana de um interesse próprio da sociedade identificado ao interesse público).

Ambas as concepções—contratualismo e institucionalismo—saíram em busca de novos consensos.¹⁵

a) *Institucionalismo*

No institucionalismo, essa busca leva a resultados muito satisfatórios do ponto de vista social e societário, ainda que deixe várias questões a serem resolvidas.

O exemplo é ainda aqui a Alemanha, berço e escola do modelo institucional. No imediato pós-guerra, a ideia, influente também para o direito societário, é a de desconstrução dos centros de poder. Um deles—talvez o mais forte—é exatamente o poder empresarial.

Fazê-lo implicava repensar o modelo empresarial alemão, fortemente baseado em estruturas de poder concentrado. Isso se fez através de modelo muito interessante de ser observado, sobretudo da perspectiva brasileira, a participação operária nos Conselhos de Supervisão (*Aufsichtsrat*) das empresas alemãs. Esse modelo, mais do que forma de alterar a estrutura empresarial, serviu como

¹⁴ T. Ascarelli, *Studi in Tema di società*, cit., p. 163.

¹⁵ O termo é usado por F. Galgano, *Storia del diritto commerciale*, cit., p. 135, para descrever a evolução do institucionalismo alemão. Como se verá, entretanto, essa mesma descrição é aplicável, em certa medida e por outras razões, ao contratualismo.

potente incentivador de um pacto capital-trabalho e do desenvolvimento industrial alemão na segunda metade do século XX. Iniciou-se com a *MontanMitbestG*, de 1951, atingindo seu ponto mais avançado com a *Mitbestimmungsgesetz*, de 1976.

Hoje, o modelo de participação operária, ainda que criticado nos círculos neoliberais mais tradicionais,¹⁶ tem seus méritos mais do que comprovados.¹⁷ Do ponto de vista societário, operou uma importante transformação da concepção institucional. Da visão clássica, genérica e pouco aplicativa, passou-se a um institucionalismo integracionista, cujos objetivos societários supra individuais se revelam na integração concreta (e não em princípios mal definidos) dos interesses dos trabalhadores na estrutura de poder societário.

Mas é exatamente essa integração concreta que coloca uma questão séria e importante, a exigir reflexão doutrinária mais profunda: por que só os interesses dos trabalhadores merecem essa atenção? Uma visão que se pretenda não individualista da realidade societária deve necessariamente ter em conta os vários interesses envolvidos pelas estruturas empresariais de porte: inte-

¹⁶ No plano das consequências econômico-jurídicas, a coparticipação germânica tem sido criticada por literatura de forte viés neoclássico. Estudos de *corporate governance* enumeram quatro características negativas dos órgãos de representação: grande tamanho (enquanto seriam desejáveis órgãos compostos de número reduzido de representantes, com subcomitês especializados); encontros pouco frequentes; pequeno fluxo de informações e altos índices de conflitos de interesses. As principais consequências desse conjunto de fatores seriam a vagariedade e burocratização das decisões e aumento de custos para a empresa. Aliada à tradição concentracionista das empresas alemãs, o sistema de cogestão administrativa seria também causa da fragilidade do mercado acionário alemão (para maior detalhamento, v. M. J. Roe, "German co-determination and german securities markets", in *Columbia Journal of European Law*, nº 5, 1999, pp. 199-202 e pp. 209-211). Esse tipo de crítica, de forte viés neoclássico, claramente subestima o valor da cooperação capital - trabalho na eficiência empresarial, e na criação de uma estrutura administrativa profissional em uma realidade econômica concentrada (onde o controlador tem poder incontestável), como é o caso da realidade alemã e brasileira.

¹⁷ É interessante observar a avaliação fortemente positiva feita por Comissão de Professores que realizam a avaliação dos efeitos da *Mitbestimmung* para o governo alemão. Entre as principais vantagens mencionadas destacam-se: os efeitos positivos para a eficiência das empresas decorrentes da cooperação capital trabalho (*Produktivität der Kooperation*) e a introdução de formas de gestão não hierárquicas e baseadas em constante fluxos de informação. A conclusão é que, "*Die zukünftige Entwicklung der Mitbestimmung muß dem Leitbild einer kooperativen, dezentralisierten, beteiligungsorientierten und informationsintensiven Unternehmenskultur verpflichtet sein*" - v. Bericht der Kommission Mitbestimmung, Bonn, entregue em 19 de maio de 1998, realizada por um grupo de professores coordenado por W. Streeck, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung.

ressês de consumidores, comunidade afetada por consequências ambientais da atividade empresarial etc. Quais os critérios para identificar quais podem ser tutelados internamente e quais devem permanecer externos à sociedade, com disciplina própria?

À resposta a essas perguntas, dedicar-se-ão os esforços da teoria organizativa, verdadeiro complemento e ampliação das ideias do institucionalismo integracionista.

b) *Contratualismo*

Como dito acima, o contratualismo também sofre profunda revisão crítica. Só que aqui os resultados são bem mais parcos e indesejáveis, talvez porque a revisão tenha seguido orientação filosófica oposta à do institucionalismo.

Esse último busca escapar de qualquer predefinição do interesse social, procurando integrar interesses que possam levar a uma definição mais ampla e compreensiva do interesse social, concentrando-se na participação efetiva na sociedade de representantes dos interesses por ela envolvidos. Já o primeiro tenta, como se verá, uma definição absoluta e definitiva do interesse social.

As correntes contratualistas modernas criticam a liberdade atribuída pelos contratualistas clássicos aos acionistas para definição do interesse social. Afirmam-se que essa liberdade não é compatível com a existência do mercado de capitais, que pressupõe a existência de acionista futuro e incerto.

É com esse investidor, acionista futuro e incerto, que se busca novo consenso, procurando-se agora não apenas predefinir as regras de organização interna da sociedade, como tinha sido feito na segunda metade do século XIX, mas sim predefinir e se possível positivar o próprio conceito de interesse social. Esse consenso se mostra necessário para possibilitar a organização e crescimento dos mercados de capitais sobretudo após a catástrofe de 1929.

Para tanto, lança-se mão do conceito de maximização do valor das ações. Tal ideia, cara aos neoclássicos americanos,¹⁸ seduz também os contratualistas.¹⁹ Essa passa a ser a definição última do conceito de interesse social, além do qual não haveria desenvolvimento possível para o direito societário.

¹⁸ H. Hansmann e R. Kraakman, "The end of history of corporate law", cit., pp. 439 e ss.

¹⁹ V., sobre a concepção de interesse social na teoria contratualista, P. G. Jaeger, *L'interesse sociale*, cit., bem como sua revisão pelo mesmo autor em "L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)" in *Giurisprudenza commerciale*, parte I (2000), pp. 795 e ss.

Dessa última afirmação advém a primeira fraqueza, óbvia, dessa concepção. Como toda tentativa de predefinição, engessa e limita o desenvolvimento científico. O próprio título do artigo de H. Hansmann e R. Kraakman, ao mesmo tempo pretensioso, e talvez por isso mesmo pueril, é boa demonstração desse risco.

Mas não é só. Tal definição do interesse social – exatamente por permanecer autocentrada – acaba por favorecer um único tipo de comportamento, a especulação. Não é de se esquecer que a definição de interesse social é parâmetro para a atuação de acionistas e administradores. Afirmar que o interesse social reduz-se ao interesse à maximização do valor das ações implica justificar atuação de administradores e acionistas que visem exclusivamente esse objetivo, inclusive aquelas manobras puramente especulativas.²⁰

Em presença de tal definição do interesse social, não são de espantar os recentes escândalos societários no mercado de capitais. Esses escândalos societários, de resto, não são novos – repetem-se ciclicamente desde o *South Sea Bubble*, de 1720, na Inglaterra²¹ e revelam a absoluta incapacidade da legislação de mercado de capitais de prevenir grandes prejuízos aos investidores. Essa incapacidade não deriva de insuficiências próprias, mas da incoerência da concepção societária contratualista, que continua a estimular especulação e não a permanência na empresa.²²

Foi o que ocorreu nos recentes grandes escândalos especulativos norte-americanos. Ali se demonstrou outra fraqueza do modelo contratualista. A extremada concepção contratualista, além de influenciar a definição do interesse social, ajuda a determinar a própria remuneração dos administradores, que nessas empresas consistia basicamente em opções de compra de ações. Isso significa que tanto maior será o ganho do administrador quanto maior for o valor – real ou artificial – das ações. Toda a filosofia e organização

²⁰ Não se deve esquecer que um resultado pacífico da moderna teoria dos jogos é que os comportamentos individuais são fortemente influenciados por estrutura de relacionamento social que leva em conta o comportamento passado dos demais agentes do mercado e as regras sugeridas de comportamento. Ou seja, a reputação do outro com quem se interage é elemento fundamental além das regras que determinam o objeto da interação (jogo). Se essas regras instigam o comportamento individualista dificilmente a cooperação poderá ocorrer.

²¹ V., sobre o caso, A. A. Berle Jr. e G. Means, *The modern corporation and private property*, Nova Iorque, The Macmillan Company, 1940, p. 131.

²² Aí está o segundo elemento citado na nota 20, a reputação – do controlador ou administradores – maior estímulo para comportamento individualista (especulador) dos demais acionistas e maior prejuízo ao mercado de capitais.

societária gira portanto em torno da ideia, especulativa, de maximização do valor das ações. O estímulo à criação artificial de valor pela administração, grande causa desses escândalos, decorre diretamente dessas características societárias e não de falhas na legislação de mercado de capitais.

c) Conclusão – as perspectivas teóricas para as sociedades anônimas

Todas as insuficiências até aqui detectadas sugerem a necessidade de uma visão mais abrangente, capaz de captar os vários interesses envolvidos na sociedade anônima sem predefinições que impeçam a evolução do sistema.

Para tanto, duas noções, ambas bem conhecidas e já mencionadas, são úteis para encaminhar a análise. É necessário aqui resumidamente repeti-las e organizá-las.

A primeira, a famosa ideia coasiana²³ da empresa como feixe de relações jurídicas ou um feixe de interesses.

A segunda, a também conhecida e resiliente construção do contrato de sociedade como um contrato-organização,²⁴ que visa não a dar guarida a diferentes interesses ordenados a um fim, mas sim organizar tais relações em prol de um interesse societário destacável do individual.

Ora, não é difícil daí derivar uma noção procedimental da sociedade e do interesse social. O objetivo maior de qualquer estrutura societária parece ser então reconhecer e internalizar interesses envolvidos pela sociedade e assegurar regras que permitam a composição de conflitos entre esses vários interesses. Em presença de uma tal definição procedimental não é difícil que a discussão se desloque da definição do interesse social (entre público e privado) para outras, mais aplicativas e prementes, como a distinção dos interesses interiorizáveis dos não interiorizáveis e a identificação da disciplina a se aplicar a estes e àqueles.

A grande questão a ser resolvida, então, está exatamente na determinação dos interesses que podem ou não ser interiorizados.

A lei não contém critérios teóricos gerais definitivos que possam responder a essa questão. A análise empírica de cada interesse específico envolvido e de sua relação momentânea com os interesses

²³ R. H. Coase, "The nature of the firm" in *The firm, the market and the law*, cit.

²⁴ P. Ferro-Luzzi, *I contratti organizzativi*, cit., 1976.

societários é fundamental. Bom exemplo disso é a própria lei de participação operária alemã, que surgiu em um momento histórico de grande interdependência entre empresas e trabalhadores. Foi essa interdependência, mais do que qualquer preocupação teórica, que determinou a introdução do sistema de participação operária, apesar das resistências ideológicas existentes.

Apesar dessas dificuldades, é possível tentar identificar critérios gerais, indicativos de maior ou menor probabilidade de obtenção de bons resultados com a internalização, critérios que podem servir para iluminar a análise empírica de cada relação específica de interesses.

Os critérios gerais a serem utilizados são aqueles sugeridos pela teoria da cooperação. A razão é simples. Exatamente por partir do pressuposto de que o objetivo das estruturas societárias é organizar interesses, eliminando os conflitos existentes, fundamental é ao menos a possibilidade de cooperação entre os interesses envolvidos. A moderna teoria da cooperação sugere três critérios bem simples e até intuitivos, ainda que bastante genéricos, para determinar essa possibilidade: continuidade da relação, pequenos números e boa quantidade de informação.²⁵ Essas três características, tomadas em seu conjunto, são capazes de garantir a interdependência e a confiança recíproca necessárias para a cooperação.

Não é de espantar, portanto, que a conjunção e cooperação de vários interesses internos à sociedade tenham ocorrido voluntariamente exatamente nas hipóteses em que a cooperação era possível.

Tome-se, por exemplo, o caso das cooperativas de produtores agrícolas nos EUA que acabaram por dominar parte substancial do mercado de insumos agrícolas (27%). Essa aquisição voluntária deveu-se à grande dependência e necessidade da constante relação econômica entre produtores de insumos e seus consumidores (produtores agrícolas) fazendo com que os últimos finalmente optassem pela aquisição. Assim, interesses de consumidores acabaram por adentrar a sociedade via aquisição acionária.²⁶

Outro exemplo, da experiência brasileira, bem demonstra a relação entre os requisitos para a cooperação e a internalização de interesses externos à sociedade. Trata-se de notícia publicada no jornal *Valor Econômico* de 21.05.2002 dando conta da aquisição por empregados de empresas em estado pré-falimentar, como forma

²⁵ R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, Nova Iorque, Basic Books, 1984, pp. 129 e ss.

²⁶ H. Hansmann, *The ownership of enterprise*, cit.

de sua salvação (o caso mais conhecido citado é o da indústria de lavadoras “Enxuta”). Em situações de crise, só aqueles interesses mais dependentes e constantemente relacionados com a sociedade se dispõem a salvá-la, internalizando-se.

Esses exemplos demonstram a possibilidade de cooperação dos respectivos grupos de interesses com os interesses típicos de grupos internos à sociedade, como os acionistas, exatamente pela existência de dependência recíproca.

Dadas essas premissas, que sugerem fortemente o reconhecimento interno de interesses tão interdependentes com os societários, como o dos trabalhadores e consumidores, um dos novos grandes campos da investigação societária se torna (i) a determinação das condições concretas para essa internalização; e (ii) o estudo específico e detalhado de cada um dos interesses, verificando se, quando e como é mais conveniente sua internalização e, em caso negativo, qual a melhor forma de regulamentar a relação desses interesses (externos) com a sociedade.

Mas o interesse social não é redutível a qualquer interesse dos sócios e sim, unicamente, ao seu interesse comum de realização do escopo social. A comunhão de interesses existe tanto na sociedade quanto na comunidade. A especificidade da sociedade resulta do fato de ser ela uma *comunhão voluntária de interesses* distinta, portanto, não só da meramente incidente (ou acidental) que ocorre, por exemplo, na avaria comum, como também da comunhão necessária.²⁷ Ora, quem diz *comunhão voluntária*, refere-se, implicitamente, a um escopo ou objetivo. Os sócios reúnem-se para a realização de um objetivo comum. O interesse social consiste, pois, no interesse dos sócios à realização desse escopo. Daí a possibilidade de existência de um conflito entre sócio e sociedade, na medida em que aquele persegue, enquanto sócio, objetivos diversos desse escopo comum.

Em matéria societária, esse escopo comum decompõe-se em dois elementos: o objetivo final e o modo de sua realização. O objetivo final é a produção de lucros, com a sua repartição entre os sócios; e nisto vai a diferença específica entre sociedade e associação. Ora, ao controlador, mais do que a qualquer dos outros participantes na sociedade, compete o dever de atuar em vista da realização dessa finalidade; não só pelo exercício do voto, mas também fora da assembleia, definindo a política empresarial e promovendo sua aplicação pelo órgão administrativo.

118. Para garantir a realização do interesse social, no sentido que acabamos de definir, a lei costuma impor limites à ação do controlador. No sistema da *common*

²⁷ T. Ascarelli, *Studi in Tema di società*, cit., p. 148.

law, essa limitação legal ao exercício do controle é organizada, preferencialmente, em torno da proibição da prática de atos extravagantes do objeto social, entendido como definição da capacidade da pessoa jurídica (*ultra vires*). Nos demais sistemas jurídicos, como o nosso, preferiu-se garantir o respeito, em qualquer hipótese, a um certo número de direitos dos acionistas, concebidos analogamente aos direitos individuais do homem e do cidadão na sociedade política (Lei nº 6.404/76, art. 109). Em ambas as hipóteses, como reconhece a jurisprudência francesa, retomando expressão consagrada pelo Conselho de Estado, mas que nos parece imprecisa, a violação da norma configura um *excesso de poder* por parte do órgão social que praticou o ato, ou tomou a deliberação.²⁸ A sanção é a nulidade, por ter sido o ato praticado *contra legem*.

Ora, o desvio de poder, como assinalamos, caracteriza-se pela elusão de disposições imperativas, pela sua observância meramente aparente ou formal, frustrando-se a finalidade da norma. Sobreleva, neste campo, a função inquisitória do juiz, que não se deve contentar com as aparências, mas atentar sempre para os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, como prevê a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (art. 5º).

A sanção própria dos atos de fraude à lei deveria ser a ineficácia e não a nulidade. Se se constitui sociedade por ações para elidir a aplicação de disposições sucessórias ou a imposição fiscal da transferência de propriedade imobiliária *causa mortis*, por exemplo, essa companhia não é nula a todos os outros respeitos, notadamente quanto às suas relações contratuais com fornecedores, clientes ou empregados. O legislador não pode deixar de modular as sanções que comina, de acordo com a multiplicidade dos fatos típicos a sancionar. No caso, a ineficácia, que é sempre relativa a certos atos ou relações, parece-nos a única sanção adequada, dada a extrema variedade dos atos eventualmente praticados *in fraudem legi*.

O desvio de poder de controle é anomalia sempre ligada à opressão dos não controladores, à situação que na prática norte-americana denomina-se *intracorporate oppression* ou *freezing out* ou *squeezing out minority shareholders*.²⁹ No direito inglês, fala-se, de modo análogo, em *fraud on the minority*, mas a doutrina salienta que a expressão deve ser interpretada em sentido largo.³⁰ Por outro lado, pode haver, também, elusão de disposições legais imperativas, sem opressão aparente. Mas é óbvio que,

²⁸ Cf. G. Ripert e R. Roblot, *Traité*, cit., I, nos 1.221 e 1.230.

²⁹ Veja-se, sobre o assunto, o estudo claro e completo de F. H. O'Neal e R. B. Thompson, *Oppression of Minority Shareholders*, cit.

³⁰ "‘Fraud’ here connotes an abuse of power analogous to its meaning in a court of equity to describe a misuse of a fiduciary position. Nor is it necessary that those who are injured should be a minority; indeed, the injured party will normally be the company itself, though sometimes those who have really suffered will be a class or section of members, not necessarily a numerical minority, who are outvoted by the controllers" (L. B. Gower, *The Principles of Modern Company Law*, cit., p. 564).

sendo as normas de direito societário editadas para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, os atos de fraude à lei trazem sempre consigo a potencialidade de dano.

Na Lei nº 6.404/76, a sanção, prevista genericamente, é apenas a de perdas e danos (art. 117), salvo quando o abuso de controle ocorre mediante voto em assembleias-gerais, hipótese em que têm aplicação as normas do art. 115, com a previsão, em seu § 4º, da anulabilidade da deliberação tomada em decorrência do voto de acionista com interesse conflitante com o da companhia; ou, então, da norma geral de anulação de deliberações viciadas por dolo, fraude, ou simulação (art. 286).

Essa preferência pela sanção compensatória é, aliás, um dos traços marcantes do individualismo patrimonialista que domina nossa organização jurídica. Diante do dano a interesses sociais ou coletivos, a legitimidade do particular de agir somente aparece quando pode produzir a prova de um prejuízo individual. E como a defesa do interesse geral é monopolizada, comumente, pelo titular do poder, a consequência indefectível é a inaplicação de sanção adequada aos casos de abuso de poder.

A lei de sociedades por ações de 1976, ainda aí, não obstante consagrar a instituição do acionista controlador, deixou de completar a disciplina do instituto com o aparelhamento de cômguas sanções, a começar pelo mecanismo da ação social *uti singuli*, tradicionalmente prevista para os casos de responsabilidade administrativa. Diante da omissão legislativa, porém, parece irrecusável a aplicação analógica do direito positivo, segundo o mandamento da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (art. 4º). Qualquer acionista, em nosso entender, é parte legítima para propor ação de perdas e danos, no interesse da companhia contra o controlador, observando, no que couber, os dispositivos do art. 246, § 1º. Não vemos obstáculo insuperável, para tanto, na norma do art. 6º do Código de Processo Civil, uma vez que essa autorização legal para a substituição processual não pode ser interpretada de modo estrito, como previsão direta e taxativa da lei.

Nota de Texto 71 De todo modo, o princípio genérico de substituição processual em matéria societária já foi estabelecido no art. 246, § 1º, da lei societária. Não haveria sentido aplicar o dispositivo apenas quando o controlador fosse pessoa jurídica, deixando de se aplicar na hipótese autorização legal expressa para substituição processual no caso de controlador pessoa física.

Até porque, tendo em vista o princípio constitucional do amplo acesso à justiça, a interpretação das regras sobre legitimidade ativa não pode e nem deve ser restritiva ou exclusivamente gramatical.

Não é esse o local e nem é o subscritor fonte autorizada em matéria de direito processual. Mas, duas observações gerais sobre o direito processual aplicado a questões societárias, de tão triste história em nosso país, devem, no entanto, ser feitas. Ambas partem de constatações pontuais de direito material.

Em primeiro lugar, da definição institucional-organizativa do interesse social aqui defendida, decorrem certas consequências processuais. Ainda que não redutível ao interesse público, a concepção institucional moderna do interesse social (v. Nota de Texto 70) ao identificar interesses dignos de tutela societária, cria legitimação ativa ordinária (art. 6º do Código de Processo Civil) ao menos para os sujeitos identificados no art. 116, parágrafo único, da lei societária. Isso significa que decisões sociais que possam afetar a vida dos trabalhadores ou da comunidade em que atua a empresa (além, é óbvio, dos demais acionistas que já contam com legitimidade expressamente prevista em lei) poderão ser contestadas por trabalhadores ou membros da comunidade em que atua a empresa. Sendo a legitimação ordinária a regra para quem tem direitos e interesses legítimos (art. 6º do Código de Processo Civil) e o art. 116, parágrafo único, os atribui a trabalhadores e comunidade em que atua) não há como negar-lhe a legitimidade para buscar tutela específica de seus interesses, ainda que individualmente. A definição de interesses legítimos cria necessariamente a legitimidade ativa para sua tutela.⁵¹

Evidentemente, devido às limitações subjetivas da coisa julgada é de se esperar, especialmente para demandas reparatorias, a elaboração de regras especiais para proteção também dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos envolvidos pela sociedade — o que não impede, repita-se, a proteção, desde já, dos

⁵¹ Um dos problemas da lei acionária de 1976 está na aparente diferença entre a definição dos titulares do interesse social e dos legitimados ativos para as demandas societárias. O art. 116, parágrafo único, da lei define como titulares do interesse social (entendido, nesse caso, como interesse à manutenção da empresa) os *acionistas*, os *empregados* e os *investidores do mercado*. Em face da norma do art. 246 da Lei nº 6.404/76, no entanto, a doutrina tende a negar a possibilidade de atribuição de legitimidade ativa a investidores e empregados para a referida demanda; v. F. K. Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 301; v., contra, E. L. Teixeira, J. A. T. Guerreiro, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. I, São Paulo, Bushatsky, 1979, p. 301. Essa interpretação deve ser, no entanto, contestada. Trabalhadores e membros da comunidade em que atua a companhia, como cotitulares do interesse social, são legitimados a defender seus legítimos interesses individuais (legitimação ordinária), independentemente de regra específica prevendo essa legitimidade. Ao contrário, só as hipóteses de legitimação extraordinária exigem previsão legal expressa — v. Código de Processo Civil, art. 6º, *in fine*. Assim, o art. 246 da Lei nº 6.404/76 deve ser interpretado como mera disciplina dos requisitos para que acionistas (e só eles) proponham demanda ressarcitória. Não pode ser interpretado *a contrario sensu*, excluindo outros interesses legítimos, dotados de legitimação ordinária.

interesses dos trabalhadores e membros da comunidade em que atua a empresa.

A segunda característica material importante com reflexos processuais é bem conhecida. Sua importância para o direito processual tem sido, no entanto, absolutamente desconsiderada. Constituindo a vida societária uma atividade e não uma sucessão desencadeada de atos, uma série de institutos processuais perdem sentido. Um julgamento de um ato do passado, sendo um ato humano, além de (ou talvez antes que) jurídico, acaba por ter em conta os efeitos da reversão do ato sobre a situação presente. Daí a pouquíssima frequência de anulação de atos societários ou de jurisprudência consistente nessa matéria. A dificuldade em alterar um ato vários anos depois, consumadas várias de suas consequências, é evidente. Não mais isolável, o ato já se conjugou à atividade, sendo impossível aplicar-lhe a disciplina dos atos. Urge aqui pois uma reforma processual, específica para o direito societário, transformando a tutela antecipatória ou cautelar da nulidade (absoluta ou relativa) dos atos societários em tutela definitiva. Só assim será possível controlar o ato antes que se integre à atividade societária.

De lege ferenda, no entanto, a experiência acumulada neste país sobre a frustrante aplicação dos mecanismos jurídicos de proteção a não controladores está a aconselhar a adoção de sanções punitivas ou dissuasórias contra o abuso de controle, a par da ineficácia do ato e das perdas e danos.³²

B) As Manifestações e os Remédios

119. Não há dúvida de que o poder de apreciação e decisão sobre a oportunidade e a conveniência do exercício da atividade empresarial, em cada situação conjuntural, cabe ao titular do poder de controle, e só a ele. Trata-se de prerrogativa inerente ao seu direito de comandar, que não pode deixar de ser desconhecida, como salientamos, em homenagem a uma concepção anárquica, ou comunitária, da sociedade por ações.

³² Na doutrina constitucional norte-americana, já se sustentou com brilho a conveniência de uma defesa dos direitos individuais por meio de sanções de dissuasão (*deterrence*), saindo do tradicional esquema da responsabilidade civil (*torts*). Cf., a esse respeito, a excelente nota publicada na *Harvard Law Review*, vol. 93, nº 5, março de 1980, pp. 966 e ss. Não se deve olvidar, de resto, que as funções tradicionais da responsabilidade civil não se limitam à mera indenização, mas objetivam também, em certas hipóteses, a punição do responsável. Cf. a tese de B. Starck, no direito francês, *Essai d'une Théorie Générale de la Responsabilité Civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947.

Frequentemente, no entanto, sob a invocação de interesses superiores da sociedade (análoga à invocação da razão de Estado na esfera política), o que ocorre, na verdade, é o sacrifício dos não controladores ao capricho ou interesse pessoal dos controladores; ou a interesses que não são, propriamente, os da sociedade em questão, e sim do grupo econômico mais vasto no qual se insere.

Esse conflito de interesse pode manifestar-se pelo exercício do direito de voto em assembleia, ou por decisões tomadas em nível administrativo.

O Decreto-Lei n° 2.627 tinha, no que concerne ao conflito de interesses no exercício do voto, as disposições dos arts. 82 e 95.³³ A existência de uma contradição de interesses, como salienta a doutrina, é questão de fato, a ser apreciada em concreto, conforme as circunstâncias.³⁴ Mas, de qualquer forma, o que a lei previa era apenas um conflito entre o interesse pessoal do acionista, que toma parte na votação, e o da sociedade. Bem se vê que a realidade do grupo econômico estava totalmente ausente do espírito do legislador de 1940, pois, no seio do grupo, como frisamos, é normal o sacrifício de uma sociedade ao interesse coletivo do grupo econômico, que não se confunde, propriamente, com o interesse particular do acionista controlador. A lei acionária alemã (§ 243, alínea 2), muito mais aderente à realidade econômica, inclui na proibição também o voto em assembleia por interesse de outrem, em conflito com o da própria sociedade (a menos que haja o reconhecimento expresso da existência de grupo, com a celebração de um “contrato de empresa”, como veremos abaixo).

A Lei n° 6.404/76, nesse particular, aperfeiçoou o direito anterior, admitindo que possa haver abuso no exercício do direito de voto com o fito de obtenção de vantagem para o votante ou para outrem, em prejuízo não só efetivo, mas também potencial “à companhia ou a outros acionistas” (art. 115). Prevê, ademais, a ocorrência de abuso da minoria, no exercício do voto (§ 3°).

Nota de Texto 72 A questão do conflito de interesses é na verdade nuclear para o controle do exercício do poder pelo controlador e para a própria criação de um ambiente societário cooperativo. Aqui, a teoria dos jogos é de grande valia para demonstrar o porquê. Como explicado na Introdução, a moderna teoria dos jogos demonstra que o comportamento individual é fortemente influenciado pela estrutura de relacionamento interindividual. Se essa estrutura estimula a cooperação, haverá possibilidade de cooperação, caso contrário não. Dois elementos importantes para determinar essa estrutura

³³ Art. 82. “O acionista não pode votar nas deliberações da assembleia-geral relativas ao laudo de avaliação dos bens com que concorrer para a formação do capital social, nem nas que venham a beneficiá-lo de modo particular.”

³⁴ M. Valverde, *Sociedade por Ações*, cit., II, n° 455; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., L., § 5.322,4.

são a reputação dos agentes e o próprio tipo de integração, ou seja, se é de soma zero (tudo o que um ganha o outro perde) ou não.

O primeiro elemento é relevante, pois se a reputação do segundo agente for individualista, o primeiro terá mais estímulo a um comportamento individualista (como ocorre no dilema do prisioneiro). Quanto ao segundo elemento, sua relevância decorre de sua própria efetivação. Interações que não são de soma zero podem trazer benefício a um jogador sem prejudicar o outro. O comportamento cooperativo é mais provável.

Ora, a regra de conflito (sobretudo a formal) pode influenciar decisivamente os dois fatores. De um lado, retirando o acionista das decisões em que tem interesse individual, impede a formação de uma reputação individualista. A cooperação entre os acionistas é mais provável. De outro, a mesma proibição de voto em uma rodada da interação que seria seguramente de soma zero (pois havendo interesse individual envolvido em uma determinada decisão, tudo o que a companhia perder reverterá em benefício para o acionista) acaba por transformá-lo em interação de soma diferente de zero. Aumenta ainda mais, portanto, a possibilidade de cooperação. A regra do conflito de interesses formal tem, portanto, dupla função. Além de evitar decisão seguramente prejudicial à sociedade, ajuda a formação de um ambiente cooperativo, fundamental para seu desenvolvimento.

A todos esses argumentos teóricos e de fato têm sido dada muito pouca atenção, em função exatamente da interpretação contratualista, retro criticada (Nota de Texto 70), da lei societária brasileira.

A posição contratualista tradicional privilegia a chamada regra de conflito de interesses material. Segundo ela o voto do acionista em assembleia é sempre permitido, devendo ser *a posteriori* comparado ao interesse social para eventual anulação. Essa ideia contratualista vem sendo utilizada na interpretação do art. 115, § 1º, da lei societária, e vem gerando inúmeras controvérsias doutrinárias a respeito da sua aplicação. Dúvidas não há sobre as primeiras duas hipóteses do dispositivo.

Sobre a última hipótese, no entanto, paira forte discussão doutrinária. A dúvida é sobre sua caracterização como conflito de interesse formal ou material.³⁵ E nota-se que essa é a hipótese mais

³⁵ Parte da doutrina classifica a hipótese do art. 115, § 1º, como conflito formal, no sentido de que não poderia o acionista concorrer para a formação da vontade expressa em deliberação assemblear relativa "ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação

importante, pois é nela exatamente que se formula o princípio geral de conflito repetido, de resto, corretamente no art. 156 da lei (conflito de interesses dos administradores).³⁶

O grande problema é, ainda aqui, o recurso à expressão “interesse conflitante com o da companhia”. Mal definido e mal estabelecido estruturalmente como é o interesse social, tal menção só reforça posições jurisprudenciais tendencialmente avessas a intervir nos negócios sociais.³⁷

Na prática, esse sistema tem levado à virtual desaplicação das regras sobre conflito de interesses, pois a anulação de atos é incompatível com a atividade societária. Chegado o momento da decisão final em processo de conhecimento visando a anulação da Assembleia, tantas e tão várias consequências da assembleia impugnada já decorreram para a companhia e para terceiros que é inviável anulá-la. Em jurisprudência, esse tipo de questão tem se resolvido ou pelo simples atendimento de pedido subsidiário

do capital social e à aprovação de suas contas como administrador”. A participação do acionista em duas posições jurídicas contrapostas é razão suficiente para a suspensão do exercício de voto. Nesse sentido, v. M. Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 410 e 411. Por outro lado, há a indagação se existiria, no dispositivo legal, uma efetiva violação a acarretar a nulidade do voto *per se* ou se a sanção legal de anulação somente seria aplicada na presença de conflito material de interesses, v. E. Valladão França, *Conflito de Interesses nas Assembleias de S.A.*, cit., p. 92. Este questionamento serve à parte da doutrina que considera necessária a avaliação de conflito de interesses *in concreto*, não bastando sua mera previsão formal: “cabe indagação relativamente ao mérito da incompatibilidade entre o exercício ao voto com a matéria submetida à deliberação da assembleia-geral, de onde deva ser encarado casuisticamente, para efeito de sua anulação”, v. L. G. Leães, “Conflito de Interesses”, *in Estudos e Pareceres sobre Sociedades Anônimas*, cit., p. 25. Por fim, há terceira posição no sentido de que embora o conflito de interesses deva ser apurado caso a caso, permanece a proibição do voto “quando se trata de uma das situações de conflito aberto de interesses, relacionadas no § 1º do art. 115”, pois “trata-se, afinal, de mera aplicação do princípio *nemo iudex in causa propria*”, v. F. K. Comparato, “Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação direta de controle empresarial”, *in Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 91.

³⁶ Como já visto anteriormente, o princípio geral de conflito de interesses é aplicável a todos os gestores de patrimônio alheio.

³⁷ Tais posições baseiam-se exatamente na impossibilidade de definição judicial do interesse da companhia. As decisões proferidas por nossos Tribunais Superiores manifestam alinhamento à interpretação dada pela doutrina à matéria, que considera o interesse da companhia como o interesse comum dos acionistas abstratamente considerados (*uti socii*) e não como a somatória de interesses individuais de cada acionista (*uti singuli*) (v. RT 615/162, e TJSP, 18.11.1996, *in* N. Eizirik, *Sociedades Anônimas – Jurisprudência*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 175).

de perdas e danos (solução ineficaz para o controle do poder do controlador, como visto no texto) ou pela pura e simples rejeição do provimento pedido, com base na maioria das vezes em razões processuais.³⁸

Na perspectiva institucional organizativa a regra de conflito de interesses assume uma função nova e bem mais importante. Trata-se do instrumento mais importante de depuração dos interesses individuais dos sócios, permitindo a convivência e a cooperação societária.

Para tanto, ao contrário do que vem sendo a interpretação do art. 115, § 1º, da lei das sociedades anônimas, é preciso reforçar a ideia de conflito de interesses formal.³⁹ Em presença de uma definição procedimental do conflito de interesses, como é a organizativa, torna-se inútil qualquer definição que exija a predefinição do interesse social. É claramente o que ocorre com a concepção material, que só pode ser aplicada comparando em cada caso o interesse do sócio com o interesse da sociedade.

Ora, a interpretação organizativa, além da conveniência teórica, implica nada mais que dar valor à letra do art. 115, § 1º, da lei societária, expresso ao afirmar que não pode participar da deliberação acionista com qualquer interesse especial no negócio de deliberação. Trata-se, portanto, de proibição de participação e não participação controlada pela regra de conflito de interesses material. Mas não só gramatical é a interpretação. Também teleológica. Basta observar a já mencionada dicção claramente organizativa do art. 116 da mesma lei.

³⁸ A análise de decisões recentes leva a concluir pela preferência de uma maior flexibilização da aplicação dos dispositivos legais que ensejam a anulação e manutenção da validade da assembleia impugnada, ou anulação de apenas parte de suas deliberações. V. os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo: Recurso Especial nº 74.683-SP (1996), que rejeita a anulação de assembleia em que os votos que teriam sido proferidos irregularmente não eram suficientes para modificar o sentido da deliberação; Apelação Cível nº 40.514-4/3 (1998), que considera insuficiente para anular a assembleia-geral erro formal na redação de sua ata, bastando sua correção; Recurso provido *JTJ* (227/147), que determina a anulação da assembleia-geral ordinária apenas na parte em que deliberou quanto à forma de apuração dos dividendos das ações e seus reflexos nas demonstrações financeiras.

³⁹ “O conflito formal de interesses foi recentemente afirmado em decisão do Colegiado da CVM. Trata-se do julgamento do caso Tractebel (Processo RJ 2009-13179, julgado em 9 de setembro de 2010), que indica novos rumos especialmente à relação entre controladores e minoritários, ao esclarecer que em situações de conflito o acionista interessado deve necessariamente se abster e deixar aos demais a formação da maioria necessária para a aprovação da matéria.”

Aqui, portanto, verifica-se um dos mais graves desajustes da aplicação da lei. Embora na teoria moderna, os objetivos e princípios da lei e a própria letra do art. 115, § 1º, indiquem no sentido institucional organizativo, a interpretação contratualista da lei tem levado à impossibilidade de imposição de limites ao poder do controlador. A nossa tradicional e histórica tolerância com o poder econômico (v. Introdução) se revela de forma particular e nefasta nessa interpretação da lei societária.

No art. 117, dá-se o elenco das manifestações de abuso de controle. A enumeração constante do § 1º, de caráter obviamente exemplificativo, enseja uma aplicação analógica da norma. Mas a analogia supõe a identidade de um elemento nuclear, entre a hipótese de incidência definida em lei e o caso real assemelhado. Daí por que, adiantando o que será exposto no capítulo seguinte, não nos parece legalmente possível fazer atuar a regra do art. 117 a fim de responsabilizar o acionista controlador pelos débitos da companhia para com terceiros em caso de abuso. Tal hipótese não encontra nenhum elemento central de analogia com as modalidades abusivas previstas no § 1º do artigo, nem tampouco se compreende na fórmula geral do art. 116, parágrafo único. Ademais, a sanção prevista no art. 117 – perdas e danos – não se confunde com a responsabilidade subsidiária pelas dívidas sociais.

Na enumeração legal das hipóteses de abuso, não se descobre nenhum caso típico de excesso de poder, tal como definido acima, ou seja, o emprego de meios desnecessariamente custosos para alguns dos participantes da empresa na realização do que o empresário entende ser o interesse empresarial. O fato, previsto na alínea *b*, de liquidação de companhia próspera, não está obviamente ligado a interesses empresariais legítimos, mas ao interesse egoísta do controlador de obter vantagem indevida.

Torna-se difícil, nessas condições, aplicar a norma legal a casos frequentes de excesso de poder, como a contenção salarial excessiva (sob a justificação de mera obediência a índices de reajuste oficiais), ou a dispensa maciça de empregados.

Nota-se, ainda, completa ausência de previsão do abuso por omissão no exercício dos poderes de direção das atividades sociais e na orientação do funcionamento dos órgãos da companhia. Todas as hipóteses contempladas no § 1º do art. 117 são comissivas. No entanto, a fórmula genérica do art. 116, parágrafo único, comporta, evidentemente, um dever ativo do controlador, e é este princípio que deve prevalecer, não se podendo interpretar isoladamente esses dispositivos legais.

Observa-se, ainda, que todas as modalidades abusivas descritas no § 1º do art. 117 são dolosas, sendo que algumas delas (alíneas *b* e *c*) exigem do agente dolo específico. Em certos casos, o intento fraudulento ou predatório do controlador é facilmente dessumível dos fatos. Em outras hipóteses, porém, a prova do elemento subjetivo revela-se diabólica, a não ser recorrendo a presunções *hominis*, fundadas em indícios e circunstâncias; ou então admitindo, para efeitos civis, que a culpa grave ao dolo se equipara.

Nota de Texto 73 É importante aqui aprofundar um pouco a questão, indagando o significado do dolo específico.

Para tanto, o recurso à teoria de direito penal é muito útil, pois aí é que mais se desenvolveu – por razões óbvias – a discussão acerca do significado dos elementos subjetivos. Como é sabido, desde a adoção plena da teoria finalista, a partir da reforma de 1984 do Código Penal, o elemento intencional é parte da ação típica.⁴⁰

O resultado imediato desse deslocamento no âmbito do direito penal é que o dolo e a culpa, influenciados pela finalidade da ação, deixam de ser elementos da culpabilidade, e passam a ser elementos da conduta típica. Assim, não é o delito que se caracteriza como doloso ou culposo, mas os delitos serão de ação dolosa e ação culposa.

A conduta que pode se manifestar na forma de ação ou omissão, pode ser dolosa ou culposa. A diferenciação é estabelecida por Welzel da seguinte maneira: se há uma lei que proíbe ou prescreve uma determinada ação, com o objetivo de evitar um fim social indesejado, preocupa-se a lei com a finalidade pela qual o autor realiza a ação. No entanto, há regras que apenas prescrevem a seleção e aplicação de determinados meios, independentemente dos fins visados pelo agente. A lei exige a seleção e aplicação dos meios como medida mínima para direção final com o fim de evitar efeitos socialmente indesejados.⁴¹

Note-se que o agente, nesse segundo caso, não pode realizar a ação se não puder empregar os meios necessários para sua realização. Nesse sentido, a prudência na direção é exigida dos motoristas. Se não houver tal prudência, e um fim social não desejado for atingido, ainda que não fosse esse o fim do agente, ele será punido. Esses delitos, que visam a proteger a sociedade de fins sociais indesejados, são os delitos culposos.

O delito culposo diferencia-se, dessa maneira, do delito doloso: no segundo há uma preocupação com a finalidade da ação do agente, apenas configurando-se o delito quando o agente visa a atingir o fim proibido pela lei. No primeiro, não importa o fim visado pelo agente, mas apenas o emprego dos meios prescritos por lei como necessários à realização daquela ação.

⁴⁰ A respeito da teoria finalista, ver a obra de H. Welzel, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1964, p. 26.

⁴¹ Cf. H. Welzel, *El nuevo sistema del derecho penal*, cit., p. 30.

A ideia da vontade, no direito penal, como é bem sabido, tem como elemento central a ideia de que a ação dolosa é aquela praticada consciente e voluntariamente. Há, portanto, um elemento cognitivo – consciência da ação e de seu resultado – e um elemento volitivo – disposição de realizá-lo.⁴²

Assim, o dolo específico resume-se na realidade à demonstração da ligação da conduta descrita na norma ao resultado. Havendo, portanto, descrição e objetivação em lei da conduta ilícita – o dolo se resume à demonstração do nexu causal dessa conduta com o resultado. Essa conclusão é absolutamente coerente com a legalidade estrita do direito penal. É ela que permite e exige a incorporação da finalidade (dolo específico) no próprio tipo. A situação é absolutamente diversa de cláusulas genéricas como a existente para a responsabilização civil. Ali em ausência de previsão legal expressa e detalhada da conduta ilícita é necessário verificar nos fatos a ausência de cuidados (culpa) ou a intenção lesiva.

Ora, as hipóteses do art. 117 da lei societária fazem parte do primeiro grupo. Há definição expressa e taxativa das hipóteses de abuso. Exatamente como no direito penal, a definição exaustiva das condutas se de um lado é garantia da legalidade, de outro serve para objetivar o dolo. A prova do dolo resume-se então à conduta e ao dano causado à companhia, estando o dolo objetivamente caracterizado em lei na prática da conduta.

De se notar, por fim, que a lei nem sempre exige que o ato abusivo seja praticado em benefício do próprio controlador, exceto nas hipóteses das alíneas *b* e *f*.

Esclarecidos, assim, os conceitos, bem como o sentido geral das normas em vigor entre nós, convém analisar agora as manifestações mais frequentes de desvio do poder de controle ou de fraude à lei, com os remédios jurídicos disponíveis, tanto no caso de sociedade anônima isolada, como no de grupo societário.

a) Na sociedade anônima isolada

120. Já salientamos que o desvio de poder difere do ato *contra legem* pelo fato de, naquele, o agente procurar respeitar a legalidade formal, ou meramente aparente. Assim, o acionista que vota deliberação conflitante com o interesse social procura sempre justificar seu voto com razões de aparente benefício para a sociedade, ou,

⁴² A respeito do dolo, ver a clássica lição de F. Carrara, *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, Giachetti, 1874, vol. I, p. 292.

pelo menos, de inelutabilidade de outra decisão por imposições inderrogáveis de ordem econômica.

É o caso, notadamente, do clássico problema do autofinanciamento. O controlador pode obter satisfação do seu interesse econômico pessoal, na sociedade, sem a distribuição de dividendos, sobretudo, quando ocupa postos de direção na companhia, e se atribui elevados honorários, além de gozar de outras vantagens inerentes ao cargo. Pode acontecer, mesmo, que a sistemática retenção de lucros líquidos constitua uma política deliberada de “congelamento” da minoria, como se diz no jargão societário norte-americano, compelindo-a a desfazer-se de suas ações a baixo preço.

Antes da lei acionária de 1976, a doutrina e a jurisprudência ainda não haviam definido, claramente, o remédio jurídico que competia ao acionista prejudicado, nesse tipo de desvio de poder. Em sua excelente monografia sobre o direito do acionista ao dividendo, Luiz Gastão Paes de Barros Leães apontou dois caminhos: a ação de nulidade ou de anulação da deliberação da assembleia-geral e a ação de responsabilidade civil e criminal dos diretores e fiscais.⁴³ Trata-se, a nosso ver, de remédios indiretos e, por isso mesmo, nem sempre adequados à satisfação do interesse lesado.

A jurisprudência, por sua vez, admitia que pudesse haver dissolução compulsória da companhia, pela não distribuição de lucros, durante vários exercícios. Em acórdão de 1962, o Tribunal de Justiça do Paraná adotou essa solução, invocando para tanto o “preceito da lei que estabelece que a sociedade anônima, qualquer que seja seu objeto, é sempre mercantil, não podendo, por isso mesmo, deixar de ter por finalidade precípua o lucro e atendendo que, na espécie, não obstante ter dez anos de existência, a sociedade ainda não distribuiu dividendos, tornando-se passível de liquidação, nos termos do art. 138, b, do Decreto-Lei n° 2.627, de 26.09.1940.”⁴⁴ O Tribunal de Justiça de São Paulo também assim já decidiu, embora, na espécie, o não pagamento de dividendos não tivesse sido o motivo único, nem mesmo o principal, da dissolução da companhia. A fundamentação do aresto, no entanto, faz explícita referência ao desvio de poder: “A sociedade apelante suspendeu a distribuição de dividendos desde o exercício de 1949 até o de 1954, quando foi proposta a ação. Podia fazê-lo, sem dúvida, pois a lei não veta a retenção de dividendos desde que haja necessidade ou conveniência para o interesse coletivo. Mas esse princípio não é, nem pode ser, absoluto. E isso porque, desde que haja abuso ou malícia das assembleias-gerais da sociedade na deliberação de não distribuir dividendos, a retenção destes chocar-se-ia com o direito do acionista aos lucros sociais, consagrado no artigo 78, a, da Lei das Sociedades por Ações (Decreto-Lei n° 2.627, de 26.09.1940). (...) Pelo exposto, para que se justificasse a retenção dos dividendos pela apelante, necessário seria que esta demonstrasse, cumpridamente, a necessidade ou conveniência dessa medida para a consecução de seus objetivos sociais, coisa que não se depara nestes

⁴³ L. G. Leães, *Do Direito do Acionista ao Dividendo*, São Paulo, 1969, cap. VII.

⁴⁴ Apelação Cível n° 255/61, 3ª Câm. Civ., Relator Segismundo Gradowski, RT 320/527.

autos e que conflita com o disposto no art. 15 dos estatutos da apelante, onde se prevê o pagamento dos dividendos na base de 6% ao ano, sobre o valor do capital social".⁴⁵

Ora, quando há previsão dos dividendos fixos nos estatutos, parece muito mais natural a admissibilidade da ação de cobrança, uma vez demonstrado o desvio de poder. Foi, aliás, o que reconheceu o mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão posterior, julgando incabível a ação cominatória.⁴⁶

A Lei nº 6.404/76 estabeleceu uma garantia de dividendo mínimo a todos os acionistas, em função do lucro líquido do exercício (art. 202). Previu duas exceções ao pagamento desse mínimo: nas companhias fechadas, desde que não haja oposição de nenhum acionista presente à assembleia-geral; e, de modo geral, no exercício em que os órgãos da administração informarem à assembleia ordinária ser esse dividendo incompatível com a situação financeira da companhia. Nesta última hipótese, o conselho fiscal, quando em funcionamento, dará parecer a respeito e, se se tratar de companhia aberta, uma informação será transmitida à Comissão de Valores Mobiliários. Os lucros assim retidos devem ser registrados como reserva especial e, se não absorvidos por prejuízos em exercícios subsequentes, serão pagos como dividendos assim que o permitir a situação financeira da companhia.

Nota de Texto 74 A Lei nº 10.303/01 introduziu uma terceira hipótese de retenção do lucro líquido. Trata-se daquela retenção destinada a captar recursos por debêntures não conversíveis em ações, desde que evidentemente não haja oposição de nenhum acionista (art. 202, § 3º, I, da Lei nº 6.404/76).

É bem de ver que a lei não estabeleceu a igualdade de direitos de todos os acionistas sobre esse dividendo obrigatório; ao contrário, ressaltou, expressamente, as preferências ou vantagens dos titulares de ações preferenciais (art. 203 da Lei nº 6.404/76). O indispensável é que o dividendo global não seja inferior ao mínimo legal, ainda que os dividendos atribuídos, por exemplo, às ordinárias não atinjam a porcentagem fixada em lei, ou nos estatutos, para aquele.

Nesse sistema, é indubitável que o acionista tem ação de cobrança dos dividendos correspondentes à porcentagem mínima contra a companhia fora das situações excepcionais assinaladas.

Convém, no entanto, assinalar que o sistema do dividendo obrigatório não eliminou a possibilidade jurídica de abuso do controlador na fixação da política de remuneração dos acionistas. Tanto mais que em muitas companhias, aproveitando-se da *vacatio legis*, o controlador fixou a porcentagem do dividendo obrigatório

⁴⁵ Apelação Cível nº 80.668, 5ª Câm. Civ., Relator J. C. Ferreira de Oliveira, RT 265/454.

⁴⁶ Apelação Cível nº 142.811, 1ª Câm. Civ., Relator Pinto do Amaral, RT 368/129.

em nível bem inferior ao estabelecido no § 2º do art. 202. Seja como for, o simples respeito à exigência mínima fixada em lei não dá ao empresário um *bill* de indenidade nessa matéria.

É possível uma redução do dividendo obrigatório, fixado no estatuto, em menos de 25% do lucro líquido ajustado? A ambígua redação do dispositivo legal (art. 202, § 2º) parece ensejá-la; e essa interpretação é corroborada pela previsão do recesso, como remédio de proteção ao acionista dissidente (art. 137).

121. Uma maneira disfarçada de se desviarem lucros da sociedade, os quais, normalmente, deveriam aproveitar aos acionistas, consiste na exagerada remuneração dos administradores. O caso ocorre com frequência, quando estes são também os controladores e pode combinar-se, ou não, com a inadequada distribuição de dividendos.

O Tribunal de Justiça de Alagoas teve ensejo de decidir, há vários anos, uma dessas manifestações de desvio de poder, aplicando a doutrina que vimos desenvolvendo.⁴⁷ Na ação, o autor alegou que os três diretores da companhia eram os únicos sócios de uma sociedade limitada, que detinha dois terços do capital daquela. Em 1947, o autor já havia acionado esses diretores, pretendendo que fossem condenados a devolver aos cofres sociais quantias referentes a comissões sobre os lucros líquidos, percebidas de forma dupla e indevida, tendo sido a demanda julgada procedente. Em represália, a diretoria convocou a assembleia-geral, algumas semanas depois, promovendo uma substancial elevação de seus honorários. Precavendo-se, no entanto, contra uma possível arguição de nulidade dessa deliberação, a sociedade acionista, controlada pelos diretores, transferiu para seu procurador ações da companhia, em quantidade pouco superior à do autor da demanda. Dois anos após, havendo a companhia adquirido máquinas sem lançar no ativo o seu valor, o autor moveu nova ação judicial, também julgada procedente. Onze dias depois, a diretoria convocou a assembleia para decidir novo e substancial aumento de seus honorários, bem como uma elevação de sua participação nos lucros líquidos, de 20% para 30%. Sem aplicar a tese da desconsideração da personalidade jurídica em relação à sociedade constituída pelos diretores, que era acionista majoritário, tal como pedia o autor, o Tribunal anulou, não obstante a deliberação da assembleia-geral por abuso de poder.

Nos Estados Unidos, em que essa prática de abuso de poder é conhecida como *siphoning off corporate wealth*,⁴⁸ os tribunais têm reconhecido aos acionistas não controladores o direito de propor uma ação social *uti singuli* contra os controladores-administradores (*derivate action*), fundada no fato de que uma remuneração excessiva constitui malversação dos bens sociais.

⁴⁷ Apelação Cível nº 3.330, Relator Meroveu Mendonça, RT 154/341.

⁴⁸ Cf. F. H. O'Neal e R. B. Thompson, *Oppression of Minority Shareholders*, cit., pp. 85 e ss.

A nossa vigente lei acionária procurou tornar menos frouxo, nesta questão, o regime do Decreto-Lei nº 2.627. Estabeleceu o princípio de que a remuneração dos administradores deve ser fixada “tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado” (art. 152 da Lei nº 6.404/76). Vinculou a possibilidade de previsão estatutária de uma participação dos administradores no lucro líquido da companhia à fixação, pelos estatutos, do dividendo obrigatório em pelo menos vinte e cinco por cento desse lucro; e o pagamento de tal participação, à efetiva atribuição do dividendo obrigatório. Por outro lado, visando aos *fringe benefits*, que os administradores se outorgam fora de qualquer autorização da assembleia, conferiu a acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social o direito de exigir que o administrador de companhia aberta informe à assembleia-geral ordinária “os benefícios ou vantagens, indiretas ou complementares, que tenha recebido ou esteja recebendo da companhia e de sociedades coligadas, controladas ou do mesmo grupo”, bem como “as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível” (art. 157, § 1º, *c e d*).

Nessa matéria, aliás, espera-se que a Comissão de Valores Mobiliários saiba fiscalizar, adequadamente, o procedimento dos administradores nas companhias abertas.

122. Em contrapartida, pode também ocorrer desvio do poder de controle em detrimento de um ou alguns dos administradores. Mesmo não sendo acionista, o diretor participa do interesse social de produção e distribuição de lucros. Ele tem mesmo o dever funcional de atuar em vista da realização desse objetivo e, uma vez realizado, não pode ser excluído, abusivamente, da partilha de lucros pelo titular do controle social. Sem se chegar ao exagero de considerar que os diretores têm direito a essa forma de remuneração pelo exercício de suas funções, como proclamou um julgador,⁴⁹ não se pode deixar de reconhecer que a exclusão de determinado diretor dessa participação, ou a sua fixação em porcentagem irrisória em relação à dos demais, constitui, em tese, abuso de poder. Mas, justamente, porque não se trata de um direito do diretor, como o do acionista ao dividendo, é bem de ver que o juiz não pode substituir-se à assembleia-geral na decisão de distribuir essa participação nos lucros, caso não tenha havido discriminação entre diretores; mormente se a assembleia também decidiu não distribuir dividendos, pois a tanto se opõe a disposição imperativa do art. 152 e parágrafos da Lei nº 6.404/76. Todavia, contra essa orientação, que já resultava clara do Decreto-Lei nº 2.627 (art. 134), houve duas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo.⁵⁰

⁴⁹ Trib. Jus. S. Paulo, 1º Grupo Câm. Civ., embargos infringentes nº 112.838, Relator Dimas de Almeida, RT 346/169.

⁵⁰ 3ª Câm. Civ., Apelação Cível nº 91.499, Relator Raphael de Barros Monteiro, RT 286/322; e 2º Grupo de Câm. Civ., embargos na apelação retromencionada, relator Pedro Chaves, RT 294/187.

123. Outras hipóteses de opressão dos não controladores, repertoriadas na jurisprudência, são as de aumento de capital por subscrição e de alteração estatutária,⁵¹ ou de dissolução.

Num caso decidido pela Corte de Cassação italiana, e que mereceu comentário favorável de Ascarelli,⁵² a maioria procedeu a depreciações excessivas em verbas do ativo social, consignado no balanço, a fim de justificar um aumento de capital em montante elevado, aproveitando-se da momentânea impossibilidade financeira dos não controladores em subscrever a parte que lhes tocava nesse aumento. O Tribunal Supremo da Itália julgou que essa deliberação constituía, nitidamente, um desvio de poder.

Igualmente, pode-se considerar abusiva a deliberação de alteração estatutária, decidida pela maioria em assembleia, quando tenha por único escopo consolidar o seu poder, em prejuízo dos não controladores, e sem benefício ou interesse aparente da sociedade. O desvio de poder costuma transparecer, claramente, quando a deliberação da assembleia, visando à introdução nos estatutos de uma das cláusulas que analisamos no Cap. II da segunda Parte, ocorre após a manifestação de dissidência, qualificada ou não, no corpo acionário. É óbvio que onde haja desrespeito formal a normas imperativas, como a que fixa a maioria qualificada no art. 136 da Lei nº 6.404/76, ou a que exige a aprovação da alteração pela assembleia especial de acionistas preferenciais (mesmo artigo, § 1º), a deliberação é *contra legem* e, portanto, nula. Mas a opressão dos não controladores manifesta-se aí, mais frequentemente, pelo desvio de poder, com o respeito formal das regras legais. A deliberação da assembleia-geral, então, pode ser invalidada pela anulação do voto do controlador (art. 115).

Nota de Texto 75 Na verdade, havendo interesse direto do controlador, seu voto sequer deveria ser computado na assembleia, pois há conflito de interesses formal (artigo 115, § 1º, da Lei nº 6.404/76). Para mais detalhes, vide Nota de Texto 72.

No elenco exemplificativo das modalidades do exercício abusivo do poder de controle, constante do seu art. 117, § 1º, a nova lei de sociedades por ações inclui o fato de o controlador “promover a liquidação de companhia próspera (...) com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia”. Foi o que ocorreu no caso de *Lebold v. Inland Steel Co.*, decidido nos Estados Unidos:⁵³ o controlador lançou mão desse recurso extremo, a fim de se

⁵¹ Cf. A. A. Berle Jr. e G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Nova Iorque, Ed. Revista, 1967, cit., pp. 221 e ss. e 235 e ss.; T. C. Duarte, *O Abuso do Direito e as Deliberações Sociais*, 2ª ed., Coimbra, 1955.

⁵² T. Ascarelli, *Studi in Tema di Società*, cit., pp. 147 e ss.

⁵³ *Lebold v. Inland Steel Co.*, 125 F.2d 369 (7th Cir. 1941).

ver livre de um contrato que passara com a companhia, considerado prejudicial aos seus interesses.

124. A jurisprudência estrangeira registra, também, alguns casos de desvio de poder por meio da constituição, pelo controlador, de uma sociedade especialmente destinada a servir de instrumento à opressão dos não controladores. Nos Estados Unidos, por exemplo, cita-se o caso *Matteson v. Ziebarth*.⁵⁴ O acionista A, possuindo dois terços do capital votante da companhia X, negociou pessoalmente com a companhia Y, a licença de utilização de marcas de fábrica daquela por quantia irrisória, desde que ele, acionista A, fosse contratado pela companhia Y com honorários elevados; ficando, igualmente, assentado que Y receberia uma opção para a aquisição de todas as ações de X. Como um acionista minoritário desta se recusou a dar opção de transferência de suas ações, A constituiu a sociedade Z, na qual detinha o controle absoluto. Logo em seguida, as assembleias-gerais de X e Z aprovaram a sua fusão, com a observância rigorosa de todas as regras formais, estipulando-se que os acionistas de X receberiam ações preferenciais sem voto na nova companhia oriunda da fusão. Concluída esta, a nova companhia celebrou o acordo de licenciamento de marca de fábrica com Y, que também contratou A como *manager*.

A Corte de Cassação francesa também teve ocasião de aplicar o princípio do abuso de poder, ao anular a deliberação de assembleia-geral de uma companhia que aprovara a celebração de um contrato de “locação-gerência” do seu fundo de comércio, com uma outra sociedade constituída pelos acionistas majoritários especialmente para essa finalidade.⁵⁵

No Brasil, deliberações dessa ordem seriam, sem dúvida, passíveis do disposto no art. 115 da Lei nº 6.404/76.

125. No regime do Decreto-Lei nº 2.627, nada se previa quanto às hipóteses de contradição de interesses fora da assembleia, isto é, sem que houvesse efetivo exercício do direito de voto. Tudo se passava, na visão irrealista do legislador, como se não existisse controle, ou melhor, como se o acionista só manifestasse as suas prerrogativas de poder, inerentes à propriedade acionária, no momento da reunião da assembleia-geral. Fora desta, o conflito de interesses só podia manifestar-se entre um diretor e a companhia (Decreto-Lei nº 2.627, art. 120).

São frequentes, no entanto, os contratos entre a sociedade e o seu controlador, ou uma outra sociedade igualmente controlada por este, causando evidente prejuízo aos não controladores e mesmo aos terceiros credores, pela lesão do patrimônio social.⁵⁶

⁵⁴ *Matteson v. Ziebarth*, 40 Wash. 2d 286, 242 P. 2d 1.025 (1952).

⁵⁵ *RTDC* 1973, 3, pp. 86/587.

⁵⁶ Como disse o juiz Brandeis, em julgado sempre citado nos Estados Unidos, “*the majority has the right to control; but when it does so, it occupies a fiduciary relation toward the minority, as much so as the corporation itself or its officers and directors. If, through*

Só mesmo o respeito a uma concepção mítica da personalidade jurídica impedia o reconhecimento da existência, em tais hipóteses, de um contrato consigo mesmo que a mais antiga tradição jurídica sempre condenou.

Tais ajustes ou acordos não podiam deixar de ser considerados ineficazes, mesmo na ausência de proibição legal expressa pela aplicação da teoria do desvio de poder. A nova lei de sociedades por ações não se omitiu a respeito. Considerou modalidade de abuso de poder pelo controlador, “contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento, ou não equitativas” (art. 117, § 1º, f). Deveria, no entanto, ter exigido a prévia autorização da assembleia-geral, sem o voto do controlador.

126. Mas quem deve responder pela composição das perdas e danos?

Se a ação é intentada por acionista, não há de ser, evidentemente, a própria sociedade, pois isto seria dar com uma mão o que se tira com a outra. A responsabilidade pela indenização dos prejuízos só pode ser do controlador, que incorreu no desvio de poder⁵⁷ como estatui, corretamente, a Lei nº 6.404/76 (art. 117). Mesmo que a decisão seja tomada em assembleia, não se pode considerar o ato como praticado pela própria sociedade, segundo a concepção orgânica. Em primeiro lugar, porque agir é atributo do homem. O que há, em verdade, é um problema de atribuição dos efeitos de atos humanos, como bem salientou a moderna doutrina crítica da personalidade jurídica. Ademais, porque a assembleia não se confunde nunca com a sociedade anônima, como frisamos.⁵⁸ Finalmente, porque o desvio de poder, no qual incorre o controlador, desnatura a legitimidade da decisão coletiva, malgrado a sua regularidade formal, paralisando, portanto, aquela atribuição de efeitos dos atos praticados, que acabamos de mencionar. Sem dúvida, os diretores, que praticaram o ato abusivo e danoso para os interesses dos não controladores, incorrem na responsabilidade funcional regularmente estabelecida em lei (Lei nº 6.404/76, art. 158), pelo fato de haverem procedido com culpa ou dolo, não obstante dentro de suas atribuições ou poderes. Mas essa responsabilidade dos diretores não exclui, no novo sistema legal, a do titular do poder de controle, que pode não ser administrador (art. 117, § 3º).

O direito alemão tem, a esse respeito, uma disposição geral repressora do ato de “aproveitamento da própria influência sobre a sociedade” (lei acionária de 1965, § 117), consistente em induzir, pelo exercício intencional da própria influência sobre ela, um administrador, procurador ou preposto, a agir em detrimento da sociedade. O agente é obrigado a indenizar a sociedade e, eventualmente, os próprios acionis-

that control, a sale of the corporate property is made and the property acquired by the majority, the minority may not be excluded from a fair participation in the fruits of the sale” (Southern Pacific Co. v. Bogert, decidido pela Suprema Corte em 1919).

⁵⁷ Cf. A. Wald, “Irresponsabilidade da Sociedade Anônima por Decisões Nulas ou Abusivas da Assembleia-Geral”, *RDM* nova série, nº 12, 1973, p. 11.

⁵⁸ Cf. *supra* nº 3.

tas lesados. Com o agente respondem também, solidariamente, os administradores sociais, a menos que o ato por eles praticado seja fundado em uma deliberação da assembleia-geral, tomada de acordo com os preceitos legais. Já nos referimos a esse dispositivo, quando tratamos do controle externo.⁵⁹ Na lei germânica, ele se aplica, de fato, a ambos os gêneros de controle. Na nossa Lei nº 6.404/76, deve-se referir a norma do art. 117, § 1º, e, que visa, tão só, ao acionista controlador.

Na hipótese de controle conjunto, todos os acionistas controladores responderão solidariamente pelos prejuízos causados, por aplicação da regra constante do art. 942 do Código Civil.

127. Há, ainda, situações em que o controle de outra sociedade pode servir para fraudar a aplicação de disposições legais imperativas. Não se trata de questão inserida na problemática do grupo societário, pois não há, necessariamente, conjugação de atividade empresarial entre ambas as sociedades, com a consequente unidade de direção.

É o caso, por exemplo, do diretor que obtém a aprovação de suas contas em assembleia, graças ao voto decisivo de uma sociedade acionista, por ele controlada, frustrando-se, destarte, a aplicação da norma proibitiva do art. 134, § 1º, *in fine*, da Lei nº 6.404/76, sancionada até mesmo penalmente (Código Penal de 1940, art. 177, § 1º, VII). Nota-se que a lei penal fala em aprovação de contas mediante interposição de pessoa. Mas a doutrina considera que essa interposição deve ter sido criada especialmente para o efeito de aprovação de contas.⁶⁰ Assim, se a sociedade controlada pelo diretor não foi constituída com essa finalidade, o seu voto de aprovação de contas não constituirá crime. Não obstante, entendemos que, no caso, a deliberação da assembleia pode ser considerada ineficaz pela ocorrência de fraude à lei, desde que, bem entendido, sem o voto dessa sociedade controlada pelo diretor, não haja aprovação das suas contas.

A vigente lei acionária parece tornar indubitável essa solução, ao dispor, no art. 115, que se considera abusivo o voto exercido com o fim de obter, *para si ou para outrem*, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. Ainda que se considere que a sociedade controlada pelo administrador não é o seu *alter ego*, é bem de ver que, ao votar abusivamente pela aprovação das contas desse administrador, ela o fez com o fito de obter para este uma vantagem a que ele não fazia jus, daí resultando, obviamente, um prejuízo ou possibilidade de prejuízo para a companhia.

Caso análogo é o do administrador que obtém a concessão de empréstimo, pela sociedade por ele administrada, sem autorização de assembleia-geral, a benefício de outra sociedade da qual detenha o controle. A nossa lei penal (Código de 1940,

⁵⁹ Cf. *supra* nº 18.

⁶⁰ Cf. C. Pedrazzi e P. José da Costa Jr., *Direito Penal das Sociedades Anônimas*, cit. pp. 210 e ss.

art. 177, § 1º, III) não se refere à obtenção de empréstimo por interposta pessoa, ao contrário, por exemplo, do disposto no Código Civil italiano (art. 2.624). A doutrina penalista dá ao texto uma interpretação mais compreensiva, admitindo que, para a ocorrência de crime, não há necessidade de o diretor figurar, abertamente, como parte contratante. “Toma empréstimo também aquele que agir por meio de um ‘testa de ferro’, ou por qualquer interposta pessoa. O essencial é que o diretor seja o real beneficiário do empréstimo.”⁶¹

A redação do art. 154, § 2º, *b*, da Lei nº 6.404/76, embora mais abrangente que a do art. 119, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 2.627, ainda não é suficientemente incisiva para a hipótese. Se o administrador figura como sócio totalitário da sociedade que recebe o empréstimo, ou se ela foi criada, exclusivamente, para essa finalidade, não nos parece admissível dúvida alguma quanto à ilicitude. Mesmo deixando de ocorrer um desses casos extremos, o contrato celebrado pode ser considerado ineficaz para a companhia mutuante, se as circunstâncias de fato evidenciarem a *fraus legi*, como sustentou Ascarelli.⁶²

b) No grupo econômico

128. No seio do grupo econômico, o problema da disciplina do desvio de controle torna-se mais agudo, pois a própria mecânica de funcionamento do conjunto empresarial tende, como salientamos,⁶³ não só à possibilidade de restrição ou supressão da distribuição de lucros, em uma ou em todas as sociedades que o compõem, como também a uma restrição na própria produção desses lucros. O interesse particular de uma sociedade pode ser sacrificado ao interesse geral do grupo.

Nota-se que esse desvio de poder, analisado na ótica do interesse particular de cada sociedade, pode ocorrer não apenas em sociedades controladas, ou “filiais”, mas também na própria controladora ou *holding*. Figure-se, por exemplo, a decisão de alteração radical do objeto social das sociedades controladas, de cessão do controle destas, da venda global dos bens do seu acervo empresarial, ou da dissolução das sociedades operantes; tudo isso deliberado em vista do interesse geral do grupo, e não do interesse particular da *holding*, de produção e distribuição de lucros. Imagine-se, mesmo, que a cessão de controle ou a venda dos bens do acervo empresarial de sociedades controladas sejam feitas para outras sociedades pertencentes ao grupo, simplesmente coligadas à companhia controladora, mas não dominadas por ela, por preço manifestamente irrisório, inferior, por exemplo, ao valor contábil das ações. Como não reconhecer o prejuízo sofrido pelos acionistas não controladores da *holding*, ou a probabilidade de prejuízo?

⁶¹ C. Pedrazzi e P. José da Costa Jr., *Direito Penal das Sociedades Anônimas*, cit., pp 191/192.

⁶² T. Ascarelli, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 491.

⁶³ Cf. *supra* nº 111.

Por outro lado, como também salientamos, o direito não pode descurar os relevantes interesses econômicos globais do grupo societário, que devem, mesmo, sobrepor-se ao interesse particular das sociedades que o compõem. O ponto de equilíbrio deve ser encontrado na legalização desse fato, acompanhada da imposição de limites, e de toda uma sistemática de adequada proteção aos interesses individuais lesados.

Foi o que fez o legislador alemão, na lei acionária de 1937, e mais completamente na de 1965. Naquela, o § 101, correspondente ao § 117 desta, ao reprimir o aproveitamento da própria influência sobre a sociedade, excluía da obrigação de indenizar o agente que houvesse atuado “para servir interesses merecedores de tutela” (*schutzwerdigen Belange*). Fundados numa observação da exposição de motivos, os comentaristas e os tribunais admitiram, sem discussão, que tais interesses eram justamente os do grupo econômico no qual a sociedade em questão se inseria.⁶⁴

A atual lei acionária alemã adotou uma sistemática um tanto diferente e, de qualquer modo, bem mais complexa. Ela partiu da distinção radical entre grupos de direitos e grupos de fato (*faktische Konzerne*), como já assinalamos.⁶⁵ Só os primeiros podem funcionar sem o respeito aos interesses particulares das sociedades componentes, mas com a compensação dos prejuízos causados. O livro terceiro da lei define os tipos de contratos de grupo, denominados “contratos de empresa” (*Unternehmensvertraege*), que podem constituir *Konzerne* de direito. São eles: o contrato de dominação (*Beherrschungsvertrag*) e o contrato de transferência de lucros (*Gewinnabfuhrungsvertrag*), ambos regulados no § 291; o contrato de comunhão de lucros (*Geftwinnngemeinschaft*), de transferência parcial de lucros (*Teilgewinnabfuhrungsvertrag*) e o arrendamento ou cessão de estabelecimento (*Betriebspachtvertrag, Betriebfuherlassungsvertrag*), no parágrafo seguinte. Só estes últimos eram regulados na Lei de 1937. De qualquer modo, esses tipos contratuais são os únicos aptos a constituir um grupo econômico de direito, e os seus instrumentos devem ser levados ao registro do comércio para que produzam efeitos jurídicos. A doutrina salienta que eles operam uma alteração nos fins sociais, passando as partes a atuar em função do interesse geral do grupo.⁶⁶

Acontece que os grupos de fato continuam a ser, ainda hoje, incomparavelmente mais numerosos que os grupos de direito. O arquivamento de um “contrato de empresa” no registro do comércio é fato relativamente raro na Alemanha. Ou seja, malgrado a reafirmação pelo legislador do princípio do respeito ao interesse particular de cada sociedade, no grupo de fato, e a imposição de um relatório pormenorizado sobre as relações entre as sociedades componentes do grupo, a ser apresentado, anualmente, pelos administradores à assembleia-geral (§ 312), a maior parte dos empresários

⁶⁴ H. Rasch, *Deutsches Konzernrecht*, cit. p. 163.

⁶⁵ Cf. *supra* n° 112.

⁶⁶ Cf. R. Godin e H. Wilhelm, *Aktiengesetz*, cit., II, pp 1.579 e ss.; H. Würdinger, *Aktien- und Konzernrecht*, 3° ed., Karlsruhe, 1973, p. 288.

entendeu mais conveniente não legalizar os grupos econômicos criados,⁶⁷ o que significa excluir da regulamentação legal um número considerável de sociedades anônimas, pois, segundo estimativas correntes, 70% a 80% das companhias alemãs integram-se num *Konzern*.⁶⁸

Constituído o grupo econômico de direito, os “acionistas estranhos” (*aussetehende Aktionaere*), como são chamados os não controladores na sociedade dominada ou submetida à transferência de lucros, passam a gozar de duas garantias: uma “indenização apropriada” (*angemessener Ausgleich*), equivalente ao dividendo, para os que desejam permanecer na companhia, na qualidade de “hóspedes tolerados”, como disse pitorescamente um autor;⁶⁹ ou então o direito de recesso, com o recebimento dos controladores de um contravalor (*Abfindung*) pelas ações cedidas.

A garantia do dividendo é dada em função da distribuição de lucros aos acionistas, feita no passado, e da distribuição previsível de dividendos no futuro, caso não fivesse havido o “contrato de empresa”; acrescentando, cautelarmente, a lei que se devem levar em conta as amortizações adequadas e as retificações de valores necessárias, mas não as reservas facultativas, anteriormente constituídas (§ 304, alínea 2), sem o que estaria legitimado até mesmo o autofinanciamento à *outrance*. Pode-se também – o que parece pouco justificado – estipular no contrato que os não controladores receberão dividendos correspondentes aos distribuídos pela sociedade dominante (*ibidem*).

Quanto à indenização pelo recesso, ela pode ser estipulada em ações de outra sociedade, ou da que exerce sobre ela o controle, ou ainda em dinheiro (§ 305).

Em contrapartida dessas garantias, estabelecidas em favor dos acionistas não controladores, o legislador alemão, inspirando-se, sem dúvida, no art. 209 da lei acionária inglesa de 1948, em matéria de *take-over bids*,⁷⁰ admitiu que, na hipótese da constituição de um poder de controle correspondente à detenção de 95% do capital acionário de uma companhia, e pertencente a outra sociedade por ações, esta pode expropriar os não controladores, mediante a entrega de ações do seu capital, ou do capital da sociedade à qual por sua vez se subordina, com uma eventual complementação em dinheiro (§ 320, alíneas 4 e 5).

Nos Estados Unidos, sustentou-se a necessidade de uma disciplina particular para as subsidiárias integrais, que detêm a quase totalidade (*megasubsidiaries*) ou uma parte significativa (*significant subsidiaries*) do acervo empresarial do grupo, isto é,

⁶⁷ Alguns juristas estrangeiros superestimam, assim, sem nenhum apoio na realidade, a importância desse relatório sobre as relações com as sociedades pertencentes ao grupo (cf., por ex., L. di Brina, “I Contratti tra Società Collegate nella Legge Tedesca sulla Società per Azioni”, in *RDC*, 1972, 1, pp. 226/227).

⁶⁸ Cf. H. Würdinger, *Aktien- und Konzernrecht*, cit., p. 254.

⁶⁹ L. Brina, “I Contratti tra Società Collegate nella Legge Tedesca sulla Società per Azioni”, cit.

⁷⁰ Cf. *supra* n° 79.

segundo a SEC, mais de 15% desse acervo, ou cujo faturamento ou receita ultrapassa 15% das vendas ou receitas do grupo.⁷¹ No primeiro caso, os atos da subsidiária de venda do seu acervo total, de incorporação em outra sociedade, de eleição de administradores, reforma dos estatutos ou dissolução devem ser exercidos, diretamente, por voto da assembleia de acionistas da *holding*, e não pelos representantes legais desta na subsidiária. É a doutrina do *pass-through*. Na segunda hipótese, já se admite que a decisão compita aos representantes da sociedade controladora na assembleia da subsidiária, mas sempre com a prévia aprovação da assembleia da *holding*.

Nota de Texto 76 Na Alemanha, essa necessidade prática teve elaboração teórica no famoso caso *Holz Müller*.⁷² Em uma *fattispecie* semelhante, de criação de uma sociedade unipessoal através da transferência de parte do patrimônio da sociedade (transformada em) *holding* (pura), em primeiro lugar impôs-se à diretoria (*Vorstand*) a convocação de uma Assembleia-Geral para decidir a respeito de uma transferência patrimonial para a sociedade controlada (o que não seria obrigatório de acordo com a lei societária). Afirmou-se também que, dali em diante, qualquer decisão sobre o aumento de capital na sociedade unipessoal deveria ser tratada como uma decisão da sociedade *holding*, exigindo consequentemente uma decisão da Assembleia-Geral dessa última com quórum qualificado (75%). Trata-se, com efeito, de atribuir diretamente à Assembleia-Geral decisões que normalmente competiriam à diretoria da sociedade controladora como representante do acionista único na sociedade unipessoal. A transferência de parte importante do patrimônio é apenas um exemplo. A mesma ameaça aos interesses da minoria da sociedade *holding* pode ser identificada, por exemplo, em decisões tendentes à conclusão de contrato de grupo, no caso de aumento de capital da sociedade controlada ou ainda no caso da admissão de terceiros na sociedade (nestes últimos dois casos, a sociedade tornar-se-ia pluripessoal com diminuição da participação relativa dos sócios minoritários).⁷³ O perigo evidente nesses dois casos é a utilização da sociedade unipessoal para permitir a diluição da participação votante dos minoritários no grupo. Não há porque, aí também, não se aplicar à controlada as regras existentes sobre utilização abusiva do poder de controle para diluição da participação dos minoritários.

⁷¹ Cf. M. A. Eisenberg, "Megasubsidiaries: The Effect of Corporate Structure on Corporate Control", in *Harvard Law Review*, vol. 84, n° 7, de maio de 1971, p. 1.577.

⁷² Caso *Holz Müller*, decisão de 25.02.1982, in *BGHZ* 83, 122.

⁷³ Cf. V. Emmerich e J. Sonnenschein, *Konzernrecht*, 3ª ed., Munique, Beck, 1989, p. 110.

O antídoto para esse tipo de comportamento é evidente. Na concepção organizativa da sociedade, a procedimentalização da atividade social e o cumprimento das formalidades societárias aparecem como requisito fundamental para a separação das esferas. No caso dos grupos, no entanto, a essa necessidade se contrapõe uma outra: impedir o conflito de interesses na *holding*. A realização de Assembleias exclusivamente com um representante da *holding* pode servir como meio de fortalecer a posição de seu controlador em detrimento dos minoritários (da *holding*). Uma forma de compatibilizar essa exigência com a primeira é sem dúvida a encontrada na já citada decisão *Holz Müller* do BGH alemão, que imputa as atribuições da Assembleia-Geral da sociedade unipessoal diretamente à Assembleia-Geral da *holding*. Desse modo, as decisões podem ser consideradas verdadeiramente do sócio único (*holding*), permitindo registrar todas as diferentes opiniões que a compõe e não apenas a posição do controlador da *holding*. Opera-se na prática uma transmissão da dialética maioria-minoria, da sociedade controladora à controlada.

129. Voltando os olhos para o nosso país, pensamos que o legislador de 1976 teria incorrido em omissão culposa se não houvesse enfrentado a realidade dos grupos econômicos, estabelecendo a proteção adequada aos interesses passíveis de lesão. Nada indica que no meio brasileiro esses interesses sejam desprezíveis. Tudo demonstra que a prática e a jurisprudência não souberam e não puderam, no direito anterior, excogitar mecanismos apropriados de defesa dos não controladores, sem coartar inconsideradamente a formação dos grupos societários. Foi, por conseguinte, louvável a orientação da Lei nº 6.404/76 de procurar disciplinar o fenômeno.

Num dos raros casos de constituição contratual de grupo, levados ao conhecimento dos tribunais, a Justiça procurou interpretar ampliativamente os textos legais, para evitar a nulidade. Mas a discussão estabelecida mostrou até que ponto o fato *sub judice* era estranho à sistemática do Decreto-Lei nº 2.627. Duas companhias de mineração constituíram uma sociedade civil, denominada “consórcio de administração”, que passou a dirigi-las, retirando de suas respectivas diretorias, praticamente, todas as suas prerrogativas legais. Um acionista de uma dessas sociedades anônimas ajuizou ação para anular a constituição do “consórcio”, alegando violação flagrante da norma constante do art. 116, § 5º, do Decreto-Lei nº 2.627, que vedava a transferência das atribuições ou poderes, conferidos aos diretores, a outro órgão criado pela lei ou pelos estatutos. O texto, às claras, só previa transferência de poderes no seio da própria companhia, e assim mesmo para declará-la inválida. A direção unificada do grupo econômico era problema totalmente desconhecido, ou pelo menos não considerado, pelo legislador. Acresce notar, no caso levado a juízo, que o “consórcio de administração” percebia elevada porcentagem sobre o lucro produzido pelas companhias administradas.

O juiz de primeira instância julgou procedente a demanda, anulando o “consórcio”. Todavia, em grau de apelação e de recurso extraordinário, os tribunais entenderam em sentido contrário. No caso, afirmaram, não teria havido delegação de poderes, nem ter passado o “consórcio” a operar como procurador dos diretores de ambas as companhias, mas como mandatário destas, por decisão de suas respectivas assembleias-gerais. “E o § 5º citado admite que os diretores constituam, em nome da sociedade, mandatários para as operações que poderão praticar.”⁷⁴ Tal decisão, na verdade, não encontrava o menor amparo na lei. Não se tratava, obviamente, de simples constituição de procuradores para a prática de atos certos e determinados, mas de autêntica substituição de administradores: tanto mais que os representantes legais do “consórcio” eram os próprios diretores das companhias em questão, não tendo sentido que eles fossem, a um tempo, diretores e mandatários, a menos que se admitisse que o “consórcio”, pelo efeito da personalidade jurídica, nada tinha a ver com esses diretores. Ademais, a constituição de procuradores não é ato da assembleia-geral, mas sim da diretoria. A deliberação das assembleias acentuou ainda mais o fato de que houve, efetivamente, delegação de atribuições vedada por lei. E a atribuição ao “consórcio” de porcentagem elevada sobre os lucros apurados pelas companhias administradas demonstrava, à saciedade, que não se estava diante de simples relação de mandato.

130. A regulação legal dos grupos econômicos pressupõe, necessariamente, a própria definição legal do que se deva considerar como grupo, para o efeito de aplicação das normas reguladoras de sua constituição e atividade; bem como, antes de mais nada, o que se deva considerar como controle.

O reconhecimento da existência de um grupo econômico não pode depender da decisão dos próprios interessados. O sistema alemão de distinguir “grupos de direito” e “grupos de fato”, segundo a opinião concordante de vários observadores, não provou bem.

Na primeira edição deste livro, antes da promulgação da Lei nº 6.404/76, esboçamos as linhas-mestras de disciplina dessa questão *de jure condendo*.⁷⁵

A lei acionária de 1976 adotou, em parte, as orientações que preconizávamos, notadamente a consagração dos grupos de simples coordenação, ao lado dos de subordinação. Para aqueles – denominados consórcios – admitiu grande liberdade

⁷⁴ Veja-se o acórdão do Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário nº 24.034, Relator Min. Barros Barreto, em RT 291/873.

⁷⁵ Analisamos a regulação dos grupos societários na Lei nº 6.404/76 em artigo publicado em RDM 23/91; em versão francesa, com algumas alterações (F. K. Comparato “*Les Groupes de Sociétés dans la Nouvelle Loi Brésilienne des Sociétés par Actions*”), in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1978, nº 3, p. 791, e em *Rivista delle società*, 1978, face. 4, p. 845; em versão alemã, na *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1979, nº 4, p. 583.

de estrutura, rejeitando o sistema alemão da previsão de contratos típicos em *numerus clausus*.

Mas o legislador pátrio seguiu o modelo alemão de outra forma e, a nosso ver, criticavelmente, ao aceitar a distinção entre grupos de fato e grupos de direito. Estes últimos, regulados no Capítulo XXI da lei, acabaram se tornando, como era de prever-se, raras exceções ao sistema vigente, em razão da possibilidade do recesso acionário (arts. 136 e 265). Com isto a proteção aos acionistas não controladores repousa, integralmente, sobre a aplicação do princípio indenitário por abuso de poder (art. 246), cujo caráter dissuasório não se tem revelado muito eficaz, nem mesmo com o incentivo do prêmio em dinheiro à ação social *uti singuli* dos acionistas não controladores (§ 2º).

131. Até aqui, a questão do desvio de poder, no grupo societário, foi vista exclusivamente como opressão dos não controladores. Acontece que não é apenas este o perigo decorrente da falta de regulamentação do fenômeno grupal. Há, também, casos frequentes de fraude a disposições legais imperativas, por meio da utilização do mecanismo do grupo.

Assim ocorre, por exemplo, com as participações recíprocas de capital. Já tivemos ocasião de assinalar que esse entrecruzamento de sociedades, quando intenso, pode esvaziar os poderes decisórios da assembleia-geral, além de violar os princípios da integridade do capital social e da sinceridade do balanço.⁷⁶

A regulação da sociedade anônima, nos sistemas jurídicos como o nosso, funda-se em grande parte no princípio da intangibilidade do capital social, do qual decorre toda uma série de regras imperativas: o procedimento de avaliação dos bens não pecuniários quando da subscrição de ações, a proibição da emissão de ações abaixo do par, a proibição de a companhia negociar com as ações que emitiu, a proteção dos credores quirografários nas deliberações de redução da cifra do capital. A participação recíproca entre duas ou mais sociedades pode tornar inteiramente vão esse princípio. Figure-se, por exemplo, que a companhia A, com o capital de um milhão, constitua, logo após a sua fundação, duas outras companhias, B e C, subscrevendo e pagando, em cada uma, ações no valor de meio milhão, representando 99% do capital social, num e noutro caso. Imagine-se, depois, que A venda a C a totalidade das ações que possui no capital de B, e venda a esta última a totalidade das ações que subscreveu no capital de C. Com essa operação, A logrou recuperar as quantias investidas em ações das duas outras companhias. Se vier a ser dissolvida, com a devolução do seu ativo líquido aos acionistas, terá deixado subsistir duas sociedades, cujo ativo real é pouco superior a zero.

Por outro lado, quando a lei não impõe regras adequadas para a avaliação no balanço das ações em carteira, decorrentes de uma participação recíproca de capital,

⁷⁶ Cf. *supra* n° 63.

como fazia a lei sueca de 1944 (§ 141, alínea 1), os terceiros credores e os próprios acionistas podem ser iludidos quanto à realidade do ativo das companhias em questão.

A Lei nº 6.404/76, além de disciplinar as participações recíprocas de capital, preenchendo grave lacuna do direito anterior, veio ainda editar regras precisas quanto à avaliação do investimento em sociedades coligadas e controladas, segundo os melhores princípios contábeis (art. 248 da Lei nº 6.404/76).

Deixou, no entanto, sem solução explícita a questão da negociação, pela sociedade controlada, com ações da controladora, que Ascarelli sustentou ser proibida, ainda no regime do Decreto-Lei nº 2.627.

A elusão dessas disposições imperativas pode, com efeito, acarretar sério risco para os acionistas não controladores e os terceiros credores. Estes últimos, em particular, quando quirográfiros, terão, eventualmente, comprometida a garantia representada pelo ativo da companhia, em razão do mau funcionamento dos mecanismos societários de integridade do capital e de fiscalização da gestão administrativa.

Nota de Texto 77 Não é exagerado dizer que o direito grupal brasileiro enfrenta momento de séria crise. Do modelo original praticamente nada resta. Sepultadas pela prática ou pelo legislador, as principais regras conformadoras do direito grupal (grupo de direito) como originariamente idealizado não têm aplicação. Os grupos de direito são letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira, em função sobretudo da inexistência de definição de regras de responsabilidade e da possibilidade de retirada em massa dos minoritários da sociedade quando da celebração da convenção de grupo. Já o por assim dizer direito dos grupos de fato flutua entre regras de responsabilidade mal definidas e disciplina de conflito de interesses de difícil aplicação.

Assim sendo, é necessário refletir criticamente e de forma prospectiva sobre as experiências estrangeiras e particularmente sobre a longa experiência dos Tribunais alemães no perfeccionamento das — como já visto — imperfeitas regras legais deste país sobre grupos.

Antes de passar à análise das tendências atuais, são necessários alguns esclarecimentos a respeito da regulamentação dos grupos na Alemanha. Com relação à proteção dos credores, pode-se qualificar o sistema alemão como uma “solução de três níveis” (“*three stage solution*”).⁷⁷

⁷⁷ Cf. M. Lutter, “The law of groups of companies in Europe: a challenge to jurisprudence” in *Forum international on commercial law and arbitration*, vol. 1, 1983, nº 1, p. 24, v. também do mesmo autor “Des Konzernrecht der Bundesrepublik Deutschland: Ziel, Wirklichkeit und Bewahrung” in *SAG* 1976, pp. 152 ss.

No primeiro nível, encontra-se a chamada *Eingliederung*. A *Eingliederung* constitui uma forma qualificada de contrato de dominação (*Beherrschungsvertrag*), sendo considerada uma forma intermediária entre contrato de dominação e fusão. Diferentemente da fusão, a sociedade mantém a personalidade jurídica; diferentemente do contrato de dominação, o patrimônio da referida sociedade encontra-se à disposição da sociedade de comando.⁷⁸ Isso porque a administração da *eingegliederte Gesellschaft* é obrigada a seguir todas as instruções da sociedade de comando (*Hauptgesellschaft*), de acordo com o § 323 *AktG*. Essa situação justifica-se com base nas características peculiares desse tipo de sociedade.

A integração total, com manutenção da personalidade jurídica, é apenas admitida com a imposição de regras especiais protetivas dos acionistas minoritários das sociedades agrupadas e dos credores. Com efeito, sua formação é possível apenas quando todas as ações sejam já de propriedade da sociedade de comando (§ 319), ou quando esta possua 95% das ações. Nesse último caso, os acionistas podem ser obrigados a vender suas ações mediante indenização (§ 320b, Abs. 1). Com relação à proteção dos credores, prevê-se a responsabilidade integral da sociedade de comando pelos débitos da sociedade subordinada, em caso de *Eingliederung* (§ 322).

Em um segundo nível de integração, encontram-se as sociedades ligadas por um contrato, que pode ser um *Beherrschungsvertrag* ou um *Gewinnabführungsvertrag* (§ 291). Fala-se em nível mais baixo de integração porque o direito da sociedade de comando de determinar o destino da sociedade comandada está sujeito às limitações previstas no contrato de grupo e nos dispositivos dos §§ 308-318 *AktG*. Mesmo não sendo responsável pelos débitos da sociedade subordinada (o § 303 prevê apenas a obrigação de prestar garantias em caso de desaparecimento da relação grupal aos credores que as requisitarem em um prazo de seis meses do registro do término do contrato de grupo), a sociedade de comando é obrigada a repor todo ano as perdas contábeis sofridas pela sociedade subordinada (§ 302).

⁷⁸ Cf. H. G. Köppensteiner, in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, vol. 3, Colônia, Berlin, Bonn, Munique, Carl Heymanns, 1985, Vorb § 319, Rdn. 3, p. 203, que depois de haver definido as características acima, afirma: "*Kaufmännisch betrachtet, ist die eingegliederte Gesellschaft eine Betriebsabteilung der Hauptgesellschaft*". v. também, no mesmo sentido, B. Grünwald-J. Semler, in *Gessler-Hefermehl Aktiengesetzkommentar*, 13. Lieferung, Munique, Vahlen, 1991, § 319 (Vorb.), Rdn. 2, pp. 1 ss.

Por fim, no terceiro nível encontram-se os assim chamados grupos de fato. Neles, existe apenas a obrigação de reparar os danos ocasionados por decisões tomadas pela sociedade controladora (§ 311).

a) Responsabilidade grupal subjetiva

Exposto o substrato legislativo, pode-se passar à análise de como e com que fundamento os tribunais alemães aplicaram a disciplina do segundo nível de integração, como *retro* definido, a hipóteses incluídas no terceiro.⁷⁹ Primeiramente é necessário ter conhecimento da posição do *BGH* antes do famoso caso *Autokran*, que representou importante mudança em relação à jurisprudência anterior daquela corte.

Um bom exemplo é o caso *Fertighaus*, decidido por aquele tribunal em 4 de maio de 1977.⁸⁰ Trata-se de demanda proposta por um fornecedor contra o sócio único de seu devedor, uma sociedade unipessoal subcapitalizada. Dos bens utilizados pela sociedade, a maior parte pertencia ao sócio único. Na decisão, afirma-se expressamente o princípio da separação patrimonial contido no § 13 *GmbHG* e nega-se a possibilidade de responsabilização do sócio único com base apenas na subcapitalização.⁸¹ Afirma-se em seguida que o fato de que a sociedade seja controlada por uma pessoa jurídica não importa qualquer diferença qualitativa com

⁷⁹ Em todos os três casos que serão analisados, trata-se de um *GmbHKonzern*. A doutrina dominante tende, no entanto, a considerar o mesmo raciocínio aplicável ao *AG faktische Konzern-v. V. Emmerich e J. Sonnenschein, Konzernrecht*, cit., p. 347.

⁸⁰ Cf. Caso *Fertighaus*, decisão de 04.05.1977, *BGHZ* 68, 312.

⁸¹ Essa afirmação baseia-se em duas premissas: primeiro, o tribunal considerou que a sanção correta contra a subcapitalização encontra-se nas disposições societárias de proteção do capital social e não em uma eventual aplicação da teoria da desconsideração (p. 319) e em segundo lugar no fato de que o Tribunal, ainda que negando do ponto de vista teórico os pressupostos da teoria de Serick, faz uma análise subjetivista da desconsideração, considerando ineficientes critérios objetivos para a atribuição de responsabilidade “*Entgegen der Auffassung von Serick (Rechtsform und Realität 1.955) hat der Bundesgerichtshof bei der Behandlung von – im einzelnen allerdings ganz unterschiedlich gelagerten – Durchgriffsproblem weitgehend auf einen objektiven Missbrauch der Rechtsform der Gesellschaft abgestellt und den Nachweis einer Missbrauchsabsicht nicht verlangt (vgl. BGHZ 20, 4). Der erkennende Senat hat allerdings in dem Urteil vom 26 November 1.957 (aaO S. 462) ausgesprochen, es müsse (dort: zum objektiv hervorgerufenen Rechtsschein) grundsätzlich ein subjektiver Gesichtspunkt hinzukommen, der das Verhalten des sich auf die Selbstständigkeit der GmbH berufenden Gesellschafters als einen Verstoß gegen Treu und Glauben oder gegen die Guten Sitten kennzeichne*” (p. 316).

relação ao caso em que o sócio único seja uma pessoa física.⁸² Essa última afirmação foi objeto de muitas críticas na doutrina por não levar em consideração as peculiaridades dos grupos.

Com efeito, é exatamente com base no reconhecimento da peculiaridade dos grupos que se baseia a decisão do caso *Autokran*, de 16 de setembro de 1985.⁸³ Tratava-se de dívida resultante de contratos de *leasing* de máquinas. O autor era credor de sete sociedades controladas por uma mesma *holding*, que era sua sócia única de fato. A sociedade *holding* controlava não apenas financeiramente o caixa das sociedades ligadas, através de uma outra sociedade que tinha a função de *Hausbank*, mas podia também determinar, como efetivamente fez, a transferência das máquinas de uma sociedade a outra. Através de diversos artifícios, a sociedade *holding* havia conseguido transferir grande parte do patrimônio das controladas para seu patrimônio e para o patrimônio de seu sócio majoritário. Em presença de uma situação fática tão clara, não foi difícil para o *BGH* afirmar que, nos grupos, a coexistência, no mesmo sujeito, de dois interesses sociais, cumulada com a efetiva possibilidade de pôr um interesse a serviço do outro, justifica a aplicação das regras previstas na lei acionária para os grupos de direito.

Dois são os pontos discutíveis e discutidos na decisão: em primeiro lugar, a determinação dos critérios que permitem afirmar a efetiva possibilidade de utilização de um interesse em função do outro; em segundo, a justificativa da aplicação da normativa dos grupos de direito aos grupos de fato.

Com relação ao primeiro ponto, requer-se a existência do assim chamado “*qualifizierte faktischer Konzern*”, ou seja, o sócio único deve ter exercido a administração da sociedade de forma ampla e

⁸² O Tribunal até admite a maior probabilidade de conflito de interesses nos grupos, mas não tira qualquer consequência dessa constatação: “*Ob der entscheidende Einfluss auf einer GmbH von einem Privatgesellschafter oder aus einem anderen Unternehmen stammt, ist jedoch unerheblich. Es mag zwar sein, dass, wie Wiedemann (Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen, WM 1.975, Sonderbeilage 4/1.975, p. 20) ausführte, erfahrungsgemäss ein herrschendes Unternehmen die abhängige juristische Person intensiver mit den eigenen Interesse verknüpfen wird, als dies bei einem Privatgesellschafter der Fall ist. Dieser Umstand rechtfertigt jedenfalls nicht ohne weiteres einen allgemeinen unmittelbaren Haftungsdurchgriff der Gläubiger gegen die Muttergesellschaft, wie dies insbesondere auch ein Vergleich mit den konzernrechtliche Vorschriften für die Aktiengesellschaft (§§ 15 95., 302 95., 311 ff AktG) zeigt*” (p. 320).

⁸³ Caso *Autokran*, decisão de 16.09.1985, *BCHZ* 95, p. 330.

duradoura (*dauernd und umfassend*).⁸⁴ Trata-se claramente de requisito que limita muito o âmbito de aplicação da norma, sobretudo na sociedade unipessoal, na qual o dado formal do exercício da administração não é requisito essencial para o exercício do poder. A decisão afirma que o sócio pode eximir-se de responsabilidade apenas demonstrando que qualquer outro administrador cumpridor de seus deveres legais e estatutários (*pflichtgemäß handelnde Geschäftsführer*) de uma empresa independente teria gerido os negócios da mesma maneira.⁸⁵

O segundo ponto não é tratado em profundidade na decisão. Nega-se a possibilidade de aplicação do § 302 BGB afirmando-se que, no caso da sociedade unipessoal, a inexistência de um interesse interno autônomo não justifica a aplicação das regras de proteção do patrimônio social, mas apenas das regras de proteção dos credores.⁸⁶ Como regra substitutiva, invoca-se o § 303 AktG, que obriga a sociedade de comando do grupo a prestar garantias aos credores da sociedade subordinada que tenham feito o requerimento até seis meses antes do registro do fim da relação grupal. Tal regra é utilizada, no entanto, mais para aproximar a hipótese da responsabilidade de grupo – formando assim um corpo de regras para o *GmbH Konzern* – do que em função de uma perfeita correspondência da disciplina à *fattispecie*.

A conclusão de *Autokran* é que, ainda que utilizando elementos estruturais (a noção de *qualifizierte faktische Konzern*), o elemento subjetivo continua presente na caracterização da “responsabilidade”.

E é exatamente essa possibilidade de exclusão de responsabilidade por demonstração da inexistência de culpa que caracteriza e justifica a denominação responsabilidade de grupo subjetiva.

Essa não deve ser confundida com a responsabilidade subjetiva pura, baseada na demonstração da intenção. Nesse caso, não mereceria a denominação *grupal*, pois nada teria de específico para o grupo. Tratar-se-ia de mera aplicação da regra de responsabilidade por ato ilícito do Código Civil.

⁸⁴ BCHZ 95, p. 330 (333-334), fazendo referência às discussões do *Arbeitskreis GmbH-Reform (Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform 1972, vol. 2, pp. 59 e 67)*, onde a expressão foi pela primeira vez utilizada.

⁸⁵ BCHZ 95, p. 330 (334).

⁸⁶ O tribunal afirma que tal proteção seria incompatível com a sociedade unipessoal caso se admitisse que o interesse social é o interesse comum dos sócios. Mesmo adotando-se uma noção mais ampla de interesse social, que incluía credores e empregados, o tribunal considera a proteção “externa” (do § 303 AktG) suficiente – p. 346.

Por responsabilidade de grupo subjetiva deve-se emendar aquele tipo de regra (legal ou jurisprudencial) que, com base em uma predeterminada configuração da estrutura grupal, “presume” a existência de um comportamento fraudulento. Presunção simples, motivo pelo qual a disciplina não se confunde tampouco com a responsabilidade objetiva. Permanece sempre possível para a sociedade eximir-se de responsabilidade demonstrando que respeitou a independência patrimonial da sociedade controlada.⁸⁷

b) Responsabilidade estrutural

Com a expressão “responsabilidade estrutural” quer-se exprimir a responsabilidade privativa dos grupos aplicável em função da simples existência de uma determinada estrutura grupal. Nesse grupo incluem-se as decisões jurisprudenciais alemãs posteriores ao caso *Autokran* e a lei portuguesa dos grupos, que são analisadas em seguida.

Sucessivamente ao caso *Autokran*, o *BGH* teve de enfrentar o problema da responsabilidade nos *qualifiziertefaktische Konzern* no caso *Tiefbau*, decidido em 20 de fevereiro de 1989.⁸⁸ Tratava-se de demanda proposta pelo síndico de uma massa falida em face de seu principal financiador, um banco, que tinha exercido na prática, durante longo tempo, a direção dos negócios da sociedade através de fiduciários, transformados em sócios majoritários da sociedade. Um deles havia exercido também a administração financeira da sociedade.⁸⁹ Ainda que, como já explicado, essa decisão representasse uma decorrência lógica da decisão do caso *Autokran*, pode-se notar um menor fervor pragmático e um maior empenho dogmático por parte do *BGH* em relação àquela decisão. Pode-se dizer que a decisão no caso *Tiefbau* aplica os princípios que em *Autokran* tinham sido declarados mas não aplicados. Enquanto em *Autokran* tinha-se declarado o objetivo de aplicar uma disciplina semelhante à *konzernspezifische Haftung*, mas, no final, acabou-se por aplicar uma disciplina semelhante à da responsabilidade delitual, no caso *Tiefbau* procura-se discutir os pressupostos da responsabilidade grupal prevista na lei e determinar os efeitos e limites de sua aplicação aos grupos de fato.

⁸⁷ Trata-se, portanto, de uma responsabilidade de natureza mista, que utiliza elementos da estrutura (*Konzernstruktur*) e do comportamento grupal (*Konzernverhalten*) – v. nesse sentido P. Hommelhof, “Konzernpraxis nach Video”, in *DB* 1992, p. 311.

⁸⁸ Caso *Tiefbau*, decisão de 20.02.1989, *BCHZ* 107, p. 7.

⁸⁹ *BCHZ* 107, p. 19.

Afirma-se a aplicabilidade do § 302 *AktG*, ou seja, a obrigação de compensar as perdas. O desaparecimento das dúvidas existentes no caso *Autokran* a respeito da aplicação desse dispositivo justifica-se sobretudo em função da particularidade da *fattispecie*, que envolve responsabilidade societária (interna) e não responsabilidade perante os credores. O *BGH*, ao definir os critérios para a aplicação de tais regras, utiliza a mesma noção de *qualifizierte faktische Konzern*, dessa vez, no entanto, depurada de semitons subjetivos. A responsabilidade da sociedade controladora não é influenciada, portanto, pelos padrões de comportamento do administrador médio. A sociedade controladora pode eximir-se de responsabilidade apenas se demonstrar que os danos nada têm a ver com o exercício da administração.⁹⁰ O elemento subjetivo (culpa) desaparece, permanecendo apenas a necessidade de demonstração do nexo de causalidade. A necessidade de demonstrar o nexo de causalidade justifica-se exatamente por tratar-se de grupo de fato. Se com *Autokran* não se havia inovado tanto, tratando-se nos resultados de mera responsabilidade por comportamento (*Verhaltenshaftung*), em *Tiefbau* admite-se a responsabilidade com base apenas na existência de uma estrutura de grupo e sua ligação causal ao dano (*Strukturhaftung*).⁹¹

Os limites da aplicação das regras grupais são também fixados. Com efeito, o tribunal afirma que ainda que o § 302 não exija a demonstração do nexo de causalidade entre o exercício do poder de direção e as perdas, a situação deve ser avaliada diversamente quando se trata de grupo de fato. A inexistência de um contrato que implique (como pode acontecer em presença de um *Gewinnabblungsvertrag*) a transferência dos lucros impede a aplicação de uma normativa tão rígida.⁹²

⁹⁰ Muito incisiva é a declaração “antissubjetivista” do *BGH* nesse trecho: “Die Verlustübernahmepflicht dient zumindest auch dazu, die Ausserkraftsetzung der Kapitalsicherungsvorschriften auszugleichen. Sie kann daher entgegen der bisherigen Annahme des Senats nicht davon abhängen, ob das herrschende Unternehmen die Geschäfte der abhängigen GmbH pflichtgemäss wie der Geschäftsführer einer selbständigen Gesellschaft geführt hat, Kapitalerhaltungsgrundsätze und ordnungsgemässe Geschäftsführung haben”, p. 18.

⁹¹ V. F. Kübler, “Haftungstrennung und Gläubigerschutz”, im “Recht der Kapitalgesellschaften: Zur Kritik der Autokran-Doktrin des *BGH*” in *Festschrift für Theodor Heinsius* (1991), p. 412.

⁹² Para o *BGH* deve-se distinguir entre os diversos poderes de direção: “Im übrigen besteht zwischen der rein tatsächlichen Beherrschung und der Ausübung der Leitungsmacht aufgrund eines besonderen Vertrages ein Unterschied, der es nicht geboten erscheinen

Outra decisão que deve ser mencionada é a do caso *Video* (decisão de 23.09.1991).⁹³ Trata-se aqui novamente do sócio único de uma sociedade de responsabilidade limitada, que exercia paralelamente o comércio em nome individual, além de ser sócio de outra sociedade. O primeiro ponto de interesse é a própria caracterização do *Konzern*. O tribunal, fazendo referência a uma interpretação já consolidada dos §§ 15 ss. *AktG*, identifica o *Konzern* com base na existência de dois ou mais interesses empresariais na mesma pessoa — o sócio único. A possibilidade de pôr um interesse a serviço do outro é presumida, como nas decisões precedentes, a partir do exercício da administração social. Determina-se, portanto, a aplicação do § 303 *AktG*. A justificativa está na necessidade de proteger os credores sociais, que para o tribunal, no caso da sociedade unipessoal, na qual o sócio único exercita ao mesmo tempo a administração, não é menor que nos grupos de direito.⁹⁴

Interessante na decisão é também uma afirmação feita em *obiter dictum*. Afirma-se que o sócio único responde pessoalmente com todo o patrimônio, já que se trata normalmente de um empresário individual. No caso, entretanto, em que seu segundo interesse empresarial fosse exercitado também com responsabilidade limitada, poder-se-ia pensar em responsabilização dessa outra sociedade. Trata-se de responsabilidade setorial, ou seja, “*eine Haftungsverband zwischen den Einzelgesellschaften unter Schönung des Privatvermögens des Gesellschafters*”.⁹⁵

Para ter uma ideia correta do esquema “evolutivo” — sem que à expressão deva ser atribuída, pelo menos no momento, qualquer função valorativa do tipo “darwiniano” —, é necessário não esquecer que, em todas as decisões, a caracterização como *qualifizierte faktische Konzern* é uma presunção simples, mera inversão do ônus da prova. Analisando-se a regra de responsabilidade juntamente com o elemento presumido, pode-se ter uma ideia melhor das implicações teóricas da regra estabelecida. Em *Autokran*, encontra-se uma *fattispecie* determinada em termos subjetivos. A contraprova

lässt, die entsprechende Anwendung der vertragskonzernrechtlichen Bestimmungen weiter auszudehnen, als es nach den zugrundeliegenden Wertungen erforderlich ist” — p. 19.

⁹³ Caso *Video*, decisão de 23.09.1991, *DB* 1991, p. 2.176.

⁹⁴ Para o *BGH*, mesmo realizando uma análise do tipo econômico e verificando os riscos assumidos pelas partes, não se pode presumir que o credor, em presença de um grupo de fato de direção tão integrada, não tenha contado com o patrimônio da *holding* ao contratar com a sociedade controlada (p. 2.178).

⁹⁵ *DB* 1991, p. 2.176 (2.177).

requerida é do comportamento como administrador diligente de uma sociedade independente. Portanto, para a caracterização da responsabilidade é necessária a existência da estrutura grupal aliada ao comportamento contrário aos interesses da sociedade controlada. A essa *fattispecie* definida em termos, por assim dizer, “subjettivos”, corresponde uma disciplina também subjettiva. Determina-se a aplicação do § 303 *AktG*, que pouco se distingue do caso de responsabilidade por dano. A típica “responsabilidade” de grupo, fundada na obrigação de compensar as perdas (§ 302), é negada.

Na segunda decisão (*Tiefbau*), verifica-se uma clara objetivização (da *fattispecie* e da disciplina). Para a caracterização da *fattispecie* basta a existência do *qualifizierte faktische Konzern* e o liame causal com o dano. A disciplina aplicada é precipuamente de grupo (§ 302 *AktG*) Finalmente, em *Video* pode-se identificar uma ulterior objetivização. Ainda que na definição da *fattispecie* se sigam os critérios de *Tiefbau*, na disciplina adota-se a chamada *sektorale Durchgriff* (desconsideração setorial), objetivando a persecução do patrimônio e não dos “culpados”.

Essa evolução jurisprudencial foi objeto de severa crítica doutrinária. A tentativa de estabelecimento de um sistema objetivo ou estrutural de responsabilidade foi criticada em diversos aspectos. A primeira crítica relaciona-se à própria indeterminação da expressão *qualifizierte faktische Konzern*,⁹⁶ excessivamente restrita e ampla ao mesmo tempo. Restrita porque, ao exigir a administração da sociedade pelo sócio único, exclui as hipóteses em que tal situação não exista formalmente, mas em que o exercício do poder por parte do sócio não se distingue na prática (nem quantitativa nem qualitativamente) da própria administração. Excessivamente ampla porque, tendo como fundamento o exercício do poder e aplicando-se também a pessoas físicas, ameaça atingir aquela hipótese que merece mais proteção do ponto de vista juspolítico: a empresa média familiar.⁹⁷

Argumenta-se ainda que a definição dos *qualifizierte faktische Konzern*, na forma como feita, com exigência de demonstração da existência formal de dois interesses empresariais em torno do sócio único, torna o esquema passível de fraude: baste introduzir entre o real sócio controlador e a sociedade controlada uma sociedade

⁹⁶ Cf. F. Kübler, “Haftungstrennung und Gläubigerschutz”, cit., p. 423.

⁹⁷ V. a esse respeito P. Hommelhoff, “Konzernpraxis nach Video”, cit., p. 312.

holding e impede-se a configuração da *fattispecie*.⁹⁸ Nesse caso, o sócio “real” teria um único interesse patrimonial (o da *holding*), enquanto a sociedade *holding* teria dois interesses patrimoniais mas escasso patrimônio.

A responsabilidade grupal não seria suficiente, exigindo-se sempre uma desconsideração ao final para impedir a fraude. Não haveria por que recorrer ao esquema grupal e não diretamente ao da desconsideração.

Mas as críticas mais intensas relacionam-se à mudança de orientação a partir de *Tiefbau*, com claro favorecimento de uma responsabilidade objetiva ou baseada meramente na estrutura da empresa. Do ponto de vista estritamente positivo, argumenta-se que tal tipo de responsabilidade é contrária ao próprio escopo das regras de responsabilidade de grupo da lei acionária alemã.⁹⁹

Atendendo a essa maré de críticas vindas da doutrina e em função do amplo diálogo existente na Alemanha entre doutrina e jurisprudência (em ambos os sentidos), o *BGH* mudou de orientação no mais recente julgamento sobre a matéria. No chamado *TBB Urteil* (29.03.1993),¹⁰⁰ o tribunal atenua sua posição em relação à responsabilidade estrutural. Em uma *fattispecie* semelhante à de *Video*, i. e., um sócio único de várias sociedades, o tribunal afirma que não basta a existência do *qualifizierte faktische Konzern* para gerar a presunção de utilização de uma sociedade no interesse da outra. É necessário que o autor demonstre tal fato.

A impressão inicial é, portanto, a de um retorno à teoria subjetiva. Na demonstração da utilização fraudulenta da sociedade estariam implícitos o dolo ou ao menos a culpa.

Entretanto, analisando-se bem a decisão, nota-se que o retorno aos critérios subjetivos de responsabilidade não é tão amplo quanto parece. Isso porque o tribunal estabelece um ônus de esclarecimento por parte do réu da situação interna do *Konzern*. Não prestados os esclarecimentos ou sendo eles insuficientes, os fatos alegados

⁹⁸ Cf. F. Kübler, “Haftungstrennung und Gläubigerschutz”, cit., p. 422.

⁹⁹ Cf. W. Flume, “Des Video-Urteil und das GmbH-Recht” in *DB* 1992, p. 26, que afirma: “Seit der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs war und ist auch nach dem geltenden Steurrecht (14 KStG) Voraussetzung der steuerrechtlich anzuerkennenden Organschaft die wirtschaftliche, organisatorische und finanzielle Eingliederung der Organgesellschaft in das Unternehmen des Organträgers. Diese Eingliederung ist das Leitbild für die Regelung von §§ 302, 303 AktG”.

¹⁰⁰ Caso TBB Urteil, decisão de 29.03.1993, *NJW* 1993, p. 1.200.

são considerados provados.¹⁰¹ Pouco clara permanece a situação do ônus da prova com relação aos esclarecimentos prestados. Seguindo a lógica da decisão e da distribuição do ônus da prova, parece ser sustentável, no entanto, que o ônus incumba ao réu, de quem já é o dever de prestar esclarecimentos.

Confirmando-se essa orientação também quanto ao ônus da prova, poder-se-á falar em busca de uma solução intermediária entre a responsabilidade grupal subjetiva e a estrutural.¹⁰²

O tribunal preocupa-se também em responder às críticas relacionadas à possível extensão dessa responsabilidade ao comerciante individual. Afirma que os limites estabelecidos na decisão estão perfeitamente em linha com os dispositivos da XII Diretiva, aplicando-se portanto apenas aos grupos (no sentido amplo ali previsto).¹⁰³

O legislador português, partindo do mesmo objetivo de diferenciar claramente entre disciplina da sociedade unipessoal de grupo e disciplina do comerciante individual, previu para esse último uma fórmula não societária de limitação de responsabilidade (estabelecimento comercial com responsabilidade limitada). Quanto à sociedade unipessoal de grupo, optou por uma fórmula ainda mais *estrutural* ou objetiva que a jurisprudência alemã. A sociedade unipessoal de grupo (sócio único pessoa jurídica) vem expressamente prevista nos arts. 488 e seguintes do Código das Sociedades com nova redação dada pelo Decreto-Lei 76-A/2006, de 29 de março, mas que não alterou o sentido, abrindo exceção à regra do art. 7º do mesmo diploma legal, que prevê que as sociedades terão sempre dois sócios, a não ser nos casos previsto em lei. No art. 491, prevê-se expressamente a aplicação à sociedade unipessoal de grupo (“grupo constituído por domínio total”, na terminologia da lei portuguesa) das disposições sobre os grupos de direito (arts. 501-504). O resultado é a possibilidade de subordinação dos interesses da controlada aos interesses da controladora (a sociedade controladora tem o direito de dar “instruções vinculantes”, ainda que essas sejam “desvantajosas para a sociedade subordinada” – art. 503, nos 1-2), que, no entanto, é obrigada a compensar as

¹⁰¹ NJW 1993, p. 1.203.

¹⁰² Tudo indica que esse deve ser o entendimento. Apesar de não se ter pronunciado claramente sobre a matéria, a decisão fez referência (p. 1.203) a outra decisão do BGH (decisão de 17.03.1987, in BCHZ 100, 195), na qual se impõe não apenas a obrigação de prestar esclarecimentos mas também de provar o que foi dito.

¹⁰³ NJW 1993, p. 1.204.

perdas anuais da sociedade controlada (subordinada) e responder integralmente por seus débitos (art. 501, nº 1).

O Código português consagra portanto a verdadeira responsabilidade estrutural de grupo, decorrente exclusivamente da existência da concentração e do direito de dar instruções vinculantes. Não se confunde com a solução italiana, pois a responsabilidade pelas perdas é interna (relação controlada-controladora) e não externa (relação com credores), o que implica sensível diferença quanto aos efeitos jurídico-econômicos, como se verá mais adiante.

c) *Responsabilidade setorial*

É na realidade dos grupos que se baseia a última alternativa aqui tratada. Em comparação com as outras, constitui uma solução marginal, não tendo acolhimento em qualquer dos sistemas analisados. O máximo que se encontra é a já mencionada referência em *obiter dictum* no caso *Video*.¹⁰⁴

A teoria baseia-se no fato de que os grupos são frequentemente caracterizados pela existência de uma sociedade *holding* que não exercita atividade comercial própria. Isso sugere que das transferências patrimoniais e “medidas no interesse do grupo” tiram proveito sobretudo outros setores (outras sociedades) efetivamente empresariais do grupo. Uma disciplina direcionada a procurar sempre o *Hintermann* poderia, portanto, provocar distorções, não chegando aos verdadeiros beneficiários das transferências¹⁰⁵ e prejudicando de maneira indevida os minoritários da *holding*.

Pode-se cogitar, portanto, de uma responsabilidade setorial que permita atingir cada sociedade beneficiada. Evidentemente, tal ampliação da lista de possíveis devedores não admite qualquer tipo de presunção, sobretudo se baseada na utilização do poder de controle com o fim de confusão de esferas. Attingir um beneficiário que não exercita qualquer poder de controle com base em uma presunção é evidentemente um absurdo, pois

¹⁰⁴ DB 1991, p. 2.177, onde se afirma que a responsabilização pessoal do sócio justifica-se também porque persegue seu outro interesse como comerciante individual, sem limitação de responsabilidade. Apenas se não o fizesse seria possível a responsabilização da outra controlada, deixando isento o patrimônio do sócio. A discussão dos demais requisitos e consequências da aplicação dessa regra não é, no entanto, levada mais adiante.

¹⁰⁵ Cf. nesse sentido, G. Teubner, “Die ‘Politik des Gesetzes’ im Recht der Konzernhaftung”, in *Festschrift Steindorf*, 1990, p. 278.

criaria situação de incerteza jurídica, insuportável para todas as sociedades do grupo e seus credores.¹⁰⁶

A responsabilidade setorial diferencia-se ainda da responsabilidade estrutural, porque não se contenta com dados objetivos. Exatamente por pretender ir atrás do verdadeiro beneficiário, requer a existência de confusão de esferas. Diferentemente da responsabilidade subjetiva, no entanto, não vai atrás do “culpado” (o controlador), mas sim do verdadeiro beneficiário (eventualmente uma outra sociedade controlada).

d) *Efeitos das diversas teorias na organização interna dos grupos*

Analisando os esquemas descritos acima, podem-se distinguir três tipos diversos de soluções, diferenciáveis segundo suas diversas consequências econômico-jurídicas.

No primeiro grupo, em que se inclui a solução italiana e a alemã da *eingegliederte Gesellschaft*, procura-se limitar ao mínimo estritamente necessário as restrições de natureza societária à constituição e atuação dos grupos com concentração total. Isso se faz através da subordinação do interesse da sociedade controlada ao da sociedade controladora, não acompanhado de uma obrigação sistemática de compensação das perdas.¹⁰⁷

Analisando-se as consequências econômicas de tal disciplina, chega-se a um efeito bastante favorável com relação à formação dos grupos de estrutura centralizada, sem qualquer limite quantitativo. Sequer a concentração total é desincentivada, na medida em que a regra de conflito de interesses perde aplicação.

A possibilidade de realizar as transferências patrimoniais desejadas durante a vida da sociedade, realocando os itens na forma mais conveniente para o grupo, e a vinculação do patrimônio da sociedade controladora ao insucesso econômico da controlada sugerem o tratamento da sociedade controlada não como um *profit center* independente, mas como um mero departamento da sociedade con-

¹⁰⁶ G. Teubner, “Die Politik des Gesetzes”, cit., p. 271, sugere, com efeito, a aplicação de tal esquema para os *einfache faktische Konzern* e não para os *qualifizierte faktische Konzern*, já sujeitos à regra de responsabilidade baseada na presunção de controle.

¹⁰⁷ Para caracterizar o “sistema italiano” utilizam-se aquelas decisões da Cassação que permitem a subordinação de interesses sem compensação. É evidente, no entanto, que adotando a linha do projeto Ferri ou da doutrina que defende a necessidade de compensação, a solução se desloca para o segundo grupo, que será analisado abaixo.

troladora (*Betriebsabteilung*). Trata-se de solução economicamente interessante para aqueles empresários interessados na total fusão econômica das empresas, mas que queiram evitar os inconvenientes da fusão jurídica. Com a manutenção da personalidade jurídica, pretendem obter a perpetuação do *good will* da sociedade controlada e não diminuir sua liquidez, o que certamente ocorreria em caso de uma fusão jurídica e administrativa das empresas.¹⁰⁸ A distinção jurídica e administrativa, permitindo a manutenção de estruturas administrativas separadas, facilita sem dúvida uma futura venda. A ligação da clientela à empresa controlada, como pessoa jurídica independente que é, aumenta sensivelmente seu valor.

O segundo tipo de solução é a do legislador português. Nesse caso, incentiva-se a formação do grupo de domínio totalitário, através do regulamento positivo expresso da sociedade unipessoal de grupo. Entretanto, os outros objetivos econômicos permanecem obscuros. Com efeito, enquanto de um lado não se incentiva a formação de *profit center* totalmente independente, pois admite-se a subordinação dos interesses da controlada aos da controladora, de outro não se incentiva a fusão econômica total, na medida em que permanece a obrigação de compensar as perdas. Essa última obrigação, que se traduz na realidade na exigência de manutenção da capacidade patrimonial inicial da sociedade controlada, parece servir de limitação do risco do grupo como um todo, em caso de insucesso da orientação econômica proveniente da sociedade controladora. Isso porque a controladora será obrigada a repor as perdas do ramo do grupo (sociedade) considerado menos importante e conseqüentemente manter aquela sociedade ao menos como forma de *hedging* dos riscos assumidos nas outras atividades.

Entretanto, tal objetivo é coerente com os meios propostos apenas nos grupos dotados de uma estrutura balanceada, nos quais a sociedade controlada represente parte relevante do capital total do grupo.

O terceiro grupo, constituído pelas soluções alemãs (tanto aquelas que impõem a responsabilidade estrutural como as que impõem a responsabilidade subjetiva), tem efeitos diversos. Não limitando o conceito de *qualifizierte faktische Konzern* à sociedade unipessoal, incentiva a formação de grupos com estrutura descentralizada (*einfache faktische Konzern*),¹⁰⁹ que não se sujeitam às rigorosas regras elaboradas para os *qualifizierte faktische Konzern*. É necessário

¹⁰⁸ H. G. Köppensteiner, *Köllner Kommentar zum Aktiengesetz*, cit.

¹⁰⁹ Cf. G. Teubner, "Die Politik des Gesetzes", cit., pp. 268-269.

notar que tanto a fórmula baseada na responsabilidade estrutural (*Tiefbau* e *Video*) quanto aquela baseada na responsabilidade subjetiva (*Autokran*) têm o mesmo efeito. Deve-se recordar que, do ponto de vista juspolítico, a descentralização assume valor apenas enquanto meio de enfraquecimento dos centros de poder societários. Ora, isso se pode fazer também por meio de uma obrigação de respeito dos interesses da sociedade controlada, mas sem a existência de uma responsabilidade decorrente exclusivamente da estrutura grupal. Desse ponto de vista, as soluções de *Autokran* e *Tiefbau* são equivalentes.

De outro lado, com relação aos *qualifizierte faktische Konzern* existentes, incentiva-se a formação de verdadeiros *profit centers*, sem a presença de qualquer representante da sociedade controladora na administração da controlada e (no caso da solução proposta em *Autokran* e *TBB*) com respeito dos interesses da sociedade controlada.

Finalmente, o quarto grupo é constituído pela responsabilidade setorial. Nesse tipo de solução, o incentivo à descentralização e à manutenção de esferas autônomas é menor. Do ponto de vista dos controladores da sociedade *holding*, pode ser interessante fazer transferências no interior do grupo, realocando as atividades da forma que lhes pareça ser mais conveniente, se sabem que a responsabilidade em caso de insolvência de uma controlada caberá às demais controladas e não à *holding*. Para eles, a fórmula de responsabilidade pode servir para diminuir os próprios riscos, na medida em que os dividem com os acionistas minoritários das sociedades controladas.

Analisada do ponto de vista econômico, essa solução tem por efeito quase que uma fusão econômica entre as sociedades controladas, que passam a constituir economicamente departamentos de uma mesma “empresa”, constituída pelo conjunto das sociedades controladas. O efeito final é, portanto, fortemente centralizador.

e) Conclusão

Os efeitos, normalmente exagerados e às vezes desproporcionais que cada uma dessas soluções traz decorrem de um problema de fundo. Trata-se da tentativa de resolver problemas de organização interna através de regras de responsabilidade.

Como já visto anteriormente, esse sistema só se faz necessário em ausência de uma aplicação coerente da regra de conflito de interesses formal. Feita essa aplicação, o estímulo à separação efetiva de esferas e a descentralização são evidentes, com van-

tagens administrativas claras. Assim, do ponto de vista jurídico, torna-se justificável a limitação de responsabilidade e de riscos que a boa aplicação da regra de conflito de interesses acarreta, com efeitos claramente benéficos sobre a avaliação da empresa pelo mercado acionário.