

ESTUDOS E PARECERES SOBRE SOCIEDADES ANÔNIMAS

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

# ESTUDOS E PARECERES SOBRE SOCIEDADES ANÔNIMAS

8881

UNIVERSIDADE DE S. PAULO  
FACULDADE DE DIREITO  
BIBLIOTECA CIRCULANTE

  
EDITORA  
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Dados de Catalogação na Publicação (CIP) Internacional  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

L468e  
Leães, Luiz Gastão Paes de Barros, 1936-  
Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas / Luiz Gastão Paes de Barros  
Leães. — São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1989.  
ISBN 85-203-0652-7  
1. Sociedades anônimas - Leis e legislação - Brasil I. Título.  
CDU-347.725(81)(094.56)

87-1802

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Leis comentadas : Sociedades anônimas :  
Direito comercial 347.725(81)(094.56) — 2. Leis : Sociedades anônimas : Comentários :  
347.725(81)(094.56).



### CONFLITO DE INTERESES

*O interesse social e o interesse da empresa. Voto conflitante e vedação do exercício do direito de voto. Abuso do direito de voto e abuso do poder de controle.*

#### COLOCAÇÃO DO TEMA

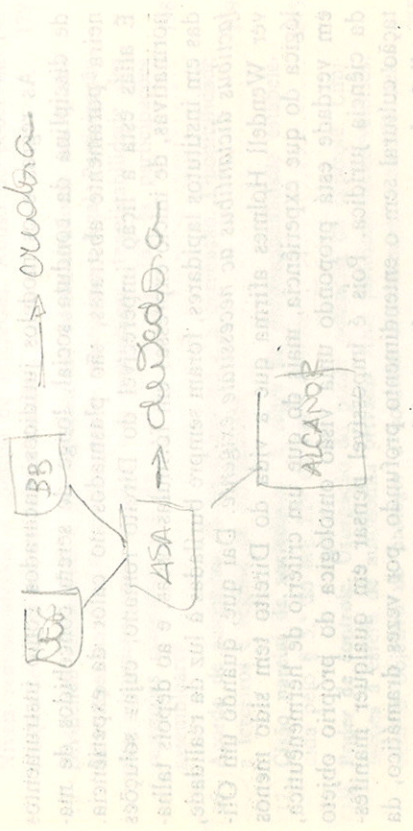
1. Os ilustres advogados Prof. Antonio Roberto Sampaio Dória e Dr. Alceu de Almeida Gonzaga solicitam nosso parecer sobre as teses jurídicas de Direito Societário examinadas pelo Meritíssimo Juiz de Direito da 2.ª Vara da Justiça Federal de Pernambuco, nos autos da Ação Ordinária proposta por Carmen Barros de Castro Rezende e outros contra Alumínio S/A — Extrusão e Laminação (doravante ASA), Caixa Econômica Federal (CEF), Alcoa Alumínio do Nordeste S/A (ALCANOR) e Alcoa Alumínio S/A (ALCOA). submetendo-nos, para tanto, cópias das peças fundamentais do processo, desde a inicial até as razões da apelação interposta pelos Autores.

2. Cumpre-nos registrar, de início, que o MM. Juiz, em sua minuciosa e proficiente sentença, enfrentou, ao longo de 60 páginas, todas as questões suscitadas pelas partes, demonstrando, de forma convincente, a improcedência da ação. No tocante à matéria de Direito Societário, S. Exa. deu-se ao trabalho de analisar, ponto por ponto, todos os argumentos invocados pelos Autores, inclusive os constantes de parecer da lavra de eminente Comercia- lista, aceitando, inclusive, o desafio de abordar a questão de acordo com o esquema tripartite alvitrado pelo ilustre Parecerista.

3. Segundo esse esquema, a questão assim se resumiria: 1.º) a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil S/A, ambas instituições da administração Federal indireta, detêm, em conjunto, a maioria das ações votantes de ASA, de modo a lhes assegurar, outrossim, em permanência, a pro- derância nas eleições da mor parte de seus administradores; 2.º) na AGE de 10.3.81, que autorizou ASA a subscrever ações de uma nova sociedade. a ALCANOR, mediante a conferência de seu ativo, teria havido a ...rrência de abuso de direito de voto e de abuso do poder de controle por parte de CEF e BB, visto que orientaram a companhia para fim estranho ao objeto social, obtendo vantagens para si, com prejuízo para a companhia e para outros acionistas; 3.º) na medida em que as controladoras mantinham e

#### NOTA BREVE

O presente volume tem por objeto a análise dos aspectos jurídicos da administração de uma sociedade por ações. A este se seguiu o estudo da estrutura jurídica da sociedade por ações, com ênfase para a análise dos aspectos jurídicos da administração de uma sociedade por ações.



condição humana no mundo social. Natural, assim, que as condições racionais da existência da sociedade humana sejam o fundamento da existência da sociedade humana. A existência da sociedade humana é, portanto, o fundamento da existência da sociedade humana. A existência da sociedade humana é, portanto, o fundamento da existência da sociedade humana.



mantém posição credora contra a companhia que controlam, a preocupação com a liquidação desses créditos norteou a deliberação tomada em ASA, visando a constituição de ALCANOR, em flagrante conflito com o interesse comum dos sócios de participar do justo valor do acervo cedido à nova sociedade; 4.º) por derradeiro, a alienação do acervo de ASA a ALCANOR, da qual não dispõe do controle, consubstanciaria a alienação indireta do controle empresarial, sem obediência do "tratamento igualitário", consagrado no art. 254 da Lei de Sociedade por Ações.

#### PARECER\*

1. A nosso ver, contudo, tal esquema — que envolve a análise progressiva: 1) do controle conjunto, 2) do abuso no exercício do direito de voto e 3) da alienação indireta do controle — afigura-se de todo inadequado para a elucidação dos aspectos jurídicos societários da demanda, não apenas por requerer o exame de matérias de pouca, para não dizer de nenhuma relevância para o decisório, como, principalmente, por deixar em plano secundário questões mais relevantes, cuja exata compreensão é imprescindível ao desate da demanda. É certo que essas questões não deixaram de merecer a análise do Douto Magistrado; mas a metodologia empregada resultou no exame tópico e assistemático desses problemas capitais, posto que proficiente.

2. A inadequação do esquema tripartite advém, em primeiro lugar, da proposição de uma ótica para o exame da operação levada a efeito pela AGE de 10.3.81 (eventual caracterização de alienação indireta de controle acionário) que não foi argüida na inicial, nem sequer suscitada nas razões de apelação. Isto, por certo, em virtude de que a simples análise da operação, *da qual não resultou qualquer alteração da estrutura acionária de ASA*, afasta por completo a aplicação dos arts. 254 e ss. da Lei 6.404, que cuidam da alienação do controle de companhia aberta. Essas normas, pela sua natureza, alcançam apenas a alienação do chamado *controle jurídico (rectius: do pacote acionário do controlador)*; o Parecer da CVM citado em abono da tese examinou hipótese absolutamente distinta, qual seja, a de alienação indireta de controle jurídico na hipótese de venda do controle de *holding*.

\* As teses do presente parecer foram acolhidas pelo Tribunal Federal de Recursos na apelação cível n. 99.461-PB, sendo relator o Min. Geraldo Fontes.

3. Igualmente é de pouca valia a configuração de controle conjunto CEF-BB, corretamente afastada pela decisão recorrida. A ampla disciplina do abuso de direito de voto, prevista no art. 115 da Lei 6.404, é mais do que suficiente para tutelar os minoritários, em relação a danos que lhes possam causar qualquer acionista, controlador ou não; a disciplina do abuso de poder do controlador, que supostamente poderia conferir uma tutela ainda mais ampla, repousa, igualmente (para fins de elucidação da hipótese, *sub judice*), nos *mesmos pressupostos* que autorizam o reconhecimento da ocorrência de abuso no exercício do direito de voto, como teremos o ensejo de demonstrar nas linhas subseqüentes. Também esta questão não mereceu mais do que uma tibia referência na inicial, embora tenha sido retomada nas razões de apelação, e mesmo assim apenas como um vazio adinimiculus às 45 páginas daquele arrazoado. De outra parte, em nenhuma passagem dos autos ficou comprovado que o Banco do Brasil reúne os requisitos integrativos da definição de acionista controlador (arts. 116 e 243), pouco importando, para a lei acionária, a isolada condição de CEF e BB como integrantes da Administração Federal Indireta, sob comum supervisão governamental, na medida em que a lei exige mais para que se configure a qualificação de acionista controlador: que este use "efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia" (art. 116, b). Ora, esse exercício efetivo de poder de controle, como restou cumpridamente demonstrado nos autos, está a cargo da CEF, visto que o BB não tem qualquer ingerência nas atividades sociais.

4. Por derradeiro, a terceira perspectiva preconizada para a solução da demanda — abuso do direito de voto — embora fundamental, requer a prévia explicitação do que seja interesse social e qual a posição deste, em nossa legislação acionária, em confronto com o interesse da empresa e de sua função social. Fixada esta premissa, será possível — aí sim — aferir, com segurança, se houve ou não abuso no exercício do direito de voto na AGE de 10.3.81, ou mesmo abuso de poder do controlador, e, ainda, se CEF e BB estavam em situação de conflito de interesses com a Companhia, naquela reunião de acionistas.

É esse o plano lógico de análise que nos propomos a desenvolver — o único, aliás, que se presta a lançar luz sobre todos os aspectos societários e extra-societários que se relacionam com a deliberação adotada na AGE de 10.3.81.



### Interesse social e interesse da empresa. Voto conflitante e vedação do exercício do direito de voto

5. A nova lei do anonimato introduziu substanciais inovações na disciplina das sociedades por ações, a mais relevante das quais consistente na redefinição de seu papel institucional. É de todos conhecida a orientação do derogado diploma acionário de 1940: estatuto admirável para a conjuntura em que foi editado, espelha as condições econômicas e sociais da realidade a que deveria servir. Editado para uma sociedade pré-industrial e com uma estrutura econômica preponderantemente agrária, o Dec-lei 2.627 plasmou um modelo legal para as companhias de conteúdo nitidamente contratual, para qual apenas os interesses privados, internos ou externos, tinham relevância jurídica. Salvo uma tímida inclusão, entre os deveres de diligência dos diretores, de atentar para o bem público (art. 116, § 7.º), o decreto-lei derogado posicionava-se sobranceiro em relação à função social da empresa.

Já o legislador de 1976 teve por norte os vigentes postulados constitucionais pertinentes à ordem econômica e social, que consagram, no mesmo plano da liberdade de iniciativa (Constituição, art. 160, inc. I), a "função social da propriedade" (idem, inc. IV). Tal postura explica os inúmeros dispositivos inscritos na Lei 6.404, que realçam o papel institucional das sociedades por ações e a função social que devem desempenhar.<sup>1</sup>

6. Exemplo típico desse novo modo de tratar a sociedade anônima está no art. 116, parágrafo único, da lei em vigor, que impõe ao acionista controlador o *dever* de usar o seu poder com o fim de "fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social" ao qual são acrescidos, "*deveres e responsabilidades* para com os demais acionistas da empresa, *os que nela trabalham para a comunidade em que atua*, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender". A função social do poder econômico, corolário da função social da propriedade, exterioriza-se, assim, no âmbito da sociedade anônima, na atribuição de deveres e responsabilidades ao titular do poder econômico, que é o acionista controlador.<sup>2</sup>

1. V. Alfredo Lamy Filho, "A Reforma da lei das sociedades anônimas", in *RDM* 7/125 ss.; e Rubens Requião, "A sociedade anônima como Instituição", in *RDM* 18/25 ss.

2. A. Berle, "Control in Corporate Law", 58, *Columb. L. Rev.* 1.212, 1958.

De acordo com essa ótica, são consideradas modalidades de exercício abusivo de poder aqueles atos praticados pelo acionista controlador, em detrimento dos demais acionistas ou dos que *trabam na empresa* (art. 117, § 1.º, alíneas a e b), da mesma forma que constitui abuso de poder "orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional" (idem, alínea a).

7. Esse feixe de deveres e responsabilidades do acionista controlador não pode ser por ele olvidado quando do exercício do direito de voto nas assembleias gerais, visto que são a ela imputados na reunião assemblear e fora dela. A omissão da norma legal atinente ao abuso do direito de voto nas assembleias a respeito da função social da companhia (art. 115) é explicada pelo fato de que a Lei 6.404 trouxe para o prosclênio legal essa quarta instância societária, o controlador, que detém efetivamente o poder de mando na sociedade. No tocante ao exercício do direito de voto na assembleia (art. 115), a lei restringiu-se a compor os interesses privados dos sócios na companhia, visto haver transferido para o real detentor do poder na sociedade o encargo de bem fazê-la desempenhar sua função social, sem perder de vista os interesses dos que nela trabalham, da comunidade em que atua e, principalmente, o interesse nacional (arts. 116 e 117).

Em suma: *ao adentrar ao plenário de uma Assembleia Geral, o acionista controlador não está adstrito apenas às regras de natureza privada contidas no art. 115; carregará consigo, também, os deveres e responsabilidades acima enunciados e é em função desse feixe de normas que deverá orientar o seu voto.*

8. O papel relevante reservado ao acionista controlador pela nova lei, bem como a supremacia do interesse da comunidade local, regional e nacional, na empresa, sobre o interesse da companhia é posta em destaque por todos os doutrinadores que já se dedicaram à matéria: Fábio Konder Comparato,<sup>3</sup> Egberto Lacerda Teixeira e

3. O poder de controle na sociedade anônima, 3.ª ed., p. 297: "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".



J. A. Tavares Guerreiro,<sup>4</sup> Rubens Requião<sup>5</sup> e — *si parva licet com-ponere magna* — nós mesmos tivemos o ensejo de assinalar que, *verbis*, o “objeto da sociedade anônima não é apenas o interesse social *stricto sensu*, mas, igualmente, o interesse da empresa e do bem público, visto que, como adverte Ascarelli, o próprio reconhecimento da iniciativa privada por parte do legislador significa que aos particulares é atribuída a realização de um objetivo social *lato sensu*, por meio da satisfação de interesses privados. Assim, por interesse social ou interesse da companhia, deve-se entender o interesse comum dos sócios, que não colida com o interesse geral da coletividade, mas com ele se harmonize. Só assim pensando é que podemos entender a alusão ao “interesse da empresa” e do “bem público”, feita pelo art. 116, § 7.º, do Dec. 2.627, e o mandamento contido no art. 116, parágrafo único, da Lei 6.404, que determina que o acionista controlador “deve usar o seu poder, tanto no exercício do voto como fora da companhia, com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social”, tendo em vista os “deveres e responsabilidades com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.<sup>6</sup>

9. Como lembra Fábio Konder Comparato, há, na Lei 6.404/76, uma “clara afirmação da supremacia dos interesses comunitários e nacionais, quando em conflito com o escopo lucrativo da companhia”<sup>7</sup> e é dentro dessa perspectiva que deve ser examinada a conduta da CEF na AGE de 10.3.81. Participando do conclave como acionista controlador, cumpre averiguar se, no exercício de voto, CEF usou o

4. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, 1.ª ed., p. 297: “... o reconhecimento da função social da companhia e, pois, da empresa que ela objetiva, põe em relevo de forma especial a inspiração institucional do novo modelo de sociedade anônima... como unidade de produção, a empresa se insere no quadro econômico de uma nação como um veículo de riquezas, mobilizando matérias-primas e produtos intermediários, comprando e vendendo, prestando serviços, recolhendo impostos, assalariando empregados, enfim, contribuindo para o desenvolvimento geral da comunidade”.

5. *Aspectos modernos de Direito Comercial*, v. 12, p. 71: “A lei impõe para a maioria um amplo e definido programa de ação ética. Extravasa sua recomendação imperativa ao âmbito da empresa, como instituição, para abranger todos os elementos da vida social na qual vive e atua. Nele são abrangidos não só os acionistas, a minoria, como também os que nela trabalham e para com a comunidade em que vive. Deve respeitar e atender os interesses legítimos da coletividade”.

6. In *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 1980, vol. 2.º, p. 248.

7. Cf. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, São Paulo, 1979, pp. 302-4.

seu poder com o fim de fazer ASA realizar o seu objeto e cumprir sua finalidade social, finalidade essa, cumpre frisar, que já determinara a assunção do seu controle por CEF.]

Com efeito, está largamente comprovado nos autos que ASA, antes da transferência de seu controle acionário para CEF, se encontrava em estado pré-falimentar; não fosse a intervenção da União, através de sua empresa pública CEF, inexoravelmente ASA caminharia para a falência, ocasionando incensuráveis prejuízos: 1) para seus empregados, geradora que era de 1.500 empregos diretos; 2) para seus dependentes, fornecedores, prestadores de serviços etc. e 3) também para o Estado de Pernambuco, onde era uma das maiores contribuintes do ICM. Razões de natureza pública e social é que determinaram, portanto, a decisão de o Governo Federal assumir o controle acionário de ASA.

10. Sucede, porém, que essa situação não poderia perdurar indefinidamente como estava; a acionista controladora de CEF, que é uma instituição financeira, adotou todas as medidas possíveis visando o soerguimento da empresa, para subsequente alienação, visto que não se inscreve entre as finalidades legais da CEF ter controle acionário, ou sequer participação em sociedades industriais ou comerciais, de caráter permanente (Dec.-lei 759/69, art. 2.º e Lei 4.595/64, art. 24, combinado com o art. 4.º, inc. XI), sendo certo, ademais, que só episdicamente podem as instituições financeiras participar do capital de quaisquer outras sociedades (Lei 4.595/64, art. 3.º).

Baldados esses esforços, e dentro da política de desestatização que veio a ser formalizada meses após, CEF propôs, na AGE de 10.3.81, uma solução que propiciasse a manutenção da empresa, à vista da *relevante função social* desempenhada por ASA.

11. É, por conseguinte, em face da função social desempenhada pela empresa, que deve ser examinada a arguição de ocorrência de abuso de direito de voto ou de abuso do poder do controlador, na AGE de 10.3.81.

#### Abuso do direito de voto e abuso do poder de controle

12. Se bem que haja quem identifique remotos precedentes históricos no direito romano e no direito intermédio,<sup>8</sup> a teoria do abuso

8. L. Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité — Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1927, pp. 3 ss.



de direito foi elaborada, inicialmente por iniciativa pretoriana, na França, nas primeiras décadas deste século. Não seria aqui, evidentemente, o lugar para se estender a respeito das diversas teses dos que a defendem, procurando dar-lhe alicerce doutrinário.<sup>9</sup> Para os estritos objetivos deste parecer, basta nos limitarmos a fixar os seus elementos informadores, de aceitação geral. Ocorre abuso de direito, segundo a concepção mais generalizada, quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social para a qual o direito subjetivo foi concedido (posto que os direitos são conferidos para serem usados de uma forma que se afeição ao interesse coletivo), ou, o que vem a dar no mesmo, quando o agente exerce sem qualquer interesse legítimo. O abuso do direito é, em suma, um desvio no seu exercício regular, seja por faltar ao titular legítimo interesse para exercê-lo daquele modo; seja porque a sua destinação econômica e social tenha sido frustrada.

15. Como se vê, o conceito de abuso de direito prende-se à noção do exercício dos direitos e resulta de uma concepção dos direitos subjetivos que não mais os vê como absolutos, quando podem ser utilizados pelos titulares como lhes aprouver, certo de que aquele que age dentro de seu direito a ninguém prejudica (*neminem laedit qui suo iure utitur*). Não se admite, na verdade, que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-la em causa de prejuízo alheio. Sendo articulado na definição do *ius* o princípio da convivência, impõe-se a conciliação entre a utilização do direito com o respeito à esfera jurídica alheia. Daí a regra da *relatividade dos direitos*, encarados como prerrogativas que, por sua função social, o Direito protege, mas que só os protege quando exercidos segundo a sua finalidade social. Imprimida uma direção contrária ou disforme com a função e o espírito desse direito, ocorre abuso, visto

9. Marcel Planiol, Georges Ripert e Paul Esmein, *Traité élémentaire de droit civil*, 10.<sup>a</sup> ed., Paris, 1926, II, pp. 297 ss.; L. Jossierand, ob. cit. e *Travaux de L'Association Henri Capitant*, Québec, 1939, pp. 611 ss.; Karl Larenz, *Vertrag und Unrecht*, I, Hamburgo, 1936, pp. 85 ss.; L. Dubois, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Paris, 1962, pp. 185 ss.; Virgilio Giorgianni, *L'Abuso del Diritto nella Teoria della Norma Giuridica*, Milão, 1963, pp. 131 ss.; Salvatore Romano, verbete "Abuso del diritto", in *Enciclopedia del Diritto*, 1958, v. I, pp. 166 ss.; Fernando Augusto Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, Lisboa, 1973, pp. 273 ss.; Pedro Batista Martins, *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*, Rio, 1941, pp. 181 ss.; Caio Mário da Silva Pereira, "Abuso de Direito", in *RF* 159/106.

que o autor excedeu o limite do exercício regular desse direito (CC, art. 160, I, *a contrario*).

14. Assim concebido, explica-se por que o conceito de abuso do direito é fenômeno deste século. O século passado dividiu-se entre duas teorias claramente contrapostas, na explicação da natureza jurídica do direito subjetivo, se é que se pode sempre falar em direito subjetivo, quando nos referimos à série de manifestações de interesse que o Estado ampara e garante: uma, a da vontade (*a Zweckjurisprudenz*, de Jhering), e outra, a do interesse (*a Interessenjurisprudenz*, de Heck). Esse antagonismo aparente entre a teoria da vontade e a do interesse (aparente porque, na realidade, uma abrange a outra) foi superado, no século atual, com a corrente social ou funcionalista do Direito. Na realidade, o conceito de direito subjetivo implica na conjugação desses dois elementos: é o *interesse* protegido que dá a alguém o *poder* de agir, em conformidade com o fim econômico e social que lhe foi atribuído. Daí dizer Jossierand que "todos os direitos subjetivos não são mais, afinal, do que *direitos-função*, que devem permanecer no plano da finalidade a que correspondem, sob pena de o seu titular cometer um desvio ou abuso do direito".<sup>10</sup>

15. Notem que estamos nos referindo, genericamente, a direitos subjetivos, quando melhor fora falar em *situações jurídicas subjetivas*, que abrangem várias categorias de comportamentos subjetivos prováveis abstratamente configurados numa ou mais regras de direito, onde se destacam os direitos subjetivos *stricto sensu* e os poderes. Direito subjetivo, no sentido específico e próprio do termo, só existe quando a situação subjetiva implica na possibilidade de uma pretensão (*Anspruch*), unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem. Outras vezes, não existe propriamente um direito subjetivo, mas um poder de fazer algo (*Kannrecht*), como expressão de uma competência ou atribuição conferidas a uma pessoa, privada ou pública, sem que exista propriamente uma pretensão e obrigação correlatas. Nesta situação jurídica não existe uma relação do tipo pretensão-obrigação, mas outra, do tipo poder-sujeição: trata-se de uma situação jurídica caracterizada pela eminência reconhecida a uma das partes ou pessoa partícipe da relação jurídica, que lhe confere a prerrogativa de influir na esfera jurídica alheia. Em ambas as estruturas, a situação subjetiva é essa possibilidade de pretender ou fazer algo,

10. Ob. cit., p. 370.



de maneira garantida, nos limites atributivos (funções) das regras de direito.<sup>11</sup>

16. Quando alguém tem uma pretensão ou um poder de fazer algo, amparados por normas jurídicas, diz-se que tem título ou *status* para o ato, ou, por outras palavras, que está *legitimado* para exigir o seu direito ou praticar o ato pretendido. Assim, quando dizemos que o acionista de uma sociedade anônima dispõe de um *status socii* específico, queremos significar que ele ocupa uma posição jurídica, própria da qualidade de sócio (*Mitgliedschaft*, como dizem os alemães), que se traduz num feixe de direitos e poderes, que lhe confere a faculdade de exigir prestações de outrem (e.g., direito ao dividendo) e a prerrogativa de influir na esfera jurídica alheia (e.g., poder de voto ou poder de controle). Faculdades e prerrogativas essas outorgadas para serem exercidas, concretamente, nas circunstâncias e segundo as funções genericamente previstas na *regula juris*.<sup>12</sup>

17. Assim, é dentro desses parâmetros que devem ser encarados os comandos da lei de sociedade de 1976, que determinam que "o acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia" (art. 115), e que "o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social" (art. 116, parágrafo único). Direito subjetivo ou poder jurídico são, como vimos, faculdades ou prerrogativas outorgadas para a realização de interesses concretos, protegidos enquanto desempenham determinadas funções econômicas e sociais. Assim, o direito do voto deve ser exercido no interesse da companhia; já o poder de controle deve ser usado "com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social", visto que o acionista controlador "tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da

11. F. Santoro-Passarelli, *Dorrina Generali del Diritto Civile*, Nápoles, 1964, pp. 70 ss.

12. A aplicação do conceito de *status* à participação social, que remonta a G. P. Chironi, in *Riv. Dir. Com.*, 1912, II, p. 959, recebeu a sua consagração na Itália, com T. Ascarelli, *Appunti di Diritto Commerciale*, II, Catania, Roma, 1931, pp. 92 ss., que a divulgou, sendo hoje adotada pelas obras mais modernas (cf. V. Buonocore, *Le Situazioni Soggettive dell'Azionista*, Pomepia, 1960, pp. 215 ss.). O conceito jurídico de *status* e a sua aplicação no direito societário encontra correspondência na literatura germânica, cf. Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Munique, 1967, § 16, III, "a" e "b". Cuidamos do assunto em nosso *Do Direito do Acionista ao Dividendo*, São Paulo, 1969, pp. 256 ss.

empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender (art. 116, parágrafo único).

Tanto isso é verdade que, na configuração do abuso do direito de voto e do abuso do poder de controle, o legislador trabalhou e estabeleceu as hipóteses tópicas, vendo-as sob o prisma das *diades voto-interesse da companhia e controle-interesse da empresa*. Segundo a lei, considerar-se-á abusivo "o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou 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" (art. 115). Por outro lado, segundo a lei, são modalidades de exercício abusivo de poder de controle, dentre outras, "orientar a companhia para fim estranho ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional" (art. 117, § 1.º, a).

18. A muitos, ainda ancorados numa visão contratual e politicamente asséptica da sociedade anônima, espanta essa vinculação do interesse público ao direito das sociedades por ações. No direito alemão, onde, de resto, se inspirou o legislador de 1976, e a perspectiva institucionalista há muito está consagrada, é vastíssima a bibliografia sobre o tema, conforme se constata em W. R. Schluemp, *Mitbestimmung? Bemerkungen zum Verhältnis von Aktiengesellschaft, Unternehmen und Öffentlichen Interessen*.<sup>13</sup> Desnecessário, porém, fazer referências ao direito alienígena. Basta a afirmação contida na Exposição de Motivos do projeto convertido na lei do anonimato: "ocorre que a empresa, sobretudo na escala que lhe impõe a economia moderna, tem poder e importância social de tal maneira relevantes na comunidade, que os que dirigem devem assumir a primeira cena na vida econômica, seja para fruir do justo reconhecimento pelos benefícios que geram, seja para responder pelos agravos a que dão causa. (...) O princípio básico adotado pelo projeto, e que constitui o padrão para apreciar o comportamento do acionista controlador, é o de que o exercício do poder econômico só é legítimo para fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, enquanto respeita e atende lealmente aos direitos e interesses de todos aqueles

13. In "Lebendiges Aktienrecht. Festgabe zum 70. Geburtstag von W. F. Bürgi", Zúriq, 1971, p. 322.



vinculados à empresa — os que nela trabalham, os acionistas minoritários, os investidores do mercado e os membros da comunidade em que atua".<sup>14</sup>

19. Nessa ordem de idéias, a lei firma a regra geral de que o voto deve ser exercido sempre e exclusivamente no interesse da companhia, não sendo esse interesse, por suposto, redutível a qualquer interesse dos sócios, mas sim, unicamente, ao *interesse comum* dos sócios, voltados à realização do escopo social. É óbvio, também, que, correspondendo o interesse da sociedade ao interesse comum de todos os sócios, enquanto membros da coletividade social, cumpre advertir que esse interesse social não se confunde com a somatória dos interesses dos sócios *uti singuli*, oriundos de sua qualidade de sócio. Cabe, pois, distinguir o interesse comum dos sócios *uti socii* da série de interesses dos sócios *uti individui sed socii*. Assim sendo, ao exercer o direito de voto, o sócio não pode perseguir a nenhum interesse particular, senão ao seu interesse de sócio *uti socius*, que se considera coincidente com o interesse social. Daí já haveremos frisado alhures que, "nesse sentido, pode-se dizer que, embora o voto seja livre, o acionista está obrigado a perseguir o interesse social. Pois se é certo que o sócio busca na sociedade satisfação de um interesse próprio, não é menos certo que esse interesse pessoal de modo algum pode ser satisfeito em detrimento da sociedade, senão justamente pela satisfação do interesse social comum a todos os acionistas, visto que, sem essa convergência dos interesses individuais dos sócios em um único interesse comum, não se poderia falar em sociedade".<sup>15</sup>

20. Ao lado desse interesse da companhia, que se traduz no interesse comum que têm os acionistas, controladores e não-controladores, na realização do escopo social, há interesses extra-acionários que residem na empresa ("objeto da companhia", art. 2.º), considerada esta de interesse para a "economia nacional" (art. 117, § 1.º, a) e que desempenha uma função social junto aos "que nela tra-

14. Exposição de motivos n. 196, de 24.6.76, cap. X, seção IV.

15. Cf. nosso Comentário à Lei das Sociedades Anônimas, ob. cit., p. 246. Sobre o concreto de interesse social, cf. A. Ignoli, "L'interesse sociale", in *Riv. della Società*, 1958, pp. 736 ss.; P. G. Jaeger, "L'interesse sociale", Milão, 1964; T. Ascarelli, "Interesse sociale e interesse comum nel voto", in *Studi in tema di società*, Milão, 1952, pp. 163 ss. Sobre os vários significados do interesse social na doutrina alemã, ver G. Zöllner, *Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtmacht bei den privatrechtlichen Personverbänden*, Munique-Berlim, 1963, pp. 18 ss.

balham" e à "comunidade em que atua" (art. 116, parágrafo único). A esse segundo pólo de interesses devem obediência aqueles a quem cabe conduzir os destinos da companhia: os administradores e o acionista controlador. Assim, dispõe o art. 154 da Lei 6.404 que "o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da Empresa", e o art. 116, parágrafo único, determina que "o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social". A nova lei das sociedades por ações adota, portanto, a orientação do chamado "direito da empresa acionária" (*Recht der Aktienunternehmung*), consagrada na Alemanha, que encara a lei do anonimato como instrumento de tutela da empresa, na medida em que a sociedade anônima é uma técnica de organização empresarial, não lhe atribuindo propriamente um interesse isolado, como na teoria da "empresa em si" (*Unternehmen an sich*), mas reconhecendo, na própria empresa, uma "composição dos interesses das várias pessoas que dela participam" (*Schutz des Unternehmers in Sinne eines Ausgleichs aller beteiligten Interessen*).<sup>16</sup>

21. Assim, quando o acionista controlador adentra nos recintos de uma assembléia geral, e vota, não exerce o seu direito ou poder exclusivamente no interesse social, como qualquer acionista, mas animado pelo binômio interesse social-interesse da empresa, usando o seu poder de controle (que, no caso, se manifestou através do voto) "com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social". Seria, por certo, um contra-senso se, ao votar, despesse dos deveres e responsabilidades que a lei lhe impôs por fruir da condição de controlador. Ocorrendo porém conflito entre um e outro, por certo devem prevalecer os interesses comunitários e nacionais, no seu exercício do direito de voto.<sup>17</sup>

22. Vejamos, agora, a hipótese de fato que nos foi submetida a exame. ASA foi constituída em 3.4.67, com projeto aprovado pela SUDENE para captação de recursos oriundos de incentivos fiscais, começando a operação somente em 1972. Desde a sua consti-

16. Cf. P. G. Jaeger, ob. cit., p. 58 e J. Paillasseau, *La Société Anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, 1967.

17. V. Giuseppe Senna, o Cap. IV sobre o elemento teleológico no voto in *Il voto nella Assemblée della Società per Azioni*, Milão, 1961, pp. 345 ss.



tuição a empresa vinha se debatendo com sérias dificuldades técnico-financeiras. Entre 1973 e 1974, contraiu vultosos empréstimos bancários, firmando, em 23.12.75, escritura pública de confissão de dívida e renegociação de compromissos não satisfeitos com o Banco do Brasil S/A e outras instituições financeiras. BB era, à época, credor de Cr\$ 39.022.008,94 e mais US\$ 29.745.000. CEF era também, na ocasião, credora de Cr\$ 67.682.420,90. Em dezembro de 1975, ASA devia Cr\$ 151.704.829,84 e mais US\$ 36.345.000. No balanço relativo ao exercício findo em 31.12.77, ASA apresentou um passivo circulante de Cr\$ 8.785.185.000,00, enquanto o ativo circulante era de Cr\$ 2.240.772.000,00. Devia ASA, de empréstimos comerciais, Cr\$ 7.557.466.000,00. Some-se a essas responsabilidades o fato de que a empresa estava em débito com a Receita Federal, sem recursos para desembargar matéria-prima e com a indústria desativada. Foi nessa deplorável conjuntura econômica, quase às vésperas da falência, que CEF, por determinação do Governo Federal, houve por bem adquirir, por contrato firmado em 2.1.78, o controle da ASA.

23. A situação pré-falimentar de ASA traria, como consequência, exatamente a operação ASA-ALCANOR, alguns anos depois. A AGE de 10.3.81 se realizou para cancelar uma operação — a constituição, mercê a conferência do estabelecimento industrial de ASA, de uma nova sociedade, denominada ALCANOR, em sociedade com ALCOA — que propiciaria, mediante a associação com um grupo de elevado nível de *know-how* (ALCOA), a recuperação do empreendimento, com vista à *preservação da empresa*. Razões de variada natureza preconizavam essa postura. A manutenção do parque industrial da empresa asseguraria: a) a continuidade na absorção de uma força de trabalho de 1.500 operários; b) beneficiaria importante região do Nordeste (PE), onde se encontra o complexo operacional de ASA, onde era uma das maiores contribuintes do ICM local; c) daria ensejo a que os credores em geral recuperassem seus cabedais, sendo de imediato liquidadas as dívidas junto a outros credores que não as BB e CEF, as quais seriam, como o foram, consolidadas, para pagamentos em prazos mais dilatados e viáveis dentro da nova situação da empresa. Por certo, o voto do acionista controlador, tendo em vista o preceito legal que determina deva ele usar o poder de comando com o fim de “fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social”, e em se considerando que a ele, controlador, pesam deveres e responsabilidades para com “os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e

interesses deve lealmente respeitar e atender” (art. 116, parágrafo único), não poderia ser de outra forma do que foi. Tanto mais que não foram descuidados os “deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa”, visto que os acionistas, que, advirta-se, nunca auferiram qualquer rendimento, teriam doravante perspectivas de passar a perceber, dentro de médio prazo, seus dividendos anuais, sem falar que assegurou-se consistência às ações que, até então, tinham um valor praticamente nulo no mercado (de resto, fossem esses interesses colidentes, prevaleceriam os interesses coletivos da empresa sobre o interesse social, posto que este só se realiza quando afeiçãoados àqueles). A esses fatos que, trazidos aos autos pelos RR, não foram, ao que se sabe, contestados, não pode o parecerista ficar evidentemente alheio, sob pena de cogitar no vácuo. Ora, assim agindo, inegável que CEF, na qualidade de acionista controladora, exerceu o seu direito de voto e usou do seu poder determinante dentro das *funções sociais* segundo as quais foram concebidos aquele direito e aquele poder, polarizados no sentido da realização do interesse social que não colida com o interesse geral da coletividade, não havendo falar, na hipótese, de maneira concreta (e o Direito só pode ser encarado no seu processo de concreção de fato, valor e norma), em *abuso de direito ou de poder*. Foram, portanto, esgrimidos com visível solércia esses conceitos, visto que, pelo relato que consta dos autos, e dentro da perspectiva aberta pela Lei 6.404, CEF não praticou nenhum dos atos que o art. 115 reputa como abusivos no exercício do direito de voto, nem dos atos que o art. 117, § 1.º, reputa como modalidades de exercício abusivo do poder de controle.

### Conflito de interesses

24. Sendo CEF credora de ASA, ao mesmo tempo que acionista controladora, é argüido que essa circunstância, de per si, qualifica a ocorrência de voto conflitante na deliberação tomada pela AGE de 10.3.81, nos termos dos §§ 1.º e 4.º do art. 115, da Lei 6.404, o que a inquinaria de nulidade. Pois prescreve o art. 115, *caput*, da lei citada, que “o acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia”, entendendo-se o interesse da companhia, como dissemos, não como somatória dos interesses particulares dos sócios, ou como interesse autônomo desvinculado dos interesses dos sócios, mas como o *interesse comum dos sócios enquanto tais*, norteados no sen-



tido da realização do objeto social. Ocorre, destarte, a figura do voto conflitual quando o acionista exerce o seu poder de voto, orientando-o no seu interesse particular, não como sócio, mas como pessoa, com sacrifício do interesse social.

25. Nesta altura pergunta-se: essa configuração do interesse conflitante é dada a revés de um critério puramente *formal*, como a significar a posição das partes contrastantes (na espécie, CEF é credora de ASA e também sua acionista controladora), ou é determinada por um exame *substancial*, devendo ser apreciada em cada caso concreto a efetiva conflituosidade? No império do Dec.-lei 2.627/40, em escólio ao art. 95, Valverde encarava a existência ou não de interesse contrário ou oposto como uma questão de fato, devendo ser apreciada casuisticamente.<sup>18</sup> Na esteira aliás de Carvalho de Mendonça que, citando Bing, dizia que é difícil estabelecer uma regra absoluta para aferir se se trata de interesses conflitantes, repudiando, de qualquer sorte, um critério meramente formal, como a significar a posição das partes contrastantes, que de resto existe em todo negócio bilateral ou sinalagmático. O art. 115 da Lei 6.404 procura dar solução a essa questão, inspirando-se no direito europeu, especialmente na lei de sociedade por ações alemã (§ 243) e no Código Civil italiano (art. 2.373).

26. A *Aktiengesetz*, de 6.7.65, preceitua no § 243, incs. 1 e 2: "1.º) Uma decisão da assembleia geral pode ser anulada por ação judicial, fundada em violação da lei e do estatuto. 2.º) A anulação pode também esteiar-se no fato de um acionista tentar obter, pelo exercício do seu direito de voto, para si ou para terceiros, vantagens particulares em detrimento da sociedade ou de outros acionistas, e a decisão é idônea a servir a esse escopo. Esta regra não se aplica, quando a decisão concede aos outros acionistas uma compensação adequada". Já o Código Civil italiano preceitua: "O direito de voto não pode ser exercido pelo sócio nas deliberações em que ele tem, por conta própria ou de terceiro, um interesse em conflito com o da sociedade. Em caso de inobservância da disposição do parágrafo precedente, a deliberação, toda vez que possa causar dano à sociedade, é impugnável consoante o art. 2.377, se, sem o voto dos sócios que deveriam abster-se da votação, não se teria alcançado a necessária maioria" (art. 2.373).

18. *Societade por Ações*, II, n. 629, p. 315.

27. Segundo a lei alemã o conflito de interesses constitui um vício das resoluções de assembleia geral e se configura quando o acionista, no exercício do voto, procura privilegiar o interesse pessoal, mercê a obtenção de "vantagens particulares" (*Sondervorzueile*), em detrimento do interesse social ou de outros acionistas. A seguir, no § 245, ao tratar da legitimidade para propor a ação anulatória, atribui a todo acionista que se encontra no caso do § 243, inc. 2. Assim disciplinando, não se pode, na lei alemã, presumir a conflituosidade de interesses, com base em critérios formais: quando se afirma a colidência de dois interesses contrapostos do sócio e da sociedade é porque se apurou, no caso concreto, uma efetiva conflituosidade, com a ocorrência de dano à companhia ou aos sócios, razão pela qual se reconhece ao Judiciário, numa ação *anulatória*, competência para exame do mérito da deliberação assemblear.<sup>19</sup> O art. 2.373 do Código Civil italiano exprime a mesma idéia, embora com dicção distinta: mas como fala em "vedação de voto" (*divieto di voto*) e "conflito de interesses", a doutrina e a jurisprudência peninsulares elaboraram uma distinção entre os dois conceitos, com pressupostos diversos e com distintas consequências legais. No caso de *vedação de voto*, haveria uma incompatibilidade *formal* entre os interesses do acionista e da sociedade, como ocorre, em certas hipóteses típicas, nas deliberações da assembleia geral relativas à aprovação de laudo de avaliação de bens com que o acionista votante concorre para a formação do capital social, ou à aprovação de suas contas como administrador. Da infringência dessa abstenção de voto, decorreria a *consequentia juris da nulidade*, dado que o sócio, nas hipóteses previstas, perde a própria *legitimidade* para votar. Já no caso de *conflito de interesses* cabe uma 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 da sua *anulação*.<sup>20</sup>

28. As expressões — abuso do direito e conflito de interesses — que estão na epígrafe que encima o art. 115, são havidas como refe-

19. V. Herzfelder, "La protection de la société anonyme contre des abus de vote en cas de conflit d'intérêts en droit allemand", in *Rev. trim. droit com.*, 1968, pp. 285 ss.

20. V., no tocante à doutrina, A. Gambino, "La disciplina del conflitto di interessi del socio", in *Riv. Dir. Com.*, 1969, I, pp. 371 ss.; no tocante à jurisprudência, cf. A. Mazzoni, "La tutela delle minoranze delle SPA", in *I Grandi problemi della SPA nelle legislazioni vigenti*, vol. 5-II, p. 1.097.



rências a conceitos distintos e autônomos, tais como são concebidos no direito europeu. Por outro lado, pela leitura do art. 115, §§ 1.º e 4.º, se infere que a lei brasileira adota a distinção feita pela doutrina e jurisprudência italianas entre vedação de voto e conflito de interesses, com pressupostos distintos e distintas conseqüências jurídicas. Haverá *vedação de voto* em duas hipóteses típicas: voto do acionista em assembléia geral que: a) aprovar o laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social, e b) aprovar as suas contas como administrador. Nessas duas hipóteses, a suspensão do exercício do direito de voto depende de fatores objetivos, legalmente tipificados, e que dizem respeito a um controle *ex ante* de legitimidade, com base em precisos indícios formais, donde a conseqüência da nulidade. Haverá, por sua vez, *conflito de interesses* em todas as demais hipóteses em que for apurada efetiva conflituosidade, expressa em uma vantagem experimentada pelo acionista "de modo particular" (a lei brasileira, como se vê, repete a locução da lei alemã). A conflituosidade deverá ser apreciada em cada caso concreto, conforme as circunstâncias. Daí por que dispõe o § 4.º, subseqüente, que "a deliberação tomada em decorrência do voto do acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é *anulável*", respondendo o acionista "pelos danos causados", sendo "obrigado a transferir à companhia as vantagens que tiver auferido".

29. Vejamos agora o caso *sub examine*. Conforme se verifica da análise acima procedida, a posição de acionista controladora e de credora da companhia (ASA), ocupada por CEF, não a configura em conflito formal de interesses, nos termos da lei em vigor, já que somente nas duas hipóteses tipificadas permite a lei a qualificação, *a priori*, de relação de incompatibilidade. Ademais, a doutrina alienígena, de onde o legislador brasileiro hauriu os conceitos em pauta, nega possa ser aplicada, por analogia, a disciplina do *divieto di voto* a hipóteses não previstas em lei, dado o caráter excepcional.<sup>21</sup> Cabe, assim, determinar, com base em dados técnico-econômicos, o interesse social objetivo na operação indigitada, e apurar, no âmbito dos múltiplos interesses que legitimamente concorreram para a manifestação do voto de CEF, possível existência de interesses pessoais, conflitantes com o interesse da companhia, que o teriam beneficiado "de modo particular". Ora, CEF é credora de ASA, mas, da operação aprovada pela AGE de 1981, não lhe adveio o pagamento de seus

21. A. Gambino, ob. cit., nota 39, p. 378.

créditos. Esse pagamento só ocorrerá, *via* ASA, na medida em que ALCANOR distribuir lucros àquela. Por certo, esses lucros não beneficiarão apenas CEF, mas todos os acionistas, inclusive os Autores.

30. Na realidade, CEF assumiu o controle de ASA apenas para preservar a empresa, dada a relevância de sua função social; CEF não é empresária industrial, daí ter procurado uma solução de modo que resultasse em lucros, para que estes pudessem acobertar, no futuro, os seus créditos. Nesse sentido, esse interesse, longe de ser conflitante, é coincidente com o interesse de ASA, e também com os de seus acionistas. Destaque-se, aliás, que, no caso, não há falar propriamente em interesses formalmente antagônicos entre CEF e ASA: a deliberação da assembléia de ASA autorizou-a a subscrever ações de ALCANOR, mediante conferência de bens de seu ativo. Ora, a CEF não é acionista de ALCANOR, e, portanto, *não contratou* essa participação direta ou indiretamente com ASA. Com efeito, na operação em tela, nem CEF nem BB figuraram como contrapartes de ASA; as contrapartes destas foram os demais sócios de ALCANOR, estes sim com interesses especiais, visando a obter um melhor preço pelos bens conferidos por ASA na constituição de ALCANOR. Onde reside, então, o conflito de interesses?

#### CONCLUSÃO

1. Esclarecidos esses pontos, desaba, como um fantástico castelo de cartas, o esquema tripartite desenvolvido pelos Autores para a elucidação dos aspectos societários da demanda, construído com talento pelo parecerista mas espancado pelo MM. Juiz *a quo*. A absoluta improcedência de uma eventual caracterização de alienação indireta de controle acionário, que, de resto, não foi, como advertimos, argüida na inicial, nem sequer suscitada nas razões de apelação, se evidencia na simples análise da operação, da qual não resultou qualquer alteração da estrutura de ASA, o que afasta, por completo, a aplicação dos arts. 254 ss. da Lei 6.404, que cuidam da alienação do controle de companhia aberta. Demonstrado que não houve, na espécie, abuso no exercício do direito de voto, nem abuso do poder de controle por parte de CEF e BB, ou sequer voto conflitante por estes proferido, desnecessário prosseguir na crítica do último passo do esquema de raciocínio desenvolvido pelos Autores, em atmosfera rarefeita, com absoluto desprezo pelos fatos.

São Paulo, 25 de julho de 1985.