

**Edições Anteriores**

2ª edição – 1977

3ª edição – 1983

4ª edição – 2005

4ª edição – 2005 – 2ª tiragem

FÁBIO KONDER COMPARATO  
CALIXTO SALOMÃO FILHO

**O PODER DE CONTROLE  
NA  
SOCIEDADE ANÔNIMA**

5ª Edição



Rio de Janeiro  
2008

companhia, ou da economia nacional” (grifo nosso).<sup>97</sup> A regra é reafirmada, em relação às sociedades controladoras, no art. 246, impondo-se o dever de reparação dos danos causados, a requerimento de acionistas da sociedade prejudicada.<sup>98</sup>

A confusão patrimonial, nos grupos societários de fato, é, assim, nitidamente profligada.

**Nota de Texto 66** O estudo da disciplina da responsabilidade e da desconsideração da personalidade jurídica dentro dos grupos (de fato e de direito) é particularmente importante.

Como forma de controle externo (pelos credores sobretudo) do comportamento das empresas do grupo e seus controladores é dispositivo complementar às regras de organização interna. Pode-se dizer inclusive que, quanto mais deficientes ou meramente formais essas regras, mais importantes e aplicadas serão as regras de desconsideração.

Assim sendo, para uma correta definição da tipologia jurídica de cada estrutura grupal não basta se ater às distinções da lei, que tem por base a organização interna. É preciso também analisar o grau efetivo de separação patrimonial entre as empresas do grupo a partir do estudo da realidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.<sup>99</sup>

113. Com base nas considerações que precedem, iremos focalizar, nos capítulos seguintes, não todas as questões ligadas ao afastamento da personalidade jurídica em razão do poder de controle, mas apenas as que nos parecem mais relevantes. A idéia central é a que anima todo este nosso estudo, ou seja, a especificidade do *status* jurídico do titular do controle, em relação aos demais acionistas ou interessados na companhia.

97 A lei omite, aí, o interesse dos credores da sociedade controlada, que pode ser, evidentemente, prejudicado pelo desvio de poder do controlador.

98 Cf. nota precedente.

99 Cf., para uma tentativa de elaboração da tipologia nesses moldes mais abrangentes, Nota de Texto 77.

## 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, recai 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.<sup>1</sup> 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 de 2002, 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 *extra-empresariais*. Os primeiros correspondem à satisfação dos

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

interesses de todos os participantes na empresa: acionistas, titulares de outros valores mobiliários emitidos pela companhia, empregados, administradores. Quanto aos interesses *extra-empresariais*, 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, tem direito ao exercício da atividade empresarial, como poder inerente à propriedade (Código Civil de 2002, art. 1.196), e à apropriação dos lucros, como fruto de bens próprios. A instituição do Estado social impôs, no entanto, duas conseqüências 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, obedecendo às 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.<sup>2</sup>

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*.

A discussão sobre os interesses intra e extra-empresariais 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.<sup>3</sup> 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 a brasileira, procurou minimizar o alcance da norma.<sup>4</sup> 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 co-gestão 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.

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

4 Em seus autorizados comentários à lei de 1937, R. Godin e H. Wilhelm, co-autores 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. fuhrt Ihre Geschäfte, wie es das Interesse der Aktionäre, aber nicht nur der augenblicker (erst recht nicht nur des Augenblicks), sondern auch der kuenfügen, d.h. der Bestand und die Entwicklung des Unternehmen (wofuer das Gesetz “Betriebe” sagt) verlangt, und mit gewisseem after Ruecksicht auf das Wohl der Gesellschaft, in die das Unternehmen eingeordnet ist*” (*Aktiengesetz*, cit., p. 286).

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 conseqüências”. No art. 674, cuidando das reservas estatutárias ou facultativas, edita: “A assembléia geral pode, por ocasião da fixação do dividendo, 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” (alínea 2); “ela pode, igualmente, mesmo na falta de cláusulas estatutárias, operar, sobre os lucros líquidos, deduções 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 conseqüente à crise de 1929, E. Merrick Dodd, então professor na Harvard Law School, sustentou, em polêmica com Berle, que os diretores de uma sociedade anônima não são, propriamente, *trustees* dos acionistas, mas têm também deveres mais amplos, de natureza social.<sup>5</sup> A idéia continua a granjear adeptos, até hoje, naquele país.<sup>6</sup>

**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.

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.

Isso porque a idéia 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.<sup>7</sup> Mesmo na idéia Coasiana de custo de tran-

7 Na formulação mais ligada à idéia 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 (imagina-se, por exemplo, um sindicato de trabalhadores bastante forte), seja porque o custo social ou o descontentamento gerado 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 conseqüências 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).

sação e na proposta de sua eliminação<sup>8</sup> está presente a idéia 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.<sup>9</sup>

Ocorre que acabou por se formar um consenso em torno de certas idéias 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 idéia de eficiência, aplicada tanto ao direito antitruste como ao direito societário, acabou por 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 posi-

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 conseqüência 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.

ções, adotando em pleno as premissas ideológicas da análise econômica do direito.<sup>10</sup>

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*.<sup>11</sup> É, talvez, por isso que, a cada período de prosperidade econômica ulterior, a idéia 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.<sup>12</sup> Tratava-se da subsidiária francesa da companhia norte-americana *Fruehauf*, que havia firmado com outra sociedade francesa um importante contrato para a fabricação de reboques 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 co-contratante 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.

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).

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

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 intra-empresariais 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 acionis-

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., n° 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.

tas, 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, 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 assembléia nem a possibilidade de se considerarem inválidas as deliberações sociais tomadas pela totalidade dos sócios.<sup>14</sup>

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

**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.<sup>15</sup>

#### 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 idéia, 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 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.

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.

Hoje, o modelo de participação operária, ainda que criticado nos círculos neoliberais mais tradicionais,<sup>16</sup> tem seus méritos mais do que comprovados.<sup>17</sup> 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 tra-

16 No plano das conseqüências econômico-jurídicas, a co-participação 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 conseqüências desse conjunto de fatores seriam a vagarosidade e burocratização das decisões e aumento de custos para a empresa. Aliada à tradição concentracionista das empresas alemãs, o sistema de co-gestão 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 Leütbild 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.



balhadores 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: interesses de consumidores, comunidade afetada por conseqüências 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 idéias 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 pré-definição 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. Afirma-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 pré-definir as regras de organização interna da sociedade, como tinha sido feito na segunda metade do século XIX, mas sim pré-definir e se possível positivar o próprio conceito de interesse social. Esse consenso se mostra necessário para possibilitar a organização e cres-

cimento dos mercados de capitais sobretudo após a catástrofe de 1929.

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

Dessa última afirmação advém a primeira fraqueza, óbvia, dessa concepção. Como toda tentativa de pré-definição, 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.<sup>20</sup>

Em presença de tal definição do interesse social, não são de espantar os recentes escândalos societários no mercado de capitais. Esses escândalos societários, de

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.

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.

resto, não são novos – repetem-se ciclicamente desde o *South Sea Bubble*, de 1720, na Inglaterra<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

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 societária gira portanto em torno da idéia, 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 pré-definições que impeçam a evolução do sistema.

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.

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 idéia coasiana<sup>23</sup> 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,<sup>24</sup> 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 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 intro-

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.

dução 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.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup>

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

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

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 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.<sup>27</sup> Ora, quem diz comunhão voluntária, refere-se, implicitamente, a um escopo ou objetivo. Os sócios reúnem-se para a

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

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 assembléia, 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 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.<sup>28</sup> 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 ao Código Civil (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 proprie-

28 Cf. G. Ripert e R. Roblot, *Traité*, cit., 1, nºs 1.221 e 1.230.

dade imobiliária *causa mortis*, por exemplo, essa companhia não é nula a todos os outros respeito, 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*.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> Por outro lado, pode haver, também, elusão de disposições legais imperativas, sem opressão aparente. Mas é óbvio que, 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 assembléias 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 monopoliza-

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).

da, 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 ao Código Civil (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.<sup>31</sup>

Evidentemente, devido às limitações subjetivas da coisa julgada é de se esperar, especialmente para demandas reparatórias, a elaboração de regras especiais para proteção também dos interesses difusos, coletivos e in-

31 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, Buschatsky, 1979, p. 301. Essa interpretação deve ser, no entanto, contestada. Trabalhadores e membros da comunidade em que atua a companhia, como co-titulares 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.

dividuais homogêneos envolvidos pela sociedade – o que não impede, repita-se, a proteção, desde já, dos 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 conseqüências, 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.<sup>32</sup>

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.

### 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.

Freqüentemente, 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 assembléia, ou por decisões tomadas em nível administrativo.

O Decreto-Lei nº 2.627 tinha, no que concerne ao conflito de interesses no exercício do voto, as disposições dos arts. 82 e 95.<sup>33</sup> A existência de uma contradição de interesses, como salienta a doutrina, é questão de fato, a ser apreciada em concreto, conforme as circunstâncias.<sup>34</sup> 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 assembléia 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).

33 Art. 82. “O acionista não pode votar nas deliberações da assembléia 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, nº 455; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., L., § 5.322,4.

A Lei nº 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 (§ 3º).

**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 explanado 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 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 idéia 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.<sup>35</sup> E no-

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 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 interes-

ta-se que essa é a hipótese mais 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).<sup>36</sup>

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.<sup>37</sup>

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 Assembléia, tantas e tão várias conseqüências da assembléia 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 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

---

ses 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).

pedido, com base na maioria das vezes em razões processuais.<sup>38</sup>

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 idéia de conflito de interesses formal. Em presença de uma definição procedimental do conflito de interesses, como é a organizativa, torna-se inútil qualquer definição que exija a pré-definição 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 assembléia 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 assembléia 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 assembléia geral erro formal na redação de sua ata, bastando sua correção; Recurso provido JTJ (227/147), que determina a anulação da assembléia geral ordinária apenas na parte em que deliberou quanto à forma de apuração dos dividendos das ações e seus reflexos nas demonstrações financeiras.



Aquí, 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.<sup>39</sup>

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 culposos, 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

39 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.

mínima para direção final com o fim de evitar efeitos socialmente indesejados.<sup>40</sup>

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.

A idéia da vontade, no direito penal, como é bem sabido, tem como elemento central a idéia 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.<sup>41</sup>

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 nexos 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 deta-

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

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

lhada 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, 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 assembléia geral e a ação de responsabilidade civil e criminal dos diretores e fiscais.<sup>42</sup> 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 nº 2.627, de 26.09.1940.”<sup>43</sup> 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 assembléias 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 nº 2.627, de 26.09.1940). (...) Pelo exposto, para que se justificasse a retenção dos dividendos pela apelante, necessário seria que esta demonstrasse, cumprimamente, a necessidade ou conveniência dessa medida para a consecução de seus objetivos sociais, coisa que não se depara nestes 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”.<sup>44</sup>

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

43 Apelação Cível nº 255/61, 3ª Câm. Civ., Relator Segismundo Gradowski, RT 320/527.

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

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.<sup>45</sup>

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 assembléia geral; e, de modo geral, no exercício em que os órgãos da administração informarem à assembléia 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.

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

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 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.<sup>46</sup> 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 assembléia geral, algumas semanas depois, promovendo uma substancial elevação de seus honorários. Precauendo-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 assembléia para decidir novo e substancial aumento de seus honorários, bem como uma elevação de sua participação nos lucros líquidos, de 20% para 30%. Sem apli-

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

car 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 assembléia geral por abuso de poder.

Nos Estados Unidos, em que essa prática de abuso de poder é conhecida como *siphoning off corporate wealth*,<sup>47</sup> 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.

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 assembléia, 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 assembléia 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

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

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,<sup>48</sup> 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 assembléia geral na decisão de distribuir essa participação nos lucros, caso não tenha havido discriminação entre diretores; mormente se a assembléia 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.<sup>49</sup>

123. Outras hipóteses de opressão dos não-controladores, repertoriadas na jurisprudência, são as de aumento de capital por subscrição e de alteração estatutária,<sup>50</sup> ou de dissolução.

Num caso decidido pela Corte de Cassação italiana, e que mereceu comentário favorável de Ascarelli,<sup>51</sup> 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 subcrever 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 assembléia, quando tenha por único escopo consolidar o seu poder, em prejuízo dos não-controladores, e sem

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

49 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.

50 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.

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

benefício ou interesse aparente da sociedade. O desvio de poder costuma transparecer, claramente, quando a deliberação da assembléia, 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 assembléia especial de acionistas preferenciais (mesmo art., § 1º), a deliberação é *contra legem* e, portanto, nula. Mas a opressão dos não-controladores manifesta-se aí, mais freqüentemente, pelo desvio de poder, com o respeito formal das regras legais. A deliberação da assembléia 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 assembléia, pois há conflito de interesses formal (artigo 115, § 1º, da Lei nº 6.404/76).

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:<sup>52</sup> o controlador lançou mão desse recurso extremo, a fim de se 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*.<sup>53</sup> 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,

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

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

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 assembléias 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 assembléia 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.<sup>54</sup>

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 assembléia, 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 assembléia 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 freqüentes, 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.<sup>55</sup> Só mesmo o respeito a uma concepção

54 RTDC 1973, 3, pp.86/587.

55 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 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).

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 assembléia 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 poder<sup>56</sup> como estatui, corretamente, a Lei nº 6.404/76 (art. 117). Mesmo que a decisão seja tomada em assembléia, 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 assembléia não se confunde nunca com a sociedade anônima, como frisamos.<sup>57</sup> 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).

56 Cf. A. Wald, "Irresponsabilidade da Sociedade Anônima por Decisões Nulas ou Abusivas da Assembléia Geral", RDM nova série, nº 12, 1973, p. 11.

57 Cf. *supra* nº 3.

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 acionistas lesados. Com o agente respondem também, solidariamente, os administradores sociais, a menos que o ato por eles praticado seja fundado em uma deliberação da assembléia geral, tomada de acordo com os preceitos legais. Já nos referimos a esse dispositivo, quando tratamos do controle externo.<sup>58</sup> 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 de 2002.

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 conseqüente unidade de direção.

É o caso, por exemplo, do diretor que obtém a aprovação de suas contas em assembléia, 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.<sup>59</sup> 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 assembléia 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.

58 Cf. *supra* nº 18.

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

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 assembléia geral, a benefício de outra sociedade da qual detenha o controle. A nossa lei penal (Código de 1940, 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."<sup>60</sup>

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.<sup>61</sup>

#### 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 funcionamen-

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

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

to do conjunto empresarial tende, como salientamos,<sup>62</sup> 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?

Por outro lado, como também salientamos, o direito não pode descuidar 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” (*schutzwürdigen 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.<sup>63</sup>

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.<sup>64</sup> 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” (*Unternehmensverträge*), que podem constituir *Konzerne* de direito. São eles: o contrato de dominação (*Beherrschungsvertrag*) e o contrato de transferência de lucros (*Gewinnabführungsvertrag*), ambos regulados no § 291; o contrato de comunhão de lucros (*Gestattungsgemeinschaft*), de transferência parcial de lucros (*Teilgewinnabführungsvertrag*) e o arrendamento ou cessão de estabelecimento (*Betriebspachtvertrag, Betriebsüberlassungsvertrag*), 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.<sup>65</sup>

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 entendeu mais conveniente não legalizar os grupos econômicos criados,<sup>66</sup> 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*.<sup>67</sup>

64 Cf. *supra* n° 112.

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

66 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).

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

62 Cf. *supra* n° 111.

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



Constituído o grupo econômico de direito, os “acionistas estranhos” (*aussenstehende Aktionäre*), 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;<sup>68</sup> 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 tivesse 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*,<sup>69</sup> 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, segundo a SEC, mais de 15% desse

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

69 Cf. *supra* nº 79.

acervo, ou cujo faturamento ou receita ultrapassa 15% das vendas ou receitas do grupo.<sup>70</sup> 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 *Holzmüller*.<sup>71</sup> 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 conseqüentemente 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 contro-

70 Cf. M. A. Eisenberg, “Megasubsidiaries: The Effect of Corporate Structure on Corporate Control”, in *Harvard Law Review*, vol. 84, nº 7, de maio de 1971, p. 1.577.

71 Caso *Holzmüller*, decisão de 25.02.1982, in *BGHZ* 83, 122.

lada 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).<sup>72</sup> 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.

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 Assembléias 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 Assembléia Geral da sociedade unipessoal diretamente à Assembléia 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

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

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 assembléias gerais. “E o § 5º citado admite que os diretores constituam, em nome da sociedade, mandatários para as operações que poderão praticar.”<sup>73</sup> 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,

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

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 assembléia 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*.<sup>74</sup>

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 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

74 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.

se tornando, como era de prever-se, raras exceções ao sistema vigorante, 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 freqüentes 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 assembléia geral, além de violar os princípios da integridade do capital social e da sinceridade do balanço.<sup>75</sup>

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, subcrevendo 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.

75 Cf. *supra* nº 63.

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, 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 quirografários, 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*”).<sup>76</sup>

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.<sup>77</sup> 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

76 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 Bewährung” in *SAG* 1976, pp. 152 ss.

77 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.

mediante indenização (§ 320, Abs. 5). 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).

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.<sup>78</sup> 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.

78 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.

Um bom exemplo é o caso *Fertighaus*, decidido por aquele tribunal em 4 de maio de 1977.<sup>79</sup> Tratava-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.<sup>80</sup> Afirma-se em seguida que o fato de que a sociedade seja controlada por uma pessoa jurídica não importa qualquer diferença qualitativa com relação ao caso em que o sócio único seja uma pessoa física.<sup>81</sup>

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

80 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 Selbständigkeit der GmbH berufenden Gesellschafters als einen Verstoss gegen Treu und Glauben oder gegen die Guten Sitten kennzeichne*” (p. 316).

81 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) ausführt, 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).

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.<sup>82</sup> 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 co-existência, 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 duradoura (*dauernd und umfassend*).<sup>83</sup> Trata-se claramente de requisito que li-

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

83 *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.

mita 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 (*pfllichtgemäss handelnde Geschäftsführer*) de uma empresa independente teria gerido os negócios da mesma maneira.<sup>84</sup>

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.<sup>85</sup> 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.

84 *BCHZ* 95, p. 330 (334).

85 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.

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

Por responsabilidade de grupo subjetiva deve-se emendar aquele tipo de regra (legal ou jurisprudencial) que, com base em uma determinada configuração da estrutura gruppal, “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.<sup>86</sup>

#### 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 gruppal. 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 *qualifizier-  
tefaktischeKonzern* no caso *Tiefbau*, decidido em 20 de fevereiro de 1989.<sup>87</sup> 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 exerci-

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

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

do também a administração financeira da sociedade.<sup>88</sup> 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 gruppal prevista na lei e determinar os efeitos e limites de sua aplicação aos grupos de fato.

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.<sup>89</sup> O

88 *BCHZ* 107, p. 19.

89 Muito incisiva é a declaração “antisubjetivista” 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.

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*).<sup>90</sup>

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 *Gewinnabhlungsvertrag*) a transferência dos lucros impede a aplicação de uma normativa tão rígida.<sup>91</sup>

Outra decisão que deve ser mencionada é a do caso *Video* (decisão de 23.09.1991).<sup>92</sup> 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 inte-

90 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.

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

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

resses 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.<sup>93</sup>

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".<sup>94</sup>

Para ter uma idéia 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 idéia melhor das implicações teóricas da regra estabelecida. Em *Autokran*, encontra-se uma *fattispecie* determinada em termos subjetivos. A contra-prova requerida é do comportamento como administrador di-

93 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).

94 *DB* 1991, p. 2.176 (2.177).



ligente 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, “subjetivos”, corresponde uma disciplina também subjetiva. 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*,<sup>95</sup> 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

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

atingir aquela hipótese que merece mais proteção do ponto de vista juspolítico: a empresa média familiar.<sup>96</sup> 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 *holding* e impede-se a configuração da *fattispecie*.<sup>97</sup> 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.<sup>98</sup> 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),<sup>99</sup>

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

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

98 Cf. W. Flume, “Des Video-Urteil und das GmbH-Recht” in *DB* 1992, p. 26, que afirma: “Seit der Rechtsprechung des Reichfinanzhofs war und ist auch nach dem geltenden Steuerrecht (14 KStG) Voraussetzung der steuerrechtlich anzuerkennenden Organshaft 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”.

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

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 são considerados provados.<sup>100</sup> 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.<sup>101</sup>

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).<sup>102</sup>

100 *NJW* 1993, p. 1.203.

101 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.

102 *NJW* 1993, p. 1.204.

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, n.º 1-2), que, no entanto, é obrigada a compensar as perdas anuais da sociedade controlada (subordinada) e responder integralmente por seus débitos (art. 501, n.º 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*.<sup>103</sup>

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 transferências<sup>104</sup> 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. Atingir um beneficiário que não exercita qualquer poder de controle com base em uma presunção é evidentemente um absurdo, pois criaria situação de incerteza jurídica, insuportável para todas as sociedades do grupo e seus credores.<sup>105</sup>

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

103 *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.

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

105 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.

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.<sup>106</sup> 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 controladora (*Betriebsabteilung*). Tra-

106 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.

ta-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.<sup>107</sup> 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 ba-

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

lanceada, 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*),<sup>108</sup> que não se sujeitam às rigorosas regras elaboradas para os *qualifizierte faktische Konzern*. É necessário 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 (v. *supra* cap. III, nº 1). 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

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

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 vantagens 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.

## Capítulo III

### CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE TITULAR DO CONTROLE E SOCIEDADE CONTROLADA. A RESPONSABILIDADE *EXTERNA CORPORIS*

132. O direito societário tradicional fundava-se no princípio da correspondência entre poder de gestão e responsabilidade, no seio da sociedade: *keine Herrschaft ohne Haftung*, segundo a fórmula cunhada pela doutrina germânica. Assim, na sociedade em nome coletivo, dado que, à falta de estipulação contratual em contrário, todos os sócios são gerentes e podem usar da firma social, todos eles respondem, solidariamente, pelas dívidas sociais (Código Civil de 2002, arts. 1.039 e 1.042). Na comandita, “não pode o comanditário praticar qualquer ato de gestão, nem ter o nome na firma social; sob pena de ficar sujeito às responsabilidades de sócio comanditado” (art. 1.047). Da mesma sorte, na sociedade de capital e indústria, se o sócio de indústria contribuir para o capital com alguma quota, ou exercer poderes de gerência, assinando a firma social, ficará constituído sócio solidário em toda a responsabilidade.

O direito acionário veio alterar substancialmente o princípio. Primeiro, ao estabelecer a distinção entre participação no capital e administração da companhia, correspondente à divisão de poderes entre dois órgãos distintos e inconfundíveis, cada qual com funções, próprias e indelegáveis; e admitindo, até mesmo, que os administradores não participem do capital social. Em segundo lugar, ao fixar o princípio da irresponsabilidade do acionista pelas dívidas da companhia. O que nas sociedades mercantis tradicionais constituía, destarte, uma responsabilidade do sócio, correspondente ao seu poder de gestão, na sociedade anônima transformou-se em simples risco sobre o montante do investimento acionário. Quem investe mais arrisca mais, porém não responde, em hipótese alguma, pelas dívidas sociais. O grande acionista tem maior poder decisório em assembléia, de acordo com