MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

ABUSO DE MINORIA EM DIREITO SOCIETÁRIO
(ABUSO DAS POSIÇÕES SUBJETIVAS MINORITÁRIAS)

Faculdade de Direito da USP – 2010

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

Advogado em São Paulo. Mestre e Doutorando em
Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP

ABUSO DE MINORIA EM DIREITO SOCIETÁRIO
(ABUSO DAS POSIÇÕES SUBJETIVAS MINORITÁRIAS)

Tese apresentada para a obtenção do grau de
Doutor em Direito Comercial pela Faculdade
de Direito da USP, sob a orientação do Prof. Dr.
Erasmio Valladão Azevedo e Novaes França.

“Men love power (...). Give all power to the many, they will oppress the few. Give all power to the few, they will oppress the many. Both therefore ought to have power, that each may defend itself against the other”

Alexander Hamilton¹

¹ Apud CATHERINE DRINKER BOWEN, *Miracle at Philadelphia: The Story of the Constitutional Convention May, September 1787*, Boston : Back Bay Book, 1986.

SUMÁRIO

ABUSO DE MINORIA EM DIREITO SOCIETÁRIO (ABUSO DAS POSIÇÕES SUBJETIVAS MINORITÁRIAS)

1. INTRODUÇÃO.

1.1. O poder da minoria e os seus desvios: meras constatações.	016
1.2. Importância e necessidade de análise do tema para além da tradicional visão maniqueísta: a vantagem de conhecer os limites.	019
1.3. A atualidade do tema e a contribuição original para o seu estudo	020
1.4. Divisão proposta para o estudo.	022

§ 1º. – ABUSO DE MINORIA: CARACTERIZAÇÃO E CONTORNOS DO INSTITUTO.

2. PRINCÍPIO MAJORITÁRIO; PROTEÇÃO À MINORIA; PROTEÇÃO À MAIORIA.

2.1. Estruturas pessoais das sociedades.	024
2.2. A organização de poderes e o princípio majoritário.	027
2.3. Princípio majoritário e proteção à minoria.	031
2.3.1. Desenvolvimento da proteção à minoria.	037
2.3.2. Função e formas da proteção à minoria.	039
2.4. Proteção à maioria e abuso da minoria.	041
2.5. Princípio da unidade (ou coordenação) entre poder e responsabilidade.	041
2.6. Maioria, minoria e abuso.	044
2.7. Natureza jurídica da participação social: situação jurídica.	047
2.7.1. Posições jurídicas ativas: direitos, poderes e faculdades.	049
2.7.2. Posições jurídicas passivas: deveres, ônus e sujeições.	051
2.8. Abuso das posições jurídicas subjetivas pela minoria: abuso de minoria.	052

3. ABUSO DE MINORIA: DESENVOLVIMENTO EM DIREITO COMPARADO E AS TENTATIVAS DE SISTEMATIZAÇÃO.

3.1. As tentativas estrangeiras.	053
3.2. A experiência francesa.	055
3.2.1. O enquadramento dos conflitos de interesse à luz do abuso do direito: explicação lógica.	055

3.2.2. Abuso de maioria (ou de controle) e abuso de minoria: o núcleo comum e o tratamento assimétrico dado pela jurisprudência francesa.	058
3.2.3. Os requisitos definidos pela jurisprudência francesa: (i) ofensa ao interesse comum; e (ii) ofensa ao interesse social – pelo bloqueio a operação essencial.	059
3.2.4. Operação essencial: definição e crítica.	062
3.2.5. Interesse social: definição e crítica.	068
3.2.6. Interesse comum: o critério suficiente.	073
3.2.7. Situação atual.	076
3.3. A experiência alemã: fim social e princípios estruturantes.	079
3.3.1. Fim social (ou comum).	079
3.3.2. Princípios relativizantes.	086
3.3.2.1. Igualdade de tratamento.	087
3.3.2.2. Dever societário de lealdade.	091
3.3.2.2.1. Fundamentos do dever societário de lealdade.	092
3.3.2.2.2. Objeções ao dever de lealdade em determinadas organizações societárias.	093
3.3.2.2.3. Orientação protetiva dúplice e incidência geral.	096
3.3.2.2.4. Funções, conteúdo e intensidade dos deveres de lealdade.	099
3.3.2.2.5. Regras e características gerais.	101
3.3.2.2.6. Deveres positivos de voto (<i>positive Stimmpflichten</i>).	103
3.3.2.2.7. Sancionamento.	105
3.4. A experiência italiana.	106
3.4.1. A regra de conflito de interesses no direito italiano.	107
3.4.2. Os conflitos de interesses entre sócios e os instrumentos de controle. ...	110

4. A CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DE MINORIA NO DIREITO BRASILEIRO.

4.1. Abuso de minoria: tema pouco explorado na doutrina e na jurisprudência pátrias. ..	116
4.2. Interesse social no direito brasileiro.	116
4.2.1. Interesse social: tentativas de caracterização e análise crítica.	116
4.2.2. Interesse social na Lei das S/A.	120
4.2.3. Interesse social no Código Civil.	124
4.2.4. As regras de conflito de interesses no exercício do poder de voto.	129
4.2.5. Observações críticas.	133
4.3. Dever de lealdade no direito societário brasileiro.	135
4.3.1. Fundamentos do dever societário de lealdade no direito pátrio.	136
4.3.2. Características gerais.	137
4.4. Reflexões críticas sobre os institutos aplicáveis.	142
4.4.1. A inconsistência da teoria do abuso do direito.	143
4.4.2. A refutação da teoria excesso de poder/desvio de finalidade.	145
4.4.3. Interesse social e dever de lealdade: confronto.	146
4.4.4. Diversos meios voltados para um mesmo resultado.	150
4.5. Tentativa de síntese: interesse social e dever de lealdade.	152

§ 2º. – ABUSO DE MINORIA: TIPOLOGIA E CASUÍSTICA.

5. TIPOLOGIA E CASUÍSTICA DO ABUSO DE MINORIA.

5.1. Tipologia: abusos positivos e negativos.	155
5.2. Abusos positivos (iniciativas abusivas).	155
5.2.1. Abuso do direito de voto: imposição da vontade minoritária.	156
5.2.1.1. Deliberações tomadas pelo voto surpresa da minoria: o absenteísmo da maioria	157
5.2.1.2. Deliberações tomadas pela minoria contra a maioria impedida.	162
5.2.1.3. Veto pela minoria (exercício <i>positivo</i> do poder de veto).	163
5.2.1.4. Abuso na rejeição de contas e demonstrações financeiras.	164
5.2.1.5. Abuso na instalação e no funcionamento do Conselho Fiscal. ..	168
5.2.1.6. Abuso na escolha de membros para órgãos sociais.	171
5.2.2. Propositura de medidas judiciais pela minoria: <i>strike suits</i> e freios.	173
5.2.2.1. Ações de responsabilidade civil contra administrador.	178
5.2.2.2. Ações de invalidação de deliberação assemblear.	186
5.2.2.2.1. Direito italiano.	187
5.2.2.2.2. Direito português.	189
5.2.2.2.3. Direito suíço.	190
5.2.2.2.4. Direito alemão.	191
5.2.2.2.5. Direito brasileiro.	192
5.2.2.3. Ações de dissolução de sociedade.	197
5.2.2.3.1. Dissolução total de sociedade.	200
5.2.2.3.2. Dissolução parcial de sociedade.	203
5.2.2.3.3. Dissolução parcial de S/A.	205
5.2.2.4. Medidas urgentes.	207
5.2.2.4.1. Direito italiano: denúncia ao tribunal.	208
5.2.2.4.2. Direito francês: <i>expertise</i> de gestão.	210
5.2.2.4.3. Direito português: inquérito judicial.	211
5.2.2.4.4. Direito brasileiro: tutela de urgência.	211
5.2.2.5. Repressão às medidas judiciais temerárias ou de combate.	214
5.2.3. Abuso dos poderes de retirada simples e de recesso.	215
5.2.3.1. Notas sobre recesso na Lei das S/A.	218
5.2.3.2. Notas sobre retirada e recesso no CC-2002.	220
5.2.3.3. Recesso e retratação na Lei das S/A e no CC-2002.	223
5.2.3.4. Retirada inoportuna no CC-2002.	225
5.2.4. Abuso na convocação de assembléia geral.	230
5.2.5. Abuso no uso de informações sociais.	238
5.2.6. Abuso na oposição à cessão de quotas.	242
5.2.7. Abuso na revisão de oferta pública para fechamento de capital.	244
5.3. Abusos negativos (bloqueios abusivos): obstrucionismo.	246
5.3.1. Distúrbio no âmbito da assembléia.	247
5.3.1.1. O presidente da assembléia.	249
5.3.2. Bloqueio pela prolação de votos contrários; absenteísmo e abstencionismo; e controle das listas de quórum.	252
5.3.2.1. Operações de aumento e redução do capital.	259
5.3.2.1.1. Aumento do capital social.	260
5.3.2.1.2. Redução do capital social e saneamento financeiro.	263
5.3.2.2. Reorganizações societárias.	267
5.3.2.3. Reformas contratuais e estatutárias.	269

5.3.2.4. Recuperação judicial (e autofalência).	270
5.3.3. Cautela na análise dos casos de abuso negativo: para a maioria, qualquer dissidência é, de antemão, vista como abusiva.	271

§ 3º. – ABUSO DE MINORIA: CONSEQUÊNCIAS.

6. ABUSO DE MINORIA: SANCIONAMENTO MULTIFÁRIO.

6.1. Traço característico: multiplicidade de consequências / sanções.	274
6.2. Sancionamento do abuso positivo de direito de voto: invalidade do voto abusivo (e da deliberação tomada com o seu voto determinante); e responsabilidade por perdas e danos (independentemente de invalidação ou da prevalência do voto).	274
6.2.1. Invalidade do voto e da deliberação.	275
6.2.2. Responsabilidade por perdas e danos.	280
6.3. Sancionamento do abuso negativo: multiplicidade de situações e remédios alternativos.	282
6.3.1. Exclusão ou suspensão do direito de voto.	283
6.3.2. Imposição de <i>astreintes</i> ; tutela inibitória preventiva.	289
6.3.3. Decisão judicial com efeito de voto (suprimento do voto).	291
6.3.4. Nomeação de administrador judicial <i>ad hoc</i>	296
6.3.4.1. A experiência francesa.	297
6.3.4.2. Aplicabilidade no direito brasileiro.	302
6.3.5. Ação declaratória positiva assemblear.	304
6.3.6. Dissolução total da sociedade por impossibilidade de atingir o fim ou a finalidade.	306
6.3.7. Exclusão de sócio.	308
6.3.7.1. Exclusão de acionista: breves notas.	310
6.3.8. Perdas e danos.	314
6.4 Síntese: múltiplos remédios para múltiplas situações.	315

§ 4º. – OUTROS TEMAS CORRELATOS.

7. ABUSO DE MINORIA E TÉCNICAS ACAUTELATÓRIAS.

7.1. Notas introdutórias.	318
7.2. Tipicidade societária e liberdade de modelagem negocial.	318
7.3. Definições prévias: prestações acessórias e suplementares; venda e negociação de voto; interesse social e dever de lealdade.	320
7.4. Técnicas estatutárias (estatutos e contrato social).	324
7.4.1. Cláusula de resgate para exclusão de acionista em S/A fechada.	325
7.4.2. Cláusulas de modelação do dever de lealdade societária.	328
7.4.3. Cláusula de anuência a operações essenciais à sobrevivência da sociedade. ...	330
7.5. Pactos parassociais.	331
7.5.1. Acordos de voto em geral.	334
7.5.2. Pactos de capitalização e acordos de suprimento.	336
7.5.3. Opções de compra e venda.	338
7.5.4. Opção multilateral para afastamento do recalcitrante (ou opção de compra expulsória).	340

8. ABUSO DE IGUALDADE: CONTRIBUTO AO SEU ESTUDO.

8.1. Notas introdutórias.	343
8.2. Pressupostos: na essência, os mesmos do abuso da minoria.	342
8.3. Hipóteses características.	344
8.4. Soluções no direito brasileiro.	348
8.4.1. Exclusão judicial do sócio; novamente o problema na LSA.	348
8.4.2. Dissolução total da sociedade.	350

§ 5º. – CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.

9. CONCLUSÕES E OBSERVAÇÕES FINAIS.

9.1. Súmula das conclusões.	353
9.2. Abuso de minoria: uma teoria em construção	391

10. BIBLIOGRAFIA E EXTRATOS.

10.1. Índice bibliográfico.	392
10.2. Resumo (extrato em português)	434
10.3. <i>Abstract</i> (extrato em inglês).	435
10.4. <i>Zusammenfassung</i> (extrato em alemão).	436

ABREVIATURAS

A

AASP	–	Associação dos Advogados de São Paulo
AC	–	Apelação cível
Ac.	–	Acórdão
AcP	–	Archiv für die civilistische Praxis (periódico alemão)
Aff.	–	Affaire (processo)
AG	–	Agravo
Ag.Pet.	–	Agravo de Petição
AgRg	–	Agravo Regimental (ou Agravo Interno)
AI	–	Agravo de Instrumento
AktG	–	Aktiengesetz de 1965 (Lei acionária alemã de 1965)
AktG 1937	–	Aktiengesetz de 1937 (Lei acionária alemã de 1937)
Al.	–	Alínea
Ap.	–	Apelação
AR	–	Ação Rescisória
Arc. c.	–	Archivio civile (periódico italiano)
Art.	–	Artigo
art.	–	Artigo
art. cit.	–	Artigo citado
Aufl.	–	Auflage (edição)

B

BAASP	–	Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo (periódico)
BB	–	Betriebs-berater (periódico alemão)
BGB	–	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão) (L. Imperial de 18.08.1896)
BGH	–	Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal da República Federal da Alemanha)
BGHZ	–	Decisões do Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal da República Federal da Alemanha) em matéria civil (periódico alemão)
Bull. Cass.	–	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (periódico francês)
Bull. Civ.	–	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambres civiles) (periódico francês)
Bull. Joly	–	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés (periódico francês)

C

CA	–	<i>Companies Act 1985</i> inglês
CA	–	Cour d'appel (Corte de apelação na França)

Cal.	–	<i>California Corporations Code</i> norte-americano
Câm.	–	Câmara
Câm. Dir. Priv.	–	Câmara de Direito Privado
Câm. Dir. Pub.	–	Câmara de Direito Público
Cap.	–	Capítulo
Cass.	–	Cour de cassation (Corte de Cassação francesa)
Cass.	–	Corte di Cassazione (Corte de Cassação italiana)
c.c.	–	Combinado com
CC	–	Código Civil brasileiro vigente (L. 10406/2002)
CC/1916	–	Código Civil de 1916 (L 3071/1916)
CC/2002	–	Código Civil de 2002 (L. 10406/2002)
CC	–	Câmara Civil
CC fr.	–	Código Civil francês (D. de 05.03.1803)
CC it.	–	Código Civil italiano (Real D. 262, de 16.03.1942)
CC port.	–	Código Civil português (DL. 47344, de 25.11.1966)
CC suíço	–	Código Civil suíço (de 10.12.1907)
CCom	–	Código Comercial (L 556/1850)
CF	–	Constituição Federal de 1988
cf.	–	Conforme
cit.	–	Citado; citação
civ.	–	Civil; cível
Com.	–	Cour de cassation, chambre commercial et financière
Coord.	–	Coordenador; coordenação
Coords.	–	Coordenadores
CP	–	Código Penal (DL. 28.48/1940)
CPC	–	Código de Processo Civil (L. 5869/73)
CPC/1939	–	Código de Processo Civil de 1939 (DL. 1608/1939)
CPC/1973	–	Código de Processo Civil (L. 5869/1973)
CSC	–	Código das Sociedades Comerciais (DL. nº 262/1986), de Portugal.
CVM	–	Comissão de Valores Mobiliários

D

D	–	Decreto
D.	–	Recueil Dalloz (periódico francês)
D. Affaires	–	Dalloz Affaires (periódico francês)
DC	–	Recueil critique de jurisprudence et de législation Dalloz (per. francês)
Del.	–	<i>Delaware General Corporation Law</i> norte-americano
Des.	–	Desembargador
Dir.	–	Diretor; diretora; diretiva
D. fall.	–	Diritto fallimentare e delle società commerciali (periódico italiano)
DJE	–	Diário Oficial de Justiça do Estado
DJU	–	Diário Oficial de Justiça da União
DL	–	Decreto-lei
DLeg	–	Decreto legislativo
DOE	–	Diário Oficial do Estado
DOU	–	Diário Oficial da União

D.S.	–	Dalloz-Sirey (periódico francês)
DStR	–	Deutsches Steuerrecht (periódico alemão)

E

EC	–	Emenda constitucional
ed.	–	Edição
EDcl	–	Embargos de Declaração
EDiv	–	Embargos de Divergência
<i>e.g.</i>	–	<i>exempli gratia</i>
EI	–	Embargos Infringentes
EJTJRJ	–	Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (periódico).
em.	–	Ementa; ementário
EmentSTJ	–	Ementário de Jurisprudência do STJ (periódico)
EREsp	–	Embargos em recurso especial
Est.	–	Estudos
<i>et seq.</i>	–	E seguintes

F

fed.	–	Federal
Fall.	–	Il Fallimento (periódico italiano)
F. it.	–	Foro italiano (periódico italiano)
FS	–	Festschrift (estudos em homenagem a)

G

Gaz. Pal.	–	Gazette du Palais (periódico francês)
Giur. civ.	–	Giurisprudenza civile (periódico italiano)
Giur. com.	–	Giurisprudenza commerciale (periódico italiano)
Giur. it.	–	Giurisprudenza italiana (periódico italiano)
GmbH	–	Sociedade limitada
GmbHG	–	Lei alemã das sociedades limitadas
GmbHHR	–	GmbH Runschau (período alemão)

H

HC	–	Habeas Corpus
hrsg.	–	Organizador

I

- Inq. – Inquérito
 IR – Informations rapides du Recueil Dalloz (periódico francês)

J

- j. – Julgado em
 JA – Juristische Arbeitsblätter (periódico alemão)
 JB – Jurisprudência Brasileira (Juruá) (periódico)
 JC – Jurisprudência Catarinense (periódico)
 J. Class. – Jurisclasseurs (periódico francês)
 JCP – Jurisclasseur périodique (édition générale) (periódico francês)
 JM – Jurisprudência Mineira (periódico)
 Joly – Bulletin Joly (periódico francês)
 Journ. not. – Journal des notaires et avocats (periódico francês)
 JSTF – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Lex) (periódico)
 JSTJ – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais (Lex) (periódico)
 JTAMG – Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (periódico)
 JTARS – Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (periódico)
 JTJ – Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Lex) (do v. 140 em diante a RJTJESP passou a receber este nome)
 JUTACivSP – Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo (periódico) (Lex)

L

- L – Lei
 LC – Lei Complementar
 Le Società – Le Società (periódico italiano)
 LF – Lei de Falências (DL. 7661/1945; revogado)
 LICC – Lei de Introdução ao Código Civil (DL. 4657/1942)
 LRF – Lei de Recuperação de Empresas e Falência (L. 11.101/2005)
 LSA – Lei das Sociedades por Ações (L. 6404/1976)
 LSC – Ley de Sociedades Comerciales (Lei das Sociedades Comerciais argentina (L. 19.550, de 25.04.1972)

M

- MBCA – *Model Business Corporation Act* (1984) norte-americano
 MC – Medida Cautelar
 Min. – Ministro

MP	–	Medida Provisória
MP	–	Ministério Público
m.v.	–	Maioria de votos

N

n	–	nota
nº	–	Número
NY	–	<i>New York Business Corporation Law</i>
NZG	–	Neue Zeitschrift fur Gesellschaftsrecht (periódico alemão)

O

ob. cit.	–	obra citada
Obs.	–	Observação; observações
op. cit.	–	<i>opus citate</i>
OR	–	Código das Obrigações suíço (de 30.03.1911)
Ord.	–	Ordenação(ões)
Org.	–	Organizador; organização
Orgs.	–	Organizadores

P

p.	–	Página
Par. ou §	–	Parágrafo
Par. ún.	–	Parágrafo único
pp.	–	Páginas
Petites affiches	–	Les petites affiches (periódico francês)
Pres.	–	Presidente
Proc.	–	Processo
Prov.	–	Provimento

R

RA	–	Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo (periódico) (AASP)
RDB	–	Revista de Direito Bancário (periódico) (RT)
RDC	–	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique (periódico francês)
RDCom	–	Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni (periódico italiano)

RDCom	–	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique (periódico francês)
RDM	–	Revista de Direito Mercantil (periódico) (RT e Malheiros).
RDP	–	Revista de Direito Público (periódico) (RT)
RDPriv.	–	Revista de Direito Privado (periódico) (RT)
Rec.	–	Recurso
RE	–	Recurso Extraordinário
Res.	–	Resolução
REsp	–	Recurso Especial
RF	–	Revista Forense (periódico) (Forense)
Rev. Soc.	–	Revue des sociétés (periódico francês)
RJ com.	–	Revue de jurisprudence commercial (periódico francês)
RJTAMG	–	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (periódico)
RJTJESP	–	Revista do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (periódico)
RJTJMS	–	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (periódico)
RJTJRJ	–	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (periódico)
RJTJRS	–	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (periódico)
RMS	–	Recurso em Mandado de Segurança
R. not.	–	Rivista del notariato (periódico italiano)
RP	–	Revista de Processo (periódico) (RT)
RR	–	Recurso de Revista
RS	–	Rivista della società (periódico italiano)
RSTJ	–	Revista do Superior Tribunal de Justiça (periódico)
RT	–	Revista dos Tribunais (periódico) (RT)
RTDCom	–	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique (periódico francês)
RTJ	–	Revista Trimestral de Jurisprudência (do STF) (periódico)

S

S.	–	Seite (página)
S.	–	Recueil Sirey (periódico francês)
s/d	–	Sem data
Seç.	–	Seção
Segs.	–	seguintes
s/nº	–	Sem número
Soc.	–	Le Società (periódico italiano)
STF	–	Supremo Tribunal Federal
ss.	–	Seguintes
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
supl.	–	Suplemento

T

T.	–	Turma
t.	–	Tomo
TACivSP	–	Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo
TAMG	–	Tribunal de Alçada de Minas Gerais
TAPR	–	Tribunal de Alçada do Paraná
TARJ	–	Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro
TARS	–	Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul
TASP	–	Tribunal de Alçada de São Paulo
TFR	–	Tribunal Federal de Recursos
TJGB	–	Tribunal de Justiça da Guanabara
TJPR	–	Tribunal de Justiça do Paraná
TJRJ	–	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRS	–	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSC	–	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSP	–	Tribunal de Justiça de São Paulo
Trib.	–	Tribunal
TRF	–	Tribunal Regional Federal

U

un.	–	Unânime
-----	---	---------

V

v.	–	Volume; vide; veja
v.g.	–	<i>verbi gratia</i>
vol.	–	Volume
v.u.	–	Votação unânime

Z

z.B.	–	zum Beispiel (por exemplo)
ZGP	–	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (periódico alemão)
ZGR	–	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (periódico alemão)
ZHR	–	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (periódico alemão)
ZIP	–	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (periódico alemão)
ZPO	–	Ziviprozeßordnung (Ordenança Processual Civil alemã)

1. INTRODUÇÃO.

1.1. O poder da minoria e os seus desvios: meras constatações.

Os múltiplos e retumbantes exemplos dados pela história erigem a autêntico truísmo afirmar, logo na abertura deste trabalho, que grupos minoritários, tanto quanto os majoritários, podem ser responsáveis por graves abusos e desmandos no âmbito da coletividade em que se inserem.

Na sociedade política, os desvios de governos autocráticos, aristocráticos ou oligárquicos, que conduzem as nações com total alheamento dos interesses e desígnios da população do seu Estado, são tantos e tão recorrentes que dispensam qualquer esforço de exemplificação. Até em nações supostamente democráticas, verifica-se esse mesmo fenômeno que, em última análise, poderia ser genericamente qualificado como sendo de abuso do poder do grupo de controle minoritário: uma minoria, por distintos fatores, meios e instrumentos, acaba por deter o poder de mando sobre a coletividade e, no seu exercício, comete desvios e abusos.

Veze outras há, porém, e não são poucas nem raras, em que a minoria, agindo enquanto grupo minoritário dentro da sociedade civil organizada – e, portanto, sem deter o seu controle –, age de forma a satisfazer apenas os seus próprios interesses mais imediatos, com total menosprezo pelos interesses da coletividade, ou, o que é ainda mais censurável, atua movida pelo exclusivo propósito de prejudicar terceiros, sem nenhum outro objetivo claro, definido e, muito menos, legítimo. Também quanto a isso, os exemplos hauridos da constatação empírica da nossa realidade podem ser colacionados a mancheias. Para ficar em alguns, recorde-se aqui o caso de greves abusivas de trabalhadores em serviços públicos essenciais, que paralisam o funcionamento de uma cidade inteira, para postular privilégios e benesses descabidos. Ou minorias que, sob o palatável discurso da erradicação de inegáveis iniquidades e desmandos históricos, buscam ver institucionalizados benesses e privilégios que, ao não serem estendidos a outros tantos indivíduos que estão na mesmíssima situação deplorável, apenas porque estes não integram aquele grupo, outra consequência não têm senão agravar, ainda mais, as injustiças. Ou,

ainda como outro exemplo, as minorias congressuais que, se abstendo de comparecer às sessões legislativas, apresentando requerimentos os mais diversos ou, pura e simplesmente, promovendo balbúrdia durante a votação, agem no sentido de impedir a aprovação de matérias de interesse da sociedade, porque, assim, desejam alguma contrapartida à sua adesão ao bloco majoritário. Em todas essas situações, o que singulariza o abuso da minoria é o fato de ela não ser um *grupo de controle* minoritário, não se colocar na posição fática de deter minoritariamente o poder de mando, agir, autenticamente, como *minoría em face da maioria* dominante dentro da coletividade.

Essa fenomenologia do abuso da minoria, em ambas as vertentes assinaladas (isto é, como grupo dominante ou enquanto grupo inserido em coletividade comandada por outrem), evidentemente, não é, nem poderia ser, desconhecida no seio das demais organizações privadas coletivas, pessoas jurídicas ou coletividades despersonalizadas, até porque, vale ressaltar, se trata de realidade característica e indissociável do próprio fenômeno associativo e dos conflitos que nele se encerram.

Com efeito, na primeira situação, em que o poder de controle – a capacidade de dominação *de facto* ou o poder de dispor de bens alheios, como se proprietário fosse² – cabe àqueles indivíduos que objetivamente não são titulares de direitos de sócio sobre mais da metade do capital votante da sociedade, tem-se o fenômeno do controle minoritário, o qual é característico de sociedades com grande dispersão de suas participações societárias no mercado³, mas que, ainda assim, pode ser encontrado no corpo de sociedades fechadas em que o fenômeno do absentéismo também se manifesta. O poder de controle minoritário, como se sabe, não é ignorado pela lei acionária brasileira (LSA, arts. 116, II, e 129, § 1º), manifesta-se concretamente entre nós e, doutrinariamente, tem recebido a atenção dos estudiosos. Não é dele, porém, que nos iremos ocupar neste estudo.

² Sobre poder de controle, sua definição e caracterização devem ser citadas as insuperáveis obras de FÁBIO KONDER COMPARATO (*Aspectos jurídicos da macro-empresa*, SP : RT, 1970, nºs 30-32, pp. 75-84, e *O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed. RJ : Forense, 1983).

³ GASTONE COTTINO imputa o surgimento do controle minoritário ao “sparpagliamento capillare delle azioni nelle società ad azionariato diffuso” (*Diritto commerciale*, vol. 1º – tomo 2º: *Le società*, 4ª ed. Padova : CEDAM, 1997, nº 6, p. 193).

O objeto das nossas atenções é, pelo contrário, o comportamento da minoria societária como grupo que se contrapõe à maioria – episódica ou permanente. Esta minoria a contrapor-se à maioria poderá ser a minoria não-controladora ou, por vezes, até mesmo a minoria controladora, que encontra na maioria ocasional obstáculo ao desenvolvimento do seu programa de ações e momentaneamente desponta como minoria. Pouco importa.

Em qualquer caso, a constatação afigura-se irrefutável: *a minoria tem poder*. Diz-se, sugestivamente, que tem “a força dos fracos” (*la force des faibles*)⁴, tão necessária, para o adequado funcionamento da organização, como o poder de controle, que aquela idealmente busca conter, refrear e adequar aos propósitos legalmente estabelecidos. Como se sabe, o sistema de freios e contrapesos não se choca com o princípio majoritário, mas, antes, é dele parte integrante e necessária, como elemento indissociável de um mesmo todo⁵.

Ocorre, no entanto, que onde há poder, existe sempre a possibilidade de sua degeneração, do seu desvirtuamento, do seu emprego disforme a caracterizar o abuso. A tensão dialética entre poder e direito, inerente à vida social, leva a isso. Desse modo, quando a minoria, à qual são assegurados direitos e prerrogativas próprios e insuprimíveis, utiliza os poderes que daí derivam para a satisfação de fins e interesses diversos daqueles em torno dos quais foram estabelecidos, ou com menosprezo dos interesses igualmente merecedores de tutela dos demais, tem-se a situação de abuso da minoria, “a tirania dos fracos” (*la tyrannie des faibles*)⁶, e é da sua caracterização e do seu sancionamento que doravante iremos nos ocupar.

⁴ A expressão, pela sua força ilustrativa, é bastante feliz, tendo sido empregada pelo filósofo francês ROGER CARATINI como subtítulo da enciclopédia mundial das minorias de sua autoria (*La force des faibles – encyclopédie mondiale des minorités*, Paris : Larousse, 1986). Na citada obra, a minoria vem caracterizada como “un sous-ensemble d’un ensemble national, à caractère historique, soumis à la règle dominante et entretant avec cet ensemble des relations dynamiques centripètes ou centrifuges” (*op. cit.*, p. 8).

⁵ WALDIRIO BULGARELLI, com razão, destacava: “é consabido que tanto os limites impostos ao poder do controlador como ao do administrador, assim como o próprio poder concorrente atribuído às minorias, servem ao interesse geral como freio ao exercício do poder abusivo e como meio de proteção às minorias e dos credores, mas não destrona o predomínio da maioria, mantendo-se vigorante o quadro contrastante das posições e interesses expressos no binômio minoria-maioria” (*O Conselho fiscal nas companhias abertas*, SP : RT, 1988, p. 68). E concluía: “neste quadro de pesos e contrapesos, vê-se claramente que, em nenhum momento e sob qualquer hipótese, quis o legislador de 1976 entregar o poder ao minoritário” (*op. et loc. cit.*).

⁶ Cf.: FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, *La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés*, Paris : *Les Petits Affiches*, n° 110 (12.09.1997), p. 6 ; e MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 20ª ed. Paris : Litec, 2007, n° 382, p. 185 (com a nota: “face à la superbe des forts, il faut compter avec la tyrannie des faibles”).

1.2. Importância e necessidade de análise do tema para além da tradicional visão maniqueísta: a vantagem de conhecer os limites.

De partida, uma advertência merece ser feita, até como resposta antecipada a previsíveis censuras que, decerto, se levantarão ao presente estudo. É que, por razões ou preconceitos, a merecerem profundas investigações sociológica e psicológica, o estudo e o debate dos temas de direito societário brasileiro, não raras vezes, são embalados e apresentados de maneira genuinamente maniqueísta, como se as opções fossem adrede limitadas a serem a favor do controlador ou a favor do minoritário, preto ou branco, certo ou errado e ponto. Não tem sido infrequente entre nós encontrar estudiosos de projeção a se intitularem “minoritaristas” – como se fosse logicamente viável, dos pontos de vista lógico e científico, tomar essa posição, antecipadamente, como partida e chegada da análise, que se pretende levar a cabo, dos mais variados temas jurídicos. Por isso mesmo, supõe-se que, para os assecas deste verdadeiro fundamentalismo ideológico, a elaboração de estudo sobre “abuso de minoria em direito societário” constitua autêntica heresia. “Coisa de controlador”, ou algo ainda pior. Não é.

Na realidade, para que o estudo do tema do abuso de minoria em direito societário pudesse constituir, de per si, autêntico pecado, a merecer expiação intelectual, ter-se-ia de absurdamente supor que a minoria não comete abusos, ou não os pode em tese cometer, e que o estudo da matéria prejudica a posição dos minoritários, reforçando a do controlador. Ambas as premissas são insustentáveis.

Ainda quando sejam menos freqüentes ou menos desafiados na Justiça, em comparação àqueles praticados pelo controlador, os abusos por parte da minoria existem e, por efeito do reforço dos seus direitos em razão do movimento de *corporate governance*⁷, tendem hoje a se tornar uma realidade cada dia mais palpável. O simples fato de não serem ainda tão numerosos ou recorrentes não autoriza renegar a sua análise.

⁷ A proteção dos minoritários constitui, inegavelmente, ponto de atenção nas discussões sobre *corporate governance* (cf.: NILSON LAUTENSCHLEGER JR., *Os desafios propostos pela governança corporativa ao direito empresarial brasileiro*, SP : Malheiros, 2005, p. 95).

De outra banda, o estudo da teoria do abuso de minoria em direito societário longe está de representar golpe à posição dos grupos minoritários, e sim o contrário, pois conhecer os limites de sua atuação e saber, enfim, o que se pode ou não legitimamente fazer constituem providências indispensáveis ao fortalecimento da própria posição. Só quem conhece os limites de suas posições jurídicas subjetivas tem condições de exercê-las de forma eficaz, sem temer as reações a seus atos.

A minoria não é, de per si, grupo de proteção e tutela; é protegida diante dos abusos da maioria. No entanto, os deveres de observar o interesse social e de salvaguardar os legítimos interesses dos demais partícipes da relação associativa e de agir de acordo com o primado da lealdade societária recaem sobre todos os membros e obrigam até mesmo os que integram a minoria. Nisso não há diferença alguma entre minoria e maioria⁸.

De resto, tanto quanto o poder de controle constitui fato jurídico e elemento fundamental da economia societária, a demandar que se lhe discipline o seu exercício, assinando aos seus titulares deveres e responsabilidades, o mesmo carece ser feito em relação à minoria, cujos poderes são também imprescindíveis ao regular funcionamento do princípio majoritário e que, bem por isso, deveriam ter os seus limites preestabelecidos e os excessos, coarctados. Eis o foco do presente estudo.

1.3. A atualidade do tema e a contribuição original para o seu estudo.

O “lancinante problema do abuso de minoria em direito societário”⁹ constitui tema genuinamente apaixonante – como disse Paul Le Cannu¹⁰ –, sobre o qual todos possuem uma noção geral empírica, haurida da sua vivência profissional, mas que, no direito brasileiro, não mereceu qualquer atenção digna de nota por parte dos juristas pátrios, que ao tema dedicaram não mais do que algumas poucas linhas assistemáticas e

⁸ Bem por isso, parte da doutrina tem criticado o excessivo enfoque dado pela lei acionária à contraposição de acionista controlador e acionistas minoritários, olvidando que um e outros têm deveres comuns perante a sociedade.

⁹ A expressão é de MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY (*Droit des sociétés*, 20ª ed. Paris : Litec, 2007, nº 382, p. 185).

¹⁰ É PAUL LE CANNU quem se refere ao “apaixonante folhetim do abuso da minoria”: “le passionnant feuilleton de l’abus de minorité” (*Le minoritaire inerte: observations sous l’arrêt Flandin*, ‘in’ Bulletin Joly, nº 5 (01.05.1993), pp. 537 e ss.).

soltas, malgrado a sua importância e a riquíssima experiência acumulada em outros países, em especial na França e na Alemanha. Em boa parte, o mutismo de nossos doutrinadores deve-se ao fato de existir, no direito acionário pátrio, uma peculiar regra geral sobre conflito de interesses (LSA, art. 115), que, em sua modelagem, foi além do conflito sócio sociedade. Este fato dispensou o nosso exegeta do exercício de procurar socorro em outros institutos para suprir as lacunas da lei societária, como ocorreu alhures. Outro tanto deve ser debitado às próprias características de nossa economia, ainda incipiente em um passado não tão remoto, e da inexistência, então, de um mercado de capitais com pelo menos alguma expressão fulgurante.

Se assim era, porém, o quadro agora é outro. A nossa economia cresceu e, juntamente com ela, se assiste ao desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro, do qual participam companhias importantes, algumas delas com razoável dispersão acionária, ao lado de investidores institucionais e especuladores, a atuarem avidamente por ganhos mais expressivos, nem sempre se valendo de meios idôneos. Aliás, o próprio movimento da *corporate governance*, ao mesmo tempo em que corretamente buscou reforçar a posição dos minoritários, também possibilitou novas formas de abusos.

De mais a mais, o tema deste estudo adquire especial relevância frente à disciplina societária geral do nosso Código Civil, assaz lacônica e imperfeita no trato das situações de conflito de interesses e de definição de deveres sociais e que, como adiante se procurará evidenciar, pode nestas partes se beneficiar da teoria do abuso de minoria. Além disso, a elevação geral dos quóruns de deliberação, dentro da disciplina codificada, aumentou exponencialmente as hipóteses de minorias de bloqueio e, portanto, também as situações de potencial abuso¹¹. Isto sem se aludir aqui às “sociedades-burras”, sociedades com capital votante igualmente dividido entre dois sócios, cuja constituição é sempre desaconselhada pelos consultores, mas que ainda assim são corriqueiras na prática e para as quais a transposição das soluções propostas pela teoria do abuso de minoria traz úteis subsídios.

¹¹ A constatação é inegável: “unanimidade ou majorias muito elevadas produzem o mesmo resultado: garantem à minoria poder de veto” (PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA e RACHEL SZTAJN, *Código Civil comentado*, vol. XI, SP : Atlas, 2008, p. 267).

Em suma, a ausência total de estudos específicos no direito brasileiro e a relevância prática do tema, por efeito de situações concretas atualmente já existentes e em vias de se expandir e agravar, constituem, a nosso ver, dados mais do que suficientes para, a justo título, desafiar o desenvolvimento de tese de doutoramento versando sobre os abusos de minoria no direito societário brasileiro.

1.4. Divisão proposta para o estudo.

O estudo encontra-se dividido em cinco grandes partes. A primeira, composta por três capítulos, tem por objetivo caracterizar o abuso de minoria em direito societário – analisando, para tanto, os vários institutos empregados pela doutrina nessa tarefa –, e definir os seus elementos constitutivos. A segunda apresenta a tipologia do abuso de minoria e a sua casuística, com destaque para as situações mais interessantes ou corriqueiras. A terceira, por sua vez, trata do delicadíssimo e intrigante problema dos meios de sancionamento das situações de abuso de minoria, quando então se colocarão em evidência os múltiplos instrumentos cogitados na doutrina e na jurisprudência estrangeiras, com a correlata análise de consistência e eficácia de cada qual. A quarta faz alusão às possíveis técnicas contratuais ou estatutárias de autotutela e tece breves considerações sobre a hipótese, pouquíssimo explorada na doutrina, do abuso de igualdade, que pode se instalar em sociedades em que o capital votante é igualmente dividido entre dois sócios e que, portanto, só consegue operar sob o signo da unanimidade; qualquer dissenso paralisa o seu funcionamento. Por fim, a quinta parte traz as considerações conclusivas do estudo, com a súmula das conclusões construídas ao longo do texto e algumas outras poucas observações finais. Eis o roteiro que iremos percorrer, não na tentativa de ofertar um quadro definitivo sobre a teoria em construção, e sim no afã de apresentar subsídios para demonstrar aos estudiosos a relevância do tema e a necessidade de buscar arrumação metodológica.

**§ 1º. – ABUSO DE MINORIA: CARACTERIZAÇÃO E CONTORNOS
DO INSTITUTO.**

2. PRINCÍPIO MAJORITÁRIO; PROTEÇÃO À MINORIA; PROTEÇÃO À MAIORIA.

2.1. Estruturas pessoais das sociedades.

O direito societário é o direito das organizações finalísticas privadas e o seu estudo compreende as associações em sentido estrito e as sociedades – as quais daquelas se distinguem pelo seu escopo-fim lucrativo¹², mas que, em qualquer caso, também têm por substrato pessoal a reunião de pessoas (CC, arts. 53 e 981).

A sociedade é, *ex vi legis*, contrato (CC, art. 981), do qual podem ser partes pessoas naturais (CC, art. 1º) e, dependendo do tipo societário, também pessoas jurídicas (CC, arts. 40, 41, 42 e 44). É contrato plurilateral¹³ do tipo associativo¹⁴ que, por efeito, possui, nas palavras de Herbert Wiedemann, “a sua própria qualidade, porquanto ele constitui materialmente uma comunhão de interesses e formalmente uma unidade organizacional. O contrato de sociedade é necessariamente um contrato de constituição de comunhão” (*gemeinschaftsbegründender Vertrag*) e “de regra um contrato de constituição de organização” (*organisationsbegründender Vertrag*)¹⁵. Ou seja, contrato de comunhão de

¹² Em sentido amplo, associação é o gênero (CC, art. 44, § 2º; CF, art. 5º, XVII e XX) do qual as sociedades (CC, art. 981) e as associações em sentido estrito (CC, art. 53) são espécies. O que distingue a sociedade da associação é exclusivamente o escopo-fim ou objetivo: a associação pode até exercer atividade econômica (apta a gerar riquezas), mas jamais partilhar lucros entre os seus membros, direta ou indiretamente; a sociedade, por outro lado, caracteriza-se justamente pela produção e partilha de lucros entre os seus sócios. De outro lado, o que distingue a sociedade empresária da sociedade simples é, de regra, o escopo-meio ou objeto: a empresária tem por objeto o exercício de atividade empresária (empresa) e a simples é a que exerce atividade não-empresária (CC, art. 982) – ressalvadas as hipóteses em que a forma imprime caráter empresarial ou simples à sociedade, independentemente do seu objeto: a anônima, pela forma, é empresária e a cooperativa, também pela forma, é simples (CC, art. 982, par. ún.).

¹³ Por todos, vide: TULLIO ASCARELLI, *O contrato plurilateral*, ‘in’ *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, SP : Saraiva, 1945, pp. 271-332.

¹⁴ Sobre os contratos associativos, veja o clássico estudo de PAOLO FERRO-LUZZI (*I contratti associativi*, 3ª ed. Milano : Giuffrè, 2001). Em português, vale conferir o belo apanhado apresentado por MÁRCIO FERRO CATAPANI (*Os contratos associativos*, ‘in’ *Direito societário contemporâneo – I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França, SP : Quartier Latin, 2009, pp. 87-103).

¹⁵ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band II: *Recht der Personengesellschaften*, München : C. H. Beck, 2004, § 2 I 1, pp. 91-92: “Der Gesellschaftsvertrag hat seine eigene Qualität, denn er begründet sachlich eine Interessengemeinschaft und formal eine Organisationseinheit. Der Gesellschaftsvertrag ist notwendig ein gemeinschaftsbegründender Vertrag. Der Gesellschaftsvertrag ist regelmäßig ein organisationsbegründender Vertrag”. Assim entende UWE HÜFFER (*Gesellschaftsrecht*, 7ª ed. München : C. H. Beck, 2007, § 9, nº 2, p. 60).

escopo¹⁶, de cooperação¹⁷ e, pois, duradouro – o que facilmente explica a relevância do fim comum na sociedade e a maior intensidade dos deveres acessórios ou laterais de conduta (*Nebenpflichten*) decorrentes da boa-fé objetiva, no âmbito da relação jurídica societária¹⁸.

Conforme o substrato ou estrutura pessoal, qualificam-se as sociedades em:

(i) unipessoais (*Eiņpersonengesellschaften*); (ii) igualitárias de duas pessoas (*Zweipersonengesellschaften*); ou (iii) pluripessoais integradas por grupos majoritário (maioria ou controlador) e minoritário (minoria ou não-controlador), estáveis ou cambiantes – sendo que cada uma dessas estruturas porta problemas jurídicos específicos¹⁹.

No direito pátrio vigente, malgrados os vários projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, não foram ainda as sociedades unipessoais previstas como forma geral de limitação da responsabilidade do empresário individual e, portanto, continuam elas a ser admitidas apenas em caráter excepcional²⁰. É que, afora as situações específicas de unipessoalidade temporária – que podem perdurar pelo intervalo de até duas assembléias gerais ordinárias nas sociedades por ações (LSA, art. 206, I, *d*) ou 180 (cento e oitenta) dias

¹⁶ A sociedade enquadra-se na categoria dos contratos de comunhão de escopo, “cioè nella categoria dei contratti in cui le prestazioni sono dirette al conseguimento di uno scopo comune” (GIUSEPPE FERRI, *Delle società*, ‘in’ *Commentario del Codice Civile* – a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna : Nicola Zanichelli editore, 1955, p. 15).

¹⁷ Segundo explica CALIXTO SALOMÃO FILHO, “o caráter associativo de todo contrato de sociedade, tão bem destacado pela doutrina, revela-se exatamente através da comunhão de interesses entre os sócios. É esse objetivo comum que os leva e deve levar à cooperação” (*Direito societário e novo mercado*, ‘in’ *O novo direito societário*, 3ª ed. SP : Malheiros, 2006, nº 2.1, p. 54).

¹⁸ CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA, com razão, observou o seguinte: “Nas relações jurídicas em que a cooperação se manifesta em sua plenitude (*nostra res agitur*), como nas de sociedade (...), cuida-se *algo mais* do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa suprapessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum” (*A obrigação como processo*, SP : Bushatsky, 1976, p. 31). No mesmo sentido é a opinião daqueles que se dedicaram ao estudo da boa-fé objetiva entre nós (vide: ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed. – 5ª reimp., Coimbra : Almedina, 2008, nº 28, p. 126; e JUDITH MARTINS-COSTA, *Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro*, ‘in’ *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagens a Tullio Ascarelli* (obra coletiva) – coords. Antonio Junqueira de Azevedo, Heleno Taveira Tôrres e Paolo Carbone, SP : Quartier Latin, 2008, p. 403).

¹⁹ As sociedades quase-unipessoais (em que as participações do sócio único foram distribuídas a terceiro, que é e deve permanecer na condição de pequeno sócio, sem ser, no entanto, simples fiduciário), bem como as sociedades não-paritárias de dois sócios (nas quais um dos sócios tem maior poder de voto que o outro e, por isso, encontra-se em condições de quase sempre dominar e colocar o outro sócio numa condição de minoria institucionalizada) não pertencem aos primeiros grupos, e sim ao domínio do último e, por consequência, nelas se verificam os problemas de abuso da maioria, proteção à minoria e, também, abuso de minoria.

²⁰ Sobre sociedades unipessoais no direito brasileiro mais recente, confira-se: CALIXTO SALOMÃO FILHO, *A sociedade unipessoal*, SP : Malheiros, 1995, e *Formas societárias e não-societárias de limitação de responsabilidade do comerciante individual*, ‘in’ *O novo direito societário*, cit., pp. 178-207; e THELMA DE MESQUITA GARCIA E SOUZA, *Sociedade unipessoal como solução organizativa da empresa*, ‘in’ *Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França, cit., pp. 491-509.

nos demais tipos societários (CC, art. 1.033, IV), sem, antes disso, provocar a dissolução total da sociedade –, o direito pátrio reconhece a unipessoalidade permanente somente em duas específicas e residuais situações: na subsidiária integral²¹, que só pode adotar a forma de sociedade anônima e ter por sócia única outra companhia (LSA, art. 251), e nas empresas públicas. Para além da sociedade unipessoal (*Einmannengesellschaft*), a doutrina discute se seria possível, mesmo que temporariamente, a existência (ou, melhor, a persistência) de sociedade sem sócios (*Keinmannengesellschaft*) – o que, a nosso ver, em caráter temporário se afigura plenamente possível, diante da letra da lei; mas, em caráter permanente, isso encontra-se afastado do quadro positivo, embora, no exterior e, mesmo entre nós, vozes abalizadas discutam se não se deveria admiti-las *de lege ferenda*, em especial para possibilitar a exploração direta de atividades econômicas que, hoje, são executadas através de sociedades controladas por fundações (CC, art. 62), que nada mais são do que patrimônios de afetação personalizados²².

Sociedades igualitárias de duas pessoas – paritárias ou, como são também jocosamente conhecidas, “sociedades-burras” – são aquelas em que as participações sociais e os direitos de voto encontram-se igualmente divididos (50%-50%) em dois sólidos blocos ou grupos. O principal desafio nestas sociedades consiste em evitar ou superar as situações de impasse ou bloqueio (*Pattsituationen* ou *deadlocks*), que podem se verificar até na condução diária dos negócios e levar à completa paralisia das atividades – dando ensejo ao fenômeno que, em doutrina, também é conhecido por “abuso de igualdade”, enfrentado em outra parte deste estudo (cap. 8).

Por fim, sociedades pluripessoais integradas por grupos majoritário (maioria) e minoritário (minoria) são as demais que não se enquadram em nenhuma das categorias precedentes. Constituem a forma mais corriqueira de estruturação pessoal das sociedades e,

²¹ Sobre a subsidiária integral, vide: ROMANO CRISTIANO, *A subsidiária integral no Brasil*, SP : RT, 1986.

²² A indagação sobre uma possível sociedade sem sócios encontra-se na primorosa obra de FÁBIO KONDER COMPARATO sobre os *Aspectos jurídicos da macro-empresa* (SP : RT, 1970), na qual o grande jurista transcreve o pitoresco diálogo, imaginado por ANDREW HACKER (*The corporation take-over*, Harper & Row, 1964, pp. 3-5), entre o diretor de uma companhia sem sócios e um senador. Mais recentemente, CALIXTO SALOMÃO FILHO retomou o tema, na trilha de estudos da doutrina alemã, e analisou alguns aspectos jurídicos envolvidos na figura da sociedade sem sócios (*Sociedade sem sócio*, ‘in’ *O novo direito societário*, 2ª ed. SP : Malheiros, 1998, pp. 127-132).

sobretudo, nelas é que se colocam os problemas de abuso da maioria (ou abuso de poder de controle), opressão à minoria e – por que não? – abuso de minoria²³.

De partida, vale enfatizar que nem toda situação de minoria/maioria enquanto tal suscita problemas jurídicos delicados e nem toda a situação em que a minoria esteja sendo “pressionada” ou em desvantagem é juridicamente sancionável. “Que alguém – e, na verdade, a maioria – tem, e absolutamente deve ter, a palavra é antes uma consequência inevitável do princípio majoritário”²⁴. Maioria e minoria não representam situações indesejáveis; pelo contrário, constituem pressuposto fundamental para o funcionamento eficiente das sociedades cujo processo de formação da vontade coletiva opera de acordo com a regra da maioria.

2.2. A organização de poderes e o princípio majoritário.

O fenômeno da cooperação entre dois ou mais sujeitos para a consecução de uma específica e determinada finalidade em certo ramo de atividade (*privatrechtliches Kooperationsrecht*) é qualificado de fenômeno associativo e constitui o cerne do direito societário, do qual descende a idéia de cooperação. Para viabilizá-lo, prevê o sistema jurídico uma série de normas de organização a ordenarem as competências de ação da sociedade no âmbito dos relacionamentos interno e externo²⁵, visando harmonizar os interesses potencialmente conflitantes das partes.

²³ Do ponto de vista terminológico, “abuso da maioria” e “abuso da minoria” são expressões que indicam a procedência do ataque ou agressão; “proteção à minoria” sinaliza o grupo a ser defendido e “opressão à minoria” destaca a consequência.

²⁴ PETER V. KUNZ, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, Bern : Stämpfli Verlag, 2001, § 1 I, n° 5, p. 2: “Das jemand – und zwar die Mehrheit – das Sagen hat und durchaus haben muss, ist vielmehr eine zwangsläufige Folge des sog. Mehrheitsprinzip”.

²⁵ Segundo explica ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, “a distinção entre relações internas e externas pertence à estrutura das coletividades e, portanto, também das sociedades. Relações internas são aquelas estabelecidas entre sócios, titulares de órgãos e a sociedade, e que demandam regras de delimitação de competência dos órgãos sociais e regras que definam a participação de cada membro na esfera jurídica coletiva, as condições de entrada e saída, e os seus direitos. Relações externas, por outro lado, são aqueles que dizem respeito a terceiros, e as suas respectivas regras dizem respeito à atuação do órgão presente perante terceiros, a responsabilidade da sociedade e dos titulares de órgãos por danos causados a terceiros e a responsabilidade dos sócios por dívidas sociais. Uma sociedade pode ser meramente interna, não aparecendo enquanto tal perante terceiros, como é o caso da sociedade em conta de participação (CC, art. 991). Não pode haver sociedade meramente externa – pois já aí se estaria caminhando rumo ao campo das fundações (CC, art. 62). A distinção entre relações internas e externas, que de resto encontra perfeita adequação na letra da lei, a regular os planos separadamente (quando, em diversos capítulos, traz regras agrupadas sob a epígrafe ‘das relações com terceiros’), não é balda de consequências jurídicas. É por elas que se explica, por exemplo, que o sócio não pode diretamente impor as suas decisões e opiniões como sendo da sociedade; inversamente, nem

Dentre as normas de organização, merecem destaque aquelas que ordenam o processo jurídico de formação da vontade coletiva e as quais, para tanto, podem adotar dois distintos sistemas ou princípios fundamentais de votação: o da unanimidade (*Einstimmigkeitsprinzip*)²⁶, quando para a formação da deliberação positiva não pode haver votos de rejeição da proposta, e o majoritário (*Mehrheitsprinzip*), quando a deliberação surge como o resultado da reunião de um certo número majoritário de votos a favor. Cada qual responde por específicas vantagens e desvantagens.

Enquanto nas sociedades de pessoas, em razão da – legalmente presumida – união personalística mais estreita entre os sócios, prepondera o princípio da unanimidade (CC, arts. 986, 996, 999, 1.040 e 1.046)²⁷, nas sociedades ditas de capitais (ou melhor, nas sociedades normalmente predispostas a ordenar empresas de maior porte), o princípio majoritário desponta com maior vigor (CC, arts. 1.061, 1.063, § 1º, 1.072, § 5º, e 1.076²⁸; e LSA, arts. 129 e 135)²⁹.

A escolha fundamental do legislador pátrio pelo princípio majoritário nas sociedades de capitais e naquelas preordenadas a estruturar empresas de maior porte, parte da idéia de que apenas ele possibilita, no tráfego jurídico, a necessária formação unitária da

tudo o que for imputado à sociedade poderá ser então imputado ao sócio. Além disso, as relações internas são, normalmente, reguladas por normas dispositivas; as relações externas, pelo contrário, por normas cogentes, por cuja tutela atua então o legislador” (cf. anotações de aula de pós-graduação na USP).

²⁶ Na unanimidade, bem observa EDUARDO DE MELO LUCAS COELHO, “distinguem-se ainda, uma primeira espécie, mais rigorosa, em que todos os votos devem ser de aprovação, sem admissibilidade de abstenções, para que a proposta se considere aceita (*Zustimmungsprinzip*); e uma outra, segundo a qual se forma a deliberação positiva tão-somente se não houver votos discordantes, sendo, portanto, admissíveis as abstenções (*Einstimmungsprinzip*)” (*A formação das deliberações sociais*, Coimbra : Coimbra editora, 1994, nota 318, pp. 183-184).

²⁷ Em tramitação no Congresso Nacional existem Projetos de Lei (PL nº 6.960/2002 e 7.160/2002) voltados a dar nova redação ao art. 999 do CC, de modo a afastar a regra geral de unanimidade. O novo texto proposto para o *caput* do artigo é o seguinte: “Art. 999. As modificações do contrato social, ainda que tenham por objeto matéria indicada no art. 997, devem ser decididas por maioria absoluta de votos, se o contrato não determinar quorum diverso (...)”. Quer-se adotar regra análoga à do art. 2252 do CC it.: “Il contratto sociale può essere modificato soltanto con il consenso di tutti i soci, se non è convenuto diversamente”.

²⁸ O Projeto de Lei citado na nota anterior almeja reduzir o quórum geral de deliberação previsto no art. 1.076 do CC, dando-lhe a seguinte nova redação: “Art. 1.076. As deliberações dos sócios serão tomadas pelos votos correspondentes a mais da metade do capital social, se o contrato não exigir *quorum* mais elevado. Parágrafo único. No caso de empate, aplica-se o disposto no § 2º do art. 1.010”.

²⁹ Tal não significa que a lei não contemple, em tais tipos societários, a necessidade de unanimidade, mas sempre em caráter excepcional, e não como regra. Regras marcadas pelo signo da excepcionalidade são, dentre outras, as seguintes: LSA, arts. 87, § 2º, 2ª parte, 202, § 3º, 221, 229, § 5º, 294, § 2º; e CC, art. 1.061, 1ª parte.

vontade coletiva: exigir a unanimidade asseguraria a participação de todos em cada decisão, mas tornaria a sociedade incapaz de agir³⁰, na medida em que a simples discordância de um comprometeria a decisão³¹. A opção pelo princípio majoritário revela a preocupação do legislador em buscar tutelar a própria capacidade funcional destas sociedades: procura viabilizar a formação coletiva da vontade e, por efeito, assegurar a sua capacidade de agir, superando o imobilismo que pode decorrer da exigência de unanimidade³². Não se trata de consagrar a vontade do maior sobre o menor, senão da adoção de um expediente técnico-jurídico para a solução dialética dos possíveis conflitos conexionsados ao processo de formação da vontade coletiva³³. “Exigir a unanimidade”, já dizia J. X. Carvalho de Mendonça, “seria expor a sociedade à inação, seria cair no absurdo de atribuir a um só acionista a qualidade de representante ou árbitro da vontade social”³⁴.

³⁰ Cf.: KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4ª ed. Köln : Carl Heymanns, 2002, § 16 I 2, p. 451 – para quem “Einstimmigkeit gewährleistet die Teilnahme jedes Mitglieds an jeder Entscheidung, aber sie kann den Verband handlungsfähig machen”.

³¹ É curioso observar que a regra da unanimidade assenta-se sobre um paradoxo nas sociedades que a adotam, a saber: unanimidade, de um lado (CC, art. 999), e poder de gerência geral e disjuncto, de outro (CC, art. 1.013); ninguém pode isoladamente alterar o contrato – pretende-se, com isso, salvaguardar as esferas individuais dos sócios –, mas todos e cada um deles podem comprometer o patrimônio social e, por extensão, os dos demais sócios, agindo isoladamente. O ponto foi muito bem observado, no direito italiano, por GASTONE COTTINO: “La disciplina normativa, frutto di stratificazioni storiche e di esigenze economiche disparate, mouve anzi nelle società di persone tra due poli opposti: la regola che ogni amministratore può vincolare la società e il principio, legato alla partecipazione personale dei soci, dell’unanimità dei consensi. La prima si traduce nell’amministrazione disgiuntiva, che è la norma, mentre l’amministrazione congiuntiva è l’eccezione. Il secondo si concretizza nella disciplina dell’art. 2252, a sensi del quale per le modifiche dell’atto costitutivo occorre, salvo pattuizione diversa, il consenso di tutti i soci” (*Diritto commerciale*, vol. 1º, tomo 2º: *Le società*, 4ª ed. Padova : CEDAM, 1997, nº 28, p. 84).

³² Cf.: FRANCESCO GALGANO, *Derecho comercial*, vol. 2 – tradução de Jorge Guerrero. Colombia: Temis, 1999, nº 4.12, p. 108; TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, vol. II, 2ª ed. RJ : Forense, 1953, nº 450, pp. 109-110; e A. FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, Coimbra : Lex, 1994 (reprint), nº 128, p. 397. Nos tribunais: “Evidentemente, a assembléia dos acionistas, como órgão da pessoa jurídica, recebe a energia volitiva dos membros que a compõem, mas só filtra a corrente mais forte, manifestada pela voz da maioria, corrente que movimentará o corpo social, através do seu órgão de direção. Nem teria sentido o sistema legal deixar ao capricho de eventual acionista dissidente determinar as resoluções que afetam a vida da empresa e seu desenvolvimento comercial. Há que predominar sempre o respeito à vontade da maioria, na condução dos negócios sociais, observada a necessidade inafastável de se resguardarem os direitos das minorias discordantes” (TJSP, Ap. 48.355-1, 5ª CC., Rel. Des. MÁRCIO BONILHA, v.u., j. 30.10.1985).

³³ JOSE RUBIO, emérito comercialista espanhol, registrava que o princípio majoritário “no significa en si la consagración en la sociedad del interés de lo más sobre el de los menos ni, em el caso específico de una sociedad de capitales, de la mayor participación de interés sobre la menor. Sino esencialmente un criterio que se estima razonable de organización de los intereses dispares y, en cada caso, encontrados de los socios. Adoptar fórmulas que permitieran una decisiva intervención minoritaria abriría la posibilidad de vetos injustificados e incompatibles con la gestión de la empresa comercial. Los acuerdos «por mayoría» significan simplemente una solución dialéctica en el proceso de formación de la voluntad corporativa” (*Curso de derecho de sociedades anonimas*, 3ª ed. Madrid : Editorial de Derecho Financiero, 1974, nº 115, p. 238).

³⁴ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. IV, 5ª ed. RJ : Freitas Bastos, 1954, nº 1.122, p. 11.

A base para a formação de maiorias relativas, absolutas ou qualificadas no âmbito das sociedades é, por princípio, não qualquer direito social, mas, especificamente, o *poder* de voto, o “direito” de voto, o qual, em muitos países, é visto como direito essencial do sócio e, portanto, inerente à sua qualidade. No direito acionário brasileiro, diversamente, o direito de voto é predisposto ao atingimento de determinado interesse (LSA, art. 115) e não aparece como direito essencial do acionista (LSA, art. 109): a própria lei acionária regula, por exemplo, a ação preferencial privada de tal poder (LSA, art. 17, § 2º), muito embora, até para elas, o que existe é apenas a suspensão condicional do direito de voto – tanto assim que o mesmo existe e é plenamente exercitável na fase de constituição da companhia (LSA, art. 87, § 2º); durante a vida ordinária da sociedade, fica suspenso se e enquanto forem distribuídos periodicamente os dividendos fixos ou mínimos a que façam jus os seus titulares (LSA, art. 111, § 1º) e, limitadamente, existe para certas deliberações (LSA, arts. 136, § 1º; 141, §§ 4º, II, 5º e 6º; e 161, § 4º, *b*), sendo que, na fase de liquidação, torna ela a prevalecer sem condicionamentos (LSA, art. 213, § 1º). Diversamente, no sistema do Código Civil, considerando os vários quóruns de deliberação fixados em função do capital social e considerando que a toda quota deve se atribuído valor e que por este valor é que se definem as votações (CC, arts. 1.010 e 1.072), não há espaço para a previsão de quotas preferenciais sem direito de voto³⁵, emergindo daí a conclusão de que o voto é direito essencial nesse sistema³⁶; de outro lado, não consagra às expressas o voto como instrumento de persecução ativa do interesse social.

³⁵ A doutrina debate se seria admissível a previsão de quotas preferenciais ou não. O debate, assim posto em termos absolutos (ou “futebolísticos”, para dizer o mínimo), não é possível de ser enfrentado. O que é preciso saber, antes de mais nada, é o que se pretende sinalizar através da expressão “quotas preferenciais”: se forem quotas com especiais direitos políticos ou econômicos (CC, art. 1.007), a resposta, em princípio sujeita à verificação *in concreto* da licitude dos direitos especiais conferidos, deve ser positiva; mas se, com isso, se pretender designar quotas sem direito de voto, a resposta negativa é inapelável (cf.: JORGE LOBO, *Sociedades limitadas*, vol. I, RJ : Forense, 2004, nº 6.6.3.2, pp. 143-144; SYLLAS TOZZINI e RENATO BERGER, notas de atualização em *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, de EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, 2ª ed. SP : Quartier Latin, 2007, nº 54, p. 175; FÁBIO TOKARS, *Sociedades limitadas*, SP : LTr, 2007, nº 4.2.1, pp. 146-147, e nº 8, pp. 244-245; HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, *Curso de direito comercial*, vol. 2, SP : Malheiros, 2006, nº 5.4.1, pp. 399-401; e ROBSON ZANETTI, *Manual da sociedade limitada*, Curitiba : Juruá, 2007, p. 121; e, em sentido contrário, aceitando a existência de quotas sem voto: ARNOLDO WALD, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV, RJ : Forense, 2005, nºs 1.065-1.069, pp. 36-361; e DANIEL MOREIRA DO PATROCÍNIO, *Sociedade limitada: comentários*, SP : Juarez de Oliveira, 2008, p. 27).

³⁶ Cf.: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Lições de direito societário*, 2ª ed. SP : Juarez de Oliveira, 2004, nº 101, p. 231; FÁBIO TOKARS, *Sociedades limitadas*, cit., nº 4.2.1, p. 146; JORGE LOBO, *Sociedades limitadas*, vol. I, cit., nº 6.6.3.2.2, p. 144; HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, *Curso de direito comercial*, vol. 2, cit., nº 1.12.2.6, p. 142; MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, *Sociedade limitada no novo Código Civil*, SP : Atlas, 2003, nº 7.3, pp. 118-119; PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA e RACHEL SZTAJN, *Código Civil comentado*, vol. XI, SP : Atlas, 2008, p. 509; e ROBSON ZANETTI, *Manual da sociedade limitada*, cit., p. 121 (acrescentando não ser possível a criação de quotas com direito a voto plural). Em sentido contrário: DANIEL MOREIRA DO PATROCÍNIO, *Sociedade limitada: comentários*, cit., p. 27.

2.3. Princípio majoritário e proteção à minoria.

“Ao ingressar para a sociedade, seja de que tipo for”, observava Waldemar Ferreira, “o indivíduo aliena parte da sua independência: renuncia a alguns direitos em benefício da pessoa jurídica, para cuja formação contribui ou de que co-participa”³⁷. Subscrevendo ações, ou adquirindo-as de terceiros, ou ao ser admitido como sócio no quadro societário, o indivíduo retira do seu patrimônio determinado valor, que é transferido ou substituído contra uma participação no patrimônio social. Passa a ser titular de uma posição jurídica determinada, no âmbito da relação jurídica obrigacional complexa (cf. subitem 2.7, abaixo), e se submete, por consequência, às regras legais e convencionais fixadas no estatuto ou contrato social³⁸. Embora o sócio sempre participe da formação da vontade coletiva (através do voto ou, pelo menos, da sua participação nos conclaves, com direito de voz), fica sujeito, nas sociedades onde prevalece o princípio majoritário, à decisão tomada pela maioria (de sócios ou sócios representando a maioria do capital social, conforme o caso): “as deliberações tomadas de conformidade com a lei e o contrato social vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes” (CC, art. 1.072, § 5º)³⁹. O fenômeno da vinculação da minoria à decisão da maioria é tradicionalmente explicado (e, como adiante se pontuará, de maneira pouco realista) pela mítica e obnubliante observação de que, respeitado o método assemblear, os votos proferidos pelos sócios transfundem-se em deliberação da sociedade, que passa a ser ato da própria sociedade, vinculando a todos os seus membros – ou seja, entre votos e deliberações, não haveria apenas uma diferença

³⁷ WALDEMAR FERREIRA, *O direito insurrecional do acionista* (memorial), SP : RT, 1939, pp. 6-7.

³⁸ Os estudiosos debatem se as normas estatutárias seriam normas jurídicas ou atos jurídicos. A resposta a tal questão deve ser feita, segundo preconiza HERBERT WIEDEMANN, pela análise do problema à luz dos prismas de conteúdo, eficácia e fundamento de validade. Pelo prisma do conteúdo, não há distinção entre a norma legal e a estatutária, ou seja, as regras são duradouras e abstratas, com consequências jurídicas concretas. Por outro lado, pelo prisma da eficácia, a estatutária tem a mesma eficácia da jurídica, atingindo um número determinado ou indeterminado de pessoas. No entanto, pelo prisma do fundamento de validade é que se vê a distinção entre as normas estatutárias e jurídicas; tal distinção está entre o ordenamento autônomo (lei que a pessoa mesma se dá) e o ordenamento heterônomo (norma que é imposta à pessoa), ou seja, o ordenamento de uma sociedade é autônomo (foram os fundadores e os sócios que o auto-impuseram), ao passo que a norma jurídica é heterônoma (imposta a todos). HERBERT WIEDEMANN conclui que o estatuto é negócio jurídico, embora tenha eficácia de norma jurídica (*Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*, München : C. H. Beck, 1980, § 3 II 1, pp. 160-163).

³⁹ Em direito comparado: “Le deliberazioni dell’assemblea, prese in conformità della legge e dell’atto costitutivo, vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti” (CC it., art. 2377, comma 1).

quantitativa, mas qualitativa; os vencidos não estariam sujeitos aos votos da maioria, mas à deliberação que, por efeito destes, é formada e juridicamente imputada à sociedade⁴⁰.

Na teoria geral do estado, o princípio majoritário apresenta várias tentativas de justificação. Herbert Wiedemann, na sua magistral obra⁴¹, arrola três explicações. A primeira, que remonta a Grotius⁴², é de ordem *quantitativa: pars major, pars sana*. A segunda, elaborada por Locke e Rousseau⁴³, é de ordem normativa e, por essa visão, a minoria teria dado uma autorização contratual para que a maioria tome as decisões. Por fim, a terceira, que já traz em si os contornos da proteção à minoria, preconiza que, se se der poder apenas à maioria, ela irá oprimir a minoria e se forem dados poderes à minoria, ela vai oprimir a maioria, razão pela qual poderes devem ser concedidos a ambos, idéia-força essa expressa na frase de Alexander Hamilton, transcrita na abertura deste trabalho.

Em direito societário, a explicação adotada pela doutrina dominante é aquela que, entre nós, foi exposta por Fábio Konder Comparato. À pergunta “por que a maioria deve comandar?”, o nosso grande jurista responde, de forma convincente: “Parte-se, sem dúvida, do postulado de que a sociedade existe no interesse dos sócios, e como ninguém,

⁴⁰ “Esta vontade decorre”, segundo afirmava TULLIO ASCARELLI, “das manifestações de vontade de mais pessoas: estas se fundem naquela que vale como manifestação única da parte, conforme as regras da maioria” (*Vícios das deliberações assembleares – direitos individuais dos acionistas; prescrição*, ‘in’ *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, cit., p. 399). Ou seja, conforme explica (e com isso não concorde) FRANCESCO GALGANO, “nel linguaggio legislativo voto e deliberazione sono riferiti a distinti artefici. Si parla, ripetutamente, di «voto del socio» e di «deliberazione dell’assemblea» (...). Fra voto del socio e deliberazione dell’assemblea si suole, tradizionalmente, instaurare una differenza non semplicemente quantitativa, ossia basata sul fatto che la deliberazione consta di una pluralità di voti, ma una differenza di ordine qualitativo: si parla della deliberazione come di una dichiarazione di volontà ulteriore rispetto ai voti che sono concorsi a formarla, ossia come della «volontà della società». Al modo di formazione della deliberazione, il cosiddetto metodo collegiale o di assemblea, si attribuisce la virtù di trasformare una pluralità di dichiarazioni individuali, i voti dei singoli soci, in una nuova unitaria volontà: la «volontà collettiva» formata dall’assemblea (...). La ragione ultima di questo modo di concepire la deliberazione è nell’esigenza di giustificare il principio maggioritario (...). Al metodo collegiale si attribuisce così la funzione di attuare una integrazione e influenza reciproca delle volontà individuali, di privare di rilevanza autonoma le dichiarazioni individuali, e perciò, di eliminare «l’eterogeneità di contenuto di alcune di esse»; esso inserisce la stessa minoranza nel processo formativo della deliberazione, fa sì che la volontà della maggioranza diventi «volontà del collegio» riferibile anche ai dissenzienti” (*Il negozio giuridico*, ‘in’ *Trattato di diritto civile e commerciale* – già diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni, e continuato da Piero Schlesinger, vol. III – tomo 1º, 2ª ed. Milão : Giuffrè, 2002, nº 55, pp. 253-255). Ainda sobre o tema: JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA e ALFREDO LAMY FILHO, *Direito das companhias* (obra coletiva) – coords. e vol. I, RJ : Forense, 2009, p. 811.

⁴¹ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*, cit., 1980, § 8 I 1, p. 405.

⁴² GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres* [1625] Lib. II Cap. II § 15: «est autem manifeste iniquum ut pars major sequatur minorem».

⁴³ LOCKE, *Two Treatises of Government*, ed. 1960, p. 418; e J.J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social* IV 2: que o poder da maioria obrigue «c’est une suite du contrat même».

em princípio, está investido da prerrogativa de decidir pelos interesses alheios, prevalece sempre a vontade do maior número, julgado cada qual segundo o seu próprio interesse. A idéia que está na base do princípio majoritário, observou Kelsen, é a de que o ordenamento social deve estar de acordo com o maior número possível de sujeitos, e em desacordo com o menor número possível”⁴⁴. O autor acrescenta, ainda, que a adoção pelo legislador desse sistema não implica constranger a minoria e desprezar os seus interesses: “Evidentemente não, desde que a minoria aceite essa regra fundamental do jogo. O princípio majoritário, afinal, pressupõe necessariamente a unanimidade, pelo menos uma vez, no momento de constituição da sociedade, como postulado da razão social”⁴⁵.

De maneira universal, entende-se, atualmente, que a intervenção dos sócios no processo de formação da vontade social pelo sistema majoritário não é *onímodo*, porquanto limites intransponíveis são estabelecidos pelo sistema jurídico⁴⁶. A maioria, em suma, como frisa Peter Kunz, não pode, por diversas razões, inclusive por fatores de ordem econômica, ser um “Moloch” (demônio)⁴⁷.

⁴⁴ FÁBIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed. RJ : Forense, 1983, nº 12, p. 43. TULLIO ASCARELLI, em realidade, já dizia que “la regola maggioritaria trova difatti la sua giustificazione nel presupposto che la deliberazione che raccoglie la maggioranza dei voti raccolga per ciò stesso i voti di quanti, avendo un interesse economico prevalente, corrono un maggior rischio” (*Interesse sociale ed interesse comune nel voto (nota a Cass. 12 maggio 1951, n. 1177)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 1.145). Vide ainda: A. FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, cit., nº 128, p. 397; e JOAQUÍN GARRIGUES, *Problemas atuais das sociedades anônimas* – trad. de Norberto da Costa Caruso MacDonald, RS : Sergio Antonio Fabris editor, 1982, p. 28. Em realidade, as múltiplas tentativas de explicação lógica do princípio majoritário pouco acrescentam: ele é uma exigência prática, e não necessariamente lógica.

⁴⁵ FÁBIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*, cit., nº 12, p. 44.

⁴⁶ A expressão é de MANUEL BROSETA PONT: “Esta intervención del socio en la formación de la voluntad social por el sistema de la mayoría no es, sin embargo, *omnímoda*, pues las decisiones mayoritarias de la Junta general poseen tres límites concretos que no deben violarse. En primer lugar, la voluntad de la mayoría integrada por los votos de los accionistas no debe adoptar acuerdos que infrinjan la ley, se opongan a los estatutos o perjudiquen el interés de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros. En segundo lugar, la voluntad de los accionistas formada por medio del sistema de mayoría sólo puede adoptar acuerdos eficaces sobre los asuntos que correspondan a la competencia de la Junta general. En tercer lugar, la mayoría no puede desconocer diversos preceptos de la ley que tutelan las minorías, lo cual significa que la mayoría no debe monopolizar, desconocer ni deprimir la situación ni los derechos de los accionistas minoritarios, ni modificar el contenido contractual y estatutario. Si se violan estos límites, el acuerdo adoptado por el voto de la mayoría puede ser impugnado” (*Manual de derecho mercantil*, 9ª ed. Madrid : Tecnos, 1991, p. 257).

⁴⁷ É a observação de PETER V. KUNZ: “Allgemein anerkannt in der heutigen Zeit ist jedoch, dass das Prinzip der Mehrheitsherrschaft gewisser Grenzen bedarf. Die Mehrheit in einer Kapitalgesellschaft darf aus verschiedenen Gründe, beispielsweise aus ökonomischen Überlegungen, *kein Moloch* sein” (*Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, cit., § 1 I, nº 6, p. 2). “Moloch”, pelo que consta, é nome dado a uma divindade malévola adorada por diversas culturas antigas - gregos, cartagineses e outras religiões idólatras. Este ídolo pagão, no entanto, sempre foi associado a sacrifícios humanos, sendo conhecido como “Príncipe do Vale das Lágrimas” ou “Semeador de Pragas”, ou, numa adaptação temática para o tema desta tese, o “Controlador dos Infernos”.

Como necessário e indispensável complemento do princípio majoritário, surge a temática da proteção à minoria (*Minderheitenschutz*), visto que, quando as decisões sociais possam ser tomadas por maioria, a esta mesma devem ser impostos determinados deveres a atuarem como limites⁴⁸.

Antes de brevemente analisar quais são estes limites, pode-se questionar qual seria a razão, o fundamento lógico, para em direito societário proteger-se a minoria⁴⁹; eis que, em uma visão reducionista, todos os sócios perseguem e devem perseguir o interesse social, o mesmo fim; a sujeição à vontade da maioria é regra antecipadamente acordada ou preestabelecida; e persistindo o dissenso, existem mecanismos de auto-desvinculação – de modo que a necessidade de proteção de um grupo seria ilógica. Esse tipo de questionamento crítico, contudo, só poderia ter algum fundamento se o processo de tomada de decisões se desse de forma alternada, obedecendo a formação de maiorias e minorias estritamente por razões de ordem racional apuradas na análise do tema submetido à apreciação dos sócios, isto é, se não houvesse maiorias estáveis e adrede fixadas em função da participação de cada qual no capital social.

Porém, diversamente disso, nos principais tipos societários e, pode-se acrescentar, em todos nos quais entre nós vige o princípio majoritário, a formação da vontade coletiva não ocorre apenas pelo critério de cabeça (*one man, one vote*), e sim, no mais das vezes, dá-se em função da participação dos sócios no capital social (CC, arts. 1.010 e 1.071; e LSA, art. 110); isto de tal sorte que, estando a maioria das participações societárias em mãos de um sócio ou de um grupo estável, o procedimento de deliberação e o método assemblear restam esvaziados, surgindo daí a necessidade de uma especial proteção à minoria. Consoante Herbert Wiedemann, a vinculação da minoria à maioria tem por base a idéia de uma composição de interesses, tal como ocorre em uma negociação contratual; mas quando há uma maioria estável, o resultado da deliberação assemelha-se ao de um contrato consigo mesmo (*Insichgeschäft*): a maioria não delibera; ordena. Nesses

⁴⁸ Até porque “la minorité n’est pas pour autant livrée pieds et mains liés aux caprices de la majorité” (MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 20ª ed. Paris: Litec, 2007, nº 378, p. 183).

⁴⁹ As idéias expostas neste item seguem a exposição da matéria no curso de pós-graduação ministrado por ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA na Faculdade de Direito da USP – 2008.

casos, somente aparece a *forma* de uma deliberação ou alteração contratual: o *conteúdo* é de ato unilateral de vontade – evidenciando-se aí a ingenuidade da tradicional explicação, bem desnudada por Francesco Galgano, que insiste em pretender distinguir qualitativamente, e não quantitativamente, votos e deliberação⁵⁰.

De mais a mais, a existência de mecanismos de auto-desvinculação do sócio, em caso de desacordo, não é, de per si, razão suficiente para recusar a existência de regras de proteção à minoria. Primeiro porque o regular funcionamento de uma coletividade não pode ser pautado pela regra infatilóide segundo a qual “os incomodados que se retirem”; segundo porque as coletividades existem para a satisfação de interesses igualmente coletivos, e não individuais do grupo controlador; terceiro porque, objetivamente, não há verdadeiro mercado para a livre cessão da participação de um membro dissidente de sociedade fechada e, por vezes, mesmo quando existe alguma perspectiva de cessão, o próprio contrato social a dificulta, de tal modo que, na prática, a possibilidade de exercício do direito de auto-desvinculação (ou retirada, em sentido amplo) é nula ou restrita, por vezes encontrando apenas na própria maioria o único potencial adquirente da participação social, normalmente a preço irrisório. A minoria, aí, fica ainda mais sujeita ao arbítrio da maioria.

Além disso, nos grupos societários de direito, o interesse da controladora ou de uma outra sociedade do grupo pode ser institucionalizado, mesmo em prejuízo dos

⁵⁰ As observações de FRANCESCO GALGANO são de inegável realismo: “Il parlare della deliberazione come autonoma volontà del gruppo, come volontà che il gruppo stesso, quale entità distinta dai membri che lo compongono, autonomamente esprime, non è nulla di più di una metafora, di un’immagine del parlare figurato. La volontà presupposta dalla deliberazione è e non può essere se no quella degli individui che sono concorsi a formarla, giacché il termine volontà ha un significato psicologico che ne permette il riferimento solo a individui, non ad assemblee o società (così P. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazione di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, p. 19). Al di là della metafora la deliberazione si presenta alla stregua di una pluralità di dichiarazioni individuali: essa non è la «volontà dell’assemblea», ma la volontà della maggioranza, sia pure formata in assemblea (...). La deliberazione è quantitativamente, e non qualitativamente, diversa dai voti che concorrono a formarla: consiste in una pluralità di dichiarazioni unilaterali, l’efficacia delle quali è subordinata alla condizione che il contenuto di ciascuna di esse corrisponda al contenuto di tante altre dichiarazioni, ossia di tanto altri voti, quante occorrono per formare la richiesta maggioranza. Parlare, più sinteticamente, di «deliberazione dell’assemblea» o di «volontà della società» può essere linguisticamente utile, per la semplificazione apportata al discorso; ma ci si deve guardare dal prendere sul serio la metafora e, soprattutto, dal farsi persuadere da una filosofia che fonde i «sì» e i «no» in un unico «sì» collettivo e, in definitiva, che trasforma i «no» in altrettanti «sì»” (*La forza del numero e la legge della ragione: storia del principio di maggioranza*, Bologna : Il Mulino, 2007, pp. 192-193). Do mesmo autor ainda: FRANCESCO GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., n°55, pp. 255-256; e FRANCESCO GALGANO e RICCARDO GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, 3ª ed. Milano : CEDAM, 2006, n° 6, p. 365 (frisando novamente que “la deliberazione è quantitativamente, non qualitativamente, diversa dai voti che concorrono a formarla”).

interesses das sociedades integrantes do grupo (LSA, art. 273); logo, neles a posição da minoria torna-se ainda mais prejudicada, então, há de ser reforçada.

A proteção à minoria não é somente um imperativo ético-social; é, para além disso, uma exigência essencial ao próprio funcionamento das sociedades. Sem mecanismos de tutela dos sócios, não iriam as sociedades exercer o relevante papel de captação de recursos para a exploração e consecução de um fim comum: não haveria o fenômeno da colaboração⁵¹. “É evidente” – como bem pontuaram Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira – “é evidente que ninguém participaria de uma sociedade em que a maioria pudesse tudo, inclusive deliberar no seu exclusivo interesse, ou contra o interesse da sociedade, ou em que imperasse a lei da selva, tão bem enunciada pelos italianos no ‘soltanto il mio denaro é sacro, il resto all’ inferno’”⁵².

Que o princípio majoritário traz vantagens e desvantagens é realmente algo indiscutível. As vantagens sobrepõem-se, de maneira indisputável, às desvantagens. O paradoxo imanente entre princípio majoritário e proteção à minoria deve ser solucionado de forma equacionada e equilibrada⁵³: o fortalecimento unilateral do princípio majoritário conduziria à perda dos minoritários como financiadores da sociedade, enquanto a unilateral elevação da proteção à minoria teria fatalmente a paralisia da sociedade como consequência. Entretanto, ressalva-se, desde já, que esse risco de paralisia da decisão não pode chegar ao extremo de conduzir ao errôneo entendimento de que, por isso, as deliberações majoritárias seriam supostamente insindicáveis ou fora de controle⁵⁴: uma

⁵¹ Depois de destacar a existência de várias regras de proteção aos acionistas, JOAQUÍN GARRIGUES indaga e responde: “Por que esta abundância de direitos para os acionistas? Porque na sociedade anônima tudo se ordena para a atração e defesa do capital, e como os acionistas são os fornecedores do capital a eles se vai retribuir, ou estimular, com um feixe de direitos subjetivos, uns de índole econômica (o direito ao dividendo, o direito à quota de liquidação), outros de índole política (o direito de voto, o direito de informação etc.)” (*Problemas atuais das sociedades anônimas*, cit., pp. 22-23).

⁵² ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, *A Lei das S.A.*, RJ : Renovar, 1992, p. 161.

⁵³ Como bem destaca ALDO FERRARI, “una esasperata tutela delle minoranze importa uno squilibrio a livello sistematico che si riflette sulla stessa funzionalità della società minandone in radice la struttura” (*L’abuso del diritto nelle società*, Padova : CEDAM, 1998, nº 1, p. 125).

⁵⁴ Seria positivamente temerário, como lembra PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÊA DA FONSECA, “eleger a maioria como o único e todo poderoso juiz da conveniência e da oportunidade das deliberações tomadas pelos sócios, especialmente quando se tem em vista que, muitas vezes, a regularidade aparente de tais decisões encobre fim contrário aos interesses da sociedade” (*A exclusão de sócio da sociedade por quotas de responsabilidade limitada no direito brasileiro*, in’ *Sociedades por quotas de responsabilidade limitada* (obra coletiva), SP : AASP, 1987, p. 77).

decisão da maioria não é por isso sacrossanta⁵⁵ – e, por razões diversas, há de ser sempre contrastável, ainda que pela via da legitimidade, e não propriamente de mérito, da decisão.

2.3.1. Desenvolvimento da proteção à minoria.

A partir de fins do século XIX, o poder da maioria em quase todos os países da Europa continental foi largamente ampliado pelos legisladores, com a permissão de introdução de alterações estruturais e fundamentais nas sociedades (inclusive, em seu objeto social), através de deliberações majoritárias. O princípio do consensualismo (e da exigência de mútuo consenso para alteração do pacto) experimentou uma importante derivação⁵⁶ e, diante de tal acréscimo de poderes da maioria, era de se esperar que os legisladores, a doutrina e a jurisprudência construíssem limites às deliberações majoritárias. Entretanto, surpreendentemente, isso não ocorreu em um primeiro momento, porquanto, segundo explica Herbert Wiedemann, o direito societário desenvolveu-se a partir do tipo médio (ideal) de organização societária (*empirischer Durchschnittstypus*), na qual a maioria seria apenas ocasional, e não estável e permanente, algo que, a toda evidência, já naquela época, não correspondia à realidade⁵⁷.

Herbert Wiedemann entende, pois, que sendo impossível admitir fosse desconhecida pelo legislador a realidade – a demonstrar não serem as maiorias instáveis, e sim permanentes e institucionalizadas –, teria então havido a intenção deliberada de ignorá-

⁵⁵ A expressão é de PETER V. KUNZ: “Ein Entscheid der Mehrheit ist deshalb nicht sakrosankt” (*Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, cit., § 1 III, nº 101, p. 35).

⁵⁶ Vide: FRANCESCO GALGANO, *La società per azioni*, ‘in’ *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* – diretto da Francesco Galgano, vol. 7º, 2ª ed. Padova : CEDAM, 1988, nº 2, p. 365. Toda sociedade, como contrato que é, pressupõe o mútuo consenso na sua constituição, por efeito da qual a regra do princípio majoritário é aceita por todos e a ela prestam a sua concordância aqueles que, durante a vida social, ingressam na membridade.

⁵⁷ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*, cit., § 8 I 2, p. 408. A propósito, FRANCESCO GALGANO e RICCARDO GENGHINI observam o seguinte: “Secondo un ideale, ma astorico, modello di società per azioni, la maggioranza assembleare dovrebbe essere «figlia del caso»: mutevole e imprevedibile, risultante, cioè, del dibattito assembleare e dell’opera di reciproca persuasione esercitata da ciascun socio nei confronti di ciascun altro. Questo modello ideale, che corrisponde al tradizionale, e tuttora alquanto diffuso, modo di descrivere la società per azioni, non ha riscontro nella realtà storica di questi tipo di società. Maggioranza e minoranza si presentano, in essa, come entità relativamente statiche, fra le quali non c’è, nella normalità delle ipotesi, possibilità di ricambio. In analogia, questa volta, con quanto accade nelle assemblee politiche, la maggioranza non si forma in assemblea, ma preesiste alla convocazione di questa; la condizione di socio di maggioranza e di minoranza non si alternano nel corso del tempo e in rapporto alle diverse deliberazioni, ma sono destinate a perpetuarsi di fronte ogni deliberazione” (*Il nuovo diritto societario*, 3ª ed. Milano : CEDAM, 2006, nº 1, p. 36). Acrescentam os mesmos estudiosos que o debate não se dá entre acionistas individualmente, mas entre grupos opositores.

la. Quis-se ignorar a realidade para dar prevalência à cultura segundo a qual a maioria, forte, deve comandar a sociedade⁵⁸: quem exerce o poder de comandar tem de se submeter ao controle judicial no tocante aos atos ilegais ou abusivos – ou seja, apenas quanto à legalidade extrínseca, não com relação à efetiva adequação dos atos. A exclusão da apreciação judicial do mérito dos atos societários, assim preconizada, encontrava na autonomia da organização societária e na própria natureza da pessoa jurídica os seus fundamentos, mas, na atualidade, é insustentável: quem tem poderes deve ter responsabilidade (cf., ainda sobre o tema, o subitem 2.5, *infra*).

Embora a proteção à maioria tenha se desenvolvido como contraponto ao princípio majoritário, a verdade é que, mesmo em sociedades onde prevalece a regra da unanimidade, os conflitos entre sócios, majoritário e minoritário, podem se colocar; e também nelas, as soluções devem ser construídas a partir dos mesmos instrumentos utilizados nas demais sociedades. Embora a atuação do sócio majoritário possa encontrar na exigência de unanimidade um intransponível óbice nas votações, não se há de ignorar os demais poderes conferidos aos sócios, os quais exigem consideração para com a situação do outro no seu exercício, tanto pela maioria como pela minoria. Friedrich Kübler, atento a essa particularidade, depois de destacar que, em sociedades desta espécie, “para la formación de los acuerdos de voluntad rige el principio de unanimidad, en la medida en que una decisión requiere el consentimiento de los socios, todos han de consentir, y todos tienen la posibilidad de bloquear las medidas queridas por otros mediante su veto”, destaca: “En algunos supuestos especiales, la negativa a otorgar el consentimiento puede suponer la violación de las obligaciones del socio frente a la sociedad y sus demás miembros”⁵⁹.

⁵⁸ Como exemplo de um ilimitado domínio da maioria, HERBERT WIEDEMANN cita o julgado Hibernia (RGZ 68/235-246), no qual os juízes assim se pronunciaram: “Isto é uma inevitável consequência do princípio a ser reconhecido na lei segundo o qual a maioria das ações decide sobre a administração da sociedade e sobre o que se deve fazer ou autorizar no interesse da sociedade e de seus acionistas. Com este fato deve resignar-se quem quer que adquira as ações”. BONDÍ, segundo registra o mesmo autor, teria criticado acidamente a decisão vazada: ‘Jamais, em um julgado, foi o brutal poder da maioria acionária perante a minoria tão fortemente enfatizado’. O julgado tinha motivação política: o Estado Prussiano, através de uma maioria estável, queria assegurar o fornecimento de energia na sociedade de mineração Hibernia (*Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*, cit., § 8 I 2, p. 409; tradução de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França).

⁵⁹ FRIEDRICH KÜBLER, *Derecho de sociedades* – trad. Michèle Klein, 5ª ed. Madrid : Fundación Cultural del Notariado, 2001, p. 61.

2.3.2. Função e formas da proteção à minoria.

A proteção à minoria não se confunde com o tema da proteção individual⁶⁰.

Conforme explica Herbert Wiedemann⁶¹, os direitos individuais orientam-se em uma coletividade atomizada, onde, idealmente, o sujeito pode se fazer ouvir e influir na decisão social. Diversamente, perante uma maioria estável, os minoritários são meros acompanhantes, assistentes, uma vez que jamais podem contar com a possibilidade de influenciar a política societária. A função da proteção à minoria é evitar os riscos de uma desigualdade de tratamento, quando a relação de supremacia e subordinação se torna uma relação estável de dominação.

Além disso, a proteção individual garante uma proteção mínima, que é configurada de forma estática e independentemente da relação de maioria e minoria: defendem-se os interesses dos sócios mediante a concessão de direitos subjetivos, os quais são instrumentalizados por meio de direitos irrenunciáveis e intangíveis. Diversamente, a proteção à minoria busca defender a posição do indivíduo em uma relação concreta de maioria e minoria, e esta proteção se dá pela imposição de deveres à maioria (e não propriamente via direitos subjetivos), restringindo-se, assim, o poder da maioria. Na proteção à minoria, a tutela não se dá propriamente por intermédio da criação de direitos, mas pela imposição de deveres à maioria⁶².

Integram o rol de proteção à minoria direitos formais e direitos substanciais de minoria⁶³. Direitos formais de minoria (*formelle Minderheitsrechte*) são os que exigem determinado quórum de votação ou de capital para o seu exercício (propositura de ação social derivada, ação de verificação de livros etc.)⁶⁴. Na prática, de acordo com Herbert

⁶⁰ As considerações que aqui seguem reproduzem as linhas da exposição do tema no curso de pós-graduação ministrado por ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA na Faculdade de Direito da USP – 2008.

⁶¹ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*, cit., § 8 I 3, pp. 418-419.

⁶² Na Alemanha, procurou-se inicialmente atingir tal desiderato – a imposição de deveres à maioria para a proteção à minoria – através de cláusulas-gerais; em um segundo momento, procurou-se amparo no princípio da igualdade de tratamento, conceito este relativo que supõe a existência de grupos majoritários que possam impor a sua vontade à minoria; em um terceiro momento, chegou-se ao desenvolvimento do dever de lealdade, que será longamente exposto o Capítulo 3.

⁶³ Cf.: HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*, cit., § 8 I 4, pp. 419-424.

⁶⁴ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*, cit., § 8 I 4, p. 419.

Wiedemann, os direitos formais de minoria destinam-se a efetivamente reforçar a posição da maioria, pois, contra a concessão de um direito de difícil exercício, são concedidos ainda mais poderes à maioria, legitimando os seus atos; não são, por isso, proteções efetivas⁶⁵. Em contraste, a efetiva e real proteção da minoria se dá através dos direitos substanciais de minoria (*sachlicher Minderheitenschutz*) – os quais independem de qualquer quórum quantitativo –, tais como: a garantia de participação da minoria em deliberações e eleições (outorga-se à minoria o poder de participar da administração, requerer voto múltiplo) e a exigência de maiorias qualificadas em votações de maior expressão (atraindo a minoria para tomar parte efetiva do processo decisório, reforçando a integração de todos os sócios na sociedade; do contrário, há o direito de veto)⁶⁶. Na classe da proteção substancial, ingressam, na opinião de Herbert Wiedemann, as proibições de voto, as quais não se preordenam a ser uma forma de proteção da minoria, porquanto se aplicam a todos indistintamente (maioria ou minoria); mas quando a maioria está impedida, atua como forma de proteção, garantindo que ela se curve à minoria⁶⁷.

Outra forma de proteger substancialmente a minoria, ainda segundo Wiedemann, é possibilitar a sua representação nos órgãos de fiscalização e de administração, proteção essa de que é fértil o direito brasileiro. Finalmente, outra forma de controle substancial ocorre mediante o controle administrativo e judicial dos atos da maioria. Os órgãos do Registro Público de Empresas Mercantis, por exemplo, fazem um controle de legalidade dos atos societários e permitem que a minoria possa se insurgir contra desmandos formais. A Comissão de Valores Mobiliários, no caso das companhias abertas, integra o controle administrativo e o controle judicial, por sua vez, se dá por meio das ações anulatórias e das ações de responsabilidade civil, dentre outras.

O controle da maioria, como se vê, sobrepõe-se à proteção individual.

⁶⁵ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*, cit., § 8 I 4, p. 419.

⁶⁶ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*, cit., § 8 I 4, p. 420.

⁶⁷ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*, cit., § 8 I 4, p. 421. Ou seja, “Stimmverbote sind als solche keine Minderheitsrechte, denn sie erfassen unterschiedslos alle Verbandsmitglieder und können auch von sämtlichen Teilhabern geltend gemacht werden. Wenn jedoch stabile Mehrheitsverhältnisse vorliegen, spielt sowohl das Stimmrecht als auch der Stimmrechtsausschluß für die Minderheit keine erhebliche Rolle. Dagegen wird die Minderheit, sobald das Stimmverbot die Mehrheit betrifft, zur tonangebenden Gruppe, und es entscheidet die Mehrheit in der Minderheit punktuell über die Geschicke des Verbands”.

2.4. Proteção à maioria e abuso da minoria.

Quem se ocupa da proteção à minoria esbarra invariavelmente na idéia de proteção à maioria. Efetivamente, existe uma relação de troca entre os temas, a saber: onde os direitos da minoria estão reconhecidos existem sempre a tentação e o perigo do abuso do direito, isto é, o seu exercício reprovável. No plano fático, o abuso da minoria provavelmente surgiu com a popularização da idéia de proteção à minoria e suscita a idéia inversa de uma “proteção à maioria”; a proteção à maioria, afirma Peter Kunz, professor da Universidade de Berna, “representa a imagem invertida da proteção à minoria. Não apenas a maioria, mas conforme cada situação concreta, também a minoria pode abusar de sua posição na sociedade em prejuízo da parte contrária e, com isso, suscitar questões jurídicas. Do ponto de vista fático, porém, o abuso da minoria surge mais raramente que o abuso da maioria”⁶⁸.

Quem é a minoria, quando se caracteriza o seu abuso e quais são os meios para sancioná-lo são questões que, doravante, serão respondidas. Mas vale aqui destacar que é precisamente a correlação entre poder e responsabilidade que constitui o fundamento ético-social a autorizar impor também à minoria certos deveres de conduta, não só de conteúdo negativo, mas também, conforme o caso, de conteúdo positivo.

2.5. Princípio da unidade (ou coordenação) entre poder e responsabilidade.

Subjacente às noções de poder majoritário e proteção à minoria e da idéia de abuso de maioria, encontra-se o princípio da unidade ou coordenação (*Korrelationsthese*) a sinalizar a necessária conexão, ético-jurídica, entre poder e responsabilidade. Mediante o mencionado princípio, expressa-se uma idéia geral de justiça com duas vertentes: “nenhuma responsabilidade sem poder” (“*Keine Haftung ohne Herrschaft*”) e “nenhum poder sem responsabilidade” (“*Keine Herrschaft ohne Haftung*”).

⁶⁸ PETER V. KUNZ, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, cit., § 1 V, n° 233, p. 84: “Der Mehrheitenschutz stellt das Spiegelbild des Minderheitenschutzes dar. Nicht bloss die Mehrheit, sondern je nach konkreter Situation auch die Minderheit kann ihre Stellung zum Nachteil der «Gegenseite» in der Gesellschaft missbrauchen und damit rechtliche Fragen aufwerfen. Faktisch kommt der Minderheitsmissbrauch indes seltener vor als der Merheitsmissbrauch”.

A imposição de limites ao poder majoritário, de um lado, e a exigência de criação de mecanismos de proteção da minoria, de outro, encontram no sobredito princípio a sua mais perfeita expressão. Por esse modo, descreve-se o fundamento ético-social do dever societário de lealdade (*Treupflicht*)⁶⁹: é o poder que um grupo tem de poder influir na esfera jurídica alheia que leva à necessidade de exigir daquele responsabilidade no exercício de suas correlatas posições jurídicas subjetivas. Na realidade, conforme noticia Bernd Geier, “o entrelaçamento entre poder e responsabilidade no direito societário é produto de um longo processo evolutivo, em cujo final se encontra o dever de lealdade. A idéia de que posições de poder concedidas por meio de disposições societárias devem ser restringidas por considerações de responsabilidade vem sendo discutida na doutrina e na jurisprudência de há muito”⁷⁰.

Foi justamente a partir dessa concepção que a jurisprudência alemã, desde a clássica decisão do caso “Victoria” pelo Supremo Tribunal do “Reich” (*Reichsgericht*), vem fundamentando o dever societário de lealdade que recai sobre os sócios majoritários, segundo confirma Herbert Wiedemann: “a formulação que se tornou clássica para a fundamentação do dever de lealdade dos sócios majoritários provém do RGZ 132, p. 149 (Victoria): «Do poder de decidir, através de deliberação majoritária, ao mesmo tempo também para a minoria e com isso indiretamente dispor dos seus direitos patrimoniais na sociedade, resulta sem dúvida o dever societário da maioria de levar em conta, nos limites do interesse coletivo, também os legítimos interesses da minoria, sem restringir desmesuradamente os seus direitos». Essa idéia perpassa também pela moderna jurisprudência do BGH desde BGHZ 65,15 (ITT); 103, 184 (Linotype); 127, 107, 111

⁶⁹ Considerando que o conceito de “fidelidade” (*Treu*) encontra-se impregnado de noções morais, alguns autores sugerem o uso da expressão “Loyalitätspflicht” em substituição a “Treupflicht” (vide: HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*, cit., § 8 III, p. 432; e THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 4ª ed. München : Verlag Franz Vahlen, 2006, § 12, nota 47, n° 49, p. 108), mas o alvitre não vingou junto ao próprio ambiente germânico, no qual é corrente o uso do termo “Treupflicht”. Além disso, ambas as palavras podem ser indiferentemente traduzidas para o português por “dever de lealdade” (vide: ERIK JAYME e JOBST JOACHIM NEUSS, *Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache – II*, München : C. H. Beck, 1990, pp. 264 e 419; e F. SILVEIRA RAMOS, *Dicionário jurídico português-alemão*, Coimbra : Almedina, 1995, pp. 271 e 405).

⁷⁰ BERND GEIER, *Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsgrenzen der mitgliedschaftlichen Treupflicht des Aktionärs*, Frankfurt am Main : Peter Lang, 2007, p. 19: “Diese Verknüpfung von Macht und Verantwortung im Gesellschaftsrecht ist Ausfluss eines langes Entwicklungsprozesses, an dessen Ende die Treupflicht steht. Der Gedanke, dass gesellschaftsrechtlich eingeräumte Machtpositionen aus Verantwortungsgesichtspunkten zu beschränken sind, wird in der Literatur und Rechtsprechung seit langen diskutiert”.

(BMW); por último BGH, WM 2002, 70 (KG) = NZG 2002, 323”⁷¹. Como adiante será visto, é esta mesma idéia que fundamenta o dever societário de lealdade, que grava a posição dos sócios minoritários, os quais, no exercício de suas prerrogativas, podem influir diretamente na esfera jurídica alheia.

Diante disso, o que se observa é que o dever societário de lealdade não é mero instrumento de proteção à minoria. “O dever de lealdade”, confirma Karsten Schmidt, “não é de maneira alguma apenas um instrumento de proteção à minoria. Errado seria especialmente a concepção de que apenas o sócio majoritário esteja sujeito ao dever de lealdade. Trata-se muito mais de uma geral ponderação e delimitação de interesses e poderes de sócio. Também os poderes individuais de sócio e os direitos de minoria não devem ser exercidos de maneira desleal e, desta maneira, usados de forma abusiva. Isso vale mesmo para minorias de bloqueio em alterações estatutárias”⁷².

Ainda nesta linha e tratando dos limites impostos aos sócios pelo dever de lealdade, destaca Antonio Nuzzo que “a obrigação de salvaguarda (ou proteção) refere-se a todos os sócios; é aplicável independentemente da posição de maioria ou minoria. Exclui-se que a minoria seja só um grupo protegido; é protegido diante dos abusos da maioria, mas a obrigação de salvaguarda é possível recaia sobre todos os sócios, também por consequência, eventualmente, a minoria”⁷³. É inegável, portanto, como anota Francesco

⁷¹ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band II: *Recht der Personengesellschaften*, cit., § 4 I 3, p. 304: “Die klassisch gewordene Formulierung zur Begründung der Treupflicht des Mehrheitsgesellschafters oder der Gesellschaftermerheit stammt aus RGZ 132. S. 149 (Victoria): «Aus der Befugnis, im Wege des Mehrheitsbeschlusses zugleich auch für die Minderheit zu beschließen und damit mittelbar über deren in der Gesellschaft gebundene Vermögensrechte zu verfügen, ergibt sich ohne weiteres die gesellschaftliche Pflicht der Mehrheit, im Rahmen des Gesamtinteresses auch den berechtigten Belangen der Minderheit Berücksichtigung angedeihen zu lassen und deren Rechte nicht über Gebühr zu verkürzen». Dieser Gedanke durchzieht auch die moderne Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit BGHZ 65, S. 15 (ITT); 103, S. 184 (Linotype); 127, S. 107, 111 (BMW); zuletzt BGH, WM 2002, S. 70 (KG) = NZG 2002, S. 323, 324”.

⁷² KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 20 IV 3, p. 593: “Die Treupflicht ist keineswegs nur ein Instrument des Minderheitenschutzes. Unrichtig wäre insbesondere die Auffassung, nur der Mehrheitsgesellschafter unterliege der Treupflicht. Vielmehr geht es um eine allgemeine Abwägung und Begrenzung mitgliedschaftlicher Interessen und Befugnisse. Auch mitgliedschaftliche Einzelbefugnisse und Minderheitenrechte dürfen nicht treuwidrig ausgeübt und dadurch mißbraucht werden. Das gilt selbst für Sperrminoritäten bei Satzungsänderungen”. Ainda do mesmo autor, vide: *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, 2ª ed. München : C.H. Beck/Vahlen, 2006, § 105, nº 188, p. 74.

⁷³ ANTONIO NUZZO, *L'abuso della minoranza*, Torino : G. Giappichelli, 2003, p. 284: “L’obbligo di salvaguardia riguarda tutti i soci; è applicabile independentemente dalla posizione di maggioranza e minoranza (...). È escluso che la minoranza sia solo un gruppo protetto: è protetto dinanzi ad abusi della maggioranza, ma l’obbligo di salvaguardia è possibile gravi su tutti i soci, anche dunque, eventualmente, alla minoranza”.

Galgano, que “se la società è un contratto, da eseguire secondo buona fede, esso è tale tanto per la maggioranza, quanto per la minoranza”⁷⁴.

2.6. Maioria, minoria e abuso.

Conforme adiantado na parte introdutória deste trabalho (Capítulo 1), a minoria, de cujos abusos iremos nos ocupar, não é aquela que, no âmbito da sociedade, se coloca como controladora minoritária. Aqui será apreciada, sim, a conduta da minoria agindo como tal diante de uma maioria (organizada ou não) no seio da sociedade. Por aí se vê que o conceito de minoria adotado *não é quantitativo*, mas, sim, essencialmente *qualitativo*. Nas palavras de Waldirio Bulgarelli, “a expressão *minoria* não se refere a uma noção meramente quantitativa, mas uma *relação qualitativa de poder*, que não corresponde ao número de pessoas, nem de ações, necessariamente”⁷⁵. Minoria é o não-controlador, pouco importando a proporção e a espécie de sua participação societária. O termo “minoria” assume aqui, pois, a idéia de não-controlador e constitui, precisamente, uma específica *situação jurídica subjetiva* de sócio diante da sociedade e dos demais membros⁷⁶. Admite-se, pois, que a minoria (não-controladora) possa até ser bastante numerosa⁷⁷ e detentora de expressiva participação no capital social (mas sem direito de voto) e até se contrapor a um controlador minoritário⁷⁸.

⁷⁴ FRANCESCO GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione: storia del principio di maggioranza*, cit., p. 180.

⁷⁵ WALDIRIO BULGARELLI, *Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A*, RJ : Renovar, 1998, nº 2, p. 33, e *A proteção às minorias na sociedade anônima*, SP : Pioneira, 1977, nº 2, p. 18. O mesmo autor acrescenta que “*maioria* é, sob tal aspecto, o *controlador* – o que de fato controla e dirige a sociedade – e *minoria*, os que por várias razões (absenteísmo, minifúndio de ações ou coesão do grupo controlador ou outros motivos), estão afastados do poder, dentro da sociedade” (*op. et loc. cit.*). Idêntica é a definição apresentada por VERA PAULA NOEL RIBEIRO (*A minoria nas S.A.*, 2ª ed. RJ : Forense, 2005, nº 3.1, p. 27). A ressalva a ser feita a tais lições é apenas a de que *a minoria tem poder*; não está “afastada do poder”; só não tem o poder de controle.

⁷⁶ OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA, com precisão, destacou essa particularidade: “minorias não exprime, como poder parecer a princípio, uma relação numérica de inferioridade em assembleia geral de acionistas, mas traduz, sobretudo, uma situação jurídica, uma correlação de direitos e deveres, um *status* em relação à sociedade” (*O acionista minoritário no direito brasileiro*, RJ : Forense, 1994, p. 11). E coerentemente acrescenta: “Não apenas repudiamos as expressões ‘majoritário’ e ‘minoritário’, como também preconizamos o seu total abandono e substituição por ‘controlador’ e ‘não controlador’” (*op. cit.*, p. 12).

⁷⁷ Cf.: PIER GIUSTO JAEGER, FRANCESCO DENOZZA e ALBERTO TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale: impresa e società*, 6ª ed. Milano : Giuffrè, 2006, nº 103, p. 199 – que falam em minoria formada por “moltitudine di piccoli azionisti”.

⁷⁸ As expressões “abuso da minoria” e “proteção à minoria” são, em certa medida, equívocas, pois a minoria pode ser controladora e, evidentemente, não é dessa minoria que estamos a tratar. Com razão, RUBENS REQUIÃO já dizia que “não nos agrada a expressão ‘minorias’ ou mais particularmente ‘proteção da minoria’, pois leva a certas ambigüidades e confusões; nem sempre, como se viu, é a maioria de acionistas que controla

No âmbito da sociedade, maioria e minoria desempenham, cada qual, papéis próprios, especialmente no procedimento jurídico de formação da vontade coletiva, dispõem de poderes e estão autorizados a exercê-los quando o conflito de interesses e opiniões entre eles se verifica.

Assim é que, dispondo do bloco de controle, a maioria pode dar instruções à direção social; por outro lado, detendo uma participação suficientemente elevada, a minoria pode impedir a aprovação de determinadas deliberações assembleares. Opor-se à maioria não é, em si, conduta censurável, é parte da própria lógica do princípio majoritário. De regra, lembra Dominique Schmidt, o minoritário não pode senão se opor: “o majoritário decide; o minoritário se opõe, tal é a regra”⁷⁹. Em princípio, a minoria tem o direito de se opor à maioria⁸⁰. Com razão, enfatiza Dominique Schmidt que o direito de voto não existe senão para a defesa de uma opinião, um ponto de vista, e aquele defendido pela maioria não é necessariamente o melhor. Vezes há em que essa oposição da minoria não produz efeito concreto, pois não é capaz de impedir a aglutinação da maioria exigida para a tomada da decisão. No entanto, há ocasiões em que ela bloqueia a tomada de decisão – o que pode se verificar tanto nos casos em que os sócios se dividem em dois grupos rivais com igual poder ou quando a deliberação requer para a sua aprovação o ajuntamento de votos em número superior ao da maioria simples dos sócios, presentes ou representados. Diz-se, então, nessas situações, que há ausência de maioria ou a presença de minoria de bloqueio⁸¹.

a sociedade, podendo perfeitamente esse controle ser detido pela minoria, capaz, diante da dispersão e do desinteresse dos acionistas-especuladores e rendeiros, de aglutinar maior número de ações inclusive através de procurações” (*Curso de direito comercial*, 2º vol., 25ª ed. – 2ª tir. SP : Saraiva, 2008, nº 364, pp. 144-145). Em outro estudo, o emérito comercialista paranaense acrescentou: “Em síntese, entendemos por *acionista minoritário* o *acionista controlador*, que desfruta do poder sobre a sociedade, determinado a composição de sua administração; e por *acionista minoritário* concebemos o acionista desprovido de poder que efetivamente se opõe ao controle, tornando-se *acionista dissidente*” (*Responsabilidade das maiorias e proteção das minorias nas sociedades anônimas*, in’ *Aspectos modernos de direito comercial*, 2º vol., SP: Saraiva, 1980, p. 67). Com análogos registros, vide: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Lições de direito societário*, vol. II, SP : Juarez de Oliveira, 2005, nº 57, p. 111; CELSO BARBI FILHO, *Acordo de acionistas*, BH : Del Rey, 1993, p. 109; FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de direito comercial*, vol. 2, 10ª ed. SP : Saraiva, 2007, p. 276; e RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA, *Estrutura de interesses nas sociedades anônimas: hierarquia e conflitos*. SP : Quartier Latin, 2007, nº 5.1.2, p. 183.

⁷⁹ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* – version nouvelle, Paris : Joly, 2005, nº 388, p. 380: “Le majoritaire décide, le minoritaire s’oppose, telle est la règle”.

⁸⁰ Poder este que, de maneira significativa, WALDEMAR FERREIRA qualificou de “direito insurrecional do acionista” (*O direito insurrecional do acionista* – memorial, SP : RT, 1939).

⁸¹ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., nº 388, p. 380 – que, textualmente, afirmou: “La minorité a le droit de s’opposer à la majorité. Chaque administrateur ou actionnaire dispose du droit de vote pour défendre son opinion: celle du plus grand nombre n’est pas nécessairement la meilleure (...). Tantôt cette opposition ne produit aucun effet parce qu’elle n’empêche pas la formation d’une majorité capable de décider. Tantôt elle bloque la prise de décision (...). On parle alors d’une «absence de majorité» ou d’une «minorité de blocage»”.

Acrescenta ainda Dominique Schmidt que o bloqueio da minoria, em si mesmo, nada tem de ilegítimo; os sócios não estão obrigados a renunciar à sua liberdade de voto e, por efeito, se curvar àquilo que a maioria propõe⁸². Não fosse assim, o sancionamento do abuso de controle seria contraditório em si mesmo. Mais do que isso, lembra Dominique Schmidt, a exigência, legal ou convencional, de maioria qualificada para a aprovação de determinadas matérias perderia o seu sentido: de que serviria a sua previsão se não pudesse a minoria se opor à deliberação?⁸³ Em contrapartida, a oposição da minoria torna-se faltosa quando ela descende não da vontade de defender uma posição de interesse de sócio enquanto tal, mas um interesse seu oposto ligado a outra qualidade. É o caso do minoritário que se opõe à aprovação de deliberações sociais que se apresentam em linha com o interesse social, pelo mero desejo de constranger os restantes sócios a adquirir as suas participações, criar dificuldades para vender facilidades, como se sói dizer. Já se está, então, diante de situação típica de *oposição abusiva* ou *bloqueio abusivo*.

Além de se opor à maioria, e aí poder incorrer em abusos, a minoria também é titular de outros direitos e prerrogativas, alguns dos quais passíveis de serem exercidos em assembléia geral e outros tantos fora do órgão colegiado de sócios. São direitos de sócio, de caráter político ou econômico, ora na modalidade de direitos essenciais (ou individuais) ora direitos de minoria em sentido estrito. Também eles encontram os limites de exercício válido no interesse social ou, como preferem outros, no dever societário de lealdade, a proscrever condutas que venham a lesar os legítimos interesses e as expectativas tuteláveis dos restantes sócios. O minoritário, por exemplo, desde que se verifiquem os pressupostos legais, pode indicar pessoa para ocupar o cargo de conselheiro do Conselho Fiscal, ainda quando o escolhido não seja do agrado da maioria. Todavia, já não pode o minoritário, sem incorrer em abuso, eleger pessoa inidônea ou inapta, moral ou tecnicamente, para desempenhar o mister ou rejeitar demonstrações financeiras escorregadas, apenas para constranger a maioria ou a administração social. Também aqui a situação é de abuso de minoria, na vertente comissiva ou positiva.

⁸² DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., nº 389, p. 380 – para quem “aucune obligation ne pèse sur un administrateur ou un actionnaire de renoncer à sa liberté de vote et de s'agréger à un groupe qui propose une résolution qui lui déplaît”.

⁸³ Cf.: DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., nº 389, p. 380 – que assim entende que “l'exigence légale ou statutaire d'une majorité qualifiée démontre par elle-même la légitimité du pouvoir d'empêcher une prise de décision: que servirait-il d'édicter une majorité qualifiée si l'on ne pouvait contrer sa formation?”

2.7. Natureza jurídica da participação social: situação jurídica.

A sociedade, conforme destacado no subitem 2.1, é um contrato – plurilateral e associativo, pelo qual se constitui e organiza uma duradoura coletividade marcada pela comunhão de escopo, da qual os sócios são partes ou centros de imputação de interesses⁸⁴. Embora a doutrina alemã sustente que a qualidade de sócio (*Mitgliedschaft*) corresponde, simultaneamente, a um direito subjetivo e a uma relação jurídica⁸⁵, pode-se também afirmar, simplesmente, que a qualidade de sócio constitui uma *posição contratual* que identifica a *situação jurídica subjetiva*⁸⁶ do indivíduo no contexto da *relação jurídica societária*⁸⁷, sendo esta, por sua vez, uma relação contratual e, como tal, *complexa* ou *mista*⁸⁸; segue-se que a qualidade de sócio caracteriza-se por uma série conexcionada de posições jurídicas subjetivas ativas e passivas. Mais simplesmente, a qualidade de sócio corresponde à situação jurídica que o indivíduo ocupa na relação jurídica societária e, por efeito, o conjunto de posições jurídicas subjetivas ativas e passivas da pessoa enquanto membro daquela específica sociedade; é, por outras palavras, a situação jurídica complexa que cada sócio ocupa na sociedade, situação esta que só poderá ser aferida em concreto e

⁸⁴ O conceito de *parte* não se confunde com o de *sujeito* de direito. *Parte* é centro de imputação de interesses, de modo que, em teoria geral de direito, pode haver partes *unissubjetivas* ou *plurissubjetivas* e isto pode acontecer tanto em contratos com apenas duas partes (por exemplo: uma compra e venda em que figurem vários condôminos como parte vendedora, de um lado, e um só indivíduo como comprador, de outro; haveria aí parte vendedora plurissubjetiva e parte compradora unissubjetiva) como o mesmo pode ocorrer em contratos plurilaterais: de regra, os sócios constituem, cada qual, uma parte; mas havendo compropriedade sobre quotas ou ações, o condomínio será reputado em face da coletividade societária uma só parte, plurissubjetiva, cujos direitos serão exercidos pelo representante do condomínio (CC, art. 1.056, § 1º; e LSA, art. 28, par. ún.).

⁸⁵ É o que afirma, por exemplo, WERNER FLUME: “Die Mitgliedschaft ist zugleich subjektives Recht und Rechtsverhältnis” (*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1^{er} Band – 2^{er} Teil: *Die juristische Person*, Berling/Heidelberg/New York : Springer-Verlag, 1983, § 8 I, p. 258).

⁸⁶ Por situação jurídica deve-se entender “a posição que todo sujeito ocupa no contexto da relação jurídica” (GIUSEPPE LUMIA, *Elementos de teoria e ideologia do direito* – trad. Denise Agostinetti, SP : Martins Fontes, 2003, nº 13, p. 104).

⁸⁷ Muitos doutrinadores, nesta linha, referem-se à posição de sócio como situação jurídica (vide: ALESSANDRO BERTINI, *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*, Milano : Giuffrè, 1951; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I vol., 2^a ed. Coimbra : Almedina, 2007, § 41, p. 559; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, Coimbra : Coimbra, 1997, pp. 35-40, lembrando que se trata de posição contratual; FÁBIO KONDER COMPARATO, *Eficácia dos acordos de acionistas*, ‘in’ *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, RJ : Forense, 1981, p. 84; FRIEDRICH KÜBLER, *Derecho de sociedades*, cit., p. 303; e PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 3^a ed. Coimbra : Almedina, 2007, nº 10.1.3, p. 224; dentre tantos outros).

⁸⁸ Como se sabe, “a relação jurídica em geral diz-se (...) *complexa* ou *múltipla*, quando abrange o conjunto de direitos e de deveres ou estados de sujeição nascidos do mesmo fato jurídico” (ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, cit., nº 13, pp. 64-65). Vide também: CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4^a ed. Coimbra : Coimbra editores, 2005, nº 44, p. 186; e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 8^a ed. Coimbra : Almedina, 2000, nº 5.2, p. 63.

que, em cada sociedade, poderá variar de conteúdo para cada sócio. Em sentido estrito, a qualidade de sócio não é um *status*, mas uma qualidade jurídica⁸⁹; no entanto, num sentido mais amplo do termo, é possível afirmar que se cuida de um estado⁹⁰, de modo a então legitimar emprego do termo que se popularizou: *status socii*⁹¹.

As posições jurídicas subjetivas podem ser divididas de diversas formas. Gian Franco Campobasso as divide em posições de natureza administrativa, quando têm por objeto a participação individual na atividade comum (por exemplo, o direito de voto e o poder de administrar a sociedade e representá-la perante terceiros) e posições de natureza patrimonial, que se referem à participação individual nos resultados da atividade comum, durante a vida da sociedade e no momento da sua dissolução (por exemplo, direito aos lucros e à quota de liquidação e participação nos prejuízos)⁹².

A distinção mais tradicional das posições jurídicas é aquela que tem como parâmetro a proteção (posição ativa) ou subordinação (posição passiva) de um determinado interesse pela norma jurídica⁹³. Sigamos, pois, essa classificação, revendo os seus conceitos fundamentais.

⁸⁹ A tradicional analogia entre a posição do cidadão na sociedade política e a do sócio na sociedade privada conduz a mais um equívoco, consistente em afirmar que, tal qual o cidadão é titular de um *status libertatis*, o sócio teria o *status socii*: “L’associé est citoyen de cette cité qu’est la société, d’où ses prérogatives politiques” (MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 20ª ed. Paris : Litec, 2007, nº 318, p. 157). Na realidade, e em sentido estrito, “o *status* é uma qualidade jurídica relacionada à pertença de um sujeito a um grupo social, da qual resultam ao próprio sujeito direitos e deveres (...). Do *status* distinguem-se as simples *qualidades jurídicas*, como a qualidade de herdeiro, ou de condomínio, ou de sócio, ou de empreendedor etc., que designam situações ou atividades das quais se originam direitos e deveres” (GIUSEPPE LUMIA, *Elementos de teoria e ideologia do direito*, cit., nº 30, p. 104).

⁹⁰ FRANCESCO CARNELUTTI, por exemplo, adotava um conceito bastante largo de *status*, como sinônimo de situação complexa: “A chave do conceito de *status* está na conexão das situações jurídicas, não sendo o *status* mais do que uma situação complexa, ou, por outros termos, um complexo de situações jurídicas conexas ou interdependentes” (*Teoria geral do direito* – trad. de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro, SP : Saraiva, 1942, § 98, pp. 291-292).

⁹¹ Sobre *status socii* na doutrina pátria, confira-se o estudo de DANIELA RAMOS MARQUES MARINO (*O “status socii”*, ‘in’ *Direito societário contemporâneo – I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França, cit., pp. 163-182), possivelmente o único na doutrina pátria a se ocupar do tema.

⁹² GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. 2: *Diritto delle società*, 6ª ed. Torino : UTET, 2008, nº 17, p. 54.

⁹³ Como se sabe, todo ordenamento jurídico é ordenamento da tutela de interesses; as normas do ordenamento jurídico pressupõem, portanto, uma ponderação de interesses e são destinadas à salvaguarda de interesses (cf.: ALESSANDRO BERTINI, *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*, Milano : Giuffrè, 1951, nº 1, p. 6). Interesse, por sua vez, é a relação entre um sujeito, que possui uma necessidade, e o bem apto a satisfazê-la, determinada na previsão geral e abstrata de uma norma (cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, SP : Malheiros, 1993, pp. 15-16; e FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria geral do direito*, cit., § 35, p. 79). Por sua vez, “pode acontecer que um interesse de uma pessoa assuma, a respeito de um outro seu interesse, uma posição de relevância ou de indiferença. Por sua vez, a posição de relevância pode ser de solidariedade ou de conflito” (FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria geral do direito*, cit., § 36, p. 82).

2.7.1. Posições jurídicas ativas: direitos, poderes e faculdades.

As posições jurídicas subjetivas ativas correspondem a permissões conferidas pelo ordenamento para o sujeito realizar certas atividades. Destacam-se o direito subjetivo, o poder, a faculdade e a expectativa jurídica.

O *direito subjetivo* propriamente dito é o poder conferido pela ordem jurídica a certa pessoa de exigir determinado comportamento de outrem, para a satisfação de um interesse próprio ou alheio, ou, na definição de Carlos Alberto da Mota Pinto, “é o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) ou de por um ato de livre vontade (...) produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário)”⁹⁴. Só existe direito subjetivo em sentido próprio quando o exercício do poder jurídico respectivo está dependente da vontade do seu titular; ao direito subjetivo contrapõe-se necessariamente, no pólo oposto, o dever jurídico da contraparte de realizar o comportamento a quem tem direito o sujeito ativo da relação. Em realidade, direito subjetivo, no sentido específico do termo, só existe quando a situação subjetiva implica na possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem. Por exemplo, o sócio tem o direito subjetivo de receber os lucros declarados: assiste-lhe o poder de exigir da sociedade o pagamento prometido; do mesmo modo, uma vez exercido o recesso, o retirante tem o direito de exigir o pagamento dos seus haveres sociais na forma acordada.

O *direito potestativo* (*Gestaltungsrecht* ou *Kannrecht*, na terminologia alemã) é, na concepção de Antunes Varela, “o poder conferido a determinadas pessoas de introduzirem uma modificação na esfera jurídica de outras pessoas (criando, modificando ou extinguindo direitos), sem a cooperação destas”⁹⁵. Nesta situação jurídica, acrescenta Luiz Gastão Paes de Barros Leães, “não existe uma relação do tipo pretensão-obrigação, mas outra do tipo poder-sujeição: trata-se de uma situação jurídica caracterizada pela eminência reconhecida a uma das partes ou pessoa partícipe da relação jurídica, que lhe

⁹⁴ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, cit., nº 42, pp. 178-179.

⁹⁵ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, cit., nº 11, nota 1, p. 55.

confere a prerrogativa de influir na esfera jurídica alheia”⁹⁶. Na órbita societária, poder-se-ia lembrar o poder de voto, o direito de recesso, a denúncia de contratos por tempo indeterminado e o poder de o sócio impugnar judicialmente as deliberações societárias, dentre tantos outros⁹⁷. Em cada caso, aos direitos potestativos correspondem, sempre, no pólo inverso, a sujeição.

A *faculdade*, na definição de Francesco Carnelutti, “não é outra coisa senão, de harmonia com o próprio significado da palavra, liberdade de fazer, e por isso mesmo – tendo em conta a fusão do elemento psicológico e do elemento econômico, de que resulta a juridicidade – liberdade de exercer o próprio interesse”⁹⁸. Trata-se de uma conduta permitida que se exaure na esfera jurídica do próprio agente, distinguindo-se do poder, que é conduta permitida que se resolve em atividade destinada a modificar a esfera jurídica alheia. Normalmente, a faculdade vem associada com o poder ou outra posição jurídica subjetiva. Assim, por exemplo, nas companhias fechadas, o acionista que representar 5% (cinco por cento) ou mais do capital social tem a faculdade de solicitar à administração social que seja convocado para as assembleias gerais por telegrama ou carta registrada (LSA, art. 124, § 3º); uma vez formulado o pedido, por sua vez, a administração tem o dever de proceder da forma indicada.

Por fim, ainda dentre as posições jurídicas subjetivas ativas, encontra-se a *expectativa jurídica*, ou seja, “a situação ativa, juridicamente tutelada, correspondente a um estágio dum processo complexo de formação sucessiva de um direito”⁹⁹. Enquadram-se aqui, por exemplo, as posições do nu-proprietário e do titular de debêntures conversíveis em ações no que diz respeito a pretensões que envolvam a aquisição da qualidade de acionistas plenos.

⁹⁶ LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Conflito de interesses*, ‘in’ *Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas*, SP : RT, 1989, p. 17. Ainda sobre a distinção entre direitos subjetivos e direitos potestativos, é proveitosa a lição de SANTI ROMANO (*Frammenti di un dizionario giuridico* – ristampa inalterata. Milano : Giuffrè, 1983, pp. 172 e ss.).

⁹⁷ Os direitos potestativos – que a doutrina italiana mais antiga denominava simplesmente “potestà” – por vezes são concedidos no interesse exclusivo do sujeito ativo (por exemplo, o direito de preferência em aumento de capital) e, noutras vezes, são concedidos de forma mediata no interesse de terceiros (pense-se no caso do poder concedido ao sócio de impugnar decisões assembleares viciadas).

⁹⁸ FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria geral do direito*, cit., § 87, p. 253.

⁹⁹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, cit., nº 44, p. 188.

2.7.2. Posições jurídicas passivas: deveres, ônus e sujeições.

As posições subjetivas passivas, inversamente, representam uma necessidade que se resolve em um sacrifício e na subordinação de um interesse. Entre elas estão o dever jurídico (exigência de um certo comportamento), a sujeição (necessidade de obedecer a um comando) e o ônus (a faculdade cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse próprio).

O *dever jurídico*, que representa o correlato do direito subjetivo em sentido estrito, consiste na necessidade de observância de uma certa conduta, imposta pela ordem jurídica a uma ou a diversas pessoas para tutela de um interesse de outrem e cujo cumprimento se garante através de meios coercivos adequados. Observa Antunes Varela que não se trata de “um simples conselho, mera advertência ou pura exortação; a exigência de conduta (imposta) é normalmente acompanhada da cominação de algum ou alguns dos meios coercitivos (sanções) próprios da disciplina jurídica, mais ou menos fortes consoante o grau de exigibilidade social da conduta prescrita”¹⁰⁰.

O *estado de sujeição*, como já visto, constitui o contraponto dos direitos potestativos. Quando a pessoa está em estado de sujeição, não é preciso o seu consentimento ou a sua autorização para que na sua esfera jurídica se produza o efeito pretendido: “o estado de sujeição consiste exatamente nesta situação inelutável de uma pessoa ter de suportar na sua própria esfera jurídica a modificação a que tende o exercício do poder conferido a uma outra pessoa”¹⁰¹.

Entende-se por *ônus*, finalmente, “a necessidade de adotar certa conduta para a obtenção ou conservação de uma vantagem própria”¹⁰². Tutela-se, pois, um interesse do próprio onerado – que se traduz na obtenção de uma nova vantagem ou em obstar a perda de uma vantagem preexistente. Como destacava Carlos Alberto da Mota Pinto, “o onerado não deve; pode livremente praticar ou não um certo ato, mas se o não praticar não

¹⁰⁰ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, cit., nº 11, p. 52.

¹⁰¹ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, cit., nº 11, p. 56.

¹⁰² MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, cit., nº 3, p. 56.

realizará certo interesse”¹⁰³. Nessa medida, segundo Fábio Konder Comparato, “o ônus é a *condictio iuris* para a realização de um interesse do próprio onerado”¹⁰⁴.

2.8. Abuso das posições jurídicas subjetivas pela minoria: abuso de minoria.

O abuso de minoria é abuso que pode se verificar no exercício pelo sócio de cada uma e todas as posições jurídicas subjetivas ativas inerentes à sua *situação jurídica*, à sua *posição* contratual na *complexa relação jurídica societária*. Daí porque se optou, deliberadamente, por descartar atribuir a esta tese o título de “abuso de direito de minoria”: em primeiro lugar, porque ele pode se verificar no exercício de direitos (subjetivos) e poderes; em segundo lugar, pretendeu-se afastar a conexão que, por via sugestiva, se poderia efetuar entre o tema desta tese e o instituto do abuso do direito, o qual, além de ter uma aplicação residual no atual quadro de direito positivo brasileiro, não se presta a delimitar a *fattispecie* em estudo¹⁰⁵.

¹⁰³ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, cit., nº 44, p. 188.

¹⁰⁴ FÁBIO KONDER COMPARATO, *Validade e eficácia de acordo de acionistas; execução específica de suas estipulações*, ‘in’ *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, cit., p. 61.

¹⁰⁵ Assim também entendeu ANTONIO NUZZO: “Non per questo si ritiene improprio denominare le *fattispecie* in esame rispettivamente in termini di abuso di diritto della maggioranza e abuso di diritto della minoranza, per l’indubbia capacità evocativa di dette espressioni. Ovviamente, il termine ‘abuso’ ha così solo una funzione descrittiva del fenomeno” (*L’abuso della minoranza*, cit., p. 281).

3. ABUSO DE MINORIA: DESENVOLVIMENTO EM DIREITO COMPARADO E AS TENTATIVAS DE SISTEMATIZAÇÃO.

3.1. As tentativas estrangeiras.

O abuso de minoria em direito societário ainda constitui uma teoria em busca de sistematização; uma teoria em construção. No direito brasileiro, o tema tem despontado em alguns poucos parágrafos da doutrina pátria, especialmente em pareceres, e não mais do que isso¹⁰⁶. Em outros países, no entanto, já existe uma experiência mais consistente e, por isso mesmo, é de todo proveitoso agora analisá-la, até para verificar os contornos que o tema tem adquirido em cada país e os distintos institutos jurídicos de que em cada qual tem se utilizado.

De forma mais intensa, a teoria do abuso de minoria em direito societário tem sido debatida na França e na Alemanha, tanto na doutrina como na jurisprudência, razão pela qual a tais sistemas dedicaremos maior atenção (nos itens 3.2 e 3.3., respectivamente). Também na Itália, já existe boa doutrina, mas, ao que consta, o tema ainda não repercutiu abertamente nos tribunais, fato esse, porém, que não afasta o interesse em sua análise mais demorada (no subitem 3.4), até mesmo por conta da aberta filiação de nosso Código Civil ao sistema italiano. Também na Suíça¹⁰⁷, na Bélgica¹⁰⁸ e em Portugal¹⁰⁹, é possível encontrar estudos mais demorados.

¹⁰⁶ Normalmente, a nossa doutrina alude ao abuso de minoria, de forma meramente descritiva, em pareceres – vide: LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Abuso da minoria em aumento de capital*, ‘in’ *Pareceres*, vol. II, SP : Singular, 2004, pp. 1.211-1.225, e *Abuso de poder da minoria*, ‘in’ *Pareceres*, vol. II, cit., pp. 1.243-1.256; e WALDIRIO BULGARELLI, *Anulação de assembléia geral de sociedade anônima; assembléias gerais posteriores; abuso de minoria*, ‘in’ *Estudos e pareceres de direito empresarial: o direito das empresas*, SP : RT, 1980, pp. 151-164, e, também, ‘in’ *Manual das sociedades anônimas*, 6ªed. SP : Atlas, 1991, pp. 167-175 – e, por vezes, alguma referência é feita em obras expositivas, mas ainda sem um maior desenvolvimento.

¹⁰⁷ O tema no direito suíço tem sido abordado incidentalmente em obras de direito societário, com destaque para as monografias de FELIX MATHIAS RÜTTIMAN (*Rechtsmissbrauch im Aktienrecht*, Zürich : Diss., 1994) e PETER LEHMANN (*Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage*, Zürich : Diss., 2000), bem como a exposição geral de PETER V. KUNZ (na obra *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, Bern : Stämpfli Verlag, 2001, § 1 V, n°s 232-300, pp. 83-109).

¹⁰⁸ Na Bélgica, é sempre citado o pioneiro estudo de LUCIEN SIMONT (*Réflexion sur l’abus de minorité*, ‘in’ *‘Liber amicorum’ Jan Ronse* – obra coletiva, Bruxelles : Story-Scientia, 1986), trilhando a doutrina e a jurisprudência mais modernas, compreensivelmente, os passos do direito francês.

¹⁰⁹ Em Portugal, podem ser citados a monografia de ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE (*A tutela das minorias nas sociedades anónimas: direitos de minoria qualificada e abuso de direito*, Coimbra : Coimbra editora, 2004) e o estudo de J. M. COUTINHO DE ABREU (*Abuso de minoria*, ‘in’ *Problemas do direito das sociedades* – obra coletiva, Coimbra : Almedina, 2002), além das diversas menções ao tema em obras de exposição geral.

De outro lado, os países da *common law*, evidentemente, não ignoram o fenômeno do abuso perpetrado pelas minorias, mas, até por uma questão de método, iremos limitar a nossa análise, neste capítulo, aos sistemas da família romano-germânica – como assim também optaram por fazer outros estudiosos estrangeiros que se dedicaram ao estudo da matéria¹¹⁰ –, por entender que as concepções vigentes naqueles países a respeito da relação jurídica contratual e dos deveres de lealdade no âmbito societário são significativamente diversas das nossas¹¹¹ e, ainda que por vezes os resultados lá obtidos na solução dos mesmos problemas possam ser coincidentes com os nossos, não autorizam uma transposição linear dos institutos¹¹².

¹¹⁰ ANTONIO NUZZO, por exemplo, também entendeu “preferibile limitare l’analisi comparatistica a sistemi di *civil law*: in effetti, sebbene non sia più attuale «l’immagine di una *common law* dal cuore di pietra, di dickensiana memoria», il sistema di *common law* tende a rendersi «impermeabile all’idea di abuso del diritto» e, in particolare, la «influenza della visione antagonistica del rapporto contrattuale permane comunque con rinsaldato vigore nelle dure ‘realities of commercial life’, che hanno per protagoniste persone pronte a scontrarsi con un mondo di aperta lotta» (DE VITA, *Buona fede e common law: attrazione non fatale nella storia del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 264 e 267)” (*L’abuso della minoranza*, Torino : G. Giappichelli, 2003, nota 76, pp. 56-57).

¹¹¹ Assim, sobretudo no direito inglês, o voto é visto como uma dimensão patrimonial da ação. O direito de voto é *right of property*, livremente disponível e, nesse sentido, o sócio pode votar como bem entender, mesmo de acordo com o próprio interesse egoístico, independentemente de qualquer interesse social. Embora haja entendimentos divergentes, prevalece a concepção de que “the shareholder’s vote is a right of property, and *prima facie* may be exercised by a shareholder as he thinks fit in his own interest” (*Carruth v. Imperial Chemical Industries Ltd.* (1937) Ac 707). Ou, como também se afirma: “when a shareholder is voting for or against a particular resolution he is voting as a person owing no fiduciary duty to the company and who is exercising his own right of property, to vote as he thinks fit. A shareholder who casts his vote in general meetings is not casting it as an agent of the company in any shape or form. His act therefore, in voting as he pleases, cannot in any way be regarded as an act of the company” (CHARLESWORTH-MORSE, *Company Law*, 16ª ed. London : Thompson Professional Pub., 1999, p. 300). É igualmente revelador que na *common law* não exista qualquer princípio que imponha ao sócio a abstenção de votar, em caso de conflito de interesses. Mas, mesmo lá, alguns limites foram estabelecidos: o voto não pode implicar em fraude à lei nem na obtenção de vantagens pessoais às custas da imposição de prejuízos desmedidos aos demais sócios. O direito inglês conhece, assim, a *injunction for unfairly prejudicial*: qualquer sócio pode solicitar em juízo que se lhe conceda uma ordem, sob a justificativa de que os negócios da sociedade estão sendo conduzidos de maneira a injustamente lesar os interesses dos sócios, ou que uma omissão na condução dos negócios esteja causando o mesmo efeito; se o tribunal considerar justificada essa reclamação, ordenará as medidas julgadas adequadas para remediar a situação lesiva; dentre elas, o tribunal poderá decidir sobre a condução futura dos negócios, proibir a sociedade de praticar certos atos, ou ordenar que faça ou tolere certas condutas, autorizar que os sócios proponham em nome da sociedade medidas judiciais (representação judicial), ordenar que a sociedade ou certos sócios comprem a participação de outros etc. Trata-se, como se vê, de remédio da *equity* que vem sendo largamente explorado em juízo. Os tribunais ingleses têm recebido com notável amplitude essa medida, decidindo que *prejudice* não é unicamente o dano, senão também a lesão a legítimas expectativas (*legitimate expectations*), e que *unfair* não é antônimo de ilegal: o ato pode ser perfeitamente legal, mas, se for injusto (*unfair*), autoriza a concessão de *order* pela corte (sobre o ponto, vide: ANDRÉ TUNC, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, 4ª ed. Paris : Economica, 1997, nº 150, pp. 249-250; BEN PETTET, *Company law*, 2ª ed. Harlow : Pearson Longman, 2005, nº 12.5, pp. 217-219; L. C. B. GOWER e PAUL DAVIES, *Principles of modern company law*, 8ª ed. Londres : Sweet & Maxwell, 2008, nº 19.4, pp. 654-655, e nº 20, pp. 681-708; e ROBERT R. PENNINGTON, *Pennington’s company law*, 7ª ed. Londres : Butterworths, 1995, pp. 876-878).

¹¹² O que não invalida a análise do tema quando do estudo da casuística e dos meios de sancionamento (nos caps. 5 e 6 deste trabalho) nem implica negar o fértil diálogo existente, também nesta matéria, entre os sistemas da *common law* e da família romano-germânica. Prova disso é que o direito acionário alemão acabou por incorporar na AktG, não faz muito tempo, o instituto do “freeze-out/squeeze-out” – pelo qual a maioria pode, em determinadas situações, excluir a minoria acionária recalcitrante (AktG §§ 327a-327f).

Centraremos a nossa atenção, por isso mesmo, na análise dos direitos da família romano-germânica, pela maior proximidade que guardam com o nosso direito posto.

3.2. A experiência francesa.

No tema do abuso de minoria, a experiência francesa é particularmente rica e foi inicialmente estruturada a partir do instituto do abuso do direito, por uma explicação bastante lógica e interessante.

3.2.1. O enquadramento dos conflitos de interesse à luz do abuso do direito: explicação lógica.

O ordenamento societário francês, ainda hoje, não conhece norma de caráter geral voltada a disciplinar, em via abstrata, e sancionar os conflitos de interesses no âmbito dos órgãos colegiais¹¹³. A Lei das Sociedades Comerciais de 1966 – entranhada, com poucas alterações, no corpo do novo Código Comercial francês –, limita-se a tratar de hipóteses específicas de conflito, mas não põe uma disciplina geral da situação de contraste entre os interesses da sociedade (ou interesse comum dos sócios, como preferem alguns estudiosos) e os interesses extrassociais do sócio ou do administrador, que pudesse diretamente servir de fundamento para reprimir os abusos dos sócios e invalidar os atos conflitantes. Por isso, na ausência de texto legal específico, segundo registra Paul Le Cannu, uma jurisprudência pragmática edificou-se em torno do instituto do abuso do direito, para estigmatizar os comportamentos faltosos dos sócios que atuam em contemplação de objetivos egoísticos e dissonantes daqueles que os levaram a associar-se¹¹⁴, de tal modo que, assim positivada a ilegalidade da conduta abusiva do sócio, se possa então obter a invalidação da deliberação social inquinada. É que, quanto a isso, a invalidade das deliberações societárias no direito francês apenas é reconhecida nas situações expressamente indicadas, dentre as quais não se encontra a decisão conflitante

¹¹³ Cf.: DANIELE MAGNO, *Il conflitto di interessi e l'abus de droit nel diritto societario francese* (disponível em “http://www.archiviocerdi.luiss.it/documenti/archivioceradi/.../conflitto_magno.pdf”; acesso: 27.11.2009); e MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2º vol., 3ª ed. SP : Saraiva, 2003, p. 445.

¹¹⁴ PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, 2ª ed. Paris : Montchrestien, 2003, nº 245, p. 141.

com o interesse social; foi preciso assim enquadrar os conflitos de interesses e, em especial, os abusos de sócios entre “l’une des causes de nullité des contrats en général” (CC fr., art. 1844-10, al. 3; e CCom fr., art. L. 235-1).

É compreensível, assim, que o direito francês tenha erigido a matéria sobre a noção de abuso do direito – que, como se sabe, também tem a sua origem na jurisprudência (*Affaire Clément-Bayard c/ Coquerel*, de 03.08.1915)¹¹⁵ e, atualmente, encontra-se incrustada no direito societário.

Com efeito, a tese do *abuso da maioria* em direito societário – que nada mais é do que a transposição *adaptada* da teoria civilista do abuso do direito para a órbita societária¹¹⁶ – foi enfrentada inicialmente em dois julgados franceses de 1957 e 1959, no âmbito dos tribunais de apelação, e, depois, em 1961, pela primeira vez pela Corte de Cassação¹¹⁷. Na atualidade, admite-se, conforme afirma Paul Le Cannu, “que os direitos de que dispõe a maioria dos sócios numa sociedade possam ser objeto, dentro de seu exercício, de um controle de finalidade. Malgrado as flutuações da jurisprudência, pode-se considerar, na atualidade, que a teoria do abuso da maioria encontra-se estabelecida em sua existência, quando não em todos os seus elementos”¹¹⁸. Para a Corte de Cassação francesa, que até hoje se mantém fiel à formulação inicial, o abuso de maioria pressupõe a conjugação de dois elementos¹¹⁹: (i) a tomada de decisão contrária ao interesse geral da sociedade e (ii) no único desejo de favorecer os membros da maioria em detrimento dos

¹¹⁵ Sobre a teoria do abuso do direito na França, vale conferir a lição de JACQUES GHESTIN e GILLES GOUBEAUX (*Traité de droit civil – introduction générale*, 4ª ed. Paris : LGDJ, 1994, n°s 760-808, pp. 746-795).

¹¹⁶ MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY afirmam que abuso de maioria (ou controle) “c’est la transposition en droit des sociétés (avec tout de mêmes des nuances) de la théorie civiliste de l’abus de droit” (*Droit des sociétés*, 20ª ed. Paris : Litec, 2007, n° 379, p. 184). BRUNO PETIT, por sua vez, sustenta que a noção de abuso de maioria encontra apenas “son fondement théorique lointain dans la théorie générale de l’abus de droit” (*Droit des sociétés*, 2ª ed. Paris : Litec, 2004, n° 152, p. 90).

¹¹⁷ Cf.: Cass. com., 18.04.1961: *D.* 1961, 661; *Bull. Civ.* III, n° 175, p. 154; *JCP* 1961. II. 12164; e *S.* 1961. 257, nota de A. DALSACE.

¹¹⁸ PAUL LE CANNU, *L’abus de minorité*, Paris : Bulletin Joly Sociétés, n° 4 (01.04.1986), pp. 429 e segs: “Il est admis depuis longtemps que les droits dont dispose la majorité des associés dans la société peuvent faire l’objet, dans leur exercice, d’un contrôle de finalité. Malgré bien des fluctuations en jurisprudence, on peut considérer aujourd’hui que la théorie de l’abus de majorité est établie dans son existence, sinon dans tous ses éléments”.

¹¹⁹ Vide: PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, cit., n° 247, p. 143; BRUNO PETIT, *Droit des sociétés*, cit., n° 152, p. 90; e PHILIPPE MERLE, *Droit commercial: sociétés commerciales*, 11ª ed. Paris : Dalloz, 2007, n° 580, p. 692.

membros da minoria (ruptura da igualdade entre os sócios)¹²⁰. Essa conceituação, no entanto, tem sido contestada por parte da doutrina¹²¹: alguns estimam que o primeiro elemento seria suficiente; outros julgam que não se deveria levar em conta o fluido conceito de interesse social, mas, sim, o de interesse comum dos sócios, apenas¹²². O problema está em que, se forem exigidos ambos os elementos, muitas operações abusivas escapam ilesas¹²³. Sem embargo disso, a maioria da doutrina e da jurisprudência entende que ambos os elementos devem coexistir. A consequência do abuso da maioria é, de regra, a invalidade do voto e, por extensão da deliberação tomada ao seu amparo, mesmo quando tal vício não se encontre mencionado expressamente dentre as hipóteses de invalidade da deliberação: alguns autores recorrem, para tanto à figura do abuso do direito; outros, à ilicitude da causa contratual; e, outros, ainda, afirmam que a invalidação seria forma de reparação em espécie¹²⁴. Também se admite a condenação do responsável ao pagamento de perdas e danos¹²⁵.

O *abuso da minoria*, por sua vez, parece descender da mesma lógica. Afinal, segundo observa Paul Le Cannu, se o interesse da sociedade pode se impor à maioria, ele deve assim também guiar os sócios minoritários no exercício de suas prerrogativas¹²⁶. No entanto, este raciocínio simples não foi aceito senão depois de numerosas confirmações jurisprudenciais. Em última análise, seja para os majoritários seja para os minoritários, a

¹²⁰ Para DOMINIQUE VIDAL, “la rupture d’égalité représente le «noyau dur» de la théorie de l’abus de majorité” (*Droit des sociétés*, 5^a ed. Paris : LGDJ, 2006, n° 797, p. 390).

¹²¹ Por todos, vale a brilhante análise crítica de DOMINIQUE SCHMIDT (*Les conflits d’intérêts dans la société anonyme* – version nouvelle, Paris : Joly, 2004, n° 318, pp. 313-314).

¹²² É o caso de DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d’intérêts dans la société anonyme*, cit., n° 402, pp. 394-396. A diferenciação propugnada pelo autor tem o mérito de evitar o embate doutrinário entre contratualistas e institucionalistas, muito embora apenas para estes, e não para aqueles, a distinção entre interesse social e interesse comum dos sócios tenha algum sentido.

¹²³ É por isso, segundo explica DOMINIQUE VIDAL, que a jurisprudência predominante descarta a qualificação de abusiva às deliberações de destinação sistemática dos lucros para a constituição de reservas (*Droit des sociétés*, cit., n° 796, p. 389).

¹²⁴ Ao tratar dos modos de reparação do abuso do direito, JACQUES GHESTIN e GILLES GOUBEUX registram ser “assez fréquent, en cas d’abus de droit, qu’elle soit ordonnée en nature. Les juges choisissent la solution plus adéquate pour effacer les effets passés de l’abus et prévenir ses conséquences dommageables à venir” (*Traité de droit civil – introduction générale*, cit., n° 807, pp. 793-794). E exemplificam: “Ainsi l’abus de majorité commis par des actionnaires peut entraîner l’annulation de la délibération de l’assemblée” (*op. cit.*, nota 231, p. 794).

¹²⁵ Se a ação de invalidação da deliberação assemblear deve ser proposta contra a sociedade, a de reparação de perdas e danos há de ser dirigida contra o controlador: “il y aurait erreur d’aiguillage à réclamer des dommages et intérêts à la société (Cass. com., 6 juin 1990: *Bull. Joly* 1990, p. 782, note P. LE CANNU)” (MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, cit., n° 381, p. 185).

¹²⁶ PAUL LE CANNU, *L’abus de minorité*, cit., n° 247, p. 143: “si l’intérêt de la société peut s’imposer à la majorité, il doit aussi guider les associés minoritaires dans l’exercice de leurs prérogatives”.

vida em sociedade requer não somente o desejo inicial de associar-se, mas a diuturna colocação em prática desta intenção: “o espírito de comunidade não pode se limitar à fase de criação da sociedade”¹²⁷.

3.2.2. Abuso de maioria (ou de controle) e abuso de minoria: o núcleo comum e o tratamento assimétrico dado pela jurisprudência francesa.

Se, de acordo com a concepção francesa, o abuso da maioria (ou de controle) e o abuso de minoria descendem da mesma causa, o conflito de interesses, os seus elementos constitutivos, segundo bem observou Dominique Schmidt, também deveriam ser idênticos: a vontade de satisfazer interesse pessoal oposto ao interesse comum dos sócios: “é assim simples e claro”¹²⁸.

Ocorre, no entanto, que a definição inicialmente elaborada pela Corte de Cassação francesa para a hipótese de abuso de maioria, acima referida, não admite uma aplicação extensiva direta para o abuso de minoria. Por quê? Porque, segundo destaca Dominique Schmidt, decidir se uma decisão foi tomada contrariamente ao interesse social é uma coisa; julgar que a ausência de decisão é contrária a este interesse, é outra, completamente diversa. No primeiro caso, apreciam-se *ex post* os efeitos de uma decisão tomada. No segundo, o tribunal deve não apenas analisar a situação criada pela ausência de decisão, mas, ademais, estimar *ex ante* que, se a decisão tivesse sido tomada, ela importaria efeitos benéficos e, mais, justificar que essa decisão não-tomada era, ela própria, apta a satisfazer dito interesse social. O raciocínio é longo e, para realizar tais julgamentos, o tribunal deveria ocupar o lugar dos sócios, o que ele não pode fazer por duas razões essenciais: de início, não está habilitado a governar a sociedade; além disso, o interesse social a definir seria, segundo a concepção da Corte de Cassação, distinto daquele interesse comum dos sócios. Ora, se assim é, como poderia o tribunal impor aos sócios uma decisão referente a um interesse distinto dos seus?¹²⁹

¹²⁷ PAUL LE CANNU, *L'abus de minorité*, cit., nº 247, p. 143.

¹²⁸ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., nº 390, p. 381.

¹²⁹ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., nº 390, pp. 381-382.

Surgiu, daí, a necessidade prática de encontrar outra definição de abuso de minoria, capaz de nela enquadrar a hipótese, mais recorrente, de oposição abusiva (bloqueio abusivo), que justamente se dá nos casos em que a tomada de decisões é abusivamente bloqueada pela minoria e, portanto, não existe decisão social a ser contrastada com o interesse social – metro utilizado pela jurisprudência para os casos de abuso de maioria.

É claro que se poderia, mais apropriadamente, pretender caracterizar o abuso da minoria pela só violação intencional do interesse comum. Mas, se assim fosse, a definição jurisprudencial de abuso de maioria perderia toda a sua consistência, pois não seria possível explicar o motivo pelo qual o abuso de maioria requer a verificação de uma decisão contrária ao interesse social, ao passo que o abuso de minoria demanda apenas a demonstração da violação do interesse comum¹³⁰. Bem por isso, a Corte de Cassação, ciosa de não colocar em xeque a sua definição de abuso de maioria, escolheu outro caminho: ajuntou à definição de abuso de maioria um complemento, permitindo criar uma simetria entre as duas formas de abuso de sócio. O complemento foi exatamente o interesse social¹³¹.

3.2.3. Os requisitos definidos pela jurisprudência francesa: (i) ofensa ao interesse comum; e (ii) ofensa ao interesse social – pelo bloqueio a operação essencial.

Com efeito, a sistematização jurisprudencial dos requisitos do abuso de minoria surgiu em célebre julgado da Corte de Cassação, de 15.07.1992 (*Arrêt Six*)¹³². No caso, sem que o quórum de deliberação estivesse preenchido, por efeito da ausência da sócia Madame Six, que à operação se opunha, ainda assim os demais sócios, julgando abusiva a conduta de oposição da sócia ausente, deram por aprovada a transformação da sociedade em anônima. Inconformada, a sócia ausente, que detinha um quarto do capital social, demandou em juízo a invalidação da transformação, pelo motivo de que a maioria de três quartos do capital social não havia sido observada, como de fato não foi. A Corte de Apelação de Paris rejeitou a demanda, alegando que Madame Six, por sua ausência

¹³⁰ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., nº 391, p. 382.

¹³¹ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., nº 391, p. 383.

¹³² Cass. com., 15.07.1992: *Rev. sociétés*, 1992, nota de PH. MERLE; *D.* 1993.279, nota de H. LE DIASCORN; *Bull. Joly*, 1992.1084, § 353, nota de P. LE CANNU; *JCP*, 1992.II.21944, nota de J.-F. BARBIERI; e *JCP E*, 1992.II.375, nota de Y. GUYON.

sistemática impedindo a tomada de decisão, teria cometido abuso de minoria e, na visão dos juízes, os efeitos danosos para o interesse social não poderiam ser reparados senão pela rejeição da ação de invalidação da deliberação. A Corte de Cassação, no entanto, cassou essa decisão local, *in verbis*: “Considerando que, em se baseando em tais motivos, impróprios a determinar no que a atitude da Sra. Six foi contrária ao interesse geral da sociedade, em que a Sra. Six teria impedido a realização de uma operação essencial para esta, e no único desejo de favorecer seus próprios interesses em detrimento do conjunto dos outros sócios, a Corte de Apelação não deu base legal à sua decisão”. Sobressaíram do julgado duas razões para a cassação do aresto local: em primeiro lugar, a Corte de Apelação não teria bem caracterizado as condições do abuso da minoria, que supõe “uma atitude contrária ao interesse geral da sociedade, em que o sócio impeça a realização de uma operação essencial para aquela, e com o único desejo de favorecer os seus próprios interesses em detrimento do conjunto dos outros sócios”; e, em segundo lugar, porque, mesmo se o abuso de minoria tivesse sido estabelecido, ele não seria de molde a tornar válida a decisão irregularmente tomada. Ou seja, neste julgado, a Corte de Cassação elaborou o conceito de abuso de minoria e, ao mesmo tempo, exprimiu a regra de que o juiz não pode reputar regular a deliberação tomada sem o quórum exigido, pelo fato de ter havido abuso da minoria (“um erro não justifica o outro”, diria a nossa intuitiva consciência popular).

Pois bem. Decompondo-se o conceito de abuso de minoria aí apresentado, destacam-se dois elementos específicos: o minoritário tem por único desejo favorecer seus próprios interesses em detrimento do conjunto dos outros sócios, e sua atitude é contrária ao interesse geral da sociedade ao impedir a realização de uma operação essencial¹³³. No primeiro elemento, pode-se identificar a exigência de respeito ao interesse comum dos sócios; no segundo, descobre-se o complemento da “decisão contrária ao interesse social”, também utilizada para o abuso de maioria. Aqui, porém, a contrariedade ao interesse social apresenta-se de forma viciosa: a atitude de opor-se seria contrária ao interesse social no

¹³³ Cf.: PHILIPPE MERLE, *Droit commercial: sociétés commerciales*, cit., n° 581, p. 694; FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, *La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés*, Paris : *Les Petits Affiches*, n° 110 (12.09.1997), p. 6; e PAUL LE CANNU, *Le minoritaire inerte (observations sous l'arrêt Flandin)*, ‘in’ *Bulletin Joly*, n° 5 (01.05.1993), pp. 537 e ss. MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY subdividem o primeiro elemento em dois: para eles, o abuso de minoria caracterizar-se-ia da “conjonction d’éléments objectifs (une opération essentielle et conforme à l’intérêt social) et d’éléments subjectifs (l’attitude égoïste des minoritaires)” (*Droit des sociétés*, cit., n° 383, p. 185).

caso em que ela impede a realização de operação essencial. “À evidência”, como destacam Cozian, Viandier e Deboissy, “uma tal formulação traduz o caráter excepcional do abuso da minoria”¹³⁴.

A distância assim criada entre as definições de abuso de maioria e abuso de minoria pela Corte de Cassação é imensa, conforme destacou Dominique Schmidt: o abuso de maioria não se limita às operações essenciais; ao revés, o abuso de minoria, pelo que foi decidido, não se referiria senão a operação essencial; em consequência – é a conclusão lógica a extrair-se – opor-se a operação não-essencial não contrariaria o interesse social¹³⁵... Mais do que isso, ao circunscrever a definição de abuso de minoria à interdição de realização de operação essencial, a Corte de Cassação francesa desfigurou e amesquinhou o instituto, que ela estruturou a partir da noção de interesse social. Ela admite supor que, por princípio, o bloqueio da minoria a operação não-essencial é sempre admissível. Por consequência, a minoria poderia impedir a realização de operação não-essencial, não importa qual seja, para satisfazer o seu interesse pessoal e obter vantagem extra-societária, pois, afinal, a operação não é essencial!¹³⁶

Tem razão Dominique Schmidt, por isso, ao anotar que “esta definição jurisprudencial de oposição abusiva não é superior àquela de abuso de maioria. Dar livre curso aos conflitos de interesses, pelo motivo de que não é contrário a um certo interesse social ou porque não interdita a realização de uma operação essencial, é negar que a sociedade tem por objeto legal a partilha entre os sócios dos lucros e implica favorecer a precedência dos interesse pessoais”.

De toda forma, foi a definição adotada pela Corte de Cassação, cumprindo analisar, então, os requisitos nela postos em destaque, a saber, as idéias de interesse social e de operação essencial. Vejamos, pois, o alcance de cada qual.

¹³⁴ MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, cit., nº 383, p. 185: “À l’évidence, une telle formulation traduit le caractère exceptionnel de l’abus de minorité. Il implique la conjonction d’éléments objectifs (une opération essentielle et conforme à l’intérêt social) et d’éléments subjectifs (l’attitude égoïste des minoritaires)”.

¹³⁵ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d’intérêts dans la société anonyme*, cit., nº 392, p. 383.

¹³⁶ As observações são ainda de DOMINIQUE SCHMIDT (*Les conflits d’intérêts dans la société anonyme*, cit., nº 392, p. 383).

3.2.4. Operação essencial: definição e crítica.

Ao elaborar o conceito de abuso de minoria, a Corte de Cassação colocou, como elemento constitutivo, a atitude do sócio de impedir a realização de operação essencial. Que se entende por isso? O julgado de 15.07.1992 (*Arrêt Six*) não esclarece. Mas, pouco tempo depois, a Corte de Cassação voltou a se manifestar e, em julgado de 09.03.1993, que se tornou bastante conhecido (*Arrêt Flandin*)¹³⁷, reiterou a mesma definição de abuso de minoria anteriormente utilizada e, com isso, aportou novos subsídios à matéria.

Na causa em questão, os fatos controvertidos eram os seguintes. A sociedade limitada “Alarme Service Electronique” compunha-se de quatro sócios e o seu capital social era de 20.400 francos. Com o advento (superveniente, pois) da lei 01.03.1984, colocou-se a necessidade de adequar o capital social ao novo piso mínimo estipulado. A administração social propôs, assim, no ano de 1985, o aumento do capital para o mínimo legal de 50.000 francos. Porém, dois sócios, que em conjunto detinham mais de um quarto do capital social, impediram o aumento necessário. Em 1988, a administração social propôs novo aumento do capital, já então para 500.000 francos, muito além do mínimo estabelecido por lei. Uma vez mais, contudo, a ausência daqueles dois sócios bloqueou a aprovação da matéria. O impasse deu origem a medida judicial contra os recalcitrantes. Decidindo-a, a Corte de Apelação de Pau julgou que teria havido abuso de minoria, pois “o aumento do capital solicitado à altura de 500.000 francos justificar-se-ia pelos documentos produzidos e o silêncio e a ausência do casal Flandin às assembléias extraordinárias, bloqueando com isso, de maneira injustificada, uma decisão necessária, decorreria do seu sistemático desejo de lesar os majoritários e, por efeito, o interesse social”. Surgiu daí o recurso para a Corte de Cassação francesa, que, em 09.03.1993: (i) aprovou o julgamento dos juízes da instância ordinária na parte em que os julgadores “consideraram a bom direito que os Flandin cometeram abuso de minoria ao oporem-se ao aumento do capital para o montante de 50.000 francos, que era legalmente exigido e que era necessário à sobrevivência da sociedade”; mas, no mesmo julgado, (ii) rejeitou o aresto recorrido, o qual, em suas razões de decidir,

¹³⁷ Cass. com., 09.03.1993: *Bull.* IV, nº 101; *RJDA* 93, p. 253, nota de M. RAYNAUD; *Rev. sociétés* 1993, p. 403, nota de PH. MERLE; *JCP E* 1993, II, 448, nota de A. VIANDIER; *D.* 1993, 363, nota de Y. GUYON; *Rev. dr. bancaire* 1993, p. 132, nota de M. GERMAIN e M. A. FRISON-ROCHE; *Dr. sociétés* 1993, nº 95, nota de H. LE NABASQUE; e *Bull. Joly* 1995, p. 401, nº 136, nota de P. LE CANNU.

não teria indicado no que o aumento do capital para 500.000 francos seria “essencial” para a sociedade. Conseqüentemente, o aresto de origem foi cassado, sob o seguinte fundamento: “Considerando que, em se posicionando por tais motivos, impróprios a estabelecer no que a atitude dos Flandin foi contrária ao interesse geral da sociedade e no que teria impedido a realização de uma operação essencial para esta, e no único desejo de favorecer seus próprios interesses em detrimento do conjunto dos sócios, e (considerando) que ele (aresto recorrido) reputa ainda que os resultados da sociedade eram bons e que ela era próspera, a Corte de Apelação não deu base legal à sua decisão”¹³⁸. A Corte de Cassação, por este julgado, considerou que “essencial” seria a operação: (1º) “legalmente requerida” e (2º) “necessária à sobrevida da sociedade”.

Ambos os critérios, contudo, também não escaparam à crítica certa de Dominique Schmidt¹³⁹. Em primeiro lugar, no caso em questão, o aumento efetivo do capital social ao mínimo estabelecido não era legalmente exigido. Os sócios eram livres para deixar que o capital ficasse abaixo do mínimo e que, por efeito, a sociedade fosse dissolvida. Nada os compelia, porém, a compulsoriamente efetuar o aumento do capital, através da realização de contribuições suplementares. Em segundo lugar, se é fato que, no caso, o aumento do capital era necessário à sobrevida da sociedade, era também essa sobrevida em si mesma necessária? Nunca teriam os sócios minoritários o direito de ter a sua opinião sobre isso e, se for o caso, entender que a dissolução antecipada se afigura mais adequada do que prosseguir com a atividade? A não ser assim, como explicar a exigência de quórum qualificado em tema de prorrogação do prazo de duração da sociedade?

Mas vale seguir o raciocínio: seria, então, essencial a operação necessária à sobrevida da sociedade? A resposta afirmativa a esta questão parece emergir de outro aresto da Corte de Cassação, em tema de abuso de minoria, prolatado em 27.05.1997¹⁴⁰. Neste caso, ocorreu que determinada sociedade anônima perdeu mais da metade do seu

¹³⁸ Por esta observação, o julgado da Corte de Cassação passa a idéia de que o aumento do capital social não é necessário quando a sociedade é próspera e logra obter bons resultados. Criticando o asserto, YVES GUYON lembra que, a seguir por este mesmo caminho, poder-se-ia absurdamente concluir, em sentido inverso, que os minoritários estariam obrigados a contribuir à sobrevida da sociedade em dificuldade, mas não para permitir o desenvolvimento da sociedade próspera (*D.* 1993, 363).

¹³⁹ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., nºs 393-394, pp. 384-386.

¹⁴⁰ Cass. com., 27.05.1997: *Bull.* IV, nº 159; *Bull. Joly Sociétés*, 1997, p. 765, § 283, nota de G. BARANGER; *Dr. affaires*, 1997, p. 836; *Les petits affiches* 1997, nº 53, p. 6; *D.*, 1998, sum. p. 182, obs. J.-CL. HALLOUIN; e *Dr. sociétés*, 1997, com. nº 142, obs. D. VIDAL.

capital social e, por efeito, a assembléia geral foi convocada a manifestar-se. No conclave, os acionistas rejeitaram a dissolução da sociedade, mas não foi possível aprovar o aumento do capital social, em razão da oposição manifestada por acionista detentor de 40% (quarenta por cento) do mesmo. Com isso, o referido acionista foi acusado de cometer abuso de minoria, porquanto seria ainda sócio majoritário de sociedade exercente de atividade concorrente na mesma localidade e, por essa razão, teria interesse em eliminar o competidor. Na causa, a primeira decisão foi favorável à sociedade: entendeu-se que o aumento do capital social alinhava-se ao interesse geral da sociedade e, portanto, o bloqueio do recalcitrante fora faltoso. Na seqüência, a Corte de Apelação de Rion reformou o julgado. Seguiu-se daí novo recurso, agora para a Corte de Cassação, no qual se sustentou a ocorrência de abuso de minoria, eis que o sócio teria se oposto ao aumento do capital social vital para a sociedade e conforme o interesse social. Julgando-o, a Corte de Cassação reconheceu o abuso de minoria, destacando que “a recusa de um acionista minoritário votar um aumento de capital pode constituir um abuso de minoria no caso em que este aumento de capital é necessário à sobrevida da sociedade”.

A motivação utilizada neste aresto também mereceu as seguintes quatro observações críticas de Dominique Schmidt¹⁴¹.

Em primeiro lugar, o aresto de 27.05.1997 reafirma a posição adotada no anterior aresto de 09.03.1993 (*Arrêt Flandin*), segundo a qual “operação essencial” seria aquela “necessária à sobrevida da sociedade”.

Em segundo lugar, no aresto em análise, a Corte de Cassação, ao descrever o abuso de minoria, não mais se reportou ao requisito do “único desejo de favorecer os seus próprios interesses em detrimento do conjunto de sócios”. Poder-se-ia então concluir que o bloqueio a uma decisão necessária à sobrevida da sociedade pode ser considerado abusivo ainda quando não seja motivado por este desejo? Se assim for, o conflito de interesses, que está na origem da oposição abusiva, deixaria de ser elemento constitutivo desse abuso; o abuso seria, então, apreciado apenas pelos *efeitos* que o bloqueio ocasiona ao interesse social, não importando a sua *causa*. Daí segue que, se tais efeitos negativos incomodarem o

¹⁴¹ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., nº 395, pp. 386-388 – as críticas expostas em texto-livre na seqüência do trabalho são de autoria do competente societarista francês.

juiz, ele estimará que a oposição é abusiva; do contrário, não. Porém, ao deslocar-se a análise do conflito de interesses para a adequação da conduta ao interesse social (que, lembre-se, seria aqui coisa diversa do interesse comum dos sócios), entendem certos doutrinadores respeitados que se estaria a abrir as portas ao governo judiciário das sociedades: a voz do juiz ajuntar-se-ia à de outros sócios para formar a maioria necessária, descartando-se a voz dos demais. Mas, de que isso foi realmente o que a Corte pretendeu sinalizar, nem mesmo a doutrina acredita. O que teria havido, antes, é um equívoco na redação do aresto, como isso se pôde confirmar através dos julgados subsequentes nesta matéria. “O aresto de 27.05.1997”, conclui Dominique Schmidt, “não significa senão aquilo que ele explicitamente enuncia: a recusa de votar um aumento de capital não pode constituir abuso senão quando esta operação é necessária à sobrevivência da sociedade”¹⁴².

Em terceiro lugar, e retomando a observação anteriormente feita, não parece razoável afirmar, em caráter de generalidade, que a sobrevivência da sociedade possa ser em si um objetivo absoluto: tal qual pessoas naturais, as sociedades são também mortais. Observe-se que: (1º) retardar o desaparecimento de uma sociedade a qualquer custo produz efeitos prejudiciais aos sócios, credores, colaboradores (externos e internos) e concorrentes, que podem ser bem mais nefastos do que a dissolução de uma sociedade porventura ainda em condições de sobreviver¹⁴³; (2º) não se pode de antemão afirmar a ilegitimidade do interesse do sócio em ver dissolvida a sociedade, até porque, de outra forma, não se compreenderia que a lei concedesse aos minoritários direito de agir em busca disso ou de se opor à prorrogação da sociedade, nem tampouco que a maioria pudesse deliberar a dissolução da sociedade (a unanimidade se imporia, sempre); (3º) o contraste de posições entre os que se opõem e os que apóiam a implementação de medidas de recuperação e de saneamento da sociedade, não significa que aqueles estejam cometendo abuso ao pensar de forma diversa destes. O sócio tem o direito de entender que, ao perder mais da metade do capital social, a sociedade não tem mais futuro e a sua dissolução imediata, no momento em que ainda se divisa acervo positivo de liquidação, é preferível ao prolongamento da agonia ou à aventura arriscada de tentar recuperá-la. Em casos que tais, a recusa do sócio

¹⁴² DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., nº 395, p. 387.

¹⁴³ É esta a chave interpretativa do art. 47 da lei concursal brasileira (Lei nº 11.101/2005) que, salvo por honrosas exceções, tem sido exemplarmente ignorada pela doutrina e pela jurisprudência, ingênuas ao imaginar que a recuperação de empresas seja um fim em si mesmo, como se a lei não a tivesse condicionado ao requisito da sua viabilidade em concreto.

em votar o aumento do capital encontra, em tese, justificação no direito que tem de não subscrever novas ações e na sua vontade de conservar a mesma participação. Ao menos em tese, não é algo que se possa pré-excluir. Note-se, apenas à guisa de argumentação, que se a sobrevida da sociedade fosse um valor absoluto em si mesmo considerado, seria necessário, para dar à recusa do sócio foros de abuso, não apenas provar concretamente a necessidade deste aumento, mas, também e acima de tudo, a certeza da sobrevida; do contrário, o aumento do capital não poderia adquirir o caráter de essencial, se, malgrado ele, a sobrevida da sociedade fosse meramente hipotética, aleatória, possível ou apenas temporária. É que, como afirma Dominique Schmidt, “um *sursis* não é sobrevida. Prolongar a agonia não tem qualquer sentido”¹⁴⁴.

Em quarto lugar, por fim, se a sobrevida da sociedade fosse o objetivo que torna qualquer oposição a ela abusiva, a proclamada liberdade de voto estaria restringida: o voto ficaria a serviço. E isso aplicar-se-ia a todos os sócios: o minoritário poderia perseguir sanções contra o controlador, se ele se recusasse a votar o aumento de capital necessário à sobrevida da sociedade. Ainda que esta criticável diretriz possa ecoar entre nós, a doutrina francesa receia lançar-se por essa via assaz perigosa, que conduz ao voto obrigatório, assim enunciado: em todos os casos em que o aumento de capital social (ou outra qualquer operação essencial) tornar-se necessário à sobrevida da sociedade, o sócio estará obrigado a votar pela sua aprovação; o livre exercício de voto conheceria intransponível exceção: votar pela aprovação de operação necessária. A tanto, porém, também não se chegou no direito francês. Prova disso é que, nos casos de abuso de minoria, conforme adiante será sinalizado, a Corte de Cassação tem decidido pela nomeação de mandatário judicial *ad hoc* para representar o recalcitrante e votar em seu nome “no sentido da decisão conforme o interesse social não ostentando atentado ao interesse legítimo” de se opor. A jurisprudência francesa deixa claro, portanto, que não há voto obrigatório, ainda quando a sobrevida da sociedade esteja em jogo.

Deste saboroso retrospecto apresentado por Dominique Schmidt, infere-se que o recurso à noção de “operação essencial” ou “operação necessária à sobrevida da sociedade” nada de útil ou operacional acrescenta à caracterização do abuso de minoria, e

¹⁴⁴ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., n° 395, p. 388: “Un *sursis* n'est pas une survie. Prolonger l'agonie n'a pas de sens”.

isso parece ter sido sentido pela Corte de Cassação que, em aresto de 08.07.1997¹⁴⁵, proferido nos autos de litígio envolvendo sócios igualitários de sociedade limitada, não mais fez alusão àquele pressuposto. Com efeito, ao reformar a decisão apelada no citado julgado, a Corte de Apelação entendeu que a recusa do sócio em votar as propostas apresentadas pelo outro não caracterizaria abuso do direito. E, ao apreciar o recurso interposto desta decisão, a Corte de Cassação rejeitou-o, porque “as provas de um atentado ao interesse social não foram aportadas; que, diante destas constatações e apreciações, de onde resulta que não foi estabelecido de que forma a atitude do Sr. Louis Chessa respondia ao único desejo de favorecer seus interesses em detrimento do interesse geral da sociedade, a Corte de Apelação, sem se contradizer, justificou legalmente a sua decisão”. Como se observa, a Corte de Cassação aí não mais se referiu ao caráter essencial da operação pretendida: embora, até então, a jurisprudência definisse o abuso de minoria pelo caráter essencial da operação, dito pressuposto foi abandonado, ao menos para aferir o “abuso de igualdade” (posto à discussão no caso concreto), e fez ressurgir o tema do “interesse geral da sociedade”.

Poder-se-ia supor, diversamente que, no caso, a Corte de Cassação entendeu que o “abuso de igualdade” distinguir-se-ia do abuso de minoria (oposição abusiva) e mais se aproximaria ao abuso de maioria (abuso de poder de controle), cuja definição repousa no critério do interesse social, conforme acima assinalado. Semelhante interpretação, porém, seria de todo ilógica, pois tanto a oposição abusiva como o abuso de igualdade manifestam-se da mesma forma, através do impedimento à tomada de decisões – donde resulta que a diferenciação entre essas duas formas de oposição e a assimilação do abuso de igualdade (oposição igualitária) ao abuso de maioria seriam contraditórias e artificiais. Outra interpretação do aresto, então, seria a de que, tanto a oposição minoritária como a igualitária, se caracterizam pela contrariedade ao interesse social. Este último entendimento, que parece ser o único logicamente compreensível (vide abaixo, subitem 8.2), leva ao abandono da definição do abuso de minoria pelo caráter essencial da operação obstada, eis que, como visto, o interesse social não se restringe apenas a tais operações.

Restaria, assim, saber o que se entende por interesse social, como elemento de definição do abuso de minoria.

¹⁴⁵ Cass. com. 08.07.1997: *Bull. Joly* 1997, p. 981, nota de PAUL LE CANNU.

3.2.5. Interesse social: definição e crítica.

As dificuldades sentidas no emprego do interesse social para a caracterização do abuso de minoria, em especial quando se pretende fazer a (falsa) distinção com interesse comum dos sócios, são as de definir o que ele seja em tese e, mais do que isso, o que ele é, em concreto. E isso se torna ainda mais problemático nos casos de oposição abusiva, em que a decisão social foi obstada e, portanto, ao julgador se coloca o problema de avaliar hipoteticamente os desdobramentos do ato bloqueado, conforme antes já observado.

A definição do conceito de interesse social é, desde longa data, um dos principais problemas do direito societário, ainda não resolvido em definitivo. Várias e várias teses foram buriladas sob a clivagem maior das teorias contratualistas e institucionalistas, e todas constituem autênticas doutrinas políticas da sociedade: a sua construção não resulta de problemas postos; assume o caráter de pressuposto prévio, ponto de partida dogmático (na mais pura acepção do termo)¹⁴⁶, a influenciar as soluções propostas para os problemas práticos suscitados no direito societário: a opção, portanto, não é neutra em seus efeitos¹⁴⁷.

Mais adiante neste estudo (no subitem 4.2), voltar-se-á a destacar a fluidez das construções teóricas apresentadas para o conceito de interesse social. Fiquemos, por ora, com as dificuldades práticas na sua aplicação, dificuldades essas que, no direito francês, podem ser ilustradas pela análise de um controvertido aresto da Corte de Cassação, de 16.07.1998¹⁴⁸. No caso em questão, a discussão envolvia novamente a ocorrência de abuso de igualdade. Nele, uma sociedade limitada composta por dois sócios igualitários vinha repetidamente destinando todos os seus lucros para a constituição de reservas, desde a sua constituição em 1973. Em dado momento, um dos sócios decidiu opor-se ao prosseguimento desta política e, por fim, exigiu o pagamento aos sócios dos dividendos dos exercícios de 1986 a 1989. Instada a manifestar-se sobre o litígio, a Corte de Apelação

¹⁴⁶ Cf.: FRANCESCO GALGANO, *La società per azioni*, 'in' *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* – diretto da Francesco Galgano, vol. 7º, 2ª ed. Padova : CEDAM, 1988, nº 2, p. 61, e *Derecho comercial*, vol. 2 – tradução de Jorge Guerrero, Colombia : Temis, 1999, nº 11.2, p. 397.

¹⁴⁷ Cf.: PHILIPPE MERLE, *Droit commercial: sociétés commerciales*, cit., nº 52-1, p. 79: "Le choix entre les deux conceptions n'est pas neutre, il influe nécessairement sur le mode de gouvernement de la société".

¹⁴⁸ Cass. com., 16.06.1998: *Bull. Joly* 1998, p. 1.083, nota de PAUL LE CANNU; e *Rev. sociétés* 1999, p. 103, nota de K. MEDJAOUI.

de Lyon, em 16.12.1996, negou-lhe os pedidos, ressaltando que a oposição do demandante em votar as deliberações no sentido de destinar à reserva os lucros dos quatro citados exercícios teria sido abusiva. O recurso daí apresentado foi rejeitado pela Corte de Cassação, pelos fundamentos expostos no seguinte considerando do aresto: “Considerando, mais, que foi destacado, por motivos próprios e adotados, que a sociedade ELC tem necessidades de autofinanciamento mais amplas para investimentos e capital de giro, pelo fato de existir um desencaixe entre o financiamento exigido para a produção de seus produtos e o recebimento do preço de suas vendas, o aresto de origem reputou que esses fundos seriam extirpados se, como pretendia o Sr. Gilbert Curri, a totalidade do resultado contábil fosse distribuída sob a forma de dividendos e, além disso, que uma tal distribuição diminuiria o crédito da sociedade junto aos bancos, dado que a duração do litígio entre os sócios impediu a aplicação dos lucros e que, no presente, ela deve proceder à reabilitação de sua produção industrial por um custo o qual, malgrado o montante expressivo de seus próprios fundos, será, pelos próximos trinta anos, consumido pelo empréstimo realizado; que, diante de tais constatações, justifica-se a apreciação segundo a qual as exigências do Sr. Gilbert Curri respondem a um interesse egoístico e eram contrárias ao interesse da sociedade e que, ao impedir toda decisão da assembléia geral e criar obstáculos, cometeu um abuso no seu direito de voto, razão pela qual a Corte de Apelação podia, sem incorrer em nenhum vício, julgar como o fez”.

Também esta decisão comporta, e mereceu, as três seguintes observações críticas de Dominique Schmidt¹⁴⁹.

Em primeiro lugar, anotou o mestre francês¹⁵⁰ que o caso versava sobre litígio entre sócios a respeito da distribuição de lucros e a sua destinação para a constituição de reservas. Não se tratava, pois, de operação essencial necessária à sobrevivência da sociedade, e assim parece também ter entendido a Corte de Cassação. Isto porque, no recurso apresentado contra a decisão da Corte de Apelação, o recorrente objetou que o tribunal de origem não deu base legal à sua decisão de qualificar de abusiva a oposição de Gilbert Curri, pois deixou de esclarecer no que dita oposição teria impedido a realização de

¹⁴⁹ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., n°s 398-401, pp. 390-394 – de cuja passagem foram extraídas e resumidas as críticas ao julgado.

¹⁵⁰ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., n° 398, p. 390.

“operação essencial”; decidindo-o, a Corte de Cassação deixou de refutar a imputação e o seu silêncio sinaliza, como assim deve-se entender, que o campo de aplicação da oposição abusiva não se circunscreve às operações essenciais necessárias à sobrevivência da sociedade e se estende, pois, a todas as operações.

Em segundo lugar, prossegue Dominique Schmidt¹⁵¹, a fundamentação adotada pela Corte de Apelação e aprovada pela Corte de Cassação não merece aplauso. A Corte de Apelação estima que o interesse social orienta a constituição de reserva; ela deduz que a oposição à constituição de reservas teria sido contrária ao interesse social e fundada em motivo egoístico; ela então conclui, em julgamento aprovado pela Corte de Cassação, que referida oposição teria sido abusiva. Observa-se, assim, que o aresto não caracteriza em nada a segunda condição necessária à qualificação do abuso, a saber, “o único desejo de favorecer os seus próprios interesses em detrimento do conjunto de sócios”. Ela infere, segundo este aresto, que a oposição abusiva é aquela contrária ao interesse social, sem que seja necessário constatar o “único desejo”. Não se pode, porém, aprovar esse método e a conclusão que ele induz.

Suponha-se para fins de argumentação – como o faz Dominique Schmidt¹⁵² – que o sócio oponente tenha por justificativa um motivo legítimo. Esta suposição não é absurda: todo sócio tem por vocação e desejo a partilha de lucros, de modo que uma demanda de distribuição em benefício de *todos* os sócios não favorece interesses pessoais em detrimento do conjunto de sócios. Esta demanda é, na espécie, tanto mais justificável quando se observa que a sociedade, criada em 1973, não pagou jamais dividendos e o sócio que reclama um pedaço anos mais tarde não pode ser suspeito de impaciência ou de apetite a curto termo. Assim, o seu motivo era legítimo. Por outro lado, o outro sócio pretendia aumentar as reservas e pensa que aquela serve aos interesses de todos os sócios. Os seus motivos eram também legítimos. O juiz deveria assim decidir um litígio no qual se confrontavam dois sócios igualitários, cada um deles movido por motivos legítimos, a propósito de uma decisão de gestão. O que fez o juiz? Ele mesmo tomou a decisão de gestão. Ele definiu que a sociedade teria necessidades de autofinanciamento mais largas e deveria responder perante o seu banqueiro. Ora, de qual direito, de qual autoridade o juiz se

¹⁵¹ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., n° 398, pp. 390-391.

¹⁵² DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., n° 399, pp. 391-392.

substitui aos sócios para dizer a ambos o que convém à sociedade? E para dizer, diante de duas pretensões legítimas e fundamentadas, que não convém distribuir lucros, pois isso seria conforme o interesse social? Alguém responderá que lhe cabia colocar fim à querela (o *non liquet* seria inadmissível). Mas é precisamente aí que ele se imiscuiu no funcionamento interno da sociedade e impôs a sua decisão de gestão. Ocorre, porém, que, na ausência de todo abuso por parte de um ou do outro sócio, o juiz não tinha e não tem o poder de decidir se a sociedade distribuiria os lucros ou os deveria colocar em reserva. Ele não poderia censurar o sócio que reclamava a distribuição de lucros, pelo motivo essencial que a competência para decidir sobre a distribuição era dos sócios. O juiz não poderia ter se imiscuído na gestão e imposto a sua decisão; ele não podia dizer que a oposição à colocação dos lucros em reserva era abusiva e respondia a interesses egoístas. Quando dois sócios se opõem, sem abuso e por motivos legítimos, sobre uma decisão de gestão, o juiz não é a assembléia deliberante.

Suponha-se – segue Dominique Schmidt¹⁵³ –, ainda para fins de argumentação, que o juiz tivesse elementos para caracterizar o abuso: ele pôde constatar, por hipótese, que o sócio oponente não tinha então nenhum motivo legítimo para se opor à colocação dos lucros em reserva. Suponha-se, ainda para fins de argumentação, que o sócio oponente opôs-se à constituição de reservas movido pelo só desejo de enfraquecer o caixa social e assim favorecer empresa concorrente, que ele controlava. Em semelhante hipótese, para rejeitar a demanda pela distribuição de lucros e positivar o abuso, era suficiente a ele, juiz, observar o conflito de interesses que decorre do único desejo de favorecer seus próprios interesses em detrimento do conjunto dos sócios. Para tanto, não havia necessidade de invocar as necessidades de autofinanciamento mais largas e os desejos do banqueiro: esta necessidade e estes desejos não caracterizam o abuso do oponente; ou melhor, eles vêm apenas em apoio da posição da contraparte, mas são impróprios a qualificar o conflito de interesses entre sócios.

No caso, acrescenta Dominique Schmidt, o juiz não estabeleceu o abuso e não buscou mesmo estabelecê-lo, o que a Corte de Cassação não censurou, malgrado o questionamento posto expressamente no recurso. De tudo sobressai a nítida impressão que,

¹⁵³ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., nº 399, p. 392.

se o juiz substituiu sua apreciação àquela dos sócios, é bem porque não pôde caracterizar o abuso do direito de voto. Para rejeitar as pretensões de Gilbert Curri, o juiz por isso se prendeu ao interesse social, em lugar de julgar que nenhum abuso foi demonstrado. Ele tomou, por efeito, uma decisão de gestão, que era da atribuição dos sócios...

Em terceiro lugar, continua ainda Dominique Schmidt em suas críticas avassaladoras¹⁵⁴, a invocação do “interesse egoísta” suscita interrogações. O interesse do oponente foi qualificado de egoísta porque ele aparenta ser contrário ao interesse social (arbitrariamente) definido pelo juiz. A conjunção aditiva, ligando, no considerando precitado, o mote “interesses egoístas” ao mote “contrário ao interesse social”, induz à oposição entre interesse individual e aquele da sociedade. A conclusão se extrai assim: a oposição do demandante, porque animada por interesse egoísta, eis que contrário ao interesse social judiciariamente definido, é abusiva, razão pela qual sua ação tendente à distribuição de dividendos não pode ser acolhida.

No entanto, conforme frisa Dominique Schmidt¹⁵⁵, também esse raciocínio desenvolvido presta-se a críticas. Seria “egoísta” para um sócio desejar proteger seus interesses pessoais e obter enfim, após anos de vida social, um dividendo que será destinado a *todos* os sócios? Lembre-se que a lei não exige do sócio comportamento altruísta. Seu aporte à sociedade não é desinteressado e sem objetivo. Sua obrigação limita-se a respeitar o interesse comum.

A defesa de um interesse pessoal ligado à qualidade de sócio é legítima; a oposição ditada por um tal interesse não é abusiva. Quanto a isso, lembra Dominique Schmidt¹⁵⁶, que o sócio tem o direito de defender este interesse. Um aresto da Corte de Apelação de Montpellier, proferido em 18.06.2002, confirmou-o¹⁵⁷. Em dito aresto, debatia-se causa envolvendo uma sociedade, que era deficitária desde a sua criação, e cujos recursos em conta-corrente não eram suficientes para manter o caixa social. Um grupo de sócios, diante disso, preconizou a redução seguida do aumento do capital. Um sócio, porém, opôs-se ao projeto, registrando que não pretendia abonar a gestão desastrosa

¹⁵⁴ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., nº 400, pp. 392-393.

¹⁵⁵ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., nº 400, pp. 392-393.

¹⁵⁶ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., nº 401, p. 393.

¹⁵⁷ CA Montpellier, 2 Câ. B, 18.06.2002: *Dr. Sociétés* 2003, com. nº 42, obs. G. TRÉBULLE.

empreendida e que, a seu ver, a exploração da empresa não mais era possível. Ao assim se posicionar, foi acusado pelos demais de abuso de minoria. A Corte de Apelação de Montpellier, decidindo a causa, considerou que dita atitude do sócio-oponente “decorre de uma concepção de gestão sã da sociedade e não exclusivamente da proteção de seus próprios interesses em detrimento dos demais sócios; o oponente exprime uma posição em função da análise que ele fez da situação da sociedade, a qual repousa sobre fatos indiscutíveis e exprime uma noção de interesse social que não se confunde com a sobrevivência da sociedade a qualquer preço; esta posição revela-se legítima”. Rejeitou, assim, a designação de um mandatário *ad hoc* e declarou a dissolução da sociedade, a pedido do sócio-oponente.

Pois bem. Transpondo estas considerações ao caso julgado pelo aresto de 16.07.1998 da Corte de Cassação, infere-se que o sócio tinha, sim, o direito de defender o seu interesse de sócio: nada lhe podia, a bom direito, obstar a demanda pelo pagamento de dividendos ou o direito que lhe assistia de recusar a diluição de sua participação e de sua influência.

Conclui assim Dominique Schmidt¹⁵⁸ suas demolidoras críticas destacando que, ao invés de pretender julgar uma oposição a partir do interesse social, noção de fato que não tem aqui o seu lugar, seria melhor tratar da questão em seu verdadeiro terreno: a oposição procede de um conflito de interesses? Tem ela por único desejo favorecer seus próprios interesses em detrimento do conjunto dos sócios? Viola o interesse comum? Eis o enfoque correto a dar ao tema.

Derrubados, assim, um a um, os falsos pressupostos jurisprudenciais para a caracterização do abuso de minoria, resta apenas a noção de interesse comum.

3.2.6. Interesse comum: o critério suficiente.

A invocação do interesse social a propósito dos abusos de minoria ou de igualdade é tanto mais lamentável quanto é completamente inútil. Em todas as espécies

¹⁵⁸ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., nº 401, p. 394.

examinadas acima, como afirma Dominique Schmidt¹⁵⁹, a qualificação de oposição abusiva prescindia da análise do interesse social. Qualquer litígio poderia ter sido simplesmente resolvido através do recurso à noção de interesse comum e da constatação da existência de conflito de interesses ditando a oposição criticada. A oposição torna-se ilegítima quando ela tende a satisfazer um interesse pessoal oposto àquele dos sócios; a obter vantagem indevida extra-societária. Tal é a correta concepção francesa (que, adiantamos nós, os alemães realizam pelo metro do dever societário de lealdade).

O aresto de 27.05.1997 da Corte de Cassação, acima resenhado¹⁶⁰, permite demonstrar esta situação: um sócio detendo 40% dos votos opôs-se ao aumento do capital, provocando o desaparecimento da sociedade e a depreciação total de sua participação. Ele sacrificou assim seu interesse na sociedade, pelo único desejo de favorecer seus interesses em outra sociedade, que exercia na mesma localidade industrial uma atividade concorrente. Sua oposição ao aumento do capital, ditada por este conflito de interesses, caracterizava a violação do interesse comum dos sócios. Ela era abusiva. Pouco importa que a operação pretendida pelos outros sócios fosse ou não essencial ou necessária à sobrevivência da sociedade. A oposição era abusiva porque tinha por fim um interesse exterior à sociedade. O dever de lealdade impõe-se a todos e interdita a uns bloquear a sociedade para lucrar às custas de todos.

Quanto ao caso julgado em 08.07.1997 pela Corte de Cassação¹⁶¹, era suficiente, para trancar este litígio, constatar que algum dos dois sócios perseguia interesse pessoal ligado a outra qualidade e oposta a seu interesse na sociedade. A referência ao interesse geral da sociedade neste conflito, opondo os dois únicos sócios, não traz senão confusão. É que, ao assim fazê-lo, o aresto deixa entender que uma sociedade reunindo dois sócios igualitários poderia perseguir um interesse distinto dos sócios! Eles seriam sócios movidos pelo desejo altruísta de promover um interesse diverso dos seus. Teriam eles, pelo contrato e pela repartição igualitária dos direitos de voto, instaurado a lei da

¹⁵⁹ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., n° 402, pp. 394-395. A análise alternativa, e correta, dos três julgados citados na seqüência parte da exposição do mestre francês.

¹⁶⁰ Cass. com., 27.05.1997: *Bull.* IV, n° 159; *Bull. Joly Sociétés*, 1997, p. 765, § 283, nota de G. BARANGER; *Dr. affaires*, 1997, p. 836; *Les petits affiches* 1997, n° 53, p. 6; *D.*, 1998, sum. p. 182, obs. J.-CL. HALLOUIN; e *Dr. sociétés*, 1997, com. n° 142, obs. D. VIDAL.

¹⁶¹ Cass. com. 08.07.1997: *Bull. Joly* 1997, p. 981, nota de PAUL LE CANNU.

unanimidade, concedendo-se reciprocamente um direito de veto em prol da finalidade sugerida pela Corte de Cassação de defender um interesse diverso dos seus? Certamente, uma tal interpretação implica em negar a verdadeira razão pela qual ditos sócios se uniram: eles desejaram a unanimidade (e o correlato direito de veto), justamente para promover os seus interesses comuns, e nunca para permitir que um deles, ou o juiz, possa impor ao outro o seu interesse.

Estas mesmas observações cabem a propósito de outro julgado da Corte de Cassação francesa, de 05.05.1998¹⁶². Na espécie, uma sociedade anônima perdeu mais da metade do capital social e, como determina a lei, uma assembléia geral extraordinária foi convocada para decidir o que fazer. Como resultado, a dissolução da sociedade não foi decidida, porque o voto de sócio detendo 40% do capital votante não fora suficiente para a sua aprovação. Mas também o aumento do capital social, que era a outra via, não foi aprovado, porque o voto daquele mesmo sócio bloqueou essa decisão. Surgiu daí o litígio societário. A requerimento da sociedade, a Corte de Apelação declarou haver oposição abusiva, pelo motivo de que o aumento do capital era essencial e indispensável à preservação dos interesses sociais; que dito aumento buscava evitar a perda total do valor das ações; que “não existe nenhum motivo legítimo para a recusa”; que a obstrução tinha por fim exclusivo impedir o funcionamento da sociedade; que essa obstrução aparentava ser “ditada por considerações puramente pessoais”; e que, enfim, o sócio recalcitrante também possuía participação em sociedade concorrente. O recurso subsequente, para a Corte de Cassação, reclamava que o aresto local não indicou em que a minoria agiu “no só motivo de favorecer seus próprios interesses”. O recurso, porém, foi rejeitado pela Corte de Cassação, sob os seguintes fundamentos: “Considerando mais que o aresto pondera que a recusa do Sr. Couvaud, de votar o aumento do capital indispensável à sobrevivência da sociedade, tinha por fim exclusivo obstar o funcionamento dela e fora ditado por considerações puramente pessoais, notadamente sua destituição do conselho de administração e a participação que ele detinha em sociedade concorrente, no mesmo ramo, e da qual era o acionista majoritário; que, diante destas constatações e enunciações, a Corte de Apelação justificou legalmente a sua decisão”. Pois bem. Segundo conclui Dominique

¹⁶² Cass. com. 05.05.1998: *Bull. Joly* 1998, p. 755, nota de L. GODON; *RJDA* 1998, p. 624; *JCP E* 1998, p. 1.303, obs. A. VIANDIER e J.-J. CAUSSAINE; *Dr. sociétés*, 10.1998, com. n° 129, obs. DOMINIQUE VIDAL; *RTD civ.* 1998, obs. C. CHAMPAUD e D. DANET; *Bull. IV*, n° 149; *Dr. affaires* 1998, p. 1.097, nota M. BOIZARD; e *Les petites affiches*, 22.02.1999, p. 10, nota S. ALMASEANU.

Schmidt, a motivação do aresto está correta: encontra-se centrada na análise do conflito de interesses que conduziu o minoritário a fazer prevalecer seu interesse pessoal exterior à sociedade sobre o seu interesse de sócio na mesma; e responde, plenamente, à necessidade de sancionar o aumento abusivo. E fez bem ao abster-se de analisar se o aumento do capital era ou não essencial e indispensável à sobrevivência da sociedade. Pois, mesmo se o aumento fosse simplesmente útil para preservar ou valorizar a participação societária de todos os sócios sem lesar um dentre eles, a oposição ditada por um interesse outro que aquele de sócio seria, em todo caso, abusiva.

3.2.7. Situação atual.

Sem prejuízo da análise acima empreendida a propósito dos reais requisitos do abuso de minoria, a doutrina francesa dominante continua a tentar circunscrevê-lo a partir dos pressupostos da existência de conduta do sócio minoritário (i) ofensiva ao interesse social (elemento objetivo), ao obstar uma operação essencial, e movida pela (ii) única intenção de favorecer os seus próprios interesses particulares em detrimento dos do conjunto de sócios (elemento subjetivo).

Segundo a concepção tradicional, o elemento objetivo teria por fim limitar a intromissão do juiz na gestão da sociedade¹⁶³ e, em todo caso, operação essencial não seria apenas aquela legalmente exigida, mas também aquela necessária à sobrevivência da sociedade ou que coloca em risco a sua sobrevivência¹⁶⁴; que não se traduz num ato conservatório¹⁶⁵. Por outro lado, a condição subjetiva apresentaria a vantagem de não limitar o domínio do abuso do direito às sociedades em crise financeira e, além disso, permitiria sancionar mais especificamente a deslealdade do minoritário cuja oposição é motivada pela perseguição de um interesse exterior à sociedade¹⁶⁶. Em qualquer caso, os requisitos são cumulativos¹⁶⁷. A

¹⁶³ Cf.: ASTRID MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Paris : Economica, 2004, n° 179, p. 158.

¹⁶⁴ ASTRID MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée...*, cit., n° 179, p. 159: "L'opération peut en effet être essentielle sans être légalement requise, quand elle est indispensable à la survie de la société".

¹⁶⁵ Cf.: DANIEL TRICOT, *Abus de droits dans les sociétés (abus de majorité et abus de minorité)*, Paris : *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique – RTDCom*, vol. 47, n° 4 (out.-dez. 1994), p. 622: "Une opération essentielle est sans doute celle qui met en cause l'existence de la société, celle aussi qui s'impose comme il en est pour un acte conservatoire".

¹⁶⁶ ASTRID MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée...*, cit., n° 180, p. 160: "La condition subjective présente l'avantage de ne pas limiter le domaine de l'abus aux seules sociétés en difficulté (...) et permet de

condição objetiva não é suficiente, pois, para estabelecer o abuso. “Assim”, conforme sustenta Astrid Mignon-Colombet, “a prova do caráter insuficiente ou inútil da medida exclui o abuso quando a participação a fundo perdido não permitir salvar a sociedade. Da mesma forma, a jurisprudência considera que o aumento do capital não é uma operação essencial quando os resultados da sociedade são bons e a sociedade é próspera”¹⁶⁸.

Esta definição tradicional, conforme acima amplamente demonstrado por Dominique Schmidt, “não resta ao abrigo das críticas. Em primeiro lugar, ela implica uma intromissão do juiz no governo da sociedade; com efeito, na ausência de uma maioria qualificada para tomar a decisão bloqueada pelo oponente, o juiz junta a sua opinião às vozes dos não-majoritários para decidir sobre o caráter essencial ou necessário ou conforme o interesse social da decisão a tomar. Em segundo lugar, esta intromissão (para além de proibida) é totalmente inútil: para caracterizar o abuso, basta constar que o oponente tem por desejo satisfazer um interesse pessoal contrário a seu interesse de sócio. Aquele que se opõe a um aumento de capital pelo só desejo de provocar a dissolução da sociedade para fazer desaparecer um concorrente, atenta contra o seu interesse de sócio para satisfazer seu interesse de concorrente e abusa de seu direito de voto. Não há nenhuma necessidade de se indagar sobre o caráter essencial ou necessário ou conforme o interesse social da operação afrontada para sancionar o abuso”¹⁶⁹.

sanctionner plus spécifiquement la déloyauté du minoritaire dont l'opposition est motivée par la poursuite d'un intérêt extérieur à la société”.

¹⁶⁷ Cf.: PERRINE SCHOLER, *Cass. com.*, 31 janv. 2006 (comentários), Paris : Bulletin Joly Sociétés, n° 6 (01.06.2006).

¹⁶⁸ ASTRID MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée...*, cit., n° 181, p. 160: “La condition objective ne suffit pas toujours à établir l'abus. Ainsi, la preuve du caractère insuffisant ou inutile de la mesure exclut l'abus lorsque la participation à fonds perdus ne permet pas de sauver la société. De même, la jurisprudence estime que l'augmentation de capital n'est pas une opération essentielle lorsque les résultats de la société sont bons et que la société est prospère”.

¹⁶⁹ DOMINIQUE SCHMIDT, *Cass. com.*, 20 mar. 2007 (comentários), Paris : Bulletin Joly Sociétés, n° 6 (01.06.2007). Eis a lição completa: “Cette définition comportant deux composantes cumulées n'est pas à l'abri de la critique. En premier lieu, elle implique une immixtion du juge dans le gouvernement de la société ; en effet, en l'absence d'une majorité qualifiée pour prendre la décision bloquée par l'opposant, le juge ajoute son opinion à la voix des non-majoritaires pour décider du caractère essentiel ou nécessaire ou conforme à l'intérêt social de la décision à prendre. En second lieu, cette immixtion (par ailleurs interdite) est totalement inutile: pour caractériser l'abus, il suffit de constater que l'opposant a pour dessein de satisfaire un intérêt personnel contraire à son intérêt d'associé. Celui qui s'oppose à une augmentation de capital dans le seul but de provoquer la dissolution de la société pour faire disparaître un concurrent porte atteinte à son intérêt d'associé pour satisfaire son intérêt de concurrent et abuse de son droit de vote. Point n'est besoin de s'interroger sur le caractère essentiel ou nécessaire ou conforme à l'intérêt social de l'opération envisagée pour sanctionner l'abus”.

Contudo, essa poderosa crítica de Dominique Schmidt não passou despercebida pelos tribunais e, segundo informa Philippe Merle, “a partir de 2006, a Corte de cassação não faz mais referência ao interesse social: para que haja abuso de minoria, é suficiente estabelecer de que modo a oposição é ditada pelo único desejo de favorecer seus próprios interesses de minoritário em detrimento do conjunto dos outros sócios: «Considerando que, para fixar a existência de um abuso de minoria ao encontro de Y, o aresto se limitou a salientar que sua vontade de entravar o funcionamento da sociedade, ao interditar a realização de uma operação essencial para aquela, constitui um abuso de minoria; considerando que, ao assim decidir, sem caracterizar de que modo Y teve por único desejo favorecer seus próprios interesses em detrimento de outro associado, a corte de apelação não deu base legal à sua decisão, a mesma é cassada»¹⁷⁰.

Feito todo o retrospecto crítico da jurisprudência francesa, escorado na crítica de Dominique Schmidt, conclui-se que: (1º) o abuso (de minoria, de maioria ou de igualdade, pouco importa) não radica na defesa de direitos e interesses *ex causa societatis*, mas na busca de um interesse outro diverso daquele de sócio, ou seja, na busca da satisfação de interesse extrassocietário em contraste com o interesse comum dos sócios ou, o que dá no mesmo, pelo desejo de satisfazer um interesse próprio em ofensa às legítimas expectativas dos demais sócios, as quais têm no fim social a sua justificativa; (2º) o abuso de minoria descende da mesma lógica do abuso de maioria, pois ambas resultam de uma situação de conflito de interesses e se caracterizam pela busca de vantagem particular em detrimento do interesse comum dos sócios; e (3º) a noção de interesse social e as tentativas de enquadrá-lo no âmbito de operações essenciais necessárias à sobrevivência da sociedade apenas turvam o conceito de abuso de minoria, favorecendo, conseqüentemente, a propagação de comportamentos desleais.

¹⁷⁰ PHILIPPE MERLE, *Droit commercial: sociétés commerciales*, cit., n° 581, p. 695: “Depuis 2006, la Haute juridiction ne fait plus référence à l'intérêt social: pour qu'il y ait abus de minorité, il suffit d'établir en quoi l'opposition est dictée par l'unique dessein de favoriser les propres intérêts du minoritaire au détriment de l'ensemble des autres associés: «Attendu que pour retenir l'existence d'un abus de minorité à l'encontre de Y., l'arrêt se borne à relever que sa volonté d'entraver le fonctionnement de la société, en interdisant la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, constitue un abus de minorité; attendu qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser en quoi Y. avait eu pour unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'autre associé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision... casse...» (Com, 31 janv. 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 784, n° 163, note P. SCHOLER; dans le même sens, Com. 20 mars 2007, *D.* 2007, p. 952, note A. LIENHARD; *Bull. Joly* 2007, p. 745, n° 199, note D. SCHMIDT; *JCP E* 2007, 1877, n° 3, note J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY, G. WICKER)”.

3.3. A experiência alemã.

Se, na França, a teoria do abuso de minoria despontou e se desenvolveu em torno do conceito de interesse social (e interesse comum), é, atualmente, na Alemanha que mais este capítulo do direito societário submete-se a uma análise própria, original e – por que não dizê-lo? – mais precisa.

Com efeito, em comparação ao nosso sistema de direito societário – que, inicialmente, encontrou nos direitos europeus dos países de língua latina a sua fonte mais próxima de inspiração (França, Portugal e Itália, cronologicamente) –, o moderno direito societário alemão distingue-se de todos os demais, por nele estarem os diversos institutos solidamente estruturados sobre os conceitos fundamentais (e funcionais!) de fim social (ou fim comum) e dever de lealdade.

Evidentemente, tais conceitos não são de todo ignorados no direito pátrio, mas, diversamente do que entre nós ocorre, lograram obter na Alemanha amplíssimo desenvolvimento e gozam de conteúdo nitidamente instrumental, apto a balizar a aplicação e a estruturação dos demais institutos.

O primeiro, e talvez mais importante, dos conceitos é o de fim social.

3.3.1. Fim social (ou comum)¹⁷¹.

A temática do moderno direito societário, foi isso já destacado (no subitem 2.1), abrange o estudo das associações em sentido amplo, isto é, das associações em sentido estrito e das sociedades, e isto pela simples e boa razão de que ambas as espécies de organizações associativas são, antes de tudo, organizações *finalísticas*, organizações que

¹⁷¹ A exposição contida neste subitem segue, em suas grandes linhas, o que se encontra exposto noutro trabalho em co-autoria (a saber: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA e MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, “*Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”*”, in’ *Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França, SP : Quartier Latin, 2009, pp. 156-157) e funda-se, primordialmente, nas lições do grande societarista alemão HERBERT WIEDEMANN (*Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*, München : C. H. Beck, 1980, § 1 I 1, pp. 8-11, e Band II: *Recht der Personengesellschaften*, München : C. H. Beck, 2004, § 2 III, 1, pp. 121-126).

se caracterizam pelo fenômeno de cooperação entre dois ou mais sujeitos para a consecução de certos *fins comuns*¹⁷².

O moderno direito societário, por isso, encontra, no fim social, a sua estrela polar¹⁷³.

Em sentido amplo, o fim social abrange o escopo-meio (ou objeto) e o escopo-fim (objetivo)¹⁷⁴: escopo-meio ou objeto (empresa, no caso da sociedade empresária) é a atividade à qual a organização societária se dedica; e escopo-fim ou finalidade é, para as sociedades, a sua finalidade lucrativa: a produção e partilha dos resultados da atividade social entre os seus membros.

Analisando a função que o fim comum em sentido amplo exerce nas organizações societárias – equivalente ao *signalagma* nos contratos bilaterais –, a doutrina atribui-lhe eficácia constitutiva e eficácia funcional¹⁷⁵.

Diz-se que tem eficácia constitutiva (*konstituierende Wirkung*), na medida em que o fim comum é elemento constitutivo das organizações societárias¹⁷⁶⁻¹⁷⁷: não há

¹⁷² A sociedade constitui uma comunhão voluntária de interesses e uma comunhão de escopos (TULLIO ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, 'in' *Studi in tema di società*, Milano : Giuffrè, 1952, p. 148).

¹⁷³ O belo registro é de HERBERT WIEDEMANN: "Die wichtigste Voraussetzung zur Begründung eines Gesellschaftsverhältnisses ist die Vereinbarung eines von allen Beteiligten anerkannten und für alle verbindlichen Gesellschaftszwecks. Die gemeinsame Zielvorgabe – der Polarstern des Gesellschaft – ist ein dem übrigen Vertragsrecht fremdes, für das Gesellschaftsverhältnis aber gerade konstituierendes Rechtselement" (*Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., § 2 III, 1, p. 122; em tradução livre: "O mais importante pressuposto para a constituição de uma relação societária é o acordo em torno de um fim social aceito por todos os participantes e para todos vinculante. A comum determinação do fim – a estrela polar da sociedade – é um elemento estranho ao restante direito contratual, mas diretamente constitutivo para a relação societária"). A identificação do fim social como a "estrela polar do universo societário" já havia sido apontada por HERBERT WIEDEMANN no volume I de sua magistral obra (*Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., p. 17; a bela passagem em questão consta do excerto da obra alemã traduzido para o português por ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, o qual se encontra publicado na RDM 143/66-75).

¹⁷⁴ A nomenclatura nem sempre é unívoca. Alguns autores preferem falar em objeto social (como sinônimo de escopo-meio, fim imediato, escopo imediato) e fim social (como sinônimo de escopo-fim, fim mediato, escopo-final ou mediato, ou finalidade) (vide: MANUEL BROSETA PONT, *Manual de derecho mercantil*, 9ª ed. Madrid : Tecnos, 1991, p. 182; e PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, cit., nº 221, p. 123).

¹⁷⁵ Ou seja, "die gemeinsame Zweckverfolgung stellt für die Personenverbände ein ähnlich dominierendes Strukturmerkmal dar wie das Synallagma für den gegenseitigen Vertrag – un hier wie dort ist zwischen der konstituierenden und der funktionellen Wirkung zu unterscheiden" (HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I, cit. § 1 I 1, p. 8).

¹⁷⁶ Cf.: WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1^{er} Band – 1^{er} Teil: *Die Personengesellschaft*, Berling/Heidelberg/New York : Springer-Verlag, 1977, § 3 I, pp. 38-39 ("Die

sociedade ou associação sem fim comum próprio, que não se confunde com o fim individual porventura perseguido pelos seus integrantes (e o qual não conflita nem exclui aquele fim comum). Pouco importa o fim que cada um persegue individualmente: isso não interfere com a finalidade comum a todos: do ponto de vista dos sócios, registra Werner Flume, “o fim comum societário não é, em realidade, nem fim próprio nem fim alheio, mas fim comum supraindividual: é o fim da sociedade como sociedade de pessoas”¹⁷⁸. O fim social é, segundo Herbert Wiedemann, o motor da união entre duas pessoas, porque duas pessoas fazem melhor do que uma¹⁷⁹. A sociedade, acrescenta Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, “constitui uma comunhão de escopo, sendo justamente através da constituição contratual de uma comunhão de escopo que se constitui a comunhão de interesses”¹⁸⁰. Em cada caso, e de regra, as partes são livres para estabelecer o fim social, que pode ser econômico, ideal, passageiro, duradouro etc. Também são livres para estabelecer as contribuições, que podem ser das mais variadas espécies de bens ou até, em certos casos, de serviços.

Serve o fim social, desse modo, para a definição da *forma jurídica* e a *natureza* da organização societária, e, portanto, para a definição das disposições normativas aplicáveis. Nesse sentido, o escopo-meio ou objeto (empresa, no caso da sociedade empresária) distingue, no direito brasileiro, as sociedades empresárias das sociedades não-empresárias (CC, art. 982); analogamente, noutros sistemas, diferencia as sociedades civis das comerciais¹⁸¹. Por outro lado, o escopo-fim ou finalidade serve para diferenciar as sociedades das associações em sentido estrito: nas sociedades, a finalidade é a partilha dos

gemeinsame Zweck ist vielmehr das konstituierende Element jeder Gesellschaft”); e KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4ª ed. Köln : Carl Heymanns, 2002, § 4 I 1, p. 57 (“Ohne ‘gemeinsame Zweck’ entsteht kein Gesellschaftsverhältnis und kein Verband”).

¹⁷⁷ A doutrina alemã registra discussões acerca de qual seria o fim comum em sociedades ditas internas e, também, nas sociedades constituídas apenas para titularizar e administrar o seu próprio patrimônio (sobre o tema: KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 4 III, pp. 66-74; e WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1º Band – 1º Teil: *Die Personengesellschaft*, cit., § 3 III, pp. 45-48). Os que negam haver nessas situações fim comum recusam sejam elas autênticas sociedades; não afirmam, porém, que haveria sociedade sem fim comum.

¹⁷⁸ WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1º Band – 1º Teil: *Die Personengesellschaft*, cit., § 3 I, p. 38.

¹⁷⁹ “Die gemeinsame Zweckverfolgung und Zielerreichung ist der Motor des Zusammenschlusses: man will ‘gemeinsame Sache’ machen, und mit vereinten Kräften mehr oder anderes zu erreichen als in der Vereinzelung (HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., 1980, § 1 I 1, p. 9).

¹⁸⁰ ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, SP : Malheiros, 1993, p. 58.

resultados da atividade social entre os seus membros (CC, art. 981), algo que não pode jamais suceder na associação (CC, art. 53), sob pena de desnaturá-la em sociedade.

Ainda no plano constitutivo, o fim social representa a *causa* do contrato de sociedade¹⁸². Além disso, define o *interesse social*, pois esse nada mais é, em sentido estrito e técnico, do que o interesse comum dos sócios à realização do escopo comum¹⁸³; por via de consequência, é também o fim comum que bitola os *conflitos de interesse* em sentido próprio (LSA, art. 115; e CC, art. 1.010, § 3º).

Aliás, justamente porque se trata de elemento constitutivo, são normalmente previstos mecanismos legais para o seu controle durante o processo de constituição¹⁸⁴. No direito brasileiro, esse controle no processo de constituição das organizações societárias opera-se tanto por parte dos diversos órgãos encarregados do registro dos atos sociais (Lei nº 8.884/1994, art. 56; Lei nº 8.934/1994, art. 35, I e III; LRP, art. 115; e EA, arts. 1º, I e II, e 16) como por parte de órgãos de controle do mercado de capitais (CVM) ou pelo controle de atividades reguladas (tais como Conselhos Regionais, Banco Central e agências reguladoras).

¹⁸¹ Vide: GEORGES RIPERT e RENÉ ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tomo 1, 14ª ed. Paris : LGDJ, 1991, nº 740, p. 615; e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, vol. IV: *Sociedades comerciais*, Lisboa : Faculdade de Direito de Lisboa, 1993, nº 8, pp. 23-24.

¹⁸² Ou seja, “entendida la causa del negocio jurídico como la finalidad económico-social que las partes persiguen al estipularlo, la del contrato de sociedad será el ejercicio en común de una o varias actividades económicas para obtener un lucro que sea repartible entre los socios” (MANUEL BROSETA PONT, *Manual de derecho mercantil*, cit., p. 181). No mesmo sentido: JOAQUÍN GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*, tomo II, 7ª ed. – reimp. Bogotá : Temis, 1987, nº 5, p. 34.

¹⁸³ FÁBIO KONDER COMPARATO, com absoluta razão, aponta que “o interesse social consiste no interesse dos sócios à realização desse escopo” e “em matéria societária, esse escopo comum decompõe-se em dois elementos: o objetivo final e o modo de sua realização” (*O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed. RJ : Forense, 1983, nº 117, p. 303). Indo além, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO sustenta que “a idéia de interesse social é geminada à idéia de objeto social – entidades que se autonomizam, como valores, em relação à pessoa dos sócios. Tudo o que não serve ao objeto social contraria e conflita com o interesse social” (*Conflitos de interesse entre sociedade controladora e controlada e entre coligadas, no exercício do voto em assembléias gerais e reuniões sociais*, RDM 51/31). Essa última lição deve ser entendida corretamente: o que agride o objeto social agride também o interesse social; mas o objeto social não delimita o interesse social, que é complementado pela dimensão dada pelo escopo-fim.

¹⁸⁴ É o que registra KARSTEN SCHMIDT: “Visto que o fim social é elemento constitutivo das organizações societárias privadas, efetua-se no procedimento de constituição um controle do fim social, e também a continuação da organização societária pode depender da admissibilidade do seu fim” (*Gesellschaftsrecht*, cit., § 4 II 2, p. 63; no original: “Da der Verbandszweck konstituierendes Element der privatrechtlichen Verbände ist, findet im Gründungsverfahren eine Kontrolle des Verbandszwecks statt, und auch der Fortbestand eines Verbands kann von der Zulässigkeit seines Zweck abhängen”).

Sendo elemento constitutivo da organização societária, a ele se refere também o legislador não só ao tratar da constituição da sociedade (CC, art. 53, 981, 997, II e VII; LSA, art. 2º), como ainda de sua dissolução (CC, arts. 51, § 2º, e 1.034, II; e LSA, art. 206, II, *b*) – o que permite afirmar que, como elemento constitutivo da sociedade, o fim comum serve de parâmetro dissolutório da sociedade ou dos vínculos individuais que unem os seus membros aos demais e à organização societária. Não é de se estranhar, por isso mesmo, que a continuidade ou permanência da organização societária sujeita-se a controle externo de efetiva permanência do fim comum, de que é exemplo no direito pátrio a atribuição de legitimação ativa ao Ministério Público para pedir a dissolução e a liquidação de associações que, de fato, estejam exercendo atividades ilegais (DL nº 61/1966, arts. 2º, I, e 3º).

Ainda no tema, vale observar que a consecução ou a impossibilidade de consecução do fim social *pode* autorizar a dissolução da sociedade (CC, art. 1.034, II; e LSA, art. 206, II, *b*), contudo, ainda aqui, a dissolução não é automática¹⁸⁵: não se trata de hipótese de dissolução de pleno direito, mas apenas de causa de dissolução judicial, concedida em consideração ao interesse comum dos sócios, os quais, conforme o caso e em harmonia com o procedimento legalmente previsto, podem optar pela alteração do fim comum, caso o escolhido não possa mais ser atingido, ou a persecução de outro, no caso de atingimento do inicial. A importância do fim social, comum a todos, revela-se claramente, outrossim, na vedação da assim chamada sociedade *leonina* – nenhum sócio pode ser excluído da participação nos lucros (CC, art. 1.008).

Além de ser elemento constitutivo, o fim social também é dotado de eficácia funcional (*funktionelle Wirkung*), pois: (i) fixa as diretrizes da política social; (ii) determina os direitos e deveres dos sócios (em especial a sua intensidade), delimitando, assim, as esferas individual e coletiva; e (iii) dirige os estágios da vida social.

Com efeito, as relações entre os sócios e entre estes e a sociedade é marcada pela finalidade comum.

¹⁸⁵ Cf.: KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 4 II 2, p. 63: “Auch eine Zweckerreichung oder ein nachträglicher Zwecksfortfall läßt den Verband nicht automatisch enden”.

Em primeiro lugar, o fim social fixa as diretrizes da política social, tanto para os órgãos administrativos como para os órgãos deliberativos¹⁸⁶. Para os primeiros, de forma muito mais acentuada: os administradores têm o dever de perseguir a finalidade social, e não podem deixar de fazê-lo (LSA, art. 154), sob pena de responderem por perdas e danos (CC, art. 1.016; e LSA, art. 158). Para os órgãos deliberativos, há maior discricionariedade: em princípio, estão obrigados a seguir as finalidades sociais (havendo até uma presunção de que tal ocorra), mas é claro que tal pode não suceder, e é por isso que a lei permite a anulação de deliberações discrepantes (CC, art. 48, par. ún, 166, II, e 1.010, § 3º; LSA, art. 115, § 4º, e 286)¹⁸⁷. No entanto, os órgãos deliberativos têm, pelo menos, a possibilidade de alterar o fim social – sendo que, nas sociedades de pessoas, tal mudança pressupõe a unanimidade (ou maioria qualificada nas associações, nas sociedades limitadas, nas sociedades anônimas e nas cooperativas) e isso demonstra que os sócios também estão vinculados ao fim social (é muito discutível se a finalidade social pode ser modificada por maioria; note-se bem, o objetivo, e não o objeto).

O fim social e, mais especificamente, o objeto social, limita e preordena a atividade dos administradores, no plano interno¹⁸⁸; porém, no plano externo, com o progressivo abandono do princípio da especialidade e o declínio da teoria dos atos *ultra vires societatis*, até mesmo em países da *common law*, o objeto social não deveria mais ser entendido como uma restrição aos poderes dos administradores nem uma limitação à capacidade jurídica do ente coletivo, de modo a assim não ter repercussão no plano da vinculação da sociedade¹⁸⁹. Não obstante, no direito brasileiro o Código Civil de 2002

¹⁸⁶ Cf.: HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., § 1 I 1, p. 10. Com análogo registro, vide: FRANCESCO GALGANO e RICCARDO GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, 3ª ed. Milano : CEDAM, 2006, n° 1, p. 94; e GEORGES RIPERT e RENÉ ROBLLOT, *Traité de droit commercial*, tomo 1, cit., n° 740, p. 615.

¹⁸⁷ Segundo HERBERT WIEDEMANN, “representa o fim social um metro normativo para a conduta da administração e dos sócios restantes. Para a administração, ele serve como itinerário [ou guia] e como limite; quem dele abusa age contrariamente ao dever e se torna responsável pelos danos causados. Além disso, o fim social concretiza o desenvolvimento e o dever de lealdade dos sócios individualmente: uma [sua] violação torna ilícitas as deliberações sociais” (*Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., 1 III § 2º, p. 123; no original: “Zum zweiten stellt der Gesellschaftszweck einen normativen Masstab für das Verhalten des Geschäftsführung und der übrigen Mitglieder dar. Für die Geschäftsführung dient er als Wegweiser und Wegbegrenzung; wer ihn missachtet, handelt pflichtwidrig und macht sich schadenersatzpflichtig. Darüber hinaus konkretisiert der Gesellschaftszweck die Förderungs- und Treuepflicht der einzelnen Mitglieder; ein Verstoß macht Gesellschafterbeschlüsse rechtswidrig”).

¹⁸⁸ Cf.: FRANCO BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la Riforma delle Società*, Milano : Giuffrè, 2004, p. 17: “L’oggetto sociale continua a costituire il limite al potere di gestione degli amministratori”.

¹⁸⁹ Sobre o tema, vide: J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, SP : Saraiva, 1979, n° 5.3, pp. 252-257; JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Sociedade por quotas e anônimas – vinculação: objeto social e representação plural*, Coimbra : Almedina, 2000, n°s 2.2 e 3, pp. 180-274; e GIUSEPPE FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 8ª ed. Torino : UTET, 1992, n° 182, p. 328.

retrocedeu e adotou, ainda que de forma temperada, a teoria dos atos *ultra vires societatis* (CC, art. 1.015, par. ún., III), da mesma forma como atribuiu eficácia externa às restrições convencionais de poderes dos administradores (CC, art. 1.015, par. ún. I e II), no que certamente errou¹⁹⁰.

Além disso, *em segundo lugar*, e ainda no plano funcional, o fim social determina os direitos e deveres dos sócios, e delimita, com isso, a esfera individual da esfera social¹⁹¹. Note-se: o conteúdo dos deveres dos sócios, nomeadamente o dever de lealdade (e o seu desdobramento no dever de colaboração) é determinado em função do fim social¹⁹². É evidente que o dever de lealdade é diverso se se tratar de uma sociedade de pessoas ou de uma sociedade anônima¹⁹³. É claro, de outra parte, que os sócios não estão obrigados a contribuir para o fim social com todas as suas economias, ao contrário do que ocorria com a sociedade universal, que não existe mais no direito brasileiro (CC-1916, arts. 1.367 e 1.368) e, em direito comparado, talvez apenas tenha um paralelo nos kibutzes do direito israelita. Em todo caso, porém, os deveres de lealdade dos sócios são delimitados pelo fim comum. Além disso, constitui uma limitação intransponível ao poder da maioria¹⁹⁴ e, portanto, serve ele também para positivar os abusos de controle (LSA, art. 117) e, também, os abusos de minoria (LSA, art. 115).

¹⁹⁰ As críticas e o contraste do direito pátrio com as regras estrangeiras foram por nós expostas noutro trabalho em co-autoria (vide: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA e MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *Vinculação da sociedade: análise crítica do art. 1.015 do Código Civil*, RDM 146/ 30-45).

¹⁹¹ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., § 1 I 1, p. 11 – ou seja, “Beherrscht der Zweck die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten und grenzt damit die Individual- von der Sozialsphäre ab”.

¹⁹² Assim, aponta HERBERT WIEDEMANN, que “o dever de lealdade compreende a orientação das relações jurídicas societárias para uma correta colaboração de todos os participantes para a consecução do fim social” (*Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., 3 II § 3, p. 192; no original: “Die Treupflicht beinhaltet die Ausrichtung der gesellschaftlichen Rechtsverhältnisse auf ein korrektes Zusammenwirken aller Beteiligten zur Erreichung des Gesellschaftszwecks”). FRIEDRICH KÜBLER entende, inclusive, que a denominação “dever de lealdade” nem seria das mais apropriadas, por não realçar adequadamente a relação, esta sim fundamental e necessária, entre os deveres dos sócios e o fim social: “Este deber se ha denominado tradicionalmente «deber de lealtad». El término (anclado en la concepción feudal-estamental) no es demasiado afortunado, puesto que non hay que poner el acento en la relación personal entre los socios, sino más bien en el *fin común* acordado, en las necesidades funcionales de la organización creada para alcanzar colectivamente dicho fin, y en la responsabilidad que se asume dentro de este marco en relación con intereses (patrimoniales) ajenos” (*Derecho de sociedades* – trad. Michèle Klein, 5ª ed. Madrid : Fundación Cultural del Notariado, 2001, p. 61-62).

¹⁹³ A intensidade do dever de lealdade “orienta-se, no caso concreto, de acordo com a real estrutura da organização societária” (HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., 3 II § 3, p. 194; no original: “Ihre Intensität (...) richtet sich im Einzelfall nach der Realstruktur des Verbandes”). Entre nós, CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA já destacava que “a medida de intensidade dos deveres secundários, ou anexos, é dada pelo fim do negócio jurídico” (*A obrigação como processo*, SP : Bushatsky, 1976, nº 6, p. 40).

¹⁹⁴ Cf.: KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 4 II 3, p. 65.

Em terceiro lugar, o fim social dirige os estágios da vida da sociedade, porque a sociedade em constituição, a sociedade constituída e a sociedade em liquidação requerem providências legais adequadas a cada um desses estágios em vista do fim social¹⁹⁵ – o que bem se evidencia das inúmeras prescrições legais específicas para as etapas de constituição e de liquidação (ex.: LSA, arts. 87, § 2º, 136, VI, e 213, § 1º)¹⁹⁶.

3.3.2. Princípios estruturantes.

Pertencem à proteção à minoria e, também, à “proteção da maioria” – ou à teoria do abuso de minoria – diversos princípios que relativizam o exercício dos poderes e permitem coibir os seus desvios¹⁹⁷. Os mais importantes princípios estruturantes do regime jurídico societário são: (i) o princípio da vedação ao abuso de direito; (ii) os deveres societários de lealdade (ou fiduciários); (iii) o princípio da igualdade de tratamento; e (iv) o princípio da proporcionalidade – ou princípio de precaução no exercício de direitos.

A procura de princípios jurídicos para regular, normativa e judicialmente, a conduta dos sócios é semelhante à procura de princípios jurídicos para regular outros atos unilaterais de vontade com eficácia vinculante (como os direitos potestativos, ou formadores judiciais, e as condições gerais de negócio)¹⁹⁸. A consciência e a vontade dos juristas para conceder proteção contra os abusos – da maioria e da minoria – são mais

¹⁹⁵ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., § 1 I 1, p. 11.

¹⁹⁶ Uma outra interação entre fim social e estágio de dissolução é destacada por FRIEDRICH KÜBLER, na seguinte passagem de sua conhecida obra: “La disolución de la sociedad implica su transición a la fase de liquidación. Se trata de un procedimiento de modificación del fin social o transformación: no afecta a la identidad de la sociedad (...); pero en lugar del fin social original entra en juego el de la liquidación; la sociedad activa se convierte en una sociedad en liquidación (...). Tras la disolución, pero antes de la extinción, la sociedad en liquidación puede volver a convertirse en una sociedad activa, por medio de la (nueva) modificación contractual del fin social, retomándose el inicialmente pactado o acordándose uno nuevo” (*Derecho de sociedades*, cit., p. 117). A lição é particularmente interessante, por enquadrar a operação de reversão da liquidação como ato de alteração do fim social, tirando-se daí consequências práticas importantíssimas em matéria de quórum de deliberação e direito de recesso.

¹⁹⁷ A descoberta de princípios exige um acentuado grau de abstração, mas a utilidade desta empreitada é notável: os princípios “asseguram a intercomunicação entre os tipos” societários e “assumem um papel ordenador, que facilita a confecção implicada de um sistema de exposição capaz” (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I vol., 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2007, nº 75, p. 235).

¹⁹⁸ Cf.: HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., § 8 II, p. 425: “Die Suche nach geeigneten Rechtsprinzipien, mit deren Hilfe das Verhalten der Mehrheit in einem Verband normativ gesteuert und judiziell nachgeprüft werden kann, entspricht ähnlichen Aufgaben, wie sie andere einseitige Willensakte mit Unterwerfungswirkung an die Privatrechtsordnung stellen”.

importantes do que a elaboração de princípios jurídicos¹⁹⁹; enquanto a jurisprudência e a doutrina se preocupam unicamente com a legalidade exterior dos negócios privados, mas não com a sua justeza interna, permanecem sem utilização inúmeras possibilidades de pontos de partida; ao contrário, quando seriamente quer-se submeter o exercício do poder a um controle jurídico, bastam as cláusulas-gerais.

Nesta altura, centrar-se-á a atenção na análise de dois princípios, o da igualdade de tratamento (no subitem 3.3.2.1) e o dever societário de lealdade (no subitem 3.3.2.2), apenas porque são os que mais de perto tocam no tema deste estudo.

3.3.2.1. Igualdade de tratamento.

Importante princípio fundamental do direito societário, que sobretudo no direito alemão tem sido bastante desenvolvido, é o princípio da igualdade de tratamento (*Gleichbehandlungsgrundsatz*)²⁰⁰, o qual descende do primado constitucional da isonomia, mas com este não se confunde²⁰¹. O que o princípio em apreço exige, em sua formulação mais elementar, é que, verificados os mesmos pressupostos, todo sócio seja tratado

¹⁹⁹ Cf.: HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., § 8 II, p. 425: Wichtiger als ein geeignetes Rechtsprinzip sind Bewußtsein und Wille der Juristen, der Minderheit in einem Verband, dem unterlegenen Vertragspartner oder allgemein den benachteiligten Personen und Gruppen der Gesellschaft Rechtsschutz zu gewähren. Solange Rechtsprechung und Wissenschaft sich nur berufen fühlen, die äußere Legalität, nicht jedoch die innere Sachgerechtigkeit privatrechtlicher Gestaltungen nachzuprüfen, bleiben auch vorhandene gesetzliche Anknüpfungsmöglichkeiten ungenutzt”.

²⁰⁰ Além das obras gerais adiante referidas, veja-se a de DIRK A. VERSE (*Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften*, Tübingen : Mohr Siebeck, 2006) – com abundante indicação bibliográfica.

²⁰¹ “Para estabelecer claramente a diferença com relação ao princípio de isonomia”, conforme anota HERBERT WIEDEMANN, “fala-se, no direito privado, em princípio da igualdade de tratamento ou em preceito (*Gebot*) da igualdade de tratamento. Com isto simplesmente chama-se à consciência [o fato de] que a aplicação do princípio da isonomia em direito privado requer especial fundamentação, uma vez que o cidadão, em face do princípio da autonomia privada dos negócios jurídicos, está fundamentalmente autorizado a dispor de suas relações livremente (*unkontrolliert*) e, com isso, também arbitrariamente (*willkürlich*). O conteúdo do preceito da igualdade de tratamento em direito privado é assim formulado como o do princípio da isonomia constitucional; aplica-se o dever platônico-aristotélico do *suum cuique*, não o princípio da *égalité* da Revolução Francesa” (*Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., § 8 II 2, p. 428; tradução de Erasmo Valladão A. e N. França, do original: “Um den Unterschied zum Gleichheitssatz des Art. 3 GG deutlich zu machen, spricht man im Privatrecht vom Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung oder vom Gleichbehandlungsgebot. Damit soll lediglich ins Bewußtsein gerufen werden, daß die Geltung des Gleichheitssatzes im Privatrecht besonderer Begründung bedarf, da der einzelne Bürger grundsätzlich berechtigt ist, seine Verhältnisse im Wege der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie unkontrolliert und damit auch willkürlich zu ordnen. Der Inhalt des privatrechtlichen Gleichbehandlungsgebots wird ebenso formuliert wie der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz; es gilt die platonisch-aristotelische Verpflichtung des *suum cuique*, nicht das Prinzip der *égalité* der französischen Revolution”). Certamente, a transposição da idéia de isonomia para as relações jurídicas privadas demanda adaptações, pois nestas vigem os princípios da liberdade de iniciativa e da autonomia privada, que permitem aos particulares, dentro de certos limites, criar posições não-igualitárias.

exatamente como os demais; em sentido negativo, porém, adquire o princípio maior concreção, pois expressa a idéia de proibição de tratamento discriminatório²⁰² – segundo a qual não é lícito tratar o sócio de forma arbitrária; sujeitá-lo a medidas discriminatórias que não tenham uma clara e objetiva justificação²⁰³. Assim, por exemplo, não pode um sócio ser excluído da sociedade, sob a alegação de falta grave, quando o mesmo tipo de conduta ou, por maior razão, condutas objetivamente mais graves, não mereceram da coletividade essa mesma drástica sanção; de igual modo, não se admite que um sócio venha a ser arbitrariamente excluído, quando a falta grave radica em vários sócios, aos quais não se pretende aplicar a mesma medida; ou, ainda, numa sociedade de dois sócios, não cabe excluir um deles quando ambos são igualmente responsáveis pela desinteligência.

No direito alemão, o princípio da igualdade de tratamento tem atualmente expressa previsão na lei acionária (AktG § 53a²⁰⁴), mas, mesmo antes dela, a doutrina e a jurisprudência o tinham por direito não-escrito²⁰⁵. De há muito, na realidade, é considerado, pela doutrina alemã mais autorizada, como “princípio central do direito das sociedades”²⁰⁶, “princípio geral de direito dos agrupamentos pessoais de direito privado”²⁰⁷, de modo que, assim, facilmente se entende a observação de Karsten Schmidt, segundo o qual o princípio “se aplica, segundo entendimento unânime, também no direito das

²⁰² Cf.: KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 16 II 4, p. 462 – para quem a proibição de discriminação seria parte integrante da igualdade de tratamento: “Wesentlicher Bestandteil dieses Gleichbehandlungsgrundsatzes ist das gesellschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot”.

²⁰³ Vide: THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 4ª ed. München : Verlag Franz Vahlen, 2006, § 12, nº 54, p. 115; e HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., § 8 II 2, p. 427.

²⁰⁴ AktG: “§ 53a Gleichbehandlung der Aktionäre. Aktionäre sind unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln” (“§ 53a. Igualdade de tratamento do acionista. Sob pressupostos idênticos, os acionistas devem ser tratados da mesma forma”).

²⁰⁵ É o que anotam THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL: “de acordo com o entendimento dominante, o princípio da igualdade de tratamento também já valia antes como direito não-escrito” (*Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 12, nº 54, nota 74, p. 115; no original: “Der Gleichheitsgrundsatz galt als ungeschriebenes Recht nach h.A auch schon vorher: RGZ 113, 152, 156; 118, 67, 70; 120, 177, 180; BverfGE 14, 163, 285; BGHZ 20, 363, 369; 33, 175, 186; 70, 117, 121; 120, 141, 150”).

²⁰⁶ Cf.: ADOLF BAUMBACH e KLAUS J. HOPT, *Handelsgesetzbuch*, 29ª ed. München : C. H. Beck, 1995, § 109, nº 29, p. 385: “O princípio da igualdade de tratamento é, do mesmo modo como o dever de lealdade, um princípio central do direito das sociedades e das organizações societárias” (no original: “Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist ebenso wie die Treupflicht ein zentraler Grundsatz des Gesellschafts- und Verbandsrechts”).

²⁰⁷ Cf.: ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, 16ª ed. München : C. H. Beck, 1996, § 13, nº 34a, p. 188 – que a ele se referem como “princípio geral de direito dos agrupamentos pessoais de direito privado” (no original: “Allgemeiner Rechtsgrundsatz für privatrechtliche Personenzusammenschlüsse”).

sociedades de pessoas, ainda que aqui falte um expreso fundamento de direito positivo”²⁰⁸.

No direito brasileiro, a doutrina alude à igualdade de tratamento, mas sem explorar todas as suas potencialidades²⁰⁹. No direito acionário, há referência à igualdade de tratamento para os acionistas da mesma classe (LSA, art. 109, § 2º); no sistema do Código Civil, contudo, o princípio pode ser inferido a partir da interpretação sistemática de várias de suas regras (CC, arts. 1004, 1007, 1008, 1010, § 2º, 1013, 1023, 1055, § 1º, 1072, *caput*, 1081, § 1º, 1094, VI e VII).

A fundamentação dogmática do princípio da igualdade de tratamento tem suscitado diversas teorias. No entanto, como bem observa Herbert Wiedemann, o que se deve ter sempre em conta é que o dever de igualdade de tratamento somente ocorre quando uma pessoa ou instituição, como acionista controlador, está na situação de impor a sua vontade independentemente de consentimento dos interessados²¹⁰. Ou seja, trata-se de uma verdadeira limitação ao poder majoritário e que se justifica *diante* dele, e não independentemente dele. Assim, o que realmente justifica o princípio da igualdade de tratamento é a comunhão de escopos²¹¹ e a idéia de coletividade que nela se encerra: seria

²⁰⁸ KARSTEN SCHMIDT, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, 2ª ed. München : C.H. Beck/Vahlen, 2006, § 109, nº 20, pp. 142-143: “Der Grundsatz der Gleichbehandlung gilt nach einhelliger Auffassung auch im Recht der Personengesellschaft, selbst wenn hier eine ausdrückliche positiv rechtliche Grundlage fehlt”.

²⁰⁹ As referências ao princípio da igualdade de tratamento em direito societário ainda são pontuais no direito brasileiro, mas cada vez mais se repetem (vide: EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, vol. I, SP : José Bushatski, 1979, nº 95, p. 279; e MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2º vol., cit., pp. 361-362). No direito português, há bons subsídios em: ANTÓNIO CAEIRO, *A exclusão estatutária do direito de voto nas sociedades por quotas*, ‘in’ *Temas de direito societário*, Coimbra : Almedina, 1984, nota 1, p. 72; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I vol., cit., nº 78, p. 239; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, Coimbra : Coimbra, 1997, pp. 42-46; e PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 3ª ed. Coimbra : Almedina, 2007, nº 3.4.4, pp. 99-103. Ainda no direito estrangeiro, existe doutrina de fôlego (vide, por exemplo: JUAN IGNACIO RUIZ PERIS, *Igualdad de trato en el derecho de sociedades*, Valencia : Tirant lo blanch, 2007).

²¹⁰ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., § 8 II 2, pp. 428-429: “Eine Gleichbehandlungspflicht kann nur in Frage stehen, wenn eine Person oder Institution – wie der herrschende Gesellschafter – in der Lage ist, ihren Willen ohne Rücksicht auf den Konsens der Betroffenen durchzusetzen”.

²¹¹ Assim como o princípio da prevalência do interesse comum sobre o interesse individual, também o princípio da igualdade de tratamento (“principio della parità di trattamento”) é uma decorrência da comunhão de escopos (cf.: GIUSEPPE FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., nº 183, p. 331). “O princípio da igualdade de tratamento resulta logo da natureza do negócio associativo de constituição. Como dizia HUECK, ‘a união de várias pessoas numa comunidade de direito privado traz consigo, em regra, a igualdade de tratamento dos membros que se encontram em posições idênticas no âmbito dessa comunidade’” (ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, cit., 1997, p. 43).

manifestamente contrário ao sentimento jurídico que alguém ingresse numa coletividade e nela seja tratado de forma diferente dos demais, de forma discriminatória.

O princípio da igualdade de tratamento é, portanto, válido para proteção à minoria, mas é também limitado. “O forte do princípio da igualdade de tratamento está em que a igualdade de tratamento é objetivável”, afirma Karsten Schmidt²¹². Outra vantagem é a de que a sua aplicação, em certa medida, acaba por deslocar o ônus da prova em favor do minoritário: basta a este demonstrar a desigualdade de tratamento; a maioria então deverá justificar a sua atitude.

As suas desvantagens, porém, conforme destaca Herbert Wiedemann²¹³, estão em que: (1º) por vezes, a própria lei quebra o princípio da igualdade, ao autorizar, p. ex., que a totalidade dos cargos sociais sejam ocupados pela maioria, muito embora isso traga vantagens só para esta, ou permita diversas alterações estruturais ou providências que podem beneficiá-la; (2º) a proibição de discriminação cai no vazio quando a igualdade formal é garantida, mas não obstante, em razão da estrutura social, alguns sócios são prejudicados (p. ex., numa sociedade anônima é deliberado o grupamento de ações na proporção de 10 para 1; quem possui menos de 10 ações perde a qualidade de sócio), hipótese em que não se pode controlar tal deliberação aplicando-se o princípio da igualdade de tratamento²¹⁴; e, por fim, (3º) a maioria também pode, em determinados casos, suportar intencionalmente perdas proporcionais aos demais, por determinado tempo, a fim de lesar a minoria (*squeezeout*)²¹⁵, ou porque é compensada externamente; nesses casos, também o

²¹² KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 16 II, p. 464: “Die Stärke des Gleichbehandlungsgrundsatzes besteht darin, daß Gleichbehandlung objektivierbar ist”.

²¹³ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., § 8 II 2, pp. 429-430. Lembra o grande jurista: “So einhellig die Gleichbehandlungspflicht im Verbandsrecht anerkannt wird, so eingeschränkt ist ihre Wirkungskraft für die praktischen Fälle des Minderheitenschutzes”.

²¹⁴ No direito brasileiro, como se sabe, a Inst. CVM nº 323, de 19 de janeiro de 2000, prescreve o seguinte: “Art. 1º. São modalidades de exercício abusivo do poder de controle de companhia aberta, sem prejuízo de outras previsões legais ou regulamentares, ou de outras condutas assim entendidas pela CVM: (...) XI – a promoção de grupamento de ações que resulte em eliminação de acionistas, sem que lhes seja assegurada, pelo acionista controlador, a faculdade de permanecerem integrando o quadro acionário com, pelo menos, uma unidade nova de capital, caso esses acionistas tenham manifestado tal intenção no prazo estabelecido na assembléia geral que deliberou o grupamento (...)”.

²¹⁵ *Squeezeout*, no direito norte-americano, designa “a transaction or set of transactions that does not coerce the noncontrolling shareholder in any formal legal sense, but that has the purpose and practical effect of making his situation so unrewarding that he is virtually disinvested or so unpleasant that he will inevitably sell out on the insider’s term” (ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate Law*, New York : Aspen Law & Business, 1986, § 12.1, p. 500).

princípio da igualdade de tratamento falha completamente. Bem por isso, a igualdade de tratamento precisa ser conjugada com o dever de lealdade²¹⁶.

Em todo caso, a violação do princípio da igualdade de tratamento é causa de anulação da deliberação assemblear²¹⁷. Além disso, havendo ofensa ao princípio, a desigualdade poderá ser reparada não necessariamente através da recuperação das vantagens legítimas atribuídas à maioria, mas, também, mediante um pagamento adicional ao minoritário²¹⁸.

3.3.2.2. Dever societário de lealdade.

Os direitos que os sócios gozam inserem-se e são valorados no âmbito da organização do grupo criado pelo contrato de sociedade. A inserção do indivíduo em um grupo organizado justifica, por isso, a subordinação dos interesses individuais ao interesse comum do grupo (e até o sacrifício dos primeiros para a realização do último). Os sócios têm para com a sociedade e os demais sócios, assim, deveres de consideração, os quais podem se condensar em deveres concretos de colaboração e de proteção (ou salvaguarda). Esses deveres são designados, pois, deveres de lealdade e constituem parte integrante da

²¹⁶ Cf.: UWE HÜFFER, *Aktiengesetz*, 5ª ed. München : C. H. Beck, 2002, § 53a, nº 14, p. 252.

²¹⁷ No direito acionário suíço, trata-se de causa expressa de anulação da deliberação assemblear (OR, art. 706, 2 (3)). Também na Alemanha, porém, a mesma solução é inquestionável (vide: MARCUS LUTTER e PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz*, 14ª ed. Köln : Otto Schmidt, 1995, § 53, nº 24, p. 673; THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 12, nº 61, p. 117, e § 16, nº 159, p. 271; e UWE HÜFFER, *Aktiengesetz*, cit., § 53aa, nº 12, pp. 251-252). Entre nós, a mesma solução é de se impor, em razão da ilicitude do ato (CC, art. 166, II).

²¹⁸ É o que registra HERBERT WIEDEMANN, recorrendo a um interessante julgado do Supremo Tribunal Federal da Alemanha: “Em BGH, WM 1972, p. 931, 933 (sociedade limitada) foram colocados à disposição de todos os sócios, com exceção do autor da ação, espaços locados na sede da sociedade limitada, mediante aluguel muito abaixo da média local. O tribunal deliberou conceder imediatamente ao sócio prejudicado, recorrendo a um caso semelhante em BGH, WM 1960, p. 1007 (cooperativa), o direito a uma determinada prestação compensatória contra a sociedade. Uma tal compensação por prejuízo vem ao caso sobretudo se, considerando-se o mútuo dever de lealdade, nenhuma outra solução plausível se apresenta, p. ex. porque não se pode exigir ou até mesmo exclui-se por razões jurídicas a recuperação das vantagens anteriormente atribuídas aos sócios beneficiados” (*Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., § 8 II 2, pp. 430-431; tradução de Erasmo Valladão A. e N. França). Vale mencionar que, entre nós, WALDIRIO BULGARELLI chegou a conclusão parecida ao tratar de caso no qual se debatia tratamento desigual em cooperativa: “de acordo com o princípio do tratamento proporcional igual a cada cooperado (cuja violação acarreta enriquecimento indevido), é vedado que alguns se beneficiem em detrimento de outros, o que se aplica também à própria cooperativa, quando for ela a beneficiada” (*Sociedade cooperativa, relações negociais entre cooperados e a cooperativa; violação do princípio da proporcionalidade, acarretando prejuízos a cooperados; dever da cooperativa reparar esses prejuízos*, ‘in’ *Questões atuais de direito empresarial*, SP : Malheiros, 1995, pp. 292-301). O que estava em jogo no caso do parecer era, diretamente, o princípio da igualdade de tratamento; a reparação não poderia se dar através da anulação de ato, senão pela outorga do benefício negado ao discriminado.

ordem legal não-escrita do direito societário²¹⁹. “O dever de lealdade dos sócios é”, nas palavras de Herbert Wiedemann, “componente (parte integrante) cogente de qualquer ética coletiva”²²⁰.

3.3.2.2.1. Fundamentos do dever de lealdade.

No direito alemão, diversas teorias foram elaboradas pela doutrina para fundamentar a validade do dever societário de lealdade²²¹. As três principais teorias são as seguintes: (1º) “teoria da persecução do fim social” (*Zweckförderungstheorie*): os defensores dessa teoria²²² tentam extrair o dever de lealdade, ao menos indiretamente, da regra do § 705 do BGB, que se diz ser expressão de um dever imanente dos sócios à persecução do fim social; (2º) “teoria da condensação” (*Verdichtungstheorie*): de acordo com esta concepção²²³, o dever de lealdade seria um destaque da regra do § 242 do BGB; e (3º) “teoria do aperfeiçoamento jurídico” (*Rechtsfortbildungstheorie*)²²⁴: defende-se aqui²²⁵ que o dever de lealdade teria o seu fundamento normativo numa multiplicidade de normas jurídicas esparsas (p. ex, BGB, §§ 242, 705, 708, 823; HGB, §§ 112 e 113; e AktG §§ 53a, 117, 243, 244f e 311), a partir das quais o dever de lealdade teria sido extraído e desenvolvido, através de aperfeiçoamento jurídico pelos juízes e pela doutrina, como

²¹⁹ KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 20 IV 1, pp. 587-588: “Die Treupflichten machen einen wesentlichen Teil der «ungeschriebenen Legalordnung» im Gesellschaftsrecht aus”.

²²⁰ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., § 3 II 3, p. 193: “Die Treupflicht der Mitglieder ist zwingender Bestandteil jeder Gemeinschaftsethik”.

²²¹ Vide: UWE HÜFFER, *Gesellschaftsrecht*, 7ª ed. München : C. H. Beck, 2007, § 11, nº 13, p. 86; e BERND GEIER, *Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsgrenzen der mitgliedschaftlichen Treupflicht des Aktionärs*, Frankfurt am Main : Peter Lang, 2007, pp. 28-30.

²²² P. ex.: MARCUS LUTTER (*Theorie der Mitgliedschaft*, ‘in’ AcP 180 (1980), 84, 117, e *Die Treupflicht des Aktionärs*, ‘in’ ZHR 153 (1989) 446, 454) e REINHARD MARSCH-BARNER (*Treupflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsbündelung*, ‘in’ ZHR 157 (1993) 172, 173).

²²³ P. ex.: GUNTER REIFF (*Gesellschaftsrechtliche Treupflichten im Zusammenhang mit der Heilung von verdeckten Sacheinlage bei der GmbH*, ‘in’ DStR 2004, 1258, 1260), JOACHIM HENNRICHS (*Treupflichten im Aktienrecht – zugleich Überlegungen zur Konkretisierung der Generalklausel des § 242 BGB sowie zur Eigenhaftung des Stimmrechtsvertreters*, ‘in’ AcP 195 (1995), 221, 228), SIEGFRIED KÜMPEL (*Bank- und Kapitalmarktrecht*, 3ª ed. Köln : 2004, nº 16.54) e ULRICH BURGARD (*Die Förder- und Treupflicht des Alleingesellschafters einer GmbH*, ‘in’ ZIP 2002, 827, 834).

²²⁴ O mote remete à teoria cognoscitiva-teorética do filósofo neomarxista alemão ERNST SIMON BLOCH que, em artigo intitulado “*Wahrheit als eingreifende Abbildung von Tendenzen – Latenzen*”, escrito em 1936 durante o seu exílio em Praga, expôs os fundamentos da sua “Fortbildungstheorie”.

²²⁵ P. ex.: ULRICH WASTL (*Director’s dealings und aktienrechtliche Treupflicht: ein exemplarischer Beitrag zur Bedeutung aktienrechtlicher Treupflichten im Kapitalmarktsektor*, ‘in’ NZG 2005, 17, 19) e UWE HÜFFER (*100 Bände BGHZ Personengesellschaftsrecht*, ‘in’ ZHR 151 (1987) 396, 410).

cláusula-geral²²⁶. Nenhuma das teorias, contudo, logrou se impor sobre as demais, embora parte expressiva da doutrina alemã entenda que a tese da correlação (*Korrelationsthese*), ou da coordenação entre poder e responsabilidade (acima estudada no subitem 2.5) fornece o suficiente fundamento ético-social do dever de lealdade, sendo que o debate sobre o seu fundamento jurídico carece de resultados práticos consistentes, na medida em que, por uma ou outra linha, a existência do dever de lealdade é indisputada. Nesse sentido, Marcus Lutter destaca que o fundamento do dever de lealdade não demanda investigação, tendo em vista que, na atualidade, se entende, de forma pacífica, que se cuida de “princípio *a priori existens* de direito das organizações societárias ou – nas palavras passadas de mais de 30 anos de Walter Stimpel – estabelecido como cláusula-geral judicial não-escrita”²²⁷.

3.3.2.2.2. Objeções ao dever de lealdade em determinadas organizações societárias.

O dever de lealdade existe em todas as sociedades. Inicialmente, foi ele reconhecido nas sociedades de pessoas, nas quais a vinculação pessoal dos sócios é de regra mais intensa. No entanto, a sua consagração nas sociedades limitada e anônima foi fruto de um progressivo desenvolvimento.

De fato, o dever de lealdade em sociedades limitadas é hoje aceito pela maioria da doutrina alemã²²⁸, mas a sua definitiva consagração pelo Supremo Tribunal Federal da Alemanha (BGH) veio somente com o célebre caso “ITT”, versando sobre a tutela de minoria em grupos de sociedades limitadas²²⁹. Simplificando, tratava-se do

²²⁶ Em tal linha, HERBERT WIEDEMANN destaca: “O Código Civil e o Código Comercial não tratam do dever societário de lealdade em geral, mas formulam apenas deveres gerais de conduta particulares, como por exemplo nos §§ 708, 823, 2 do BGB. Foi, por isso, tarefa da jurisprudência e da doutrina, descrever e desenvolver o dever cardinal do direito das organizações societárias” (*Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., § 3 II 3, p. 192: “Das Bürgerliche und das Handelsgesetzbuch behandeln die gesellschaftliche Treuepflicht nicht allgemein, sondern formulieren nur einzelne Wohlverhaltenspflichten wie zum Beispiel in den §§ 708, 823 Abs. 2 BGB. Es war deshalb Aufgabe von Rechtsprechung und Rechtslehre, die Gesellschaftstreue als Kardinalpflicht des Verbandsrechtes zu beschreiben und zu entwickeln”).

²²⁷ MARCUS LUTTER, *Treupflichten und ihren Anwendungsprobleme – Abhandlungen*, ‘in’ ZHR 162 (1998), p. 166: “*a priori existens* verbandsrechtliches Prinzip oder – in den 30 Jahre zurückliegenden Worten von Walter Stimpel – als richterliche Generalklausel heute gewohnheitsrechtlich etabliert”.

²²⁸ Cf. (deveres de lealdade em sociedade limitada): ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, cit., § 13, n° 21, p. 182; HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., § 8 I 2, pp. 412-414; KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 20 IV 3, p. 590; MARCUS LUTTER e PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz*, cit., § 14, n° 14, p. 200; e THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 28, n° 38, p. 442; e; dentre tantos outros.

²²⁹ BGH 05.06.1975, ‘in’ BGHZ 65, 15ss.

seguinte: uma grande sociedade estrangeira (ITT), na qualidade de sócia majoritária da sociedade limitada que atuava como sócia comanditada em uma “GmbH & Co.”²³⁰, impôs à sociedade comanditária e às suas subsidiárias a celebração de contratos de prestação de serviços com uma subsidiária da ITT, pelo qual aquelas se obrigavam a transferir 1% de seus lucros à dita subsidiária, sem contraprestação equivalente. O sócio minoritário da sociedade limitada – que atuava como sócia comanditada – processou a empresa controladora reclamando a reposição dos lucros à sociedade comanditária e suas subsidiárias. Diferentemente dos tribunais das instâncias ordinárias, o BGH acolheu a demanda, alegando que as relações internas da sociedade limitada e das sociedades de pessoas são muito similares, pelo que o dever de lealdade não apenas era exigível nas relações entre sócios e a sociedade, senão também nas relações dos sócios entre si. O significado deste dever de lealdade concretiza-se na relação de grupos de sociedades, ao afirmar-se que a possibilidade que têm os sócios majoritários de exercer influência sobre a administração social e com isso afetar os interesses dos demais sócios há de ter como contrapeso o dever social de considerar, salvaguardar, também ditos interesses. Com isso, reconheceu-se à minoria – ao menos na sociedade limitada com dois sócios – uma ação direta contra maioria a fim de reclamar a reposição à sociedade (e suas subsidiárias) dos lucros distribuídos de forma oculta.

O reconhecimento do dever de lealdade em sociedades anônimas, porém, é ainda matéria que suscita alguma controvérsia. A doutrina mais antiga era no sentido de que os acionistas não teriam um especial dever de lealdade perante os demais membros nem frente à sociedade, senão que estariam unicamente submetidos, em função do § 242 do BGB, ao dever geral de conduta que rege o tráfego jurídico privado²³¹, porquanto da mera relação de participação numa sociedade anônima não seria possível derivar deveres de lealdade: faltariam, aí, as relações pessoais exigíveis para tal efeito, ao contrário do que

²³⁰ A “GmbH & Co.” é tipo societário surgido da deformação da sociedade em comandita simples, na qual o sócio comanditado é uma sociedade limitada. As razões práticas que levaram ao surgimento desse tipo societário derivado foram de ordem fiscal, na medida em que a sociedade em questão é tributada como sociedade de pessoas, e, também, o desejo de evitar a implantação da co-gestão da empresa. No direito brasileiro, a consagração desse tipo societário pela praxe seria inadmissível, pois apenas as pessoas físicas podem ser sócios comanditados (CC, art. 1.045).

²³¹ Nesta linha, por exemplo, ANTÔNIO CAEIRO, forte na doutrina alemã, sustentou que “as relações entre a AG e os acionistas devem ser conformes aos bons costumes e à boa fé, mas não há que falar dum dever de fidelidade” (*A exclusão estatutária do direito de voto nas sociedades por quotas*, ‘in’ *Temas de direito societário*, cit., nota 1, p. 73).

ocorreria nas sociedades em nome coletivo²³². Tais argumentos, porém, segundo entende Herbert Wiedemann, são ou de natureza conceitual (*begriffsjuristischer Natur*)²³³ ou denotam uma mal-disfarçada ideologia protetiva do controlador²³⁴. Atualmente, porém, o entendimento prevalente na doutrina é no sentido de que todos os acionistas, inclusive os minoritários, estão submetidos ao dever de lealdade entre si e para com a sociedade²³⁵.

A verdade é que o debate, tal como posto, estava mesmo desfocado: se é verdade que o tipo societário pode, em princípio, interferir na intensidade dos deveres de lealdade, também não é menos exato que a extensão dos mesmos não depende do tipo ideal, mas apenas da estrutura real. “O resultado não depende da forma jurídica da organização societária, mas da sua estrutura real. Fosse diferentemente, então, poderiam os sócios, como diz Wiedemann, por ocasião da deliberação sobre a transformação societária, pendurar os deveres de lealdade no cabide. Depende em que extensão elementos personalísticos (personalistas) ou cooperativos encontram entrada na vida social, e depende então em cada caso específico da extensão da lesão de interesses, se uma infração ao dever de lealdade é ou não aceitável. Também a indagação sobre se um sócio participa de uma sociedade comercial como empresário ou apenas como investidor, tem importância. A forma jurídica da organização societária tem em todas elas significação meramente indiciária”²³⁶.

²³² Por todos, era essa a abalizada opinião de ALFRED HUECK (*Der Treuegedanke im modernen Privatrecht*, 1947, p. 14).

²³³ No entanto, segundo entende ANTÔNIO CAEIRO, com apoio nas lições de ZÖLLNER, “a controvérsia tem interesse quase exclusivamente terminológico, pois os autores que afirmam a existência do dever de fidelidade para os acionistas retiram dele apenas as conseqüências que já resultariam da aplicação do princípio da boa fé” (*A exclusão estatutária do direito de voto nas sociedades por quotas*, ‘in’ *Temas de direito societário*, cit., nota 1, p. 73).

²³⁴ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., § 8 II 3, p. 433: “Diese Argumente sind entweder begriffsjuristischer Natur oder enthalten eine verdeckte Ideologie zu Gunsten der herrschenden Gesellschafter”.

²³⁵ Cf. (dever de lealdade em sociedade anônima): FRIEDRICH KÜBLER, *Derecho de sociedades*, cit., pp. 305-307; KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 20 IV 3, p. 591, e *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, cit., § 105, n° 190, p. 75, e *Gesellschaftsrecht*, 4ª ed. Köln : Carl Heymanns, 2002, § 20 IV 3, p. 591; THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 12, n° 40, p. 108; e UWE HÜFFER, *Aktiengesetz*, cit., § 54a, n° 2, p. 249. Ainda no mesmo sentido: FABRIZIO GUERRERA, *Abuso del voto e controllo di correttezza sul procedimento deliberativo assembleare*, ‘in’ *Rivista delle Società* 47/184-185.

²³⁶ KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 20 IV 3, p. 592: “Das Ergebnis hängt nicht von der Rechtsform des Verbandes ab, sondern von seiner Realstruktur. Wäre es anders, so könnten die Gesellschafter, wie Wiedemann sagt, bei der Beschlußfassung über einen Formwechsel die Treupflicht an der Garderobe abgeben. Es kommt darauf an, in welchen Umfang personalistische und kooperative Elemente Eingang in das Verbandsleben finden, und es hängt dann in jeden Einzelfall von dem Ausmaß der Interesseverletzung ab, ob ein Treupflichtverstoß angenommen werden kann oder nicht. Auch die Frage, ob ein Gesellschafter «unternehmerisch» oder nur als Kapitalanlager an einer Handelsgesellschaft beteiligt ist, spielt eine Rolle. Die Rechtsform des Verbandes hat bei all dem nur indizielle Bedeutung”.

3.3.2.2.3. Orientação protetiva dúplice e incidência geral.

O dever de lealdade apresenta uma orientação protetiva dúplice (*doppelte Schutzrichtung*). A qualidade de sócio, consoante observa Karsten Schmidt, “estabelece uma relação jurídica não só entre os sócios, mas também entre eles e a sociedade. Em conformidade com isto, existem também os deveres de lealdade societários não só entre os sócios mas também na relação entre os sócios e a sociedade”²³⁷. Trata-se, aliás, de uma decorrência lógica do próprio conceito de sociedade (CC, art. 981)²³⁸.

A qualidade de sócio decorre de uma específica relação jurídica que une os sócios à sociedade e também aos demais sócios, de sorte que os deveres de lealdade podem se pôr em proteção dos interesses da sociedade e dos interesses societários dos sócios, cujo conteúdo necessita ser delimitado de caso em caso.

Na jurisprudência alemã, porém, o reconhecimento da existência de deveres de lealdade no relacionamento dos acionistas entre si teve a sua consagração definitiva no famoso caso *Linotype*, o qual representou uma notável evolução do BGH em comparação ao sempre criticado julgado proferido no caso *Audi-NSU*²³⁹. Nesse segundo caso²⁴⁰, a sociedade Linotype detinha 90% da sociedade Stempel e desejava adquirir diretamente a atividade azindal desta última. Para tal fim, forte em sua larga maioria, aprovou a deliberação de dissolução da Stempel, muito embora esta registrasse um bom sucesso comercial e produzisse lucros consistentes. Assim, na fase de liquidação, a Linotype

²³⁷ KARSTEN SCHMIDT, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, cit., § 105, nº 189, p. 74: “Die Mitgliedschaft stellt ein Rechtsverhältnis sowohl unter den Gesellschaftern als auch zwischen ihnen und der Gesellschaft her. Dementsprechend bestehen auch die mitgliedschaftlichen Treupflichten sowohl unter den Gesellschaftern als auch im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft”.

²³⁸ TULLIO ASCARELLI já dizia que, no contrato de sociedade, “cada parte, pois, tem obrigações, não para com ‘uma’ outra, mas para com ‘todas’ as outras; adquire direitos, não para com ‘uma’ outra, mas para com ‘todas’ as outras” (*O contrato plurilateral*, ‘in’ *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, SP : Saraiva, 1945, p. 287).

²³⁹ No citado caso *Audi-NSU* (BGH 16.02.1976, ‘in’ JZ 1976, 561ss.), o BGH negou a existência de deveres fiduciários entre acionistas, dada a ausência, nas sociedades anônimas, de relevantes relações jurídicas entre os sócios. Porém, a razão aí adotada como fundamento para o diverso tratamento emprestado à situação dos sócios de sociedades de capitais não convenceu a doutrina, que em particular sublinhou a sobrevalorização (“Überwertung”) dos efeitos jurídicos da estrutura corporativa da sociedade anônima.

²⁴⁰ BGH, 01.02.1988, ‘in’ NJW, 1988, 1.579, com nota de TIMM; JR 1988, 5051, com nota de BOMMER; e JZ 443, com nota de WIEDEMANN.

colocou em prática o seu programa inicial e adquiriu o estabelecimento da Stempel. Chamado a decidir sobre o caso, o BGH entendeu que a acionista controladora havia violado o seu dever de lealdade em face dos demais acionistas e isso não pelo fato, em si considerado, de ter adquirido em liquidação os bens da sociedade, e sim pela falta de lealdade e por ter agido na persecução de um próprio e egoístico interesse, sem ter considerado com isso o dano causado para os minoritários.

O dever de lealdade do controlador fundamenta-se no acréscimo de poderes (*Machtzuwachs*) que ele obtém e que lhe permite, na assembléia geral e na administração, dispor de seu próprio patrimônio e do patrimônio alheio, além de influenciar na alienação de sua participação societária. Em última análise, trata-se da concretização da regra segundo a qual influência e responsabilidade devem existir conjuntamente. O dever de lealdade do sócio controlador limita não apenas o exercício de seus direitos, mas conforma intrinsecamente o seu poder jurídico. Essa formulação, que se tornou clássica para a fundamentação do dever de lealdade do controlador, consoante destaca Herbert Wiedemann, “provém do RGZ 132, p. 149 (Vitória): «Do poder de decidir, através de deliberação majoritária, ao mesmo tempo também para a minoria e com isso indiretamente dispor dos seus direitos patrimoniais na sociedade, resulta sem dúvida o dever societário da maioria de levar em conta, nos limites do interesse coletivo, também os legítimos interesses da minoria, sem restringir desmesuradamente os seus direitos». Essa idéia perpassa também pela moderna jurisprudência do BGH desde BGHZ 65,15 (ITT); 103, 184 (Linotype); 127, 107, 111 (BMW); por último BGH, WM 2002, 70 (KG) = NZG 2002, 323”²⁴¹.

Existem, porém, deveres de lealdade não apenas por parte do controlador, mas ainda por parte dos sócios minoritários. Num primeiro momento, é verdade, o dever de lealdade foi usado para controlar os excessos da maioria e, portanto, para a tutela das

²⁴¹ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., § 4 I 3, p. 304: “Die klassisch gewordene Formulierung zur Begründung der Treupflicht des Mehrheitsgesellschafters oder der Gesellschaftermerheit stammt aus RGZ 132. S. 149 (Victoria): «Aus der Befugnis, im Wege des Mehrheitsbeschlusses zugleich auch für die Minderheit zu beschließen und damit mittelbar über deren in der Gesellschaft gebundene Vermögensrechte zu verfügen, ergibt sich ohne weiteres die gesellschaftliche Pflicht der Mehrheit, im Rahmen des Gesamtinteresses auch den berechtigten Belangen der Minderheit Berücksichtigung angedeihen zu lassen und deren Rechte nicht über Gebühr zu verkürzen». Dieser Gedanke durchzieht auch die moderne Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit BGHZ 65, S. 15 (ITT); 103, S. 184 (Linotype); 127, S. 107, 111 (BMW); zuletzt BGH, WM 2002, S. 70 (KG) = NZG 2002, S. 323, 324”.

minorias. Posteriormente, verificou-se que também as minorias poderiam proceder de forma desleal, bloqueando, por exemplo, medidas de saneamento necessárias, para procurar obter vantagens laterais. E a doutrina acabou por generalizar o dever de lealdade também às minorias, especialmente quando estas detêm uma participação suficientemente elevada a ponto de poder bloquear a aprovação de determinadas deliberações²⁴².

O dever de lealdade por parte de minorias acionárias foi consagrado pela jurisprudência alemã noutro célebre caso, *Girmes* (BGH, 20.03.1995). Naquele caso, a sociedade anônima Girmes AG encontrava-se em situação de insolvência. O Conselho de Administração e os bancos conceberam um plano de recuperação, no qual se previa uma redução do capital social e a correspondente “canje” (colocação de ações) em proporção de 5/2. Boko Hoffmann, editor da revista especializada «Effekten-Spiegel», apelou aos acionistas para representá-los e votar em seus nomes na assembléia geral, a fim de tentar impor uma proporção de 3/5. Através de procurações, logrou ele obter uma minoria superior a 25% dos votos, com o que bloqueou a aprovação do plano de recuperação. Com isso, a sociedade faliu e as ações tornaram-se totalmente desvalorizadas. Em razão disso, acionistas que não haviam sido representados por Hoffmann reclamaram o ressarcimento do dano causado. O BGH, então, confirmou a regra de que as minorias também estão sujeitas ao dever de lealdade no exercício dos seus direitos, mas ressaltou, com razão, a idéia de que os acionistas podem perseguir os seus próprios interesses empresariais dentro de certa margem de discricionariedade. O BGH entendeu que o dever de lealdade compete a todos os acionistas, mesmo aos minoritários, os quais devem exercitar os seus direitos sociais, neles compreendidos os de controle e administração, tendo adequadamente em conta (não o interesse da sociedade mas) os interesses conexos à sociedade dos demais acionistas; o acionista minoritário viola o dever de lealdade quando, fundado em motivos egoístas, impede com o seu voto a adoção de um sensato plano de recuperação elaborado pela maioria. Ou seja, tal como afirmado no aresto do BGH, “também o

²⁴² Também os minoritários têm deveres de lealdade para com os demais sócios (cf.: FRIEDRICH KÜBLER, *Derecho de sociedades*, cit., p. 305; HERBERT WIEDEMANN e KASPAR FREY, *Gesellschaftsrecht*, 7ª ed. München : C. H. Beck, 2007, nº 352, p. 354; THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 12, nº 50, p. 112; e KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 20 IV 3, p. 593). Na Suíça prevalece a mesma inteligência (cf.: CARL BAUDENBACHER, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht II (art. 530-1186 OR)* (obra coletiva) – coords. Heinrich Honsell, Nadim Peter Vogt e Rolf Watter, 2ª ed. Helbing & Lichtenhahn : Basel, Genf, München, 2002, art. 620, nº 34, p. 246).

acionista minoritário tem um dever de lealdade para com os seus co-acionistas (para com os demais acionistas). Ele o obriga a exercer os seus direitos de sócio, em especial os seus direitos de co-administração e de controle, sob a adequada consideração dos interesses societários (interesses *ex causa societatis*) dos demais acionistas”²⁴³.

É por isso, pois, conforme acima já destacado, que se entende que o dever de lealdade não é apenas instituto de proteção de minoria. Trata-se, antes, de um instituto de proteção da sociedade e dos sócios contra os abusos societários em geral, provenham eles da administração social, do controlador ou da minoria, pouco importa.

3.3.2.2.4. Funções, conteúdo e intensidade dos deveres de lealdade.

A doutrina aponta três funções para o dever de lealdade²⁴⁴. A primeira função é a de limitação do direito de cada sócio isoladamente no exercício dos seus direitos de co-participação e fiscalização: cada um está obrigado a levar em conta os interesses da organização societária e dos demais sócios. Trata-se, pois, da especial conformação da boa-fé objetiva no direito societário (*Treu und Glauben*). A segunda função é a de fundamentar os deveres que cada sócio assume numa sociedade de pessoas: a confiança recíproca é uma condição da existência e do bom resultado de um *grupo primário*; em casos excepcionais, o dever de lealdade pode exigir a concordância do sócio, p. ex., com alterações contratuais.

²⁴³ “Auch dem Minderheitsaktionäre obliegt eine Treupflicht gegenüber seinen Mitaktionären. Sie verpflichtet ihn, seine Mitgliedsrechte, insbesondere seine Mitverwaltungs- und Kontrollrechte, unter angemessener Berücksichtigung der gesellschaftsbezogenen Interessen der anderen Aktionäre auszuüben” (BGH 20.03.1995, ‘in’ NJW (1995) 27, 1.739).

²⁴⁴ É o que explica HERBERT WIEDEMANN: “Nisso de se chamar atenção para a função múltipla que o mandamento da lealdade preenche no direito da organização societária: – como limitação do direito de cada qual dos sócios no exercício de seus direitos de participação na administração e controle: quando do exercício do (seu) direito, cada membro – variando conforme o modo e o âmbito da vinculação societária – obriga-se também a ter consideração para com os interesses da organização societária e os que digam respeito à qualidade de sócio. Trata-se da especial manifestação da boa-fé no direito da organização societária; – para a fundamentação dos deveres, que cada partícipe assume numa sociedade personalística (...); – como limitação do direito da maioria dos sócios quando da tomada de fato ou de direito de influência sobre a sociedade ou a empresa” (*Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., § 8 III 3, p. 431: “Dabei ist auf die mehrfache Funktion hinzuweisen, die das Treuegebot im Verbandsrecht erfüllt: – als Rechtsbegrenzung des einzelnen Gesellschafters bei der Ausübung seiner Mitverwaltungs- und Kontrollrechte: jedes Mitglied ist – abgestuft nach Art und Umfang der gesellschaftsrechtlichen Bindung – gehalten, bei der Rechtsausübung auch auf die Verbandsinteressen und mitgliedschaftlichen Belange der übrigen Gesellschafter Rücksicht zu nehmen. Es handelt sich um die spezielle Ausprägung von Treu und Glauben im Verbandsrecht; – zur Begründung von Pflichten, die jeder Beteiligte in einer personalistischen Gesellschaft übernimmt (...); – als Rechtsbegrenzung der Gesellschaftermehrheit bei der rechtlichen oder tatsächlichen Einflußnahme auf die Gesellschaft oder das Unternehmen”).

A terceira função é a de servir de limitação do direito da maioria no exercício de sua influência jurídica ou fática sobre a sociedade ou a sua empresa.

“Formalmente”, acrescenta Herbert Wiedemann, “o dever de lealdade tem um característico conteúdo duplice, nomeadamente o de [o sócio] colaborar ativamente para os assuntos da coletividade na extensão prometida e, além disso, abster-se de tudo que possa prejudicar a sociedade e os demais sócios”²⁴⁵. Eugen Klünzinger afirma, por isso, ser “incontroverso que existe para todos os sócios um dever geral de lealdade, que pode se exprimir de duas maneiras: + positivamente: os sócios têm o dever de zelar pelos interesses da sociedade; + negativamente: os sócios têm o dever de abster-se de tudo o que possa lesar esses interesses”²⁴⁶⁻²⁴⁷.

A intensidade desses deveres, porém, só pode ser aferida diante da *concreta situação jurídica individual* do sócio²⁴⁸. Para tanto, tem influência decisiva, não tanto a forma societária escolhida²⁴⁹, senão a sua estrutural real (*Realstruktur*)²⁵⁰: a modelagem contratual, mais ou menos personalística, e o fim social²⁵¹. Como diz Karsten Schmidt, “a

²⁴⁵ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., § 3 II 3, p. 199: “Formal hat die mitgliedschaftliche Treuepflicht einen charakteristischen Doppelinhalt, nämlich die Angelegenheiten der Gemeinschaft im versprochenen Umfang zu fördern und daneben alles zu unterlassen, was der Gesellschaft und den anderen Teilhabern schaden könnte”.

²⁴⁶ EUGEN KLUNZINGER, *Grundzüge des Gesellschaftsrechts*, 15ª ed. München : Verlag Franz Vahlen, 2009, § 5, nº 3, p. 74: “Es ist deshalb unbestritten, daß für alle Gesellschafter eine allgemeine Treupflicht besteht, die sich auf zweifache Weise äußern kann: + positiv: Gesellschafter haben die Pflicht, die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen; + negativ: Gesellschafter haben die Pflicht, alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigt”). No mesmo sentido: HERBERT WIEDEMANN e KASPAR FREY, *Gesellschaftsrecht*, cit., 2007, nº 9, p. 8; THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 28, nº 36, p. 441; e UWE HÜFFER, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 11, nº 35, p. 96.

²⁴⁷ Para ANTÔNIO CAEIRO, “o dever de fidelidade obriga os participantes a absterem-se de todo e qualquer comportamento que possa prejudicar os interesses da comunhão ou os interesses dos comparticipantes, compreendidos no escopo comum, e, além disso, a prosseguirem estes interesses no domínio da atividade exercida pela comunhão (HUECK, *Treuegedanke*, págs. 18 e segs.)” (*A exclusão estatutária do direito de voto nas sociedades por quotas*, ‘in’ *Temas de direito societário*, cit., nota 1, p. 73).

²⁴⁸ Cf.: ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, cit., 1996, § 13, nº 23, p. 183; MARCUS LUTTER e PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz*, cit., § 14, nº p. 200; HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., § 8 II, 3, p. 434; HERBERT WIEDEMANN e KASPAR FREY, *Gesellschaftsrecht*, cit., nº 9, p. 8; e THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 12, nº 47, p. 111, e § 28, nº 40, p. 443. Vide também: ANTONIO NUZZO, *L’abuso della minoranza*, Torino : G. Giappichelli, 2003, p. 283.

²⁴⁹ Cf. ADOLF BAUMBACH e KLAUS J. HOPT, *Handelsgesetzbuch*, cit., § 109, nº 23, p. 383 – os quais, porém, não negam que o tipo tenha relevância: “Die Treupflicht kann je nach Gesellschaftstyp unterschiedlich weit reichen”.

²⁵⁰ Cf.: ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, cit., § 13, nº 23, p. 183; e THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 12, nº 41, p. 109.

²⁵¹ Conforme acima destacado, “o dever de lealdade compreende a orientação das relações jurídicas societárias para uma correta colaboração de todos os participantes em vista da consecução do fim social” (HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., 3 II § 3, p. 192; no original: “Die Treupflicht beinhaltet die Ausrichtung der gesellschaftlichen Rechtsverhältnisse auf ein korrektes Zusammenwirken aller Beteiligten zur Erreichung des Gesellschaftszwecks”).

extensão do dever de lealdade depende da estrutura real da sociedade e das circunstâncias de cada caso. Quanto mais personalista a estrutura da sociedade for, mais intensivos serão os deveres de lealdade”²⁵². Em qualquer caso, a conformação capitalística da sociedade não exclui o dever de lealdade²⁵³.

3.3.2.2.5. Regras e características gerais.

O dever societário de lealdade do sócio domina toda a situação jurídica de sócio, estrutura-se em consideração a interesses alheios (*fremdnützig*)²⁵⁴ e, portanto, produz efeitos sobre todas as posições jurídicas subjetivas ativas do sócio²⁵⁵. Exige ele, pois, uma ponderação de interesses. Assim, frisam Thomas Raiser e Rüdiger Veil, “enquanto o sócio obrigado ao dever de lealdade exercer direitos postos em consideração a interesses alheios (*fremdnützige Rechte*), acima de tudo poderes de gerência, deve ele observar exclusivamente o interesse da empresa”²⁵⁶. De outro lado, prosseguem ainda os mesmos juristas, “no exercício de poderes postos no interesse próprio (*eigennütziger Befugnisse*), não precisa ele colocar os seus próprios interesses atrás dos da sociedade. Porém vale o princípio da proporcionalidade: ele deve se servir do meio mais suave e não deve onerar a sociedade de um modo que esteja fora de proporção em relação à vantagem obtida”²⁵⁷. Para essa ponderação de interesses, tem relevância determinar se os interesses em conflito dizem respeito à sociedade ou aos sócios entre si.

²⁵² KARSTEN SCHMIDT, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, cit., § 105, n° 190, p. 75: “Das Ausmaß der Treupflicht hängt von der Realstruktur der Gesellschaft und von den Umständen des Einzelfalls ab. Je personalistischer die Struktur der Gesellschaft ist, umso intensiver sind die Treupflichten”.

²⁵³ Cf.: ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, cit., 1996, § 13, n° 23, p. 183: “Kapitalistische Gestaltung schließt Treuebindung keineswegs aus”.

²⁵⁴ Cf.: ADOLF BAUMBACH e KLAUS J. HOPT, *Handelsgesetzbuch*, cit., § 109, n° 23, p. 383: “Die Treupflicht ist fremdnützig”.

²⁵⁵ Cf.: ADOLF BAUMBACH e KLAUS J. HOPT, *Handelsgesetzbuch*, cit., § 109, n° 23, p. 383.

²⁵⁶ THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 28, n° 41, p. 441: “Soweit der treupflichtige Gesellschafter fremdnützige Rechte, vor allem Geschäftsführungsbefugnisse ausübt, hat er ausschließlich das Unternehmensinteresse zu verfolgen”.

²⁵⁷ THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 28, n° 41, p. 443: “Bei der Wahrnehmung eigennütziger Befugnisse, braucht er die eigene Interessen nicht hinter die der Gesellschaft zurückzustellen. Doch gilt das Verhältnismäßigkeitsprinzip: er muss sich des mildesten Mittel bedienen und darf die Gesellschaft nicht in einer Weise belasten, die außer Verhältnis zum erzielten Vorteil liegt”. Com o mesmo registro, confira-se: INGO KOLLER, WULF-HENNING ROTH e WINFRIED MORCK, *Handelsgesetzbuch*, 2ª ed. München : C. H. Beck, 1999, § 105, nota 36a p. 297.

A figura do dever de lealdade é, outrossim, uma cláusula-geral do direito societário, que serve para juridicamente superar conflitos na sociedade, cuja solução não se encontra previamente indicada na lei ou no contrato social²⁵⁸. Frisa ainda Herbert Wiedemann que, como todo princípio geral de direito, a regra de lealdade não oferece nenhuma norma diretamente aplicável, mas exige concretização fática por grupos de casos individuais²⁵⁹. “Evidentemente, acrescenta ainda o mestre alemão, “um princípio jurídico não é como tal subsumível”²⁶⁰.

O dever societário de lealdade impregna toda a relação jurídica societária, mas também antes e depois dela, nas fases pré- e pós-contratual²⁶¹. Prevalece não apenas em sociedades sujeitas ao princípio majoritário, mas igualmente se faz presente em sociedades em que a unanimidade é exigida²⁶². Além disso, numa sociedade composta por apenas duas pessoas, deve ser exigido um grau mais elevado de espírito de cooperação e consideração para com o interesse do outro, do que numa multiplicidade de membros²⁶³. O sócio-administrador obriga-se mais do que o não-administrador²⁶⁴. Também é diferente o que se exige do controlador e do minoritário: “o sócio controlador deve levar em conta os interesses da minoria nas deliberações que, com a sua maioria de voto, puder aprovar. Por

²⁵⁸ Cf.: THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 28, nº 37, p. 442.

²⁵⁹ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., § 8 II, 3, p. 434: “Wie alle allgemeinen Rechtsprinzipien bietet das Treugebot keine unmittelbar anwendbare Norm, sondern bedarf der tatbestandlichen Verfestigung in einzelnen Fallgruppen”. No mesmo sentido: ANTONIO NUZZO, *L’abuso della minoranza*, cit, p. 62. Mais do que princípio geral do direito, o dever de lealdade é cláusula-geral: “Princípios gerais de direito são regras que norteiam o juiz na interpretação da relação jurídica discutida em juízo. Os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais são enunciações abstratas feitas pela lei, que exigem valorização para que o juiz possa preencher o seu conteúdo. Preenchido o conteúdo valorativo por obra do juiz, este decidirá de acordo com a consequência previamente estabelecida pela lei (conceito legal indeterminado) ou construirá a solução que lhe parecer mais adequada para o caso concreto (cláusula geral)” (NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código Civil comentado*, 6ª ed. SP : RT, 2008, nota introdutória 25, p. 192). Ainda sobre a diferenciação, é sempre proveitosa a leitura da bela obra de ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (*Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*, SP : RT, 2008, nº 51, pp. 209-214).

²⁶⁰ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., § 3 II 3, p. 192: “Offensichtlich ist ein Rechtsprinzip als solches nicht subsumtionsfähig”.

²⁶¹ KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 20 IV 1, p. 588, e *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, cit., § 105, nº 188, p. 74 – com a seguinte lição: “Die Treupflichten bestehen auch in einer aufgelösten Gesellschaft. Selbst nachwirkende Treupflichten unter den Gesellschaftern über die Liquidation hinaus kommen in Betracht”. No mesmo sentido. ainda: ADOLF BAUMBACH e KLAUS J. HOPT, *Handelsgesetzbuch*, cit., § 109, nº 24, pp. 383-384.

²⁶² KARSTEN SCHMIDT, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, cit., § 105, nº 188, p. 74.

²⁶³ Cf.: THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 28, nº 40, p. 443.

²⁶⁴ THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 28, nº 41, p. 443: “Ein geschäftsführender Gesellschafter schuldet mehr als ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener”.

outro lado, não devem os sócios minoritários bloquear decisões majoritárias sem razão suficiente”²⁶⁵.

Por fim, tal qual a boa-fé objetiva, do qual se destacou e se desenvolveu, o dever societário de lealdade, além de ter “potencial jurisdgênico”²⁶⁶, apto a revelar os deveres anexos ou instrumentais, e de desempenhar a função de limitação ao exercício de posições jurídicas subjetivas²⁶⁷, serve também de cânone hermenêutico, auxiliando na interpretação dos estatutos ou do contrato social²⁶⁸.

Em comparação ao princípio da igualdade de tratamento, explica Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França²⁶⁹, o dever de lealdade possui maior amplitude, pois: (i) a ele estão sujeitos todos os atos da assembléia geral, da administração e os praticados por ocasião da negociação de ações; e (ii) o seu inadimplemento pode levar não apenas à invalidação dos atos e à devolução de vantagens indevidas, mas também à ampla indenização dos danos causados. Além disso, o dever de lealdade tem amplitude maior do que o princípio geral de respeito aos bons costumes, porque apanha situações que não são tão claramente ilícitas (como aquelas que dependem da prévia ponderação de interesses), permitindo ao direito societário elaborar a sua própria *escala de valores*.

3.3.2.2.6. Deveres positivos de voto (*positive Stimmpflichten*).

Os sócios minoritários que, individualmente ou em grupo, dispõem de uma minoria capaz de bloquear deliberações que sejam necessárias para assegurar a capacidade existencial ou o futuro da empresa, não podem arbitrariamente obstar a sua implementação, por efeito do dever societário de lealdade, conforme acima especificado. Esse dever, que

²⁶⁵ THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 28, nº 41, p. 443: “Der herrschende Gesellschafter hat bei den Entscheidungen, die er aufgrund seiner Stimmenmehrheit durchsetzen kann, die Interessen der Minderheit zu berücksichtigen. Minderheitsgesellschafter dürfen andererseits Mehrheitsentscheidungen nicht ohne hinreichenden Grund blockieren”.

²⁶⁶ A significativa expressão “potencial jurisdgênico” encontra-se na modelar obra do civilista português CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO (*Teoria geral do direito civil*, 4ª ed. Coimbra : Coimbra editores, 2005, nº 26, p. 125).

²⁶⁷ HERBERT WIEDEMANN alude à “Schrankenfunktion der Treupflicht” (*Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., 2004, § 3 II 3, p. 203).

²⁶⁸ Cf.: KARSTEN SCHMIDT, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, cit., § 105, nº 188, p. 74.

²⁶⁹ ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, anotações a aula do curso de pós-graduação ministrado na Faculdade de Direito da USP – 2008.

recai sobre a minoria, é correlato ao dever da maioria de levar em conta os interesses da minoria em decisões fundamentais.

Coloca-se, assim, a questão especialmente delicada e controvertida de saber se, dispondo de poder de bloqueio (ou veto), a minoria pode ser compelida a votar favoravelmente à aprovação de determinada alteração contratual e estatutária, e sob quais condições. Mais do que apenas o dever de se abster de votar contrariamente à proposta, o que se indaga é se se poderia chegar ao extremo de exigir o voto favorável da minoria – até porque, em muitos casos, a abstenção tem o mesmo efeito do voto contrário, por impedir o atingimento de quórum de deliberação fixado em função do capital social.

Quanto à essa delicada questão, a doutrina alemã é convergente no sentido de reconhecer, em tese, a existência do dever positivo de voto (*positive Stimmpflicht*)²⁷⁰. Esse dever, em realidade, foi reconhecido na jurisprudência alemã a partir de uma longa cadeia de decisões do BGH²⁷¹. “O dever de votar favoravelmente à aprovação”, frisa Uwe Hüffer, “é de ser afirmado, em princípio; problemático é menos o seu fundamento do que a sua concretização”²⁷².

A definição sobre a existência ou não de dever positivo de voto em concreto é algo que só pode resultar de um apropriado processo de ponderação de interesses²⁷³. Esse processo, por sua vez, encontra-se bem descrito por Dirk Kunze, na sua tese de doutorado, especificamente dedicada ao tema: “Os pressupostos dos deveres positivos de voto devem ser determinados pela via de uma ponderação jurídica de interesses. Para isso deve-se verificar se uma deliberação, para a qual um dever positivo de voto vem à indagação, é

²⁷⁰ Cf.. (o dever de lealdade pode, em situações extremas, impor obrigações positivas de voto): ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, cit., § 13, n° 31, p. 186; DIRK KUNZE, *Positive Stimmpflichten im Kapitalgesellschaftsrecht*, Frankfurt am Main : 2004, pp. 229-231; EUGEN KLUNZIGER, *Grundzüge des Gesellschaftsrechts*, cit., § 5, n° 3, p. 74; HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., § 3 II 3, pp. 200-201; THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 12, n° 50, p. 112; e UWE HÜFFER, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 11, n° 16, p. 88; dentre tantos outros.

²⁷¹ Cf.: HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., § 3 II 3, pp. 200-201.

²⁷² UWE HÜFFER, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 11, n° 16, p. 88: “Die Zustimmungspflicht ist im Prinzip zu bejahen; problematisch ist weniger der Grundsatz als seine Konkretisierung”.

²⁷³ THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL afirmam, por exemplo, que os “deveres positivos de voto surgem apenas quando o valor da votação dos acionistas estiver reduzido a zero por razões jurídicas e a rejeição da deliberação for desleal” (*Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 12, n° 50, p. 112: “Positive Stimmpflichten ergeben sich nur, wenn das Abstimmungsermessen der Aktionäre aus Rechtsgründen auf null reduziert und eine Beschlussablehnung pflichtwidrig ist”).

exigível no premente interesse da sociedade. Em seguida deve-se averiguar se, por meio da deliberação, serão afetados interesses dignos de proteção dos sócios ou se os sócios, ao menos, podem fazer valer razões dignas de proteção contra a deliberação. Não existindo semelhantes interesses ou razões dos sócios, cabe a eles o dever positivo de voto, em razão de sua obrigação de perseguir o interesse social decorrente do dever societário de lealdade. Encontrando-se a deliberação, todavia, no premente interesse da sociedade, podendo os sócios fazer valer razões ou interesses dignos de proteção contra a deliberação, então deve-se averiguar, pela via de uma ponderação, qual o interesse preponderante. Preponderando os interesses e os motivos dos sócios, o dever positivo de voto deve ser negado; preponderando o interesse da sociedade, o dever positivo de voto deve ser confirmado. Com isso, deveres positivos de voto apenas vêm a baila no tocante a deliberações que estejam no premente interesse da sociedade. Nenhum dever de voto subsiste, por outro lado, para deliberações que estejam exclusivamente no interesse de alguns sócios, visto que estes estão obrigados, com efeito, a ter consideração, e não a perseguir, os interesses dos outros sócios”²⁷⁴. Ainda assim, “a jurisprudência trata esses casos, evidentemente com razão, de forma restritiva”²⁷⁵.

3.3.2.2.7. Sancionamento.

Dependendo do tipo de conflito envolvido, a violação do dever de lealdade comporta distintas sanções²⁷⁶ - tais como a condenação ao pagamento de perdas e danos, o

²⁷⁴ DIRK KUNZE, *Positive Stimmpflichten im Kapitalgesellschaftsrecht*, cit., p. 229: “Die Voraussetzungen positiver Stimmpflichten sind im Wege einer rechtlich Interessenabwägung zu bestimmen. Hierzu ist zu prüfen, ob ein Beschluß, für den eine positive Stimmpflicht in Frage kommt, im dringenden Interesse der Gesellschaft erforderlich ist. Sodann ist zu erforschen, ob durch den Beschluß schutzwürdige Interessen der Gesellschafter berührt werden oder ob die Gesellschafter wenigstens schutzwürdige Gründe gegen den Beschluß geltend machen können. Bestehen solche Interessen und Gründe der Gesellschafter nicht, unterliegen die Gesellschafter aufgrund ihrer aus der Treuepflicht folgenden Pflicht, das Gesellschaftsinteresse zu fördern, einer positiven Stimmpflicht. Liegt der Beschluß zwar im dringenden Interesse der Gesellschaft, können aber die Gesellschafter schutzwürdige Gründe oder Interessen gegen den Beschluß geltend machen, so ist im Wege einer Abwägung zu ermitteln, welches Interesse überwiegt. Überwiegen die Interessen und Gründe der Gesellschafter, ist eine positive Stimmpflicht zu verneinen, überwiegt das Gesellschaftsinteresse ist eine positive Stimmpflicht zu bejahen. Dabei kommen positive Stimmpflichten nur für Beschlüsse in Frage, die im dringenden Interessen der Gesellschaft liegen. Keine Stimmpflicht besteht demgegenüber für Beschlüsse, die ausschließlich im Interesse einiger Gesellschafter liegen, da die Gesellschafter untereinander zwar zur Rücksichtnahme nicht aber zur Förderung der Interessen ihrer Mitgesellschafter verpflichtet sind”.

²⁷⁵ THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 28, n° 44, p. 444: “Die Rechtsprechung behandelt solche Fälle allerdings mit Recht restriktiv”.

²⁷⁶ Vide: EUGEN KLUNZIGER, *Grundzüge des Gesellschaftsrechts*, cit., § 5, n° 5, p. 75; e THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 12, n° 503 p. 114.

decreto de dissolução total, exclusão ou destituição do administrador, ou, ainda, a tutela específica, como será visto, em maiores detalhes, noutra parte deste estudo (no Capítulo 6). A deliberação contrastante com o dever de lealdade é, porém, impugnável²⁷⁷⁻²⁷⁸. O voto em violação do dever de lealdade é nulo: a nulidade do voto desleal é juridicamente pouco provável de ser posta em dúvida²⁷⁹.

3.4. A experiência italiana.

A análise da experiência italiana em matéria de abuso de minoria justifica-se, de um lado, pelo fato de a regra de conflito de interesses italiana (CC it, art. 2.373) – que, por sua vez, define a natureza do poder de voto em assembléia – ter conformação análoga à do Código Civil brasileiro, inserindo o interesse social como *limite externo* ao voto, e não como *limite funcional* a ser perseguido pelos sócios, como sucede na lei acionária brasileira (LSA, art. 115); de outro, e justamente por conta dessa particularidade, a análise é ainda proveitosa para identificar qual tem sido, então, o instituto utilizado pela jurisprudência e pela doutrina italiana para solucionar os conflitos de interesses entre sócios, majoritários e minoritários, e, portanto, apto a reprimir os abusos da maioria e, sobretudo no caso ora em estudo, da minoria²⁸⁰. No tocante a este segundo aspecto, pode-se adiantar que, na atualidade, o direito italiano passa por autêntico processo de mudança

²⁷⁷ Cf.: ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, cit., § 13, n° 31, p. 186; e THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 16, n° 159, p. 271.

²⁷⁸ O desenvolvimento do dever societário de lealdade levou a que os tribunais enquadrem – e, assim, invalidem – as deliberações das sociedades anônimas que o desatendam como atos de violação da lei ou dos estatutos (AktG § 243, 1), com o conseqüente declínio prático da regra que prevê a invalidação da deliberação tomada por voto inspirado na obtenção de vantagens particulares extra-societárias a dano da sociedade ou dos demais sócios (AktG § 243, 2), precisamente porque esta pressupõe a comprovação da intenção do agente de causar prejuízo (vide: FABRIZIO GUERRERA, *Abuso del voto e controllo di correttezza sul procedimento deliberativo assembleare*, ‘in’ *Rivista delle Società* 47/184-185; e UWE HÜFFER, *Aktiengesetz*, cit., § 243, n° 31, p. 1.130).

²⁷⁹ Cf.: ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, cit., § 47, n° 74a, p. 869: “Nichtigkeit der treuwidrigen Stimmabgabe ist rechtlich kaum bezweifelbar”. No mesmo sentido: UWE HÜFFER, *Aktiengesetz*, cit., § 53a, n° 22, p. 256; e THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 28, n° 48, p. 445.

²⁸⁰ Além das menções ao tema em obras gerais de direito societário, devem ser citadas as monografias de ALDO FERRARI (*L’abuso del diritto nelle società*, Padova : CEDAM, 1998), ANTONIO NUZZO (*L’abuso della minoranza*, Torino : G. Giappichelli, 2003), ANDREA PISANI MASSAMORMILE (*Minoranze “abusi” e rimedi*, Torino : G. Giappichelli, 2004) e ERMANNIO LA MARCA (*L’abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, Milano : Giuffrè, 2004). Além disso, existem diversos outros ensaios publicados em revistas especializadas – dos quais aqui podem ser citados os de FABRIZIO GUERRERA (*Abuso del voto e controllo di correttezza sul procedimento deliberativo assembleare*, *Rivista delle Società*, vol. 47, 1, pp. 181-284) e MARIA PAOLA MARTINES (*L’abuso di minoranza nelle società di capitali*, *Contratto e Impresa*, vol. 13, 3, pp. 1.184-1.211, e *Abuso del diritto: la chicane del socio di minoranza*, *Contratto e Impresa*, vol. 14, 1, pp. 27-32).

de paradigma: os conflitos entre sócios que eram tradicionalmente arbitrados pela aplicação da teoria do excesso de poder, ou desvio de finalidade, passaram a ser mais recentemente analisados pelo prisma do dever de lealdade, deduzido do princípio da boa-fé objetiva na execução dos contratos em geral (CC it., art. 1.345). Vejamos, pois, de forma breve, o quadro geral do direito societário italiano.

3.4.1. A regra de conflito de interesses no direito italiano.

A regra italiana sobre conflito de interesses dos acionistas no exercício do direito de voto (CC it, art. 2373)²⁸¹ enuncia que uma situação de conflito de interesses entre sócio e a sociedade verifica-se no caso em que, por ocasião da tomada de uma deliberação, o sócio portar um duplice interesse – o próprio interesse de sócio e, ademais, um interesse particular externo à sociedade – e dita duplicidade de interesses é tal que não pode se realizar um sem sacrificar o outro²⁸². O conflito ocorre, portanto, quando o interesse (pessoal ou de outrem), do qual o sócio é em concreto portador, é contrastante ou incompatível com o interesse social (ou interesse comum dos sócios²⁸³), e não com os interesses de outro sócio ou grupo de sócios, aos quais não precisa se curvar. Um conflito de interesses é, ao revés, de todo ausente no caso em que a deliberação social consente ao

²⁸¹ “Art. 2373 (conflito de interesses). A deliberação aprovada com o voto determinante de sócios que tenham, por conta própria ou de terceiros, um interesse em conflito com aquele da sociedade é impugnável, consoante o art. 2377, toda vez que possa causar-lhe dano. Os administradores não podem votar nas deliberações concernentes à sua responsabilidade. Os componentes do conselho de gestão não podem votar nas deliberações concernentes à nomeação, revogação ou responsabilidade dos conselheiros de supervisão”.

²⁸² Cf.: FRANCESCO GALGANO, *Il negozio giuridico*, ‘in’ *Trattato di diritto civile e commerciale* – già diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni, e continuato da Piero Schlesinger, vol. III – tomo 1º, 2ª ed. Milão : Giuffrè, 2002, n° 117.1, p. 527; FRANCESCO GALGANO e RICCARDO GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., n° 9, p. 400; e GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. 1º – tomo 2º: *Le società*, 4ª ed. Padova : CEDAM, 1997, n° 103, p. 362.

²⁸³ O conceito de interesse da sociedade, interesse da companhia ou interesse social é terreno sobre o qual se contrapõem duas teorias, verdadeiramente filosóficas: a teoria institucionalista e a contratualista, adiante referidas. Na doutrina italiana, prevalece largamente a concepção contratualista (cf.: FRANCESCO GALGANO, *La società per azioni*, cit., 1988, n° 2, pp. 61-70, e *Derecho comercial*, vol. 2, cit., n° 11.1, pp. 393-394; FRANCESCO GALGANO e RICCARDO GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., n° 3, p. 64; GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. 1º – tomo 2º, cit., n° 102, p. 359; GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ, *Della società per azioni*, tomo I, 6ª ed. Bologna : Zanichelli, 1997, p. 695; GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. 2: *Diritto delle società*, 6ª ed. Torino : UTET, 2008, n° 8, p. 336; DANIELE D’AIUTO, *Codice Comentato delle S.p.A.* (obra coletiva) – coord. Giuseppe Fauceglia e Giorgio Schiano di Pepe, tomo II – parte 1, Torino : UTET, 2007, nota 2373-2, p. 465; e ERMANNIO LA MARCA, *L’abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, cit., n° 6.3.2, p. 82), muito embora o legislador não tenha claramente adotado – a constatação resulta de uma série de observações e de interpretações sistemáticas – e sem com isso negar as concessões do legislador ao institucionalismo em diversos outros institutos, sem com isso conformar intrinsecamente o interesse social, que nada mais é ou pode ser do que o interesse comum dos sócios enquanto tais.

sócio a satisfação de um seu interesse pessoal concorrente se, ao mesmo tempo, não restar prejudicado o interesse social. Além disso, a simples duplicidade da posição de interesse por parte de um mesmo sujeito não implica, de per si, uma situação de conflito de interesses em sentido técnico²⁸⁴, pois as duas posições de interesse podem ser entre si solidárias: o sócio pode realizar o próprio interesse sem prejudicar o interesse da sociedade (= posição de relevância e solidariedade entre os interesses²⁸⁵). Nada impede, pois, que respeitado o interesse social, o sócio satisfaça um outro interesse extrassocial de que seja portador, ao exercer o seu direito de voto. O único limite posto *pelo* art. 2.373 do Código Civil italiano é o interesse social²⁸⁶: respeitado tal limite, pode o sócio votar como melhor creia e “perseguire anche eventualmente interessi extrasociali che non si pongano in contrasto con l’interesse comune da essi perseguito *uti socii* nella società”, como confirma Gastone Cottino²⁸⁷.

Portanto, a citada regra de conflito italiana põe o interesse social como um limite *negativo*, e não propriamente como um limite *funcional* ou valor a ser perseguido; não preordena, assim, o sentido do voto. Por isso, e diferentemente do que ocorre no direito acionário brasileiro, no direito italiano o poder de voto é encarado como *direito subjetivo*: “o voto”, destaca Giuseppe Ferri, “é de fato um direito do sócio, isto é, um poder a ele atribuído no interesse próprio, não no da sociedade. Ele, portanto, pode valer-se do voto para realizar interesse particular, sempre que a realização desse interesse não importe dano para a sociedade”²⁸⁸. “As enunciações de princípios formuladas no texto (do art. 2373 do Código Civil italiano) refletem”, nas palavras de Gian Franco Campobasso, “a orientação largamente prevalente na doutrina italiana, enfim substancialmente acorde em repelir a

²⁸⁴ Interesse, como se sabe, é a relação entre um sujeito, que possui uma necessidade, e o bem apto a satisfazê-la, determinada na previsão geral e abstrata de uma norma (cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, SP : Malheiros, 1993, pp. 15-16; e FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria geral do direito*, cit., § 35, p. 79). Por sua vez, “pode acontecer que um interesse de uma pessoa assuma, a respeito de um outro seu interesse, uma posição de relevância ou de indiferença. Por sua vez, a posição de relevância pode ser de solidariedade ou de conflito” (FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria geral do direito* – trad. de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro, SP : Saraiva, 1942, § 36, p. 82).

²⁸⁵ Cf.: FRANCESCO GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., n° 117.1, p. 527; e FRANCESCO GALGANO e RICCARDO GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., n° 9, p. 400.

²⁸⁶ Cf.: GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, 6ª ed. Padova : CEDAM, 2002, nota 2373-1, p. 2.406.

²⁸⁷ GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. 1º – tomo 2º, cit., n° 102, p. 360.

²⁸⁸ GIUSEPPE FERRI, *Le società*, 2ª ed. Torino : UTET, 1985, p. 450. No mesmo sentido: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, SP : Malheiros, 1993, p. 45.

concepção do voto como poder ou como «direito-função», a ser exercido para a persecução de um interesse e de um fim predeterminado, para os quais o poder de voto é concedido”²⁸⁹.

Outra importante consequência dessa conformação da regra de conflito de interesses italiana é a de que ela apenas se presta a reger o conflito entre o interesse social e o interesse individual do sócio, mas não regula, por qualquer modo, os conflitos entre os sócios e, de modo especial, o voto abusivo – assim entendido aquele que, conquanto não contrastante com o interesse social, prejudica os legítimos interesses individuais dos sócios. A doutrina alude, então, à neutralidade do interesse social no abuso (“neutralità dell’interesse della società nell’abuso”).

Nesta linha, salienta Daniele D’Aiuto que “o conflito de interesse relevante para os fins de exercício do direito de voto em assembléia é unicamente aquele entre sócio e sociedade, não aquele entre os diversos sócios. Portanto, em todos os casos em que a deliberação é adotada pela maioria dos sócios com o só propósito de prejudicar não a sociedade, mas os sócios minoritários, o art. 2373 do Código Civil italiano não pode ser invocado, pelas seguintes razões. Em primeiro lugar, o conflito não surge entre o interesse extrassocial do sócio e aquele que ele tem na sociedade, mas, sim, diz respeito ao próprio interesse que o sócio tem na sociedade e o interesse dos outros sócios também na sociedade, e, em segundo lugar, a sociedade não sofre nenhum dano patrimonial, nem atual nem potencial, antes, em alguns casos, recebe verdadeiramente uma vantagem da deliberação, pelo incremento dos meios financeiros utilizáveis na atividade da empresa”²⁹⁰.

²⁸⁹ GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. 2, cit., n° 8, nota 68, p. 335: “Le enunciazioni di principio formulate nel testo riflettono l’orientamento largamente prevalente nella nostra dottrina, ormai sostanzialmente concorde nel respingere la concezione del voto como potestà o come «dirito-funzione», da esercitarsi per il perseguimento di un interesse e di un fine predeterminati, per i quali il potere di voto è stato concesso”. No mesmo sentido, vide, dentre tantos outros: AGOSTINO GAMBINO, *Il principio di correttezza nell’ordinamento delle società per azioni*, Milano : Giuffrè, 1987; DANIELE D’AIUTO, *Codice Comentato delle S.p.A.* (obra coletiva), cit., nota 2373-3, p. 469; e GIOVANNI GRIPPO, *L’assemblea nella società per azioni*, ‘in’ *Trattato di Rescigno*, vol. 16°, Torino : UTET, 1985.

²⁹⁰ DANIELE D’AIUTO, *Codice Comentato delle S.p.A.* (obra coletiva), cit., nota 2373-2, pp. 480-481: “‘Il conflitto di interessi rilevante ai fini dell’esercizio del diritto di voto in assemblea è soltanto quello fra socio e società, non quello fra i diversi soci. Pertanto, in tutti i casi in cui la deliberazione viene adottata dalla maggioranza dei soci al solo scopo di danneggiare non la società ma i soci di minoranza l’art. 2373 c.c non può essere invocato per le seguenti ragioni. In primo luogo il conflitto non sorge fra l’interesse extrasociale del socio e quello che egli ha in società, bensì riguarda proprio l’interesse che il socio ha in società e l’interesse degli altri soci pure in società, ed in secondo luogo la società non subisce alcun danno patrimoniale né attuale né potenziale, anzi in alcuni casi riceve addirittura un vantaggio dalla delibera, per l’incremento dei mezzi finanziari utilizzabili nell’attività di impresa”. Confirma-se também: ERMANNIO LA MARCA, *L’abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, cit., n° 6.3.2, p. 82; e GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. 2, cit., n° 8, p. 337.

De igual modo, Pier Giusto Jaeger, Francesco Denozza e Alberto Toffoletto sustentam que o artigo em questão “limita-se a prevenir os efeitos danosos de um uso do voto destinado a perseguir interesses contrastantes com aquele social, não impõe, porém, uma obrigação de escolher sempre a alternativa que conduza à melhor satisfação possível dos interesses de todos os sócios”²⁹¹.

É compreensível, pois, que não sendo possível equacionar os conflitos entre sócios – abusos de maioria e de minoria – pela regra geral de conflito de interesses, tenham a doutrina e a jurisprudência se esforçado para encontrar noutros institutos jurídicos, como na teoria do desvio de finalidade ou excesso de poder, abuso do direito etc., outras formas de sancionar o voto abusivo.

3.4.2. Os conflitos de interesses entre sócios e os instrumentos de controle.

À luz do Código Comercial italiano de 1882, que não dispunha de uma regra societária específica sobre conflito de interesses, foi defendido por um eminente jurista italiano que os abusos da maioria fossem controlados e reprimidos pela aplicação de um instituto estranho ao direito privado: sugeriu-se a aplicação analógica da figura do excesso de poder, enquanto notório vício dos atos administrativos, que no âmbito da disciplina societária se transformaria em excesso de poder da pessoa jurídica enquanto vício das deliberações assembleares²⁹². E essa sugestão foi acolhida e continuou a prevalecer na jurisprudência, mesmo na vigência do Código Civil italiano de 1942, que por essa via, segundo confirma Francesco Galgano, “em termos de excesso de poder motivou, por várias vezes, a anulação de deliberações de aumento de capital visando ao só objetivo de expulsar da sociedade uma minoria hostil”²⁹³. No entanto, ainda segundo Francesco Galgano, “este

²⁹¹ PIER GIUSTO JAEGER, FRANCESCO DENOZZA e ALBERTO TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale: impresa e società*. 6ª ed. Milano : Giuffrè, 2006, nº 169, p. 325: “Questa norma (l’art. 2373) si limita a prevenire gli effetti dannosi di un uso del voto volto a perseguire interessi contrastanti con quello sociale, non impone, invece, un obbligo di scegliere sempre l’alternativa che conduce alla migliore soddisfazione possibile dell’interesse di tutti i soci”.

²⁹² Foi a tese defendida, brilhantemente como sempre, por FRANCESCO CARNELUTTI, em autêntico trabalho seminal nesta matéria (*Eccesso di potere nelle deliberazioni dell’assemblea delle anonime*, ‘in’ *Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, vol. XXIV, parte I, p. 176).

²⁹³ FRANCESCO GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione: storia del principio di maggioranza*, Bologna : Il Mulino, 2007, pp. 177-178: “che in termini di eccesso di potere avrebbe più volte motivato l’annullamento delle deliberazioni di aumento di capitale miranti al solo scopo di estromettere dalla società minoranze ostili”.

modo de argüir a invalidade de deliberações assembleares adotadas com abuso do direito de voto acabou por mostrar os seus próprios limites quando a Corte de cassação italiana foi obrigada a se ocupar da hipótese de abuso da maioria a dano da minoria, sem prejudicar o interesse social. Assim, no caso (Cass., 26 de outubro de 1995, nº 11.151, em *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329) em que a maioria havia deliberado a dissolução antecipada da sociedade com o só fim de livrar-se de um sócio indesejado, para em seguida prosseguir com a mesma atividade social através de outra sociedade, a quem em sede de liquidação foi cedido o estabelecimento empresarial, a Corte de cassação dá-se conta de que, numa *fattispecie*, não socorre a norma ditada em matéria de sociedade de capitais; e que o abuso não pode ser desvendado, como se o pode desvendar em outra *fattispecie*, com a aplicação da norma do art. 2.373 do Código Civil italiano relativa ao voto proferido em conflito de interesses com a sociedade: «dita disposizione, de fatto, refere-se ao caso em que o sócio tem, por conta própria ou de terceiros, um interesse em conflito com aquele da sociedade; na hipótese considerada, ao inverso, o conflito se manifesta exclusivamente entre os sócios, sem prejudicar a sociedade »²⁹⁴. Como falar, em suma, de desvio de finalidade?

O problema com a aplicação da teoria do excesso de poder está em que ela pressupõe, como bem observou Antonio Nuzzo, a “funcionalização do voto à persecução do interesse social”²⁹⁵, algo que, como acima foi visto, escapa do âmbito da regra italiana de conflito. “A subsistência de uma obrigação do sócio a perseguir o interesse social, elemento fundamental na reconstrução do excesso de poder, é negada pela prevalente doutrina comercialista”²⁹⁶, segundo confirma Ermanno La Marca.

²⁹⁴ FRANCESCO GALGANO, *Il negozio jurídico*, cit., nº 117.3, p. 540. Com as mesmas palavras, vide: FRANCESCO GALGANO e RICCARDO GENGINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., nº 11, p. 408: “Questo modo di argomentare l’invalidità delle deliberazioni assembleari adottate con abuso del diritto di voto ha finito con il mostrare i propri limiti, quando la Cassazione si è dovuta ad occupare di ipotesi di abuso della maggioranza a danno della minoranza, impregiudicato l’interesse sociale. Così nel caso (Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329) in cui la maggioranza aveva deliberato lo scioglimento anticipato della società al solo scopo di liberarsi di un socio sgradito, per poi proseguire la medesima attività sociale per il tramite di un’altra società, cui in sede di liquidazione era stata ceduta l’azienda sociale, la Cassazione si rende conto che, in una simile fattispecie, non soccorrono le norme dettate in materia di società di capitali; e che l’abuso non può essere sventato, come lo si può sventare in altre fattispecie, con l’applicazione della norma dell’art. 2373, relativa al voto espresso dal socio in conflitto di interessi con la società: «detta disposizione, infatti, riguarda il caso in cui il socio ha, per conto proprio o di terzi, ‘un interesse in conflitto con quello della società’; nell’ipotesi considerata, invece, ‘il conflitto si manifesta esclusivamente tra i soci, senza pregiudicare la società’»”.

²⁹⁵ ANTONIO NUZZO, *L’abuso della minoranza*, cit., p. 88.

²⁹⁶ ERMANNIO LA MARCA, *L’abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, cit., nº 4.1.3, p. 56: “La sussistenza di un obbligo del socio di perseguire l’interesse sociale, elemento fondamentale nella ricostruzione dell’eccesso di potere, è negata dalla prevalente dottrina commercialista”. Com semelhante

Outra crítica que se levantou à aplicação da teoria do excesso de poder para fins de controle de deliberações assembleares, segundo lembra Gastone Cottino, foi então a de que “admitir a impugnação por excesso de poder significa, diz-se, dar ingresso a um juízo por parte da autoridade judiciária sobre a conformidade do exercício do direito, ou poder, de voto, com a persecução dos fins para os quais tal poder de voto foi conferido. Em outras palavras, permitir um controle de mérito da deliberação, colocando ulteriormente em discussão os dominantes princípios contratuais”²⁹⁷. Haveria, pois, uma análise de mérito da deliberação assemblear, o que geralmente se considera impossível ou inadmissível²⁹⁸.

Ciente de tais limitações, a doutrina esforçou-se em encontrar o instrumento adequado para solucionar os conflitos entre sócios majoritários e minoritários quando o interesse em causa não é o da própria sociedade. Sobressaiu, para tal fim, a aplicação societária da cláusula da boa-fé objetiva.

De fato, a expressa qualificação jurídica da sociedade como contrato (CC it, art. 1374) permite procurar a tutela da posição do indivíduo diante da coletividade pela aplicação direta, à relação societária, dos princípios cardinais dos contratos em geral, e dos associativos em especial, com destaque para os princípios da boa-fé na execução dos contratos (CC it., art. 1.375²⁹⁹) e da igualdade de tratamento substancial entre os sócios, que atualmente tem explícito reconhecimento legislativo nas sociedades de capital aberto³⁰⁰.

A aplicação do princípio de boa-fé contratual para dirimir conflitos entre os sócios, que já vinha sendo defendida por parcela significativa da doutrina, mereceu, por

registro, confira-se também: DANIELE D’AIUTO, *Codice Comentato delle S.p.A.* (obra coletiva) – coord. Giuseppe Fauceglia e Giorgio Schiano di Pepe, tomo II – parte 1, Torino : UTET, 2007, nota 2373-3, p. 469; e GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, 6ª ed. Padova : CEDAM, 2002, nota 2373-8, p. 2.408.

²⁹⁷ GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. 1º – tomo 2º, cit., n° 107.2, p. 387: “Ammettere l’impugnativa per eccesso di potere significa, si dice, dare ingresso a un giudizio da parte dell’autorità giudiziaria sulla conformità dell’esercizio del diritto, o potere, di voto con il perseguimento dei fini per il quale tale potere di voto è stato concesso. In altre parole, consentire un controllo di merito della delibera, mettendo ulteriormente in discussione i dominanti principi contrattualistici”.

²⁹⁸ Cf.: ANTONIO NUZZO, *L’abuso della minoranza*, cit., pp. 91-92.

²⁹⁹ CC it., art. 1.375: “1375. Esecuzione di buona fede. Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede” (“1375. Execução de boa-fé. O contrato deve ser cumprido segundo a boa-fé”).

³⁰⁰ Cf.: GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. 2, cit., n° 17, pp. 55-56.

isso, expressa aceitação num famoso julgado da Corte de cassação italiana de 1995³⁰¹. Comentando esse julgado, que cada vez mais tem sido seguido pelos tribunais italianos, Francesco Galgano observa que “a Corte de cassação não precisou despendar muitas palavras para demonstrar a aplicabilidade desta norma à sociedade de capitais. Basta considerar que a sociedade é um contrato e que os sócios, votando em assembléia, dão execução ao contrato de sociedade; de maneira que a expressão do voto sujeita-se ao cânone do art. 1375. A opção contratualista da jurisprudência italiana sobre sociedade encontra explicação na acrescida sensibilidade do nosso tempo para com a exigência de proteção do indivíduo diante da coletividade organizada. A idéia de contrato, baseada sobre o consenso e não sobre a autoridade, sobre a paridade de posição das partes e não sobre a sua colocação hierárquica, deve a sua própria hodierna fortuna à capacidade, da qual esta idéia é dotada, de valorizar o indivíduo dentro da coletividade organizada e de oferecer instrumentos idôneos à sua defesa contra a prepotência dos grupos dominantes”³⁰².

A orientação expressa no mencionado julgado da Corte de cassação italiana mereceu também o expresso apoio de Pier Giusto Jaeger, para quem se deve abandonar “strumenti propri del diritto pubblico, e utilizzare in luogo di essi concetti che si adattano al carattere privatistico del diritto societario”³⁰³.

Nessa mesma linha, acrescenta Disiano Preite que a noção de boa-fé e correção como limite ao exercício dos poderes privados é, sem dúvida, aplicável também ao tema dos abusos de parte da minoria no emprego dos instrumentos de tutela postos à sua

³⁰¹ No qual assentou: “La caratteristica del contratto di società è di predisporre essenzialmente un programma di attività futura che per essere realizzato richiede successive determinazioni volitive, volte ad attuare il programma contrattualmente predisposto e che per tale carattere assumono il significato di veri e propri atti di esecuzione. Da ciò l’applicabilità dell’art. 1375 e l’affermazione dell’esistenza di un dovere di correttezza e lealtà a carico dei soci” (Cass., 26.10.1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329).

³⁰² FRANCESCO GALGANO, *Il negozio jurídico*, cit., n° 117.3, p. 540: “Il Supremo Collegio non ha bisogno di spendere molte parole per dimostrare l’applicabilità di questa norma alle società di capitali. Gli basta considerare che la società è un contratto e che i soci, votando in assemblea, danno esecuzione al contratto di società; sicché l’espressione del voto è soggetta al canone di cui all’art. 1375. La opzione contrattualistica della nostra giurisprudenza sulle società trova spiegazione nella accresciuta sensibilità del nostro tempo per le esigenze di protezione dei singoli di fronte alle collettività organizzate. L’idea di contratto, basata sul consenso e non sull’autorità, sulla parità di posizione delle parti e non sulla loro collocazione gerarchica, deve la propria odierna fortuna alla capacità, di cui questa idea è dotata, di valorizzare i singoli entro le collettività organizzate e di offrire strumenti idonei alla loro difesa contro il prepotere dei gruppi dominanti”. Com as mesmas palavras: FRANCESCO GALGANO e RICCARDO GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., n° 11, p. 408.

³⁰³ PIER GIUSTO JAEGER, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, ‘in’ *Riv. giu. comm.*, 1996, p. 334.

disposição pelo ordenamento³⁰⁴. “Se a sociedade é contrato a ser cumprido de boa-fé”, frisa ainda Francesco Galgano, “isso é tanto tal para a maioria quanto para a minoria”³⁰⁵. O dever de salvaguarda diz respeito a todos os sócios e é aplicável independentemente da posição de maioria ou minoria.

Assim, rumando em direção ao direito alemão e seguida cada vez mais pela jurisprudência, a doutrina prevalente italiana conclui pela aplicabilidade à deliberação assemblear da cláusula de boa-fé objetiva, dando coerente consequência à natureza contratual da sociedade³⁰⁶. Trata-se de caminho que deveria ser trilhado também no direito brasileiro.

Com efeito, a cláusula geral de boa-fé objetiva aplicada à órbita societária – que nada mais é do que o dever de lealdade³⁰⁷ – tem maior incidência que a teoria do excesso de poder, pois não apenas permite equacionar os conflitos de interesses entre sócio

³⁰⁴ DISIANO PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992, p. 149: “La nozione di buona fede e correttezza come limite all'esercizio di poteri privati è senz'altro applicabile anche al tema degli abusi da parte della minoranza nell'impiego degli strumenti di tutela posti a sua disposizione dall'ordinamento”.

³⁰⁵ FRANCESCO GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione: storia del principio di maggioranza*, cit., p. 180: “Se la società è un contratto, da eseguire secondo buona fede, esso è tale tanto per la maggioranza, quanto per la minoranza”.

³⁰⁶ Cf.: ALBERTO ASQUINI (*I batelli del Reno*, ‘in’ *Riv. della soc.*, 1959, p. 629); ANDREA Pisani MASSAMORMILE (*Minoranze “abusi” e rimedi*, cit., n° 1, nota 2, p. 2); ANTONIO NUZZO (*L'abuso della minoranza*, cit., p. 284); CARLO ANGELICI (*Rapporti sociali e regole di correttezza*, ‘in’ *Giur. comm.*, vol. I, p. 1014); DISIANO PREITE (*L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992, p. 149); ERMANNIO LA MARCA (*L'abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, cit., n° 7.3.2, pp. 101-102); FILIPPO CHIOMENTI (*La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milano : Giuffrè, 1969, p. 214); FRANCESCO FERRARA JR. e FRANCESCO CORSI (*Gli imprenditori e le società*, Milano : Giuffrè, 2001, pp. 220 e 486); FRANCESCO GALGANO (*Il negozio jurídico*, cit., n° 117.3, p. 540, e *La forza del numero e la legge della ragione: storia del principio di maggioranza*, cit., pp. 178-179); FRANCESCO GALGANO e RICCARDO GENGHINI (*Il nuovo diritto societario*, cit., n° 11, p. 408); FRANCO DI SABATO (*Manuale delle società*, Milano : Giuffrè, 2003, p. 462); GIAN FRANCO CAMPOBASSO (*Diritto commerciale*, vol. 2: *Diritto delle società*, cit., n° 8, p. 337); GIORGIO OPPO (*Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, ‘in’ *Rivista di diritto civile*, 1974, vol. I, p. 655); GIUSEPPE FERRI (*Diritto agli utili e diritto al dividendo*, ‘in’ *Riv di dir. comm.*, 1963, vol. I, p. 409); GIUSEPPE B. PORTALE (*«Minoranze di blocco» e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al «gouvernement des juges»?*, in *Europa e diritto privato*, 1999, p. 173); GIUSEPPE TRIMARCHI (*Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano : Giuffrè, 1958, p. 175); MARIO BUONCRISTIANO (*Profilo della tutela civile contro i poteri-privati*, Padova : Cedam, 1986, p. 169); PIER GIUSTO JAEGER (*L'interesse sociale*, Milano : Giuffrè, 1972, p. 193, e *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, ‘in’ *Riv. giu. comm.*, 1996, p. 334) e ROBERTO WEIGMANN (*Società per azioni*, ‘in’ *Dig. Discipline privatistiche*, sez. Comm., vol. XIV, Torino, 1997, p. 395); dentre outros.

³⁰⁷ Comentando o alcance da cláusula de boa-fé objetiva no direito posto italiano, FRANCESCO GALGANO afirma: “«Buona fede» altro non significa, in queste norme, se non correttezza o lealtà” (*Il negozio giuridico*, cit., n° 112, p. 499).

e sociedade³⁰⁸, mas, sobretudo, equacionar também os conflitos dos sócios entre si. Além disso, a boa-fé contratual não se restringe ao direito de voto, porquanto abrange o exercício de todas as posições jurídicas subjetivas ativas, da maioria ou da minoria, tanto faz, o que bem demonstra a sua superioridade dogmática.

A análise da evolução italiana é particularmente interessante para o tema do trabalho, justamente porque, se no direito acionário o poder de voto tem contornos de “direito-função” (LSA, art. 115), o mesmo não sucede no regime do Código Civil brasileiro, para o qual, então, é possível adotar a mesma solução encontrada na Itália: a aplicação do dever societário de lealdade para arbitrar os abusos da maioria e da minoria.

Vejamos, pois, o quadro atual do direito brasileiro.

³⁰⁸ Não passou despercebido pela doutrina avisada que o art. 2.373 do CC it., isto é, a regra de conflito, nada mais é do que uma *específica expressão*, no direito societário, da mais geral cláusula de boa-fé e correção (cf.: ERMANNO LA MARCA, *L'abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, cit., nº 6.2, p. 77).

4. A CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DE MINORIA NO DIREITO BRASILEIRO.

4.1. Abuso de minoria: tema pouco explorado na doutrina e na jurisprudência pátrias.

O abuso de minoria em direito societário, foi isso anteriormente destacado (no subitem 3.1), é tema pouco explorado no direito brasileiro: a doutrina ainda não o enfrentou de maneira específica, quando muito lhe dedicando breves parágrafos; na jurisprudência, as referências existentes são de mera adjetivação da conduta dos sócios. Tal não significa, conforme também mencionado (no subitem 1.3), que abusos e bloqueios da minoria no exercício de suas posições jurídicas ativas não sejam uma concreta realidade no direito pátrio ou não suscitem problemas práticos importantes e difíceis. O que ocorre, apenas, é que, até hoje, não se procurou entre nós edificar as soluções a partir de uma teoria do abuso de minoria em direito societário, em que pese esteja o instrumental teórico disponível para tanto.

4.2. Interesse social no direito brasileiro.

De fato, uma primeira possível tentativa de caracterizar o abuso de minoria em direito societário, na linha da construção francesa, pode se dar através da aplicação da idéia de interesse social e de conflito de interesses. O problema com essa trilha está em que, de partida, nem a Lei das Sociedades por Ações nem o Código Civil contêm clara enunciação sobre o que se deva compreender por interesse social. Além disso, como ainda mais adiante se procurará evidenciar, nem todas as hipóteses fáticas de abuso de minoria encontram resposta nas regras de conflito de interesses (entre sócio e sociedade). Explica-se melhor.

4.2.1. Interesse social: tentativas de caracterização e análise crítica.

A definição do conceito de interesse social, como bem se sabe, constitui um dos principais problemas de direito societário nos sistemas jurídicos que o adotam. As múltiplas tentativas de sua delimitação deram ensejo a intenso e irritante debate, com o surgimento de diversas teorias com as suas múltiplas “subtilezas”. Essas teorias, na

realidade, configuram autênticas “filosofias” das sociedades³⁰⁹, pois o debate sobre a definição do interesse social não surge de qualquer questão concreta: o seu estudo assume caráter prévio; e a sua necessidade e importância derivam da suscetibilidade das respostas influenciarem as soluções propostas em vários outros problemas práticos – não sendo a escolha, assim, neutra em seus efeitos³¹⁰.

À toda evidência, não pretendemos aqui descrever e enunciar as múltiplas teorias criadas pela doutrina para o interesse social. Essa tarefa já foi realizada por autores dos mais competentes³¹¹ e, retomá-la, fugiria dos limites de nosso estudo. Basta aqui lembrar que a grande divisão, nessa matéria, opõe *institucionalistas* e *contratualistas*.

As *correntes institucionalistas* identificam o interesse social no interesse da empresa, concebido como interesse distinto e superior ao interesse comum dos sócios, sem com isso excluir que ele coincida, ocasional ou freqüentemente, com o interesse dos sócios, os quais, em todo caso, são colocados em posição subordinada e marginal. Dentre as teorias institucionalistas, destacam-se a da *Unternehmen an sich* (empresa em si), cuja elaboração é creditada a Walter Rathenau³¹², e a da *Person an sich* (pessoa em si), atribuída a F.

³⁰⁹ É o que, com razão, assenta FRANCESCO GALGANO, ao se referir às teorias sobre interesse social: “Esse non sono solo delle teorie, ossia schemi conoscitivi della realtà normativa, ma sono altresì vere e proprie «filosofie» della società per azioni, che si propongono anche – il discorso vale, soprattutto, per la teoria istituzionalistica – di sollecitare una trasformazione del diritto vigente e si rivolgono, perciò, anche al legislatore oltre che all’interprete del diritto positivo” (*La società per azioni*, ‘in’ *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* – diretto da Francesco Galgano, vol. 7º, 2ª ed. Padova : CEDAM, 1988, nº 2, p. 61).

³¹⁰ Para PHILIPPE MERLE, “le choix entre les deux conceptions n’est pas neutre, il influe nécessairement sur le mode de gouvernement de la société” (*Droit commercial: sociétés commerciales*, 11ª ed. Paris : Dalloz, 2007, nº 52-1, p. 79).

³¹¹ Para um retrospecto das principais teorias institucionalistas e contratualistas, vide: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, SP : Malheiros, 1993, pp. 21-53; CALIXTO SALOMÃO FILHO, *A sociedade unipessoal*, SP : Malheiros, 1995, pp. 44-57, e *Interesse social: a nova concepção*, ‘in’ *O novo direito societário*, 3ª ed. SP : Malheiros, 2006, pp. 25-50; EDUARDO SECCHI MUNHOZ, *Empresa contemporânea e direito societário*, SP : Juarez de Oliveira, 2002, nºs 14-16, pp. 36-50; e RENATO VENTURA RIBEIRO, *Direito de voto nas sociedades anônimas*, SP : Quartier Latin, 2009, pp. 107-122. Em direito comparado, é igualmente proveitosa a súmula apresentada por FRANCESCO GALGANO (*La società per azioni*, cit., nº 2, pp. 61-70, e *Derecho comercial*, vol. 2 – tradução de Jorge Guerrero, Colombia : Temis, 1999, nº 11.2, pp. 396-401). No entanto, o estudo mais ampliado nessa matéria encontra-se na obra de referência de PIER GIUSTO JAEGER (*L’interesse sociale*, Milano : Giuffrè, 1972) que, mais recentemente, revisitou a matéria (*L’Interesse Sociale Rivisitato (quarant’anni dopo)*, ‘in’ *Giurisprudenza Commerciale*, I, 2000), com o mesmo brilho.

³¹² WALTER RATHENAU, *Vom Aktienwesen – Eine geschäftliche Betrachtung*, 1918 – ensaio esse traduzido para o português por Nilson Lautenschleger Jr. (RDM 128/199-223). Imputa-se sempre a RATHENAU a doutrina da “empresa em si” (*Unternehmen an sich*), mas a verdade é que tal autor, antes de tudo empresário, não utilizou o mote na sua conhecida obra. Quem o forjou, foi justamente um dos seus críticos, FRITZ HAUSMANN (*Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht*, 1928). Na realidade, a exposição básica da teoria da

Marx³¹³. A primeira delas pretende reconhecer um interesse próprio à empresa, identificado como a síntese dos interesses dos sócios e de outros sujeitos, como os dependentes da empresa social, os poupadores, os sócios futuros e os credores da sociedade. A segunda “postula também um interesse da empresa superior e autônomo aos interesses dos sócios (este é o ponto de encontro de todas as doutrinas institucionalistas), mas distingue-se da anterior na titularidade dos interesses a prosseguir: não está em causa o conjunto de sujeitos, direta ou indiretamente ligados à sociedade, mas a própria sociedade em si, enquanto ente dotado de personalidade jurídica”³¹⁴. Em qualquer caso, o institucionalismo move-se por um duplo escopo. Em seu primeiro escopo, traduz a idéia de que a sociedade deve ser conduzida por uma administração forte, capaz de interpretar de modo autônomo a exigência de condução da empresa: de um órgão administrativo subtraído do poder diretivo da assembléia e não influenciado pelos reclamos dos sócios por dividendos mais altos. Um segundo escopo da teoria institucionalista atém-se às relações internas: o interesse da empresa em si vem configurado como um interesse superior, transcendente do interesse de todos os sócios, compreendido dentre estes o sócio controlador: o interesse social, por essa teoria, torna-se um interesse comum aos sócios e a todos os dependentes da sociedade, um interesse próprio da inteira coletividade nacional, frente ao qual qualquer interesse particular – mesmo aquele do grupo de comando da sociedade – deveria sucumbir; um interesse cuja proteção deve ser conferida ou a órgãos em que exista a co-gestão dos trabalhadores, como na experiência alemã, ou então a órgãos da máxima instituição representativa da coletividade nacional, ou seja, órgãos do Estado. A teoria institucionalista reflete, sob este último aspecto, a suposição de que a economia de mercado não pode ser deixada ao livre e incontrolado jogo das partes, sem que o inteiro sistema sofra prejuízo. Mais do que isso, ao propugnar a penetração de interesses de terceiros na conformação do interesse social, aponta-se, assim, para a socialização da empresa e, portanto, para a

“empresa em si”, a partir das idéias daquele famoso empresário alemão, foi ofertada posteriormente por OSKAR NETTER (*Zur aktienrechtlichen Theorie des ‘Unternehmens an sich’*, 1932). Curioso ainda observar, tal como faz ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, que WALTER RATHENAU “preocupava-se, em especial, com o abuso das ‘minorias’, cujos poderes entendia excessivos: foi esta preocupação inicial – hoje, numa certa ironia histórica, já esquecida – que levou ao lançamento dum (pretense) interesse da empresa, sobreposto ao dos sócios” (*Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa : Lex, 1997, nota 91, p. 501).

³¹³ F. MARX, *Ein Vorschlag zur Reform des Aktienrechts auf der Grundlage des Persönlichkeitsprinzip*, em *Zentralblatt für Handelsrecht*, 1926.

³¹⁴ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *A tutela das minorias nas sociedades anónimas*, Coimbra : Coimbra editores, 2004, p. 169.

socialização dos fatores de produção, publicizando-os³¹⁵. E é justamente daí que resulta a principal crítica que se faz ao institucionalismo: a sua concepção, prenhe de “aspectos discutíveis, ilusórios e até mesmo mistificantes”³¹⁶, mal se concilia com o instituto da sociedade enquanto instrumento de exploração em comum de atividades econômicas pela iniciativa privada (CF, art. 170; e CC, art. 44, II). “Quando a idéia de lucro cede o posto à idéia de serviço público”, destaca Daniele D’Aiuto, “a empresa está madura para ser socializada ou ao menos sujeitada a um pesado sistema de controle externo, conferido a órgãos administrativos ou judiciais, não apenas em relação à legalidade, mas também em relação ao mérito dos atos individuais de gestão”³¹⁷.

Ao institucionalismo, por sua vez, contrapõe-se o contratualismo, o qual nega seja o interesse social superior aos sócios e, pelo contrário, o concebe justamente como o interesse comum dos sócios atuais³¹⁸. Por esse modo, o conceito de interesse social é neutro: não busca tutelar nem a maioria nem a minoria. Concebido como interesse comum dos sócios, o conceito de interesse social funda-se na distinção entre interesse social e interesse extrassocial dos sócios: é interesse social qualquer interesse que se enquadre no esquema causal do contrato de sociedade, seja esse o interesse à maximização da eficiência produtiva ou aquele à maximização do dividendo; é, por outro lado, interesse extrassocial um interesse estranho à causa do contrato de sociedade (fim social) e, portanto, pessoal de um ou mais sócios, ou mesmo da maioria dos sócios. O conflito de interesses, portanto, não pressupõe um contraste entre o interesse do sócio e o interesse (superior) da

³¹⁵ FÁBIO KONDER COMPARATO já havia observado que “a teoria da ‘empresa em si’, não há negar, conduz diretamente à publicização da sociedade anônima” (*Aspectos jurídicos da macro-empresa*, SP : RT, 1970, n° 24, p. 59).

³¹⁶ É GASTONE COTTINO quem diz serem as teorias institucionalistas repletas de “aspetti discutibili, illusori e anche mistificanti” (*Diritto commerciale*, vol. 1° – tomo 2°: *Le società*, 4ª ed. Padova : CEDAM, 1997, n° 102, p. 360).

³¹⁷ DANIELE D’AIUTO, *Codice Comentato delle S.p.A.* (obra coletiva) – coord. Giuseppe Fauceglia e Giorgio Schiano di Pepe, tomo II – parte 1, Torino : UTET, 2007, nota 2373-2, p. 465: “Quando l’idea di profitto cede il posto all’idea di pubblico servizio, l’impresa è matura per essere socializzata o almeno assoggettata ad un pesante sistema di controlli esterni, affidati a organi amministrativi o giudiziari, non solo relativi alla legalità ma anche al merito dei singoli atti di gestione”.

³¹⁸ Travestidos de contratualistas, alguns autores sustentam que o interesse “comum dos sócios” não seria apenas o interesse dos sócios *atuais*, mas também o dos sócios *eventuais* e *futuros* e, portanto, o interesse a longo prazo dos sócios atuais: afirma-se que o interesse social deve ter em conta a variabilidade dos sócios no tempo, e deve ter em conta o interesse ainda que não atual, porque a longo prazo, dos sócios atuais (cf.: ASQUINI, *Il batelli del Reno*, ‘in’ *Riv. Soc.* 1959, pp. 618 e segs.). Assim concebida, porém, a teoria contratualista conduz, manifestamente, aos mesmos resultados da teoria institucionalista, da qual é, portanto, apenas uma *variante terminológica* (cf.: PIER GIUSTO JAEGER, *L’interesse sociale*, pp. 89 e segs; e FRANCESCO GALGANO, *Derecho comercial*, vol. 2, cit., n° 11.2, pp. 399-400).

sociedade, mas um contraste entre dois interesses, ambos também relacionados ao sócio: o interesse social e o seu eventual interesse extrassocietário.

O interesse social é, portanto, o interesse comum dos sócios à realização do contrato social: interesse que se articula numa série de interesses preliminares, intermediários e finais (à destinação do patrimônio à atividade social; à maximização das vendas; à melhoria das tecnologias; ao incremento de seu renome), que no imediato podem ser incompatíveis com o da maximização de lucros e, portanto, dos dividendos³¹⁹.

Embora nem a Lei das S/A nem o Código Civil tenham expressamente adotado a concepção contratualista, a análise sistemática das várias regras permite afirmar que a noção de interesse social não é senão aquela propugnada pelos contratualistas, ou seja, o interesse comum dos sócios *uti socii*. Vejamos.

4.2.2. Interesse social na Lei das S/A.

Na Lei das Sociedades por Ações, não obstante o múltiplo emprego do vocábulo³²⁰, não há nenhuma definição expressa do que seja o interesse social. Embora a doutrina dominante e abalizada não hesite em afirmar que nela o legislador adotou, na conformação do interesse social *stricto sensu*, a teoria contratualista³²¹, vale referir que

³¹⁹ Cf.: DANIELE D'AIUTO, *Codice Comentato delle S.p.A.* (obra coletiva) – coord. Giuseppe Fauceglia e Giorgio Schiano di Pepe, tomo II – parte 1, Torino : UTET, 2007, nota 2373-2, p. 465: “L’interesse sociale è quello alla realizzazione del contratto sociale: interesse che si articola in una serie di interessi preliminari, intermedi e finali (alla destinazione del patrimonio all’attività sociale; alla massimizzazione delle vendite, al miglioramento della tecnologia, all’incremento della popolarità), che nell’immediato possono essere anche incompatibili con quello della massimizzazione del profitto e quindi dei dividendi”. Vide ainda: FRANCESCO GALGANO, *La società per azioni*, cit., nº 2, pp. 61-70.

³²⁰ A Lei das S/A refere-se a “interesse da companhia” nos arts. 115, 116, par. ún., 129, § 2º, 154, 155, II, 156, 157, § 3º, e 159, § 6º. Também alude a “interesse da comunidade” (art. 116, par. ún.), “interesse nacional” (art. 117, § 1º, *a*) e “interesse público” (art. 238).

³²¹ Cf. (interesse social é contratualista na LSA): ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, *A Lei das S.A.*, RJ : Renovar, 1992, p. 466; FÁBIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed. RJ : Forense, 1983, nº 117, p. 303, e *Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial*, ‘in’ *Direito empresarial: estudos e pareceres*, 1ª ed. – 2ª tir. SP : Saraiva, 1995, p. 87; ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, cit., pp. 58-61; JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades anônimas*, vol. I, RJ : Renovar, 2009, pp. 1.062-1.063; LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2, SP : Saraiva, 1980, nº 256, p. 245, e *Conflito de interesses*, ‘in’ *Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas*, SP : RT, 1989, p. 20; e MARCELO LAMY REGO, *Direito das companhias* (obra coletiva) – coords. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, vol. I, RJ : Forense, 2009, p. 403; dentre tantos outros.

essa conclusão efetivamente se impõe pela análise dos preceitos legais, e não só pela autoridade dos mestres que a defendem.

Em primeiro lugar, a tese de que a criação da sociedade, qualquer que seja a estrutura ideal, resolve imediatamente as necessidades sentidas por trabalhadores, credores, colaboradores externos, a coletividade em geral e o que mais a imaginação do construtor da tese conseguir encontrar, amolda-se mal ao próprio conceito e à função das sociedades. A sociedade, afinal, é sempre uma comunhão voluntária de interesses, os quais se coordenam na comunhão de escopos – escopos esses que, na sociedade, são precisamente o exercício em comum de atividade para a produção e a partilha de lucros (CC, art. 981). A noção de interesse social está, pois, implícita no próprio conceito de sociedade: é o interesse pelo qual se conclui e, portanto, se executa qualquer contrato de sociedade³²², consistente na produção e partilha de lucros entre os sócios. A sociedade, afirma Gastone Cottino, “é organismo privado criado *pelos sócios para os sócios*”³²³. O interesse comum dos sócios coordena-se exatamente em vista da consecução do escopo-meio e do escopo-fim da sociedade, ou seja, o fim social, sem qualquer derivação ou abrangência de outros interesses externos. A sociedade não é, por essa razão, destinada a personificar um interesse superior, objeto de uma autônoma tutela jurídica, mas é concebida como instrumento a serviço dos sócios, como ponto de referência de uma comunhão de interesse do qual são sujeitos os sócios, e apenas os sócios.

Em segundo lugar, o regime jurídico das invalidades das deliberações sociais também conduz o intérprete à mesma conclusão, pois, segundo entendimento assente entre nós: (1º) as deliberações tomadas em oposição ao interesse da sociedade, marcadas pois por conflito de interesses, são de regra, apenas anuláveis, e não nulas³²⁴, precisamente porque

³²² Cf.: ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *A tutela das minorias nas sociedades anónimas*, cit., p. 245; FRANCESCO GALGANO, *Derecho comercial*, vol. 2, cit., nº 11.1, p. 393; GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. 2: *Diritto delle società*, 6ª ed. Torino : UTET, 2008, nº 8, nota 69, p. 336; e GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ, *Della società per azioni*, tomo I, 6ª ed. Bologna : Zanichelli, 1997, p. 695 (para quem “la nozione di interesse sociale non può stabilirsi infatti se non in relazione allo scopo della società che è quello di conseguire un guadagno mediante l’esercizio di una determinata attività”).

³²³ GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. 1º – tomo 2º, cit., nº 102, p. 359. A lição evoca o conhecido discurso de ABRAHAM LINCOLN, de 1863 (“The Gettysburg Address”), em cuja conclusão o 16º Presidente dos EUA referiu-se a “government of the people, by the people, for the people”.

³²⁴ Cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.*, cit., nº 3.3, p. 99, *Invalidez das deliberações de assembleia das S/A*, SP : Malheiros, 1999, nº 19.3, p. 117, e *Apontamentos sobre a invalidez das deliberações conexas das companhias*, ‘in’ *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*, SP : Malheiros, 2009, p. 90.

os interesses em causa são apenas internos ou, por outras palavras, porque o legislador entendeu que a lesão ao interesse social não afeta terceiros; e (2º) de regra, o sócio que votou favoravelmente a certa deliberação não pode, salvo quando o seu próprio voto esteja marcado por vício de consentimento, propor ação para invalidar a deliberação assemblear conflitante³²⁵, algo que evidentemente não se compadece com a visão institucionalista, de acordo com a qual não apenas o sócio anuente mas até mesmo terceiros deveriam ter legitimidade para impugnar decisões contrárias ao interesse social, ainda quando adotadas pela unanimidade dos sócios. Além disso, (3º) logicamente não se compreenderia que, com o decurso de prazo decadencial e em resultado da inércia dos sócios, uma deliberação contrastante com o interesse social, em cujo bojo estivessem contemplados interesses de terceiros (e até o interesse da nação, veja-se só que belo), pudesse adquirir consistência jurídica inatacável (LSA, art. 286).

Em terceiro lugar, se o interesse social fosse distinto do interesse comum dos sócios, não teriam estes o direito de livremente deliberar a dissolução da sociedade (LSA, arts. 136, X, e 206, I, c) ou mesmo transformá-la noutro tipo societário, sem a concordância dos outros interessados (embora não se consiga imaginar como se faria para colhê-la: seria o Ministério Público a votar?). Aliás, fosse exigida essa concordância dos terceiros, a sociedade adquiriria ranço fundacional, para o bem e para o mal, muito mal.

Em quarto lugar, por fim, o art. 147, § 3º, I e II, da Lei das S/A³²⁶ – que tem a sua origem em preceitos do Código Civil italiano e do Código das Sociedades Comerciais português – estabelece que os membros do Conselho de Administração e, por extensão, os diretores (LSA, art. 145) e os membros do Conselho Fiscal (LSA, art. 162, § 2º), podem ser eleitos a desempenhar a função de titulares de órgãos sociais ainda quando tenham interesse conflitante com o da companhia ou exerçam cargos em sociedades concorrentes, desde que, para tal, obtenham a competente autorização (dita na lei, “dispensa”), concedida por

³²⁵ Cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Invalidade das deliberações de assembléia das S/A*, cit., nº 20.1.3, pp. 121-122.

³²⁶ A regra do § 3º do art. 147 da Lei das S/A, introduzido pela Lei nº 10.303/2001, é imperfeita, pois alude somente ao membro do Conselho de Administração. Não há dúvida, porém, que essa regra se aplica também a diretores e, para chegar a dita inferência, não há falar em “uma séria omissão legal, possivelmente a ser suprida, integrada, pela ação da jurisprudência, com o recurso sólido à analogia encontrada nos elementos factuais envolvidos” (JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA, *Administradores, conselheiros e prepostos das sociedades*, RJ : Lumen Juris, 2005, p. 38). Basta que se invoque o art. 145 da Lei das S/A, e só.

deliberação tomada pela assembléia geral³²⁷⁻³²⁸. À falta de quórum diverso, aplica-se o quórum da maioria simples dos presentes (LSA, art. 129). Ora, como observa Armando Manuel Triunfante³²⁹, se o interesse social fosse algo superior e autônomo em relação ao interesse comum dos sócios, como admitir logicamente que estes retenham na sua competência a disponibilidade de, em prejuízo potencial para a empresa, permitir a atuação conflitante dos titulares de órgãos sociais, inclusive a atuação simultânea em concorrente? A lógica da regra indica, claramente, que o interesse social é o próprio interesse comum dos sócios, pois, de outra forma, não se compreenderia que retivessem eles competência para deliberar e aceitar tais situações, ainda mais pelo quórum da maioria simples dos presentes!

Portanto, segundo destacam Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, “o interesse da companhia na Lei das S/A, não é um ‘interesse superior’, estranho e acima da vontade comum dos sócios, ou um ‘interesse da empresa em si’, a ser

³²⁷ Comentando a regra, ADRIANO CASTELLO BRANCO destaca que, na prática, “tal proibição atinge unicamente a possibilidade de os acionistas minoritários indicarem conselheiros, pois os acionistas controladores terão sempre maioria para dispensar tal impedimento em relação aos administradores que resolverem agir” (*O conselho de administração nas sociedades anônimas*, RJ : Forense Universitária, 2004, nº 6.2, pp. 60-61). As regras do art. 147, § 3º, I e II, da Lei das S/A foram necessárias, diante da concessão do direito de eleição em separado de membros da administração pelos minoritários. MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO registra que, através delas, buscou-se “afastar a possibilidade de concorrentes, valendo-se das novas prerrogativas dos minoritários, ingressarem como acionistas de empresa com a finalidade de prejudicar a performance da mesma ou repassar às demais companhias existentes no mercado informações obtidas na condição de acionista. O fundamento das restrições está na proteção dos segredos empresariais” (*Reforma da Lei das Sociedades Anônimas* (obra coletiva) – coord. Marcelo M. Bertoldi, 2ª ed. SP : RT, 2002, pp. 137-138). “Tem-se em vista, por exemplo, grandes investidores institucionais, que, por participarem do capital de muitas empresas, podem vir a ter assento no conselho de administração de duas concorrentes” (PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, *Modificações introduzidas na Lei das Sociedades por Ações quanto à disciplina da administração das companhias*, ‘in’ *A Reforma da Lei das Sociedades por Ações* (obra coletiva) – coord. Jorge Lobo, 2ª ed. RJ : Forense, 2002, nº 22, p. 441). Ainda sobre o alcance da regra, vide: MÁRCIO TADEU GUIMARÃES NUNES e FELIPE DEMORI CLAUDINO, *Possibilidade de eleição de conselheiro de administração em sociedades concorrentes*, ‘in’ *Direito societário: gestão e controle* – coords. Maria Eugênia Reis Finkelstein e José Marcelo Martins Proença, SP : Saraiva, 2008, pp. 183-209; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 4º vol. – tomo II, 2ª ed. SP : Saraiva, 2003, pp. 204-208; e MODESTO CARVALHOSA e NELSON EIZIRIK, *A nova Lei das S/A*, SP : Saraiva, 2002, pp. 304-318.

³²⁸ O preceito tem parcial correspondência no art. 2390 do CC it: “Art. 2390 (Divieto di concorrenza). Gli amministratori non possono assumere la qualità di soci illimitatamente responsabili in società concorrenti, né esercitare un’attività concorrente per conto proprio o di terzi, né essere amministratori o direttori generali in società concorrenti, salvo autorizzazione dell’assemblea. Per l’inosservanza di tale divieto l’amministratore può essere revocato dall’ufficio e risponde dei danni”. FRANCO BONELLI explica que a autorização, “che non può essere votata dallo stesso amministratore – che sia anche azionista – a sua favore, può essere generica o data anticipatamente con disposizione generale contenuta nello statuto, e può anche ritenersi «implicita» nella deliberazione assembleare di nomina nei casi in cui «la posizione concorrenziale preesiste alla nomina ad amministratore e tuttavia si addiuvine alla nomina»” (*Gli amministratori di s.p.a. dopo la Riforma delle Società*, Milano : Giuffrè, 2004, pp. 141-142).

³²⁹ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *A tutela das minorias nas sociedades anônimas*, cit., p. 246.

descoberto pelo juiz, e capaz de anular a deliberação social, mesmo unânime”³³⁰. O interesse comum que une os sócios é, de acordo com a escorreita lição de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, o “interesse comum dos sócios à realização do escopo social, abrangendo, portanto, qualquer interesse que diga respeito à causa do contrato de sociedade, seja o interesse à melhor eficiência da empresa, seja à maximização dos lucros, seja à maximização dos dividendos”³³¹; é o “interesse à realização do escopo social ou, se se preferir, de qualquer interesse que se insira no esquema causal do contrato de sociedade. Abrange, portanto, tanto o denominado escopo-meio como o escopo-fim”³³².

O interesse social não corresponde ao interesse da maioria; não corresponde também à somatória dos interesses individuais: “correspondendo o interesse da sociedade ao interesse comum de todos os sócios enquanto membros da coletividade social”, frisa Luiz Gastão Paes de Barros Leães, “esse interesse social não se confunde com a somatória dos interesses dos sócios *uti singuli*, oriundos de sua qualidade de sócio. Cumpre, pois, distinguir o interesse comum dos sócios *uti socii* da série de interesses dos sócios *uti individui sed socii*”³³³.

4.2.3. Interesse social no Código Civil.

O Código Civil trata do interesse social em apenas dois artigos (CC, arts. 1.010, § 3º, 1.117, par. ún.) e, em ambos, não traz nenhum indicativo de que interesses

³³⁰ ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, *A Lei das S.A.*, RJ : Renovar, 1992, p. 466.

³³¹ ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, cit., p. 62. FRANCESCO GALGANO decompõe o interesse social em três momentos: “En el contrato de sociedad se puede descubrir una pluralidad de intereses, coordinados entre sí y definibles todos como ‘intereses sociales’. Ante todo tenemos un ‘interés social’ preliminar, a saber, el interés en que el patrimonio social, formado con los aportes de los socios, sea utilizado en la explotación de una actividad productiva; y tenemos luego un ‘interés social’ intermedio, esto es, el interés en que la actividad productiva se encamine a la obtención de utilidades; hay, por último, un ‘interés social’ final, o sea el interés en que las utilidades obtenidas sean distribuidas entre los socios” (*Derecho comercial*, vol. 2, cit., , nº 11.1, p. 393). Em suma, “interés en la mayor eficacia productiva da la empresa, interés en el mayor provecho, interés en obtener el mayor dividendo, son todos intereses que se pueden incluir, por lo tanto, en el esquema causal del contrato de sociedad” (*op. cit.*, p. 394).

³³² ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, cit., pp. 59-60.

³³³ LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2, SP : Saraiva, 1980, nº 257, p. 246 – acrescentando, ainda, que “o interesse social ou da companhia não é redutível, assim, a qualquer interesse dos sócios, mas sim, unicamente, ao seu interesse comum, de realização do escopo social. O interesse social consiste, pois, no interesse dos sócios à realização desse objetivo comum”. No mesmo sentido: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2º vol., 3ª ed. SP : Saraiva, 2003, p. 457.

externos à coletividade dos sócios tenham penetração³³⁴. Tal inferência é ainda robustecida pela análise dos demais preceitos, que levam o intérprete à conclusão de que: (1º) o seu tecido é impermeável a interesses externos aos sócios, de modo que os interesses dos trabalhadores, dos colaboradores e da sociedade civil em geral, apenas podem ingressar em sua estrutura através de leis extravagantes (tais como leis ambientais, trabalhistas, concorrenciais e de direito social) ou, com limitado alcance e indiretamente, através da aplicação das cláusulas-gerais da função social do contrato (CC, art. 421) e da boa-fé objetiva (CC, art. 422)³³⁵⁻³³⁶; (2º) a teoria institucionalista parece não encontrar eco nas

³³⁴ Em tramitação no Congresso Nacional existe Projeto de Lei (PL nº 7.160/2002) que pretende transpor as regras do art. 115 das Lei das S/A para o art. 1.010 do Código Civil, justamente para harmonizar os preceitos das leis especial e geral. A nova redação sugerida é a seguinte: “Art. 1.010. Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria absoluta de votos, se maior quórum não for exigido pelo contrato social. § 1º. Para formação da maioria absoluta são necessários votos correspondentes a mais de metade do valor do capital social ou do número de sócios, conforme dispuser o contrato social. § 2º. No caso de empate, após pelo menos duas tentativas de deliberação, decidirá o juiz, se o contrato social não estabelecer procedimento de arbitragem e não contiver norma diversa. § 3º. O sócio deve exercer o direito de voto no interesse da sociedade; considerar-se-á conflitante e abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à sociedade ou a outros sócios, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a sociedade ou para os outros sócios. § 4º. A deliberação tomada em decorrência do voto de sócio que tem interesse conflitante com o da sociedade é anulável; o sócio responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a sociedade as vantagens que tiver auferido. § 5º. O sócio responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que se voto não haja prevalecido”.

³³⁵ A flexibilização do princípio da relatividade dos contratos encontra respaldo nos institutos da função social do contrato (CC, art. 421) e da boa-fé objetiva, ínsita na renovada figura do abuso do direito (CC, art. 187). Nesta linha, HUMBERTO THEODORO NETO destaca que “é primordialmente em face da aplicação do princípio da função social do contrato que deve ser revisto o princípio da relatividade de seus efeitos, pois a definição dessa função social está ligada à contextualização do contrato, isto é, à interação do contrato com o meio social e deste com aquele (...). Também a cláusula geral da boa-fé e o declínio da ótica puramente voluntarista da teoria do contrato contribuem a um redimensionamento dos efeitos externos do contrato” (*Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*, RJ : Forense, 2007, nº 17, pp. 152-153). De igual modo, CALIXTO SALOMÃO FILHO lembra que a idéia de função social da empresa deriva da previsão constitucional sobre função social da propriedade (CF, art. 170, III) e, no seu entender, “é o principal princípio norteador da ‘regulamentação externa’ dos interesses envolvidos pela grande empresa” (nota de texto nº 23 na obra *O poder de controle na sociedade anônima* de FÁBIO KONDER COMPARATO, 4ª ed. RJ : Forense, 2005, p. 132), pois existiria uma clara “ligação da idéia de função social à proteção de terceiros interesses envolvidos pela grande empresa” (*op. cit.*, p. 134). Também JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA e ALFREDO LAMY FILHO observaram que “para cobrar da companhia e dos seus administradores e controladores a responsabilidade social que a lei lhes imputa não é preciso recorrer ao conceito de instituição, principalmente depois que o Código Civil estabeleceu, como princípio fundamental dos contratos, que ‘a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato’ (art. 421)” (*Direito das companhias* (obra coletiva), vol. I, RJ : Forense, 2009, p. 90). A sociedade é contrato (CC, art. 981) e, como tal, não é infensa à incidência dessas cláusulas-gerais. No entanto, é bom lembrar, com HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que, na aplicação da idéia de função social, a tarefa do juiz não é criadora, mas repressiva: “dentro do ângulo da função social, a tarefa do juiz não é criativa, e sim repressiva e sancionatória. Não lhe cabe em nome do princípio da socialidade, dar à convenção das partes um sentido e um objetivo que não tenham sido por elas eleito” (*O contrato e sua função social*, 3ª ed. RJ : Forense, 2008, p. 167). O alerta é de todo conveniente, sabedores que somos das maiores iniquidades cometidas sob os mais belos propósitos: um princípio não pode ir ao ponto de revogar uma norma expressa, ainda que, a juízo do aplicador da lei, a regra não seja boa ou conveniente: não é tarefa do juiz julgar a lei que, se não for inconstitucional, não pode ser desprezada. PAULA A. FORGIONI lucidamente receia, no entanto, “que a

regras da sociedade simples (a não ser mui remotamente, em alguns institutos, como o da preservação da atividade negocial³³⁷, presente no tema da dissolução de sociedade e nas regras sobre exclusão de sócio), prevalecendo, portanto, o contratualismo; e (3º) o interesse social, na sociedade simples, corresponde ao interesse social dos sócios *uti socii*, e esse interesse não equivale à soma dos interesses individuais dos sócios nem é sempre convergente com o interesse da maioria³³⁸.

A confirmação da asserção de que, mesmo perante o sistema do Código Civil, o interesse social é algo diverso da pura e simples vontade da maioria, é dada pelo art. 1.010, § 3º, segundo o qual “responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças ao seu voto”, sem excepcionar a hipótese em que a contraparte seja o controlador, isto é, a maioria (fato que parece apontar, portanto, que o interesse social não é o interesse da maioria; do contrário, a responsabilização seria sem cabimento). De resto, se o interesse social fosse redutível ao mero interesse da maioria, estaria a minoria sujeita ao puro e simples arbítrio, numa situação de negação da própria essência do contrato de sociedade (CC, art. 981); poder-se-ia dizer que, numa tal situação, os sócios não estariam reciprocamente se obrigando a contribuir para o exercício de uma atividade e a partilha entre si dos resultados, mas, sim, obrigando-se a contribuir para o atendimento do interesse da maioria. Também a exclusão da maioria pela minoria seria construção absolutamente insustentável e contraditória.

inovação trazida pelo art. 421 far-se-á sentir mais na retórica dos advogados do que na modificação da realidade jurídica” (*Interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro*, RDM 130/34).

³³⁶ Sobre a função social da empresa, vide: CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Sociedade anônima: interesse público e privado*, RDM 127/7-20; NEWTON DE LUCCA, *Da ética geral à ética empresarial*, SP : Quartier Latin, 2009, pp. 325-333; e JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA, *Função social da sociedade – convivência entre interesse público e privado*, ‘in’ *Direito societário – gestão e controle* (obra coletiva), coords. Maria Eugênia Reis Finkelstein e José Marcelo Martins Proença, SP : Saraiva, 2008, pp. 3-19.

³³⁷ Entendeu-se preferível aludir à preservação da atividade negocial – aproveitando a precisa e bela expressão cunhada por SYLVIO MARCONDES (*Problemas de direito mercantil*, SP : Max Limonad, 1970, pp. 135-136, e *Questões de direito mercantil*, SP : Saraiva, 1977, p. 7), não compreendida por muitos exegetas afoitos –, porque as sociedades simples, por definição, não exercem atividade empresária (CC, art. 982), donde seria impróprio falar, para elas, em preservação da empresa (CC, art. 966).

³³⁸ Em sentido diverso, e a nosso ver sem qualquer razão, JOSÉ VIRGILIO VITA NETO entende que o interesse social corresponderia ao interesse da maioria: “Ao vincular a atividade do administrador ao interesse da maioria dos sócios, define, por consequência, indiretamente, o interesse societário nas sociedades simples como correspondente ao interesse da maioria dos sócios” (*A sociedade limitada no novo Código Civil*, RDM 130/209).

Alguma dificuldade pode causar, no particular, a regra do art. 1.013, § 2º, do Código Civil, segundo a qual “responde por perdas e danos perante a sociedade o administrador que realizar operações, sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria”. Uma primeira leitura desta regra, superficial e claudicante, poderia induzir o intérprete à equivocada conclusão de que, diversamente do que antes foi afirmado, o interesse social na sociedade simples corresponderia ao interesse da maioria dos sócios (ou, o que dá no mesmo, ao interesse particular do controlador), porquanto ao atendimento de tal interesse sempre estariam os administradores compelidos, sob pena de responderem por perdas e danos. Contudo, o equívoco de semelhante interpretação seria manifesto e isso já ficou antes esclarecido, quando se procurou demonstrar que o interesse social é algo diverso da mera soma dos interesses individuais dos sócios ou do interesse da maioria dos sócios; é, sim, o interesse comum dos sócios *uti socii*.

Mas, a ser assim, como interpretar o art. 1.013, § 2º, do Código Civil? A nosso ver, o preceito deve ser entendido sob o metro do interesse social: os administradores devem agir de modo conforme a vontade da maioria, porém *desde que* essa vontade majoritária não atrite com o interesse social, hipótese em que o administrador deverá dar prevalência ao interesse social em detrimento do colidente desejo da maioria³³⁹. Por exemplo, a maioria dos sócios pode ter um interesse particular de que a sociedade venha a se dissolver ou que não participe de um negócio vantajoso porque, assim, poderá ela, diretamente ou através de outra sociedade sua, se apropriar da oportunidade negocial. No caso assim figurado, o interesse da maioria é flagrantemente colidente como o interesse social; é dissociado do interesse comum *ex causa societatis*. O administrador, portanto, não poderá abdicar da finalidade de suas atribuições e preterir o interesse social. Acima de tudo, ao dar prevalência ao interesse social, o administrador também não poderá vir a ser responsabilizado pela maioria desleal.

Diversa, porém, será a solução nos casos em que mais de uma opção conforme o interesse social se abrir – quando então, o administrador deverá sempre agir em

³³⁹ Por aí se vê que o art. 1.013, § 2º, do CC, guarda ponto de contato com a correta exegese que se deve dar ao art. 118, §§ 8º e 9º, da LSA: assim como o acordo de acionista não pode compelir o conselheiro a votar contra o interesse social (ou a adotar qualquer medida que o exponha a responsabilidade civil perante a companhia ou terceiros), também o administrador de sociedade simples deve primeiro obediência ao interesse social, sem por isso responder perante os sócios ou o controlador.

conformidade com o desejo da maioria – ou, ainda, em casos em que estiverem em conflito interesses externos aos sócios, os quais, porém, não deverão preponderar, pois tal gama de interesses não participa da conformação do interesse social: o que prevalece na disciplina do Código Civil é o contratualismo puro na definição do interesse social e não há regra que, à semelhança do art. 154 da Lei das S/A, permita que os administradores possam, ainda que pela via da escusa ou da defesa, optar por dar prevalência a interesses externos à sociedade (sendo que, a tanto, nem a teoria do abuso do direito nem a função social do contrato poderiam autorizar).

Em suma, pela linha interpretativa proposta, o art. 1.013, § 2º, do Código Civil, não iria tão distante a ponto de permitir que o administrador possa se curvar à vontade da maioria, quando esta se opuser ao interesse social; mas certamente o artigo permite que, diante de duas vias conformes ao interesse social, tenha o administrador que se curvar necessariamente àquilo que quer a maioria. Por exemplo, se a maioria dos sócios desejar que, em dado momento, se dê prevalência ao escopo-meio, ao invés do escopo-fim, não poderá o administrador prestigiar este em detrimento daquele, não obstante ambos os escopos se compreendam no interesse social. Outro exemplo: na celebração de um contrato de locação, a maioria dos sócios pode desejar que o prazo seja curto, a fim de permitir a retomada do imóvel e a sua utilização para a expansão da empresa, e, nesse caso, o administrador não pode, sem cair em censura, celebrar contrato escrito não-residencial por 5 (cinco) anos, incidindo no regime de renovação compulsória. Os exemplos são múltiplos.

Uma observação curiosa a extrair-se da regra do art. 1.013, § 2º, do Código Civil, é a de que, episodicamente, podem existir mais de duas opções, ambas em harmonia com o interesse social. O critério de desempate, então, é dado pela maioria. Confirma-se, por aqui, o que acima foi dito (no subitem 2.3): o critério de desempate é quantitativo, e não qualitativo – eis o que preconiza o princípio majoritário.

Por fim, a regra de conflito de interesses prevista no art. 1.010, § 3º, do Código Civil, é aplicável às sociedades limitadas, ainda quando estas adotem a regência supletiva da Lei das S/A (CC, art. 1.053, par. ún.). Assim, as regras do art. 115 das Lei das S/A não são aplicáveis em substituição ao art. 1.010, § 3º, do Código Civil, ainda quando o contrato social preveja a aplicação subsidiária da lei acionária, simplesmente porque, no

particular, não há omissão legal nas regras das sociedades limitadas: o art. 1.072 do Código Civil *expressamente* se reporta ao art. 1.010 do mesmo código³⁴⁰.

4.2.4. As regras de conflito de interesses no exercício do poder de voto.

Do breve apanhado feito anteriormente, vê-se que, no direito brasileiro, o interesse social tem a estruturação contratualista e significa apenas o interesse comum dos sócios *uti socii* na consecução do escopo-meio ou escopo-fim da sociedade. Nele não há espaço para a intromissão de interesses externos à coletividade dos sócios.

Acolher a tese contratualista de interesse social não significa, porém, como tem sido argutamente sublinhado, negar ou subvalorizar os sinais institucionalistas que, isoladamente considerados, podem ser reconduzidos a aspectos singulares e marginais da disciplina, mas que, valorados de maneira global, desenharam um quadro bastante complexo. Não há dúvida, de fato, que o quadro normativo, sobretudo o da nossa vigente lei acionária, remanesce caracterizado pela presença simultânea de fatores e aspectos contratualistas e institucionalistas, em equilíbrio instável entre eles, e que supostamente estão em estrita relação com a dimensão da sociedade. O institucionalismo é, de fato, um fenômeno serpenteante, destinado a estender as suas raízes na medida em que a fisiologia (e a patologia) do capitalismo se espraia. A influência institucionalista é certamente mais incisiva na grande sociedade por ações, seja privada ou aberta; mas contratualismo e institucionalismo convivem praticamente em todas as sociedades.

Por isso, a posição dos que vêm, no interesse social, feição institucionalista, parece baralhar duas realidades distintas: o interesse social (sempre contratualista) e a feição geral da lei (que pode ser contratualista ou institucionalista, dependendo da sua

³⁴⁰ Em sentido contrário, FÁBIO ULHOA COELHO sustenta que “a matéria submete-se à regência supletiva pelas normas do mesmo Código concernentes à sociedade simples ou pelas da Lei das S/A, dependendo do contrato social. Se deste consta, expressamente, pacto de sócios elegendo a lei das sociedades por ações como diploma de regência supletiva, aplicam-se os preceitos normativos desta sobre o exercício do direito de voto já examinados anteriormente. Caso contrário – isto é, omisso o contrato social acerca do diploma de regência supletiva, ou expressamente eleito para esse fim o capítulo das sociedades simples do Código Civil –, as normas de aplicação são subsidiárias são, em parte, diferentes” (*Curso de direito comercial*, vol. 2, 10ª ed. SP : Saraiva, 2007, nº 4.4, pp. 431-432). O problema está em que a aplicação da Lei das S/A é apenas “supletiva” (CC, art. 1.053, par. ún.) e, ao tratar das deliberações dos sócios de sociedade limitada, o legislador, às expressas, ordenou fosse “obedecido o disposto no art. 1.010”.

maior ou menor indiferença a valores externos à coletividade dos sócios enquanto tais). Pode-se afirmar, corretamente, que a Lei das S/A é marcadamente institucionalista³⁴¹; pode-se até afirmar que, ao lado do interesse social *stricto sensu*, haveria o interesse da empresa, aí compreendidos os interesses externos³⁴². O que não se pode afirmar, porém, é que o interesse social, o interesse da companhia ou da sociedade, o interesse comum dos sócios, se componha de interesses externos aos sócios. Que fique bem esclarecido, porém: não se está a aqui advogar contra a letra da lei (LSA, arts. 116, par. ún., 117 e 156); apenas se está a sustentar que tais valores externos – relevantes, fundamentais, que não são subalternos e que devem, sim, ser fielmente atendidos –, não constituem geneticamente o interesse social *stricto sensu*.

Ainda assim, o regime jurídico do interesse social é distinto no Código Civil e na Lei das S/A.

No Código Civil, o interesse social aparece apenas como *limite negativo* ao exercício de voto, e não como determinante ou limite funcional do mesmo. Não existe na lei geral civil nenhuma regra a impor ao sócio votar no interesse da sociedade; o sócio é livre para votar ou não votar, de acordo com os seus próprios interesses, desde que isso não se revele incompatível com o interesse social. O limite é dado pelo interesse social – o que permite também afirmar que não pode agir em busca de interesse próprio oposto àquele ligado à sua qualidade de sócio. O direito de voto é, pois, direito subjetivo.

Na Lei das S/A, diversamente, o legislador determinou que o acionista deve votar no interesse da companhia³⁴³. A lei acionária brasileira expressamente proscribe o abuso do direito de voto do minoritário. Mais do que isso, nela, a noção de interesse social

³⁴¹ Cf.: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2º vol., cit., pp. 332-333.

³⁴² Cf.: “Ao lado desse interesse da companhia, que se traduz no interesse comum que têm os acionistas, controladores e não-controladores, na realização do escopo social, há interesses extra-acionários que residem na empresa” (LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Conflito de interesses*, ‘in’ *Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas*, SP : RT, 1989, p. 20). Do mesmo autor, ainda: *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2, cit., nº 261, p. 248.

³⁴³ Ao prescrever que o acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia, o legislador pátrio não procurou tutelar a minoria e, sim, a própria coletividade de sócios: “essa é uma regra do interesse geral dos acionistas, que ampara direitos não apenas dos minoritários, mas igualmente, dos majoritários, visto como os minoritários também podem organizar-se em grupos para criar dificuldades à administração que, em última análise, representa o poder político dos acionistas majoritários” (FRAN MARTINS, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2 – tomo I, RJ : Forense, 1978, nº 495, pp. 76-77).

aparece não apenas como um limite negativo ao exercício do voto, mas, de forma inédita em relação a outros sistemas jurídicos, surge como *vetor determinante* do voto: o sócio deve não apenas votar *sem ferir* o interesse social; ele deve votar *no* interesse social – o que significa que a satisfação dos seus interesses pessoais só pode se dar por efeito da satisfação do interesse social. Ou seja, é diferente de outros sistemas, nos quais o sócio vota no seu próprio interesse, encontrando no interesse social apenas o limite de seu poder; no direito acionário brasileiro (e o mesmo *não* sucede no Código Civil), o direito de voto ganha autênticas feições de direito-função³⁴⁴. Há portanto, como refere Fábio Konder Comparato, “interesses que devem ser atendidos no exercício dos poderes que a lei atribui aos acionistas, sejam eles controladores ou não; e a não-realização intencional desses interesses, legalmente impostos, configura um abuso ou desvio de poder, juridicamente sancionável”³⁴⁵. Em suma, o voto não é obrigatório³⁴⁶, mas, ao exercê-lo, o acionista estará obrigado a perseguir o interesse social – o que leva a doutrina qualificá-lo, no regime da lei acionária, como direito-função³⁴⁷.

As diferenças entre os dois sistemas não param por aí.

No Código Civil, existe apenas breve alusão ao voto conflitante em sentido estrito, isto é, ao voto do sócio conflitante com o interesse social (CC, art. 1.010, § 3º). Não há, pois, nenhuma referência ao voto abusivo – assim entendido o voto proferido com o propósito de prejudicar os legítimos interesses dos demais sócios (voto emulativo) – para o qual se torna necessário, então, recorrer a outros institutos jurídicos (como adiante se verá, no subitem 4.4.3). Mas, é claro, o só fato de o legislador não ter previsto o voto abusivo não significa que o mesmo simplesmente não exista ou, então, seja lícito.

³⁴⁴³⁴⁴ WALDIRIO BULGARELLI destacava o “caráter pioneiro” da vigente lei acionária que teria consagrado o voto “como ‘droit-fonction’, estipulando que ele deverá ser dado no interesse da companhia” (*Fiscalização da companhia*, ‘in’ *Problemas de direito empresarial moderno*, SP : RT, 1989, p. 191).

³⁴⁵ FÁBIO KONDER COMPARATO, *Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial*, ‘in’ *Direito empresarial: estudos e pareceres*, 1ª ed. – 2ª tir. SP : Saraiva, 1995, p. 86.

³⁴⁶ O voto, de regra, não é obrigatório (cf.: CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO, *Direito das companhias* (obra coletiva), cit., vol. I, RJ : Forense, 2009, p. 466).

³⁴⁷ Cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, cit., p. 63; LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2, SP : Saraiva, 1980, nº 256, pp. 246-247; MARCELO LAMY REGO, *Direito das companhias* (obra coletiva) – coords. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, vol. I, RJ : Forense, 2009, p. 378; RENATO VENTURA RIBEIRO, *Direito de voto nas sociedades anônimas*, cit., pp. 158 e 169-176; e RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA, *Estrutura de interesses nas sociedades anônimas: hierarquia e conflitos*. SP : Quartier Latin, 2007, nº 7.2, p. 262.

Na Lei das S/A, diversamente, o legislador foi precavido e, como observou Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, “mesclando elementos do direito brasileiro anterior com os do direito alemão e italiano (e até, em um tópico específico, do direito norte-americano), procurou fechar o cerco, estabelecendo regra genérica e flexível, que possibilita aplicação abrangente pelo intérprete”³⁴⁸. O art. 115 da Lei das S/A, assim, tratou não só da proibição de voto e do conflito de interesses, mas, ainda, de forma inédita entre nós, regulou o voto abusivo, na segunda parte da cabeça do citado artigo: “O acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas”. Descreveu, por esse modo, duas modalidades de voto abusivo³⁴⁹. A primeira delas é a do voto *ad aemulationem*, em que a ilicitude do voto vem qualificada pela finalidade³⁵⁰ de causar danos à companhia ou a outros acionistas³⁵¹ (“com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas”), a ser aferida de forma objetiva³⁵². A segunda modalidade, inequivocamente plasmada no direito alemão

³⁴⁸ ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembléias de S.A.*, cit., p. 83.

³⁴⁹ Com razão, WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA frisou que “no conceito do *caput* do artigo, considera-se abusivo o direito de voto exercido: (a) com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas (exercício do direito *ad aemulationem*, consoante teoria mais antiga), (b) de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, efetiva ou potencialmente, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. A hipótese (b) representa o desvio intencional da finalidade do direito de voto para prejudicar a sociedade ou outros acionistas, não apenas com intuito emulativo, mas precipuamente para auferir vantagens com o anormal exercício do legítimo direito de voto” (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. II, RJ : Forense, 1977, p. 557).

³⁵⁰ Cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembléias de S.A.*, cit., p. 83; e MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2º vol., cit., p. 458.

³⁵¹ FÁBIO KONDER COMPARATO sustenta, com apoio na doutrina italiana, que “a alternativa de sujeitos quanto ao dano resultante do voto abusivo é falsa. O único interesse dos acionistas, protegido pela norma legal, é o interesse comum, como se viu acima. E esse interesse comum está ligado à participação de cada acionista no patrimônio social (...). Por conseguinte, a norma legal que proíbe e sanciona o voto abusivo não é, especificamente, uma regra de proteção às minorias, mas ao próprio patrimônio social” (*Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial*, ‘in’ *Direito empresarial: estudos e pareceres*, cit., p. 90). Respeitada a autoridade do emérito jurista, temos dificuldade em acompanhá-lo, no particular. Conforme acima estudado (no subitem 3.4.1), a regra de conflito de interesses italiana, de fato, não trata do embate entre sócios e, portanto, é plenamente compreensível que a doutrina italiana acentue a inaplicabilidade da regra para compor tal espécie de conflito ou lembre que, no conflito de interesses em sentido estrito, o dano causado afeta diretamente o patrimônio social e, apenas indiretamente, o dos sócios. O ponto, porém, é que a regra de conflito de interesses italiana não estruturou o voto como direito-função e, sobretudo, não previu, sequer, o voto abusivo. A regra brasileira, porém, é diferente. E, ao expressamente se referir ao dano causado aos acionistas, trouxe regra claramente inspirada no dever societário de lealdade, que pretende tutelar até mesmo os legítimos interesses individuais dos sócios – interesses esses sempre em conexão com a causa do contrato de sociedade e da materialidade da relação jurídica societária. Ainda sobre o tema, vide: FRAN MARTINS, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 2 – t. I, cit., nº 496, p. 78.

³⁵² Cf.: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2º vol., cit., p. 459; e JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades anônimas*, vol. I, cit., pp. 1.065-1.066 – o qual se filia expressamente “ao entendimento que empresta à locução – *com o fim de*, utilizado pelo dispositivo (art. 115, *caput*) uma

(AktG § 243, 2³⁵³), é a do voto inspirado pelo propósito de obter vantagens indevidas (“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”). Na medida em que o voto deve ser exercido no interesse da companhia, é possível, *por isso*, afirmar que, em ambas as modalidades de voto abusivo, haveria “desvio de finalidade do voto”³⁵⁴. Também, em razão disso, afigura-se correto sustentar que, embora a lei distinga o voto abusivo do voto conflitante, o abusivo é, igualmente, conflitante com o interesse da companhia³⁵⁵ - inferência essa prenhe de conseqüências, pois permite a indistinta aplicação das regras dos §§ 3º e 4º do art. 115 da Lei das S/A a ambas espécies de voto desviado (como adiante explicado no subitem 6.2.1).

4.2.5. Observações críticas.

Exposto o que se viu nos itens anteriores, vale pôr em evidência algumas observações críticas

interpretação objetiva, haja vista que, a se ingressar no campo subjetivo da finalidade, ter-se-ia de pesquisar a intenção do votante, matéria de difícil senão impossível comprovação (prova diabólica)”. As discussões sobre o sujeito lesado (referidas na nota precedente) e a intenção do agente, perdem o seu sentido prático quando se entende, corretamente, que o voto desviado, intencionalmente ou não, em detrimento de A ou B, é, antes de tudo, voto conflitante, para o qual, ao que se sabe, não se indaga da intenção do agente. Em sentido diverso, porém: FÁBIO KONDER COMPARATO, *Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial*, ‘in’ *Direito empresarial: estudos e pareceres*, cit., pp. 90-91; e RENATO VENTURA RIBEIRO, *Direito de voto nas sociedades anônimas*, cit., p. 356.

³⁵³ Cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, cit., p. 83. O preceito da lei alemã (AktG § 243, 2) tem a seguinte redação: “A anulação pode também esteiar-se no fato de um acionista tentar obter, pelo exercício do seu direito de voto, para si ou para terceiros, vantagens particulares em detrimento da sociedade ou de outros acionistas, e a decisão é idônea a servir a esse escopo” (tradução de Luiz Gastão Paes de Barros Leães). Relembre-se aqui o que acima ficou explicado (no subitem 3.3.2.2.7): no direito acionário alemão, as deliberações das sociedades anônimas contrastantes com o dever societário de lealdade têm sido enquadradas como atos de violação da lei ou dos estatutos (AktG § 243, 1), com o conseqüente declínio prático da regra que prevê a invalidação da deliberação tomada por voto inspirado na obtenção de vantagens particulares extra-societárias a dano da sociedade ou dos demais sócios (AktG § 243, 2), precisamente porque esta pressupõe a prova da intenção do agente de causar prejuízo.

³⁵⁴ ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, cit., p. 84.

³⁵⁵ ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, de maneira irresponsável, explica: “Na medida em que o caput do art. 115 determina que o acionista vote no interesse da companhia, considerando abusivo o voto proferido com outra finalidade, a lei está afirmando – não há como negá-lo – que o voto abusivo *pressupõe um interesse conflitante com o da companhia*; desde que se entenda esse último interesse como o interesse comum dos sócios *uti socii* à realização do escopo social, como se procurou demonstrar, qualquer voto proferido com a finalidade de causar dano à companhia ou a terceiros, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte ou possa resultar dano para a companhia, é conflitante com aquele interesse comum” (*Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, cit., p. 99). Tem razão, pois, JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA ao arrolar o voto abusivo e o voto conflitante como “duas modalidades de voto contrário ao interesse social” (*Direito societário*, 8ª ed. RJ : Renovar, 2003, nº 140, p. 343).

A primeira observação é a de que, se o interesse social em sentido estrito é definido pelo escopo-meio e pelo escopo-fim – que, genericamente, pode ser chamado de fim comum (fim social) –, a pedra angular do moderno direito societário realmente está, como enfatizam os lúcidos juristas alemães (no subitem 3.3.1, supra), no rico conceito de fim social. Com efeito, se o interesse social é o interesse comum dos sócios na consecução do fim social, o conflito que pode se estabelecer não é propriamente o conflito entre o interesse extrassocial do sócio e o interesse social; é, antes de tudo, entre o interesse extrassocial do sócio e o fim comum. A noção de interesse social, que aparece de entremeio, perde a sua necessidade e, portanto, parece mais complicar a solução dos problemas, do que ajudar na sua resolução.

A segunda observação é a de que, rigorosamente, o infundável embate entre contratualistas e institucionalistas jamais se deveria colocar em termos de conformação do interesse social e, sim, de qualificação da lei. A lei societária é quem pode ter nuances institucionalistas, mais ou menos fortes, e não propriamente o interesse social em sentido estrito. O que é possível afirmar, sim, é que a lei societária tem, em alguma medida, natureza institucional, mas o que se nos afigura um equívoco é imaginar que o conceito de interesse social possa gestar em seu interior interesses outros que não o dos sócios.

A terceira observação, por fim, é a de que, no regime do Código Civil, o direito de voto constitui direito-subjetivo e, embora lá tenha o legislador tratado do voto conflitante, não se referiu ao voto abusivo, para cuja caracterização torna-se necessário recorrer a outros institutos; no regime Lei das S/A, diversamente, o voto é direito-função e, além de ter tratado da proibição de voto e do conflito de interesses, o legislador previu na lei especial, de modo expresso, a figura do voto abusivo (que não deixa por isso de ser também conflitante³⁵⁶), sob duas modalidades: o voto proferido com o intuito de obter vantagens indevidas e o voto emulativo – em cuja *fattispecie* tem clara intromissão o dever societário de lealdade, enquanto dever de consideração para com os legítimos interesses dos demais sócios.

³⁵⁶ FRANCESCO GALGANO, dentre as hipótese de “abuso del diritto di voto”, menciona o “conflitto di interessi fra socio e società (*Il negozio giuridico*, ‘in’ *Trattato di diritto civile e commerciale* – già diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni, e continuato da Piero Schlesinger, vol. III – tomo 1º, 2ª ed. Milão : Giuffrè, 2002, n°117.1, p. 525).|

Alguns estudiosos, diante do que ficou exposto, colocam em evidência as deficiências práticas da noção de interesse social³⁵⁷ e outros vão além, e advogam, *de lege ferenda*, o seu abandono e a sua substituição pelos conceitos de fim comum e dever de lealdade³⁵⁸. Contudo, antes de prosseguir por essa senda, faz-se necessário primeiramente verificar se, no direito brasileiro, a noção de dever societário de lealdade tem entrada, para, em caso positivo, procurar extrair o seu conteúdo e a sua aplicação prática.

Essa pesquisa prévia tem a sua razão de ser, na medida em que – por não ser o dever de lealdade inconciliável com a idéia de interesse social (ou fim social) e, antes, pelo contrário, serem ambos os institutos complementares³⁵⁹ – a afirmação de sua existência na órbita societária teria a vantagem de cobrir determinadas condutas não adequadamente abrangidas pelo conceito de interesse social, como querem alguns doutrinadores, ou, pelo menos, viria a reforçar e facilitar em certos casos a detecção de condutas que, conquanto até pudessem ser censuradas pelo metro do interesse social (interesse comum), talvez encontrem no dever de lealdade a sua mais fácil reprovação.

4.3. Dever de lealdade no direito societário brasileiro.

O dever de lealdade societária existe no direito brasileiro³⁶⁰, muito embora as nossas leis societárias não o tenham expressamente previsto, e impõe-se perante todos os

³⁵⁷ Sem defender abertamente a superação do conceito de interesse social, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO nem por isso deixou de verberá-lo: “Temos de ser realistas: a noção de interesse não é, dogmaticamente, aproveitável, no estado atual da Ciência do Direito. Falta a instrumentalização necessária para, dele, fazer um conceito atuante e útil. Assim sendo e por maioria de razão: não é viável falar num ‘interesse’ da ‘empresa’: à indefinição de um iríamos somar a do outro, em moldes que representariam um completo retrocesso” (*Manual de direito comercial*, I vol., Coimbra : Almedina, 2001, nº 88, p. 227). Do mesmo autor, com idêntico registro, vide: *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, cit., p. 517.

³⁵⁸ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE é direto: “Defendemos nós que, de *jure condendo*, se deveria caminhar no sentido de adotar, progressivamente, o dever de lealdade em substituição da noção de interesse social. Fundamentamos esta convicção em diversos fatores. Trata-se, não só, de reconhecer a inaptidão deste último conceito, de resto já referida, mas, também, de chamar a atenção para aquilo que nos parecem ser as diversas vantagens que o conceito de dever de lealdade assume perante o mesmo” (*A tutela das minorias nas sociedades anónimas*, cit., p. 204). Segue o autor, na mesma obra, expondo as alegadas superioridades do conceito de dever de lealdade sobre o de interesse social, ponto que mais adiante iremos retomar.

³⁵⁹ A proibição de agir em conflito de interesses constitui uma das manifestações do dever societário de lealdade – o que permite afirmar que, entre o interesse social e o dever societário de lealdade existe uma *relação de continência*. Vale também frisar que ambos têm forte amarração na noção de fim comum: o interesse social é o interesse comum dos sócios conexionado ao fim social.

³⁶⁰ De maneira geral, o direito societário brasileiro claudica gravemente ao não prever, de maneira ordenada e clara, os deveres dos sócios: as nossas leis esmeram-se em enunciar os direitos e os poderes, mas se esquecem da contrapartida devida pelo sócio. Essa, aliás, é uma tônica da nossa legislação em geral: a própria

tipos societários³⁶¹. Integra a ordem legal não-escrita³⁶² e, nas oportunas palavras de Herbert Wiedemann, “é componente (parte integrante) cogente de qualquer ética coletiva”³⁶³, assim também no direito brasileiro.

4.3.1. Fundamentos do dever societário de lealdade no direito pátrio.

O fundamento ético-jurídico do dever de lealdade é dado pelo *princípio da correlação* ou *coordenação* entre poder e responsabilidade (referido anteriormente no subitem 2.5), a sinalizar a necessária conexão, ético-jurídica, entre os dois. Por sua vez, o fundamento normativo do dever societário de lealdade é difuso e pode ser deduzido a partir de uma série de normas esparsas (CC, arts. 1.006, 1.010, § 3º, 1.011 e 1.013, § 2º; LSA, arts. 109, 115³⁶⁴, 116, par. ún, 153, 155, § 4º, e 245) e, de forma mais imediata, do primado da boa-fé objetiva (CC, arts. 187 e 422), do qual descende e se estrutura como autêntico sobreprincípio do direito societário.

Constituição Federal é pródiga ao enunciar direitos das mais variadas ordens, mas é parca ao apontar os deveres a que todos estão sujeitos – não obstante sejam precisamente estes, os deveres, que justificam a existência dos direitos. Merece apoio, por isso mesmo, a linha seguida pela comissão encarregada de elaborar o Anteprojeto de Lei de Sociedades de Responsabilidade Limitada, que pretendia consagrar a seguinte regra: “Art. 11. São deveres dos sócios: I – exercer os direitos essenciais com diligência e probidade; II – ser leal à sociedade e aos demais sócios; III – votar no interesse da sociedade; IV – manter sigilo sobre os livros, documentos e negócios sociais; V – não participar, como sócio ou administrador, de sociedade concorrente, salvo se autorizado pelo contrato social; VI – não contratar com a sociedade, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha participação, em condições de favorecimento ou não equitativas, salvo se houver autorização no contrato social”.

³⁶¹ No direito alemão, conforme explicado no subitem 3.3.2.2.2, o dever societário de lealdade, no âmbito das sociedades de capitais, em geral, e na sociedade anônima, em particular, só veio a ser reconhecido em tempos mais recentes, não obstante sofra, até hoje, alguma contestação. No direito brasileiro, porém, o movimento parece seguir caminho inverso, ao menos no discurso doutrinário, porquanto as referências ao tema surgem justamente em obras de direito acionário. Deve-se também mencionar que JOÃO EUNÁPIO BORGES já arrolava, dentre as obrigações dos acionistas, “o comparecimento às assembléias, a manifestação de interesse pela vida da sociedade, o apoio pelo menos moral às boas iniciativas da administração, a repulsa e o combate aos maus diretores” (*Curso de direito comercial terrestre*, 5ª ed. – 4ª tir. RJ : Forense, 1991, nº 452, p. 465).

³⁶² KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4ª ed. Köln : Carl Heymanns, 2002, § 20 IV 1, pp. 587-588.

³⁶³ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band II: *Recht der Personengesellschaften*, München : C. H. Beck, 2004, § 3 II 3, p. 193.

³⁶⁴ Na sua instigante tese sobre o *trust*, EDUARDO SALOMÃO NETO baseia-se justamente no art. 115 da Lei das S/A para sustentar a penetração dos deveres fiduciários na relação societária (*O trust e o direito brasileiro*, SP : LTr, 1996, pp. 161-162). Ainda que o artigo trate apenas do direito de voto, demonstra a penetração da idéia de dever de lealdade no corpo da lei acionária, impondo-se igualmente a majoritários e minoritários – como isso também se extrai do § 3º do citado art. 115 da Lei das S/A, que foi estruturado justamente para reprimir o abuso de minoria no exercício do direito de voto, conforme referido na Exposição de Motivos (vide, ainda: ROBERTO BARCELLOS DE MAGALHÃES, *A nova Lei das Sociedades por Ações comentada*, vol. II, RJ : Freitas Bastos, 1977, nº 707, p. 593).

A sociedade é, pouco importa o tipo societário escolhido, um contrato (CC, art. 981), ao qual se aplicam os princípios gerais de direito contratual³⁶⁵, e, se em toda relação obrigacional há deveres de lealdade, estes também se fazem presentes na relação jurídica societária, de forma exponencializada, dada a comunhão de escopos que marca a relação de cooperação entre as partes³⁶⁶.

4.3.2. Características gerais.

O dever de lealdade aplica-se a todos os sujeitos da relação societária, na sua interação com a sociedade e com os sócios entre si. O controlador, pelo poder que tem de definir os rumos da sociedade, de decidir vinculantemente também para a minoria e, com isso, indiretamente dispor de patrimônio alheio, responde por deveres mais intensos de lealdade. No entanto, também a minoria pode, no exercício das suas posições jurídicas subjetivas, influir na esfera alheia, sobretudo quando dispõe do poder de bloquear determinadas deliberações societárias, e, por isso, também responde por deveres de lealdade. Em cada caso, porém, a intensidade desses deveres depende da concreta situação jurídica do sócio e, para isso, têm influência a participação detida, os poderes de que é titular (se tem ou não certos direitos de minoria, de administração ou direitos especiais) e a estrutura real da sociedade – embora, em qualquer caso, até mesmo em autênticas

³⁶⁵ Discorrendo sobre o princípio da boa-fé, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO destacou, em lição plenamente aplicável ao dever societário de lealdade, que o primado “mostra-se apto a ser aplicado a uma série indefinida de situações jurídicas. A doutrina costuma afirmar que tais princípios caracterizam-se por um ‘excedente de conteúdo deontológico ou axiológico’, isto é, são dotados de ‘virtualidade e força de expansão’, não de índole lógica e dogmática, mas sim de índole valorativa e axiológica. No campo dos contratos, a boa-fé objetiva é, pois, aplicável a toda e qualquer relação contratual, independentemente de desequilíbrio entre os pólos da relação” (*Novos estudos e pareceres de direito privado*, SP : Saraiva, 2009, nº 8, pp. 126-127). Trata-se de regra aplicável a “todos os domínios onde exista uma relação especial de vinculação entre duas ou mais pessoas” (ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed. – 4ª reimp., Coimbra : Almedina, 2009, nº 275, p. 11).

³⁶⁶ A medida de intensidade dos deveres secundários, ou anexos, decorrentes da boa-fé objetiva “é dada pelo fim do negócio jurídico” e “nas relações jurídicas em que a cooperação se manifesta em sua plenitude (*nostra res agitur*), como na sociedade, cuida-se de algo mais do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa suprapessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum” (CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, SP : Bushatsky, 1976, nº 6, p. 40). A doutrina assinala, pois, a maior intensidade dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva nas relações de fim comum (vide: ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, cit., nº 28, p. 126; e JUDITH MARTINS-COSTA, *Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro*, ‘in’ *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagens a Tullio Ascarelli* (obra coletiva) – coords. Antonio Junqueira de Azevedo, Heleno Taveira Tôres e Paolo Carbone, SP : Quartier Latin, 2008, p. 402).

sociedades de capitais haja deveres de lealdade entre os sócios³⁶⁷. Tais deveres impregnam, outrossim, toda a relação societária e perduram não só durante o ciclo normal de execução do contrato, mas antes e depois dela, nas fases pré- e pós-contratual.

Tal qual a boa-fé objetiva, da qual se despregou, o dever societário de lealdade é uma cláusula-geral e, portanto, carece de mediação concretizadora³⁶⁸; além disso, exerce também a tríplice função de atuar como cânone hermenêutico e integrativo, limite ao exercício de posições jurídicas subjetivas e fonte de deveres anexos de conduta.

Esses deveres anexos (laterais ou instrumentais) de conduta exteriorizam o potencial jurisgênico da cláusula-geral³⁶⁹ e, do ponto de vista substancial, “estes deveres já não interessam diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, antes ao exato processamento da relação obrigacional ou, dizendo de outra maneira, à exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa”, como salienta Judith Martins-Costa³⁷⁰. Servem, pois, para juridicamente superar conflitos na sociedade, cuja solução não se encontra previamente indicada na lei ou no contrato social,

³⁶⁷ Numa grande sociedade de capitais, o dever societário de lealdade terá conteúdo predominantemente negativo, pois seria descabido imaginar que, sobre todos os acionistas, recaia um autêntico dever de colaboração ativa, mas, ainda nessa situação, seria também despropositado imaginar que não haja limites ao comportamento do acionista na interação com os seus semelhantes; do contrário, estar-se-ia consagrando a irresponsabilidade e a impunidade nas relações sociais, favorecendo o abuso, o egoísmo e a emulação. Diversamente, porém, o dever de lealdade encontra, em qualquer caso, o seu espaço, precisamente para consagrar restrições aos sócios, consideradas imprescindíveis, na sua esfera social. No passado, criticou-se a grande companhia justamente por imaginar-se que ela fomentaria o exercício irresponsável e imponderado de direitos: discorrendo sobre a sociedade anônima, J. C. SAMPAIO DE LACERDA lembrou a crítica de que “nela, em geral, se verifica a ausência do sentimento de responsabilidade dos acionistas, como salienta MÜLLER-ERZBACH; a maioria é formada de muitos acionistas que descuidam dos interesses sociais, porque só se preocupam com os dividendos, cabendo a uma minoria governá-la a seu bel prazer” (*Manual das sociedades por ações*, 3ª ed. RJ : Freitas Bastos, 1974, nº 5, pp. 14-15).

³⁶⁸ Para MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, “o ditame da boa-fé não se apresenta pronto para imediata e formal execução, «self-executing». Visto que consagrado através de uma cláusula geral, carece ainda de uma mediação concretizadora” (*Direito das obrigações*, 8ª ed. Coimbra : Almedina, 2000, nº 7, pp. 104-105). Por sua vez, a tarefa de concretização, explica JUDITH MARTINS-COSTA, “é sempre, e necessariamente, contextual. Isto significa dizer que a expressão ‘boa-fé’ não tem conteúdo imanente ou ‘substancialista’, mas contextual, estreitamente ligado às circunstâncias, aos ‘fatores vitais’ determinantes do contexto de sua aplicação” (*Os campos normativos da boa-fé objetiva...*, cit., p. 388).

³⁶⁹ A expressão aparece na obra de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO (*Teoria geral do direito civil*, 4ª ed. Coimbra : Coimbra editores, 2005, nº 26, p. 125) e destaca, de maneira feliz, a aptidão das cláusulas-gerais de suprir as inevitáveis lacunas legais: “Il dovere generale di buona fede contrattuale ha la funzione di colmare le inevitabili lacune legislative: la legge, per analitica che sia, non può prevedere tutte le possibili situazioni; non può sempre prevenire, con apposite norme, gli abusi che le parti possono commettere l’una a dano dell’altra” (FRANCESCO GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., nº 112, p. 500).

³⁷⁰ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, cit., nº 5.2, pp. 66.

e exigem a concretização fática por grupos de casos individuais³⁷¹. Evidentemente, por isso, não existe um rol uniforme e claro desses deveres anexos³⁷².

Em qualquer caso, no entanto, o dever societário de lealdade tem conteúdo dúplice³⁷³ e, segundo a precisa lição de Antonio Caeiro, “obriga os participantes a absterem-se de todo e qualquer comportamento que possa prejudicar os interesses da comunhão ou os interesses dos comparticipantes, compreendidos no escopo comum, e, além disso, a prosseguirem estes interesses no domínio da atividade exercida pela comunhão (Hueck, *Treuegedanke*, págs. 18 e segs.)”³⁷⁴. São, pois, deveres de colaboração e de salvaguarda, que António Menezes Cordeiro desdobra em quatro regras: “o dever de lealdade, em sentido amplo, manda, em geral: • que se mantenha uma postura coerente, evitando condutas sinuosas, que prejudiquem a outra parte; • que se atente na materialidade das condutas, prevenindo atuações que, embora formalmente corretas, o não sejam, em última instância; • que não se levem a cabo atuações laterais que prejudiquem o núcleo da situação; • que se mantenha a outra parte informada de tudo quanto possa relevar para a situação nuclear”³⁷⁵.

O cerne do dever de lealdade na órbita societária reside, então, no dever de não adotar comportamentos que possam, de algum modo, lesionar legítimos interesses e expectativas de outros sócios ou da sociedade de que são membros³⁷⁶. O destaque para os

³⁷¹ Para dar maior arrumação dogmática, a doutrina costuma segregá-los em grupos de (i) deveres de cuidado, providência e segurança; (ii) deveres de aviso e esclarecimento; (iii) deveres de informação e de prestação de contas; (iv) deveres de colaboração e cooperação; (v) deveres de proteção e de cuidado com o patrimônio ou a pessoa do figurante; e (vi) deveres de omissão («Unterlassungspflichten»).

³⁷² Vide: ARAKEN DE ASSIS, *Comentários ao Código Civil brasileiro* – coords. Arruda Alvim e Thereza Alvim, vol. V, RJ : Forense, 2007, nº 9.2, p. 96.

³⁷³ Cf.: EUGEN KLUNZIGER, *Grundzüge des Gesellschaftsrechts*, 15ª ed. München : Verlag Franz Vahlen, 2009, § 5, nº 3, p. 74; HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., § 3 II 3, p. 199; HERBERT WIEDEMANN e KASPAR FREY, *Gesellschaftsrecht*, 7ª ed. München : C. H. Beck, 2007, nº 9, p. 8; THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 4ª ed. München : Verlag Franz Vahlen, 2006, §§ 28, nº 36, p. 441; e UWE HÜFFER, *Gesellschaftsrecht*, 7ª ed. München : C. H. Beck, 2007, § 11, nº 35, p. 96.

³⁷⁴ ANTÓNIO CAEIRO, *A exclusão estatutária do direito de voto nas sociedades por quotas*, ‘in’ *Temas de direito societário*, Coimbra : Almedina, 1984, nota 1, p. 73.

³⁷⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, II vol., 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2007, nº 221, p. 572.

³⁷⁶ Embora tratando da boa-fé objetiva, FRANCESCO GALGANO explica, com propriedade, que “la buona fede nell’esecuzione del contratto implica il dovere di ciascuna parte di realizzare l’interesse contrattuale dell’altra o di evitare di recarle danno, anche con l’adempimento di obblighi non previsti dalla legge o dal contratto” (*Il negozio giuridico*, cit., nº 115, p. 515). Observe-se, pois, que não se trata de impor aos sujeitos da relação jurídica uma simples atitude de correção, no sentido de apenas impedir toda a lesão na esfera jurídica de outrem; determina-se igualmente uma colaboração ativa, no sentido da satisfação das expectativas alheias, o que poderá implicar não apenas numa abstenção, mas, por vezes, até mesmo numa ação.

“legítimos interesses e expectativas dos outros sócios ou da sociedade”, como núcleo de proteção, pretende, evidentemente, enfatizar que não são dignos de tutela quaisquer interesses ou expectativas. Quais, então, o são? Ora, quanto a isso, vale lembrar, com Fábio Konder Comparato, que “nos contratos plurilaterais, há sempre dois tipos de interesse em causa: o interesse comum das partes e os seus interesses individuais. Entre um e outro existe uma relação de intermediação ou complementaridade. Não são quaisquer interesses individuais que a ordem jurídica protege no contrato de sociedade, mas apenas os interesses dos sócios enquanto sócios; isto é, os interesses que não se contrapõem ao escopo comum de realização do objeto social com fim lucrativo, mas cuja relação depende da efetiva consecução desse interesse comum”³⁷⁷.

Assim, no que concerne à sociedade, deve ser respeitado o *fim social* (fim comum), a *causa* do contrato de sociedade ou, na visão tradicional, o interesse social: o sócio deve se abster de quaisquer comportamentos que, de alguma forma, possam obstar a sua eficaz persecução, e isso não se satisfaz apenas com uma atitude passiva, mas, em certos casos e dependendo sempre da estrutura real, pode exigir igualmente a colaboração ativa do sócio; não apenas uma abstenção, mas, por vezes, até mesmo uma ação.

Mas, vai-se além. O dever de lealdade a ser observado por cada sócio, como acima destacado, não se restringe aos interesses da sociedade. Dentro do seu âmbito de proteção ingressam todos os interesses individuais *ex causa societatis*: o dever de lealdade impõe respeito aos interesses dos restantes sócios. “A dificuldade”, conforme observa Armando Manuel Triunfante, “está em saber quais serão esses interesses. A resposta parece estar associada à proteção da tutela da confiança, que se gera pela celebração de um contrato de sociedade. Mas esta confiança não é um dado inerte, imutável. Está em permanente desenvolvimento, acompanhando o devir da realidade societária. Assim, estarão dentro do âmbito de proteção do dever de lealdade societária todo o interesse individual (porque detidos por cada sócio, individualmente considerado) que esteja, mediata ou imediatamente, conexionado com a causa do contrato – o escopo lucrativo. É evidente que, em momento algum, poderá um sócio, seja de que forma for, prejudicar a potencialidade da sociedade obter o lucro possível. Mas também não poderá atentar contra

³⁷⁷ FÁBIO KONDER COMPARATO, *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: ‘nova et vetera’*, ‘in’ *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, RJ : Forense, 1981, pp. 44.

a correlação de forças existentes em dado momento no seio da sociedade, a não ser pelos meios legalmente permitidos”³⁷⁸.

Ainda no âmbito do dever societário de lealdade encontra-se a repulsa aos atos meramente emulativos, assim entendidos aqueles que não gerem nenhum proveito lícito e real para a sociedade e sejam inspirados pelo propósito de apenas prejudicar a posição dos demais sócios – situação essa que a nossa avançada lei acionária enquadrrou como voto “exercido com o fim de causar danos à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas” (LSA, art. 115). Tal espécie de conduta não é tolerada à luz do dever societário de lealdade e, por aí, compreende-se bem seja censurada mesmo em sociedades reguladas pelo Código Civil, onde não há regra análoga à da lei acionária: no plano normativo, a hipótese encontra repulsa no art. 187 do Código Civil, de acordo com o qual “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Isso vale, inclusive, para aqueles direitos concedidos no interesse próprio do sócios: se é verdade que, ao exercê-los, não precisa o sócio colocar os seus próprios interesses em plana secundária, deve, ainda assim, ter consideração na escolha dos meios empregados, de modo a não onerar a sociedade e os sócios de forma desproporcional às legítimas vantagens pretendidas.

“Conseqüentemente”, explica uma vez mais Armando Manuel Triunfante, “incorre em violação do dever de lealdade a deliberação de aumento de capital que permita à maioria deteriorar a posição relativa dos sócios minoritários, sem que a sociedade retire qualquer benefício visível com a situação. A mesma violação será configurada, quando é a minoria a negar a possibilidade de aumento do capital de extrema conveniência para a sociedade, apenas porque se quer agarrar à parcela de poder já detida e não tem meios econômicos que lhe permita concorrer ao referido aumento”³⁷⁹.

³⁷⁸ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *A tutela das minorias nas sociedades anônimas*, cit., p. 197. Mais adiante, na mesma obra, adverte o estudioso português que “a amálgama de condutas diretamente impostas ou vedadas pelo dever de lealdade é suscetível de mutação ao longo dos anos” (*op. cit.*, p. 198).

³⁷⁹ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *A tutela das minorias nas sociedades anônimas*, cit., p. 197.

Note-se que, para chegar a tal resultado, não há necessidade de forçosamente estruturar as posições jurídicas dos sócios como direitos-função – impondo a aqueles o dever de agir em benefício de terceiros. O dever societário de lealdade pode levar a que, em certas situações, se concretizem deveres positivos a cargo do sócio: de modo a não frustrar as legítimas expectativas dos demais e não aniquilar a materialidade da relação societária, quando estiver em causa a própria sobrevivência da sociedade, pode o sócio se ver obrigado a votar favoravelmente a determinada deliberação, pois a mera abstenção já não será suficiente. Para tanto, porém, é necessário proceder a uma ponderação de interesses, nos moldes acima descritos (no subitem 3.3.2.2.6).

Por fim, deve-se ressaltar novamente que, embora o dever de lealdade não tenha expressa consagração legislativa no direito societário brasileiro, muitas regras legais mais não são do que manifestações pontuais de alguma de suas facetas. A regra de conflito de interesses no exercício do voto é expressão do dever de lealdade³⁸⁰, de modo que é grave equívoco supor que esses institutos não possam conviver. Também são manifestações da lealdade societária as regras de repressão ao voto abusivo³⁸¹, a proibição de concorrer com a sociedade³⁸² e de utilizar-se de informações privilegiadas obtidas em razão da participação social³⁸³, ou a apropriação de oportunidades negociais. O dever societário de lealdade é, pois, o gênero que permite compreender e ordenar essas espécies, dando-lhes respostas unívocas e consistentes. Na Alemanha. Na Itália. Em Portugal. E, também, no Brasil.

4.4. Reflexões críticas sobre os institutos aplicáveis.

Demonstrada a prevalência do dever societário de lealdade no direito pátrio, com a mesma conformação reconhecida nos direitos alemão (item 3.3.2.2) e italiano (item

³⁸⁰ Cf.: ERMANN LA MARCA, *L'abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, Milano : Giuffrè, 2004, n° 6.2, p. 77 – confirmando que “nell’avviso della dottrina che si è fatta più compiuta essertrice della applicabilità dell’art. 2373 c.c., la disposizione sarebbe specifica espressione nel diritto societario delle più generali clausole di buona fede e correttezza, che non potrebbero trovare altrimenti diretta applicazione”.

³⁸¹ Cf.: HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, *Curso de direito comercial*, vol. 3, SP : Malheiros, 2008, n° 8.3.2.1.2, p. 262, e n° 8.2.2, p. 242.

³⁸² Cf.: ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, II vol., cit., n° 64, p. 182.

³⁸³ Cf.: HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., § 3 II 3, p. 203; e JOACHIM MEYER-LANDRUT, *Der ‘Mißbrauch’ aktienrechtlicher Minderheits- oder Individualrechte insbesondere des Auskunftsrechts*, ‘in’ *Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag am 5 Juni 1973* – coords. Robert Fischer e Wolfgang Hefermehl, Berlin, NY : Walter de Gruyter, 1973, pp. 235-251.

3.4.2), dos quais pode haurir úteis subsídios, importa agora analisar qual seria o instituto aplicável para a caracterização e repressão do abuso de minoria – ou, melhor dizendo, para os abusos dos sócios em geral. É chegada a hora, pois, de verificar, nos itens seguintes, a aplicabilidade dos múltiplos institutos tradicionalmente invocados nessa matéria, ou seja: abuso do direito, desvio de poder, conflito de interesses e dever de lealdade.

4.4.1. A inconsistência da teoria do abuso do direito.

A teoria do abuso do direito – que costuma ser intuitivamente invocada, diante da parcial correspondência das expressões – não se mostra apta a regular, de maneira completa, as situações características de *abuso de minoria* em direito societário³⁸⁴. Trata-se, em realidade, de teoria (a do abuso do direito) que, a partir da segunda metade do século passado, entrou em decadência³⁸⁵, sobretudo diante da ascensão do primado da boa-fé objetiva, pois tinha, e tem, sobretudo, conteúdo descritivo, e não propriamente operacional: os atos tradicionalmente qualificados de abuso do direito, eram, e são, assim reputados por efeito da aplicação do princípio da boa-fé objetiva e de suas várias sub-figuras, conforme bem esclarece António Menezes Cordeiro³⁸⁶. A repressão ao abuso do direito, em realidade, nada mais é do que uma decorrência básica da boa-fé objetiva, até porque, segundo frisava Antônio Junqueira de Azevedo, “o abuso de direito é sempre uma quebra da boa-fé no seu nível mais elementar”³⁸⁷.

De que o abuso do direito, em sua concepção objetiva, constitui autêntica manifestação da boa-fé objetiva, deixa isso agora claro o art. 187 do vigente Código Civil –

³⁸⁴ Cf. (expressamente rejeitando a teoria do abuso do direito em tema de abuso de minoria): ANDREA PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze “abusi” e rimedi*, Torino : G. Giappichelli, 2004, n° 3, pp. 15-16; e ANTONIO NUZZO, *L’abuso della minoranza*, Torino : G. Giappichelli, 2003, p. 281.

³⁸⁵ Cf.: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, 1ª ed. – 3ª reimp., Coimbra : Almedina, 2007, § 26, n° 66, p. 697.

³⁸⁶ Em sua célebre obra sobre a boa-fé objetiva, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO registra a decadência da teoria do abuso do direito e destaca os seus limites operacionais: “no espírito da terceira sistemática e doutrina subsequente, o abuso do direito funcionava, porém, não como partida para soluções dele deduzidas, mas como chegada induzida de várias subfiguras, solidamente ancoradas na prática e investigadas, em estilo monográfico, com profundidade. Essas subfiguras fundam-se, todas, na boa-fé e, na sua aplicação, dispõem de canais próprios. Apaga-se o abuso do direito: não dá cobertura a soluções reais – fá-lo a boa-fé – nem as faculta – fazem-no as subfiguras referidas. Ao abuso queda apenas o mérito da figura ordenadora intermédia: permite agrupar, em tratados e comentários, subfiguras ligadas à boa-fé mas que, dentro do vasto campo desta, são de arrumação difícil” (*Da boa-fé no direito civil*, cit., § 26, n° 66, p. 706).

³⁸⁷ ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Novos estudos e pareceres de direito privado*, SP : Saraiva, 2009, n° 17, p. 302.

que, na opinião de parte da doutrina, teria consagrado a teoria *objetiva* do abuso do direito e, para outros, teria consagrado a figura da ilicitude decorrente dos *meios* ou do *modo* pelo qual os direitos são exercidos³⁸⁸. Como quer que seja, denominações à parte, a regra legal em questão trata daquilo que Judith Martins-Costa designa de “ilicitude situada, derivada dos meios (ou do modo) pelos quais é o direito subjetivo exercido, sendo objetiva porque não perquire a voluntariedade do ato, mas atém-se à desconformidade com a norma legal que determina a verificação *in concreto* da concordância ou não entre o ato (comportamento) e certos valores ou finalidades tidos como relevantes pelo ordenamento”³⁸⁹.

Assim, e sem embargo da aplicação do art. 187 do Código Civil ao tema do nosso estudo, *enquanto regra desdobrada do princípio da boa-fé objetiva*, parece claro que a teoria do abuso de minoria em direito societário deve ser construída, então, diretamente a partir do dever societário de lealdade, cuja gênese está na boa-fé objetiva, e cujo campo operativo é bem mais amplo do que o do exercício antifuncional de direitos subjetivos. O abuso de minoria, na realidade, pode-se verificar no exercício de qualquer posição jurídica ativa (itens 2.7 e 2.8, acima) e, portanto, é fenômeno que decididamente não se radica apenas no exercício de direitos subjetivos em sentido estrito³⁹⁰. Além disso, em seu campo, incidem não apenas os atos marcados pelo “exercício por forma antifuncional e contrário à razão determinativa de sua instituição”³⁹¹, senão também os atos marcados pelo conflito de interesses. A categoria geral que permite enquadrar todos esses atos em suas hostes é, pois, o dever societário de lealdade.

³⁸⁸ JUDITH MARTINS-COSTA, *Os campos normativos da boa-fé objetiva...*, cit., p. 409.

³⁸⁹ JUDITH MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 409.

³⁹⁰ Cabe reconhecer, no entanto, que a doutrina entende que, na concepção objetiva de abuso do direito (que descreve, inversamente, o primado da boa-fé objetiva), até mesmo os direitos potestativos poderiam ser atingidos (vide: ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Novos estudos e pareceres de direito privado*, cit., nº 17, p. 302; e MILTON FLAVIO DE ALMEIDA CAMARGO LAUTENSCHLÄGER, *Abuso do direito*, SP : Atlas, 2007, pp. 99-102).

³⁹¹ DARCY BESSONE, *Do contrato – teoria geral*, RJ : Forense, 1987, nº 146, p. 297.

4.4.2. A refutação da teoria excesso de poder/desvio de finalidade.

A teoria do excesso de poder (ou desvio de finalidade³⁹²) – que teve na Itália larga aplicação, a partir do célebre estudo de Francesco Carnelutti³⁹³, mas que, em tempos mais recentes, vem perdendo na jurisprudência daquele país o prestígio que outrora gozava como instrumento de solução de conflitos societários (item 3.4.2) – também não se presta a caracterizar o abuso da minoria no direito brasileiro, pois: (1º) a teoria do excesso de poder pressupõe a conformação do poder de voto como *direito-função*, e não como *direito subjetivo*, sendo que, no direito brasileiro, essa conformação funcional apenas se verifica na lei acionária (LSA, art. 115), mas é de todo ausente no regime do Código Civil, onde o interesse social é posto, de forma implícita, como limite externo (CC, arts. 1.010, § 3º, e 1.013, § 2º); e, além disso, (2º) a aplicação da teoria do excesso de poder implica, segundo o entendimento de parcela expressiva da doutrina estrangeira³⁹⁴, num indevido controle de mérito dos atos societários e, portanto, na intromissão do julgador no âmbito interno de funcionamento das organizações societárias privadas, em contraste com os princípios reitores da livre iniciativa e da liberdade de organização associativa. Também em doutrina se afirma que (3º) o direito societário deve encontrar no direito privado a ferramenta para a solução de conflitos entre sócios, e não ir buscá-la através da aplicação analógica de um instituto de direito público³⁹⁵. Na realidade, (4º) precisamente porque a teoria do desvio de

³⁹² Há *desvio de poder* ou desvio de finalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado. Do desvio de poder, no entanto, consoante bem diferencia FÁBIO KONDER COMPARATO, “deve ser destacado o *excesso (de poder)*, 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” (*O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed. RJ : Forense, 1983, nº 115, p. 295).

³⁹³ FRANCESCO CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, ‘in’ *Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazione*, vol. XXIV, parte I, 1926.

³⁹⁴ Assim, por exemplo, para GASTONE COTTINO, “ammettere l’impugnativa per eccesso di potere significa, si dice, dare ingresso a un giudizio da parte dell’autorità giudiziaria sulla conformità dell’esercizio del diritto, o potere, di voto con il perseguimento dei fini per il quale tale potere di voto è stato concesso. In altre parole, consentire un controllo di merito della delibera, mettendo ulteriormente in discussione i dominanti principi contrattualistici” (*Diritto commerciale*, vol. 1º – tomo 2º, cit., nº 107.2, p. 387). JOSEPH HAMEL, GASTON LAGARDE e ALFRED JAUFFRET, por sua vez, acrescentam que “l’appréciation portée sur l’opportunité d’une décision à prendre relève des associés eux-mêmes et, par suite, de la règle majoritaire” (*Droit Commercial*, tome I – 1º vol., 2ª ed. Paris : Dalloz, 1980, nº 699, p. 478).

³⁹⁵ DOMINIQUE SCHMIDT, com a sua peculiar argúcia, destaca que os poderes de que dispõe a autoridade administrativa são dirigidos à satisfação de interesses públicos, ao passo que os poderes do sócio dirigem-se não só à satisfação do interesse comum dos sócios, senão também para a satisfação de interesses do próprio agente. Conclui o grande societarista francês que a aproximação das noções não tem outro valor senão o de simples argumento analógico: “C’est sans doute pour marquer cette distinction que de nombreux auteurs ont rapproché ou même confondu l’abus de majorité et le détournement de pouvoir. Les deux notions expriment en effet que le titulaire du pouvoir ne peut l’exercer dans son intérêt propre, ou plus généralement dans un but autre que celui en vue duquel le pouvoir lui est conféré. Ainsi, la majorité ne peut user de son pouvoir pour s’avantager personnellement, alors que ce pouvoir lui appartient pour satisfaire l’intérêt de la collectivité. Le

finalidade presta-se a censurar condutas nos casos em que a própria lei tenha assinalado os objetivos a serem alcançados pelo seu titular, compreende-se tenha ela gozado, e ainda hoje goze, de prestígio no direito acionário brasileiro em matéria de abusos cometidos por controlador³⁹⁶ ou administrador, pois para ambos foram estabelecidas específicas funções³⁹⁷ (LSA, arts. 116, 117 e 154), as quais são autênticos poderes-deveres; mas, ainda no regime da lei acionária brasileira, o instituto expõe todas as suas deficiências para equacionar os conflitos de interesses entre sócios, quando deles não resulta ofensa ao interesse social³⁹⁸, para os quais houve então a necessidade de construir outra regra, a do voto abusivo (LSA, art. 115, 2ª parte); por maior razão, fora do regime da lei acionária, a teoria do excesso de poder não soluciona nem os conflitos de interesses do sócio para com a sociedade, porquanto aí o voto não é direito-função, e muito menos dos sócios entre si. Por fim, (6º) é preciso também lembrar que o abuso de minoria ocorre não apenas no exercício do direito de voto, mas, também, no exercício de qualquer outra posição jurídica subjetiva ativa, muitas das quais estruturadas claramente pela lei como poderes postos no interesse do próprio agente (*eigennütziger Befugnisse*), para os quais, então, seria tanto mais abusada a aplicação expandida da teoria do desvio de finalidade. Logo, se a teoria do excesso de poder ou desvio de finalidade não pode ser descartada, seguramente não é ela a chave-geral reconstrutiva para a solução dos problemas do abuso de minoria.

4.4.3. Interesse social e dever de lealdade: confronto.

O interesse social, no sentir de parcela considerável da doutrina moderna, também não se revelaria apto a, isoladamente, servir de elemento para caracterizar e

rapprochement est donc fécond, en ce qu'il éclaire avec netteté le mécanisme de l'abus de majorité; mais il n'a pas d'autre portée, faute de rendre compte de l'originalité du pouvoir majoritaire: alors que l'autorité administrative dispose d'un pouvoir en vue de satisfaire l'intérêt d'autrui, la majorité dispose de son pouvoir pour satisfaire non seulement les intérêts des autres associés, mais aussi les siens propres. Le groupe dirigeant est le premier et principal intéressé des résultats de sa gestion, ce qui, à l'évidence, ne peut être dit de l'autorité publique. Le rapprochement des deux notions n'a d'autre valeur que celle d'un 'simple argument d'analogie'“ (*Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris : Sirey, 1970, pp. 176-177). A observação é particularmente relevante em sistemas jurídicos nos quais o voto aparece estruturado como direito subjetivo.

³⁹⁶ Vide: FÁBIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*, cit., nº 115, p. 295.

³⁹⁷ Os poderes do controlador e dos administradores de companhia foram legalmente estruturados para cumprir específicas funções – entendido o termo função como vinculação a certos objetivos. Não se limitou o legislador a assinalar limites negativos.

³⁹⁸ Foi justamente a partir da apreciação de tais casos que, no direito italiano, se constatou a insuficiência da tese do *excesso di potere* (vide: ERMANNO LA MARCA, *L'abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, cit., nº 6.3.2, p. 82; e FRANCESCO GALGANO, *Il negozio jurídico*, cit., nº 117.3, p. 540, e *La forza del numero e la legge della ragione: storia del principio di maggioranza*, Bologna : Il Mulino, 2007, pp. 177-178).

sancionar o abuso de minoria. As críticas são múltiplas³⁹⁹: (1º) o conceito de interesse social não teria, até hoje, logrado obter uma definição consensual, pois essa tarefa, que na prática surge como um *prius* na resolução dos problemas jurídicos, vem fortemente influenciada pela particular visão de mundo (*Weltanschauung*) de cada intérprete, notadamente por parte dos institucionalistas, e, assim, seria de difícil determinação e insuscetível de mensuração ou controle na via jurisdicional⁴⁰⁰ (que é de legalidade, e não de mérito), não sendo, por isso, dogmaticamente aproveitável⁴⁰¹; (2º) em muitas situações concretas, podem existir duas ou mais opiniões repelentes, sem que nenhuma delas esteja abertamente em contraste com o interesse social⁴⁰²; (3º) sobretudo em sistemas jurídicos em que o interesse social não foi erigido como limite funcional ao direito de voto, a regra de conflito de interesses é incapaz de apanhar atos abusivos dos sócios, maioria ou minoria, neutros em relação ao interesse social (p. ex., a retenção sistemática de lucros ou aumentos abusivos de capital social), para os quais se torna imprescindível recorrer a outros institutos⁴⁰³. Além disso, (4º) no direito brasileiro, assim como noutros países, a regra legal de conflito de interesses coloca-se apenas em relação ao exercício do poder de voto (CC, art. 1.010, § 3º; e LSA, art. 115) e, portanto, não abrange outras posições jurídicas subjetivas, que também podem ser exercidas de forma tortuosa.

Diversamente, porém, e ainda no entender dos mesmos críticos, o dever societário de lealdade teria condições de substituir, com vantagens, a noção de conflito de

³⁹⁹ Estamos aqui apenas reunindo as críticas levantadas por diversos doutrinadores, sem com isso subscrever muitos dos exageros afirmados.

⁴⁰⁰ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *A tutela das minorias nas sociedades anónimas*, cit., pp. 176-177.

⁴⁰¹ Vide: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, cit., p. 517, e *Manual de direito comercial*, I vol., cit., nº 88, p. 227.

⁴⁰² ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *A tutela das minorias nas sociedades anónimas*, cit., pp. 175-176. Em algumas situações, pode-se mesmo afirmar que as distintas soluções protagonizadas pelos grupos oponentes, em assembleia geral, correspondem, ambas, ao interesse social. Exemplo disso encontra-se no caso julgado pela Corte de Cassação francesa de 16.07.1998 (*Arrêt ELC*), acima comentado (no subitem 3.2.5), envolvendo o debate sobre a distribuição ou não de lucros: um lado pretendia conduzir uma política de investimentos, opondo-se à distribuição de lucros, argumentando que essa opção era suscetível de trazer vantagens futuras para a sociedade e para os sócios; outro lado pretendia a distribuição, pois isso satisfazia melhor os seus interesses – o que significa dizer que um sócio mirava o escopo-meio (a empresa) e, outro, o escopo-fim (a partilha dos lucros) da sociedade. Tem-se, então, para uma mesma situação concreta, duas soluções opostas, ambas inspiradas pelo interesse social. Eis, portanto, a comprovação de que mais de um “interesse social” pode-se colocar diante de uma mesma situação.

⁴⁰³ DANIELE D’AIUTO, *Codice Comentato delle S.p.A.* (obra coletiva) – coord. Giuseppe Fauceglia e Giorgio Schiano di Pepe, tomo II – parte 1, Torino : UTET, 2007, nota 2373-2, pp. 480-481; ERMANNIO LA MARCA, *L’abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, cit., nº 6.3.2, p. 82; GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. 2, cit., nº 8, p. 337; e PIER GIUSTO JAEGER, FRANCESCO DENOZZA e ALBERTO TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale: impresa e società*. 6ª ed. Milano : Giuffrè, 2006, nº 169, p. 325.

interesses, na tarefa de controlar o comportamento dos sócios e sancionar os abusos por eles cometidos não só no exercício do poder de voto, mas de todas as demais posições jurídicas.

Assim, o dever de lealdade atua em situações para as quais se revela inútil e inadequada a noção de interesse social⁴⁰⁴. Como exemplo, lembra a doutrina os casos de aumento de capital social num momento em que é desnecessário, pois não traz qualquer vantagem para a sociedade, apenas e tão só com o intuito de prejudicar os sócios minoritários; deliberações outras que, em geral, não tragam prejuízo para a sociedade e estejam preordenadas apenas a prejudicar os minoritários; e a dissolução da sociedade por deliberação dos sócios. Em tais casos, não seria o interesse social, mas a lesão a legítimos interesses e expectativas dos demais sócios, conforme o dever de lealdade, que levaria à censura da deliberação.

Outra vantagem assinalada pela doutrina para a adoção do dever de lealdade, como critério de conduta, é, de acordo com Armando Manuel Triunfante, “a sua superior capacidade de ver o seu conteúdo determinado, com a conseqüente facilidade de maior aferição, no caso concreto. Dissemos, no seguimento daquilo que tem sido apontado pela generalidade da doutrina, que o interesse social não é facilmente determinável e não pode ser preenchido pelo tribunal. Essa é uma tarefa que cabe, exclusivamente, à generalidade dos sócios. O tribunal e respectivos magistrados não se encontram em posição de desmantelar quais serão as necessidade da empresa (...). A substituição dos sócios pelo tribunal, na delimitação do interesse comum, não pode, razoavelmente, ser efetuada com a mesma eficácia. Mesmo que tal fosse viável, ainda assim, esta solução encontraria um obstáculo intransponível – o respeito pela liberdade de iniciativa privada”⁴⁰⁵, que entre nós tem *status* constitucional (CF, art. 170). Essa mesma crítica, aliás, tem sido levantada por

⁴⁰⁴ Quanto a isso, porém, deve ser lembrado, como contraponto, que o direito acionário brasileiro, conforme estudado, contém regra que permite chegar ao mesmo resultado. O mesmo, porém, já não pode ser dito do regime societário geral do Código Civil, no qual inexistente regra clara censurando condutas abusivas ou emulativas e que, portanto, poderia se beneficiar do recurso à noção de dever de lealdade societária, em acréscimo ao equívoco conceito de interesse social. Ainda assim, porém, as idéias de interesse comum e de conflito de interesses, quando bem aplicadas, também permitem chegar ao mesmo resultado, tal como acima se demonstrou quando da crítica ao entendimento da jurisprudência francesa.

⁴⁰⁵ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *A tutela das minorias nas sociedades anônimas*, cit., pp. 207-208.

doutrinadores franceses (conforme visto no subitem 3.2.5), não obstante a importância nuclear que o interesse social tem para a solução dos conflitos societários naquele país⁴⁰⁶.

Por fim, afirma-se que, diferentemente do que ocorre com o interesse social, a aplicação do dever de lealdade – que decorre da boa-fé, a presidir as relações sociais – pode ser contrastada na via jurisdicional: a tarefa de averiguar o respeito ao dever de lealdade não implicaria nenhum juízo de mérito e oportunidade na condução dos destinos sociais⁴⁰⁷. Além disso, afirma ainda Armando Manuel Triunfante, essa “possibilidade de controle judicial surge associada, permanentemente, à possibilidade de se aplicarem sanções para um determinado incumprimento ou violação. Na hipótese do dever de lealdade não ser respeitado, em prejuízo da sociedade ou dos restantes sócios, poderiam ser desenvolvidas algumas conseqüências, que pudessem minorar os danos daí decorrentes e sancionar o infrator”⁴⁰⁸.

Aqui chegados, depois de longo percurso, confirmamos aquilo que, bem no início do trabalho, afirmamos (no subitem 2.3): a proteção efetiva contra os abusos dos sócios é encontrada no dever societário de lealdade, que permite não só controlar as deliberações societárias, mas o exercício de todas as posições jurídicas subjetivas, coarctando os abusos da maioria ou da minoria. A experiência do direito alemão e, mais recentemente, do direito italiano, comprovam as potencialidades do dever de lealdade e a sua superioridade em relação à idéia de interesse social. O moderno direito societário deve, conforme tivemos a oportunidade de defender em conjunto com Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, “deve, a bem da evolução da ciência societária e da elaboração de soluções precisas e unívocas, (...) aprofundar a análise da noção de fim comum em sentido amplo (compreendendo o escopo-meio e o escopo-fim da organização societária) e as suas interações com os deveres de lealdade, colaboração e contribuição. Só assim conseguir-se-á realmente avançar no trato da matéria e nas soluções para os seus problemas práticos”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ BRUNO PETIT afirma que “la protection de l’intérêt social la clef de la plupart des conflits internes” (*Droit des sociétés*, 2ª ed. Paris : Litec, 2004, nº 140, p. 84), embora reconheça que “la notion reste floue, et la controverse vive” (op. cit., nº 140, p. 85).

⁴⁰⁷ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *A tutela das minorias nas sociedades anônimas*, cit., p. 209.

⁴⁰⁸ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *A tutela das minorias nas sociedades anônimas*, cit., p. 210.

⁴⁰⁹ ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA e MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, “*Affectio societatis*”: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”, in’ *Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França, SP : Quartier Latin, 2009, p. 161.

Se assim é, não nos animamos, porém, a ir mais longe e afirmar que a idéia de interesse social poderia ser simplesmente descartada, ainda no que se refere ao tema de nosso estudo. Em primeiro lugar, porque *legem habemus*: não podem as preferências do intérprete servir de pretexto para desconsiderar as regras de direito posto, que continuam a servir de instrumento para a repressão dos atos abusivos dos sócios em sentido amplo e cuja doutrina e jurisprudência formadas ao longo de anos de contínua aplicação não devem ser simplesmente postos de lado. Em segundo lugar, e aqui reside um ponto fundamental, as noções de dever de lealdade e interesse social não são repelentes; não brigam entre si; guardam, antes de tudo, relação de continência: uma das manifestações do dever societário de lealdade vem a ser precisamente a proibição de o sócio agir em conflito de interesses com a sociedade. É certo que ambas as noções não se confundem: têm identidade dogmática própria, mas também não se repelem.

Por isso, e enquanto o direito societário brasileiro não sofrer uma alteração legal de paradigmas, a teoria do abuso de minoria em direito societário deverá manter a sua amarração dogmática sobre a aplicação concertada das noções de interesse social (ou, ainda melhor, fim comum) e dever societário de lealdade.

4.4.4. Diversos meios voltados para um mesmo resultado.

O dever de lealdade é, pela sua maior extensão temática e reguladora, e pela sua vocação de generalizar as situações, o instituto jurídico que permite abranger todas as situações que são cobertas pelos demais institutos. É o gênero que permite compreender, como suas espécies, os demais institutos.

Neste ponto, no entanto, é preciso fazer uma ressalva e reconhecer a utilidade dos demais institutos que, se não têm a abrangência necessária para cobrir *todas* as hipótese de abuso de minoria, podem se revelar úteis em determinadas situações. Até porque, conforme destacam os estudiosos, todos eles têm no dever societário de lealdade a

sua matriz comum⁴¹⁰. Nas palavras de José Luiz Bulhões Pedreira e Alfredo Lamy Filho, “a nomenclatura variada das figuras jurídicas com que se assegura a proteção da minoria não obscurece o fato de que são todos afins, buscando os mesmos efeitos. Assim, o abuso do direito, o excesso ou desvio de poder, a fraude contra o minoritário, o dolo, a prevalência do interesse da companhia, o conflito de interesses com a companhia, todos são remédios que visam sancionar os excessos do princípio majoritário e tornar possível a existência jurídica de uma minoria”⁴¹¹ e, acrescentaríamos nós, sancionar os abusos dos sócios em geral.

Existe, pois, uma interpenetração entre todos esses institutos: a proibição do abuso do direito constitui a mais elementar formulação da boa-fé objetiva; não agir em conflito de interesses ou respeitar o interesse social, é específica manifestação do dever de lealdade; não utilizar dos seus direitos de forma desproporcional, de modo a causar dano a outrem, também é conduta que viola o dever de lealdade; de igual modo, utilizar de um direito para fins diversos daquele especificamente assinalado pelo legislador, é desvio de finalidade, sob um prisma, abuso do direito, de outro, e violação à boa-fé, ainda de outro. O que importa, sim, é não deixar de reprimir os abusos em direito societário.

⁴¹⁰ FABRIZIO GUERRERA, em alentado estudo, conclui: “L’indagine si qui svolta ha mostrato la sostanziale riconducibilità delle diverse tecniche di controllo sul procedimento deliberativo assembleare ad una matrice comune: il principio di correttezza endoassociativa, configurato come limite immanente all’esercizio del voto, preordinato ad arginare i rischi di utilizzo abusivo del potere corporativo della maggioranza in danno della società o delle minoranze azionarie” (*Abuso del voto e controllo di correttezza sul procedimento deliberativo assembleare*, ‘in’ *Rivista delle Società* 47/281). Também ANDREA PISANI MASSAMORMILE chegou à conclusão de que “a risultati sostanzialmente analoghi sia in punto di diritto (l’annullamento della delibera), sia in punto di fatto (il controllo del potere della maggioranza a tutela della minoranza), si giunge anche secondo diverse impostazioni concettuali, fondate di volta in volta sull’eccesso di potere (visto non tanto come abuso, quanto come sviamento nell’esercizio del potere dalle finalità per cui il potere stesso è attribuito dalla legge; cfr. A. MAISANO, *L’eccesso di potere*), sul principio generale di correttezza nei procedimenti assembleari (A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*), sull’applicazione analogica della regola di cui all’art. 2373 c.c. nella formulazione testuale precedente alla riforma (M. CASSOTTANA, *L’abuso di potere*; cfr. anche, per la possibilità di far leva sull’art. 2373 c.c. quando l’abuso della maggioranza passi attraverso il conflitto fra interesse sociale ed interesse extrasociale della maggioranza e presupponga il danno alla società, D. PREITE, *Abuso*, p. 114 ss.), sul motivo illecito in applicazione analogica dell’art. 1345 c.c. (L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi*, p. 434 ss.)” (*Minoranze “abusi” e rimedi*, cit., 2004, n° 1, nota 2, p. 3).

⁴¹¹ JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA e ALFREDO LAMY FILHO, *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. I, RJ : Forense, 2009, p. 868. Em obra anterior, os grandes societaristas brasileiros já haviam destacado que “todos esses fundamentos invocados para a proteção dos minoritários – em que pesem as especificidades dos respectivos sistemas jurídicos – são permeados pela mesma noção básica de que o comportamento da maioria deve ser balizado por boa-fé e no interesse comum dos sócios, ou da companhia, vale dizer, da razão pela qual se associaram; tal interesse comum é definido no momento em que se constitui a sociedade” (*A Lei das S.A.*, RJ : Renovar, 1992, p. 458).

4.5. Tentativa de síntese: interesse social e dever de lealdade.

De tudo o que ficou exposto, podemos concluir que: (1º) a noção de interesse social não pode ser abandonada no direito brasileiro, pois está positivamente consagrada e, ainda, porque uma das manifestações do dever societário de lealdade consiste justamente em não atuar de forma conflitante com o interesse coletivo; (2º) o interesse social é o interesse comum dos sócios *uti soci* na consecução do escopo-meio e do escopo-fim da sociedade; (3º) o dever de lealdade impõe-se aos sócios, qualquer que seja a estrutura real da sociedade, e manifesta-se pelo dever geral de abstenção de condutas que possam lesar as legítimas expectativas tuteláveis dos demais sócios e a prosseguirem estes interesses no domínio da atividade exercida pela comunhão; (4º) na maioria dos casos, o dever de lealdade apenas impõe uma abstenção, mas, em situações-limite, para que o mesmo seja atendido em tutela da confiança gerada pela celebração do contrato de sociedade, podem ser exigidas condutas positivas dos sócios (o que permite sancionar o absenteísmo); (5º) o voto abusivo é, no sistema da lei acionária, aquele destinado a obter vantagem extra-societária indevida ou apenas causar dano à sociedade ou ao terceiro; (6º) o voto abusivo no sistema da lei acionária é também conflitante (pois atenta contra o interesse social) e, reflexamente, não seria impróprio dizer que o voto conflitante é também abusivo – o que permite compreender o caminho seguido pelo direito francês, que procurou, no instituto do abuso do direito, o instrumental para sancionar os conflitos de interesses; (7º) embora o Código Civil não tenha expressamente regulado o voto abusivo, o mesmo é evidentemente ilícito, tal qual o voto conflitante, pois ambos atitam com o dever societário de lealdade; (8º) interesse social e dever de lealdade têm, no fim social, o ponto de convergência; (9º) as noções de interesse social e dever de lealdade, que não se confundem, são complementares, e não repelentes (entre elas há, por assim dizer, relação de continência); (10º) o direito societário brasileiro estrutura-se sobre o conceito de interesse social, mas não é infenso ao dever de lealdade; e (11) para o melhor e mais eficiente sancionamento do abuso de minoria (e, por que não?, do abuso de poder de controle e do abuso de igualdade), devem ser conjugadas as idéias de interesse social e dever societário de lealdade.

O abuso de minoria, portanto, verifica-se quando o sócio, por ação ou omissão (a oposição abusiva), atua de maneira conflitante com o interesse social, entendido

este como o interesse comum dos sócios *uti socii*, ou em desacordo com o dever geral de lealdade societária: para a satisfação de interesse próprio, o sócio sacrifica o interesse comum dos sócios *uti socii*; pratica atos meramente emulativos; ou lesiona legítimos interesses e expectativas de outros sócios ou da sociedade de que é membro – sendo que os legítimos interesses e expectativas tutelados são inclusive os de cunho individual dos sócios, desde que se relacionem ou guardem relação de conexão com o fim comum ou a causa do contrato de sociedade (abrangendo, assim, o interesse comum dos sócios *uti socii* e os interesses individuais legítimos *ex causa societatis*)⁴¹².

As idéias se interpenetram: o dever de lealdade é o que permite abranger não apenas o voto conflitante, mas também o voto abusivo, e todas as demais manifestações de deslealdade societária que não se manifestem pelo voto. Assim, se a diferenciação entre abuso de minoria em sentido estrito, como voto conflitante, e ilícitos outros, que não se manifestam pelo voto, é válida, também é igualmente proveitosa a inserção de todas essas figuras como espécies de deslealdade societária.

Exposta a teoria, vejamos no capítulo seguinte a prática.

⁴¹² Sem dúvida, o abuso de minoria assim concebido encontra respaldo no art. 187 do CC: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Sem tirar nem por, é exatamente esta a definição que ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE dá para o abuso de minoria no direito português (*A tutela das minorias nas sociedades anônimas*, cit., p. 411).

§ 2º. – ABUSO DE MINORIA: TIPOLOGIA E CASUÍSTICA.

*“Para se compreender um instituto jurídico, não basta analisá-lo, estaticamente, mas importa, também, observar e discutir os problemas que suscita a sua aplicação, na vida social, ou seja, estudá-lo sob o aspecto dinâmico. A fisiologia completa a anatomia”*⁴¹³ (Fábio Konder Comparato).

⁴¹³ FÁBIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed. RJ : Forense, 1983, nº 98, p. 257. Com propriedade, o grande jurista acrescenta: “O que nos interessa, na discussão do tema deste ensaio, não é apenas o plano lógico da composição abstrata das normas jurídicas, mas também a experiência do Direito, efetivamente vivida” (*op. cit.*).

5. TIPOLOGIA E CASUÍSTICA DO ABUSO DE MINORIA.

5.1. Tipologia: abusos positivos e negativos.

A análise das múltiplas situações de abuso de minoria permite, ainda que para fins meramente expositivos e de melhor estruturação das soluções propostas, segregá-las em situações de *abuso positivo* (ou *comissivo*), que resultam da conduta ativa do agente pela qual este impinge, em assembléia, uma decisão minoritária abusiva aos demais sócios ou, fora dela, exerce os seus direitos de sócios de maneira desvirtuada, e situações de *abuso negativo* (ou *omissivo*), em que, pelo contrário, a conduta censurável decorre justamente do fato de o sócio, utilizando do seu poder, manter-se inerte, nos casos em que deveria agir⁴¹⁴, ou atuar no sentido de bloquear o processo decisório – impedindo, com isso, a tomada de deliberações societárias. Alguns autores preferem, por isso, falar em *iniciativas abusivas* (abuso positivo) e *oposição* ou *bloqueio abusivo* (abuso negativo)⁴¹⁵, o que é correto, muito embora aquelas designações tenham se consagrado. De qualquer modo, a divisão justifica-se, pois os instrumentos de sancionamento, em cada caso, são ou, pelo menos, podem ser diferentes.

5.2. Abuso positivo (ou abuso comissivo).

O abuso positivo de minoria em direito societário usualmente manifesta-se através do exercício anômalo do direito de voto⁴¹⁶ e, em particular: (1º) através de tomada de decisões de surpresa pela minoria, aproveitando-se esta da ausência, antevista ou não, da maioria, o que é perfeitamente factível de ocorrer, eis que, de regra, as decisões sociais são tomadas pelo critério da maioria simples dos presentes ao conclave, vinculando a decisão, regularmente tomada de acordo com a lei e os estatutos, os ausentes, os abstinentes e os

⁴¹⁴ Vide: FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, *La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés*, Paris : *Les Petits Affiches*, n° 110 (12.09.1997), p. 6; e PAUL LE CANNU, *L'abus de minorité*, Paris : *Bulletin Joly Sociétés*, n° 4 (01.04.1986), pp. 429 e segs.

⁴¹⁵ Vide: MARTINE BOIZARD, *L'abus de minorité*, 'in' *Rev. Sociétés* (1988), p. 366.

⁴¹⁶ O mais freqüente, até em razão do princípio majoritário, é o abuso da minoria manifestar-se através do bloqueio, mas, como anota PAUL LE CANNU, "avec le vote par surprise, on rencontre aussi une sorte de cas intermédiaire: des minoritaires imposent leur volonté à une majorité absente en raison de circonstances particulières, ou à cause d'une exclusion de vote" (*Droit des sociétés*, 2ª ed. Paris : Montchrestien, 2003, n° 245, p. 141).

dissidentes; (2º) através da tomada de decisões pela minoria que, por efeito da incidência de regras de impedimento de voto, consegue fazer prevalecer a sua vontade sobre a maioria presente e impedida; (3º) por ocasião do exercício do poder positivo de veto eventualmente concedido aos minoritários; e, por fim, o abuso positivo pode ter ainda lugar (4º) quando, mesmo diante da maioria presente ao conclave, a minoria toma decisões dentro do âmbito legalmente reservado à sua atuação.

Para além do exercício do direito de voto, o abuso da minoria pode ainda se manifestar através de outras iniciativas abusivas⁴¹⁷. As hipóteses são múltiplas e virtualmente incontáveis (pois, onde há direito e poder, pode haver desvirtuamento no seu exercício); aqui ficaremos, porém, com as situações mais comuns.

5.2.1. Abuso do direito de voto: imposição da vontade minoritária.

No direito brasileiro, o poder de voto encontra no interesse social e no dever societário de lealdade os seus limites e, quando os mesmos são transpostos, tem-se a figura do voto conflitante em sentido amplo que, como adiante se demonstrará (no subitem 6.2), é inválido e expõe o sócio a responder por perdas e danos. No mais das vezes, por força do princípio majoritário, os votos da minoria, ainda que viciados, não são de molde a impedir a formação da maioria necessária à aprovação da deliberação. Mas há casos em que, por distintos fatores, a lógica do princípio majoritário resta invertida e a vontade minoritária, ao final, prevalece.

Sem qualquer pretensão de esgotar a fenomenologia do voto abusivo – tema ao qual vários estudiosos têm dedicado estudos de fôlego –, limitar-nos-emos, nesta altura, a destacar as hipóteses mais comuns em que a vontade minoritária se impõe na sociedade, dando ênfase aos instrumentos de que se valeu o legislador para evitar o abuso da minoria ou, quando menos, para sancioná-lo, no caso concreto.

⁴¹⁷ É o que registra ALDO FERRARI: “L’abuso di minoranza, come evidente, può essere attuato per mezzo dell’esercizio del diritto di voto in assemblea ma, più frequentemente, l’intento fraudolento della minoranza tende a realizzarsi attraverso l’esercizio di diritti individuali o collettivi (spetanti ad una minoranza qualificata) diversi da quello di voto” (*L’abuso del diritto nelle società*, Padova : CEDAM, 1998, nº 1, p. 126).

5.2.1.1. Deliberações tomadas pelo voto surpresa da minoria: o absenteísmo da maioria.

Conquanto rara a hipótese, é possível que, mesmo não sendo controlador da sociedade, o grupo minoritário logre, episodicamente, apresentar-se como sendo a maioria presente em determinada assembléia, em razão da ausência do controlador, e, assim, tenha condições de isoladamente decidir sobre todas as matérias constantes da ordem do dia e, em hipóteses específicas, até mesmo sobre outros temas – que, *ex vi legis*, se consideram incluídos implicitamente no âmbito do poder decisório da assembléia, independentemente de específica previsão no ato de convocação, desde que guardem vínculo de pertinência temática com outras matérias incluídas na ordem do dia (como, por exemplo, a destituição de administrador⁴¹⁸, a instalação do Conselho Fiscal ou a aprovação de propositura de ação social de responsabilidade civil contra titular de órgão). O legislador pátrio não ignorou os possíveis riscos de abuso de minoria em tais situações e, para evitá-los ou, quando menos, dificultar a sua perpetração, contemplou determinadas cautelas.

Em primeiro lugar, o legislador previu várias regras sobre a convocação da assembléia geral, fixando o seu conteúdo, em especial a exigência de indicação de todas as matérias sujeitas à deliberação na ordem do dia, e regras de ampla publicidade a serem observadas (LSA, arts. 124 e 133; e CC, arts. 1.072, 1.078, § 1º, e 1.152, § 3º). Sem a convocação *ou* a presença espontânea de *todos* os sócios (com ou sem direito de voto) ao conclave, no dia e hora designados, a assembléia não pode se realizar e, se ainda assim for irregularmente instalada e realizada, a mesma será nula⁴¹⁹; se convocada em desacordo com

⁴¹⁸ Cf. (destituição ordinária do administrador não precisa estar inserida na ordem do dia): “Não há necessidade, para destituição de diretor de sociedade anônima, de previsão específica no edital de convocação da assembléia geral. Dependendo das matérias que componham a ordem do dia, pode tal destituição ocorrer” (TJSP, Ap. 43.399-1, 2ª CC., Rel. Des. ANICETO ALIENDE, v.u., j. 05.06.1984, RT 591/73).

⁴¹⁹ Por todos, são as lições de ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA (*Invalidez das deliberações de assembléia das S/A*, SP : Malheiros, 1999, nº 19.1, nota 57, pp. 90-91, e *Apontamentos sobre a invalidez das deliberações conexas das companhias*, ‘in’ *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*, SP : Malheiros, 2009, nota 19, pp. 78-79 – com sólida fundamentação doutrinária). Não se pode dispensar a convocação dos sócios – decorrência lógico-necessária do princípio majoritário (CC, art. 1.072, § 5º), pois absurdo seria que o sócio pudesse ficar vinculado a decisão para a qual sequer foi chamado a se manifestar. Admite-se, porém, o suprimimento da formalidade, no caso de comparecimento espontâneo de *todos* os sócios (com ou sem direito a voto) (LSA, art. 124, § 4º) ou, no sistema do Código Civil, também através de sua declaração autêntica de ciência (CC, art. 1.072, § 2º).

as regras legais, a mesma será anulável; em ambos os casos, decretada a invalidade da assembléia, serão fulminadas todas as deliberações nela porventura tomadas⁴²⁰.

Em segundo lugar, o legislador previu quóruns de instalação apropriados em primeira convocação, obstando o funcionamento do órgão sem a devida representatividade. No regime da lei acionária, a assembléia geral ordinária instala-se, em primeira convocação, apenas com a presença de acionistas que representem, no mínimo, 1/4 (um quarto) do capital social com direito de voto (LSA, art. 125); por outro lado, a assembléia geral extraordinária que tiver por objeto a reforma dos estatutos, somente se instala com a presença de acionistas que representem 2/3 (dois terços), no mínimo, do capital com direito de voto (LSA, art. 135). Para a sociedade limitada, o quórum de instalação em primeira convocação é sempre de 3/4 (três quartos) do capital social (CC, art. 1.074). Apenas em segunda convocação é que a assembléia geral, ordinária ou extraordinária, de acionistas, ou a assembléia ou reunião de sócios pode se instalar com qualquer número de membros (LSA, arts. 125 e 135; e CC, art. 1.074). Para as sociedades cooperativas, em que o quórum de instalação da assembléia geral é fixado em razão do número de sócios, e não de sua participação no capital social – que pode ou não existir neste tipo societário (CC, art. 1.094, II) –, exige-se, tanto na ordinária como na extraordinária, 2/3 (dois terços) do número de sócios, em primeira convocação; metade mais 1 (um) dos sócios, em segunda convocação; e o mínimo de 10 (dez) sócios na terceira convocação, ressalvadas, nessa hipótese, as cooperativas centrais e as federações e confederações de cooperativas, para as quais o conclave instalar-se-á com qualquer número (Lei nº 5.764/1971, arts. 4º, VI, e 40, I a III)⁴²¹. Cria-se, assim,

⁴²⁰ Afinal, os vícios de convocação da assembléia ou reunião acarretam a anulabilidade da assembléia geral e, conseqüentemente, de todas as suas deliberações. É o que ensina a nossa melhor doutrina (vide: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Invalidez das deliberações de assembléia das S/A*, cit., nº 19.1, p. 88, e *Apontamentos sobre a invalidade das deliberações conexas das companhias*, RDM 112/23) e o confirma a boa jurisprudência (cf.: TJRS, Ap. 70015561665, 7ª CC., Rel. Des. ALZIR FELIPPE SCHMITZ, v.u., j. 15.02.2007; TAMG, Ap. 295.362-6, 3ª CC., Rel. Juiz DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA, v.u., j. 02.08.2000; TAMG, Ap. nº 371.222-7, 4ª CC., Rel. Juiz PAULO CÉZAR DIAS, v.u., j. 09.04.2003; e TJDF, Ap. 2004.07.1.011181-7, 1ª T. Cível, Rel. Des. ANTONINHO LOPES, v.u., j. 10.01.2007).

⁴²¹ A Lei das Cooperativas manteve a previsão geral de terceira convocação. A lei acionária anterior seguia esse mesmo regime; a lei atual, em boa hora, aboliu a regra geral de terceira convocação, exceção feita à hipótese de deliberação por quórum reduzido em companhia aberta na situação especial prevista no art. 136, § 2º, *in fine*, da LSA.

obstáculos à realização de conclave em primeira convocação apenas com a presença de minorias pouco expressivas⁴²².

Em terceiro lugar, o legislador determinou que a assembléia geral, de regra, apenas pode deliberar sobre os temas constantes da ordem do dia. A regra vale inclusive para assembléias ou reuniões totalitárias – isto é, conclaves que, mesmo na ausência de convocação regular, vêm a se instalar diante da presença de todos os sócios, com e sem direito de voto, na reunião (LSA, art. 124, § 4º ; e CC, art. 1.072, § 2º, 1ª parte) – hipótese em que, ainda assim, os sócios só podem deliberar acerca de temas constantes da ordem do dia, até porque absurdo seria que, espontaneamente comparecendo ao conclave, estivesse o sócio sujeito a qualquer deliberação que nele viesse a ser tomada, pouco importando a sua gravidade. Na realidade, a exigência de prefixação dos temas na ordem do dia é imperativo lógico-necessário do princípio majoritário (CC, art. 1.072, § 5º), eis que seria sumamente injusto e incompreensível que, deixando de comparecer ao conclave, pudesse o ausente ficar sujeito aos efeitos de deliberação sobre temas estranhos àqueles para os quais se o convocou. De regra, pois, como já dizia J. X. Carvalho de Mendonça, “sobre matéria não contemplada na ordem do dia, pode-se discutir, nunca, porém, deliberar”⁴²³.

O princípio em comento se sujeita a algumas exceções, mas ainda elas têm os seus limites. Com efeito, a assembléia geral pode, por exemplo, deliberar destituir o seu administrador e nomear o substituto, ou aprovar a propositura de ação de responsabilidade civil contra titular de órgão, ainda quando tais matérias não integrem autonomamente a ordem do dia. Mas, para que tal possa validamente ocorrer, exige-se que tais temas tenham relação temática de pertinência direta com algum outro tema constante da ordem do dia ou, então, que a lei expressamente disponha a propósito de sua admissibilidade. Denota-se, assim, que, mesmo aqui, não descuro o legislador em tutelar a posição dos sócios, tanto da maioria como da minoria.

⁴²² Trata-se, pois, de um freio ao abuso da minoria: “Une précaution contre les majorités «de surprise» résulte des exigences de la loi en matière de *quorum*” (JOSEPH HAMEL, GASTON LAGARDE e ALFRED JAUFFRET, *Droit Commercial*, tome I – 1º vol., 2ª ed. Paris : Dalloz, 1980, nº 697, p. 475).

⁴²³ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. IV, 5ª ed. RJ : Freitas Bastos, 1954, nº 1.132, p. 18.

De nada vale, por isso mesmo, incluir na ordem do dia o item geral sobre “outros assuntos de interesse da sociedade”. Semelhante item mais não autoriza do que a discussão sobre outros temas de interesse da sociedade, algo que, independentemente daquele item geral, a rigor, sempre pode existir, mas sem que daí possa resultar deliberação válida⁴²⁴.

Em quarto lugar, por fim, o sistema jurídico societário implicitamente autoriza que, na hipótese de vir a ser tomada alguma deliberação abusiva e, portanto, ilegal, a assembléia geral possa ser novamente convocada a rever os seus próprios atos, anulando-os ou os revogando⁴²⁵, ressalvados, porém, os legítimos direitos de terceiro (os quais,

⁴²⁴ Trata-se de entendimento consolidado na boa doutrina (dentre tantos outros, vide: MARIA EUGÊNIA REIS FINKELSTEIN, *Assembléias gerais*, ‘in’ *Direito societário* (obra coletiva), coords. Maria Eugênia Reis Finkelstein e José Marcelo Martins Proença, SP : Saraiva, 2007, p. 190; e RICARDO TEPEDINO, *Direito das companhias* (obra coletiva) – coords. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, vol. I, RJ : Forense, 2009, p. 908) e na jurisprudência (vide: STF, RE 69.824-PR, 2ª Turma, Rel. Min. BILAC PINTO, m.v., j. 13.11.1970, DJU 27.11.1970, RTJ 55/512; e TJSP, Ap. 169.095-1/0, 5ª CC., Rel. Des. MATHEUS FONTES, v.u., j. 04.06.1992, RT 688/68). A CVM proscreveu o emprego da fórmula “outros assuntos gerais” para temas que demandem deliberação: “Art. 3º. O anúncio de convocação deve enumerar, expressamente, na ordem do dia, todas as matérias a serem deliberadas na assembléia. Parágrafo único. É vedada a utilização da rubrica ‘assuntos gerais’ para matérias que dependam de deliberação assemblear” (Inst. CVM nº 481, de 17 de dezembro de 2009).

⁴²⁵ A revogação ou retificação de deliberação pela assembléia geral suscita discussões. A análise insulada do art. 286, da Lei das S/A, poderia sugerir que tal não poderia ocorrer, porquanto trata o preceito legal da “ação para anular as deliberações”; logo, numa interpretação isolada e gramatical da regra, apenas judicialmente seria possível a reversão de deliberações societárias. Semelhante exegese simplista não se sustenta, sobretudo diante da interpretação sistemática da Lei das S/A, pela qual se chega à conclusão de que a assembléia geral pode e deve rever as suas próprias deliberações, notadamente as inválidas. Neste sentido, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE sustentava que “a assembléia geral pode sempre rever as suas próprias deliberações. Pode, assim, cancelar ou anular deliberação anterior e ratificar todos os atos que interessem à sociedade. Ressalvados, pois, os direitos de terceiros, acionistas ou não, a deliberação atacada é passível, em princípio, de revisão e retificação” (*Sociedade por ações*, vol. III, 2ª ed. RJ : Forense, 1953, nº 832, pp. 111-112). JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO afirma que o ponto é até mesmo indiscutível: “ninguém imaginaria, em sã consciência, que a deliberação de uma assembléia geral, a qualquer tempo convocada e realizada, não pudesse revogar a resolução de outra assembléia geral. Tal possibilidade decorre, a bem dizer, do princípio, aliás inscrito na lei, segundo o qual a assembléia geral tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento. É o que geralmente se costuma designar como a expressão da soberania das assembléias gerais das sociedades anônimas” (*Direito de retirada e poder de retratação*, RDM 44/24). A mesma lição tem sido defendida por outros tantos estudiosos (vide: ANTONIO JESUS MARÇAL ROMEIRO BCHARA, *Comentários à Lei das Sociedades por Ações* – coords. Geraldo de Camargo Vidigal e Ives Gandra da Silva Martins, SP : Forense Universitária, 1999, p. 404; ARNOLDO WALD e ALBERTO XAVIER, *Vícios do balanço: sua retificação e conseqüências*, RT 577/48; FÁBIO KONDER COMPARATO, *Natureza jurídica do balanço*, ‘in’ *Ensaio e pareceres de direito empresarial*, RJ : Forense, 1978, p. 31; J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3º vol., SP : Saraiva, 1978, p. 117; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 4º vol. – tomo II, 2ª ed. SP : Saraiva, 2003, pp. 470-471; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, tomo L, 3ª ed. – 2ª reimp. SP : RT, 1984, § 5.325, p. 331; RUY CARNEIRO GUIMARÃES, *Sociedade por ações*, vol. II, RJ : Forense, 1960, nº 765, p. 279; SPENCER VAMPRÉ, *Tratado elementar de direito comercial*, vol. II, RJ: F. Briguet & Cia., nº 47, p. 202; e WALDEMAR FERREIRA, *Tratado de direito comercial*, 4º vol., SP : Saraiva, 1961, nº 985, p. 637). *Ad absurdum*, em não sendo admitida a retificação da deliberação, a conseqüência prática seria a de que a sociedade estaria concretamente impedida

depois de constituídos, apenas podem ser desconstituídos pela via jurisdicional)⁴²⁶. Além disso, as deliberações infringentes da lei ou do contrato ou estatuto social, conflitantes com o interesse social ou tomadas em razão de votos viciados, poderão ser sempre invalidadas em juízo, enquanto não operada a decadência⁴²⁷, sem prejuízo da eventual responsabilidade civil dos votantes (LSA, art. 115; e CC, arts. 1.010, § 3º, e 1.080⁴²⁸).

de agir diante de uma deliberação inválida e, assim, ficaria na dependência da iniciativa individual de algum sócio ou acionista. É que a própria sociedade não ostenta legitimidade para agir; não se concebe possa a própria sociedade ingressar em juízo para anular deliberação tomada pela sua assembléia; a sociedade não poderia figurar simultaneamente nos pólos ativo e passivo da demanda, o que seria verdadeiro absurdo (cf., com erudita fundamentação doutrinária: TJGB, Ap. 35.481, 2ª CC., Rel. Des. ALCINO PINTO FALCÃO, v.u., j. 21.01.1964, RJTJGB 9/277; e ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Ilegitimidade de parte e falta de interesse processual da companhia para requerer a anulação das próprias deliberações*, ‘in’ *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*, cit., pp. 378-400).

⁴²⁶ De fato, é mesmo discutível se a assembléia geral teria poder para anular, com efeitos *erga omnes* perante terceiros, ou se apenas poderia revogar a deliberação. FILIPPO CHIOMENTI, em obra profunda e específica, alude à opinião autorizada de HUECK, para quem a assembléia geral poderia anular suas deliberações, caso portem vício, ou revogá-las. No entanto, o jurista italiano discorda desta orientação e diz ser possível apenas a revogação, sempre com a ressalva da posição de terceiros: “Encontra-se discutida por alguns autores e foi colocada também à jurisprudência a questão se a sociedade pode, através de uma nova deliberação, revogar uma sua deliberação anulável e se esta constitui uma verdadeira revogação ou, ao contrário, uma deliberação de anulação. Um autor alemão que se ocupou amplamente dos problemas relativos às deliberações anuláveis (refiro-me a HUECK, *Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften*, Mannheim, 1924) distingue entre revogação (*Wiederaufhebung*) e anulação (*Anfechtung*) dessas deliberações. De acordo com este autor, a assembléia poderia realizar os dois atos, desde que, claro, existam os pressupostos para isso, que são diferentes. A revogação é possível somente quando a deliberação não tenha criado direitos de terceiro (por ex.: o direito ao dividendo, estabelecido por uma deliberação de distribuição dos lucros). A anulação, ao contrário, não encontra a limitação dos direitos de terceiro, caso em que, de acordo com o autor, a assembléia a ela poderia recorrer para eliminar uma sua deliberação inclusive quando desta tenham surgido, diretamente, os citados direitos, desde que, claro, esta deliberação seja invalidada por um vício previsto como causa de anulação, ou seja, desde que existam os pressupostos da anulação (...). Diria, imediatamente, que a tese de acordo com a qual a assembléia tem o poder de anular a sua deliberação, – obviamente no pressuposto que esta seja inválida – não me parece sustentável (...). Excluído que a assembléia seja legitimada para anular as suas deliberações deve ser excluído também a outro título, a qualquer outro título a legitimação para eliminá-las? Ou, ao contrário, existem pressupostos de acordo com os quais a assembléia está legitimada a rever as próprias decisões? Como sabemos, o princípio ordinário relativo à legitimação negocial conduz a reconhecer à assembléia, como órgão de um sujeito de autonomia, a legitimação para eliminar as suas deliberações todas as vezes em que estas não tenham produzidos direitos de terceiro, ou seja direitos que se encontram em esferas diferentes e independentes daquela da sociedade. Este negócio de eliminação para o qual a assembléia está legitimada nestas hipóteses é, justamente, a revogação. A assembléia, portanto, não pode anular as suas deliberações, mas, no limite acima citado, pode revogá-las” (*La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milão : Giuffrè, 1975, pp. 190-193). Estamos de acordo com a lição.

⁴²⁷ Ainda quando o legislador tenha se reportado a prazo de “prescrição” para a propositura de ação de invalidação de deliberações assembleares e atos jurídicos em geral, cuida-se sempre de prazo de decadência, prazo para o exercício de direito potestativo ou formador; prescrição há quando se trata de prazo para o exercício de pretensão, e não é disso que se cuida quando o indivíduo exerce o poder, como o que se exercita ao propor ação anulatória.

⁴²⁸ Em tramitação no Congresso Nacional há Projeto de Lei (PL nº 7.160/2002) que pretende eliminar as dúvidas suscitadas na doutrina e, assim, deixar claro que a deliberação contrastante com a lei ou o contrato social é anulável. Eis a nova redação proposta: “Art. 1.080. São anuláveis as deliberações dos sócios ou administradores infringentes do contrato ou da lei, sem prejuízo da responsabilidade pelos danos daí decorrentes”.

Especificamente em relação ao abuso de voto pela minoria, é preciso notar que, se a precipitação dos minoritários na tomada de decisão não-urgente reclama maior circunspeção na análise de seus motivos, não é menos evidente que o critério determinante será sempre fornecido pelo interesse social e pelo dever de lealdade, razão pela qual nem toda decisão tomada pela minoria, em tais situações, será em si criticável ou viciada⁴²⁹.

5.2.1.2. Deliberações tomadas pela minoria contra a maioria impedida.

As regras sobre impedimento de voto oferecem largo campo para o abuso, ao possibilitarem que, mesmo estando a maioria presente, a minoria possa impor a sua vontade sobre aquela, desde que, no todo ou em parte, esteja a maioria impedida de votar determinada matéria. A hipótese mais freqüente, e, por isso mesmo, merecedora de análise em separado (no subitem 5.2.1.4), verifica-se por ocasião da deliberação sobre as contas e as demonstrações financeiras apresentadas pelo sócio-administrador que, enquanto tal, está impedido de nelas votar (LSA, arts. 115, § 1º, e 134, § 1º; e CC, art. 1.074, § 1º). Mas o mesmo poderá suceder, nas sociedades por ações, quando da votação do laudo de avaliação de bens conferidos pelo sócio-majoritário ao capital social (LSA, art. 8º, § 5º), da outorga de benefício particular (LSA, art. 115, § 1º) ou, ainda, ao ensejo da deliberação sobre a promoção de ação de responsabilidade civil contra o sócio-administrador (LSA, art. 159); e, na limitada, em qualquer matéria que diga respeito ao sócio (CC, art. 1.074, § 2º).

Em todas essas situações, é claro, o abuso de minoria pode se instalar e, caso positivo, o prejudicado poderá se valer dos remédios judiciais apropriados para invalidar o ato inquinado, sem prejuízo da responsabilidade individual dos sócios pelo voto abusivo. De toda sorte, registre-se que as regras sobre impedimento de voto reclamam interpretação estrita e não podem ser criadas ou ampliadas por ato negocial. Além disso, o impedimento, quando existente, abrange somente o direito de voto, sem tolher o direito essencial do sócio ser convocado para o conclave, do qual participa (eis que suas ações são consideradas para verificação do quórum de instalação, apenas não integrando o quórum de deliberação da

⁴²⁹ É o que, de forma ponderada, afirma PAUL LE CANNU: “La précipitation des minoritaires, ou l’absence d’urgence dans la prise de telle décision commandait effectivement la circonspection (...).D’ailleurs, toute décision prise par la minorité n’est pas forcément critiquable: seules celles qui sont contraires à l’intérêt social peuvent être taxées d’abus” (*L’abus de minorité*, Paris : Bulletin Joly Sociétés, n° 4 (01.04.1986), pp. 429 e segs.).

matéria sobre a qual recai o impedimento) e no qual tem, inclusive, o direito de voz, podendo se defender e objetar o que entender necessário ao esclarecimento dos presentes.

5.2.1.3. Veto pela minoria (exercício positivo do poder de veto).

À minoria, de acordo com as regras societárias, podem ser atribuídos direitos positivos de veto sobre específicas decisões da assembléia geral e da própria administração social⁴³⁰. A hipótese não se confunde com aquela, adiante referida, em que a minoria, no âmbito de uma deliberação colegiada, impede que a matéria seja aprovada, deixando de votar. Aqui, a situação é inversa: a minoria *exerce o direito de veto* (LSA, art. 17, §§ 2º e 7º) ou, então, nos casos em que a lei societária assim o preveja, deixa de referendar, em assembléia especial, as alterações estatutárias aprovadas pela assembléia geral (LSA, art. 18, par. ún.) ou outras deliberações que afetem direitos de titulares de ações preferenciais (LSA, art. 16, par. ún.)⁴³¹, as quais, em qualquer caso, permanecem ineficazes⁴³².

Assim como o *poder de voto* não pode ser exercido de forma irresponsável, a mesma diretriz vale para o *poder de veto*. Daí a correta observação de Rubens Requião, no sentido de que “o acionista preferencial não pode se prevalecer de seu direito de veto, para tyrannizar ou prejudicar os interesses legítimos da sociedade. Deve exercer o seu direito de voto, nas assembléias especiais para as quais for convocado e de que participar, no interesse da companhia”⁴³³.

Tratando-se de alteração essencial à própria sobrevivência da sociedade, o veto poderá colocar em risco a própria continuidade da empresa. Em semelhante hipótese, caso

⁴³⁰ MODESTO CARVALHOSA lembra que “o direito de veto assegurado estatutariamente às preferenciais não pode abranger todas as alterações estatutárias, sob pena de não restar à assembléia geral nenhum poder constitutivo na companhia. Apenas alguns assuntos claramente determinados poderão ser objeto dessa audiência dos titulares de ações preferenciais” (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 1º vol., 4ª ed. SP : Saraiva, 2002, p. 233).

⁴³¹ Sobre isso, entende-se coerentemente que, se não houver prejuízo efetivo ou potencial aos preferencialistas, a realização de assembléia especial, em complemento à deliberação da assembléia geral, é desnecessária (vide: SYLVIO MARCONDES, *Questões de direito mercantil*, SP : Saraiva, 1977, pp. 64-65).

⁴³² As duas últimas hipóteses citadas, segundo explica ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, são de ineficácia (*Invalidez das deliberações de assembléia das S/A*, cit., nº 19.2, pp. 111-112, e *Apontamentos sobre a invalidade das deliberações conexas das companhias*, ‘in’ *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*, cit., pp. 87-88). O direito estatutário de veto só pode ser modificado ou eliminado por deliberação majoritária dos titulares desse direito especial (LSA, art. 136, II e § 2º).

⁴³³ RUBENS REQUIÃO, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, SP : Saraiva, 1980, p. 161.

o veto seja fruto de ato abusivo da minoria, os votos proferidos em assembléia especial poderão ser invalidados e, conseqüentemente, a própria deliberação poderá ser atingida, sem prejuízo da responsabilidade pessoal dos acionistas por voto abusivo.

A dúvida que poderia existir é saber se, ao invalidar o ato ou a deliberação de veto viciada, o juiz poderia, ato contínuo, declarar aprovada a matéria, com o que seriam, *ipso facto*, referendadas as alterações estatutárias anteriormente recusadas. Essa alternativa, conquanto drástica, parece ter cabimento. Afinal, no caso figurado, houve a prolação de votos e, sendo assim, o juiz não estaria votando no lugar dos acionistas. Estaria, é verdade, proclamando o resultado inverso, ou agregando-lhe eficácia, mas semelhante solução seria mera conseqüência lógica da invalidação do veto (por motivo outro que não de forma!). Como se vê, mais do que a mera anulação, existe aqui o acerto do real conteúdo da deliberação, através do manejo da ação declaratória assemblear (referida mais adiante, no subitem 6.3.5), estruturada exatamente para atender situações como a que acabamos de figurar. Aliás, durante o processamento da causa, o manejo da tutela cautelar, para a suspensão da eficácia do ato jurídico questionado, é cabível. O que não se afiguraria razoável, na espécie, é apenas invalidar o ato, e determinar a realização de novo conclave, para cancelar a única solução viável.

Diferente seria a hipótese nos casos em que as alternativas colocadas à análise do sócio não se resumirem a “sim” ou “não”, eis que, nos casos de decisões complexas, não há como, da anulação, logicamente extrair o conteúdo contrário do voto invalidado. Também a invalidação do ato por razões de ordem formal não pode dar ensejo ao acerto. Em semelhantes hipóteses, a convocação de nova assembléia é de rigor.

5.2.1.4. Abuso na rejeição das contas e demonstrações financeiras.

A deliberação sobre contas da administração e demonstrações financeiras do exercício social (LSA, art. 134; e CC, art. 1.078) talvez seja aquela em que, com maior frequência, se verifique o fenômeno dos votos abusivos⁴³⁴. Não raro, o espírito de desforra

⁴³⁴ A hipótese é normalmente destacada pela doutrina (v.g.: FRANCESCO GALGANO, *Derecho comercial*, vol. 2 – tradução de Jorge Guerrero, Colombia : Temis, 1999, nº 4.12, pp. 111-112; e FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de direito comercial*, vol. 2, 10ª ed. SP : Saraiva, 2007, p. 314). Mas, para sermos justos, devemos reconhecer que as regras sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras também ocupam o pódio das mais desprezadas.

dos sócios alijados da administração manifesta-se pela rejeição puramente caprichosa da gestão empreendida por aqueles que se auto-elegeram administradores ou pelos que foram escolhidos para atuar como autênticos prepostos dos controladores, não poucas vezes contra a percepção de substancial remuneração. Como na deliberação sobre as contas e as demonstrações financeiras os administradores não podem votar, na condição de sócio ou representante de sócios (LSA, arts. 115, § 1º, e 134, § 1º; e CC, art. 1.074, § 1º), a minoria encontra-se, por vezes, na posição de definir sozinha o resultado da deliberação. E, ao fazê-lo injustamente ou sem razão de direito, impinge sobre a administração social a pecha de incompetência ou desonestidade e, por efeito, também não outorga aos titulares do órgão social a exoneração de responsabilidade civil, isto é, o *quitus* (LSA, art. 134, § 3º; e CC, art. 1.078, § 3º)⁴³⁵. O problema está em que a aprovação das demonstrações financeiras constitui deliberação fundamental para a sociedade, sem a qual não poderá distribuir lucros e, no plano externo, poderá enfrentar dificuldades seriíssimas na celebração de negócios imprescindíveis ao desenvolvimento de sua atividade (p. ex., celebrar operação bancária, participar de licitações ou contratar com o poder público). Na verdade, a só aprovação das contas e demonstrações financeiras por maioria de votos pode, em casos extremos, gerar o descrédito da sociedade perante agentes financeiros, especialmente a depender do conteúdo das declarações de votos vencidos – pelos quais, em todo caso, o sócio pode ser chamado a responder.

À vista de tais particularidades, Francesco Galgano destaca, com razão, que “el socio no puede, con respecto al balance, limitarse a desaprobalo pura y simplemente, ya que la aprobación del balance es una decisión *necesaria*, como que es precisamente el

⁴³⁵ No direito societário brasileiro (e, praticamente, hoje apenas nele), o *quitus* não se cinge à pura e simples aprovação da gestão, mas traz em si ainda o notável efeito preclusivo sobre pretensões indenizatórias que a sociedade, ou sócio agindo como substituto processual, queira promover contra o administrador. Outorgado o *quitus*, a propositura de ação social de responsabilidade civil fica, a partir de então, a depender sempre da prévia ou concomitante desconstituição da deliberação de aprovação de contas (cf.: NELSON EIZIRIK, *Responsabilidade civil dos administradores da sociedade anônima*, ‘in’ *Sociedade anônima: I Ciclo de Conferências para Magistrados*, SP : IBCB, s/d, p. 281; e PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, tomo L, cit., § 5.314, p. 237; e nos tribunais: STJ, REsp 257.753-DF, 3ª Turma, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, m.v., j. 08.05.2001, DJU 25.06.2001, RSTJ 148/323; STJ, REsp 256.596-SP, 3ª Turma, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, m.v., j. 08.05.2001, DJU 18.06.2001, RSTJ 151/313; TJDF, AI 1998.00.2.000932-5, 1ª Turma Cível, Rel. Des. WALDIR LEÔNIO JÚNIOR, v.u., j. 01.02.1999; TJDF, Ap. 2004.01.1.073316-6, 1ª Turma Cível, Rel. Des. JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, v.u., j. 16.08.2006; e TJGO, Ap. 26.162-5/188, 3ª CC., Rel. Des. HOMERO SABINO DE FREITAS, v.u., j. 25.08.1992, DJ 28.09.1992). Assim, não é incompreensível que, havendo dúvida sobre algum aspecto da gestão, o sócio se incline a não outorgar o *quitus*, e isso tanto poderá ser feito através da aprovação das contas e das demonstrações financeiras *com* reservas como, ainda, pela *rejeição* das contas ou das demonstrações financeiras, ou de ambas.

punto de partida para la distribución de las utilidades, y el socio que lo desapruébe *por capricho* o sin dar motivo alguno, asumiría una actitud calificable como violación de sus deberes sociales – y en particular, de su *deber de colaboración* de que se hablará más adelante –, y de tal índole, que podría legitimar su exclusión de la sociedad”⁴³⁶. No entanto, o mestre italiano prossegue em suas observações e, a partir de então sem a nossa adesão, sustenta que “el socio necesariamente tendrá que *dar motivos* de su disenso”⁴³⁷. Forte nessas mesmas lições, Ricardo Tepedino vai mais longe, ao afirmar que “a aprovação de demonstrações financeiras é obrigatória, pelo que rejeitá-las pura e simplesmente, sem ditar rumos para o seu refazimento, já configura exercício abusivo do voto (...). Por conseguinte, contrariando a regra geral que dispensa fundamentação para o voto do acionista, o que se profere contrariamente à exoneração da responsabilidade dos administradores e aquele que rejeita as demonstrações financeiras deve ser necessariamente justificado, sob pena de configurar exercício abusivo do direito de voto”⁴³⁸.

De nossa parte, não vemos de que forma sustentar que a minoria – alheia à gestão social e que, por vezes, só se inteira da realidade financeira da companhia através de esclarecimentos prestados em assembléia – estaria obrigada a ditar o modo de refazimento das demonstrações financeiras ou ela própria sugerir a alteração do balanço no conclave: tais papéis a lei seguramente não lhe atribui. Da mesma forma, não existe qualquer preceito legal a impor ao sócio o dever de fundamentar o seu voto, pouco importando a matéria – embora, no caso em análise, essa cautela certamente seja bastante recomendável: para evitar contestações judiciais ao seu voto, o sócio diligente deve tomar a boa cautela de justificá-lo, por escrito, através de declaração de voto apresentada ao presidente da assembléia, contra o devido protocolo (LSA, art. 130, § 1º, *a* e *b*)⁴³⁹. Tem o sócio, destarte, a possibilidade de

⁴³⁶ FRANCESCO GALGANO, *Derecho comercial*, vol. 2, cit., nº 4.12, pp. 111-112. No sentido, correto, de que a recusa infundada caracteriza abuso de minoria: RUBENS REQUIÃO, *Aspectos modernos de direito comercial*, v. 3, SP : Saraiva, 1986, p. 214.

⁴³⁷ FRANCESCO GALGANO, *Derecho comercial*, vol. 2, cit., nº 4.13, p. 112.

⁴³⁸ RICARDO TEPEDINO, *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. I, cit., pp. 1.017-1.018.

⁴³⁹ No direito brasileiro, a assembléia ou reunião de sócios é *reunião privada* de pessoas, de modo que, em princípio, não podem dela participar estranhos. Salvo se houver concordância dos partícipes, o ingresso de tabelião no recinto, para com isso tomar nota dos debates e registrá-los em escritura de declaração, não deve ser admitido. Na França, porém, tem-se admitido possa o sócio requerer *autorização judicial* para ingresso de tabelião na assembléia: “La jurisprudence admet la possibilité, pour un associé ou un actionnaire, de demander en justice l’autorisation de se faire assister à l’assemblée par un huissier de justice, aux fins de consigner les déclarations qui y seront faites; toutefois, les motifs de cette demande doivent être graves et intéresser directement le fonctionnement de la société (DOMINIQUE VIDAL, *Droit des sociétés*, 5ª ed. Paris : LGDJ, 2006, nº 547, p. 280). Em favor dessa solução, são citados os seguintes julgados: CA Paris, 26.04.1978, *Rev.*

dar a conhecer as razões ou dúvidas que o levaram a votar contra a aprovação das contas e das demonstrações financeiras, ou abster-se de votar por falta de esclarecimentos, com o que evitará eventual ação de indenização que lhe venha a ser proposta, ou, quando menos, terá facilitada a sua defesa em juízo. Lembre-se, com efeito, que existe responsabilidade pessoal do acionista por voto abusivo, ainda quando o seu voto não tenha ao final prevalecido. Além disso, e em qualquer caso, deve o sócio sempre conter os seus ímpetus verbais: “se não concordar com as contas apresentadas, não pode, desde logo, acusar os administradores da prática de crimes ou levantar suspeitas infundadas, sendo recomendável que se limite a uma abstenção ou a uma declaração de voto contrária respaldada na falta de melhores informações”, segundo bem observa Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁴⁴⁰.

Se a prova do abuso da minoria é, como de resto na generalidade dos casos, prova difícil, não cabe também aqui ser presumido ou inferido, havendo sempre, pois, a necessidade de estabelecer em concreto a ilicitude do voto – ônus esse que cabe ao autor da demanda, mas que, em termos práticos, diante de um voto infundado e da imputação de abusividade na inicial, levará a que o sócio se veja compelido a declinar, em contestação, as razões de dissidência, justamente para afastar a imputação inicial de voto emulativo.

Cabe ainda indagar: e os administradores, aos quais se negou a outorga do *quitus*, teriam alguma medida judicial a propor? A hipótese é ponderável, tanto mais porque, como acima destacado, recai sobre os administradores que tiveram as suas contas rejeitadas, por si só, a pecha de incompetência ou inidoneidade, a maculá-los perante terceiros, e não seria razoável que o sistema jurídico não lhes assegurasse nenhum remédio. A questão foi debatida no exterior, notadamente na Alemanha, e o entendimento prevalente é no sentido de que os administradores não têm direito subjetivo à outorga do *quitus*; não têm remédio para compelir os sócios a aprovar a sua gestão. Mas podem, conforme o caso,

sociétés 1978.750, nota de GUYÉNOT; CA Paris, 15.11.1978, *Rev. sociétés* 1979.338, nota de GUYÉNOT; Cass. com., 15.02.1977, *Bull.*, p. 42, nº 48, *Rev. sociétés*, 77.485, *D.* 78.31 e *JCP* 79, II, 19020; Cass. com., 22.03.1988, *Rev. sociétés* 1988.201; e CA Paris, 21.02.1992, *RJDA* 1992, nº 471, p. 373. Caberia, no direito brasileiro, requerer ao juiz medida análoga, amparado no poder geral de cautela? A questão merece reflexão, mas, a se admitir semelhante expediente, a confidencialidade dos debates e dos esclarecimentos prestados em assembléia seriam aniquilados, o que sinaliza, pois, a inviabilidade da medida.

⁴⁴⁰ ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Lições de direito societário*, vol. II, SP : Juarez de Oliveira, 2005, nº 79, p. 170.

propor ação declaratória negativa, sem prejuízo do pedido de reparação de danos, a depender das imputações porventura feitas por ocasião da deliberação assemblear⁴⁴¹.

5.2.1.5. Abuso na instalação e no funcionamento do Conselho Fiscal.

Fiscalizar a gestão dos negócios sociais constitui direito essencial do sócio, que dele não pode ser privado pelos estatutos ou por deliberação da assembléia geral. A fiscalização, contudo, opera-se sempre “na forma da lei” (LSA, art. 109, III; CC, arts. 1.021 e 1.078, I), através dos vários instrumentos disponíveis e dos órgãos apropriados, dentre os quais sobressai o Conselho Fiscal (LSA, arts. 161 a 165-A; e CC, arts. 1.066 a 1.070). Na composição deste órgão, a lei assegura um direito de minoria: o direito desta de eleger, em votação em separado, um ou mais membros para atuarem como titular e suplente (CC, art. 1.066, § 2º; e LSA, art. 161, § 4º).

Quando sério e competente, o membro do Conselho Fiscal poderá em muito contribuir para a fiscalização da gestão social, notadamente diante do recente reforço legal dos seus poderes individuais. Contudo, do mesmo modo como a sua atuação pode ser útil à sociedade, pode também ser nefasta. Um conselheiro que só cria distúrbios infundados, levanta suspeitas levianas contra a gestão da sociedade, emite parecer contra o correto relatório anual dos administradores⁴⁴² e, em tudo e por tudo, sistematicamente se opõe ao que é proposto pela administração, pode comprometer seriamente os negócios sociais. Osmar Brina Corrêa-Lima, quanto a isso, lembra que “fiscalizar não significa tumultuar. E, muito menos, chantagear a companhia. A experiência tem demonstrado que alguns poucos

⁴⁴¹ Conforme tivemos o ensejo de sustentar, “o *quitus* não constitui direito subjetivo do administrador que, assim, não pode propor ação para compelir a sociedade a outorgá-lo. Entende-se cabível, porém, a propositura de ação declaratória negativa (*negative Feststellungsklage*) de existência de pretensão indenizatória, se a companhia deixar de outorgá-lo ou, por maior razão, se a companhia deliberar propor a ação social e, ao depois, não promovê-la, já que, em ambas as hipóteses, acaba por recair sobre o administrador a pecha de irregularidade na condução da empresa” (MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas*, SP : Saraiva, 2009, nº 6.2, pp. 256-257). Neste sentido (entendendo não caber ação para compelir a outorga de *quitus*, mas admitindo a propositura de ação declaratória negativa): MARCUS LUTTER e PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz*, 14ª ed. Köln : Otto Schmidt, 1995, § 46, nº 15, pp. 573-574; ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, 16ª ed. München : C. H. Beck, 1996, § 46, nºs 29-40, p. 831; e KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4ª ed. Köln : Carl Heymanns, 2002, § 14 VI, p. 432 (acrescentando ser este o atual entendimento prevalente na Alemanha).

⁴⁴² Sem dúvida, “atua abusivamente o conselheiro representante das minorias quando dá parecer contrário à aprovação de relatório anual da administração adequadamente elaborado apenas porque seus eleitores estão contestando judicialmente a atuação dos administradores” (NELSON EIZIRIK, *Conselho Fiscal*, ‘in’ *A Reforma da Lei das Sociedades por Ações* (obra coletiva) – coord. Jorge Lobo, 2ª ed. RJ : Forense, 2002, nº 6, p. 467).

conselheiros fiscais, constituindo uma exceção, confundem as coisas e passam a atuar como D. Quixote de la Mancha, brandindo espadas contra moinhos de vento. Outros, em exceção ainda mais restrita, simplesmente passam a agir como porta-vozes de interesses escusos de minoritários (não-controladores) envolvidos com verdadeiras *strike suits* (...) contra a companhia, com o objetivo de chantageá-la, ou chantagear o controlador, forçando-os a adquirir as suas ações por preço superior ao de mercado”⁴⁴³. Do mesmo modo, Alfredo Lamy Filho testemunha que “a experiência da aplicação da lei demonstra que o exercício da função de membro do conselho representante de acionistas minoritários ou preferenciais pode ser transformada, mediante avalanches de pedidos, protestos, impugnações e toda a sorte de empecilhos, em instrumento de pressão sobre os órgãos de administração e o acionista controlador para a prática de atos que são do interesse particular dos acionistas, e não do interesse da companhia e, às vezes, de instrumento para forçar o acionista controlador a adquirir as ações de acionistas ou pagar-lhes valor mais elevado, em oferta pública para fechamento da companhia ou em deliberações da assembléia que dão direito de retirada aos dissidentes”⁴⁴⁴.

O Conselho Fiscal não é instrumento da minoria societária⁴⁴⁵ e, para coibir atuações disformes, prevê a lei a responsabilização civil do conselheiro fiscal (LSA, arts. 158 e 165) e, no caso das companhias abertas, também a responsabilização administrativa. Mais do que isso, para bem evidenciar as finalidades de suas atribuições, o legislador houve por bem expressamente destacar que “os membros do conselho fiscal deverão exercer suas funções no exclusivo interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o exercício da função com o fim de causar dano à companhia, ou aos seus acionistas ou administradores, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia, seus acionistas ou administradores” (LSA, art. 165, §

⁴⁴³ OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA, *Sociedade anônima*, 3ªed. BH : Del Rey, 2005, p. 321.

⁴⁴⁴ ALFREDO LAMY FILHO, *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. I, cit., p. 1.286. Do mesmo autor, vide também: *Conselho Fiscal; abuso da minoria*, ‘in’ *Temas de S.A.* RJ : Renovar, 2007, pp. 225-234.

⁴⁴⁵ Cf.: JOSÉ ANCHIETA DA SILVA, *Conselho fiscal nas sociedades anônimas brasileiras*, BH : Del Rey, 2000, nº 4.6, pp. 50-52; e NELSON EIZIRIK, *Conselho Fiscal*, ‘in’ *A Reforma da Lei das Sociedades por Ações* (obra coletiva), cit., nº 6, p. 465, *Reforma das S.A. & do mercado de capitais*, RJ : Renovar, 1997, pp. 107 e 111, e *Temas de direito societário*, RJ : Renovar, 2005, p. 45 (destacando que, “havendo conflito entre os interesses da companhia e os do grupo de acionistas que o elegeu, é dever do conselheiro fiscal atender os interesses da companhia, mesmo que sacrificando os de seus eleitores; tal se dá pela razão de que os administradores não são mandatários dos acionistas, mas corporificam órgãos da companhia”).

1º)⁴⁴⁶. A regra, evidentemente, vale tanto para o conselheiro indicado pela minoria como pelo controlador⁴⁴⁷. O membro do conselho fiscal, repita-se, deve atuar no sentido de cumprir as finalidades de suas atribuições e observar o interesse social (LSA, arts. 154 e 165), mas, é claro, desde que assim atue, nada impede que observe os interesses da minoria e zeze por eles⁴⁴⁸; o que não pode, apenas, é dar prevalência ao interesse desta sobre o interesse comum dos sócios *uti socii*.

A hipótese até aqui em análise é de atuação abusiva do próprio conselheiro e, em princípio, não configura situação de abuso de minoria, salvo quando esta, nos termos adiante indicados, seja partícipe dos atos abusivo.

De fato, além do abuso do próprio conselheiro fiscal, poderá ainda haver abuso da minoria na escolha de pessoa inidônea ou incompetente para o exercício do cargo – numa aplicação analógica da regra exemplificativa de situação de abuso de controle (LSA, art. 117, § 1º, *d*). O problema da escolha de conselheiro inidôneo ou incompetente torna-se algo mais delicado quando se queira entender que a maioria não pode destituir o eleito pela minoria, hipótese em que, em sendo admitida essa interpretação, não há como logicamente deixar de então, pelo menos, reconhecer a responsabilidade civil da própria minoria, se esta optar por manter a pessoa inidônea no cargo – também por aplicação analógica de regra de abuso de controle (LSA, art. 117, § 1º, *g*). Em casos limites, porém, e sem prejuízo da responsabilidade civil da minoria, a doutrina tem opinado pelo cabimento de medida judicial para preventivamente suspender o conselheiro inidôneo do exercício do

⁴⁴⁶ Para MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO, “a consagração expressa da abusividade na conduta do conselheiro fiscal é contraponto ao avanço na definição de seus poderes, não apenas como órgão colegiado, mas também como agente individual” (*Reforma da Lei das Sociedades Anônimas* (obra coletiva) – coord. Marcelo M. Bertoldi, 2ª ed. SP : RT, 2002, p. 164).

⁴⁴⁷ É o que bem lembram MODESTO CARVALHOSA (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3º vol., 2ª ed. SP : Saraiva, 2003, p. 461) e NELSON EIZIRIK (*A nova Lei das S/A*, SP : Saraiva, 2002, p. 345).

⁴⁴⁸ Quanto a isso, WALDIRIO BULGARELLI afirmava que “a concessão obrigatória de maioria ao controlador, por força do art. 161, § 4º, ‘b’, certamente autoriza o uso da expressão *conselheiro minoritário*. A esse respeito, a própria jurisprudência demonstra uma visão transparente em relação à composição do Conselho Fiscal; nesse sentido, lê-se em decisão da E. 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao examinar o alcance da atuação individual do conselheiro: ‘E, mais que isso, importaria, no caso, em anular os meios de informação da minoria, sabendo-se que o demandado integra o órgão na condição de representante da facção minoritária dos sócios’ (RT 605/58-59)” (*O Conselho fiscal nas companhias abertas*, SP : RT, 1988, p. 81).

cargo e pela possibilidade de destituição do conselheiro *por justa causa*, através de votação universal da assembléia geral⁴⁴⁹.

5.2.1.6. Abuso na escolha de membros para órgãos sociais.

A hipótese é, em certa medida, desdobramento da anterior. E as soluções são as mesmas. Quando a lei societária assegura aos minoritários o direito de eleição em separado de membros para compor os órgãos sociais (CC, art. 1.066, § 2º; e LSA, arts. 141, § 4º, e 161, § 4º)⁴⁵⁰⁻⁴⁵¹, exige a contrapartida do poder, isto é, exige que a escolha se faça de forma responsável. Leal. Honesta. Bem-intencionada. Pautada pelo interesse social.

Assim como o controlador comete abuso de poder quando elege ou mantém no cargo administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente, ou quando deixa de apurar responsabilidade pelos desvios cometidos por tais indivíduos (LSA, art. 117, § 1º, *d* e *g*), também a minoria, na situação em que lhe cabe o direito de eleição em separado

⁴⁴⁹ Sobre o tema, WALDIRIO BULGARELLI observou que, normalmente, a assembléia geral divide-se em blocos, e o majoritário, como regra, não pode destituir o eleito pelo minoritário, salvo havendo justa causa: “A destituição, desta forma (por deliberação majoritária da assembléia geral), pondo os representantes da minoria à mercê da maioria, romperia o esquema, o qual certamente deve ser preservado. A toda evidência, portanto, o poder conferido à assembléia geral deve ser entendido em consonância com o sistema legal; dividido o quadro acionário como colégio eleitoral, em blocos, a assembléia geral apresenta-se não como uma unidade, mas fracionada, ficando os eleitos, deste modo, presos à sua origem eleitoral. Tanto assim é que a lei responsabiliza o controlador pela má escolha dos seus fiscais (art. 117, § 1º, *d*). Levando-se em consideração, ainda, a contraposição de interesses resultantes do binômio maioria-minoria, com a conseqüente necessidade de admitir e manter a independência dos minoritários, é que se pensa em não reconhecer amplos poderes à assembléia geral (*rectius*: o controlador) para destituir os membros representantes da minoria. Pondo-se de lado, por um instante, essa persistente tensão maioria-minoria que absorve a meditação, e voltando a olhar para o interesse social, podem-se imaginar as hipóteses, ainda que como casos-limite, de conselheiro eleito pela minoria desqualificado para o cargo, ou que prevarique ou, ainda, que abuse de seu poder, casos em que, com a recusa da minoria em afastá-lo, a assembléia geral poderia (deveria mesmo) fazê-lo” (*O Conselho fiscal nas companhias abertas*, cit., p. 123). Na mesma linha, JOSÉ ANCHIETA DA SILVA entende impossível a destituição *ad nutum* do conselheiro eleito pelos minoritários através de deliberação da assembléia geral da qual participe o controlador; mas parece admitir que, havendo justa causa, isso possa ser feito pelo órgão dos acionistas, inclusive com o voto do controlador (*Conselho fiscal nas sociedades anônimas brasileiras*, cit., nº 6.6, pp. 80-81). Outra não é a posição de JOSÉ WALDECY LUCENA (*Das sociedades anônimas*, vol. II, RJ : Renovar, 2009, p. 693).

⁴⁵⁰ Em direito comparado, vide: CSC, art. 392º, 6 e 8.

⁴⁵¹ No intuito de assegurar o regular funcionamento da sociedade e evitar abusos por parte de minorias constituídas de última hora (sejam elas “falsas maiorias”, integradas por sobras de ações do controlador, ou maiorias de *riders*), a lei acionária condicionou o direito de eleição em separado para membro do Conselho de Administração à comprovação da titularidade ininterrupta da participação societária exigida para atendimento do quórum respectivo durante o período mínimo de 3 (três) meses imediatamente anteriores à realização da assembléia geral (LSA, art. 141, § 6º). Também movido pelo intuito de evitar danos à companhia, o legislador previu a proibição de eleição de administrador com interesse conflitante ou que exerça cargo de administração em sociedade concorrente, salvo dispensa da assembléia (LSA, art. 147, § 3º, I e II).

de membro para o órgão social, comete o mesmo ilícito e se expõe às mesmas sanções. Afinal, neste particular, a minoria é “controladora”: *controladora de fração reservada do poder* – e, ainda quando não esteja compelida a observar interesses extrassociais, como ocorre com o controlador, deve pautar a sua conduta pelo interesse social (LSA, art. 115, § 3º)⁴⁵². Na realidade, ao exercer a faculdade que a lei acionária outorga, a minoria age inclusive como órgão (pois de outra forma não se compreenderia que a sua manifestação de vontade, na eleição em separado de membro da administração, fosse juridicamente imputável à sociedade e pudesse gerar relação jurídica entre esta e o administrador eleito pela minoria, colocando-o na qualidade de titular de órgão em situação jurídica, em tudo e por tudo, idêntica à dos demais administradores eleitos pela assembléia geral)⁴⁵³. Sem dúvida, pode a minoria ser chamada a responder perante a sociedade pela eleição de pessoa que saiba inapta para o exercício do cargo⁴⁵⁴, ou pela sua manutenção.

A dificuldade, neste particular, está em que, por vezes, apenas a minoria pode destituir o membro de sua eleição. É que, no intuito de evitar que o controlador pudesse destituir membro eleito pelos minoritários e, com isso, extirpar a representação

⁴⁵² O mesmo tanto deve ser dito a propósito dos titulares de *golden shares* (LSA, art. 18), que embora não possam só por isso ser considerados controladores, devem exercer os seus direitos em estrita consonância com o interesse social e em harmonia com o dever societário de lealdade.

⁴⁵³ O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres (LSA, art. 154, § 1º). Essa regra coloca um ulterior problema, muito bem destacado por LUÍS BRITO CORREIA, nos seguintes termos: “Se tem poderes para gerir e representar a sociedade, se os seus direitos (v.g., a remuneração) têm por sujeito passivo a sociedade e se os seus deveres (de prestação de atividade, de diligência etc.) têm por sujeito ativo a sociedade, então tem de concluir-se que a designação pelos acionistas minoritários constitui uma relação entre o administrador e a sociedade de conteúdo substancialmente idêntico à relação constituída por eleição da coletividade dos acionistas (embora com um regime especial de destituição). Como explicar que isso aconteça? A única explicação que parece fazer sentido consiste em entender que os acionistas minoritários são considerados como órgão da sociedade *para este efeito*” (*Os administradores de sociedades anónimas*, Coimbra : Almedina, 1993, p. 750). A análise do grande jurista português nos parece irrefragável.

⁴⁵⁴ Note-se, porém, que a responsabilidade dos minoritários não é igual a do controlador, ainda quando aqueles tenham direito intangível de eleger membro da administração. É que os acionistas minoritários, ao contrário do controlador, não estão ligados pela Lei das S/A a observar interesses externos à companhia (LSA, art. 116). No entanto, como acionistas que são (e, mais do que isso, agindo como órgão social no ato de eleição em separado), devem se pautar pelo dever societário de lealdade e não podem abusivamente eleger, manter ou impedir a responsabilização de administrador inidôneo; se o fizerem, poderão ser responsabilizados pelo exercício abusivo do direito de voto. Nessa matéria, uma disposição inovadora do CSC de Portugal (art. 83º) responsabiliza, expressamente, “verificados certos requisitos, os próprios sócios que designaram esses administradores, desde que tenha havido culpa na sua escolha, bem como aqueles sócios que, dispondo de um número de votos suficiente para destituírem os administradores, os tenham pressionado a tomar tal conduta. A responsabilidade desses sócios é solidária com os administradores” (ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, Coimbra : Coimbra, 1997, p. 32). Não sem alguma dificuldade, a mesma construção pode ser elaborada no direito pátrio, com o necessário recurso às regras da solidariedade *ex delicto*.

minoritária do órgão, ou tornar o preenchimento dos cargos por demais difícil, o legislador previu que, de regra, apenas a minoria pode destituir o membro por ela escolhido: tanto a eleição, como a destituição, ocorrem por votação em separado (LSA, art. 141, § 4º). Pois bem. Se assim é, cabe indagar: estaria o controlador sem remédio contra tal abuso? A nosso ver, as regras societárias devem ser interpretadas sistematicamente. Se é verdade que o controlador não participa, de regra, da votação para eleição e destituição do indivíduo escolhido pelos minoritários, tal não significa que o controlador esteja impedido de promover a sua responsabilização civil (LSA, art. 159) ou afastar quem foi eleito contra regras de inelegibilidade (LSA, art. 147). Assim, os sócios poderão, com a participação do controlador, deliberar promover a ação de responsabilidade civil contra o titular de órgão, inclusive contra o eleito pela minoria, hipótese em que o administrador ficará impedido de prosseguir no cargo, devendo ser substituído (LSA, art. 159, § 2º). Vale dizer, a regra de proibição de participação do controlador na normal votação de destituição do indivíduo eleito em separado pela minoria não se estende à deliberação sobre a sua responsabilização civil⁴⁵⁵. Reconhece-se, é verdade, que isso pode dar margem ao abuso do controlador. Mas, se tal suceder, poderá a minoria impugnar judicialmente a deliberação de aprovação da propositura da ação de responsabilidade civil – e até ver liminarmente suspensa a sua eficácia; o que não seria razoável, porém, é raciocinar em cima da patologia, deixando a situação infensa a qualquer controle interno.

5.2.2. Propositura de medidas judiciais pela minoria; *strike suits*.

A propositura, em série, de medidas judiciais pela minoria contra a sociedade e os titulares de órgão social, pode abrigar conhecida modalidade de abuso: o das ações de combate (*strike suits*), cujo propósito imediato é paralisar ou dificultar o bom andamento dos negócios sociais e, de forma mediata, conseguir a minoria hostil ter as suas participações adquiridas sob condições vantajosas ou, mesmo, comprar em tais condições a parte da maioria.

⁴⁵⁵ Cf.: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 3º vol., cit., p. 84 – para quem “não pode a assembléia geral destituir os conselheiros eleitos em seguida pelos ordinaristas minoritários e pelos preferencialistas, na forma e para os efeitos dos §§ 4º e 5º do art. 141 (...), a não ser que o faça justificadamente e para os efeitos do art. 159, ou, advindo impedimento, na forma do art. 147”. A solução que se propugna, pois, é a mesma dada pelo direito argentino: os administradores eleitos por classe de acionistas serão normalmente destituídos por deliberação destes (LSC, art. 262), salvo se se tratar de remoção por efeito de impedimento (LSC, art. 265) ou de pessoa contra o qual se tenha deliberado propor ação social de responsabilidade civil (LSC, art. 276).

O fenômeno é universal, mas teve uma marcante repercussão no direito norte-americano, onde a excessiva facilitação à propositura de ações derivadas pelos sócios (*derivative suits*) no passado, trouxe, como consequência indesejada, o abuso e a desvirtuação do instituto, que se transformou em fonte de chantagem. Movidos somente pelo desejo de obter ganhos econômicos pessoais, certos indivíduos, litigantes profissionais (“*impugnatori di professione*”⁴⁵⁶), especializaram-se em detectar falhas cometidas na gestão das companhias para, na sequência, adquirirem as ações destas mesmas companhias e, com isso, poderem então processar os seus administradores, auferindo, assim, resultados financeiros expressivos por conta de acordos celebrados: na maioria dos casos, as ações do litigante profissional eram revendidas aos administradores ou à própria companhia, por valores bem superiores aos de mercado. As ações derivadas assim propostas tornaram-se conhecidas por *strike suits* (literalmente, ações de combate), e um dos litigantes profissionais mais famosos foi Clarence Verner, que patrocinou rumorosa e vultosa questão contra a “Continental Securities Company”⁴⁵⁷. Depois dele, essa prática prejudicial, característica de abuso da minoria, popularizou-se, e os seus impactos sobre a administração das companhias foram bastante expressivos. Visando coibi-la, por isso, as legislações societárias de diversos estados norte-americanos passaram a impor limites à propositura da ação derivada. “As principais restrições”, segundo explica Nelson Eizirik, “são as seguintes: a) o autor da ação deve ser titular dos direitos de acionista à época em que ocorreram os fatos que ele denuncia judicialmente, ou seja, ele não pode procurar eventuais ilegalidades na atuação dos administradores para depois comprar as ações; b) o acionista deve esgotar todas as possibilidades de reparação dos danos no âmbito da

⁴⁵⁶ GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. 1º – tomo 2º: *Le società*, 4ª ed. Padova : CEDAM, 1997, n° 120.2, pp. 434-435. FÁBIO ULHOA COELHO chama de “minoritário profissional” o “investidor, que identifica no ‘atrapalhar o bom andamento dos negócios sociais’ mais uma oportunidade de ganho. Em suas constantes interferências, ele não traz nenhuma contribuição valiosa para a sociedade e não está sinceramente preocupado com o respeito aos direitos da minoria. Seu objetivo é vender as ações por preço superior ao de mercado, recebendo por elas, além do que valem, um *plus* que pode ser chamado de ‘prêmio de sossego’. Para conseguir seu desiderato, o minoritário profissional tumultua de tal modo a administração cotidiana da empresa que passa a ser atraente, para a companhia, o pagamento do prêmio de sossego” (*Profissão: minoritário*, ‘in’ *Sociedade anônima: 30 anos da Lei 6.404/76* (obra coletiva) – coords. Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão, SP : Quartier Latin, 2007, p. 146).

⁴⁵⁷ Sobre as *strike suits*, confira-se: NELSON EIZIRIK, *Inexistência de impedimento do administrador na ação social ‘ut singuli’* ‘in’ *Aspectos modernos de direito societário*, RJ : Renovar, 1992, pp. 70-71; MODESTO CARVALHOSA, *Responsabilidade civil de administradores e de acionistas controladores perante a Lei das S/A*, RT 699/40, e *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3º vol., cit., p. 379; LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Ação social derivada*, ‘in’ *Pareceres* vol. I, SP : Singular, 2004, p. 714; OSCAR COUTO SILVA, *Responsabilidade dos administradores de S/A: business ‘judgment rule’*, RJ : Elsevier, 2007, n° 4.1.6, pp. 231-239; e OSMAR BRINA CORRÊA LIMA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*, RJ : Aide, 1989, p.117-120.

companhia antes de ingressar em juízo; e c) o acionista deve prestar caução, garantindo o pagamento das custas processuais”. Presentemente, em várias legislações estrangeiras são previstas restrições às iniciativas minoritárias: *ou* transformando a ação derivada em direito de minoria (como, de regra, ocorre entre nós); *ou* exigindo a propriedade contemporânea das ações à época dos fatos lesivos ou da assembléia geral que aprecie tais fatos *ou*, ainda, exigindo a prestação de caução⁴⁵⁸. Como quer que seja, o fenômeno das *strike suits* não teve apenas a dimensão negativa que se costuma colocar em evidência; o seu lado positivo foi o de ter, de forma pragmática, estimulado muitos administradores, temerosos de incorrer em uma responsabilidade que pudesse ser efetivada por acionistas minoritários, a realizarem uma administração correta, diligente e sem conflito de interesses⁴⁵⁹.

No direito brasileiro, ressalvada a hipótese específica em que o próprio legislador condicionou a iniciativa individual do acionista à prestação de caução não-cautelar *pro expensis* (LSA, art. 246, § 1º, b)⁴⁶⁰, quer nos parecer que o juiz não está

⁴⁵⁸ Vide, no direito norte-americano: ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate Law*, New York : Aspen Law & Business, 1986, §§ 15.2-15.5, pp. 640-655; e MELVIN ARON EISENBERG, *Corporations and other business organizations: cases and materials*, 9ª ed. New York : Foundation Press, 2005, pp. 657-667. No direito inglês, porém, o requisito da propriedade contemporânea das ações não é exigido para a propositura de ações pelos acionistas. “What this means” – explica BEN PETTET – “is that a shareholder can buy shares in a company after a non-ratifiable breach of duty has occurred, and then seek to litigate it” (*Company law*, 2ª ed. Harlow : Pearson Longman, 2005, n° 12.5, p. 218). No entanto, segundo lembra ROBERT R. PENNINGTON, se o alienante estava impedido de propor a ação derivada por ter prestado aquiescência ao ato questionado, o adquirente também não poderá exercê-la (*Pennington’s company law*, 7ª ed. Londres : Butterworths, 1995, p. 869).

⁴⁵⁹ O registro encontra-se na obra de FRANCO BONELLI, na qual invoca “l’osservazione fatta nel lontano 1942 dal Giudice J. RIFKIND (in *Brendle v. Smith*, 46, F. Suppl. 522, S.D.N.Y.1942), il quale, pur criticando tali azioni ricattatorie, le ha pragmaticamente ritenute utili al sistema societario, in quanto hanno spinto molti amministratori, timorosi di incorrere in una responsabilità fatta valere dalle minoranze, ad un’amministrazione corretta, diligente e priva di conflitti di interesse” (*Gli amministratori di s.p.a. dopo la Riforma delle Società*, Milano : Giuffrè, 2004, nota 274, p. 203).

⁴⁶⁰ Para FRAN MARTINS, a caução em tela “visa a evitar que lides temerárias sejam propostas por acionistas inconformados com a atuação da sociedade controladora, muito embora essa atuação esteja amparada pela lei” (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 3, RJ: Forense, 1978, n° 1.051, p. 274). Mesmo nessa hipótese, porém, não pode a caução ser erigida a obstáculo ao exercício do direito constitucional de ação: “Tem demonstrado o legislador sensibilidade no tratamento das minorias nas sociedades por ações, resguardando seus direitos contra a prevalência da vontade das minorias, assegurando meios de defesa próprios e da sociedade. O art. 246 da Lei das S/A cuidou do direito da sociedade controlada frente à controladora, permitindo que acionistas que representem 5% ou mais do capital social exijam, judicialmente, a reparação de danos a ela causados. O mesmo direito é assegurado a qualquer acionista, desde que preste caução na forma do § 1º, b, do artigo citado. Ao autor da ação assegurou o prêmio de cinco por cento sobre a indenização a que vier a ser condenada a ré. Esse prêmio é o estímulo ao acionista para agir em defesa da sociedade, na omissão de seus responsáveis que, eventualmente, poderão ter interesses inconfessáveis em se omitirem diante da realidade. Mas usou o legislador de contrapeso para impedir aventuras e ações temerárias, ou que a demanda seja utilizada apenas como emulação ou revanchismo. Daí impor, na hipótese da letra b do § 1º do art. 246, a exigência de caução como garantia de pagamento das custas e honorários de advogado da parte contrária, se improcedente a ação. Há, portanto, de haver equilíbrio. Nem o prêmio deve ser tão alto que

autorizado a exigí-la noutras situações, por ato próprio ou mesmo a pedido da parte contrária. Isto porque as cauções de direito material – também designadas pela doutrina de cauções não-cautelares – não podem ser criadas por iniciativa judicial. Pressupõem a sua prévia e individualizada previsão em regra legal ou, quando assim autorizado, convencional; mas jamais sem ela⁴⁶¹. Além disso, condicionar o exercício do direito de ação a requisito sem amparo em lei violaria, no campo do direito acionário, em muitos casos (dependendo do objeto da demanda), a regra do art. 109, § 2º, da Lei das S/A, e, fora e acima dele, atritaria com a própria garantia constitucional do direito de ação (CF, art. 5º, XXXV), não se afigurando providência que se possa reputar inserida no âmbito do poder geral de cautela (CPC, arts. 798 e 799)⁴⁶². A caução processual (e cautelar) que o juiz pode e, em muitos casos, deve exigir, quando se verifiquem os pressupostos legais – e isso não só nas ações derivadas senão em toda outra qualquer medida em que venha a conceder liminar de cunho cautelar –, é a contracautela de que trata o art. 804 do CPC, mas, já aí, não se trata de *ação autônoma* de caução e, sim, *ato de procedimento* cautelar em curso, “simples expediente técnico-processual contido em provimento ditado pelo juiz no curso de uma demanda”⁴⁶³. Em suma, o juiz não pode condicionar o exercício do direito de ação à prestação de caução, se a lei assim não prevê; a caução (processual) que o juiz está autorizado a exigir é a contracautela, quando deferida medida liminar em processo cautelar, como garantia pelos danos que o cumprimento da ordem puder causar à parte contrária, e jamais como condicionante em favor do réu, por efeito da mera propositura de uma ação.

estímulo a aventura e anule o contrapeso da caução, nem a caução deve ser tão vultosa que impeça ou torne letra morta o direito de ação (...). Não seria lógico, portanto, que, cercado o legislador de todo cuidado o direito do acionista minoritário, viesse a erguer tamanha barreira ao direito de ação, impondo-lhe o dever de prestar caução muitas vezes superior às suas forças” (TJSP, AI 75.031-1, 4ª CC., Rel. Des. ALVES BRAGA, v.u., j. 15.05.1986, RJTJESP 105/339).

⁴⁶¹ Vide: LUIZ ORIONE NETO, *Processo cautelar*, SP : Saraiva, 2004, nº 29.3, p. 284.

⁴⁶² Os tribunais pátrios têm repetidamente reprovado a propositura de medidas cautelares inominadas que visem impedir a parte de ingressar em juízo (RSTJ 10/474, 12/418, 19/394, 56/317, 58/200; e RT 661/186, 663/190, 665/183, 732/272). As mesmas razões parecem se impor para rejeitar a possibilidade de condicionar o ajuizamento ou o prosseguimento da demanda à prestação de caução. Em abono do que acaba de ser dito, vale referir que ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI reputam inconstitucional, por ofensa ao primado do direito constitucional de ação, dentre outros, o art. 835 do Código de Processo Civil, que exige a prestação de caução por autor residente no exterior (*Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*, SP : Saraiva, 1989, p. 54). É verdade que, contrariamente a tal opinião, CELSO RIBEIRO BASTOS não considerava a exigência inconstitucional, por entender que a própria Constituição Federal não teria regulamentado o acesso ao Poder Judiciário; no entanto, ao sustentar essa posição, o emérito constitucionalista expressamente se reportava à higidez da exigência *feita na lei*, e não fora dela (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol. SP : Saraiva, 1989, p. 173).

⁴⁶³ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, RJ : Forense, 1979, § 37, p. 303.

De igual modo, não pode o juiz, nem pode o estatuto ou contrato social, condicionar o ingresso em juízo à prévia tentativa de solução intra-societária de eventuais conflitos. Também neste ponto seria invocável a regra do art. 109, § 2º, da Lei das S/A – que prescreve não poderem os meios, processos ou ações que a lei confere acionista para assegurar os seus direitos “ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia-geral”. Antes de tudo, porém, o condicionamento atritória, de chapa, com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV) que, na sua atual conformação constitucional, proscreve “a denominada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado”⁴⁶⁴.

Por fim, a exigência de propriedade contemporânea da ação ou da qualidade de sócio à época do ato questionado em juízo – outra exigência ideada em certas jurisdições estrangeiras para coibir o abuso na propositura de ações sociais derivadas – constitui outra medida que, à míngua de previsão legal, não pode ser exigida *opes judicis* nem pode ser criada pelo contrato social ou estatuto, que assim estaria impondo um requisito de condição da ação sem amparo na lei, em dissonância com o já citado art. 109, § 2º, da Lei das S/A e o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, sem aqui mencionar os princípios da legalidade e do devido processo legal⁴⁶⁵.

Portanto, ainda que no direito brasileiro as demandas societárias possam ser manejadas como *strike suits* e, portanto, instrumento de abuso de minoria, não se vê como admitir que a mesma possa ter o seu processamento obstado ou condicionado à prestação de congrua caução (evidentemente, nos casos em que a lei não a exige), à prévia tentativa de solução intra-societária do conflito ou à exigência de propriedade contemporânea da ação por parte do autor ou da qualidade de sócio à época do ato questionado em juízo, ainda quando, de início, o juiz entenda que o autor não está sendo impelido pela defesa do interesse da companhia, mas por interesses próprios ou mesmo escusos.

⁴⁶⁴ NELSON NERY JÚNIOR, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 2ª ed. SP : RT, 1995, nº 15, pp. 94-95.

⁴⁶⁵ Pode excepcionalmente ocorrer, no entanto, que o ingressante não tenha legítimo interesse de agir, por ter adquirido as suas participações depois da prática do ato (por exemplo, em matéria de ação anulatória de deliberação assemblear, conforme adiante explicado).

Antes de prosseguir nos próximos itens com a análise de algumas medidas judiciais específicas – selecionadas pela sua maior incidência ou pelas oportunidades que oferecem aos abusos –, é preciso destacar que, sem embargo do que acaba de ser exposto, não é possível pretender arbitrariamente tachar toda e qualquer medida judicial proposta por minoritário de temerária ou abusiva. Também aqui é preciso afastar o preconceito de achar que, por ser a maior parte, a maioria tem razão ou é a parte sã⁴⁶⁶.

5.2.2.1. Ações de responsabilidade civil contra administrador.

O direito acionário brasileiro prevê que, se a companhia deliberar não propor ação de responsabilidade civil contra administrador (LSA, art. 159, § 4º), acionista ou grupo de acionistas que represente, no mínimo, 5% (cinco por cento) do capital social, votante ou não, pode, na qualidade de substituto processual (agindo por legitimação extraordinária originária) ingressar com a demanda em nome próprio, mas no interesse da companhia. As condições para o ajuizamento desta ação de responsabilidade civil, que é a ação social derivada, são, de per si, bastante estritas: (1º) o percentual de legitimação não é baixo (embora, para as companhias abertas, a CVM esteja autorizada a reduzi-lo, mediante fixação de escala em função do capital social, *ex vi* do disposto no art. 291 da Lei das S/A)⁴⁶⁷; (2º) a exoneração da responsabilidade dos administradores é bastante facilitada, em se considerando o efeito amplo reconhecido pelos tribunais ao *quitus* (LSA, art. 134, § 3º); e (3º) o autor da demanda é obrigado a custear o patrocínio da causa ao longo de vários anos, para somente ao final, nas incertas e imprevisíveis hipóteses de procedência do pedido e sucesso na cobrança dos valores da condenação, ser ressarcido das despesas em que tiver incorrido (LSA, art. 159, § 5º), participando dos resultados da ação, ainda assim,

⁴⁶⁶ Infelizmente, porém, não é incomum encontrar decisões marcadas por visão reduzida e estreita dos fatos, que se pode ilustrar através do seguinte raciocínio: “o sócio possui pequena participação; o sócio está litigando com a sociedade e os demais sócios; o sócio não tem razão; o sócio é mau; em consequência a maioria é boa, é honesta, é correta, e não deve cumprir a lei”. Quem assim raciocina tem uma visão assaz reduzida do fenômeno societário e, seguramente, jamais conceberia a hipótese de exclusão da maioria pela minoria, pois decerto estaria propenso a excluir a minoria pelo só fato de ser minoria, sem qualquer análise concreta dos pressupostos de imputação atualmente exigidos pela lei. Antes de condenar uma das partes, é preciso analisar as razões de sua conduta: “We should try to understand before we give a judgment on the man and his work” (ERNST CASSIRER, *The myth of the state*, ‘in’ *Gesammelte Werke – Hamburger Ausgabe*, Band 25, Hamburg : Felix Meiner Verlag, 2007, p. 118. *Apud* Osmar Brina Corrêa Lima, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*, RJ : Aide, 1989, p. 19).

⁴⁶⁷ A exigência de participação societária mínima foi idealizada para limitar as aventuras forenses: “seria temerário franquear a ação a qualquer sócio, com participação ínfima no capital social, facilitando a chicana” (ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito de empresa*, SP : RT, 2007, nº 325, p. 331).

de forma apenas indireta, eis que os valores da condenação são vertidos ao patrimônio social. A disciplina legal, como se vê, é bastante desencorajadora e restritiva, sobretudo em comparação à disciplina, bem mais adequada, da ação de responsabilidade civil contra sociedade controladora de grupo de fato (LSA, art. 246)⁴⁶⁸.

Apesar disso, reconhece-se que, pelos reflexos que a medida causa na gestão da sociedade e pelo estigma que sobre o réu acaba por repousar, a ação social derivada de responsabilidade civil pode-se prestar a abuso de minoria. Quanto a isso, todavia, o nosso legislador soube prever os necessários contrapesos: diferentemente do que ocorre nos casos em que a ação social é proposta pela companhia (ação *uti universi*) (LSA, art. 159, *caput*) ou por acionista lastreado em deliberação assemblear aprovando o seu ajuizamento (ação social *uti singuli* substitutiva) (LSA, art. 159, § 3º), não se verifica, no caso da ação social derivada (LSA, art. 159, § 4º), o impedimento e a conseqüente necessidade de substituição do titular de órgão (LSA, art. 159, § 2º). Assim ocorre porque essas conseqüências jurídicas drásticas – que poderiam servir de estímulo para litigantes temerários, interessados em apelar da gestão social quem não lhes agrada – somente existem nos casos em que a assembléia geral, pela voz da maioria dos presentes ao conclave (isto é, a mesma maioria necessária para eleger ou destituir ordinariamente o administrador), delibere positivamente pela propositura da ação de responsabilidade civil. Neste caso, e só nele, o impedimento exsurge como conseqüência conexa e necessária da deliberação que aprova a propositura da ação⁴⁶⁹, e não propriamente como conseqüência do ajuizamento da ação social derivada⁴⁷⁰, ao contrário do que, no passado, entenderam respeitáveis doutrinadores⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ Ao regular a ação contra sociedade controladora por atos praticados com infração ao disposto nos arts. 116 e 117 da Lei das S/A, o legislador pátrio ampliou a legitimação ativa, não condicionou a medida a qualquer deliberação assemblear e previu que “a sociedade controladora, se condenada, além de reparar o dano e arcar com as custas, pagará honorários de 20% (vinte por cento) e prêmio de cinco por cento ao autor da ação, calculados sobre o valor da indenização” (LSA, art. 246, § 2º). Como observa FERNANDO NETTO BOITEUX, o percentual da verba honorária “não pode ser modificado pelo juiz, visto que a Lei das Sociedades por Ações é lei federal e posterior ao Código de Processo Civil” (*Responsabilidade civil do acionista controlador e da sociedade controladora*, RJ : Forense, 1988, nº 2.4, p. 47).

⁴⁶⁹ Diz-se “necessária” porque o impedimento não admite modulação: não é possível manter no cargo a pessoa contra a qual foi deliberado propor ação de responsabilidade civil. Neste sentido, vide as lições de FRANCO BONELLI (*La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milão : Giuffrè, 1992, nº 18, p. 165), o qual discorda da opinião contrária de MINERVINI (*Gli amministratori*, Milano : Giuffrè, 1956, p. 350), para quem a assembléia de sócios poderia, quando da deliberação de promoção da ação social, expressamente excluir o efeito de revogação automática do mandato do administrador.

⁴⁷⁰ O impedimento do administrador nada tem a ver com a propositura desta ou daquela ação, pela sociedade ou por acionistas em substituição processual. É efeito conexo, necessário e conseqüente da deliberação que decide pela propositura da ação. Tanto assim que a substituição não fica a depender da ação; antecede-a e se positiva na própria assembléia geral em que se deliberou sobre a propositura da ação.

Assim ocorre porque, se a assembléia geral deliberou não propor a ação de responsabilidade civil, a maioria dos presentes expressou a manutenção do vínculo de confiança que une o administrador à sociedade, o qual assim deve permanecer no cargo, ainda quando a minoria legalmente qualificada decida ingressar com a medida⁴⁷². A ação social *uti universi* e a ação social derivada podem até ser idênticas sob o prisma processual da tríplice identidade dos elementos da ação, mas, se no caso não houve deliberação aprovando a propositura de ação pela sociedade, também não haverá impedimento⁴⁷³, sem que caiba cogitar de uma abusada aplicação analógica da regra de destituição⁴⁷⁴.

Na realidade, o abuso poderá se verificar antes da propositura da ação, já por ocasião da deliberação assemblear que a tenha por objeto. E o abuso poderá ser tanto do controlador, que eventualmente obste a apuração de responsabilidade do indivíduo por ele guindado à posição de titular de órgão (LSA, art. 117), como o abuso poderá ser dos minoritários que, por mero espírito emulatório, votem pela aprovação da medida, sem que

⁴⁷¹ Cf. (a deliberação assemblear positiva, e não a propositura de ação, torna o administrador impedido de continuar no cargo): DARCY ARRUDA MIRANDA JR., *Breves comentários à Lei de Sociedades por Ações*, SP : Saraiva, 1977, p. 235; FÁBIO ULHOA COELHO, *A natureza subjetiva da responsabilidade civil dos administradores de companhia*, Revista de Direito da Empresa 1/26, e *Curso de direito comercial*, vol. 2, SP : Saraiva, 1999, p. 261; FRAN MARTINS, *Ação individual de responsabilidade civil contra administrador de sociedade anônima fechada*, in' *Novos estudos de direito societário*, SP : Saraiva, 1988, p. 144; JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades limitadas*, 5ª ed. RJ : Renovar, 2007, p. 468, e *Das sociedades anônimas*, vol. II, cit., pp. 610-613; LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Impedimento de voto em assembléia*, in' *Pareceres*, vol. II, SP : Singular, 2004, p. 772; NELSON EIZIRIK, *Temas de direito societário*, RJ : Renovar, 2005, p. 102, e *Inexistência de impedimento...*, in' *Aspectos modernos de direito societário*, cit., p. 75; e NELSON EIZIRIK, ARIÁDNA B. GAAL, FLÁVIA PARENTE e MARCUS DE FREITAS HENRIQUES, *Mercado de capitais: regime jurídico*, 2ª ed. RJ : Renovar, 2008, pp. 504-507. Em sentido diverso (entendendo haver impedimento por efeito do ajuizamento da ação social derivada): JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Impedimento de administração em ação social 'ut singuli'*, RDM 46/23-28; e VERA HELENA DE MELLO FRANCO e RACHEL SZTAJN, *Manual de direito comercial*, vol. 2, SP : RT, 2005, n° 4.4.2, pp. 208-209.

⁴⁷² A razão do impedimento, consoante explica MODESTO CARVALHOSA, “reside na perda de confiança dos acionistas no desempenho e na conduta do administrador indigitado. No caso da ação ser proposta por acionistas minoritários, tendo a assembléia geral manifestado a vontade social de não responsabilizar o administrador, fica evidente que a maioria acionária mantém o vínculo de confiança necessário a sua manutenção no cargo. Entendimento contrário possibilitaria o absurdo de que, a qualquer tempo, acionistas minoritários promovessem a destituição de administradores contra a vontade da maioria, ao proporem uma ação de responsabilidade civil. Apenas na hipótese de deliberação assemblear, aprovando o ajuizamento dessa ação, o administrador ficará impedido” (*Responsabilidade civil...*, cit., p. 41). No mesmo sentido: NELSON EIZIRIK, *Responsabilidade civil...*, in' *Sociedade anônima...*, cit., p. 265, e *Inexistência de impedimento...*, in' *Aspectos modernos de direito societário*, cit., p. 75.

⁴⁷³ E é bom que assim seja. O legislador seguramente procurou “mirare una minoranza aggressiva e desiderosa di ottenere vantaggi «abusivi» nell’accezione qui condivisa” (ANDREA PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze “abusi” e rimedi*, Torino : G. Giappichelli, 2004, n° 2.1.1, p. 61).

⁴⁷⁴ A norma não comporta aplicação analógica (cf.: ANDREA PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze “abusi” e rimedi*, cit., n° 2.1.1, nota 45, p. 61).

a mesma tenha real fundamento. Nesta altura, interessa-nos apenas analisar a segunda hipótese, de abuso de minoria, que pode, em tese, ter lugar em duas situações distintas.

A primeira delas verifica-se nos casos em que, por ocupar também a posição de administrador da companhia, o controlador fica impedido de participar da votação da deliberação que tenha por objeto a sua própria responsabilidade, em razão da incidência de regra legal de proibição de voto, sujeitando-se assim à decisão tomada isoladamente pelos demais⁴⁷⁵. O impedimento de voto do acionista-administrador em semelhante hipótese decorre, a nosso ver, precisamente das regras legais que o proíbem aprovar as suas próprias contas (LSA, arts. 115, § 1º, e 134, § 1º), porquanto, ao instituir tal comando, o que pretendeu o legislador evitar não foi propriamente a participação do administrador no ato de aprovação das contas e demonstrações financeiras e, sim, pretendeu impedir que ele, atuando como juiz em causa própria⁴⁷⁶, pudesse outorgar a si próprio o *quitus*, exonerando-se de responsabilidades (LSA, art. 134, § 3º). Não é por distinta razão que, em outros sistemas jurídicos, nos quais a exoneração de responsabilidade não vem indissoluvelmente ligada àquela deliberação, o administrador é admitido a tomar parte na deliberação sobre contas e demonstrações financeiras, ainda quando ele próprio as tenha redigido⁴⁷⁷. Em nosso direito, contudo, parece ser de rigor entender que, assim como não pode votar as suas

⁴⁷⁵ ANDREA PISANI MASSAMORMILE, com razão, frisa que “la manovra descritta risulta davvero destabilizzante quando l’amministratore oggetto dell’attacco è anche il socio di maggioranza, perché solo in tal caso quest’ultimo non può votare in occasione della delibera con ad oggetto l’azione di responsabilità nei suoi confronti” (*Minoranze “abusi” e rimedi*, cit., n° 2.1, nota 38, p. 55).

⁴⁷⁶ As hipóteses de proibição de voto (*Stimmverbot*) inspiram-se ou nos princípios que vedam o contrato consigo mesmo (*Insichtsgeschäft*) ou de que ninguém pode ser juiz em causa própria (*Richter in eigener Sache*) (cf.: KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 21, II, pp. 608-609). Considerando que o *quitus* é ato jurídico unilateral e a efetivação da responsabilidade constitui poder jurídico da parte, frente ao qual a contraparte fica em estado de sujeição, entendemos que, no caso, é o segundo princípio que informa a proibição de voto. De forma expressa, KARSTEN SCHMIDT arrola, dentre as situações de proibição de voto informadas pelo princípio do *nemo iudex in causa propria*, a decisão de outorga de *quitus* (*Entlastungsbeschlüsse*) (*Gesellschaftsrecht*, cit., § 21, II, p. 609) e, também, a liberação de responsabilidades (*op. cit.*, p. 850). MARCUS LUTTER e PETER HOMMELHOFF confirmam essa lição (*GmbH-Gesetz*, cit., § 47, n° 18, p. 583).

⁴⁷⁷ É por isso que, na França, onde as situações de impedimento de voto “doivent s’interpréter restrictivement”, se entende que “les administrateurs participent au vote des résolutions que approuvent leur gestion (Civ. 7 avr. 1932 : D.P. 1933, 1, 153, note CORDONNIER)” (YVES GUYON, *Droit des affaires*, tomo 1: *Droit commercial général et sociétés*, 12ª ed. Paris : Economica, 2003, n° 307, p. 318). Também na Itália, entende-se que “non si trova in conflitto di interessi il socio che vota nell’assemblea che delibera sulla sua nomina a una carica sociale, o che approva il bilancio da lui stesso, in qualità di amministratore, redatto” (GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, 6ª ed. Padova : CEDAM, 2002, p. 2.407). Por que assim é? Porque, tanto na França como na Itália (CC it., art. 2.434), a aprovação de contas não obsta a propositura de ação social, de sorte que, nessa hipótese, o administrador não estaria atuando como juiz em causa própria (cf.: GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ, *Della società per azioni*, tomo I, 6ª ed. Bologna : Zanichelli, 1997, pp. 701-702).

próprias contas e participar da outorga a si próprio do *quitus*, o administrador-acionista está formalmente impedido de votar na deliberação da assembléia geral que tenha por objeto a propositura de ação de responsabilidade civil contra si, porquanto *non debet cui plus licet, quod minus est non licere*⁴⁷⁸. A interpretação assim dada aos arts. 115, § 1º, e 134, 1º, da Lei das S/A, extrai a mesma regra que, de maneira direta, está expressa no direito italiano: “gli amministratori non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità” (CC it., art. 2.373, 3º *comma*). A consequência de semelhante exegese é a de que, em dadas situações, a maioria (impedida) ficará sujeita à decisão da minoria⁴⁷⁹ e,

⁴⁷⁸ Cf. (impedimento de voto do administrador): LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2, SP : Saraiva, 1980, nº 232, p. 227 (declarando que “na deliberação assemblear acerca da conveniência da propositura de medida judicial contra os administradores, este estará impedido de votar”), embora, em parecer posterior, o mesmo estudioso tenha defendido posição diversa; J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3º vol., cit., p. 211; P. R. TAVARES PAES, *Responsabilidade dos administradores de sociedades*, 2ª ed. SP : RT, 1997, nº 22, p. 59; HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, *Curso de direito comercial*, vol. 3, SP : Malheiros, 2008, nº 10.8, p. 474; e ADRIANO CASTELLO BRANCO, *O conselho de administração nas sociedades anônimas*, RJ : Forense Universitária, 2004, nº 7.4, p. 79, e nº 7.6.5, p. 101. Ainda neste sentido (em direito comparado): (Portugal) M. NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anônima*, 2ª ed. Coimbra : Coimbra editora, 1997, nº 6.2.4.1, p. 93; e (Itália) GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. 1º – t. 2º, cit., nº 103, p. 364, e nº 120.1, p. 432; GIUSEPPE FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 8ª ed. Torino : UTET, 1992, nº 230, p. 401; MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, ‘in’ *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* – diretto da Francesco Galgano, vol. 19º: *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, Padova : CEDAM, 1994, nº 22, p. 68; GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ, *Della società per azioni*, tomo I, cit., pp. 702-703; FRANCO BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la Riforma delle Società*, cit., p. 195; e FRANCESCO GALGANO, *La società per azioni*, ‘in’ *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* – diretto da Francesco Galgano, vol. 7º, 2ª ed. Padova : CEDAM, 1988, nº 9, p. 252, e *Il nuovo diritto societario*, ‘in’ *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* – diretto da Francesco Galgano, vol. 29º. Padova : CEDAM, 2003, nº 9, p. 234 (assinalando que, nessa situação, “la situazione di conflitto di interessi è *in re ipsa*, como è *in re ipsa*, e non richiede alcuna prova nel caso in cui gli amministratori abbiano votato, il pericolo di danno per la società”). Em sentido contrário (admitindo possa o administrador votar): ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito de empresa*, cit., nº 325, p. 331, e *Lições de direito societário*, vol. I, 2ª ed. SP : Juarez de Oliveira, 2004, nº 115, p. 263 (para quem “é assim porque, se a indicação do administrador compete à maioria e, nessa indicação, conta-se o voto do eleito, não é possível que o seu voto seja afastado para efeito de sua destituição; do contrário, a voz da minoria é que iria prevalecer”); LUIZ ANTONIO DE SAMPAIO CAMPOS, *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. I, cit., p. 1.229; e LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Impedimento de voto em assembléia*, ‘in’ *Pareceres*, vol. II, cit., p. 774 (fazendo referência à situação de simples conflito material: “ao acionista que também é administrador, não é, em princípio, vedado exercer o seu direito de voto em assembléia geral ordinária ou extraordinária, em que for deliberada a propositura de ação social de responsabilidade civil contra administradores, por alegados prejuízos causados ao patrimônio social, embora esse voto, uma vez exercido, possa ser oportunamente fulminado, por abuso, em face de um exame de seu conteúdo”), posição essa que representa modificação da anteriormente externada. Na Espanha, ao menos até 1974, JESUS RUBIO observava que a lei acionária não dispunha expressamente sobre a existência de impedimento e, conquanto GARRIGUES e URÍA o deduzissem a partir da regra *nemo iudex in causa propria*, o Professor catedrático da Universidade de Madri julgava mais acertada a opinião dos que não anteviam o impedimento (*Curso de derecho de sociedades anonimas*, 3ª ed. Madrid : Editorial de Derecho Financiero, 1974, nº 151, p. 300). Na Alemanha, o impedimento de voto do administrador na deliberação assemblear relativa à propositura de ação social é incontestado (cf.: UWE HÜFFER, *Aktiengesetz*, 5ª ed. München : C. H. Beck, 2002, § 147, nº 3, p. 750).

⁴⁷⁹ Cf.: MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., nº 23, p. 68.

portanto, sujeita ao risco de abusos por parte desta – como, de resto, ordinariamente esta encontra-se também sujeita aos abusos daquela. Nisso não há nenhuma excrescência⁴⁸⁰.

A segunda situação específica, que pode gerar questionamentos sobre abuso, é aquela em que, aproveitando-se da episódica ausência do controlador, a minoria logra obter a aprovação da propositura de ação de responsabilidade civil contra o administrador. Isto pode ocorrer porque, como a deliberação sobre propositura de ação de responsabilidade civil contra administrador pode, independentemente de específica inclusão na ordem o dia, ser tomada na própria assembleia geral ordinária, desde que versando sobre fatos ocorridos no exercício social em análise, ou mesmo em assembleia geral extraordinária, desde que por fatos relacionados aos temas da ordem do dia (LSA, art. 159, § 1º), a ausência do grupo de controle pode eventualmente permitir que se delibere abusivamente a respeito do tema tão-somente para com isso tornar o administrador impedido de continuar no cargo e, de tal arte, forçar a sua substituição.

Ambas as hipóteses ora cogitadas, que a muitos podem parecer cerebrinas, não são extraordinárias na prática societária, e contra tais abusos o remédio deverá ser encontrado preferencialmente na invalidação da deliberação assemblear, via revogação ou através de medida judicial específica, sem prejuízo da responsabilização civil dos que votaram abusivamente⁴⁸¹. No entanto, um contraponto a propósito dessa solução há de ser feito: a ulterior invalidação da deliberação assemblear não deverá prejudicar a ação social *uti singuli* porventura proposta por substituto processual, *desde que* este congregue 5%

⁴⁸⁰ O impedimento do voto do acionista-administrador está previsto expressamente no direito italiano, e não constitui nenhum absurdo jurídico. “Invero, la norma si pone come regola generale di ordine pubblico a tutela di tutti gli interessi coinvolti (dei soci di minoranza; della stessa società; probabilmente dei terzi in relazioni d'affari con la società), assicurando un meccanismo idoneo, in linea di principio, ad evitare il perpetuarsi di situazioni di inefficienza e di potenziale danno. La reazione contro eventuali situazioni patologiche, insomma, non può, e direi non deve, bloccare, *a priori*, il funzionamento del precetto dell'art. 2373, comma 2, c.c.” (ANDREA PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze “abusivi” e rimedi*, cit., nº 2.4, p. 78). Afinal, prossegue ainda o mesmo estudioso, “interesse della società, ammesso che sia individuabile, è quello di essere correttamente ed efficacemente amministrata, non quello di essere amministrata necessariamente da chi detiene la maggioranza del capitale; interesse della società è quello di avere come amministratori persone competenti, oneste, diligenti e tali qualità non è detto che siano ravvisabili solo in capo al socio di maggioranza od a persone da questi prescelte” (*op. cit.*, cit., nº 2.4, pp. 79-80).

⁴⁸¹ A respeito do tema, NELSON EIZIRIK bem observa que o propulsor legítimo da ação de responsabilidade civil contra administrador é o interesse social. “Dessa forma, tal ação de responsabilidade civil movida contra administradores não pode servir como instrumento para a consecução de interesses individuais de acionistas. A aprovação da propositura de ação de responsabilidade civil com o fim estranho ao interesse social, como, por exemplo, objetivando o simples afastamento de administrador constituiria exercício abusivo do direito de voto” (*Temas de direito societário*, cit., p. 117).

(cinco por cento) do capital social: a invalidação da deliberação positiva poderá obstar o prosseguimento da demanda iniciada porventura pela própria sociedade, caso não reste no pólo ativo outra pessoa legitimada a dar prosseguimento na causa, e possibilitará a recondução do impedido ao exercício do cargo; mas, em todo caso, não impedirá que, invalidada a deliberação positiva, se tenha por presente a hipótese inversa, de deliberação negativa, pela qual os acionistas poderão prosseguir na mesma ação, já agora não mais como ação social substitutiva (LSA, art. 159, § 3º) e, sim, como ação derivada (LSA, art. 159, § 4º). Por outras palavras, a revogação ou anulação da deliberação não obstará o prosseguimento da ação social como derivada, e não mais substitutiva, se o percentual mínimo de acionistas estiver reunido no pólo ativo⁴⁸².

Em qualquer caso, a pretexto de impedir o abuso de minoria, não cabe prever quórum qualificado para a deliberação sobre a propositura da ação social de responsabilidade civil, mesmo em sociedade anônima fechada. Conforme explicado noutro local⁴⁸³, entendemos que, à luz das regras vigentes em nosso direito acionário, não podem os estatutos contemplar para a ação de responsabilidade civil quórum qualificado distinto do exigido para a eleição dos administradores e para a aprovação de suas contas. E isso por várias razões, mais ou menos consistentes. *Em primeiro lugar*, porque o quórum de deliberação da ação de responsabilidade civil não pode ser diverso dos quóruns de eleição e de destituição dos administradores, por força do princípio de que “quem pode reprovar, também deve poder perseguir” (até mesmo para que “a desaprovação não se reduza a uma simples expressão de crítica”⁴⁸⁴), havendo necessidade, assim, de manter perfeita *simetria de quóruns* nessas matérias. Destarte, na medida em que o quórum de destituição não pode ser majorado, pois isso viria restringir (e, *ipso facto*, violar) o princípio da livre revogabilidade dos administradores, inscrito nos arts. 140 e 143 da Lei das S/A)⁴⁸⁵, segue-

⁴⁸² Na mesma linha, a suspensão cautelar dos efeitos da deliberação positiva não deverá, na mesma situação, impedir o prosseguimento da ação de responsabilidade civil, desde que a demanda em curso possa, em caso de invalidação, prosseguir como ação derivada.

⁴⁸³ MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas*, cit., nº 7.3.1.2.1, pp. 321-327.

⁴⁸⁴ A expressão é de GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ (*Della società per azioni*, tomo I, cit., p. 850).

⁴⁸⁵ Cf. (revogação não pode se subordinar a maioria especial ou qualificada): TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, vol. II, 2ª ed. RJ : Forense, 1953, nº 61, p. 303. Em sentido contrário: “O estatuto da companhia fechada pode estabelecer quórum maior para certas deliberações, desde que especifique as matérias. Se o estatuto exige quórum qualificado para a destituição de diretores, sua inobservância acarreta a invalidade da deliberação neste sentido” (TJSP, Ap. 30.673-1, 6ª CC., Rel. Des. MACEDO BITTENCOURT, v.u., j. 10.08.1983, RT 580/71).

se que os demais quóruns conexos, dentre os quais o alusivo à ação social, não podem ser modificados⁴⁸⁶. *Em segundo lugar*, e ainda atento à regra de simetria de quóruns, é bem de ver que, não somente o quórum de destituição de administrador não pode ser majorado (pois isso conspiraria contra a livre revogabilidade dos gestores), mas, inclusive, segundo parcela da doutrina, o *quórum de eleição* dos administradores não pode ser reforçado, porquanto também isso acabaria por comprometer o próprio funcionamento da assembléia geral ordinária – porquanto esta, uma vez instalada (em primeira convocação, com a presença de acionistas que representem, no mínimo, um quarto do capital social com direito de voto ou, em segunda votação, com qualquer número), deve ter condições de deliberar sobre todas as matérias que lhe sejam afeitas, dentre as quais a eleição de administrador, por serem todas elas essenciais ao funcionamento da companhia (LSA, art. 132, I a IV)⁴⁸⁷. Pois bem, se o quórum de eleição fosse majorado, na prática correr-se-ia o sério risco de a assembléia geral ordinária instalar-se, mas ainda assim ficar impedida de eleger novos administradores, por não se ter conseguido atingir o quórum de deliberação (seja por absenteísmo seja por falta de consenso), dando ensejo a casos de acefalia societária; e impedindo a livre revogação dos antigos gestores, os quais permaneceriam na função. Por mais esse motivo, considerando que o quórum de eleição não pode ser modificado, é certo que, simetricamente, não se há de admitir a majoração do quórum correlato de promoção da ação social. *Em terceiro lugar*, por fim, a majoração é inviável, porque, apesar de exercer papel multifário e se prestar à tutela das mais variadas espécies de direitos, a ação social de responsabilidade civil contra administrador é, antes de tudo, instrumento de garantia de direitos essenciais dos acionistas (direito ao lucro e direito ao acervo de liquidação) e, nessa medida, não pode ter o seu exercício estatutariamente limitado: “os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia geral” (LSA, art. 109,

⁴⁸⁶ A posição de PONTES DE MIRANDA, sobre o assunto, é algo obscura. Isto porque, ao mesmo tempo em que afirma possam os estatutos dispor sobre o quórum para a eleição de administrador (*Tratado de direito privado*, tomo L, cit., § 5.332, p. 394), o polimórfico jurista afirma, linhas adiante, que, para a destituição, “não podem os estatutos exigir maioria especial, nem tão-pouco, subordinar a destituição a justa causa” (*op. cit.*, § 5.332, p. 398). Pois bem, se esse autor entende que, para a destituição, o quórum deve ser o da maioria simples (“não podem os estatutos exigir maioria especial”), é necessário concluir que, para a promoção da ação social (e conseqüente impedimento do administrador), a maioria simples seria o único quórum concebível.

⁴⁸⁷ Interpretando o art. 129, § 1º, da LSA, que não tem paralelo na antiga lei acionária, MODESTO CARVALHOSA sustenta que “essas matérias, objeto da deliberação por *quorum* qualificado, não podem ser aquelas próprias da assembléia geral ordinária (art. 132)” (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2º vol., 3ª ed. SP : Saraiva, 2003, p. 744). A opinião é controvertida.

§ 2º). Lembre-se, ainda, que a permissão legal para a inserção de quórum estatutário qualificado foi legalmente concebida para tutelar a posição dos minoritários, e não agravá-la, impedindo o afastamento do administrador ímprobo⁴⁸⁸.

No entanto, vale reiterar (conforme exposto no subitem 5.2.1.6 acima) que, embora o acionista controlador não participe da eleição e da ordinária destituição dos membros do Conselho de Administração eleitos em separado por acionistas minoritários de companhia aberta (LSA, art. 141, § 4º, I e II), não está ele impedido de participar da deliberação que tenha por objeto a propositura de ação de responsabilidade civil contra tais indivíduos, ainda quando, como consequência, se verifique o impedimento e a necessidade de substituição dos respectivos administradores.

5.2.2.2. Ações de invalidação de deliberação assemblear.

As ações genericamente conhecidas por “ações de invalidação de deliberação assemblear” – compreendendo ações anulatórias e “declaratórias” de nulidade⁴⁸⁹, nas quais se discutem vícios da assembléia, da deliberação ou do voto⁴⁹⁰, e por vezes até mesmo a

⁴⁸⁸ Com razão, FRAN MARTINS registra que “essa medida (prevista no art. 129, § 1º, da Lei das S/A) foi adotada pela lei para *favorecer as minorias* nessas sociedades” (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2 – tomo I, RJ : Forense, 1978, nº 576, p. 204).

⁴⁸⁹ Utilizamos no texto a tradicional nomenclatura “ação declaratória de nulidade”, mas reconhecemos a sua imprecisão: ação para invalidação de atos eivados de nulidades é só aparentemente declaratória; na realidade, tem carga constitutiva negativa, quando à declaração de nulidade segue a fulminação do ato inválido, assim relegado à inexistência (exclusão do mundo jurídico), e, por vezes, com outras consequências (CC, art. 182). O efeito da sentença é, também, o de ocasionar uma modificação jurídica, pois não há mera proclamação de uma certeza, donde ser correto afirmar que a ação é constitutiva e não simplesmente declaratória, e portanto, que a nulidade é “decretável” e não “declarável” (sobre o ponto, vide: PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, tomo IV, 2ª ed. RJ : Borsoi, 1954, § 380, 2, p. 76, e § 410, 1 e 2, pp. 209-210; MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Teoria do fato jurídico – plano da validade*, 7ª ed. SP : Saraiva, 2006, § 74, p. 251; WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. III, RJ : Forense, 1977, p. 1.192; e YUSSEF SAID CAHALI, *Prescrição e decadência*, 1ª ed. – 3ª tir. SP : RT, 2008, nº 27, pp. 78-80). A observação é universal: “Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen von Verbandsmitgliedern gegen rechtswidrige Beschlüsse, die nur gegen den Verband erhoben werden können, sind ihrer Klagart nach nicht zu unterscheiden. Beide sind gleichzeitig Abwehrklagen und Gestaltungsklagen. Die negatorische und die kassatorische Funktion der Klagen sind miteinander vereinbar” (KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 15 II 2, p. 445). Mais do que primar pela precisão terminológica, a inferência tem consequências substanciais, como, por exemplo, em matéria de prazo decadencial.

⁴⁹⁰ Embora o art. 286 da Lei das S/A tenha, com pouca técnica, tratado conjuntamente e sem destaque dos vícios da assembléia, da deliberação e do voto no mesmo artigo, deve-se fazer a necessária distinção entre tais realidades, até pela diversidade de tratamento que tais vícios recebem. A doutrina esclarecida, por isso mesmo, faz as devidas diferenciações (vide: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Invalidez das deliberações de assembléia das S/A*, cit., nº 18, pp. 85-86, e *Apontamentos sobre a invalidade das deliberações conexas das companhias*, ‘in’ *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*, cit., pp. 75-76).

ineficácia de determinados atos – podem, notadamente quando repetidamente aforadas ou em conjunto com medidas cautelares, dificultar sobremodo a regular exploração da atividade social. Pode o ajuizamento de ditas ações representar o exercício regular de um direito, o que deve em princípio ser presumido, como pode, ainda, inserir-se no contexto de táticas obstrucionistas – pelas quais o seu mentor pretende, através da obtenção de liminares com diversos espectros e do ataque a atos assembleares hígidos, apenas causar embaraços à sociedade, aos sócios e aos administradores e demais titulares de órgãos⁴⁹¹. Essa constatação levou o legislador interno de vários países a pôr limites à possibilidade de o sócio impugnar as deliberações assembleares. Vejamos brevemente, pois, o quadro de direito comparado para, depois, analisar o direito pátrio.

5.2.2.2.1. Direito italiano.

Na Itália, o decreto legislativo 5, de 16 de janeiro de 2003, trouxe regras específicas para os processos societários e, especificamente, deu novo tratamento para as ações anulatórias e as medidas cautelares de suspensão de deliberações assembleares. De acordo com a nova redação do art. 2378 do CC it.⁴⁹², podem propor a medida cautelar

⁴⁹¹ Sobre o emprego de medidas judiciais como tática obstrucionista, há parecer de WALDÍRIO BULGARELLI (*Anulação de assembléia geral de sociedade anônima; assembléias gerais posteriores; abuso de minoria*, ‘in’ *Estudos e pareceres de direito empresarial: o direito das empresas*, SP : RT, 1980, pp. 151-164), de cujas conclusões se pode pontualmente divergir, mas cuja leitura é sempre válida para instigar o raciocínio crítico. O emprego abusivo da ação anulatória de deliberação assemblear foi também objeto de parecer de RUBENS REQUIÃO (*Efeitos do impedimento de voto dos diretores de sociedade anônima*, ‘in’ *Aspectos modernos de direito comercial*, 1º vol., 2ª ed. SP : Saraiva, 1988, n°s 26-33, pp. 266-270).

⁴⁹² “Art. 2378 Procedimento d’impugnazione. (1) L’impugnazione è proposta con atto di citazione davanti al tribunale del luogo dove la società ha sede. (2) Il socio o i soci oppositori devono dimostrarsi possessori al tempo dell’impugnazione del numero delle azioni previsto dal terzo comma dell’articolo 2377. Fermo restando quanto disposto dall’articolo 111 del codice di procedura civile, qualora nel corso del processo venga meno a seguito di trasferimenti per atto tra vivi il richiesto numero delle azioni, il giudice, previa se del caso revoca del provvedimento di sospensione dell’esecuzione della deliberazione, non può pronunciare l’annullamento e provvede sul risarcimento dell’eventuale danno, ove richiesto. (3) Con ricorso depositato contestualmente al deposito, anche in copia, della citazione, l’impugnante può chiedere la sospensione dell’esecuzione della deliberazione. In caso di eccezionale e motivata urgenza, il presidente del tribunale, omessa la convocazione della società convenuta, provvede sull’istanza con decreto motivato, che deve altresì contenere la designazione del giudice per la trattazione della causa di merito e la fissazione, davanti al giudice designato, entro quindici giorni, dell’udienza per la conferma, modifica o revoca dei provvedimenti emanati con il decreto, nonché la fissazione del termine per la notificazione alla controparte del ricorso e del decreto. (4) Il giudice designato per la trattazione della causa di merito, sentiti gli amministratori e sindaci, provvede valutando comparativamente il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dalla esecuzione e quello che subirebbe la società dalla sospensione dell’esecuzione della deliberazione; può disporre in ogni momento che i soci oppositori prestino idonea garanzia per l’eventuale risarcimento dei danni. All’udienza, il giudice, ove lo ritenga utile, esperisce il tentativo di conciliazione eventualmente suggerendo le modificazioni da apportare alla deliberazione impugnata e, ove la soluzione appaia realizzabile, rinvia adeguatamente l’udienza. (5) Tutte le impugnazioni relative alla medesima deliberazione, anche se separatamente proposte ed ivi comprese le

apenas aqueles que podem propor a ação (principal) de anulação da deliberação e que, na atualidade, para as deliberações violadoras da lei ou dos estatutos, são apenas os sócios ou grupo de sócios que representem ao menos $\frac{1}{1000}$ (um milésimo) do capital social em companhias abertas ou 5% (cinco por cento) nas demais, restando excluída a possibilidade de os estatutos reduzirem esse percentual⁴⁹³. A ação de anulação deve ser proposta em 90 (noventa) dias. Além disso, o juiz pode ordenar a prestação de caução⁴⁹⁴. De acordo com essas novas regras, a legitimação ativa foi bastante restringida⁴⁹⁵, contra a concessão de pretensão meramente indenizatória aos acionistas não-legitimados – o que tem sido bastante criticado⁴⁹⁶. Segundo Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, “o intuito da norma legal, no tocante às sociedades com ações negociadas no mercado, é claríssimo: dificultar a ação dos litigantes profissionais, que comprem uma ou duas ações antes da assembléia, para, posteriormente, propor ação anulatória e, com isso, tentar obter alguma forma de vantagem da companhia (o *headache value* da experiência norte-americana, ou o

domande proposte ai sensi del quarto comma dell'articolo 2377, devono essere istruite congiuntamente e decise con unica sentenza. Salvo quanto disposto dal quarto comma del presente articolo, la trattazione della causa di merito ha inizio trascorso il termine stabilito nel sesto comma dell'articolo 2377. (6) I dispositivi del provvedimento di sospensione e della sentenza che decide sull'impugnazione devono essere iscritti, a cura degli amministratori, nel registro delle imprese”.

⁴⁹³ Cf.: GIOVANNI ARIETA e FRANCESCO DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova : CEDAM, 2005, n° 91.2, p. 426.

⁴⁹⁴ “Sono inoltre predisposti accorgimenti al fine di evitare che impugnative pretestuose possano danneggiare la società. Il tribunale può disporre in ogni momento che i soci oppositori prestino idonea garanzia per l’eventuale risarcimento dei danni” (GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. 2: *Diritto delle società*, 6ª ed. Torino : UTET, 2008, n° 10, p. 348).

⁴⁹⁵ “Per impugnare le delibere che non sono prese in conformità della legge o dello statuto; tale diritto, como visto sopra, spetta ai soci che congiuntamente rappresentino l’uno per mille del capitale nelle società che fanno ricorso al capitale di rischio e il cinque per cento nelle altre (art. 2377, comma 3°); analoga legittimazione è prevista per promuovere l’impugnazione delle delibere dell’assemblea degli obbligazionisti (art. 2416)” (FRANCESCO GALGANO e RICCARDO GENGINI, *Il nuovo diritto societario*, 3ª ed. Milano : CEDAM, 2006, n° 9, p. 627).

⁴⁹⁶ A alternativa ressarcitória tem sido bastante criticada no direito italiano, inclusive com questionamentos acerca da constitucionalidade da regra, segundo registra GIAN FRANCO CAMPOBASSO: “Novità fortemente criticada in dottrina, soprattutto perché impone l’esercizio dell’azione risarcitoria nei medesimi brevissimi termini previsti per l’impugnazione, anche se il danno non si è ancora manifestato: *Niccolini – Stagno d’Alcontres/LENER*, 554; LIBONATI, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 476; PISANI MASSAMORMILE, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 55; NIGRO, in *Riv. Soc.*, 2004, 881 ss. che prospetta l’inconstituzionalità della norma, per eccessiva compressione dei diritti della minoranza” (*Diritto commerciale*, vol. 2, cit., n° 10, nota 93, p. 347). A reparação pecuniária nem sempre satisfaz o interesse dos lesados e, sobretudo, por depender da prova do dano e do nexo causal, é de difícil êxito. Isto sem se aludir a que a ação deve ser proposta dentro do mesmo reduzido prazo decadencial da ação anulatória.

Lästigkeitswert – ‘valor da importunação’ – da experiência alemã)”⁴⁹⁷. As ações anulatórias são, de longa data, fonte de abuso no direito italiano⁴⁹⁸.

5.2.2.2. Direito português.

O direito português também contempla regime restritivo. A ação anulatória de deliberações assembleares tem previsão no art. 59º do CSC⁴⁹⁹ e a legitimação ativa para elas é deferida (CSC, art. 59º, 1) ao órgão de fiscalização e “a qualquer sócio que não tenha votado no sentido que fez vencimento nem, posteriormente, tenha aprovado a deliberação, expressa ou tacitamente”⁵⁰⁰. Através dessa regra, o que se pretendeu foi “prevenir o *venire contra factum proprium*”⁵⁰¹. O direito brasileiro não contém regra expressa a propósito dessa última situação, mas, socorrendo-se do princípio geral de boa-fé objetiva em sua vertente de limitação ao exercício dos direitos, parece possível, em situações específicas, chegar à mesma conclusão.

António Menezes Cordeiro sustenta que ações de anulação ou de declaração de nulidade de deliberação social devem ser qualificadas de abusivas “quando, por defrontar a confiança ou a materialidade subjacente, elas se apresentem como contrárias à boa fé. A jurisprudência tem sancionado ocorrências deste tipo. Assim: RPt 21-Dez.-1993: foi omitida, indevidamente, a exibição de determinados documentos, antes da assembléia geral; todavia, verificou-se que o sócio impugnante exercera plenamente o seu direito à

⁴⁹⁷ ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Lineamentos da reforma do direito italiano em matéria de invalidade das deliberações assembleares*, ‘in’ *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*, cit., p. 108, e na RDM 134/17. A legitimação foi restringida “al fine di evitare azioni pretestuose o di mero disturbo” (GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. 2, cit., nº 10, p. 347).

⁴⁹⁸ ALDO FERRARI afirma tratar-se de “un tipico settore nel quale può verificarsi l’abuso del diritto da parte dei soci di minoranza” (*L’abuso del diritto nelle società*, cit., pp. 150-151).

⁴⁹⁹ CSC, art. 59º, 1: “Artigo 59º. Ação de anulação. 1. A anulabilidade pode ser argüida pelo órgão de fiscalização ou por qualquer sócio que não tenha votado no sentido que fez vencimento nem posteriormente tenha aprovado a deliberação, expressa ou tacitamente (...)”. O direito português também regula a suspensão dos efeitos da deliberação, condicionando a propositura da medida ao ínfimo prazo de 10 (dez) dias: “A suspensão tem de ser requerida no prazo de 10 dias – a contar dos momentos referidos no art. 5º, n. 2 – pelo sócio, ou sócios que tiverem legitimidade para impugnar a deliberação e desde que se verifiquem os seguintes requisitos (art. 396º, nº 1, do novo CPC): a) a prova da qualidade de sócio; b) anulabilidade ou nulidade da deliberação invocada; c) demonstração do dano apreciável que a execução imediata possa causar” (ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, cit., pp. 92-93, e II vol., 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2007, nº 249, pp. 630-631).

⁵⁰⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I vol., 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2007, nº 269, p. 749.

⁵⁰¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I vol., cit., nº 269, p. 750.

informação: a sua pretensão é abusiva: contraria a materialidade subjacente. STJ 10-Mar.-1994: visando certa deliberação aprovar contribuições dos sócios, não como sócios, mas como terceiros, de tal modo que só ficam a ela vinculados os que aceitaram, é abusivo o pedido de sua anulação: de novo, contraria a sua materialidade subjacente. Esta dimensão é importante. As sociedades tornam-se facilmente vítimas de *raiders* que impugnam, sem fundamento, as mais diversas deliberações sociais”⁵⁰². Analogamente, J. M. Coutinho de Abreu entende que “abusa do direito de impugnação o sócio que propõe ação anulatória, *não* ou *não tanto* para repor a legalidade ou juridicidade e satisfazer conseqüentemente interesses pessoais de que aquele direito é instrumento, mas *para* ou *sobretudo para* entravar o desenvolvimento da sociedade (contrariando o interesse social), prejudicar especialmente os outros sócios (contrariando interesses relacionados com a sociedade), ou beneficiar-se especialmente à custa da sociedade ou de sócios majoritários (contrariando o interesse social ou interesses de sócio relacionados com a sociedade)”⁵⁰³. O sancionamento das ações abusivas dá-se normalmente pela condenação do litigante de má-fé ao pagamento de multa e indenização⁵⁰⁴.

5.2.2.2.3. Direito suíço.

Não diversamente, no direito suíço as ações anulatórias também são fonte de abuso⁵⁰⁵. Embora a legitimação ativa seja ampla (OR, art. 706⁵⁰⁶), porquanto reconhecida a

⁵⁰² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I vol., cit., n° 273, p. 753

⁵⁰³ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Abusos de minoria*, ‘in’ *Problemas do direito das sociedades* (obra coletiva), Coimbra : Almedina, 2002, p. 66.

⁵⁰⁴ Cf.: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I vol., cit., n° 273, p. 753 – ou seja, “além das situações de abuso, podemos ainda computar as hipóteses de condenação do seu autor como litigante de má-fé e de ele incorrer em responsabilidade civil por *culpa in petendo*”.

⁵⁰⁵ Cf.: HEINRICH HONSELL, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Zivilgesetzbuch I (art. 1-456 ZGB)* (obra coletiva) – coords. Heinrich Honsell, Nadim Peter Vogt e Thomas Geiser, 2ª ed. Helbing & Lichtenhahn : Basel, Genf, München, 2002, art. 2º, n° 57, p. 51; e DIETER DUBS e ROLAND TRUFFER, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht II (art. 530-1186 OR)* (obra coletiva) – coords. Heinrich Honsell, Nadim Peter Vogt e Rolf Watter, 2ª ed. Helbing & Lichtenhahn : Basel, Genf, München, 2002, art. 706, n° 1a, p. 819 – com o registro de que “ações anulatórias podem ser propostas de forma desvirtuadora do direito, assim sendo designadas a colidente com a sua normal finalidade, a inútil e a formulada de má-fé” (“Anfechtungsklagen können rechtsmissbräuchlich erhoben werden; missbräuchlich sind namentlich die zweckwidrige, die nutzlose und die schikanöse Klageerhebung”).

⁵⁰⁶ OR, art. 706: “Art. 706. Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen. Legitimation und Gründe. 1. Der Verwaltungsrat und jeder Aktionär können Beschlüsse des Generalversammlung, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, beim Richter mit Klage gegen die Gesellschaft anfechten. 2. Anfechtbar sind insbesondere Beschlüsse, die (1) unter Verletzung von Gesetz oder Statuten Rechte von Aktionäre entziehen oder beschränken; (2) in unsachlicher Weise Rechte von Aktionären entziehen oder beschränken; (3) eine durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre bewirken; (4) die Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft ohne Zustimmung sämtlicher Aktionäre aufheben. (5).

qualquer acionista, entende-se que não pode pretender impugnar a deliberação, salvo vício de consentimento, aquele que votou a seu favor: a conduta, em tal caso, seria contrária à boa-fé objetiva⁵⁰⁷.

5.2.2.2.4. Direito alemão.

Também no direito alemão, a legitimação para a propositura de demanda anulatória de deliberações assembleares é ampla, mas exige-se a titularidade de ação (título) anterior à convocação do conclave⁵⁰⁸. Ainda assim, o direito alemão conhece o fenômeno do abuso do direito de invalidação (*Mißbrauch des Anfechtungsrechts*)⁵⁰⁹. Todavia, segundo explicam Thomas Raiser e Rüdiger Veil, “existe, para tanto, um alto obstáculo. O acionista-autor não precisa, por princípio, demonstrar um interesse próprio protegido na ação, porquanto o poder de propor ação anulatória é um direito de sócio posto no interesse próprio. Também não pode a ação apenas ser recusada como abusiva, porque ele só detém uma ação ou porque a sociedade sofrerá um dano elevado em razão da anulação da deliberação. A objeção de abuso do direito, no entanto, pode levar a manter dentro de limites os litigantes profissionais e os criadores de caso, assim como aqueles acionistas que do direito de propor ação anulatória fazem uso de forma extorsiva para vender o seu direito

Das Urteil, das einen Beschluss der Generalversammlung aufhebt, wirkt für und gegen alle Aktionäre” (ou seja: “OR, art. 706. Anulação de deliberações assembleares. Legitimação e Motivos. 1. O conselho de administração e cada acionista têm o direito de propor judicialmente contra a sociedade ação para a anulação de decisões da Assembléia Geral. 2. São anuláveis particularmente as deliberações que (1) suprimirem ou limitarem os direitos dos acionistas, com violação da lei ou do estatuto; (2) de uma maneira não condizente suprimirem ou limitarem os direitos dos acionistas; (3) causem para os acionistas um tratamento desigual ou prejuízo não justificado ante o fim da sociedade; (4) suprimirem a finalidade lucrativa da sociedade sem o consentimento de todos os acionistas. (5) A sentença que anular a deliberação da Assembléia Geral produz efeitos em favor e contra todos os acionistas”).

⁵⁰⁷ Cf.: DIETER DUBS e ROLAND TRUFFER, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht II (art. 530-1186 OR)* (obra coletiva), cit., art. 706, nº 6, p. 821: “Eine Anfechtung im Falle der Zustimmung verstösst demgemäss schlechthin gegen Treu und Glauben (BGE 74 II 41, 43; 99 II 57)” (ou seja, “uma posterior impugnação, em caso de aquiescência, infringe, portanto, pura e simplesmente, o primado da lealdade”).

⁵⁰⁸ Cf.: THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 4ª ed. München : Verlag Franz Vahlen, 2006, § 16, nº 138, p. 264: “Conforme o direito vigente basta a posse de uma só ação (...); ademais, o acionista precisa já ter adquirido a ação, antes da divulgação da ordem do dia” (“Nach geltendem Recht genügt dazu der Besitz einer einzigen Aktie (...); der Aktionär muss die Aktien außerdem schon vor der Bekanntmachung der Tagesordnung erworben haben”). O prazo para propor a ação é de um mês (AktG § 246).

⁵⁰⁹ Cf.: TIMM, *Mißbräuchliches Aktionärsverhalten* (1990); DIEKGRÄF, *Sonderzahlungen an opponierende Kleinaktionäre* (1990); MERTENS, *Der Aktionär als Wahrer des Rechts?*, AG 1990, 49 e ss.; ZÖLLNER, *Kontrollrechte des einzelnen Aktionärs: Beschränkung, Erweiterung und Mißbrauchsbekämpfung*, ZGR-Sonderheft 12 (1994), pp. 147 e ss.; FRIEDRICH KÜBLER, *Derecho de sociedades* – trad. Michèle Klein, 5ª ed. Madrid : Fundación Cultural del Notariado, 2001, p. 345; THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 12, nº 49, p. 112, e § 16, nº 182, p. 279; e UWE HÜFFER, *Aktiengesetz*, cit., § 245, nºs 22-27, pp. 1.149-1.152 – com diversas outras indicações doutrinárias.

de ação. Assim, já afirmou o Tribunal do Reich um abuso do direito quando o acionista exerce o direito de anulação para, ‘de forma egoísta, impor a sua vontade de forma extorsiva à sociedade, ou seja, para fins alheios à sociedade’ (RGZ, 146, 385, 395). Os fatos devem ser sempre examinados de caso em caso, observado caber à sociedade o ônus da fundamentar e provar. Se um pequeno acionista desde logo revelar que contra o pagamento de uma quantia assaz elevada renunciará à ação ou dela desistirá, será de regra de se confirmar o abuso, especialmente se foi pouco antes da manobra apenas que adquiriu a ação. Mas o abuso não se cinge a este caso. Assim é que, por exemplo, há abuso do direito quando um não acionista induz um acionista a propor a ação contra o compromisso de cuidar da causa e responder pelos custos (OLG Stuttgart ZIP 2001, 50, 652). Também o advogado que participar de abusiva ação anulatória poderá ficar obrigado à reparação indenizatória (BGH AG 1992, 317)⁵¹⁰. A propositura de medida judicial para forçar a compra das ações do autor ou impingir a realização de atos contrários ao interesse social, sem dúvida, viola o dever societário de lealdade⁵¹¹.

5.2.2.2.5. Direito brasileiro.

Diversamente do que ocorre noutros países, porém, o legislador brasileiro é, em matéria de invalidades, generoso e receptivo às iniciativas dos sócios.

⁵¹⁰ THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 16, n.ºs 180-182, pp. 278-279: “Allerdings besteht dafür eine hohe Schwelle. Der klagende Aktionär braucht grundsätzlich kein eigenes Rechtsschutzinteresse an der Klage darzulegen, denn die Anfechtungsbefugnis ist ein eigennütziges Mitgliedschaftsrecht. Auch kann die Klage nicht allein deshalb als rechtsmissbräuchlich abgewiesen werden, weil er nur eine Aktie besitzt oder weil die Gesellschaft infolge der Anfechtung des Beschlusses einen hohen Schaden erleidet. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs kann jedoch dazu führen, Berufsoponenten und Querulanten sowie solche Aktionäre in Schranken zu halten, die von dem Anfechtungsrecht erpresserischen Gebrauch machen, um sich die Klage abkaufen zu lassen. So hat schon das Reichsgericht einen Rechtsmissbrauch bejaht, wenn der Aktionär des Anfechtungsrecht zu dem Zweck ausübt ‘um selbstsüchtig der Gesellschaft seinen Willen erpresserisch aufzuzwingen, also zu gesellschaftsfremden Zwecken’ (RGZ, 146, 385, 395). Der Tatbestand muss jeweils in Einzelfall geprüft werden, wobei der Gesellschaft die Darlegungs- und Beweislast obliegt. Gibt eine Kleinaktionär von vornherein zu erkennen, dass er gegen Zahlung eines weit überhöhten Betrages auf die Klage verzichten oder sie zurücknehmen wird, so wird man in der Regel den Missbrauch zu bejahen haben, zumal, wenn er die Aktie erst kurz vor dem Manöver erworben hat. Doch ist der Missbrauch nicht auf diesen Fall beschränkt. So spricht beispielweise auch für eine Rechtsmissbräuchlichkeit, wenn ein Nichtaktionär einen Aktionär zu Klageerhebung veranlasst mit der Zusage, das Verfahren für diesen zu betreiben und für die Kosten aufzukommen (OLG Stuttgart ZIP 2001, 650, 652). Auch ein Rechtsanwalt, der an einer missbräuchlichen Anfechtungsklage mitwirkt, kann sich schadenersatzpflichtig machen (BGH AG 1992, 317)”.

⁵¹¹ Cf.: FRIEDRICH KÜBLER, *Derecho de sociedades*, cit., p. 346; THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 12, n.º 49, p. 112; e JOACHIM MEYER-LANDRUT, *Der ‘Mißbrauch’ aktienrechtlicher Minderheits- oder Individualrechte insbesondere des Auskunftsrechts*, ‘in’ *Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag am 5 Juni 1973* – coords. Robert Fischer e Wolfgang Hefermehl, Berlin, NY : Walter de Gruyter, 1973, p. 236; dentre outros.

Em primeiro lugar, os prazos decadenciais fixados em nossas leis societárias são, conforme anota Erasmo Valladão A. e N. França, excessivamente longos (CC, arts. 48, par. ún, 178 e 179; e LSA, art. 286), conspirando contra a estabilidade das deliberações societárias e das relações entre os sócios⁵¹².

Em segundo lugar, a legitimação ativa para tais demandas é ampla: (1º) não há limitações quantitativas: no passado, chegou-se a discutir se seria exigível participação qualificada, mas nos tribunais prevaleceu a interpretação segundo a qual, pouco importando o número de ações ou quotas, o sócio pode ir a juízo exercer o direito de ação⁵¹³; (2º) não há limitações qualitativas: o sócio, qualquer que seja o seu título, tem assegurado o direito de velar pela legalidade dos atos coletivos e propor as ações cabíveis, pois, entre nós, o direito de impugnar as deliberações assembleares não está conectado ao direito de voto⁵¹⁴ e a sua gênese em direitos essenciais impede a criação de empecilhos estatutários (LSA, art. 109, § 2º). Mas, evidentemente, há de se distinguir se se trata de anulabilidade ou nulidade⁵¹⁵: pode impugnar as deliberações anuláveis não apenas o sócio dissidente, mas igualmente o abstinente e o ausente⁵¹⁶, sendo que parcela da doutrina entende, a nosso ver

⁵¹² Vide: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Invalidades das deliberações de assembléia das S/A*, cit., nº 16, nota 7, pp. 69-70, e *Apontamentos sobre a invalidade das deliberações conexas das companhias*, 'in' *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*, cit., nota 3, p. 101.

⁵¹³ Cf.: "O acionista minoritário de sociedade anônima conta com legítimo interesse de ordem jurídica na regularização dos atos societários, especialmente no campo do controle das atividades dos administradores da companhia. Daí sua legitimidade *ad causam* para pleitear a anulação de assembléia geral por vícios nas deliberações" (TJSP, Ap. 85.120-1, 5ª CC., Rel. Des. RALPHO WALDO, v.u., j. 07.05.1987, RT 624/76 e RJTJESP 109/142). No mesmo sentido: TJSP, AI 98.810-1, 5ª CC., Rel. Des. MARCO CÉSAR, v.u., j. 19.05.1988, RJTJESP 114/257. Na doutrina, corretamente entendendo que qualquer sócio tem legitimidade: PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, tomo L, cit., § 5.332, p. 410; e MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 4º vol. – tomo II, cit., pp. 468-469.

⁵¹⁴ Cf.: EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, vol. II, SP : José Bushatsky, 1979, p. 821; J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Manual das sociedades por ações*, 3ª ed. RJ : Freitas Bastos, 1974, nº 232, p. 145; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 4º vol. – tomo II, cit., p. 466; e PRISCILA CORRÊA DA FONSECA, *Suspensão de deliberações sociais*, SP : Saraiva, 1986, p. 87. Na jurisprudência: "Embora a ação preferencial não dê direito a voto nas assembléias gerais, é inegável que os seus portadores, detendo sensível parcela do capital social, podem utilizar a via judicial para discutir atos que repute lesivo ao seu patrimônio, usando, inclusive, de cautelares inominadas para evitar prejuízos que entendam irreparáveis" (TJSC, AI 5.525, 3ª CC., Rel. Des. EDER GRAF, v.u., j. 22.05.1990, DJ 11.06.1990). A ressalva que o acórdão merece é a de que nem toda ação preferencial é privada de direito de voto; no silêncio dos estatutos, aliás, ela tem esse direito, que só pode ser expressamente excluído contra a outorga de vantagem (LSA, arts. 17, § 2º, e 111).

⁵¹⁵ "Sem dúvida, há deliberações nulas e outras apenas anuláveis. A distinção influi sobre a maior ou menor amplitude do círculo de legitimados a agir. Nas deliberações nulas, a demanda se abre a todo interessado; nas anuláveis, a ação é exercível exclusivamente por área restrita de legitimados" (TJSP, Ap. 271.846, 2ª CC., Rel. Des. LAFAYETTE SALLES JÚNIOR, v.u., j. 22.08.1978, RJTJESP 53/175).

⁵¹⁶ Cf.: PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA, *Suspensão de deliberações sociais*, cit., pp. 87-94.

com algum excesso, que até os anuentes teriam essa legitimidade⁵¹⁷. Não a tem, porém, o ingressante. Contudo, quando se trata de vício absoluto (nulidade), qualquer interessado poderá suscitar-lo.

Em terceiro lugar, a invalidação também não pressupõe demonstração de prejuízo: “a prova do prejuízo não é um requisito essencial na ação anulatória”, destacava Trajano de Miranda Valverde⁵¹⁸. Pela mesma razão, a reparação do prejuízo causado pelo ato àquele que o argüi não preclui, necessariamente, o decreto de invalidade, e essa solução é consentânea com o fato de que, em muitos casos, as regras societárias buscam resguardar os interesses de terceiros não-sócios, sem se aludir aqui à potencialidade de dano que certos atos ilegais portam em si⁵¹⁹. O que, no entanto, pode obstar eventual medida judicial não é propriamente a reparação do prejuízo causado pelo ato inválido, mas a ausência de interesse processual a qualificar a iniciativa do sócio – o que, de resto, não é uma particularidade do tema ora em análise e tem respaldo na própria lei civil, expressa ao aludir ao “interessado” (CC, art. 168), mesmo em se tratando de invalidade absoluta⁵²⁰.

O direito societário brasileiro, como se vê, não traz específicas restrições ou limitações ao exercício das pretensões invalidantes, e não cabe ao juiz ou ao intérprete criá-las. Existem, porém, amplas possibilidades de sanação dos vícios dos atos societários⁵²¹.

⁵¹⁷ Cf. (legitimação ativa do anuente): PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA, *Suspensão de deliberações sociais*, cit., nº 1.2, pp. 87-88 (argumentando que, se a lei prevê a responsabilidade por voto abusivo não se poderia negar legitimação “ao sócio que contribuiu para a concretização de determinada deliberação e que, posteriormente, se convença de sua ilegalidade ou mesmo da sua inconveniência”). Em sentido diverso, e com razão (restringindo a legitimação nos casos em que o sócio pretender cumulativamente a invalidação do seu voto por vício de consentimento): ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Invalidades das deliberações de assembléia das S/A*, cit., nº 20.1.4, p. 122; e JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades limitadas*, cit., p. 94.

⁵¹⁸ TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, vol. III, cit., nº 834, p. 113 – acrescentando que “nada impede, entretanto, que, alegado e provado o prejuízo que a deliberação causa ao autor, no mesmo processo seja também pedido o ressarcimento do dano” (*op. et loc. cit.*).

⁵¹⁹ É oportuno lembrar a advertência de FÁBIO KONDER COMPARATO: “sendo as normas de direito societário editadas para a proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, os atos de fraude à lei trazem sempre consigo a potencialidade de dano” (*O poder de controle na sociedade anônima*, cit., nº 118, p. 305).

⁵²⁰ Ao tempo em que reconhecia a possibilidade de o próprio causador invocar a nulidade do ato, PONTES DE MIRANDA lembrava que “o poder ser argüida pelo próprio causador o nulo a nulidade não dispensa que se lhe inquiria do interesse. Se não há interesse na decretação (...), excluído está o causador do nulo; porém, como outrem qualquer estaria” (*Tratado de direito privado*, tomo IV, cit., § 410, 2, p. 210).

⁵²¹ Em direito comparado, vide: AktG § 276; CC it., art. 2377, 4; CC fr., arts. 1844-11 a 1844-13, e CCom fr., arts. L. 235-3 e L. 235-4; e CSC, art. 62.

A regra do art. 285, par. ún., da Lei das S/A – segundo a qual “ainda depois de proposta a ação, é lícito à companhia, por deliberação da assembléia geral, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito”⁵²² – constitui explicitação da regra do sistema geral de invalidades (CC, art. 172) e, portanto, aplica-se não só à ação para anular a deliberação de constituição da companhia, para a qual foi prevista, mas, por maior razão, a todas as demais deliberações realizadas após a constituição da sociedade⁵²³. Embora no sistema societário do Código Civil essa mesma regra não esteja expressa⁵²⁴, entende-se que ela é também aplicável⁵²⁵, até porque o princípio de sanação encontra-se dentre as regras gerais de invalidade do negócio jurídico (CC, art. 172).

Destarte, as deliberações societárias anuláveis poderão ser ratificadas (*rectius*: confirmadas)⁵²⁶, de regra através de nova deliberação, inclusive na pendência de

⁵²² A nossa lei acionária anterior (DL. nº 2.627/1940) já continha regra idêntica: “Art. 155. A ação para anular a constituição de sociedade anônima ou companhia, por vícios ou defeitos verificados naquele ato, prescreve em um ano, a contar da publicação de seus atos constitutivos. Parágrafo único. Ainda depois de proposta a ação é lícito à sociedade, por deliberação da assembléia geral extraordinária, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito”.

⁵²³ Sobre o ponto, confira-se a lição de ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, com ampla citação de doutrina e jurisprudência favoráveis (*Invalidades das deliberações de assembléia das S/A*, cit., nº 16, nota 15, pp. 75-76). Ainda no mesmo sentido: TULLIO ASCARELLI, *Os vícios de constituição das sociedades anônimas e prescrição*, ‘in’ *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. SP : Saraiva, 1945, pp. 379-393; LUIZ ALBERTO COLONNA ROSMAN e BERNARDO ALVARENGA DE BULHÕES-ARIEIRA, *Direito das companhias* (obra coletiva) – coords. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, vol. II, RJ : Forense, 2009, pp. 2.095-2.096; RICARDO TEPEDINO, *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. I, cit., p. 988; e WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. III, cit., p. 1.192. Nos tribunais: “Ao ratificarem aquelas deliberações, os acionistas, já agora em forma e por maioria regulares, sanaram os defeitos formais que inquinaram as assembléias questionadas. Não importa que a ratificação tenha sido feita posteriormente à propositura da ação para anulá-los. Cabe, no caso, aplicação analógica, ou por extensão, do art. 285, par. ún., da Lei das S/A, porque se esta lei admite que ainda depois de proposta a ação para anular a constituição da companhia, por vício ou defeito, possa a assembléia geral saná-los, revalidando assim o próprio ato constitutivo da sociedade, não há razão para deixar-se de aplicar o mesmo princípio, quando se trata de ratificar ou revalidar atos posteriores relacionados com as atividades ou o funcionamento da empresa (...). O fato superveniente ao ajuizamento da ação deve ser considerado, tal como o foi na decisão recorrida, *ex vi* do art. 462 do CPC” (TJRJ, Ap. 9.811, 1ª CC., Rel. Des. MARCELO SANTIAGO COSTA, v.u., j. 04.12.1979, RJTJRJ 47/192 e RT 549/204). Ainda sobre o tema, vide: STJ, REsp 10.836-SP, 3ª Turma, Rel. Min. CLÁUDIO SANTOS, v.u., j. 04.02.1992, DJE 23.03.1992, RT 684/188.

⁵²⁴ Em tramitação no Congresso Nacional existe Projeto de Lei (PL nº 7.160/2002) que pretende incorporar a regra de sanação de invalidades no par. ún. do art. 45 do Código Civil, com a seguinte nova redação: “Parágrafo único. Decai em um ano o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da data da sua inscrição no registro. Ainda depois de proposta a ação, é lícito à pessoa jurídica providenciar para que seja sanado o vício ou defeito”.

⁵²⁵ Cf.: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, SP : Saraiva, 2003, p. 344.

⁵²⁶ O legislador por vezes utiliza a expressão “ratificação” como sinônima de confirmação, mas, na realidade, a confirmação constitui meio próprio para sanação do ato anulável, enquanto a ratificação se refere à integração de ato incompleto (vide: MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Teoria do fato jurídico – plano da validade*, cit., § 71, p. 241). A confirmação é, como observa HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “um novo negócio jurídico (uma declaração voltada para um efeito jurídico desejado pelo declarante). É, porém, um negócio unilateral, pois sua eficácia não depende de aceitação do destinatário” (*Comentários ao novo Código Civil*, vol. III – tomo I, 2ª ed. RJ : Forense, 2003, nº 229, p. 566).

eventual ação anulatória, hipótese em que o processo em curso deverá ser extinto sem julgamento do mérito, por efeito de fato superveniente (CPC, art. 462), e os ônus financeiros do processo deverão ser distribuídos em consonância com o princípio informador da causalidade (CPC, art. 20)⁵²⁷.

Diversamente, os atos societários nulos não são passíveis de confirmação⁵²⁸ e, de regra, também não se convalidam com o decurso do tempo⁵²⁹. A nulidade é insanável (CC, art. 169), mas, ainda assim, é possível, em certas hipóteses, repetir ou renovar o ato eliminando-se a causa da nulidade⁵³⁰. A *renovação da deliberação*, conforme explica António Pereira de Almeida, “consiste na substituição de uma deliberação inválida por uma nova deliberação, que não esteja afetada pelo vício da anterior, e que venha a absorver o seu conteúdo e a tomar o seu lugar: distingue-se da confirmação, porque não se trata de ratificar a anterior deliberação, mas de substituí-la por nova deliberação não viciada”⁵³¹. De regra, e diferentemente da confirmação, o ato de renovação não tem efeito retroativo, mas nada impede que, respeitados os direitos de terceiros, as partes estabeleçam que o novo negócio é considerado como produzindo efeitos desde a data do negócio nulo anterior⁵³². Fica claro assim, como explica António Menezes Cordeiro, “que não se trata de uma convalidação ou de uma sanção da primeira deliberação: antes ocorre uma segunda e própria deliberação, que visa produzir os mesmos efeitos jurídicos da anterior, mas agora sem a pendência da invalidação”⁵³³. Essa providência pode ser importantíssima para, no nascedouro, eliminar questionamentos e, com isso, evitar as graves conseqüências da ulterior invalidação dos atos societários. Também aqui a renovação pode sobrevir no curso

(527) “Pelo princípio da causalidade”, explicam NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, “aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Isto porque, às vezes, o princípio da sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo” (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 7ª ed. SP : RT, 2003, nota 20-7, p. 380).

⁵²⁸ Cf.: ZENO VELOSO, *Invalidez do negócio jurídico*, 2ª ed. BH : Del Rey, 2005, nº 30, p. 160.

⁵²⁹ Em princípio, “o ato jurídico nulo não se convalida porque a nulidade é imprescritível” (MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Teoria do fato jurídico – plano da validade*, cit., § 70, p. 235). Mas há exceções à regra. Por exemplo, as deliberações colegiadas de administração estão sujeitas a prazo decadencial de 3 (três) anos, mesmo nos casos de simulação (CC, art. 48, par. ún.), não obstante esse vício seja, no regime atual, causa de nulidade do negócio jurídico (CC, art. 167).

⁵³⁰ Cf.: HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. III – tomo I, cit., nº 209, p. 526; MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Teoria do fato jurídico – plano da validade*, cit., § 71, p. 239; e ZENO VELOSO, *Invalidez do negócio jurídico*, cit., nº 30, p. 165.

⁵³¹ ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, cit., p. 93.

⁵³² Cf.: HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. III – tomo I, cit., nº 209, p. 527; e ZENO VELOSO, *Invalidez do negócio jurídico*, cit., nº 30, p. 165.

⁵³³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I vol., cit., nº 276, p. 762.

da ação de invalidação e, eventualmente, até implicar na extinção do processo, caso se positive a superveniente falta de interesse de agir (o que, no entanto, nem sempre ocorrerá; poderá remanescer interesse na invalidação do ato, ainda que seja para bitolar os efeitos jurídicos verificados no interregno entre o ato nulo e a repetição). Admite-se, inclusive, a renovação *ad cautelam* do ato⁵³⁴.

5.2.2.3. Ações de dissolução de sociedade.

A dissolução da sociedade, enquanto ato que conduz à eventual fase de liquidação e, por fim, à própria extinção da sociedade (CC, art. 51, *caput* e § 3º), pode, por mais paradoxal que isso soe, decorrer de *deliberação assemblear abusiva*. Mas, até mesmo pelo quórum de deliberação exigido para esse tipo de deliberação social (des)estruturante (CC, arts. 1.033, II e III, 1.071, V, e 1.076, I; e LSA, art. 136, X), a dissolução assemblear abusiva só poderá resultar de iniciativa da maioria, do controlador, e não da minoria.

No rol exemplificativo de modalidades de exercício abusivo do poder de controle, arrola-se na lei acionária 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 (LSA, art. 117, § 1º, *b*)⁵³⁵. Comentando a hipótese, Carlos Klein Zanini bem destaca que “apesar de a lei não exigir da deliberação assemblear favorável à dissolução nenhuma fundamentação, pode-se cogitar acerca de uma utilização abusiva dessa faculdade, principalmente quando tendo por objeto empresa eminentemente próspera e promovida em benefício dos sócios controladores. A prosperidade da sociedade é, neste caso, indício da abusividade, a qual pode ser desvelada, inclusive, tardiamente, confirmando-se apenas na fase de liquidação”⁵³⁶. Acrescenta ainda o comercialista gaúcho que “basicamente são três as situações em que costuma ocorrer a dissolução voluntária abusiva, como registra Marco Cassotana: quando a dissolução favorece a sociedade concorrente na qual os acionistas

⁵³⁴ Cf.: ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I vol., cit., nº 276, p 761 – o qual explica que a renovação da deliberação “poderá operar *ad cautelam*: afirmada a presença de certo vício e independentemente de se aceitar tal asserção, poder-se-ia retomar a deliberação sem o ponto questionado”.

⁵³⁵ Sobre tal modalidade de abuso de controle, vide: MAURO RODRIGUES PENTEADO, *Dissolução e liquidação de sociedades*, Brasília : Brasília Jurídica, 1995, nº 69, pp. 169-176.

⁵³⁶ CARLOS KLEIN ZANINI, *A dissolução judicial da sociedade anônima*, RJ : Forense, 2005, nº 3.4.1, p. 52.

controladores tenham interesse predominante; quando os controladores têm interesse em se beneficiar na repartição dos ativos remanescentes da companhia durante a fase de liquidação; e quando a dissolução encobre uma manobra destinada a afastar sócios minoritários indesejáveis, retomando os controladores (através de outra sociedade), a exploração da atividade objeto da companhia dissolvida”⁵³⁷. Caracterizado o eventual abuso de controle, cabíveis se afiguram em tese a invalidação da deliberação viciada e responsabilização do controlador⁵³⁸.

Na realidade, a hipótese mais factível de a dissolução total extrajudicial resultar de ato imputável à minoria é aquela em que, findo o prazo determinado de duração da sociedade regulada pelo Código Civil, haja oposição tempestiva de sócio⁵³⁹ à sua prorrogação por tempo indeterminado⁵⁴⁰, situação em que, a princípio, se opera a

⁵³⁷ CARLOS KLEIN ZANINI, *op. cit.*, n° 3.4.1, pp. 52-53. Reportando-se ao direito norte-americano, cita ainda as oportunas lições de F. HODGE O’NEAL (*O’Neals oppression of minority shareholders*, Deerfield : Clark, Boardman & Callaghan, 1985, p. 124), *in verbis*: “Minority shareholders sometimes have complained that voluntary dissolution was being used to squeeze them out of an enterprise, particularly where in the winding up process the corporation’s assets were being sold to a new enterprise owned by the majority shareholders at what appeared to be a bargain price. Courts have held that majority shareholders’ use of dissolution proceedings to accomplish that result constitutes a breach of the fiduciary duty majority shareholders owe the minority”. Acrescenta ainda ZANINI que, a partir dessa constatação, “desenvolveram-se no direito norte-americano, notadamente a partir do ‘leading case’ *In re Security Finance Company*, parâmetros para aferir a legitimidade da dissolução voluntária, exigindo-se dos controladores que a deliberação pela dissolução tenha sido tomada de boa-fé e não no intuito de prejudicar os sócios minoritários” (*op. cit.*, pp. 53-54). No entanto, mais adiante, conclui que a real intenção abusiva do controlador “difícilmente é aparente, sendo igualmente remota a possibilidade de evidenciá-la anteriormente à produção dos efeitos próprios do ingresso da sociedade no estado de liquidação” (*op. cit.*, p. 56).

⁵³⁸ Cf.: FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JÚNIOR, *Dissolução de sociedades anônimas*, ‘in’ *Direito societário: gestão e controle* – coords. Maria Eugênia Reis Finkelstein e José Marcelo Martins Proença, SP : Saraiva, 2008, n° 5.3.3, p. 165.

⁵³⁹ Duas são as questões envolvidas. A primeira é saber se é eficaz a oposição de qualquer sócio e, a segunda, qual é o prazo para a sua manifestação. Quanto à primeira dúvida, a letra da lei parece mais não exigir do que a oposição de qualquer sócio. Quanto à segunda, entende FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JÚNIOR que tempestiva manifestação é “assim considerada aquela ocorrida antes do decurso do prazo” (*Dissolução de sociedades anônimas*, cit., n° 5.3.1, p. 162). Na realidade, “a ausência de oposição de sócio, a que alude a lei, não exige o cumprimento de qualquer ato; em outras palavras, nenhum sócio será obrigado a enviar carta à sociedade, declarando expressamente que não se opõe: é suficiente que ele fique, pelo tempo mínimo necessário, em posição de inércia” (ROMANO CRISTIANO, *Sociedades limitadas*, SP : Malheiros, 2008, p. 400).

⁵⁴⁰ “Prazo” é o lapso de tempo que se verifica entre dois termos, o termo inicial (*dies a quo*) e o termo final (*dies ad quem*). Encerra autêntica *contradictio in terminis* a expressão “prazo indeterminado”, não obstante o seu largo emprego na praxe jurídica, o que é condenável, e em diversas leis (LI, arts. 6º, 40, V, 46, § 1º, 47, 57 e 78), inclusive societárias (CC, arts. 1.029 e 1.033, III; e LSA, art. 144, par. ún.), o que é ainda mais lamentável. Curiosamente, muitas das leis que adotam a expressão errônea, usam a correta noutros de seus artigos (CC, arts. 720 e 1.033, I; e LI, arts. 50 e 77). O correto é sempre falar em “tempo indeterminado”, precisamente porque não há mais prazo. Sobre esta e outras precisões terminológicas, vale conferir as sempre precisas lições de ALCIDES TOMASETTI JR. (*Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos* – coord. Juarez de Oliveira, SP : Saraiva, 1992, pp. 66-67).

dissolução total (CC, art. 1.033, I)⁵⁴¹⁻⁵⁴². Evidente, porém, que o só fato de a oposição à prorrogação resultar de ato da minoria, a qual estaria em princípio exercendo um poder conferido pela lei, não é suficiente para considerá-la abusiva. Abusiva apenas será na hipótese em que se configurarem os pressupostos antes estudados e que, no particular, não divergem daqueles usados para tinar a conduta da maioria⁵⁴³. Em todo caso, porém, a doutrina tem se inclinado pela aplicação do instituto da dissolução parcial, adiante referida (no subitem 5.2.2.3.2), que continua a ter incidência residual na hipótese em análise e noutras em que a dissolução total não for impositiva, permitindo assim que, em nome da preservação da empresa, a atividade continue sendo explorada pela sociedade, que prossegue com os remanescentes⁵⁴⁴. Conquanto a justificativa a partir da preservação da empresa possa ser discutida⁵⁴⁵, a solução, que não deve ser *a priori* descartada, também não há de ser acolhida sem uma análise concreta da situação, porquanto, não raras vezes, a dissolução total tem alguma específica explicação e sua própria previsão foi condição essencial prévia à constituição da sociedade, sem que se justifique, então, a manutenção da sociedade em prejuízo do que fora acertado (lembre-se, como simples exemplo, as

⁵⁴¹ O art. 1.033, I, do CC – aplicável à sociedade simples e, subsidiariamente, aos demais tipos societários regulados no Código Civil, inclusive à limitada (CC, arts. 1.044 e 1.087) – não especifica claramente se a oposição de um só sócio impede a prorrogação *ope legis* da relação societária. A princípio, poder-se-ia imaginar que só teria esse efeito a oposição manifestada por aquela minoria suficiente a impedir a alteração de contrato social, ou seja, um só sócio no caso da sociedade simples (CC, art. 999), ou três quartos do capital na sociedade limitada (CC, art. 1.076, I). O problema em entender que, na limitada, a oposição juridicamente eficaz é aquela de parte de minoria qualificada é a de não se dar ao sócio dissidente oportunidade de retirar-se da sociedade, pois, não havendo deliberação, não existirá espaço para o exercício do recesso (CC, art. 1.077). Daí porque, de outra forma, poder-se-ia entender como válida e eficaz a só oposição de um sócio, em face da qual os demais estariam legitimados a alterar o contrato social, mudando o tempo de vigência da sociedade e abrindo assim a oportunidade para o recesso do dissidente.

⁵⁴² Não havendo oposição, a sociedade prorroga-se por tempo indeterminado (estando revogado, portanto, o art. 35, IV, da Lei nº 8.934/1994), sem incorrer em nenhuma irregularidade e sujeita ao mesmo regime jurídico do seu tipo societário. É errado imaginar que, nesse caso, a sociedade estaria em situação irregular e, portanto, sujeita às regras da sociedade em comum.

⁵⁴³ Assim, por exemplo, o emprego da dissolução para tentar evitar a propositura de ação pela liquidanda, para se ver livre de um contrato (cf.: MAURO RODRIGUES PENTEADO, *Dissolução e liquidação de sociedades*, cit., nº 69, p. 173).

⁵⁴⁴ Aqui podem ser lembrados os casos de dissolução total por oposição à prorrogação da sociedade por tempo indeterminado (CC, art. 1.033, I), permitindo-se a saída do opoente e facultando o prosseguimento da sociedade pelos remanescentes (vide: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Lições de direito societário*, vl. I, cit., nº 139, pp. 323-324; e PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA e RACHEL SZTAJN, *Código Civil comentado*, vol. XI, SP : Atlas, 2008, p. 363-364).

⁵⁴⁵ É o que bem observa FRIEDRICH KÜBLER: “Ahora bien, esta argumentación es cuestionable, puesto que la liquidación no significa necesariamente el fraccionamento o descomposición de la empresa en sus partes componentes, sino que puede venderse, por ejemplo, como organización intacta, a un tercero. Si no se produce tal transmisión, hay que suponer que el mercado otorga mayor valor a la suma de los bienes individuales de la empresa desintegrada que a la empresa como unidad. En este caso, lo más razonable, desde el punto de vista económico, es la reasignación óptima de los diferentes medios de producción (inmuebles, maquinaria, personal, capital etc.) en los mercados correspondientes” (*Derecho de sociedades*, cit., pp. 159-160).

sociedades de propósito específico e as sociedades constituídas para participação em licitação e exploração de certa concessão). Mais abaixo, retornar-se-á ao tema, pois o que interessa, nesta altura, é tratar da dissolução judicial da sociedade.

5.2.2.3.1. Dissolução total de sociedade.

Restritas e excepcionais que são as possibilidades de a minoria lograr obter a dissolução total da sociedade por ato extrajudicial – deliberação ou oposição à prorrogação do tempo de duração da sociedade –, remanesce, como instrumento hábil a chegar a tal fim, apenas a ação de dissolução total. Que poderá ter, como causas de pedir, dentre outras⁵⁴⁶, a anulação da constituição da sociedade, o exaurimento do fim social ou a sua inexecutabilidade⁵⁴⁷, e outras causas previstas no contrato social ou nos estatutos, a serem verificadas judicialmente quando contestadas (CC, arts. 1.034 e 1.035; e LSA, art. 206, II, *a e b*)⁵⁴⁸.

Em todo caso, a só propositura de ação de dissolução total é potencialmente apta a causar embaraços ao normal desenvolvimento da atividade social – trazendo, por

⁵⁴⁶ Na realidade, afora as causas de dissolução judicial, todas as demais, ditas de pleno direito, podem ser debatidas em juízo, caso haja resistência por parte dos demais sócios em reconhecê-la. Segundo lembra JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, “o fato de operar-se de pleno direito não é suficiente, por si só, para excluir totalmente a necessidade de sentença, ainda que meramente declaratória, que reconheça a ocorrência do fato desconstitutivo da sociedade e declare produzidos os seus efeitos. Isto ocorrerá toda vez que divirjam os sócios quanto à existência da causa de dissolução ou quanto à eficácia da mesma” (*Litisconsórcio unitário; eficácia do reconhecimento do pedido por um só dos réus na ação de dissolução de sociedade*, RAASP 40/11). É provável que a hipótese de dissolução prevista no inc. I do art. 1.033 do CC encontre resistência por parte dos demais sócios, justificando assim a propositura de ação de dissolução para declarar o fato e impor a liquidação. Ou, ainda, quando o prazo for determinado, mas o seu termo inicial for incerto, subordinado a acontecimento futuro (cf.: SAMANTHA LOPES ALVARES, *Ação de dissolução de sociedades*, SP: Quartier Latin, 2008, nº I.3.1, p. 42).

⁵⁴⁷ No caso, o conceito de fim social compreende o escopo-meio (objeto ou atividade) e o escopo-fim da sociedade. A inexecutabilidade de qualquer um deles ou o exaurimento do escopo-meio é causa de dissolução total. Entram aí, por exemplo, as situações que inviabilizam o exercício da atividade, a impossibilidade de funcionamento dos órgãos sociais, a desinteligência grave e insuperável entre os sócios e a ausência sistemática de produção e partilha de lucros (cf.: TJSP, Ap. 129.521-1/2, Rel. Des. SILVA FERREIRA, j. 17.12.1991; RT 44/518 e 219/253; e RDM 5/58), ou a produção e partilha de resultados pífios. Sobre a dissolução por impossibilidade do fim social, recomenda-se a leitura das lições de CARLOS KLEIN ZANINI sobre o tema (*A dissolução judicial da sociedade anônima*, cit., nº 6.3.2, pp. 149-166). Também vale conferir as observações de MODESTO CARVALHOSA (*Comentários ao Código Civil*, vol. 13, cit., pp. 345-348).

⁵⁴⁸ Outra causa de dissolução total da sociedade empresária é o decreto de falência (CC, arts. 1.044). A vigente lei concursal brasileira, tal como ocorria na lei anterior (LF, art. 9º, II), reconhece legitimidade ativa ao sócio ou acionista do devedor (LRF, art. 97, III). Até pela excepcionalidade da medida e dos abalos que traz para a sociedade, parece certo que, se se tratar de pedido de falência *doloso*, o autor não apenas responderá por perdas e danos (LRF, art. 101), como, ainda, ficará sujeito à exclusão (CC, arts. 1.030 e 1.085).

exemplo, abalo de crédito ou, até, o vencimento antecipado de obrigações contratuais. Não é incomum, aliás, que esse tipo de ação seja manifestação de abuso de minoria⁵⁴⁹. O legislador pátrio não ignorou essa realidade, trazendo condicionantes para o exercício da ação. *Em primeiro lugar*, conforme acima destacado (no subitem 5.2.2.2.5), dispôs ser lícito à sociedade, ainda depois de proposta a ação, providenciar para que o vício ou defeito de constituição seja sanado, por deliberação da assembléia geral (LSA, art. 285), regra essa evidentemente aplicável apenas às situações em que a sanação seja viável e que, em sendo atendida, acarreta a extinção do processo por perda superveniente do objeto (CPC, art. 462). *Em segundo lugar*, e apenas no caso de dissolução de companhia requerida por inexecutibilidade do fim social⁵⁵⁰⁻⁵⁵¹, o legislador configurou a iniciativa judicial como direito de minoria.

Na realidade, na lei acionária anterior já se exigia participação societária mínima, assaz exagerada, de 20% (vinte por cento) do capital social (DL. nº 2.627/1940, art. 167), pretendendo, com isso, “evitar lides temerárias, promovidas por pequenos

⁵⁴⁹ Segundo confirma PHILIPPE MERLE, “c’est une arme fréquemment utilisée, comme l’abus de majorité ou l’abus de minorité, dès lors que la zizanie s’installe entre associés, spécialement dans les sociétés familiales. Elle est également invoquée lorsqu’un minoritaire qui veut quitter la société ne trouve pas d’acquéreur ou quand les majoritaires ne lui offrent pas un prix de sortie suffisamment élevé” (*Droit commercial: sociétés commerciales*, 11^a ed. Paris : Dalloz, 2007, nº 113, p. 140).

⁵⁵⁰ Em cuja previsão entendemos estarem compreendidas também a inexecutibilidade do escopo-meio (objeto ou atividade) ou do escopo-fim (finalidade), e o esgotamento do escopo-meio – inexistindo, pois, divergência de conteúdo entre o art. 206, II, *b*, da Lei das S/A e o art. 1.034, II, do Código Civil, exceção feita à questão da legitimação.

⁵⁵¹ Em França, a dissolução judicial da sociedade pode ter lugar nos casos de desinteligência entre os sócios que paralise o funcionamento da sociedade. No entanto, para que a dissolução total seja pronunciada, os tribunais exigem que a paralisia não seja apenas jurídica, mas funcional. DOMINIQUE VIDAL explica que “segundo a orientação jurisprudencial dominante, a desinteligência entre os sócios não implica a dissolução da sociedade senão quando o funcionamento da sociedade esteja efetivamente paralisado (Cass. com., 21.10.1997; *Rev. sociétés* 1998.310, nota de H. Matsopoulos; CA Paris, 29.10.1999, *Bull. Joly* 2000, p. 339). Tal é o caso em que não se consiga nomear os titulares de órgãos sociais (Cass. Com., 16.02.1970, *Bull.*, § 59; CA Paris, 09.06.1981, D. 81, IR 486), de ausência de funcionamento da assembléia geral (Cass. civ., 18.12.2001, *Bull. Joly*, 2002, p. 531) ou se a paralisia que se manifesta coloca em perigo a situação financeira da sociedade (Cass. com., 28.02.1977, *Rev. sociétés*, 1978.245, nota de GASTAUD; CA Paris, 26.05.1987, *JCP* 87 E 16959; CA Versailles, 09.11.1990, *Bull. Joly* 1991, p. 87). *A contrario*, a prosperidade da sociedade pode impedir a pronúncia de dissolução por desinteligência (Cass. com., 30.05.1961, *Bull.* III, nota 251; Cass. com., 27.04.1971, *Bull.* IV, nota 116)” (*Droit des sociétés*, cit., nº 338, p. 166). No mesmo sentido: PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, cit., nº 544, p. 325. Além disso, os tribunais têm sido reticentes em decretar a dissolução total de companhia próspera: “Le succès de l’action est cependant loin d’être garanti. Ainsi les juges répugnent à faire disparaître une société économiquement viable et sont parfois séduits par d’autres voies” (MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 20^a ed. Paris : Litec, 2007, nº 450, p. 212). Tratando-se de sociedade próspera, é provável que os juízes venham a designar um administrado provisório, antes de decretar a dissolução (cf.: PHILIPPE MERLE, *Droit commercial: sociétés commerciales*, cit., nº 113, p. 141).

acionistas, cujo objetivo real era a obtenção de vantagens ilícitas, à sombra da Justiça”⁵⁵². Na atual, a restrição continua a existir, pelas mesmas razões, mas houve diminuição do percentual, exigindo-se agora seja a ação proposta por acionista que represente 5% (cinco por cento) ou mais do capital social (LSA, art. 206, II, b)⁵⁵³. Admite-se que a ação seja proposta por vários acionistas, que assim congreguem a participação mínima⁵⁵⁴, mas a titularidade das ações deve ser efetiva, e não apenas potencial⁵⁵⁵. A doutrina discute, no entanto, se a fixação de participação mínima se justifica – uma vez que nada indica que uma minoria mais ou menos significativa será ou não mais leal – e indaga, portanto, se não seria mais apropriado deixar ao próprio juiz analisar o mérito da pretensão, ao invés de simplesmente obstar o seu exercício⁵⁵⁶. Trata-se de crítica considerável, mas a verdade é que os efeitos deletérios de uma ação infundada precedem o julgamento, conforme já indicado. De toda forma, o Código Civil não adotou o sistema da lei acionária e, para as sociedades por ele reguladas, concedeu ampla legitimação: a ação de dissolução pode ter início “a requerimento de qualquer dos sócios” (CC, art. 1.034). O que não se discutiu abertamente entre nós é se o próprio sócio responsável pela desinteligência paralisante da sociedade pode exigir a dissolução da sociedade⁵⁵⁷.

⁵⁵² TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedades por ações*, vol. III, cit., p. 25.

⁵⁵³ CARLOS KLEIN ZANINI destaca “o movimento pendular experimentado por nosso direito. De um regime de ampla liberdade para a propositura da demanda dissolutória (qualquer acionista), passou-se por um momento de maior restrição (vinte por cento), até se alcançar a posição intermediária atualmente em vigor (cinco por cento)” (*A dissolução judicial da sociedade anônima*, cit., nº 7.1.2, p. 245). A CVM não tem poder para diminuir esse percentual, porquanto não prevista a hipótese no art. 291 da Lei das S/A.

⁵⁵⁴ A ação pode ser proposta por acionistas ou grupo de acionistas que reúnam o percentual mínimo (cf.: MAURO RODRIGUES PENTEADO, *Dissolução e liquidação de sociedades*, cit., nº 75, p. 185).

⁵⁵⁵ A titularidade deve ser efetiva, e não apenas potencial (cf.: MAURO RODRIGUES PENTEADO, *Dissolução e liquidação de sociedades*, cit., nº 75, p. 185; e SAMANTHA LOPES ALVARES, *Ação de dissolução de sociedades*, cit., nº II.1.3.a, p. 112). E deve ser provada, sob pena de extinção do processo (TJRJ, AI 2.791, 2ª CC., Rel. Des. ORLINDO ELIAS, v.u., j. 11.03.1980, RT 546/186; TJSP, Ap. 114.595-1, 2ª CC., Rel. Des. SILVA FERREIRA, v.u., j. 13.02.1990, RJTJESP 126/240; JB 64/214; e JUTACivSP-Lex 35/167).

⁵⁵⁶ CARLOS KLEIN ZANINI, com razão, lembra as situações em que o controle é de tal modo concentrado a ponto de não haver minoria legitimada e destaca que “a exigência de um percentual elevado de participação de per se não tem o condão de assegurar que a demanda dissolutória não possa ser empregada de modo abusivo”, pois “a abusividade independe do percentual”. Manifesta o autor a sua preferência por um regime legal que trate de sancionar negativamente a utilização abusiva da ação de dissolução, ao invés de obstar o seu exercício: “Assim, eventual demanda temerária proposta por minoritários inconseqüentes sujeitaria os autores – como conseqüência de um juízo de improcedência – ao pagamento da verba sucumbencial, a qual viria arbitrada sobre o valor da causa, geralmente bastante significativo em ações dessa natureza” (*A dissolução judicial da sociedade anônima*, cit., nº 7.1.2, p. 248) – afirmação essa com a qual não podemos inteiramente concordar: a sentença não é condenatória e, portanto, os honorários são fixados por apreciação equitativa (CPC, art. 20, § 4º); na prática, são normalmente ínfimos. RUBENS SANT’ANNA (*Direito societário: estudos sobre a sociedade por quotas de responsabilidade limitada e a sociedade anônima*, RS : Livraria do Advogado, 1988, p. 118) e DARCY ARRUDA MIRANDA JR. (*Breves comentários à Lei das Sociedades por Ações*, cit., p. 289) também criticam a existência de piso de legitimação.

⁵⁵⁷ Na França, segundo observa DOMINIQUE VIDAL, “no que concerne à imputabilidade da desinteligência, uma jurisprudência estima que um sócio que se encontra na origem da desinteligência não pode se prevalecer

5.2.2.3.2. Dissolução parcial de sociedade.

Além disso, e inspirado pelos propósitos de preservar a empresa e não dar trânsito a pretensões infundadas ou caprichosas, os tribunais pátrios, de há muito, criaram o instituto da dissolução parcial da sociedade, a permitir acomodar a pretensão do sócio que pretende se retirar, de um lado, e os anseios daqueles que desejam dar prosseguimento à atividade social, de outro⁵⁵⁸. Embora não consagrado na letra do Código Civil, a doutrina opina pela prevalência do instituto. Assim, ainda quando o autor pleiteie a dissolução total da sociedade (LSA, art. 206; e CC, art. 1.033), entende-se possível o decreto de simples dissolução parcial, desde que os remanescentes desejem continuar com a sociedade, sem que nisso haja julgamento *extra petita* (CPC, art. 128)⁵⁵⁹; pode-se, inclusive, pedir, desde logo, a dissolução parcial⁵⁶⁰. Nesta situação, ao invés de ter lugar a liquidação da sociedade, apuram-se simplesmente os haveres do sócio que se despede, como se dissolução total fosse⁵⁶¹.

A construção é antiga – mas nem por isso indene a críticas⁵⁶²⁻⁵⁶³ – e decorre do entendimento de que a denúncia contratual não pode ser abusiva ou aviltar a boa-fé do

da causa de dissolução (Cass. Com., 25.02.1964, *Bull.* III, nota de BONNEAU; CA Paris, 29.10.1999, *Bull. Joly* 2000, p. 339)” (*Droit des sociétés*, 5ª ed. Paris : LGDJ, 2006, nº 341, p. 168). No mesmo sentido : BRUNO PETIT, *Droit des sociétés*, 2ª ed. Paris : Litec, 2004, nº 64, p. 41 ; e PHILIPPE MERLE, *Droit commercial: sociétés commerciales*, cit., nº 113, p. 141. A solução é compreensível e tem respaldo na regra de limitação de exercícios decorrente da boa-fé objetiva: ninguém pode pretender se beneficiar da própria torpeza.

⁵⁵⁸ Sobre a dissolução parcial, sua origem e desenvolvimento, vide: JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades limitadas*, cit., pp. 921-986; PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA, *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo Código Civil*, 4ª ed. SP : Atlas, 2007, nº 5, pp. 57-83; e RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, 2º vol., 25ª ed. – 2ª tir. SP : Saraiva, 2008, nº 491, pp. 343-348.

⁵⁵⁹ Cf.: “Quem pede o máximo, que é a dissolução e conseqüente liquidação da sociedade, está pedindo, dentro da ampla solicitação, a dissolução parcial e a apuração de haveres, por não serem causas diversas, mas uma se compreendendo na outra, de campo mais alto, conforme orienta a jurisprudência” (TJPR, Ap. 91/78, 4ª CC., Rel. Des. RONALD ACCIOLY, m.v., j. 22.11.1978, RT 543/245). Vide, ainda sobre o tema: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 4º vol. – tomo I, 3ª ed. SP : Saraiva, 2002, pp. 26-27.

⁵⁶⁰ Cf.: TJSP, Ap. 25.902-2, 14ª CC., Rel. Des. KAZUO WATANABE, v.u., j. 02.02.1983, RJTJESP 82/224.

⁵⁶¹ Cf.: RTJ 35/150, 89/1.054; RT 426/229, 565/174, 571/171; e RJTJRS 83/508 e 118/403.

⁵⁶² A crítica mais fundada é a de que, em certa medida, o decreto de retirada (do autor) ou de exclusão (do réu) em ação de dissolução total não deixa de representar julgamento *extra petita* e, para isso não evidenciar, passou-se a decretar a “dissolução parcial”, como se fosse uma espécie de julgamento *infra petita*. É o que bem observou CALIXTO SALOMÃO FILHO: “A atecnicidade do termo ‘dissolução parcial’ traduz o movimento jurisprudencial que, objetivando reduzir a amplíssima lista de hipóteses de dissolução previstas no Código Comercial, transformou-as em hipótese de exercício de direito de retirada. Ocorre que, tratando-se de decisões em demandas que pleiteavam a dissolução da sociedade, era necessário achar uma fórmula jurídica

tráfico mercantil⁵⁶⁴. Nem por isso, porém, deve sempre ser acatada. É que, se de um lado ela se presta a evitar o acolhimento de pretensões meramente caprichosas dos sócios, de outro pode levar a situações injustas – por exemplo, quando os sócios tenham razão plausível para ter previsto a dissolução total ou quando, por efeito de cláusula de não-concorrência, o sócio que se despede fique impedido de se restabelecer no mesmo ramo. Evidentemente, não é este o momento para explorarmos essas delicadas questões, mas fica o registro de que a dissolução total da sociedade, ainda quando haja sócio interessado em nela prosseguir⁵⁶⁵, não é solução que possa ser de antemão descartada; ao contrário, a dissolução parcial, como medida excepcional que é, deve ser justificada à luz do caso concreto⁵⁶⁶. Sobretudo, não é possível em ação de exclusão deferir a dissolução parcial com o afastamento do autor da sociedade, quando aquele imputou a estes a culpa pela inviabilização da empresa, e estes não apresentaram reconvenção⁵⁶⁷.

5.2.2.3.4. Dissolução parcial de S/A.

A admissibilidade do pedido de dissolução parcial em sociedade anônima no direito brasileiro, onde não há regra expressa sobre o assunto⁵⁶⁸, continua a gerar

processualmente aceitável. Com efeito, só seria possível justificar a transformação de um pedido de dissolução em pedido de retirada, caso essa fosse caracterizada como um *minus* com relação à dissolução. Nesse caso estaria havendo um julgamento *infra petita*, perfeitamente admissível, ao invés de uma decisão *extra petita*” (A sociedade unipessoal, SP : Malheiros, 1995, nº 3.2.1, p. 114). Análogo registro foi também feito por WALDIRIO BULGARELLI (*Direito empresarial moderno*, RJ : Forense, 1992, pp. 293-314).

⁵⁶³ Alguns sistemas repelem-na categoricamente. Em França, por exemplo, num processo no qual o sócio majoritário, detentor de 75% (setenta e cinco) por cento do capital social, requereu a dissolução total da sociedade por desinteligência entre os sócios, os minoritários, desejosos de prosseguir com a atividade, propuseram adquirir as participações do majoritário, mas a Corte de Cassação (Cass. Com., 12.03.1996, *JCP* 1996 E I 426, com anotação de TH. BONNEAU) rejeitou a alternativa dos minoritários, sob o fundamento de “qu’aucune disposition légale ne donne pouvoir à la juridiction saisie d’obliger l’associé qui demande la dissolution de la société par application de l’article 1844-7 5° du Code Civil, à céder ses parts à cette dernière et aux autres associés qui offrent de les racheter”.

⁵⁶⁴ Cf.: PAULA ANDREA FORGIONI, *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*, SP : RT, 2009, nº 29, p. 92.

⁵⁶⁵ E os tribunais admitem até mesmo que o minoritário possa dar prosseguimento, com a saída da maioria (RSTJ 106/234).

⁵⁶⁶ LUCIANO CAMPOS DE ALBUQUERQUE destaca: “quando se admitiu a possibilidade de se afastar a dissolução total, houve um exagero no sentido inverso” (*Dissolução total e parcial das sociedades comerciais*, Curitiba : JM Editora, 1999, p. 177). Sem dúvida, houve e há exageros.

⁵⁶⁷ Cf.: “Contraria o art. 128 do CPC o acórdão que confirma sentença que defere dissolução parcial de sociedade comercial com exclusão do autor, que pedira a exclusão dos outros sócios, que seriam os causadores da crise na empresa, sem que estes tivessem formulado reconvenção” (STJ, REsp 37.268-SP, 4ª Turma, Rel. Min. DIAS TRINDADE, v.u., j. 27.09.1993, DJU 08.11.1993).

⁵⁶⁸ No direito acionário suíço, a dissolução total por justa causa (não definida na lei) pode ser requerida por acionista ou grupo de acionistas representando 10% (dez por cento) do capital social e o juiz, ainda assim, pode dar ao caso outra solução adaptada às circunstâncias e aceitável pelos interessados (OR, art. 736, 4): “A

controvérsias⁵⁶⁹: a jurisprudência pátria vinha oscilando, ora a admitindo⁵⁷⁰ ora negando⁵⁷¹, em sociedades de capital fechado, até que, muito recentemente, o Superior Tribunal de

sociedade se dissolve: (...) 4. por sentença judicial, quando pleiteado por justa causa por acionistas representando pelo menos dez por cento do capital social. Como sucedâneo, pode a sentença reconhecer uma outra solução que seja mais adequada na espécie e possa comportar ser exigida das partes” (no original: “Die Gesellschaft wird aufgelöst: (...) 4. durch Urteil des Richters, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen. Statt derselben kann der Richter auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen”). A aplicação da regra tem sido problemática, apontando a doutrina como alternativas à dissolução, que permanece como *ultima ratio*, a retirada do acionista ou (como sugerido e criticado em doutrina) a recompra das ações pela sociedade, observadas as regras sobre negociações com as próprias ações (sobre o tema: CHRISTOPH STÄUBLI, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht II (art. 530-1186 OR)* (obra coletiva) – coords. Heinrich Honsell, Nadim Peter Vogt e Rolf Watter, 2ª ed. Helbing & Lichtenhahn : Basel, Genf, München, 2002, art. 736, nº 27, pp. 1.049-1.050). De toda forma, o direito suíço tem o instrumental legal para a admissão da dissolução parcial de companhia. No direito brasileiro, a construção é mais problemática.

⁵⁶⁹ Sobre dissolução parcial de S/A, vide: MAURO RODRIGUES PENTEADO, *Dissolução e liquidação de sociedades*, cit., nº 76, pp. 188-194; CARLOS KLEIN ZANINI, *A dissolução judicial da sociedade anônima*, cit., nº 8.1, pp. 264-287; FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JÚNIOR, *Dissolução de sociedades anônimas*, cit., nº 5.6, pp. 174-176; PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA, *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo Código Civil*, cit., nº 3, pp. 72-83; e UNIE CAMINHA, *Dissolução parcial de S/A por quebra de ‘affectio societatis’*, RDM 114/174.

⁵⁷⁰ Cf. (admitindo a dissolução parcial): “Direito comercial. Sociedade anônima. Grupo familiar. Inexistência de lucros e de distribuição de dividendo há vários anos. Dissolução parcial. Sócios minoritários. Possibilidade. Pelas peculiaridades da espécie, em que o elemento preponderante, quando do recrutamento dos sócios, para a constituição da sociedade anônima envolvendo pequeno grupo familiar, foi a afeição pessoal que reinava entre eles, a quebra da *affectio societatis* conjugada à inexistência de lucros e de distribuição de dividendos, por longos anos, pode se constituir em elemento ensejador da dissolução parcial da sociedade, pois seria injusto manter o acionista prisioneiro da sociedade com seu investimento improdutivo, na expressão de RUBENS REQUIÃO. O princípio da preservação da sociedade e de sua utilidade social afasta a dissolução integral da sociedade anônima, conduzindo à dissolução parcial. Recurso parcialmente conhecido, mas improvido” (STJ, REsp 111.294-PR, 4ª Turma, Rel. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, m.v., j. 19.09.2000, RSTJ 146/323). “Sociedade anônima. Dissolução parcial. Possibilidade jurídica. Requisitos. Normalmente, não se decreta dissolução parcial de sociedade anônima: a Lei das S/A prevê formas específicas de retirada – voluntária ou não – do acionista dissidente. Essa possibilidade é manifesta quando a sociedade, embora formalmente anônima, funciona de fato como entidade familiar, em tudo semelhante à sociedade por cotas de responsabilidade limitada” (STJ, REsp 507.490-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, v.u., j. 19.09.2006, DJU 13.11.2006). “Dissolução parcial de sociedade anônima. Precedente da Segunda Seção. Como já decidiu a Segunda Seção desta Corte, é possível a dissolução parcial de Sociedade Anônima, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e do passivo (EREsp nº 111.294/PR, Rel. o Min. Castro Filho, julgado em 28/6/06)” (STJ, REsp 651.722-PR, 3ª Turma, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, v.u., j. 25.09.2006, DJU 26.03.2007). “Sociedade anônima. Dissolução total. Pretensão formulada por acionistas detentores de menos de cinco por cento do capital social. Inépcia da inicial incorrente. Dissolução parcial, mediante a retirada dos autores e recebimento dos valores correspondentes à participação no capital acionário como medidas adequadas” (TJSP, Ap. 260.594-1, Rel. Des. TOLEDO CÉSAR, v.u., j. 04.03.1997, RJTJESP 198/166). “A sociedade anônima fechada é constituída exclusivamente *cum intuitu personae*, para cuja formação não se prende, exclusivamente, à constituição do capital, mas também, e sobretudo, a qualidade pessoal dos sócios ou acionistas, que, por vezes, mantêm uma relação de parentesco, por isso que chamada, também, de sociedade anônima familiar. Assim, diluída a *affectio societatis*, isto é, não existindo mais a confiança mútua entre alguns acionistas, não há como obrigá-los a permanecer em sociedade” (TJSP, Ap. 3.299-4/0, 6ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. MOHAMED AMARO, m.v., j. 19.02.1998). No mesmo sentido: STJ, REsp 247.002-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, v.u., j. 04.12.2001, DJU 25.03.2002, RSTJ 153/238 e JSTJ 155/178; TJSP, Ap. 118.137.4/5, 5ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. SILVEIRA NETTO, v.u., j. 16.08.2001; TJSP, Ap. 137.674-4/4, 10ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. QUAGLIA BARBOSA, v.u., j. 04.11.2003; TJSP, AI 236.462.4/9, 9ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. RUITER OLIVA, v.u., j. 30.04.2002, RJTJESP 256/360; e

Justiça proclamou a sua viabilidade teórica⁵⁷². Ainda assim, o tema continua controvertido, pois em cada caso será necessário verificar a adequação da medida. O que não se pode admitir é a dissolução parcial imotivada (ou seja, fundada no mero desejo de retirada), mas parece admissível que, em determinadas hipóteses excepcionais, *previstas como motivos de dissolução total*, o pedido de dissolução parcial seja alternativamente acatado, sendo que, para tanto, há necessidade de aferição concreta da estrutura real da sociedade e dos motivos

TJRS, EI 70007890411, 3º Gr. Câms., Rel. Des. ANA MARIA NEDEL SCALZILLI, m.v., j. 05.03.2004; e JTJ 273/218.

⁵⁷¹ Cf. (negando a dissolução parcial): “Comercial. Sociedade anônima. Dissolução parcial. Impossibilidade jurídica do pedido. Nas sociedades anônimas, o direito de retirada é restrito às hipóteses do art. 137 da Lei nº 6.404/76, apresentando-se impossível o pedido de dissolução parcial da sociedade, próprio das empresas organizadas por quotas de responsabilidade limitada, sem relevo a qualificação de coligada da empresa acionista, cuja condição poderá ser desfeita mediante alienação de ações de modo a reduzir a menos de dez por cento do capital da sociedade anônima” (STJ, AG 34.120-SP-AgRg, 3ª Turma, Rel. Min. DIAS TRINDADE, v.u., j. 26.04.1993, DJU 14.06.1993). “Sociedade anônima. Dissolução parcial. Precedentes da Corte. 1. É incompatível com a natureza e o regime jurídico das sociedades anônimas o pedido de dissolução parcial, feito por acionistas minoritários, porque reguladas em lei especial que não contempla tal possibilidade. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 419.174-SP, 3ª Turma, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, v.u., j. 15.08.2002, DJU 28.10.2002, RF 370/294). “Sociedade anônima. Retirada de acionista. Pretensão à dissolução parcial. Inadmissibilidade por tratar-se de pedido juridicamente impossível. Espécie societária que possui procedimento próprio consistente no direito de recesso do sócio. Inteligência da Lei 6.404/76” (TJSP, Ap. 2.818-4/2, 2ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. LINNEU CARVALHO, v.u., j. 14.10.1997, RT 749/258). “Sociedade anônima. Dissolução parcial. Inadmissibilidade. A dissolução parcial é figura incompatível com a Lei das S/A. Sociedade que é de natureza fechada, composta por três irmãos. Irrelevância. A retirada de sócio deve se dar nos termos da legislação pertinente” (TJSP, Ap. 26.884.4/8, 2ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. LINNEU CARVALHO, v.u., j. 17.03.1998). “Sociedade anônima. Dissolução parcial. Impossibilidade jurídica do pedido de retirada de acionista, com dissolução parcial da sociedade. Carência da ação decretada. Sentença confirmada” (TJSP, Ap. 87.714-4/8, 1ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. ALEXANDRE GERMANO, v.u., j. 14.09.1999). “Sociedade anônima fechada. Dissolução parcial. Quebra da *affectio societatis*. Não cabimento. Direito de retirada excepcional. Norma legal restritiva. Inaplicável à sociedade anônima o instituto da dissolução parcial e a conseqüente apuração de haveres de sócio que deseja retirar-se da companhia, sob alegação de quebra da *affectio societatis*, próprio das sociedades por quotas de responsabilidade limitada e porque nas sociedades anônimas, ainda que de capital fechado, o direito de retirada do acionista é restrito às hipóteses do art. 137 da Lei nº 6.404/76, não lhes sendo aplicável o Código Comercial, eis que regida por lei especial” (TJRJ, EI 94/99, 4º Gr. Câms., Rel. Des. MARLY MACEDÔNIO FRANÇA, m.v., j. 28.04.1999). No mesmo sentido, ainda: STJ, REsp 171.354-SP, 3ª Turma, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, v.u., j. 16.11.2000, DJU 05.02.2001; TJRS, Ap. 70012635470, 6ª CC., Rel. Des. ANTÔNIO CORRÊA PLAMEIRO DA FONTOURA, j. 13.07.2006; e JTJ228/77.

⁵⁷² Cf.: “Comercial. Sociedade anônima familiar. Dissolução parcial. Inexistência de *affectio societatis*. Possibilidade. Matéria pacificada. I. A 2ª Seção, quando do julgamento do EREsp 111.294/PR (Rel. Min. Castro Filho, por maioria, DJU de 10.09.2007), adotou o entendimento de que é possível a dissolução de sociedade anônima familiar quando houver quebra da *affectio societatis*. II. Embargos conhecidos e providos, para julgar procedente a ação de dissolução parcial” (STJ, EREsp 419.174-SP, 2ª Seção, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, v.u., j. 28.05.2008, DJe 04.08.2008, RT 877/147 e RDM 147/265). O acórdão foi comentado por CRISTIANO GOMES BRITO (*‘Affectio societatis’ – sociedade anônima fechada*, RDM 147/265-272). O tema, porém, continua em aberto, pois não foram claramente fixadas as condições em que a medida extrema pode ser admitida. Basta o desejo da parte? E se a sociedade for próspera e estiver cumprindo com a sua finalidade? Estaria a medida excepcional restrita àquelas hipóteses previstas em lei como de dissolução total? A Corte Federal, cedo ou tarde, terá que se manifestar novamente sobre a matéria.

alegados pelas partes⁵⁷³. Além de poder resultar em pedido direto, a dissolução parcial poderá ser decretada em autos de ação de dissolução total, desde que preenchidos os requisitos legitimadores⁵⁷⁴. A simples alegação de *affectio societatis* não pode justificar a dissolução parcial⁵⁷⁵.

5.2.2.4. Medidas urgentes.

Antes de tecer algumas breves considerações sobre a tutela de urgência no direito societário, é interessante mencionar diferentes instrumentos processuais consagrados noutros países, até para observar a cautela com que se tem agido alhures para coibir os abusos da maioria e, ao mesmo tempo, não dar trânsito aos abusos de minoria.

5.2.2.4.1. Direito italiano: denúncia ao tribunal.

Procedimento de particular relevância no direito italiano, dada a sua alta incidência na prática do foro e cuja transposição para o direito brasileiro foi defendida por

⁵⁷³ Cf.: “Não há impossibilidade jurídica no pedido de dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado, que pode ser analisado sob a ótica do art. 335, item 5, do Código Comercial, desde que diante das peculiaridades do caso concreto. A *affectio societatis* decorre do sentimento de empreendimento comum que reúne os sócios em torno do objeto social, e não como consequência lógica do restrito quadro social, característica peculiar da maioria das sociedades anônimas de capital fechado. Não é plausível a dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado sem antes aferir cada uma e todas as razões que militam em prol da preservação da empresa e da cessação de sua função social, tendo em vista que os interesses sociais hão que prevalecer sobre os de natureza pessoal de alguns dos acionistas” (STJ, REsp 247.002-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, v.u., j. 04.12.2001, DJU 25.03.2002, RSTJ 153/238 e JSTJ 155/178).

⁵⁷⁴ Cf.: “Sociedade anônima. Capital fechado. Dissolução. Fundamento assentado na incapacidade de produção de lucros, na perda da *affectio societatis* e na prática de atos abusivos e ruinosos dos acionistas majoritários e administradores da sociedade. Solução mais adequada e justa que é a dissolução parcial, e não total, com pagamento de haveres dos sócios dissidentes, consoante o que resultar de perícia, que determinará o valor real e atualizado, inclusive do ativo imobilizado, para cálculo subsequente da parte devida aos sócios retirantes. Pagamento dos haveres que se dará parceladamente, em homenagem ao princípio fundamental da preservação da sociedade. Sucumbência devida pelos réus, que se opuseram à pretensão dos autores” (TJSP, Ap. 324.221-4/6-00, 3ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. FLÁVIO PINHEIRO, m.v., j. 14.09.2004).

⁵⁷⁵ As razões pelas quais assim entendemos estão longamente expostas noutro trabalho (vide: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA e MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, “*Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”*”, in’ *Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França, SP : Quartier Latin, 2009, pp. 156-159) e contam, hoje, com o respaldo na opinião de outros estudiosos (vide: JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA e ALFREDO LAMY FILHO, *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. I, cit., 2009, pp. 35-36; CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO, *Direito das companhias* (obra coletiva), cit., vol. I, RJ : Forense, 2009, pp. 498-499; e PAULO PENALVA SANTOS, *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. II, cit., pp. 1.845-1.847), além daqueles citados no trabalho.

respeitado estudioso⁵⁷⁶, é o de denúncia ao tribunal, previsto no art. 2.409 do CC it., a benefício da minoria societária, permitindo o controle e a intervenção da autoridade judiciária na administração das sociedades por ações⁵⁷⁷. Assim, na hipótese em que os membros do órgão de fiscalização (síndicos) não investiguem fatos censuráveis denunciados pelos sócios ou não adotem nenhuma providência ou sejam coniventes com os mesmos administradores, é reconhecido aos sócios titulares de 10% (dez por cento) do capital social (ou um quarenta-avos do capital social em companhia aberta), ou o menor percentual previsto nos estatutos, o poder de denunciar os fatos ao tribunal, os quais tenham a fundada suspeita de graves irregularidades no adimplemento dos deveres dos administradores, capazes de causar dano à sociedade, o poder de denunciar os fatos ao tribunal. Matéria de denúncia ao tribunal são, portanto, as “graves irregularidades no adimplemento dos deveres dos administradores”: não se censura o mérito dos atos, cujo juízo de oportunidade e conveniência incumbe aos administradores, mas censura-se a legitimidade atinente ao respeito às normas legais ou estatutárias reguladoras da atividade dos administradores. Pelo sistema italiano, os sócios denunciante não têm o ônus de provar a efetiva subsistência de “graves irregularidades”: é suficiente que documentem a existência de elementos de “fundadas suspeitas” de grave irregularidade. Se o tribunal considerar que os elementos apresentados não constituem uma “fundada suspeita”, ou retém (em juízo um tanto elástico) que faltam os extremos de “gravidade” requeridos pela lei, rejeitará liminarmente a medida; de outro lado, determinará a inspeção da administração sob as expensas dos denunciante (subordinando a medida, eventualmente, à prestação de caução). O resultado da inspeção dirá se as suspeitas de irregularidade subsistem ou não; em caso afirmativo, o tribunal pode: (i) conceder os oportunos provimentos cautelares e convocar a assembléia, fixando a ordem do dia, para as necessárias deliberações. (ii) em casos mais graves, pode destituir os administradores e os fiscais, e nomear um administrador judicial (*amministratore giudiziario*), determinando os poderes e a duração. O administrador judicial pode propor ações de responsabilidade civil

⁵⁷⁶ Cf.: PHILOMENO J. DA COSTA, *Intervenção judicial imediata na vida interna social* (parecer), RT 458/39-45.

⁵⁷⁷ Sobre a medida de denúncia ao tribunal (CC it, art. 2409), vide: ALDO FERRARI, *L'abuso del diritto nelle società*, cit., pp. 132-135; FRANCESCO GALGANO, *La società per azioni*, cit., n° 4, pp. 314-317; FRANCESCO GALGANO e RICCARDO GENGINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., n° 6, pp. 522-526; GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, cit., pp. 2.449-2.453; GIOVANNI ARIETA e FRANCESCO DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., n° 147-147, pp. 576-593; e GIUSEPPE AULETTA e NICCOLÒ SALANITRO, *Diritto commerciale*, 13ª ed. Milão : Giuffrè, 2001, n° 83, pp. 168-169.

contra os administradores e fiscais destituídos, independentemente de deliberação assemblear. Antes do término da sua missão, o administrador judicial convoca e preside a assembléia para a nomeação dos novos administradores e fiscais, ou para propor, se for o caso, a própria liquidação da sociedade.

Pela sua intensidade e pelo seu potencial desestabilizante, a medida tem sido utilizada como instrumento de minorias abusivas. A fim de positivar a situação de abuso de minoria na denúncia ao órgão de fiscalização, Aldo Ferrari arrola, exemplificativamente, os seguintes indícios: “a) la manifesta carenza di fondamento della denuncia, intesa quale radicale mancanza di qualunque serietà della denuncia; b) la evidente carenza di interesse del denunciante (o dei denunciati) nonché della società, dalla quale possa desumersi l’intento meramente defatigatorio della richiesta rivolta al collegio sindacale ovvero l’intenzione di aggravare l’azione sociale con attività del tutto superflue in quanto prive di qualunque utilità vuoi per la minoranza vuoi per un proficuo svolgimento dell’attività sociale; c) secondo i consolidati indice dell’abuso consiste nella mancanza di motivazione della denuncia ovvero nella carenza e inadeguatezza della motivazione stessa”⁵⁷⁸.

Um meio de refrear os abusos da minoria é a possibilidade que o tribunal tem de exigir do requerente a prestação de caução. No entanto, como também frisa a doutrina, essa possibilidade deve ser exercida com bastante critério, sob pena de grava, de forma desmesurada, a minoria⁵⁷⁹.

Positivado o exercício ilegítimo do poder de denúncia ao tribunal, cabe não só à sociedade, mas também aos administradores injustamente tisonados, a possibilidade de requerer a composição de perdas e danos⁵⁸⁰.

5.2.2.4.2. Direito francês: *expertise* de gestão.

⁵⁷⁸ ALDO FERRARI, *L'abuso del diritto nelle società*, cit., p. 129

⁵⁷⁹ É ainda ALDO FERRARI quem alerta: “l'imposizione della cauzione è strumento bifronte per cui può rappresentare un efficace strumento di tutela contro gli abusi ma anche un ingiustificato aggravio per iniziative del tutto legittime dei soci di minoranza volte a tutelare i loro interessi e quelli della società. È appena il caso, al riguardo, di sottolineare sino a qual punto sia fondamentale, in questi casi, l'equilibrio dell'autorità giudiziaria che deve farsi carico di una attenta e penetrante indagine” (*L'abuso del diritto nelle società*, cit., p. 133).

⁵⁸⁰ Cf.: ALDO FERRARI, *L'abuso del diritto nelle società*, cit., pp. 133-134.

A *expertise* de gestão (*expertise de gestion*)⁵⁸¹, que não se confunde com a medida cautelar de produção antecipada de provas⁵⁸², é um mecanismo que permite obter em juízo a designação de um perito encarregado de verificar e apresentar um relatório sobre determinadas operações de gestão da sociedade – apenas quando se trata de sociedade anônima ou limitada. A medida normalmente é apresentada por acionista ou grupo de acionistas representando ao menos 5% (cinco por cento) do capital social, os quais, depois de apresentarem à administração social as suas indagações e não receberem resposta, ou não receberem resposta satisfatória, podem ir a juízo. A medida só pode ter por objeto operações de gestão – sendo que tais operações devem ser relevantes e determinadas. Não interfere na admissibilidade da medida o fato de haver ou não urgência. Também não se exige a apresentação de provas da irregularidade da operação ou de atentado ao interesse social. A jurisprudência também superou as hesitações iniciais e tem como admissível a medida independentemente da prova de realização de outros esforços para obter informações. Apresentada a medida, deve o juiz verificar se a mesma é fundada ou não⁵⁸³: se considerá-la fundada, designará um experto, fixando a sua missão e os seus poderes⁵⁸⁴.

Pelo caráter intrusivo, pode ela ser usada como medida de combate, de modo que, uma vez evidenciada a natureza temerária, cabe a condenação do requerente a compor perdas e danos⁵⁸⁵.

⁵⁸¹ Sobre a medida de *expertise de gestion*, vide: BRUNO PETIT, *Droit des sociétés*, cit., n°s 143-146, pp. 85-87; DOMINIQUE VIDAL, *Droit des sociétés*, cit., n°s 747-764, pp. 365-375; MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, cit., n°s 400-404, pp. 192-194; PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, cit., n°s 877-882, pp. 560-564; e PHILIPPE MERLE, *Droit commercial: sociétés commerciales*, cit., n°s 522-524, pp. 604-610.

⁵⁸² A medida de “*expertise de gestion*” não se confunde com a produção antecipada de provas, porquanto aquela não é cautelar, não é acessória de uma medida principal. O direito francês conhece a cautelar de produção antecipada de provas (“*mesure de instruction in futurum*”) no art. 145 do CPC fr. (cf.: BRUNO PETIT, *Droit des sociétés*, cit., n° 147, p. 87). As medidas diferem: a medida do art. 145 do CPC fr. tem uma finalidade de direito comum, de natureza patrimonial concernente ao requerente, enquanto que a finalidade da *expertise* de gestão é, ao menos em parte, tomada em vista do interesse social (cf.: DOMINIQUE VIDAL, *Droit des sociétés*, cit., n° 765, p. 375). Sobre a produção antecipada de provas no direito societário francês, vide: BRUNO PETIT, *Droit des sociétés*, cit., n° 147, pp. 87-88; e MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, cit., n° 407, pp. 195-196.

⁵⁸³ Cf.: PHILIPPE MERLE, *Droit commercial: sociétés commerciales*, cit., n° 523, p. 607.

⁵⁸⁴ O direito francês conhece ainda um amplo cardápio de interventores judiciais, chamados jocosamente de “tutores judiciais das sociedades” (vide: MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, cit., n° 391, p. 190). Sobre os interventores judiciais e as suas tradicionais missões, vale conferir a lição dos doutrinadores franceses (vide, de forma bastante sintética: BRUNO PETIT, *Droit des sociétés*, n°s 149-150, pp. 88-89; e DOMINIQUE VIDAL, *Droit des sociétés*, cit., n°s 767-769, pp. 376-377).

⁵⁸⁵ DOMINIQUE VIDAL, escorado na jurisprudência francesa, registra: “La demande intempestive, ou abusive, peut être sanctionnée par la condamnation du demandeur à indemniser la société (Cass. com., 12.01.1976 : *Rev. sociétés* 1977.330, note MERLE; D. 1977.141, note CHARTIER; Paris 16.04.1999, *Dr. sociétés* 10.1999, n° 152, p. 16, obs. VIDAL; DOMINIQUE VIDAL, *Le commissaire aux comptes...*, n° 35, p. 42) du préjudice qu’il

5.2.2.4.3. Direito português: inquérito judicial.

O direito português, em complemento ao direito de informação dos sócios – os quais podem requerer informações verdadeiras, completas e elucidativas sobre a gestão social (CSC, art. 214º) – prevê a figura do inquérito judicial (CSC, arts. 216º e 292º)⁵⁸⁶, regulado, do ponto de vista procedimental, no Código de Processo Civil português (CPC pt, arts. 1.479º a 1.483º). Guarda contato com o instrumento italiano.

5.2.2.4.4. Direito brasileiro: tutela de urgência.

No direito brasileiro, não há medida análoga àquelas acima referidas. O que existe, apenas, são medidas de tutela de urgência, de larga experimentação no foro.

Dentre as medidas urgentes mais utilizadas em direito societário, sobressai a cautelar de suspensão dos efeitos de deliberações societárias. No Anteprojeto de Código de Processo Civil de 1973, tinha ela expressa previsão, mas foi eliminada durante o processo legislativo e, hoje, prevalece como medida cautelar atípica iterativamente aceita⁵⁸⁷. Na sua

lui a fait subir du fait de la perturbation inutile et injustifiée provoquée par l'action" (*Droit des sociétés*, cit., nº 761, p. 373). Ainda sobre o tema: PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, cit., nº 251, p. 147.

⁵⁸⁶ Eis o teor dos preceitos do CSC: "Artigo 216º Inquérito judicial. 1. O sócio a quem tenha sido recusada a informação ou que tenha recebido informação presumivelmente falsa, incompleta ou não elucidativa pode requerer ao tribunal inquérito à sociedade. 2. O inquérito é regulado pelo disposto nos nºs 2 e seguintes do artigo 292º". "Artigo 292º Inquérito judicial. 1. O acionista a quem tenha sido recusada informação pedida ao abrigo dos artigos 288º a 291º ou que tenha recebido informação presumivelmente falsa, incompleta ou não elucidativa pode requerer ao tribunal inquérito à sociedade. 2. O juiz pode determinar que a informação pedida seja prestada ou pode, conforme o disposto no Código de Processo Civil, ordenar: a) A destituição de pessoas cuja responsabilidade por atos praticados no exercício de cargos sociais tenha sido apurada; b) A nomeação de um administrador ou diretor; c) A dissolução da sociedade, se forem apurados fatos que constituam causa de dissolução, nos termos da lei ou do contrato, e ela tenha sido requerida. 3. Ao administrador ou diretor nomeados nos termos previstos na alínea anterior compete, conforme for determinado pelo tribunal: a) Propor e seguir, em nome da sociedade, ações de responsabilidade, baseadas em fatos apurados no processo; b) Assegurar a gestão da sociedade, se, por causa de destituições fundadas na alínea a) do número anterior, for caso disso; c) Praticar os atos indispensáveis para reposição da legalidade. 4. No caso previsto na alínea c) do número anterior, o juiz pode suspender os restantes administradores ou diretores que se mantenham em funções ou proibi-los de interferir nas tarefas confiadas à pessoa nomeada. 5. As funções do administrador ou diretor nomeado ao abrigo do disposto no nº 2º, alínea b), terminam: a) Nos casos previstos nas alíneas a) e c) do nº 3, quando, ouvidos os interessados, o juiz considere desnecessária a sua continuação; b) No caso previsto na alínea b) do nº 3, quando forem eleitos os novos administradores ou diretores. 6. O inquérito pode ser requerido sem precedência do pedido de informações à sociedade se as circunstâncias do caso fizerem presumir que a informação não será prestada ao acionista, nos termos da lei".

⁵⁸⁷ O Anteprojeto do Código de Processo Civil de ALFREDO BUZAID incluía a suspensão de deliberação social como medida cautelar típica ou nominada, concedendo ampla legitimação aos sócios: "Art. 889. Qualquer sócio pode requerer a suspensão de deliberação social, quando esta violar a lei, o estatuto, ou o contrato. Par.

concessão, deve o juiz atentar para os pressupostos gerais do poder geral de cautela e, quando for o caso, exigir a contracautela.

Outra medida urgente teoricamente cabível, em sede de cautelar inominada, é aquela para impedir a realização de assembléia; obstar a realização de assembléia já convocada. Trata-se, como se vê, de medida satisfativa, de modo que o cuidado no seu deferimento deve ser redobrado. A suspensão da convocação da assembléia ou reunião deve ser reservada àqueles casos em que a própria convocação porta em si, ou denuncie, vício insanável a inquinar qualquer deliberação que, com base nela, se venha a tomar⁵⁸⁸. A jurisprudência admite a medida, mas com a necessária circunspeção⁵⁸⁹. Os vícios formais de convocação, por essa linha, só excepcionalmente poderão legitimar a suspensão do

ún. Esta medida só pode ser pleiteada na pendência de ação anulatória de deliberação social. Art. 890. O juiz indeferirá o pedido se verificar, em seu prudente arbítrio, que o prejuízo resultante da suspensão é superior ao que pode derivar da execução da deliberação social”. Durante a tramitação no Congresso Nacional, o preceito foi extirpado, sob a justificativa de que os processos societários deveriam ser regulados por lei especial, o que até hoje não ocorreu. Apesar disso, porém, a doutrina (p. ex: GALENO LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII – tomo I, RJ: Forense, 1980, n° 38, p. 231; HAMILTON DE MORAES E BARROS, *Breves considerações sobre o processo cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil de 1973*, RF 246/206; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Processo cautelar*, 4ª ed. SP : Leud, n° 74, p. 106; JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades limitadas*, cit., n° 21, pp. 599-600, e n° 21, p. 756; LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, *Medidas urgentes no direito societário*, SP : RT, 2002, pp. 105-167; LUIZ ORIONE NETO, *Processo cautelar*, cit., n° 10.5, p. 128; OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, cit., § 54, pp. 426-427; PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA, *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo Código Civil*, 2ª ed. SP : Atlas, 2003, p. 60, e *Suspensão de deliberações sociais*, SP : Saraiva, 1986; RENATO VENTURA RIBEIRO, *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*, SP : Quartier Latin, 2005, n° 8, p. 306; SYDNEY SANCHES, *Poder cautelar geral do juiz*, SP : RT, 1978, pp. 116-117; WILLARD DE CASTRO VILLAR, *Medidas cautelares*, SP : RT, 1971, pp. 101-105; dentre tantos outros) e a jurisprudência têm admitido, de maneira iterativa, a providência de suspensão dos efeitos de deliberação assemblear como medida cautelar inominada ou atípica: “Sociedade anônima. Assembléia geral. Sustação dos efeitos de deliberações. Deferimento liminar em medida cautelar. Admissibilidade” (TJSP, AI 282.700-1, 7ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. LEITE CINTRA, v.u., j. 13.03.1996, RJTJESP 188/247).

⁵⁸⁸ É o que bem explica OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, ao tratar da suspensão cautelar de convocação de assembléia geral: “Assim como é perfeitamente admissível a suspensão de uma deliberação tomada em assembléia geral, mais facilmente se compreende que o juiz do processo cautelar ordene a suspensão de uma assembléia geral já convocada, sempre que seja verossímil o direito invocado pela parte mostrando que a finalidade para a qual a assembléia fora convocada é ofensiva da lei ou dos estatutos, ou contrato social, ou até mesmo porque deixaram de observar-se formalidades preliminares capazes de inquinarem de vício irremediável a futura deliberação” (*A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, cit., § 58, p. 447). Ainda sobre o tema (pelo cabimento da cautelar de suspensão de assembléia): ALFREDO SÉRGIO LAZZARESCHI NETO, *Lei das Sociedades por Ações anotada*, 2ª ed. SP: Saraiva, 2008, nota 286-1j, p. 765; JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades limitadas*, cit., p. 603; LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, *Medidas urgentes no direito societário*, cit., n° 4.2, pp. 178-184; e NELSON ABRÃO, *Sociedades limitadas*, 9ª ed. SP : Saraiva, 2005, n° 109, p. 249.

⁵⁸⁹ Pela possibilidade da sustação de realização de assembléia: TJSP, MS 11.344-2, 12ª CC., Rel. Des. DÍNIO GARCIA, v.u., j. 15.05.1981, RJTJESP 72/234; TJSP, Ap. 60.781-1, 6ª CC., Rel. Des. ORLANDO GANDOLFO, v.u., j. 23.05.1985, RT 601/83; TJSP, Ap. 187.704-1, 2ª CC., Rel. Des. VASCONCELLO PEREIRA, v.u., j. 14.12.1993; TAPR, AI 173215600, Ac 12.932, 7ª CC., Rel. Juiz ANTONIO MARTELOZZO, v.u., j. 24.09.2001; TJRS, AI 00471446, Proc. 70003145760, 20ª CC., Rel. Des. JOSÉ AQUINO FLORES DE CAMARGO, v.u., j. 10.10.2001; e TAMG, AI 0359768-4, 7ª CC., Rel. Juiz JOSÉ AFFONSO DA COSTA CORTES, v.u., j. 16.05.2002.

conclave, pois sempre restará a possibilidade de sanção de tal vício pelo comparecimento de todos os sócios (CC, art. 1.072, § 2º; e LSA, art. 124, § 4º)⁵⁹⁰. O deferimento irrefletido desta cautelar gera para a sociedade não apenas custos para reconvocação da assembléia, mas, acima de tudo, pode causar sérios prejuízos por efeito do retardamento do processo decisório – muitas vezes, o objetivo visado por minorias hostis.

A par dessas medidas, outras cautelares inominadas podem e são manejadas, como a de nomeação de interventor ou administrador provisório (para atuação conjunta ou com exclusão do administrador eleito)⁵⁹¹, suspensão do direito de voto etc. Em qualquer caso, porém, é preciso observar que a intervenção do Poder Judiciário no âmbito interno de funcionamento das sociedades é medida excepcional⁵⁹².

A mesma circunspeção que o juiz deve ter ao analisar medida cautelar para sustar a realização de uma assembléia geral, evitando abusos da minoria, também deve a CVM ter ao exercer o poder previsto no art. 124, § 5º, da Lei das S/A, de modo a só acatar o pedido quando for possível, de antemão e independentemente de maiores averiguações, a ilegalidade de qualquer deliberação que venha a ser tomada no conclave⁵⁹³. Receios de

Em sentido diverso: TJSP, AI 140.849-4/0-00, 9ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. ALDO MAGALHÃES, v.u., j. 12.09.2000; e TJSP, AI 201.933-4/8-00, 9ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. ALDO MAGALHÃES, v.u., j. 08.05.2001.

⁵⁹⁰ LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, com razão, lembra que “nem sempre as irregularidades na deliberação da convocação e suas necessárias e posteriores formalidades podem ensejar a ‘suspensão da convocação’. É exemplo claro da premissa fixada a hipótese de ausência de determinadas formalidades na convocação da assembléia, como, em exemplo, a inexistência de publicidade ditada por lei ou estatuto. Neste caso, não há falar em suspensão da convocação, pois o comparecimento unânime dos acionistas supre a falta de qualquer das formalidades legais” (*Medidas urgentes no direito societário*, cit., n° 4.2, p. 179). Note-se, porém, que a dispensa da convocação só poderá ocorrer se todos os sócios (com ou sem direito de voto) comparecerem voluntariamente; faltando um que seja, a regra não incide.

⁵⁹¹ Sobre o tema, vale conferir as agudas observações de LUIZ FERNANDO C. PEREIRA (*Medidas urgentes no direito societário*, cit., n°s 5.1-5.8, pp. 205-63). Os tribunais também têm sido cautelosos: “A intervenção do Judiciário na vida interna da sociedade comercial, com a nomeação de interventor para gerir a empresa, não vem prevista no direito positivo brasileiro. De qualquer modo, não se justifica tal medida quando não se demonstra cabalmente a prática de atos de malversação dos bens sociais” (TJSP, AI 6.962-4/8, Rel. Des. ERNANI DE PAIVA, v.u., j. 09.05.1996).

⁵⁹² Cf.: “Sociedades privadas. O Poder Judiciário deve evitar, quanto possível, interferir na administração e deliberações dessas pessoas jurídicas, salvo em casos excepcionais” (TJSP, AI 203.386-4/5-00, 1ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. GILDO DOS SANTOS, v.u., j. 18.09.2001).

⁵⁹³ Cf.: NELSON EIZIRIK, ARIÁDNA B. GAAL, FLÁVIA PARENTE e MARCUS DE FREITAS HENRIQUES, *Mercado de capitais: regime jurídico*, cit., n° 7.4.1, p. 256 – os quais informam que “a CVM vem reconhecendo, em reiteradas decisões, que a interrupção do prazo de convocação, com base no aludido dispositivo legal, somente deve ser deferida nas hipóteses em que possa ser verificada, *a priori* e independentemente de extensa dilação probatória, a existência de ilegalidades flagrantes nas deliberações a serem submetidas à assembléia geral”.

abuso não valem. A autarquia não pode deixar de considerar os danos decorrentes da sua medida⁵⁹⁴.

5.2.2.5. Repressão às medidas judiciais temerárias ou de combate.

A propositura de medidas judiciais, foi isso longamente exposto nos itens anteriores, pode constituir exteriorização de uma prática minoritária abusiva, que busca obstar o regular andamento da sociedade e forçar a realização de acordo que possibilite à minoria alienar suas participações, ou mesmo adquirir as da maioria, em condições de vantagem. Ofende-se, assim, o dever societário de lealdade e, antes de tudo, o dever de lealdade processual⁵⁹⁵. No entanto, por não ter o direito brasileiro vivenciado o fenômeno norte-americano das ações de combate (*strike-suits*) – que, vale reiterar, até mesmo naquele país, trouxe reflexos positivos sobre a administração das sociedades –, não há em nossa lei processual instrumentos específicos para obstar ou, pelo menos, acautelar a parte contrária de danos que a propositura de ação temerária pode causar no seio da coletividade. Assim sendo, na falta de mecanismos específicos para de antemão obstar ou dificultar esse tipo de iniciativa danosa, restam apenas os mecanismos gerais de sancionamento, de repressão, ao abuso do processo⁵⁹⁶ – em especial as sanções decorrentes da litigância de má-fé (CPC, arts. 17 e 18), consistentes na obrigação de reparar o dano causado e pagar multa, sanções essas notoriamente insuficientes. Em situações limítrofes e apenas na hipótese de a propositura de ações temerárias se incluírem no contexto maior de uma *atividade* de grave violação dos deveres sociais, a exclusão do sócio (CC, arts. 1.030 e 1.085) seria também cogitável⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ Cf.: NELSON EIZIRIK, ARIÁDNA B. GAAL, FLÁVIA PARENTE e MARCUS DE FREITAS HENRIQUES, *Mercado de capitais: regime jurídico*, cit., nº 7.4.1, p. 258: “ao decidir sobre o pedido de interrupção, cabe à Comissão levar em consideração os possíveis prejuízos que um adiamento da Assembléia Geral destinada a deliberar sobre operações relevantes acarretaria para as companhias envolvidas”.

⁵⁹⁵ Discorrendo sobre o princípio da lealdade processual, JOSÉ FREDERICO MARQUES lembrava que “o processo não pode servir de instrumento para a realização de direitos em conflito com o dever moral. Com a proibição do exercício abusivo do direito de ação e do direito de defesa, os atos processuais são forçados a estrita subordinação aos valores éticos” (*Instituições de direito processual civil*, vol. II, 4ª ed. RJ : Forense, 1971, nº 322, pp. 111-112).

⁵⁹⁶ Sobre o abuso de processo, é bastante proveitosa a leitura da bela tese de HELENA NAJJAR ABDO (*O abuso do processo*, SP : RT, 2007).

⁵⁹⁷ Estamos intencionalmente deixando de analisar possíveis sanções penais, embora, quanto a isso, não nos pareça inconcebível imaginar hipótese em que o exercício de ação constitua autêntica prática criminosa.

Na realidade, como registramos noutra local⁵⁹⁸, o direito societário brasileiro clama, de há muito, por um sistema próprio e efetivo de regras para solucionar os conflitos societários – com a ampliação da legitimação extraordinária dos sócios, ainda que contra a prestação de caução, como previsto em dispositivo da nossa lei acionária (LSA, art. 246, § 1º, *b*)⁵⁹⁹; a previsão de foro da sociedade como foro geral de litígios societários e regras próprias sobre conexão, reunião de processos, intervenção de terceiros e limites subjetivos da coisa julgada. A manutenção do caótico sistema atual, que é, ao mesmo tempo, restrito e pouco efetivo, só interessa ao litigante que não tem razão, seja minoritário ou controlador. Há de ser, pois, aperfeiçoado.

5.2.3. Abuso dos poderes de retirada simples e de recesso.

O direito de retirada em sentido amplo – ou direito de auto-desvinculação – compreende o direito de recesso (CC, art. 1.077; e LSA, art. 137) e o direito de retirada simples (CC, art. 1.029) e, em qualquer uma das modalidades, o seu exercício acarreta o desfazimento do vínculo societário que une o sócio à sociedade e aos demais sócios, dando ensejo, conforme o caso, ao processo de reembolso ou apuração de haveres, ao final do qual o retirante recebe da sociedade, que é a devedora principal, o pagamento do valor de suas participações societárias; conseqüentemente, o capital social fica potencialmente exposto à redução (CC, art. 1.031, § 1º; e LSA, art. 45, § 6º) – sendo que a devolução de quantias ao retirante, em qualquer caso, não é patrimonialmente indiferente à sociedade, aos demais sócios e aos credores sociais, o que bem explica a cogência das regras legais envolvidas e a previsão de outros instrumentos de garantia dos credores (CC, art. 1.032; e LSA, art. 45, §§ 7º e 8º).

⁵⁹⁸ MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)*, cit., notas 2 e 3, pp. 414-415.

⁵⁹⁹ No direito brasileiro, as *ações derivadas* – que vêm a ser ações propostas em nome próprio por acionistas, na condição de substitutos processuais (CPC, art. 6º), em prol da sociedade (substituída) – têm previsão expressa na lei acionária, para algumas hipóteses específicas (LSA, art. 159 e 246), e constituem autêntico direito de minoria, exercitável por acionista ou grupo de acionistas que reúna ações representativas de pelo menos 5% do capital social – ou o percentual inferior que, nas companhias abertas, a CVM venha a fixar por escala (LSA, art. 291), ressalvada a excepcional hipótese em que, no âmbito dos grupos societários de fato, o seu exercício é deferido a qualquer acionista, desde que preste caução às custas e honorários de advogado no caso de vir a ação ser julgada improcedente (LSA, art. 246, § 1º, *b*). Lamenta-se, aliás, que essa legitimação extraordinária não tenha sido estendida para o âmbito das sociedades isoladas, da mesma forma como se deplora que, dentre as regras societárias do Código Civil, não exista qualquer menção às ações derivadas, fato que tem obrigado a doutrina a realizar verdadeiros contorcionismos exegéticos para transpor esses instrumentos para os tipos societários lá regulados, em especial as sociedades simples e limitadas.

O *direito de recesso* propriamente dito – que surgiu, pela primeira vez, no Código Comercial italiano de 1882⁶⁰⁰ e, depois, seguindo movimento pendular ascendente, alastrou-se pelo direito continental europeu e, no Brasil, veio a ser recepcionado em 1919⁶⁰¹ – é direito potestativo ou formador (vide subitem 2.7.1, *supra*), exercitável no interesse do próprio sujeito ativo através de declaração unilateral e receptícia de vontade, e admitido somente diante da ocorrência de hipóteses taxativamente previstas em lei⁶⁰². Juridicamente, qualifica-se como contra-remédio (“poder ou contra-direito potestativo”, nas palavras de Fábio Konder Comparato), estruturado que foi como contrapartida à ampliação das hipóteses em que o contrato social poderia ser alterado por decisão majoritária. É dizer, ao possibilitar que o contrato social pudesse ser alterado substancialmente através de decisão majoritária, o legislador deu, em contrapartida, o direito de auto-desvinculação ao sócio que não tenha prestado o seu assentimento às alterações introduzidas. Compreende-se, pois, que o remédio encontre nas sociedades por ações e nas limitadas a sua sede natural.

O direito de recesso é direito essencial (e, portanto, intangível, irrenunciável, inerente à qualidade de sócio e independente da participação detida) e o seu exercício pressupõe a existência de deliberação majoritária, à qual o retirante não tenha votado favoravelmente⁶⁰³⁻⁶⁰⁴, devendo sempre ser exercido dentro de prazo decadencial fixado em

⁶⁰⁰ Cf.: FRAN MARTINS, *Recesso por mudança do objeto*, ‘in’ *Direito societário: estudos e pareceres*, RJ : Forense, 1984, p. 53. O instituto nasce por efeito do reconhecimento do poder de introdução nos estatutos de alterações através de deliberação majoritária. Esse fenômeno de acréscimo de poderes do órgão deliberante, segundo explica FRANCESCO GALGANO, teve início “con l’art. 14 della legge francese 23-29 maggio 1863, ad ammettere modificazioni a maggioranza per alcuni casi particolari; si finì poi con il riconoscere alla maggioranza – in Italia già con il codice di commercio del 1882 (art. 158) – un generale potere di modificare ogni disposizione dell’atto costitutivo” (*La società per azioni*, cit., n° 2, pp. 365-366).

⁶⁰¹ Pelo art. 15 do DL. n° 3.708/1919, que regulava as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, inspirado no art. 41 da lei portuguesa de 1901 sobre a mesma matéria (cf.: FRAN MARTINS, *Retirada de sócio por permissão contratual e apuração de haveres*, ‘in’ *Novos estudos de direito societário*, cit., p. 232).

⁶⁰² O reconhecimento do direito de recesso constitui derrogação do princípio da indissolubilidade unilateral dos contratos e não pode, portanto, ser admitido fora das hipóteses previstas em lei ou no contrato (cf.: FRANCESCO GALGANO, *Derecho comercial*, vol. 2, cit., n° 4.24, p. 141; GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, cit., nota 2285-1, p. 2.313; e GIUSEPPE FERRI, *Delle società*, ‘in’ *Commentario del Codice Civile* – a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna : Nicola Zanichelli editore, 1955, p. 238).

⁶⁰³ Podem exercê-lo não apenas os que votaram contrariamente à deliberação (dissidentes), mas também os ausentes e os abstenentes (cf.: FRAN MARTINS, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2 – tomo I, cit., n° 613, p. 263; J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3° vol., cit., p. 139; LUCAS ÊNIO DE REZENDE, *Comentários à Lei das Sociedades por Ações* – coords. Geraldo de Camargo Vidigal e Ives Gandra da Silva Martins, SP : Forense Universitária, 1999, p. 431; e RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, 2° vol., cit., n° 374, p. 161), e essa mesma inteligência é aplicável ao recesso regulado no art. 1.077 do CC (cf.: ARNOLDO WALD, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV, RJ : Forense, 2005,

lei. Cuida-se, ainda, de direito titulado, pois apenas o sócio pode exercê-lo, e ninguém mais em seu nome. É, outrossim, poder indivisível, porquanto, ao manifestá-lo, o sócio retira-se da sociedade com a totalidade de suas participações; o recesso parcial é vedado no direito brasileiro⁶⁰⁵, como regra⁶⁰⁶. Além disso, o direito de recesso não é sanção por ato ilícito e não depende de prova de prejuízo (exceção feita às hipóteses previstas no inc. I do art. 137 da Lei das S/A, na qual esse pressuposto veio expresso)⁶⁰⁷; no mais, verificada a hipótese

nº 1.506, pp. 519-520; HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, *Curso de direito comercial*, vol. 2, SP : Malheiros, 2006, nº 1.12.2.4.2, p. 135; e MODESTO CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, cit., p. 246). No passado, o tema suscitou discussões. Alguns negavam legitimação aos ausentes. Outros negavam aos abstenentes, sob o argumento, de caráter sancionatório, de que estes “não cooperaram com o seu voto para que não fosse aprovada a proposta” (J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Manual das sociedades por ações*, cit., nº 238, p. 148), posição essa que acabaria por levar o acionista indeciso a rejeitar a matéria, para não correr o risco de ser penalizado com a sua indecisão. Correto, porém, era e é entender que o abstenente também se opôs à deliberação, “porque el que no vota a favor se considera que se opone, dado que tal voto no si tiene en cuenta al computar la mayoría necesaria para los acuerdos que generan este derecho” (ISAAC HALPERÍN, *Manual de sociedades anónimas*, Buenos Aires : Depalma, 1965, nº 46, p. 341). Nos tribunais, essa interpretação é hoje pacífica: “O conceito de acionista dissidente a que se refere a Lei nº 6.404/76 é bastante abrangente; inclui não só o que comparece e vota contra a deliberação da assembléia, como o que esteve ausente ou o que, embora comparecendo, por qualquer razão, deixou de votar” (STJ, REsp 570.028-AP, 3ª Turma, Rel. Min. CASTRO FILHO, v.u., j. 03.03.2005, DJU 02.05.2005).

⁶⁰⁴ Os que votaram a favor poderão só poderão exercer o recesso se lograrem invalidar os seus votos por vício de consentimento (cf.: HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, *Curso de direito comercial*, vol. 2, cit., nº 1.12.2.4.2, p. 135; e PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA, *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo Código Civil*, cit., nº 2, p. 20).

⁶⁰⁵ Cf.: LUCAS ÊNIO DE REZENDE, *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*, cit., p. 423.

⁶⁰⁶ A única hipótese de recesso parcial talvez esteja naquela situação em que o sócio adquire novas ações após a publicação do edital de convocação da assembléia geral extraordinária em que foi aprovada a deliberação que motivou o recesso: as novas ações possivelmente estarão excluídas do recesso – isso se não prevalecer o entendimento (a nosso ver, criticável) segundo o qual, ao adquirir novas ações sabendo da possível aprovação de material relevante, o sócio teria prestado, por antecipação, o seu tácito assentimento às modificações projetadas e, com isso, não poderia, ao depois, exercer o recesso, no todo ou em parte.

⁶⁰⁷ Interpretando o art. 1.077 do CC, parcela considerável da doutrina tem entendido que apenas a alteração contratual prejudicial ao interesse do sócio, que causa prejuízo à sua posição contratual, concede direito de recesso; do contrário, não (vide: DANIEL MOREIRA DO PATROCÍNIO, *Sociedade limitada: comentários*, SP : Juarez de Oliveira, 2008, p. 125; MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, *Sociedade limitada no novo Código Civil*, SP : Atlas, 2003, nº 7.5, p. 129; e MODESTO CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, cit., p. 253). Outros cogitam da aplicação analógica dos arts. 136 e 137 da Lei das S/A, “para minimizar o risco de equivocada generalização da expressão empregada no art. 1.077 do CC” (JORGE LOBO, *Sociedades limitadas*, vol. I, RJ : Forense, 2004, nº 8.1.1.2.1.1, p. 229). Outros, ainda, indo além da letra da lei, afirmam que o recesso só poderia haver nos casos de alteração contratual por efeito de fusão, incorporação ou cisão (cf.: PLÍNIO PAULO BING, *Sociedade limitada*, RS : Sergio Antonio Fabris editor, 2006, nº V.7.8.1, p. 183). Conquanto se possa concordar de *lege ferenda* com algumas das críticas feitas por tais autores, a verdade é que a lei não restringiu o recesso e, assim, o contemplou para as alterações contratuais de forma genérica, sem indagar da sua extensão ou efeitos; a lei não exige a presença ou a demonstração de prejuízo real ou potencial, ou de lesão aos seus interesses, sendo descabida, pois, a exigência de legítimo interesse (cf.: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Lições de direito societário*, vol. I, cit., nº 124, pp. 286-287; ARNOLDO WALD, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV, cit., nº 1.500, p. 517; EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO, *Sociedade de responsabilidade limitada*, SP : Quartier Latin, 2004, nº 10.4, p. 234; FÁBIO TOKARS, *Sociedades limitadas*, SP : LTr, 2007, nº 2.4, p. 360; PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA, *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo Código Civil*, cit., nº 2, pp. 13-14; e TARSIS NAMETALA SARLO JORGE, *Manual das sociedades limitadas*, RJ : Lumen Juris, 2007, nº 16.2.4, p. 265).

legalmente estabelecida, o sócio está legitimado a exercê-lo e o valor a que faz jus não depende da prova do “dano” sofrido⁶⁰⁸.

O *direito de retirada simples*⁶⁰⁹, por outro lado, embora também se qualifique como direito potestativo exercitável por meio de declaração unilateral e receptícia de vontade, não foi estruturado como contra-remédio ao princípio majoritário; não tem como pressuposto a alteração substancial das bases contratuais. Seu fundamento principiológico, de acordo com a doutrina dominante, radica diretamente no princípio constitucional da liberdade de associação (CF, art. 5º XVII)⁶¹⁰. Daí porque, nas sociedades por tempo indeterminado, a retirada é concedida pela só vontade do sócio (denúncia vazia); apenas nas sociedades por prazo determinado é que se exige a demonstração de justa causa.

O direito de recesso encontra-se previsto na Lei das Sociedades por Ações e no Código Civil; o direito de retirada simples, apenas no Código Civil. Nos itens seguintes, analisaremos, brevemente, a sua estruturação e os meios preventivos de que se valeu o legislador para evitar os abusos.

5.2.3.1. Notas sobre recesso na Lei das S/A.

No sistema da lei acionária, o direito de recesso encontra-se difusamente estabelecido (LSA, arts. 136, 137, 221, 230, 236, 256, 264, 252, 270, 296 298) e com grande largueza, suscitando críticas por parte de alguma doutrina. Mais do que isso, em tempos recentes, e contra a previsão de respeitável jurista⁶¹¹, verificou-se que o mesmo

⁶⁰⁸ EDUARDO SILVEIRA CLEMENTE destaca que “o exercício do direito de retirada pelo acionista dissidente prescinde de qualquer análise de prejuízo associada ao dano, próprio da responsabilidade civil, devendo se cogitar apenas do interesse eventualmente atingido” (*Direito societário concreto & outros estudos*, Campinas : Russel, 2005, p. 143).

⁶⁰⁹ Sobre o tema, vide: EVY CYNTHIA MARQUES, *Direito de retirada de sócio de sociedade simples/civil e sociedade limitada no direito comparado e no Brasil*, ‘in’ *Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França, SP : Quartier Latin, 2009, pp. 237-260.

⁶¹⁰ Em realidade, o fundamento do recesso nas sociedades por prazo indeterminado reside precisamente na inadmissibilidade de um vínculo que tenha duração ilimitada ou que se protraia por toda a vida humana (cf.: GIUSEPPE FERRI, *Delle società*, cit., p. 238).

⁶¹¹ TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, ao comentar o direito de recesso na antiga lei acionária e tendo em consideração uma realidade social menos degenerada do que a atual, dizia, resolutamente, que “não há possibilidades de abusos. A maioria, com efeito, ao tomar a resolução, sabe quais são as conseqüências desta e deve estar pronta para as enfrentar. A minoria, em dissídio, também sabe que direito lhe assiste e quais são as vantagens ou desvantagens que lhe podem advir do exercício do direito de recesso” (*Sociedade por ações*,

vinha sendo utilizado de forma desvirtuada, como autêntico instrumento de especulação financeira (característico daquilo que se convencionou chamar de “indústria do recesso”), voltado à obtenção de ganhos ilegítimos, em contraste com a função primordial do instituto. Observou-se, com efeito, que alguns indivíduos estavam a adquirir participações societárias em bolsa para, na seqüência, exercer o direito de recesso e, com isso, obter o reembolso das ações pelo valor patrimonial, superior ao valor de bolsa pelo qual adquiriram os títulos, lucrando, assim, com a diferença entre o valor (reduzido) de compra e o valor (elevado) do reembolso⁶¹². Havia, aí, manifesto desvirtuamento do instituto, em prejuízo direto para a companhia, acionistas e credores sociais. Por isso, a partir da Lei nº 9.457/1997 e nas reformas subsequentes, o legislador pátrio, no particular, criou restrições ao recesso: eliminando-o nos casos em que a sociedade de capital aberto possui liquidez no mercado; e restringindo-o em várias outras situações. Assim, o acionista dissidente de deliberação da assembléia, inclusive o titular de ações preferenciais sem direito de voto, agora apenas pode exercer o direito de reembolso das ações de que, comprovadamente, era titular na data da primeira publicação do edital de convocação da assembléia, ou na data da comunicação do fato relevante objeto da deliberação, se anterior (LSA, art. 137, § 1º). Esta regra de propriedade contemporânea das ações veio justamente para evitar que indivíduos, cientes de que a companhia iria deliberar matéria que autoriza direito de recesso, pudessem adquirir títulos acionários às vésperas do conclave para, depois, obter ganhos financeiros com o reembolso⁶¹³. Mais do que isso, o legislador também veio a permitir que os estatutos contemplem regras específicas sobre a determinação do valor do reembolso, o qual, entretanto, somente poderá ser inferior ao valor do patrimônio líquido constante do último balanço aprovado pela assembléia-geral, se estipulado com base no valor econômico da companhia, a ser apurado em avaliação (LSA, art. 45, § 1º). Também aqui, o intuito do

vol. II, cit., nº 560, p. 235). A mentalidade patológica de especuladores *outsiders* passou-lhe ao largo das cogitações, como se vê.

⁶¹² O problema já vinha sendo denunciado pela doutrina desde longa data (vide: ÁLVARO AUGUSTO BRANDÃO CAVALCANTI, *Das sociedades anônimas: sua estrutura e dinâmica*, RJ : Freitas Bastos, 1978, nº 236, p. 159).

⁶¹³ De forma arrojada, antes mesmo da consagração da regra legal, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, com apoio na interpretação funcional do instituto, que o indivíduo que adquiriu as ações após a convocação da assembléia geral de reforma dos estatutos não poderia exercer o recesso: “Sociedade anônima. Direito de recesso. Lei 6.404/76, art. 137. O direito de recesso visa a garantir a posição do sócio minoritário, quando ocorram modificações substanciais nos estatutos da sociedade, ou que possam afetar o significado econômico das ações de que seja titular. Não merece essa proteção o simples propósito de auferir lucros injustificados como se verifica com a aquisição das ações após a convocação da assembléia que objetiva introduzir as modificações estatutárias de que pode resultar o direito de retirada. Entendimento que se justificava antes mesmo da modificação introduzida pela Lei 9.457/97, tendo em vista a norma de interpretação constante do

legislador foi acabar com o ganho entre o valor de aquisição e o valor do reembolso. O que se procurou, em suma, foi coibir os abusos.

5.2.3.2. Notas sobre retirada e recesso no CC-2002.

No sistema do Código Civil, o legislador regulou tanto o direito de retirada simples (CC, art. 1.029), no capítulo destinado a reger as sociedades simples, como o direito de recesso, apenas para as limitadas (CC, art. 1.077).

O *direito de retirada simples*, aplicável aos tipos societários que se utilizam supletivamente das regras da sociedade simples, foi estruturado no direito vigente, com grande largueza: “além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa” (CC, art. 1.029, *caput*)⁶¹⁴. Ou seja, nas sociedades por tempo indeterminado, é suficiente a denúncia com pré-aviso; nas de prazo determinado, requer-se a comprovação de justa causa, exigência essa perfeitamente compreensível. Pois, ao contratarem por prazo determinado, os sócios reciprocamente se obrigaram a, durante todo o período convencionado, manter o capital investido na sociedade e, com maior ou menor extensão (dependendo da estrutura real adotada), colaborar para a consecução do fim comum; a desistência imotivada, nessas condições, seria inadmissível, porquanto a retirada de recursos ou a falta de prestação pessoal prometida pode inviabilizar o prosseguimento da atividade social para a qual a sociedade foi constituída. Embora o legislador não tenha descrito ou enunciado quais motivos configuram “justa causa”, deixando assim à doutrina e à jurisprudência a função de concretizar os contornos do conceito jurídico indeterminado, não se deve, em qualquer caso, adotar exegese excessivamente liberalizante, até porque a saída antecipada do sócio pode prejudicar a continuidade da exploração da atividade e, em

artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil” (STJ, REsp 197.329-SP, 3ª Turma, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, v.u., j. 02.02.1998, DJU 17.05.2999, RSTJ 119/365).

⁶¹⁴ Adotou o legislador pátrio regra análoga à do art. 2285 do CC it.: “Art. 2285. Recesso del socio. Ogni socio può recedere dalla società quando questa è contratta a tempo indeterminato o per tutta la vita di uno dei soci. Può inoltre recedere nei casi previsti nel contratto sociale ovvero quando sussiste una giusta causa. Nei casi previsti nel primo comma il recesso deve essere comunicato agli altri soci con un preavviso di almeno tre mesi”. Em Portugal, o legislador pretendeu dar maior concreção à regra, especificando algumas situações que, no âmbito da sociedade em nome coletivo, constituiriam justa causa legitimadora da retirada (CSC, art. 185, 2).

princípio, representa uma alteração do compromisso inicialmente assumido pelo sócio de permanência na sociedade, só se justificando em casos realmente fundados⁶¹⁵. Em todo caso, a alegação de quebra de *affectio societatis* (que é consequência, e não causa que possa ser sempre tida por justa) não pode, de per si, legitimar a retirada⁶¹⁶.

O *direito de recesso em sentido estrito* no Código Civil, por sua vez, tem previsão somente para as sociedades limitadas⁶¹⁷ e é concedido ao sócio não-anuente, genericamente, “quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra” (CC, art. 1.077). Na realidade, bastaria tivesse o legislador concedido o recesso nos casos de “modificação do contrato” *tout court*, para assim já

⁶¹⁵ Assim, “la giusta causa di recesso *ex art.* 2285, comma 2, C.C., è sempre da ricollegare alla violazione di obblighi contrattuali o all’innosservanza dei doveri di fedeltà, di lealtà, di diligenza e di correttezza, incidenti sulla natura fiduciaria del rapporto sociale” (Trib. Pavia, 21.04.1989, *Le Società*, 1989, 945). Justa causa para o exercício do direito de retirada em sociedades por prazo determinado não de ser não só aquelas resultantes do descumprimento de deveres de sócio – lealdade e colaboração –, mas, também, fatos pessoais ao retirante, que venham a ser considerados como graves a partir de juízo de valor a ser exercido diante do caso concreto. Poderão ser motivos que digam respeito à condição individual e extrassocietária do sócio ou, ainda, atos que se refiram aos demais sócios e que, não fosse o desejo do retirante desligar-se, poderiam fundamentar pedido deste para exclusão do outro sócio ou para a dissolução da própria sociedade. Reportando-se ao conceito de justa causa, FRANCESCO GALGANO observa que “la jurisprudencia hasta ahora ha acogido de ella una concepción muy restrictiva; según esta, ‘el concepto de justa causa se vincula a la violación ajena de obligaciones contractuales o de deberes de lealtad, de fidelidad, de diligencia o de corrección que inciden sobre la índole fiduciaria de la relación’. Sin embargo, no se podría racionalmente negar la presencia de una justa causa de retiro en otros casos, que no se pueden reducir al incumplimiento de los otros socios” (*Derecho comercial*, vol. 2, cit., nº 4.24, p. 141). Ainda no direito italiano, GASTONE COTTINO também sustenta que “tra le possibili giuste cause, vi sono molteplici situazioni non necessariamente collegate a un inadempimento o ad un illecito o a una vera e propria situazione di impossibilità, che attengono alla sfera personale del socio (malattia, incarichi di lavoro, trasferimento in altra sede, revoca dell’autorizzazione all’esercizio dell’impresa ad es.) o alle vicende interne della società (dissidio insanabile tra i soci che non si concretizzi in una richiesta di scioglimento di essa, inerzia dei consoci nei confronti di comportamenti pregiudizievoli degli amministratori) o alla presenza di cause di esclusione di un socio: le quali sono idonee, perché non preordinate, a giustificare la rottura del vincolo” (*Diritto commerciale*, vol. 1º – tomo 2º, cit., nº 44, p. 145). Na mesma linha, FRIEDRICH KÜBLER sustenta, no direito alemão, que o conceito de justa causa deve compreender “también circunstancias no imputables al socio, como la enfermedad del propio denunciante o la insolvencia sobrevinda de uno de los socios. La denuncia extraordinaria también está justificada cuando la relación de confianza entre los socios resulta perturbada por el comportamiento de cualquiera de ellos que genera en los demás la sospecha de que está actuando deslealmente” (*Derecho de sociedades*, cit. p. 120).

⁶¹⁶ Cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA e MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, “*Affectio societatis*”: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”, in’ *Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva), cit., pp. 156-159; CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO, *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. I, cit., pp. 498-499; MÁRCIO TADEU GUIMARÃES NUNES, *Dissolução parcial, exclusão de sócio e apuração de haveres nas sociedades limitadas*, SP : Quartier Latin, 2010, pp. 109-112; e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA e ALFREDO LAMY FILHO, *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. I, cit., pp. 35-36 – os últimos dos quais anotam: “A idéia de que a *affectio societatis* é requisito para a continuidade da existência do contrato, e não apenas para sua formação, implica tornar a obrigação de cooperar sujeita a condição resolutiva de ato de vontade ou do estado de espírito dos contratantes: se qualquer sócio, alegando cessação da disposição de continuar a sociedade, puder se liberar da obrigação contraída de cooperar, a obrigação é puramente potestativa”.

⁶¹⁷ Nos demais tipos societários regulados no Código Civil, não se há de cogitar de recesso, pois prevalece o princípio da unanimidade para as alterações contratuais substanciais (CC, arts. 999, 1.040 e 1.046).

abranger as hipóteses de fusão e incorporação – e também de cisão, que não foi referida no texto, mas que, por pressupor a mudança do contrato social, também é causa de recesso. Em nenhum momento o legislador condicionou o recesso à demonstração de prejuízo ou de interesse legítimo.

Dada a diversidade de funções e hipóteses deflagradoras, o direito de recesso e o direito de retirada simples não se repelem e, na sociedade limitada, podem conviver⁶¹⁸. Basta imaginar uma sociedade limitada por prazo indeterminado, que continue operando normalmente, sem que os sócios deliberem qualquer alteração contratual. Nesse caso, estaria o sócio eternamente vinculado ou poderia se retirar da sociedade? A nosso ver, se o contrato social contemplar a regência supletiva pelas regras da sociedade simples (CC, art. 1.053, *caput*), poderá o sócio se retirar do quadro social, com a concessão de pré-aviso (CC, art. 1.029); por outro lado, se a regência supletiva for pelas regras da sociedade anônima (CC, art. 1.053, par. ún.), a desvinculação também deverá ser garantida: ou através do retorno ao sistema do Código Civil, diante da ausência de disciplina específica na lei acionária (CC, art. 1.089); ou, numa outra vertente, pela propositura de ação de dissolução parcial – mas, em qualquer caso, assegurado o direito de auto-desvinculação.

Em relação ao valor a que o retirante faz jus, seja no recesso ou na retirada, o legislador pátrio cingiu-se a prever, no Código Civil, que “nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado” (CC, art. 1.031, § 1º). O legislador não definiu aí claramente o

⁶¹⁸ Cf.: EDUARDO GOULART PIMENTA, *Exclusão e retirada de sócios*, BH : Mandamentos, 2004, nº 2, pp. 61-64; MARLON TOMAZETTE, *Curso de direito empresarial*, vol. 1, SP : Atlas, 2008, p. 363; e PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA, *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo Código Civil*, cit., nº 2, p. 16. MAURO RODRIGUES PENTEADO, porém, entende que o art. 1.029 do CC seria inaplicável, porquanto não haveria lacuna na disciplina da sociedade limitada, que prevê o recesso: “Advirta-se que as hipóteses abertas, de retirada, estabelecidas na disciplina das sociedades simples (art. 1.029), não aproveitam aos sócios das limitadas, pois o novo Código só admite a aplicação das regras próprias das primeiras às segundas nas ‘omissões’ do Cap. IV (art. 1.053). E esse capítulo, que trata das limitadas, não silencia sobre o direito de retirada, contendo, ao reverso, norma precisa a respeito (o art. 1.077)” (*Dissolução parcial da sociedade limitada (da resolução da sociedade em relação a um sócio e do sócio em relação à sociedade)*, ‘in’ *Direito de empresa no novo Código Civil* (obra coletiva) – coord. Frederico Viana Rodrigues, RJ : Forense, 2004, nº4.1.2, p. 280). Ainda neste último sentido, vide: OTÁVIO VIEIRA BARBI, *Composição de interesses no aumento de capital das sociedades limitadas*, RJ : Forense, 2007, pp. 44-45.

que se deve entender por “situação patrimonial”⁶¹⁹, mas, de todo modo, autorizou que o contrato social contenha disciplina própria – algo que, de resto, entendíamos já ter previsão no Código Comercial (CCom, art. 302, 7) e no Código de Processo Civil de 1939 (CPC-1939, art. 668), expressamente mantido em vigor pelo atual (CPC, art. 1.218, VII) –, sendo que os limites desta nova disciplina ainda não foram testados, nem pela doutrina nem pela jurisprudência. O direito alemão conta com belíssimo material sobre os limites da cláusula de pré-determinação do valor dos haveres (*Abfindungsklausel*); o direito brasileiro ainda não iniciou sequer o debate, que na doutrina recente aparece acanhado. É certo, no entanto, que, nesta seara, os princípios gerais que vedam o enriquecimento sem causa (CC, art. 876), proscrevem estipulações violadoras da boa-fé e dos bons costumes (CC, arts. 166, 187 e 422), censuram a sociedade leonina (CC, art. 1.008) e, até mesmo, os princípios hauridos do direito das sucessões (como o que impede o testamento conjuntivo⁶²⁰), podem e devem ser invocados na verificação da validade da disciplina contratual. Eis aí mais um capítulo do moderno direito societário a clamar análise séria no direito brasileiro.

5.2.3.3. Recesso e retratação na Lei das S/A e no CC-2002.

Nos dois tópicos anteriores, verificou-se, em linhas breves, que o direito de retirada em sentido amplo – direito de auto-desvinculação – abrange o direito de recesso propriamente dito e o direito de retirada, sendo que, na ocasião, se procurou destacar as restrições e os instrumentos de desestímulo criados pelo legislador para, em última análise, evitar o desvirtuamento dos institutos; o seu abuso. Agora, verificaremos as soluções que o sistema jurídico pátrio concede como reação à retirada ou ao recesso manifestado pelo sócio, para impedir a concretização dos seus efeitos patrimonialmente negativos.

No *sistema da lei acionária*, exercido o direito de recesso pelos acionistas, a lei concede a possibilidade de reconsideração da deliberação; dá aos acionistas o direito de retratação. De fato, se os órgãos da administração entenderem que o pagamento do preço

⁶¹⁹ A dúvida que se põe é saber se “situação patrimonial” corresponde necessariamente a valor patrimonial contábil, valor patrimonial real ou valor econômico. A regra brasileira é análoga à do direito italiano, onde acabou por prevalecer o entendimento de que o legislador não afastou a aplicação do valor econômico.

⁶²⁰ Sobre o tema, confira-se o instigante estudo de A. FERRER CORREIA, no qual, ao tratar das convenções de liquidação de quotas, pugna pela observância das regras cogentes que proscrevem testamentos conjuntivos e pactos sucessórios irrevogáveis (*Convenções de liquidação de quota pelo último balanço e liberalidade*, ‘in’ *Estudos de direito civil, comercial e criminal*, Coimbra, 1985, pp. 215-234).

de reembolso das ações aos acionistas dissidentes, que exerceram o direito de retirada, porá em risco a estabilidade financeira da empresa, poderão, nos dez dias seguintes ao término do prazo para o exercício do direito de recesso, convocar nova assembléia geral. Esta, por sua vez, poderá ratificar ou, então, reconsiderar a deliberação (LSA, art. 137, § 3º)⁶²¹, hipótese em que, desaparecido o motivo ensejador, fica também sem efeito o recesso manifestado pelos acionistas. Observe-se que a reconsideração da deliberação constitui ato da assembléia geral, e não da administração, que apenas tem a iniciativa de convocar o órgão deliberante.

No *sistema do Código Civil*, não há regra análoga para a hipótese de recesso em sociedade limitada (CC, art. 1.077). Não existe previsão expressa sobre se os sócios remanescentes podem, à vista do recesso manifestado, convocar a assembléia para revogar a deliberação anteriormente tomada, tal como previsto na lei acionária (LSA, art. 137, § 3º). Não se trata aqui de debater se a assembléia geral pode ou não revogar a deliberação anteriormente tomada, pois isso é indisputável⁶²², e sim discutir a eficácia dessa revogação. Numa sociedade limitada regida supletivamente pela lei acionária (CC, art. 1.043, par. ún.), o intérprete poderia procurar abrigo na aplicação subsidiária da regra da lei acionária⁶²³. Mas e nos demais casos? A nosso ver, não bastará a mera previsão do poder de revogação

⁶²¹ A reconsideração, ratificação ou revogação da precedente deliberação assemblear ensejadora do exercício do direito de recesso frustra (nem por isso, ilegítimamente) as expectativas dos minoritários e, só por isso, pode dar margem a questionamentos judiciais. Caso desta espécie foi abordado em parecer de WALDIRIO BULGARELLI: o grupo minoritário, que havia exercido o recesso, impugnou a assembléia de reconsideração, argumentando que, na ordem do dia desta, não teria sido declarada a intenção de rever a anterior deliberação, mas apenas a eliminação de determinados artigos dos estatutos, artigos esses cuja anterior inclusão era precisamente a razão do recesso: o formalismo foi a via trilhada para tentar privar de efeitos a deliberação de retratação (*Sociedade que alterou seu estatuto para admitir a criação de ações preferenciais e que perante a invocação do exercício do direito de recesso por grupo minoritário dissidente revogou a decisão em nova assembléia geral; impugnação dos dissidentes incabível perante as regras de hermenêutica e a razoável interpretação da lei*, 'in' *Questões atuais de direito empresarial*, SP : Malheiros, 1995, pp. 183-189).

⁶²² A sociedade pode revogar as suas deliberações, mas não é disso que aqui se trata, segundo destaca JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO: "Na realidade, ninguém imaginaria, em sã consciência, que a deliberação de uma assembléia geral, a qualquer tempo convocada e realizada, não pudesse revogar a resolução de outra assembléia geral. Tal possibilidade decorre, a bem dizer, do princípio, aliás inscrito na lei, segundo o qual a assembléia geral tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento. É o que geralmente se costuma designar como a expressão da soberania das assembléias gerais das sociedades anônimas. O que mais interessa, porém, não é a viabilidade de uma tal revogação, pois essa não se discute, senão a eficácia dessa mesma revogação perante terceiros e, mais precisamente, face ao acionista dissidente que manifestou o recesso" (*Direito de retirada e poder de retratação*, RDM 44/24).

⁶²³ Cf. (admitindo a revogação da deliberação assemblear, se houver aplicação subsidiária da Lei das S/A): PLÍNIO PAULO BING, *Sociedade limitada*, cit., nº V.7.8.2, p. 187.

no contrato social⁶²⁴ – precisamente porque o direito de recesso é direito essencial, insuscetível de ser eliminado ou restringido pela vontade das partes; só a lei é que poderia ter esse efeito. Assim, a questão que se coloca é: de que forma chegar ao dispositivo da lei acionária, se esta não é fonte supletiva do Código Civil, e sim o inverso (CC, art. 1.089)? Esse caminho não existe e aponta para a conclusão de que, no caso, a reconsideração não é possível⁶²⁵: exercido o recesso, terá lugar a apuração e o pagamento dos haveres do retirante (note-se que o vínculo societário não se rompe apenas com o pagamento dos haveres⁶²⁶; a extinção do vínculo societário dá-se a partir do momento em que a declaração unilateral e receptícia de vontade chega ao conhecimento do sujeito passivo⁶²⁷, sendo que, a partir de então, também não há mais oportunidade para a revogação do recesso ou manifestação de arrependimento por parte do sujeito ativo, salvo, é claro, se com isso estiver de acordo a parte contrária).

5.2.3.4. Retirada inoportuna no CC-2002.

A imperfeição da disciplina do Código Civil positiva-se não apenas no trato do direito de recesso (CC, art. 1.077), mas, também, no que se refere ao direito de retirada (CC, art. 1.029) e, em especial, nas sociedades simples por tempo indeterminado (CC, art. 1.029).

Com efeito, exercido o direito de retirada simples de má-fé ou de forma inoportuna numa sociedade por tempo indeterminado, quais seriam então os remédios para os remanescentes? O laconismo do legislador, que nesse ponto transportou a deficiente regra italiana (CC it, art. 1733), deixou margem para uma situação verdadeiramente difícil.

⁶²⁴ Em sentido contrário (julgando válida e eficaz cláusula contratual de eliminação do recesso pela revogação da deliberação assemblear): PLÍNIO PAULO BING, *Sociedade limitada*, cit., nº V.7.8.2, p. 187. Ainda em sentido diverso, vide nota seguinte.

⁶²⁵ Cf.: PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA, *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo Código Civil*, cit., nº 2, p. 12 – registrando que “a eficácia do recesso, uma vez notificada a sociedade, não pode ser obstaculizada por qualquer ulterior deliberação da sociedade”. Em sentido contrário (entendendo que o direito de retratação existe independentemente da previsão em regra legal): EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO, *Sociedade de responsabilidade limitada*, cit., nº 10.9 (pois “a ausência de permissão não implica proibição”); e TARSIS NAMETALA SARLO JORGE, *Manual das sociedades limitadas*, cit., nº 16.2.5, p. 269.

⁶²⁶ Em sentido diverso, MODESTO CARVALHOSA afirma que, enquanto os haveres não forem pagos, “a relação jurídica decorrente do estado de sócio mantém-se íntegra para todos os efeitos, notadamente para o pleno exercício dos direitos patrimoniais e sociais do sócio junto à sociedade e perante os demais sócios” (*Comentários ao Código Civil*, vol. 13, cit., p. 250).

⁶²⁷ Cf.: GIUSEPPE FERRI, *Delle società*, cit., p. 241.

Na disciplina atual, não foi repetida a regra que proscrevia o direito de retirada exercido de maneira intempestiva ou de má-fé. Essa regra, que existia para as sociedades civis no Código Civil anterior (CC-1916, arts. 1.404 a 1.406⁶²⁸) e que remontava ao direito romano (e é contemplada em diversos outros sistemas jurídicos⁶²⁹), pretendia evitar, por exemplo, que o sócio pudesse, em autêntico ato de arrependimento, logo depois de constituída a sociedade, ou mesmo no momento em que se avizinhassem nuvens no horizonte, retirar-se da sociedade para receber os seus haveres em condições favorecidas (sendo pago durante a vida da sociedade, e não apenas ao fim do processo de liquidação, depois de satisfeitos todos os credores sociais e na mesma moeda utilizada para os demais); evitar, ainda, que o sócio, ao tomar conhecimento de determinados fatos, viesse a desligar-se do quadro social para, na sequência, isoladamente apropriar-se das oportunidades negociais de que teve conhecimento na condição de sócio.

Pois bem, se a salutar regra do sistema anterior não foi repetida, qual é o remédio jurídico para sancionar ou obstar o exercício do direito de retirada de má-fé ou de forma intempestiva⁶³⁰? Ora, quanto a isso, de forma expressa, o legislador contemplou apenas a possibilidade dos remanescentes decidirem pela dissolução total da sociedade (CC, art.1.029, par. ún.). O prazo para o exercício desta opção não foi fixado claramente na lei, mas parece razoável entender que deva ser dentro do prazo legal de pagamento dos haveres. A vantagem oferecida pela via da dissolução total aos remanescentes é garantir que o retirante não receberá o valor de suas participações societárias por efeito de uma avaliação e, sim, apenas irá receber, da mesma forma que os demais, ao fim do processo de liquidação, ao longo do qual os ativos serão realizados e o passivo será pago (CC, art. 1.008). Assegura-se, assim, que um sócio não se retire da sociedade em condições

⁶²⁸ Os preceitos do revogado Código Civil de 1916 tinham o seguinte conteúdo: “Art. 1.404. A renúncia de um dos sócios só dissolve a sociedade (art. 1.399, V), quando feita de boa-fé, em tempo oportuno, e notificada aos sócios 2 (dois) meses antes”.

⁶²⁹ Em direito comparado, vide: CC ch, art. 2110.

⁶³⁰ O que vem a ser a denúncia intempestiva ou de má-fé? O Código Civil chileno houve por bem conceituá-las, conforme destaca CARLOS GILBERTO VILLEGAS: “Hay mala fe en el socio que renuncia para ‘apropiarse’ de una ganancia que debía pertenecer a la sociedad, según la regla del art. 211. Estimamos que corresponde interpretar incluidos en esta causa aquellos casos de competencia ‘desleal’ del socio, que ‘deriva’ un negocio que era para la sociedad a fin de realizarlo él personalmente. Y es intempestiva aquella renuncia presentada cuando su separación es perjudicial a los intereses sociales, como, por ejemplo, cuando la cooperación del socio es necesaria para un negocio determinado, como lo ejemplifica el art. 2112” (*Tratado de las sociedades*, Santiago : Editorial Jurídica de Chile, 1995, n° 7.5, p. 184).

vantajosas, deixando para trás os passivos ocultos e as contingências para os demais⁶³¹. No entanto, do ponto de vista da repressão ao abuso, a dissolução total é insuficiente. É que, objetivamente aferido, esse remédio dado pelo legislador é a própria morte da sociedade, algo que, em muitos casos, era precisamente o que o prevaricador, desde o início, desejava.

No entanto, outra solução para este mesmo problema talvez caiba ser construída. De efeito, a partir da interpretação sistemática das regras legais, alguma doutrina cogita, como alternativa à dissolução total, a responsabilização do sócio retirante de má-fé pelo pagamento de perdas e danos. O fundamento desta responsabilidade radicaria no princípio geral da boa-fé objetiva e, mais especificamente, nos deveres anexos que dele irradiam⁶³². Forte nos arts. 187, 421 e 422 do Código Civil, Arnaldo Wald afirma que “o direito de retirada, para ser legítimo, deve ser exercido de boa-fé pelo sócio, observando o fim social para o qual a sociedade foi constituída”, concluindo que “o exercício do direito de retirada poderá configurar abuso de direito, ou seja, um ato ilícito”, sujeitando o sócio a responder por perdas e danos, pois “em regra, não há nulidade no ato praticado, mas sim um caso que poderá gerar a responsabilidade civil nos termos do art. 186”⁶³³. Pela mesma linha, Alfredo de Assis Gonçalves Neto põe em destaque a incompletude da regra atual, em comparação à dos revogados artigos do Código Civil de 1916, para na seqüência concluir: “O fato de o art. 1.029 silenciar sobre essas condicionantes não implica deixar de levá-las

⁶³¹ Em nossa vivência prática, já fomos consultados, à undécima hora, por sócios remanescentes que, por conta da retirada de um sócio e das mazelas do processo judicial (e das perícias nele feitas, às vezes, por mentes inescrupulosas), se viram diante de haveres judicialmente apurados em valor dezenas de vezes superior ao patrimônio social, sendo que, como solução tardia (depois de transcorrido o biênio da rescisória), só restava a auto-falência (LRF, art. 105), a fim de evitar que todo o patrimônio fosse absorvido pelo pagamento do retirante, e as dívidas fiscais e trabalhistas (frente as quais as regras de limitação de responsabilidade são relegadas ao oblívio) recaíssem sobre o patrimônio particular dos remanescentes. Noutro caso, deparamo-nos com laudo de perícia contábil no qual um criminoso perito chegou ao cúmulo de *somar* o valor da conta investimento de diversos balanços sucessivos para, depois, candidamente dizer que o valor despendido pela parte em certo empreendimento corresponderia ao resultado dessa abstrusa soma; o incrível é que, no caso, o “desavisado” perito, vivamente “aplaudido” pelos patronos da parte contrária, errou até mesmo as operações elementares de soma e subtração, e usou pseudo-balanços de um mesmo exercício social, juntados pela parte contrária, com valores distintos; o mais inaudito, inacreditável, espantoso, é que a estroenga foi solenemente homologada em primeira instância e, depois, confirmada pelo tribunal – que disse não lhe caber a tarefa de analisar matéria técnica (ainda que a “técnica” fosse apenas a matemática elementar de pleno domínio de pedreiros e padeiros).

⁶³² Além disso, estaria em consonância com a própria origem do instituto da dissolução parcial da sociedade, criado pela jurisprudência exatamente para relativizar os efeitos do pedido de dissolução total formulado por sócio (CCom, art. 335, 5). É antigo o escoreito entendimento no sentido de que “a faculdade que a lei encerra não autoriza abusos, uma vez que os direitos não são absolutos e não pode ser exercida proveitosamente se intempestiva ou animada de má-fé” (STF, RE 9.929, Rel. Min. OROZIMBO NONATO, v.u., j. 04.01.1946, RT 166/843).

⁶³³ ARNALDO WALD, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV, cit., n°s 688-697, pp. 230-233.

em consideração. O exercício regular do direito de retirada precisar estar afinado com o princípio da boa fé e com o da função social do contrato (CC, arts. 421 e 422), sabendo-se que, na sistemática do Código Civil, a sociedade entre os contratos está inserida”⁶³⁴.

Pois bem. Conquanto essa alternativa através da via das perdas e danos seja juridicamente aceitável – na medida em que o dever societário de lealdade tem inclusive vigência pós-contratual⁶³⁵, conforme acima estudado (no subitem 3.3.2.2.5) –, o problema é a sua clara insuficiência para reprimir a retirada inoportuna. Em primeiro lugar, porque a indenização pecuniária é sempre substitutiva e, portanto, imperfeita: o interesse dos sócios e da sociedade não é colher perdas e danos, mas evitar a consumação dos prejuízos; os efeitos inibidores desta potencial sanção sobre o ímpeto do potencial retirante são diminutos. Em segundo lugar, a alternativa depende da via jurisdicional, sempre lenta e arrastada, sem que se saiba se, até o fim da pendenga, a sociedade conseguirá sobreviver ou se o patrimônio do retirante irá se manter. Em terceiro lugar, por fim, existem as inúmeras dificuldades ínsitas na tarefa de demonstrar o prejuízo e o nexo causal, a tornar incerta e pouco atrativa a demanda. Assim, embora apreciável e válida a alternativa, sobretudo para a retirada de má-fé, não nos parece efetiva para a retirada inoportuna.

Na realidade, a solução mais justa e eficaz para sancionar o exercício inoportuno do direito de retirada está no decreto de *ineficácia* da própria retirada ou na sua postergação no tempo, tal como defendido na Alemanha⁶³⁶. Era, aliás, o que se entendia à

⁶³⁴ ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito de empresa*, cit., nº 211, pp. 243-244. De forma semelhante, OTÁVIO VIEIRA BARBI radica o dever de indenizar na regra do art. 187 do CC: “Assim é que, embora não se possa, diante do que dispõe o art. 5º, XX, da Constituição da República, impedir o quotista de se retirar da sociedade (quanto mais havendo hipótese de recesso), é sustentável a sua responsabilização por abuso de direito, conforme permite o art. 187 do Código Civil” (*Composição de interesses no aumento de capital das sociedades limitadas*, cit., nº 7.3, p. 78).

⁶³⁵ Cf.: ADOLF BAUMBACH e KLAUS J. HOPT, *Handelsgesetzbuch, Handelsgesetzbuch*, 29ª ed. München : C. H. Beck, 1995, § 109, nº 24, pp. 383-384; e KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 20 IV 1, p. 588, e *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, 2ª ed. München : C.H. Beck/Vahlen, 2006, § 105, nº 188, p. 74.

⁶³⁶ O direito de retirada na sociedade em nome coletivo encontra-se regulado no § 132 do HGB: “§ 132 [Kündigung eines Gesellschafters]. Die Kündigung eines Gesellschafters kann, wenn die Gesellschaft für unbestimmte Zeit eingegangen ist, nur für den Schluß eines Geschäftsjahrs erfolgen; sie muß mindestens sechs Monate vor diesem Zeitpunkte stattfinden” (ou seja: § 132 (Denúncia de um sócio). Se a sociedade foi constituída por tempo indeterminado, a denúncia do sócio só produz efeitos no término do exercício social; deve ser manifestada, no mínimo, seis meses antes desta data). À luz do § 132 do HGB, a doutrina e os tribunais alemães têm entendido que “uma denúncia abusiva é ineficaz” (KARSTEN SCHMIDT, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, cit., § 132, nº 20, p. 631: “eine missbräuliche Kündigung ist unwirksam”). O direito de retirada também é previsto na Alemanha para as sociedades civis (BGB § 723), entendendo igualmente a doutrina que, nas sociedades por tempo

luz da disciplina anterior (CC-1916, arts. 1.405 e 1.406). Mas como chegar a esta mesma solução nos quadrantes do direito positivo atual? Do princípio da boa-fé objetiva (CC, art. 422), não cremos seja possível extrair, como sanção, a ineficácia do ato de retirada. A possível solução – arrojada e questionável, adiantamos desde logo – parece radicar noutro princípio geral contratual. Com efeito, se a sociedade é contrato (plurilateral e associativo, sem dúvida, mas ainda assim contrato), tal como estabelece claramente a lei (CC, art. 981), o caminho talvez esteja justamente na transposição para a órbita societária da regra do art. 473, par. ún., do Código Civil, que prescreve: “Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”⁶³⁷. Diz-se arrojada a tese, porque outras tantas dificuldades poderiam ser antepostas à sua aplicação (por exemplo, saber se num contrato plurilateral teria aplicação a regra que leva em conta a participação da contraparte; aceita a sua incidência, definir se se aplica apenas aos sócios-fundadores ou, ao revés, teria aplicação àqueles que ingressaram na sociedade já constituída; e, por fim, definir quais seriam os critérios temporais para o seu balizamento⁶³⁸). Ainda assim, é mais um caminho a ser trilhado pelos estudiosos.

No entanto, ao invés de considerar ineficaz a denúncia e manter no quadro social o desertor, talvez fosse mais apropriado o juiz admitir a resilição do vínculo

indeterminado, a denúncia inoportuna é ineficaz (cf.: FRIEDRICH KÜBLER, *Derecho de sociedades*, cit., p. 120).

⁶³⁷ Comentando a regra, ARAKEN DE ASSIS destaca: “a denúncia somente se tornará eficaz, nos termos do art. 473, par. ún., depois de o contrato de duração vigorar por ‘prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos’ (...). O princípio da boa-fé impede que ocorra a denúncia antes que haja um retorno mínimo dessas inversões financeiras. Tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto, da complexidade do negócio e do usos do comércio jurídico (...). Fatalmente, incumbirá ao juiz avaliar se a denúncia respeitou tal prazo mínimo de vigência do contrato, imposto pelo princípio da boa-fé, ou seja, se ela foi, ou não, oportuna” (*Comentários ao Código Civil brasileiro* – coords. Arruda Alvim e Thereza Alvim, vol. V, RJ : Forense, 2007, nº 184.3, p. 577).

⁶³⁸ A regra italiana (CC it, art. 1733) também não restringiu temporalmente o recesso em sociedades por tempo indeterminado. GIUSEPPE FERRI, porém, entendia inadmissível o exercício do poder de auto-desvinculação, antes de concluído o primeiro ciclo produtivo: “Così ritengo che, per quanto non sia fissato un termine, il recesso non possa essere esercitato prima ancora che siasi iniziata l’attività sociale o prima che siasi concluso il primo ciclo produttivo; che ad es. nelle società aventi por oggetto l’esercizio di un’attività agricola non possa essere il recesso esercitato prima delle chiusura dell’anno agrario o del ciclo di rotazione delle colture. Insomma la buona fede del recedente non è più richiesta espressamente, in quanto è ormai principio generale, applicabile ad ogni contratto, la buona fede nell’interpretazione e nell’esecuzione dei contratti, non già perché se ne possa prescindere” (*Delle società*, cit., pp. 239-240). É um critério, sem dúvida, a considerar.

societário, mas, ao mesmo tempo, sopesar as condições do exercício de denúncia, o comportamento e as justificativas do retirante, bem como a conduta da sociedade e dos demais sócios, para, assim, se for o caso, fixar prazo mais dilargado para o pagamento dos haveres – ou ordenar o seu pagamento em parcelas – de modo a dar efetividade ao dever de contribuição que o desertor renegou, sem descapitalizar a sociedade ou, quando menos, sem privá-la do capital de giro. Seria outro caminho, ainda com respaldo na regra legal.

5.2.4. Abuso na convocação de assembléia geral.

O direito de convocação da assembléia geral a pedido dos sócios constitui procedimento de certo interesse prático nas sociedades de dimensão modesta, “na qual pode existir uma real dialética assemblear entre maioria e minoria”, como bem observa Gastone Cottino⁶³⁹, mas, mesmo nas demais sociedades, é providência fundamental para que outros direitos sociais gozem de eficácia, notadamente quando o exercício destes depende da recusa expressa da assembléia geral (LSA, art. 159, § 4º) ou, então, quando a lei societária assegura aos minoritários direitos de eleição em separado de membros dos órgãos de administração (LSA, arts. 16, 18 e 141) ou fiscalização (CC, art. 1.066, § 2º; LSA, art. 161, § 4º). Trata-se de direito instrumental, geneticamente vinculado a direitos essenciais e insuscetível de supressão ou limitação pelo estatuto ou contrato social⁶⁴⁰.

A generalidade das mais modernas legislações societárias o consagra, ainda que com diferenças sensíveis. Em alguns países, por exemplo, prevê-se que a administração deverá convocar a assembléia geral, quando requerido por sócios representando uma fração qualificada do capital social, com a indicação das matérias a serem tratadas; não sendo o requerimento atendido, concede-se então aos sócios o direito de reclamar à autoridade competente (judicial ou administrativa), a qual, depois de ouvir a administração e sopesar os motivos da recusa, decidirá e, se o caso, convocará a assembléia, indicando a pessoa para

⁶³⁹ GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. 1º – tomo 2º, cit., nº 98, p. 347: “Si tratta di una procedura di un certo rilievo pratico nelle società di dimensioni modeste in cui può esistere una reale dialettica assembleare tra maggioranze e minoranze”.

⁶⁴⁰ Cf.: GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISA, *Della società per azioni*, tomo I, cit., p. 614 – segundo os quais a regra “è indubbiamente inderogabile e il diritto che da essa deriva alla minoranza non potrà essere né soppresso né limitato da una clausola dell’atto costitutivo”.

presidi-la. É o modelo adotado, com variações, na Itália (CC it., art. 2367)⁶⁴¹, na Suíça (OR, art. 699)⁶⁴², em Portugal (CSC, art. 375º)⁶⁴³ e na Argentina (LSA, art. 236º)⁶⁴⁴. Diversamente, na Alemanha o tribunal não convoca a assembléia, mas autoriza os acionistas-requerentes a fazê-lo (AktG § 122⁶⁴⁵). Na França, ainda diferentemente, a lei

⁶⁴¹ CC it: “Art. 2367. (Convocazione su richiesta della minoranza). Gli amministratori o il consiglio di gestione devono convocare senza ritardo l’assemblea, quando ne è fatta domanda da tanti soci che rappresentino almeno il decimo del capitale sociale o la minore percentuale prevista nello statuto, e nella domanda sono indicati gli argomenti da trattare. Se gli amministratori o il consiglio di gestione, oppure in loro vece i sindaci o il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione, non provvedono, il tribunale, sentiti i componenti degli organi amministrativi e di controllo, ove il rifiuto di provvedere risulti ingiustificato, ordina con decreto la convocazione dell’assemblea, designando la persona che deve presiderla. La convocazione su richiesta di soci non è ammessa per argomenti sui quali l’assemblea delibera, a norma di legge, su proposta degli amministratori o sulla base di un progetto o di una relazione da essi predisposta”. Sobre o tema, vide: FILIPPO MURINO, *Codice Comentato delle S.p.A.* (obra coletiva) – coord. Giuseppe Fauceglia e Giorgio Schiano di Pepe, tomo II – parte 1, Torino : UTET, 2007, pp. 392-397; FRANCESCO GALGANO, *La società per azioni*, cit., nº 3, p. 224; FRANCESCO GALGANO e RICCARDO GENGINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., nº 3, pp. 352-353; GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ, *Della società per azioni*, tomo I, cit., pp. 612-614; e GIOVANNI ARIETA e FRANCESCO DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., nº 144, pp. 557-560.

⁶⁴² OR: “Art. 699. Einberufung und Traktandierung (...). 3. Die Einberufung einer Generalversammlung kann auch von einem oder mehreren Aktionären, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals vertreten, verlangt werden. Aktionäre, die Aktien im Nennwert von 1 Million Franken vertreten, können die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes verlangen. Einberufung und Traktandierung werden schriftlich unter Angabe des Verhandlungsgegenstandes und der Anträge abgelehrt. 4. Entspricht der Verwaltungsrat diesem Begehren nicht binnen angemessener Frist, so hat der Richter auf Antrag des Gesuchsteller die Einberufung anzuordnen”. Ou seja: “Art. 699. Convocação e Inclusão na ordem do dia (...). 3. A convocação de uma assembléia geral também pode ser exigida por um ou mais acionistas, representando em conjunto pelo menos 10 por cento do capital social. Acionistas, representando o valor nominal de 1 milhão de francos, poderão exigir a inclusão na ordem do dia de questão a ser tratada. A convocação e a inclusão na ordem do dia devem ser requeridas por escrito mediante indicação do assunto a ser tratado e das propostas. 4. Se o Conselho de Administração não atender o pedido dentro em prazo razoável, cabe ao juiz ordenar a pedido do requerente a convocação”. No direito acionário suíço, portanto, acionistas representando 10% (dez por cento) do capital social podem requerer a convocação da assembléia geral – e acionistas que representem uma participação societária de um milhão de francos suíços podem, também, requerer a inclusão de tema na ordem do dia. Tanto o pedido de convocação, como o de inclusão de tema na ordem do dia, devem ser formulados por escrito, indicando o objeto e a proposta. Se o conselho de administração não atender ao pedido em prazo razoável, a convocação será ordenada judicialmente, a pedido dos requerentes.

⁶⁴³ No direito português, prevê-se a convocação da assembléia a requerimento de um ou mais acionistas que possuam ações correspondentes a 5% do capital social (CSC, art. 375º, 2) e, para a hipótese desse requerimento (feito por escrito e dirigido ao presidente, com as menções exigidas pela lei) não ser deferido (CSC, art. 375º, 5), a lei prevê a convocação judicial da assembléia (CSC, art. 375º, 6), cujas despesas constituirão encargo da sociedade (art. 375º, 7).

⁶⁴⁴ LSA: “Convocatoria: oportunidad. Plazo. Artículo 236. Las asambleas ordinarias y extraordinarias serán convocadas por el directorio o el síndico en los casos previstos por la ley, o cuando cualquiera de ellos lo juzgue necesario o cuando sean requeridas por accionistas que representan por lo menos el cinco por ciento del capital social, si los estatutos no fijaran una representación menor. En este último supuesto la petición indicará los temas a tratar y el directorio o el síndico convocará la asamblea para que se celebre en el plazo máximo de cuarenta días de recibida la solicitud. Si el directorio o el síndico omite hacerlo, la convocatoria podrá hacerse por la autoridad de contralor o judicialmente”.

⁶⁴⁵ AktG: “§ 122. Einberufung auf Verlangen einer Minderheit (1) Die Hauptversammlung ist einzuberufen, wenn Aktionäre, deren Anteile zusammen den zwanzigsten Teil des Grundkapitals erreichen, die Einberufung schriftlich unter Angabe des Zwecks und der Gründe verlangen; das Verlangen ist an den Vorstand zu richten. Die Satzung kann das Recht, die Einberufung der Hauptversammlung zu verlangen, an eine andere Form und an den Besitz eines geringeren Anteils am Grundkapital knüpfen. § 142 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend. (2) In gleicher Weise können Aktionäre, deren Anteile zusammen den zwanzigsten Teil des Grundkapitals oder den

societária não condiciona às expressas o recurso à via judicial a prévio requerimento à administração e, quando deferido o pedido do sócio, a convocação da assembleia é feita por mandatário judicial designado pelo tribunal de comércio (CCom, art. L. 225-103)⁶⁴⁶.

No direito brasileiro, porém, a regra aparece melhor estruturada: concede-se aos sócios não apenas o poder de solicitar à administração a convocação da assembleia geral, mas, inclusive, no caso de recusa ou inação desta, o poder de fazê-lo pessoalmente. O direito de convocação substitutiva de assembleia ou reunião de sócios tem previsão no art. 123, par. ún., *b a d*, da LSA, para as sociedades por ações⁶⁴⁷; no art. 60 do CC, para as

anteiligen Betrag von 500.000 Euro erreichen, verlangen, daß Gegenstände auf die Tagesordnung gesetzt und bekanntgemacht werden. Jedem neuen Gegenstand muss eine Begründung oder eine Beschlussvorlage beiliegen. Das Verlangen im Sinne des Satzes 1 muss der Gesellschaft mindestens 24 Tage, bei börsennotierten Gesellschaften mindestens 30 Tage vor der Versammlung zugehen; der Tag des Zugangs ist nicht mitzurechnen. (3) Wird dem Verlangen nicht entsprochen, so kann das Gericht die Aktionäre, die das Verlangen gestellt haben, ermächtigen, die Hauptversammlung einzuberufen oder den Gegenstand bekanntzumachen. Zugleich kann das Gericht den Vorsitzenden der Versammlung bestimmen. Auf die Ermächtigung muß bei der Einberufung oder Bekanntmachung hingewiesen werden. Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. (4) Die Gesellschaft trägt die Kosten der Hauptversammlung und im Fall des Absatzes 3 auch die Gerichtskosten, wenn das Gericht dem Antrag stattgegeben hat” (ou seja: “§ 122. A convocação a pedido da minoria. (1) A assembleia geral deve ser convocada, quando pedida por escrito com indicação da finalidade e das razões por acionistas, cujas ações alcancem a vigésima parte do capital social; o pedido deve ser dirigido à diretoria. O estatuto pode fazer depender o direito de exigir a convocação da assembleia geral de outra forma e a uma participação menor no capital social. (2) Da mesma forma podem acionistas cujas participações cheguem a representar em conjunto a vigésima parte ou a quantia de 500.000 Euros do capital social, exigir que assuntos sejam incluídos na ordem do dia e tornados públicos. Cada assunto deve estar acompanhado de uma justificação ou de uma proposta para deliberação. O pleito conforme a alínea 1 deve ser encaminhado à sociedade com a antecedência mínima de 24 dias, e em sociedades com ações em bolsa com pelo menos 30 dias, antes da assembleia, não se computando o dia do encaminhamento. (3) Se o pedido não for atendido, poderá a Justiça autorizar os acionistas que fizeram o pedido, a convocar a assembleia e tornar público o assunto. Concomitantemente pode a Justiça determinar quem presidirá a assembleia. Quando da convocação ou da publicação, a autorização deve ser ressaltada. A decisão é recorrível por meio da reclamação de interposição imediata. (4) A sociedade arca com os custos da assembleia geral e no caso da alínea e também com as custas judiciais, no caso de a Justiça houver concedido o pedido”).

⁶⁴⁶ No direito francês, acionista ou grupo de acionistas que reúnam ao menos 5% (cinco por cento) do capital social podem demandar em juízo a designação pelo presidente do tribunal de comércio de um mandatário judicial encarregado de convocar a assembleia geral (CCom., art. L. 225-103); na hipótese de comprovada urgência, admite-se que o pedido de nomeação de mandatário judicial possa ser feito por qualquer interessado (acionista, debenturista, credor ordinário etc.). Em qualquer caso, o pedido deverá ter respaldo no interesse social e, para tanto, é submetido a prévio controle judicial: “le juge peut apprécier les motifs de la demande, afin de vérifier s’ils sont conformes à l’intérêt social, et non à la satisfaction de fins propres aux demandeurs (CA Colmar, 24.09.1975: *D.* 1976. 348, note Y. GUYON; CA Paris, 15.03.1990: *D.* 1992. somm. 179, obs. J. CL. BOUSQUET; CA Paris, 15.09.1992: *Dr. Sociétés*, mai 1993, n° 98, obs. H. LE NABASQUE)” (PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, cit., n° 794, p. 508). Ainda sobre o tema: JOSEPH HAMEL, GASTON LAGARDE e ALFRED JAUFFRET, *Droit Commercial*, tome I – 1° vol., cit., n° 690, pp. 460-461; YVES GUYON, *Droit des affaires*, tomo 1, cit., n° 448, pp. 490-491; PHILIPPE MERLE, *Droit commercial: sociétés commerciales*, cit., n° 461, pp. 540-541; ASTRID MIGNON-COLOMBET, *L’exécution forcée en droit des sociétés*, Paris : Economica, 2004, n°s 72-79, pp. 68-76. Além da convocação da assembleia, o direito francês também concede a acionista ou grupo de acionistas que reúnam ao menos 5% (cinco por cento) do capital social (ou menor percentual fixado para companhias abertas), o poder de requerer a inscrição de determinadas matérias na ordem do dia.

⁶⁴⁷ A lei atual segue a orientação da lei anterior (DL. n° 2.627/1940, art. 89, par. ún.).

associações, e no art. 1.073, I, do mesmo código, para as sociedades limitadas; e no art. 38, § 2º, da Lei nº 5.764/1971, para as cooperativas. De maneira geral, portanto, o órgão deliberativo pode ser convocado: (1º) por qualquer sócio, quando os administradores retardarem, por mais de 60 (sessenta) dias, a convocação, nos casos previstos em lei, no contrato ou nos estatutos; ou (2º) por sócio ou grupo de sócios que representem no mínimo 5% (cinco por cento) do capital social de sociedade anônima⁶⁴⁸, ou 1/5 (um quinto) ou 20% (vinte por cento), no mínimo, do capital social de sociedade limitada, quando os administradores não atenderem, no prazo de 8 (oito) dias, pedido de convocação que apresentarem, devidamente fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas⁶⁴⁹. Na primeira situação, o direito de convocação é deferido a qualquer sócio e prescinde de prévio requerimento administrativo, precisamente porque o pressuposto de incidência da regra é a precedente infração incorrida pela administração. Na segunda, porém, existe direito de minoria, precisamente porque o pressuposto fático da convocação do órgão não se encontra objetivamente estabelecido, de tal modo que o legislador pátrio exige, assim, o atendimento de certos pressupostos de legitimação⁶⁵⁰, a saber: (i) que sócio ou grupo de sócios, reunindo a participação mínima exigida tenham apresentado o pedido de convocação à administração⁶⁵¹ e os administradores não o tenham atendido no prazo de 8

⁶⁴⁸ Na redação original da lei acionária, o percentual era calculado sobre o capital votante, o que excluía alguns desse direito, mas, de outro lado, restringia o universo a considerar. A Lei nº 9.457/1997 manteve o percentual anterior, mas toma por base todo o capital social, o que significa dizer que, de um lado, ampliou o direito a acionistas privados de direito de voto e, de outro, também ampliou consideravelmente a base de cálculo, restringindo assim as condições para o seu efetivo exercício.

⁶⁴⁹ A lei acionária prevê ainda a possibilidade de a assembléia ser convocada por acionistas que representem, no mínimo, 5% (cinco por cento) do capital votante ou 5% (cinco por cento) dos acionistas sem direito a voto, quando os administradores não atenderem, no prazo de oito dias, a pedido de convocação de assembléia para a instalação do conselho fiscal (LSA, art. 123, par. ún., d).

⁶⁵⁰ Cf.: “Quando a lei concede ao acionista de uma só ação o poder de, direta e imediatamente, convocar a assembléia geral, o faz ante a caracterizada e definitiva omissão desidiosa da diretoria que, atente-se, retarda por mais de dois meses a convocação de rigor, incontornável, visto que imposta pela lei ou pelos estatutos. Nitidamente outra é a situação dos acionistas de mais de 1/5 do capital social, que pleiteiam a convocação não mais em nome de uma obrigação legal ou estatutária descumprida pela diretoria, mas de um interesse conjuntural. Exatamente porque não há, aqui, um dever legal da diretoria a dispensar provocação, é que se determina a esses interessados a prévia solicitação com aquele efeito. É precisamente isso que explica – e a razão reverte em favor do próprio entendimento – que o acionista de uma só ação possa convocar a assembléia sem pedido prévio, e não o possam fazê-lo acionistas representativos de 1/5 do capital social; pena de ser o dispositivo teratológico” (TJSP, EI 159.405-SP, 4º Gr. Câms. Cív., Rel. VIEIRA DE SOUZA, m.v., j. 09.11.1972). SÉRGIO JOSÉ DULAC MÜLLER compara as hipóteses previstas nas alíneas do art. 123, par. ún., da Lei das S/A e afirmar haver aí uma certa hierarquia: “o alargamento do direito de convocação vai se dando na medida em que as irregularidades existentes, presumidas ou imaginadas, sejam mais graves” (*Direitos essenciais dos acionistas*, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003, nº 5.2, p. 94).

⁶⁵¹ Cf.: “Sociedade anônima. Convocação de assembléia geral por acionistas (...). Falta de prévio pedido ou notificação dos administradores (...). Para convocar assembléia geral, é necessário exigir previamente que os administradores o façam” (TJRJ, Ap. 2002.001.18426, 9ª CC, Rel. Des. LAERSON MAURO, v.u., j. 17.12.2002).

(oito) dias; e, além disso, (ii) que o pedido de convocação esteja fundamentado, com a clara indicação das matérias a serem tratadas⁶⁵². Procura-se, assim, evitar abusos da minoria.

Com efeito, a exigência de participação societária mínima para convocação da assembléia é plenamente compreensível: constitui uma espécie garantia de seriedade do requerimento⁶⁵³ e, segundo frisa Rachel Sztajn, “se não se há de permitir o exercício arbitrário do poder funcional pelos administradores, tampouco se deve facilitar que sócios titulares de frações reduzidas ou ínfimas do capital social exerçam, de modo abusivo, direitos de sócio”⁶⁵⁴. De todo modo, a lei societária brasileira não condiciona a convocação de assembléia à urgência da matéria a tratar⁶⁵⁵. Além disso, o próprio sócio-convocante poderá, sem a necessidade de declinar os motivos, revogar a convocação até o dia em que o conclave deva se realizar, através da publicação de avisos; não poderão fazê-lo, porém, outros sócios ou os administradores, sob pena de tirar-se com uma mão o que foi dado com a outra⁶⁵⁶: a revogação por quem não convocou a assembléia ou reunião é ineficaz e, portanto, não obsta a sua regular instalação.

Uma deficiência sentida na legislação brasileira, capaz de albergar abusos da administração ou do controlador, é a falta de fixação em lei do prazo máximo dentro do qual a assembléia, cuja convocação tenha sido requerida pelos sócios, deva se realizar – o que permite que, na aparência, a administração social atenda ao pedido dos sócios, mas, na essência, o denegue, marcando a data do conclave para dali a muitos meses. Quanto a isso,

⁶⁵² FRAN MARTINS, com razão, observou que, “não havendo essa fundamentação, pode a administração deixar de convocar a assembléia e o acionista não terá direito de fazer a convocação, pois não foi cumprido um pressuposto legal para o atendimento pelos administradores” (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2 – tomo I, cit., nº 550, p. 163).

⁶⁵³ Cf.: GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ, *Della società per azioni*, tomo I, cit., p. 612 – os quais afirmam que “il legislatore ha ritenuto che tale minoranza costituisca una garanzia sufficiente dalla serietà della richiesta”.

⁶⁵⁴ PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA e RACHEL SZTAJN, *Código Civil comentado*, vol. XI, cit., p. 506. JOSÉ WASHINGTON COELHO também anota que “tal faculdade não deveria, nem poderia ser outorgada a todo e qualquer sócio, independentemente do nível de participação societária, dado que, a aceitar essa indiscriminação, teríamos não a justa proteção do minoritário, mas o embaraço (autêntico impedimento nas empresas com muitos sócios) ao normal desempenho da vida da companhia” (*A nova Lei das Sociedades Anônimas interpretada*, SP : Resenha Universitária, 1977, nº 7.6, p. 13).

⁶⁵⁵ Cf.: JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Convocação de assembléia geral por acionista*, RDM 41/155 – com o correto destaque de que “não se alude, aqui, à ocorrência de motivos graves ou urgentes: qualquer acionista se legitima à convocação para que se cumpra a lei ou o estatuto”.

⁶⁵⁶ Cf.: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2º vol., cit., p. 643, e *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, SP : Saraiva, 2003, p. 21; e JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades anônimas*, vol. II, cit., pp. 40-41.

o direito italiano prevê a necessidade de convocação da assembleia “sem retardo” (“senza ritardo”), de tal modo que a convocação para data muito distante pode ser entendida como ato de grave violação dos deveres legais, legitimando o recurso à medida de denúncia ao tribunal (CC it., art. 2409) e, por efeito, a convocação de assembleia pelo administrador judicial nomeado⁶⁵⁷. Com adaptações, a construção comporta aplicação no direito brasileiro: a convocação de assembleia geral para meses depois do requerimento dos minoritários pode ser entendida como recusa indireta dos administradores, autorizando, com isso, a convocação do conclave pela minoria para data mais próxima⁶⁵⁸. Mas é preciso ter cautela: a manobra fraudulenta precisa restar caracterizada e tal só sucederá se não houver razão consistente para o retardo.

Por fim, havendo convocação substitutiva de assembleia fundada – o que há de ser aferido pela matéria posta em discussão, e não a partir do resultado da deliberação, note-se bem –, a sociedade deverá ressarcir os gastos incorridos pelo sócio⁶⁵⁹, sem embargo da apuração de eventuais responsabilidades dos administradores.

Ainda no plano da detecção e repressão de abusos de minoria – que não raro se manifestam no exercício do direito de convocação da assembleia geral⁶⁶⁰, especialmente por parte de minorias profissionais –, controverte-se sobre saber se, atendidos formalmente os pressupostos de legitimação acima indicados, a administração encontra-se obrigada a sempre atender ao pedido do sócio ou, ao revés, se pode, em autêntico juízo de delibação (isto é, que só *de leve* tangencia o mérito do requerimento⁶⁶¹), apreciar o tema que se

⁶⁵⁷ Cf.: GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ, *Della società per azioni*, tomo I, cit., p. 613 – confirmando que “se gli amministratori fissassero per la riunione una data troppo lontana soltanto allo scopo di frustrare il diritto della minoranza ad ottenere la convocazione dell’assemblea, si avrebbe indubbiamente una grave irregolarità nell’adempimento dei loro doveri e la stessa minoranza troverebbe adeguata tutela contro una simile manovra nella disposizione dell’art. 2409”.

⁶⁵⁸ RENATO OCHMAN propugna a aplicação analógica do prazo previsto no art. 123, par. ún., b, da LSA, de tal modo que o conclave não poderia ser marcado em data superior a 60 (sessenta) dias (*A lacuna do art. 123 da Lei 6.404/76*, RDM 72/91-93).

⁶⁵⁹ Cf.: JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades anônimas*, vol. II, cit., p. 39 – para quem o reembolso das despesas será indevido apenas “se for deliberado, em assembleia geral, que estes obraram com abuso de direito; o indeferimento do pedido por motivos outros, próprios das discussões e divergências em assembleias, não dispensa a companhia do reembolso, porquanto isso também pode ocorrer em convocações assembleares feitas pelos administradores da companhia”.

⁶⁶⁰ “Altro caso ricorrente di abuso del diritto della minoranza riguarda la richiesta di convocazione dell’assemblea” (FRANCESCO GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione: storia del principio di maggioranza*, Bologna : Il Mulino, 2007, p. 181).

⁶⁶¹ A expressão “juízo de delibação” é utilizada pelos processualistas italianos (“giudizio di delibazione”) para descrever a cognição do juiz no processo de homologação de sentença estrangeira: “Delibação, como

pretende incluir na ordem do dia para, se entender que o mesmo é abusivo, deixar de convocar a assembléia geral. Quanto a isso, Modesto Carvalhosa afirma, de forma enfática, que, atendidos os pressupostos formais, “não poderão os administradores recusar o pedido do sócio sob qualquer fundamento, inclusive de inconsistência do pedido ou de que no mérito a solicitação não encontra fundamento jurídico”⁶⁶². Ricardo Tepedino repercute essa mesma opinião⁶⁶³. De nossa parte, se é verdade que não é da competência da administração emitir um juízo de valor sobre a oportunidade e conveniência do conclave ou, por maior razão, deixar de atender ao requerimento por interesses próprios (p. ex., quando a sua permanência no cargo estiver em debate⁶⁶⁴), consideramos que existe espaço, sim, para uma espécie de juízo de delibação, exatamente para a administração social não dar trânsito a pedidos infundados, inconseqüentes, lesivos ao interesse social e danosos à sociedade; não fosse assim, nem se compreenderia a necessidade de fundamentação do pedido por parte dos minoritários. Não é outra a orientação prevalente na doutrina⁶⁶⁵ e na

explica AMÍLCAR DE CASTRO, é vocábulo que vem do latim (*delibatio – onis*), e que significa ‘tirar, colher um pouco alguma coisa’, e ainda ‘tocar de leve, saborear, provar, no sentido de experimentar, examinar, verificar’. Portanto, com a palavra delibação o que se pretende exprimir, em direito processual, ‘é que o tribunal, tomando conhecimento da sentença estrangeira, para mandar executá-la, toca de leve apenas em seus requisitos externos, examinando a sua legitimidade, sem entrar no fundo, ou mérito, do julgado’” (JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, vol. V, RJ : Forense, 1960, nº 1.337, pp. 436-437). A transposição do conceito pareceu-nos aqui oportuna.

⁶⁶² MODESTO CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, cit., p. 210 – acrescentando ainda que “não cabe à administração da sociedade constituir-se em juízo da conveniência, da oportunidade ou da legalidade ou legitimidade do pedido. A presente norma outorga o direito ao sócio qualificado de requerer a convocação e de efetivá-la, desde que preencha unicamente os requisitos formais, independentemente, portanto, do mérito do seu pedido. O fundamento que constará do pedido de convocação será examinado pelos sócios em assembléia. Somente nesta, mediante discussão e deliberação, apurar-se-á a procedência ou não. Portanto, a assembléia será convocada e instalada em conformidade com o pedido do sócio qualificado, não podendo os administradores obstar sua realização, sob qualquer pretexto ou juízo de valor”.

⁶⁶³ RICARDO TEPEDINO, *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. I, cit., p. 894. Na mesma linha é também a lição de JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO (*Convocação de assembléia geral por acionista*, RDM 41/157).

⁶⁶⁴ Sobre o tema, há parecer de WALDIRIO BULGARELLI (*Convocação de assembléia geral para destituição dos administradores de sociedade cooperativa por associados minoritários*, ‘in’ *Questões atuais de direito empresarial*, cit., pp. 244-250).

⁶⁶⁵ Na doutrina italiana, GIOVANNI ARIETA e FRANCESCO DE SANTIS referem-se à necessidade de “evitare l’adozione di deliberazioni di oggetto illecito o impossibile o ispirate a mero intento di disturbo o di «chicane»” (*Diritto processuale societario*, cit., nº 144.6, nota 19, p. 559). Por sua vez, GIAN FRANCO CAMPOBASSO afirma que “gli amministratori possano sottrarsi all’obbligo di convocazione dell’assemblea solo quando gli argomenti specificati nella domanda siano impossibili o illeciti, o rientrino nelle materia per le quali non ammette la convocazione su richiesta della minoranza”, embora anote a existência de jurisprudência segundo a qual “il rifiuto di convocazione sia legittimo anche quando i soci perseguono fini di mero disturbo (Trib. Milano, 7-5-1987, ‘in’ *Giur. comm.* 1987, II, 812, con nota di RIMINI; Trib. Milano, 21-11-1994, ivi, 1995, II, 586, con nota critica di PEROTTO; App. Palermo, 15-10-1998, ‘in’ *Vita not.*, 2000, 366” (*Diritto commerciale*, vol. 2, cit., nº 3, nota 3, p. 313). Ainda sobre o tema, vide: FILIPPO MURINO, *Codice Comentato delle S.p.A.* (obra coletiva) – coord. Giuseppe Fauceglia e Giorgio Schiano di Pepe, tomo II – parte 1, Torino : UTET, 2007, nota 2367-2, p. 396; e GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, cit., nota 2367-4, p. 2.399.

jurisprudência⁶⁶⁶ italianas. Tal não significa, porém, que o arbítrio possa se instalar. Diante da recusa ou da inércia, os próprios administradores poderão ter as suas responsabilidades (civil e, se o caso, administrativa) questionadas, caso venham a desatender o pedido da minoria, sem razão suficiente⁶⁶⁷: a regra de conduta a balizar a administração deve ser aquela dada pelo dever de diligência (LSA, art. 153; e CC, art. 1.011). Por essa mesma razão, se a administração social curvar-se, de forma mecânica, servil e acrítica, a pedidos claramente abusivos da minoria e, com isso, ocasionar a convocação caprichosa e desnecessária da assembléia geral, poderá também ser chamado a responder (CC, art. 1.016; e LSA, art. 158), sem prejuízo da responsabilidade dos próprios responsáveis pelo abusivo pedido de convocação do órgão social, desde que, evidentemente, se componham na espécie todos os pressupostos do dever de indenizar, hipótese em que, afora outros danos, deverão ressarcir todos os gastos gerados para a sociedade.

Ainda no plano da prevenção de abusos, parece certo que, se em concreto a administração entender que o requerimento dos minoritários merece trânsito (ou, melhor dizendo, que não há impedimento ao seu acolhimento), deverá providenciar a convocação da assembléia geral, para tanto observando, na elaboração da ordem do dia, os pontos

⁶⁶⁶ Cf.: “Gli amministratori hanno il diritto-dovere di non accedere a richieste che appaiono *illegittime*, immotivate, *inutilmente ripetitive* e come tali rivelatrici di mero *spirito di chicane*” (Trib. Milano, 07.05.1997, in *Giur. comm.*, 1987, II, p. 812, com nota de RIMINI). “Gli amministratori hanno il diritto-dovere di non accedere a richieste che appaiono *illegittime*, immotivate e *inutilmente ripetitive* e come tali rivelatrici di mero *spirito di chicane*; resta salvo, ovviamente, in caso di diniego della richiesta di convocazione, il diritto dei richiedenti di esperire tutti i rimedi previsti dalla legge” (Trib. Milano, 22.03.1990, in *Le Società*, 1990, 6, p. 775). “Gli amministratori hanno il diritto-dovere di non accedere a richieste che possano risultare *illegittime*, immotivate o *inutilmente ripetitive* e *pretestuose* o che possano con probabilità dare vita a situazioni e deliberazioni capaci di *recare danno* alla società” (Trib. Milano, 21.11.1994, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 586). “Il dovere di convocare l’assemblea che fa carico agli amministratori nel caso previsto dall’art. 2367, c.c., non rappresenta un’automatica necessaria conseguenza della formulazione della richiesta di convocazione stessa da parte della minoranza qualificata, ma sorge nel solo caso in cui temi sui quali si sollecitano il dibattito e la votazione ne appartengono alla competenza dell’assemblea e non ineriscono ad interessi *illeciti* o *impossibili*” (Trib. Napoli, 24.01.1996, in *Società*, 1996, p. 817).

⁶⁶⁷ Cf.: MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n° 10, p. 30 – citando julgado que condenou o liquidante de sociedade ao pagamento de indenização correspondente às despesas comprovadas incorridas na promoção da medida judicial apropriada para obtenção da convocação da assembléia (Trib. Napoli, 07.11.1998, *Dir. fall.*, 1989, II, p. 761, com nota de DI LAURO, *Responsabilità del liquidatore per omessa convocazione dell’assemblea e diritto del socio al risarcimento del danno*). “La mancata convocazione dell’assemblea da parte degli amministratori in casi nei quali le convocazione era opportuna, potrà essere considerata come violazione del generale dovere di diligenza e, perciò, fonte di possibile responsabilità degli amministratori o «grave irregolarità» agli effetti dell’art. 2409” (FILIPPO MURINO, *Codice Comentato delle S.p.A.* (obra coletiva), tomo II – parte 1, cit, nota 2366-1, p. 376). Com o mesmo registro: JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Convocação de assembléia geral por acionista*, RDM 41/157.

especificados pelos minoritários, mas sem, com isso, estar necessariamente vinculada à redação utilizada ou sugerida no requerimento. Vale dizer, o conclave será convocado para tratar, pelo menos e necessariamente, dos assuntos especificados pela minoria, mas – como lucidamente lembra Manuel Broseta Pont – “indudablemente pudiendo los administradores redactar la orden del día en la forma que mejor proteja o menos pueda lesionar el interés social, sin estar obligados a reproducir literalmente la redacción de los puntos del orden del día exigidos por los accionistas”⁶⁶⁸. É que, segundo ainda acrescenta José Waldecy Lucena, “determinados assuntos ou negócios da companhia hão de se manter reservados, caso em que a sua inclusão na ordem do dia se faz de forma bastante sumária, evitando-se a menção de detalhes e dados que possam acarretar uma publicidade danosa aos interesse sociais”⁶⁶⁹. Também aqui, o metro para a administração é dado pelo dever de diligência; para os sócios, pelo dever societário de lealdade.

5.2.5. Abuso no uso de informações sociais.

O direito do sócio à informação dos negócios sociais não está expressamente previsto no Código Civil ou na Lei das S/A, diversamente do que sucede noutros países⁶⁷⁰. A análise de diversas regras esparsas, no entanto, permite reconhecer a existência de autêntico “sistema de informações” e, portanto, do direito correlato⁶⁷¹. Ademais, se existe o direito essencial de o sócio fiscalizar a gestão social na forma prevista na lei, não há como

⁶⁶⁸ MANUEL BROSETA PONT, *Manual de derecho mercantil*, 9ª ed. Madrid : Tecnos, 1991, p. 278.

⁶⁶⁹ JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades anônimas*, vol. II, cit., pp. 54-55. “Gli amministratori non potrebbero svuotare di contenuto la richiesta della minoranza alterando l’indicazione degli oggetti da trattare. Essi possono, e debbono, certamente, tradurre in un ordine del giorno sintetico un’istanza che fosse formulata in forma più prolissa; non possono né sopprimere argomenti né aggiungerne, a meno che le richieste di convocazione siano più d’una e possano essere conglobate” (GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. 1º – tomo 2º, cit., nº 98, p. 347).

⁶⁷⁰ A AktG, por exemplo, trata expressamente, no § 131, do direito do acionista à informação (*Auskunftsrecht des Aktionärs*), reconhecido como direito essencial (cf.: KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 21, III, p. 624).

⁶⁷¹ Dentre os direitos essenciais do acionista (LSA, art. 109), não consta expressamente o direito à informação – o que, em si, não deixa de ser lamentável, porquanto a informação é fator decisivo para que os acionistas tenham condições de fazer com que a assembléia geral possa realmente cumprir o seu ideal (talvez idílico) papel de órgão superior na companhia. Mesmo à falta dessa expressa consagração, reconhece-se que, sendo a informação verdadeiro instrumento do direito à fiscalização (LSA, art. 109, III), muitas das regras pertinentes ao fornecimento de informações (LSA, arts. 124, § 3º, 132, I, 133, I a V, e § 2º, 134, § 1º, 135, § 3º, 161, § 2º, 163, § 6º, 164, 186, 187, 188, 224 e 234), das quais podem se valer mesmo os acionistas de companhias fechadas, são de aplicação cogente e constituem aquilo que a boa doutrina designa “sistema de informações” (cf.: MAURO RODRIGUES PENTEADO, *Aumentos de capital das sociedades anônimas*, SP : Saraiva, 1988, nº 78, p. 227). No sistema do Código Civil, a mesma inferência deve ser deduzida a partir da compreensão geral de várias regras esparsas (CC, arts. 1.020, 1.021, 1.065, 1.069, 1.078, I e § 1º).

deixar de assim também reputar o direito instrumental de informação, pois ela é indispensável para que os sócios possam se manifestar com conhecimento de causa⁶⁷²: *forewarned is forearmed*, como expressa o mote inglês. No entanto, até mesmo pelo seu caráter instrumental, esse direito é concedido na indissociável suposição de que as informações disponibilizadas são necessárias ao correto exercício dos direitos sociais e, mais do que isso, serão usadas em harmonia com o dever societário de lealdade e o interesse social. Na prática, contudo, o solicitante das informações por vezes tem acesso a dados reservados e acaba por usá-las em benefício próprio ou de terceiro, incorrendo aí em claro abuso sancionável.

A repressão ao abuso no uso de informações sociais é preocupação marcante na lei acionária. Em matéria de *insider trading*, o art. 155, § 4º, da Lei das S/A, declara expressamente ser “vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários”⁶⁷³. Da mesma forma, ao regular o dever de revelação – segundo o qual os administradores de companhias abertas podem ser instados por acionistas que representem pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social⁶⁷⁴, ressalvado o poder da CVM reduzir esse percentual mediante fixação de escala em função do valor do capital social (LSA, art. 291), a prestar certos esclarecimentos diretamente aos acionistas em assembléia geral (LSA, art. 157, § 1º)⁶⁷⁵ e, a pedido de

⁶⁷² ROBERT CHARLES CLARK lembra que “os acionistas dificilmente podem exercer os seus direitos de vender ações, votar ou solicitar a outros que votem, e propor ações derivadas, de uma forma inteligente, a menos que detenham informações adequadas sobre a sua empresa” (*Corporate Law*, cit., § 3.1.3, p. 96; no original: “shareholders can hardly exercise their rights to sell their stock, to vote or to solicit others to vote, and to bring derivative suits in an intelligent way unless they have adequate information about their corporation”). De forma semelhante, GEORGES RIPERT e RENÉ ROBLOT destacam que “le droit de l’actionnaire à l’information était considéré traditionnellement comme le moyen d’éclairer le droit de vote de l’actionnaire” (*Traité de droit commercial*, tomo 1, 14ª ed. Paris : LGDJ, 1991, nº 1.206, p. 908).

⁶⁷³ Segundo explica JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA, “o dispositivo traz, expressamente, para a órbita da lei a enumeração mais vasta dos possíveis *insiders*, endossando, portanto, aquela consignada na IN 31/84 da CVM, preenchendo, inclusive, a lacuna da referida instrução, atinente aos *tippees*” (“*Insider trading*”, SP : Quartier Latin, 2005, nº 5.1.4, p. 291).

⁶⁷⁴ A lei refere-se claramente a “5% (cinco por cento) do *capital social*”, e não do *capital votante*. Logo, o direito de exigir a prestação de informações da administração compete até mesmo aos preferencialistas, titulares de ações privadas de direito de voto (LSA, art. 111), os quais têm o direito de voz: podem comparecer à assembléia geral e discutir a matéria submetida à deliberação (LSA, art. 125, par. ún.), requerendo esclarecimentos e informações (cf.: GIL COSTA CARVALHO, *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*, cit., p. 487). Além disso, a CVM pode reduzir o percentual de legitimação mediante fixação de escala em função do valor do capital social (LSA, art. 291).

⁶⁷⁵ Quando solicitados por minoria qualificada, presente em qualquer tipo de assembléia geral, os administradores haverão de revelar fielmente aos acionistas os seguintes dados obrigatórios (LSA, art. 157, § 1º, a a e): “a) o número dos valores mobiliários de emissão da companhia ou de sociedades controladas, ou

qualquer acionista, os esclarecimentos prestados poderão ser reduzidos a escrito, autenticados pela mesa da assembléia, e fornecidos por cópia aos solicitantes (LSA, art. 157, § 2º) –, preocupou-se o legislador em também prescrever que as informações assim obtidas somente poderão ser utilizadas no legítimo interesse da companhia ou do acionista, respondendo os solicitantes pelos abusos que praticarem (LSA, art. 157, § 3º)⁶⁷⁶. Evidencia-se, aqui, o reflexo da doutrina norte-americana do *proper purpose*, de acordo com a qual o direito do acionista à obtenção de informações específicas é condicionado ao uso dessas informações para uma de suas finalidades próprias (*proper purposes*)⁶⁷⁷.

Conquanto não haja no Código Civil comando legal expresso a reprimir o abuso no uso de informações sociais, não há dúvida que a discricção e o sigilo no trato de informações privilegiadas constituem decorrências necessárias do dever societário de lealdade⁶⁷⁸. A mesma diretriz é de ser aplicada aos casos de exibição judicial de livros,

do mesmo grupo, que tiver adquirido ou alienado, diretamente ou através de outras pessoas, no exercício anterior; b) as opções de compra de ações que tiver contratado ou exercido no exercício anterior; c) os benefícios ou vantagens, indiretas ou complementares (*fringe benefits*), que tenha recebido ou esteja recebendo da companhia e de sociedades coligadas, controladas ou do mesmo grupo; d) as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível; e, por fim, e) quaisquer atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia”.

⁶⁷⁶ No art. 157, § 3º, da Lei das S/A, foi utilizada a expressão “respondendo os solicitantes pelos abusos que praticarem”. Há aí claro equívoco, pois: (1º) o abuso pode ser cometido, não pelo solicitante, mas por outro acionista que, presente à assembléia geral, tenha tomado conhecimento das informações; (2º) embora a assembléia geral constitua reunião privada dos acionistas, dela podem participar não apenas os acionistas (LSA, art. 126); mas, também, os seus representantes legais (LSA, art. 126, § 4º), os advogados dos acionistas (LSA, art. 126, § 1º, e Lei nº 8.906/94, art. 7º, VI, *d*), os auditores independentes (LSA, art. 134, § 1º), os membros do conselho fiscal (LSA, arts. 134, § 2º, e 164), outros administradores (LSA, art. 134, § 1º) e, em certas hipóteses, até mesmo os representantes de instituições financeiras e os administradores de fundos (LSA, art. 126, § 1º), e qualquer uma destas pessoas presentes à assembléia tomará conhecimento das informações prestadas pelo administrador, mesmo não sendo acionista, e delas poderá se utilizar abusivamente. Por isso, o correto teria sido prever a responsabilidade, por abusos praticados, de qualquer pessoa presente à assembléia geral em que as informações tenham sido prestadas (cf.: FRAN MARTINS, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2 – tomo I, cit., nº 703, p. 402; JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades anônimas*, vol. II, cit., p. 539; e PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, *O Conselho de Administração na sociedade anônima*, 2ª ed. SP : Atlas, 1999, nº 2.6.8, p. 66): será assim responsável o indivíduo que fizer uso indevido da informação, e não o acionista que a solicitou, se este não tiver feito uso inadequado (cf.: LUIZ ANTONIO DE SAMPAIO CAMPOS, *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. I, cit., p. 1.178).

⁶⁷⁷ Cf.: ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate Law*, cit., § 3.1.3, pp. 96-105).

⁶⁷⁸ Cf.: JOACHIM MEYER-LANDRUT, *Der ‘Mißbrauch’ aktienrechtlicher Minderheits- oder Individualrechte insbesondere des Auskunftsrechts*, ‘in’ *Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag...*, cit., pp. 235-251; e HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band II: *Recht der Personengesellschaften*, München : C. H. Beck, 2004, § 3 II 3, p. 203 – para quem ao dever de lealdade “pertence também a proibição de utilizar-se em proveito próprio de informações que lhe são transmitidas em face de sua condição de sócio” (“gehört auch das Verbot Informationen, die durch die Beteiligung vermittelt werden, zu eigenen Vorteil auszunutzen”). ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE também faz o mesmo registro (*A tutela das minorias nas sociedades anônimas*, Coimbra : Coimbra editores, 2004, p. 196).

cujos resultados da demanda não devem ser divulgados de forma aberrante a concorrentes ou de modo a prejudicar a própria sociedade⁶⁷⁹.

Para além do uso desviado de informações privilegiadas em detrimento da sociedade, dos sócios ou de investidores, o abuso pode se positivar através de repetitivos e infundados pedidos de informações à administração social, turbando a normal condução da empresa ou exigindo gastos desarrazoados no atendimento de solicitações desprovidas de utilidade ou de escassa utilidade para o solicitante: a hipótese aqui, segundo anota António Menezes Cordeiro, é de desequilíbrio no exercício do direito de informação, pois “o sócio, para uma vantagem mínima, pede elementos que irão provar um esforço máximo à sociedade”⁶⁸⁰.

No plano sancionatório, vêm a lume medidas gerais de carácter indenizatório, sanções de carácter criminal, conforme o caso, e, em situações extremadas, até mesmo a exclusão, conforme detalhadas no capítulo seguinte (cap. 6). Merece referência, no entanto, a disciplina societária portuguesa que, ao tempo em que reconhece o direito de informação ao sócio, cobra responsabilidade e sanciona os desvios, de forma severa (CSC, art. 214⁶⁸¹).

5.2.6. Abuso na oposição à cessão de quotas.

O art. 1.057 do Código Civil prescreve que “na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de

⁶⁷⁹ Cf.: “A exibição de livros da sociedade anônima, a requerimento de acionista, deve fazer-se reservada e particularmente, ainda quando o interessado se faça acompanhar de técnico em contabilidade, que o assessorar (...). O contador, que o acionista levar para assessorá-lo, está sujeito ao segredo profissional de sua classe, como lembra WALDEMAR FERREIRA. Pode ele tomar anotações e elaborar laudo ou parecer técnico, para entrega ao requerente da exibição e uso posterior adequado” (TJSP, AI 147.530, Rel. Des. MARTINIANO DE AZEVEDO, m.v., j. 09.09.1970, RT 421/209). Nesta linha, ALFREDO SÉRGIO LAZZARESCHI NETO entende ser “prudente que o juiz da causa determine o regime de segredo de justiça nas exhibições de livros e documentos, a fim de evitar que os negócios da companhia sejam prejudicados” (*Lei das Sociedades por Ações anotada*, cit., nota 105-1d, p. 164). Com análogo registro: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2º vol., cit., p. 244.

⁶⁸⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I vol., cit., nº 237, p. 681.

⁶⁸¹ CSC, art. 214º, 6: “Artigo 214º Direitos dos sócios à informação (...). 6. O sócio que utilize as informações obtidas de modo a prejudicar injustamente a sociedade ou outros sócios é responsável, nos termos gerais, pelos prejuízos que lhes causar e fica sujeito a exclusão”. Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “a exclusão cabe na medida em que o abuso de informação implique quebra grave do pacto social. Muitas vezes o abuso de informação anda associado a outras violações: do bom nome, do sigilo, de elementos comerciais ou industriais tutelados e, em qualquer caso, do dever de lealdade e de correção para com os sócios e a sociedade. Tudo isso deve ser ponderado na deliberação de exclusão” (*Manual de direito das sociedades*, II vol., cit., nº 124, pp. 309-310).

audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de ¼ (um quarto) do capital social”. A regra em questão tem dividido as opiniões da doutrina.

Na cessão de quotas entre sócios de sociedade limitada, alguns estudiosos estimam que, no silêncio do contrato, bem andou o legislador pátrio ao consagrar a livre cessibilidade entre os sócios, como regra dispositiva. Outros, ao revés, entendem que, para preservar a distribuição interna de poderes, melhor teria sido assegurar legalmente o direito de preferência.

Por outro lado, também a disciplina da cessão de quotas a terceiros tem merecido críticas de parte da doutrina, ao argumento de que o sócio não pode se tornar prisioneiro de seu título («prisonnier de son titre») e que, por isso, mais adequado seria apenas prever o direito de preferência dos demais sócios para adquirir as quotas do cedente – de tal modo que, não sendo essa preferência exercida, estaria o cedente automaticamente liberado para transferir as quotas a terceiro, o qual assim ingressaria, como cessionário, na sociedade. Arnaldo Wald, diante do direito posto, sustenta que “as restrições à alienação das quotas não podem representar a impossibilidade completa da cessão da participação acionária (*sic*), sendo que a não-aceitação da alienação a terceiros deve ser razoavelmente justificada” e, “na hipótese de ocorrer a impossibilidade de alienação das quotas por capricho dos demais sócios, a solução está em recorrer ao Poder Judiciário”⁶⁸². Indo além, Modesto Carvalhosa defende que, diante de um potencial cessionário de quotas, as opções abertas aos remanescentes seriam apenas as de exercer a preferência ou consentir com a entrada do terceiro: “não poderão, portanto, os demais sócios impedir a cessão de quotas constringendo o sócio cedente a permanecer na sociedade. Como proprietário, o sócio tem o direito de dispor de suas quotas no momento em que entender conveniente, não sendo necessária aprovação por parte dos demais sócios. Poderá ocorrer, simplesmente, preferência com relação à pessoa do cessionário: poderão os demais sócios representando mais de um quarto do capital, a fim de preservar a *affectio societatis*, preferir ao terceiro que deseja ingressar na sociedade, adquirindo para si as quotas que lhe seriam cedidas. O sócio cedente, em qualquer hipótese, continuará tendo o direito constitucional de dispor de suas quotas a favor do terceiro se não for exercida pelos demais sócios a preferência de

⁶⁸² ARNALDO WALD, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV, cit., nº 1.138, p. 384.

ordem para adquiri-las”⁶⁸³. Respeitadas ambas as opiniões, não podemos com elas concordar *de lege lata*. No caso de cessão de quotas a terceiro, a lei assegura – bem ou mal, pouco importa – apenas o direito de oposição (direito de veto, e não de preferência) por parte de sócios que representem, pelo menos, ¼ (um quarto) do capital social, percentual esse que é plenamente compreensível: a recusa de parte de sócios que representem a quarta parte do capital social, em qualquer caso, inviabiliza a alteração do contrato social e, por efeito, a modificação do quadro de sócios (CC, arts. 1.071, V, e 1.076, I). Além disso, vale enfatizar que o art. 1.057 do Código Civil prevê disciplina meramente supletiva, de modo que, se os sócios desejarem consagrar a livre cessibilidade das quotas a terceiros, poderão até fazê-lo; não poderão, contudo, na falta de previsão contratual diversa, simplesmente desconsiderar a lei. Por outro lado, é compreensível que, de regra, os sócios não queiram admitir novo sócio; não pretendam tornar-se sócio de um estranho, com o qual porventura não têm nenhuma afinidade e com quem o dever de colaboração poderá falhar. Para tanto, também não precisam os remanescentes fundamentar a sua recusa, o que em muitos casos equivalerá a uma formal declaração de guerra, dando a conhecer as razões pelas quais rejeitam o terceiro pretendente. Em princípio, a recusa à admissão de novo sócio não pode, só por si, ser tachada de abusiva e, salvo se os pressupostos do dever de indenizar se compuserem por outros motivos (p. ex., os opoentes decidiram declinar as razões da recusa e, ao fazê-lo, ofenderam a reputação do terceiro ou do potencial cedente), não há espaço para sequer cogitar da responsabilidade civil dos opoentes⁶⁸⁴: ninguém pode se tornar sócio de outrem contra a sua vontade – algo que, de resto, constitui desdobramento do princípio constitucional da livre associação. Tem razão, por isso, Cristiano Gomes de Brito ao afirmar que “o exercício do direito potestativo de se opor não se condiciona a nada, senão à própria vontade do titular; não caracteriza, desta forma, o abuso de direito, haja vista que o mérito ou os motivos determinantes da oposição são essencialmente subjetivos (...). Dessa forma, opondo-se à cessão, o sócio que detiver mais de um quarto do capital social conservar-se-á no campo da normalidade; legitimará a sua conduta dentro das faculdades reconhecidas pelas normas legais em face de sua individual situação jurídica, bem como seu exercício não se desviará para objetivos ilícitos e indesejáveis; ao contrário, agirá de

⁶⁸³ MODESTO CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, cit., p. 84.

⁶⁸⁴ Apesar de reconhecer a existência do direito de veto na cessão, JORGE LOBO afirma que “a recusa ou veto sem justificativa plausível permite que o sócio e o candidato a sócio, que se sentirem prejudicados, pleiteiem haver perdas e danos sob a alegação de tratar-se de uma oposição gratuita e imotivada” (*Sociedades limitadas*, vol. I, RJ : Forense, 2004, nº 6.10.3.2.2.2.2, p. 152).

forma adequada para alcançar seus objetivos legítimos e tolerados pelo consenso social”⁶⁸⁵. De resto, com o amplo leque de alternativas no generoso cardápio legal da auto-desvinculação em sociedade limitada, é difícil aceitar a que o art. 1.057 do Código Civil transforma o sócio em “prisioneiro da sua própria quota”: poderá sempre resolver o vínculo que o une à sociedade e aos demais sócios, seguindo-se daí a “liquidação de sua cela”, nos termos do art. 1.031 do Código Civil⁶⁸⁶.

5.2.7. Abuso na revisão de oferta pública para fechamento de capital.

O cancelamento do registro de companhia aberta (fechamento de capital) tem como consequência a inviabilização da negociação dos valores mobiliários de sua emissão em bolsa de valores ou em mercado de balcão, os quais, assim, perdem a sua liquidez e, portanto, pode trazer imenso prejuízo para os investidores. Bem por isso, as instruções da CVM previam que, para o cancelamento do registro, o controlador deveria realizar oferta pública para a aquisição das ações em circulação no mercado (OPA), e essa exigência veio a ser finalmente consagrada no texto da lei acionária, através da reforma empreendida pela Lei nº 10.303/2001, com a novidade de que, de acordo com a disciplina legal (LSA, art. 4º, § 4º), a oferta para aquisição pode ser feita pela própria companhia, respeitados os limites legais ditados para a negociação com as próprias ações (LSA, art. 30). No entanto, diante das profundas consequências que o cancelamento do registro acarreta sobre as ações de emissão da companhia e do potencial efeito vinculante que o preço da oferta gera no caso de ulterior resgate (LSA, art. 4º, § 5º), o legislador houve por bem conceder um autêntico contra-direito de minoria: “na companhia aberta, os titulares de, no mínimo, 10% (dez por cento) das ações em circulação no mercado poderão requerer aos administradores da companhia que convoquem assembléia especial de acionistas titulares de ações em circulação no mercado, para deliberar sobre a realização de nova alienação pelo mesmo ou por outro critério, para efeito de determinação do valor de avaliação da companhia” (LSA,

⁶⁸⁵ CRISTIANO GOMES DE BRITO, *Sociedade limitada & cessão de quotas*, Curitiba : Juruá, 2007, nº 4.4.3, pp. 145-146. Acrescenta o autor que essas características do direito de oposição à cessão de quotas “impedem o Poder Judiciário de apreciar o mérito ou os motivos determinantes da oposição à cessão, muito menos, de suprir a vontade do opositor” (*op. cit.*, nº 4.5, p. 151).

⁶⁸⁶ Isto sem se aludir à possibilidade de renúncia à titularidade da quota, modo extintivo do direito de propriedade em geral (CC, art. 1.275, II), pelo qual se permite a desvinculação do sócio e que, para alguns doutrinadores que adotam uma visão mais restritiva do direito de auto-desvinculação, seria o modo de dar atendimento ao primado constitucional da liberdade de associação (sobre o tema, vide: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito de empresa*, cit., nº 208, p. 241, e nº 378, pp. 373-374).

art. 4º-A). O requerimento de convocação de assembléia especial deverá ser apresentado no prazo de 15 (quinze) dias da divulgação do valor da oferta pública, devidamente fundamentado e acompanhado de elementos de convicção que demonstrem a falha ou imprecisão no emprego da metodologia de cálculo ou no critério de avaliação adotado (LSA, art. 4º-A, § 1º). Conquanto sejam de per si bastante estritas as condições para o exercício desse direito – na medida em que o percentual de legitimação é alto, considerando que se trata de companhia aberta –, ainda assim não deixou o legislador de prever meios para coarctar abusos da minoria. Em primeiro lugar, exigiu que o requerimento venha já instruído com “elementos de convicção que demonstrem a falha ou imprecisão no emprego da metodologia de cálculo ou no critério de avaliação adotado”⁶⁸⁷, providência essa que sempre dependerá do concurso de técnicos especializados e de verificações difíceis de serem atendidas dentro do exíguo prazo legal. Em segundo lugar, a doutrina majoritária tem opinado no sentido de que somente podem convocar e participar da assembléia especial aqueles que já eram acionistas na data da divulgação da oferta pública⁶⁸⁸, restrição essa que, embora não tenha expressa previsão na lei (como ocorre em matéria de recesso) e, por isso mesmo, seja questionável, jamais poderia se aplicar aos casos de transmissão *causa mortis*. Por fim, e em terceiro lugar, o legislador também impôs aos acionistas que requererem a realização de nova avaliação e àqueles que votarem a seu favor o dever de ressarcir a companhia pelos custos incorridos, caso o novo valor seja inferior ou igual ao valor inicial da oferta pública (LSA, art. 4º-A, § 3º): a regra visa, segundo explica Modesto Carvalhosa, “prevenir eventuais práticas abusivas por parte da minoria orgânica, inibindo a solicitação de revisão do preço com o objetivo de apenas retardar ou dificultar, ilegitimamente, a realização da oferta pública”⁶⁸⁹. O escancarado pendor do legislador pátrio em prol do controlador não se manifestou apenas na consagração de um ilusório direito de minoria, mas, ainda, na previsão de sanção

⁶⁸⁷ MODESTO CARVALHOSA observa que, de acordo com a regra legal, “cabe aos acionistas minoritários, portanto, o ônus de, ao solicitar a convocação da assembléia especial, fundamentar a existência de tais falhas na avaliação apresentada pelo controlador” (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 1º vol., cit., p. 77). No mesmo sentido: JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades anônimas*, vol. I, RJ : Renovar, 2009, p. 126.

⁶⁸⁸ Cf.: MARIA GRAZIELA MALOUF CURY RAYES, *Direitos dos acionistas minoritários*, SP : Texto Novo, 2003, p. 88; e MODESTO CARVALHOSA e NELSON EIZIRIK, *A nova Lei das S/A*, cit., p. 55 – para quem “não deve ser admitido, sob pena de se incentivar uma indústria da revisão, que eventuais ‘minoritários’ comprem ações após a divulgação do preço da oferta para participação na assembléia especial e forçar a revisão do preço”.

⁶⁸⁹ MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 1º vol., cit., 2002, p. 81. Vide ainda: MARIA GRAZIELA MALOUF CURY RAYES, *Direitos dos acionistas minoritários*, cit., p. 88; e MODESTO CARVALHOSA e NELSON EIZIRIK, *A nova Lei das S/A*, cit., p. 57.

exclusivamente aplicável ao abuso de minoria, sem equacionar o mesmo problema nos casos em que a minoria tiver razão: a quem caberá arcar com os custos da nova avaliação? À companhia, da qual os minoritários participam? Ao controlador, objetivamente ou apenas no caso de culpa ou dolo? Essa questão ficou em aberto, embora respeitáveis estudiosos defendam a segunda alternativa⁶⁹⁰.

5.3. Abusos negativos (bloqueios abusivos): obstrucionismo.

Tão ou mais freqüentes que os abusos positivos (ou as iniciativas abusivas) da minoria, embora menos desafiados, são os abusos negativos (ou bloqueios abusivos), que se patenteiam nos casos em que a minoria, exercendo em certa medida o seu papel habitual, utiliza-se de seu poder para impedir que a política almejada pela maioria possa se desenvolver, mantendo o *status quo*⁶⁹¹. O obstrucionismo pode se manifestar: (1º) através do bloqueio expresso em votos contrários à proposta submetida à deliberação⁶⁹²; (2º) pelo não comparecimento ao conclave ou pela abstenção do minoritário presente, atitudes essas que não deixam de ser uma espécie de bloqueio, embora não expresso pela manifestação de um voto contrário; e, por fim, o abuso pode ainda se positivar (3º) através do distúrbio, da algazarra, do tumulto, promovido intencionalmente pelos sócios reunidos em assembléia, visando obstar o processo decisório.

5.3.1. Distúrbio no âmbito da assembléia.

⁶⁹⁰ MODESTO CARVALHOSA e NELSON EIZIRIK bem destacam a lacuna da lei e opinam pela responsabilidade do controlador: “O novo § 3º do novo art. 4º-A silencia quanto à hipótese de o preço obtido na nova avaliação ser superior ao originalmente oferecido pelo acionista controlador. A companhia, nessa hipótese, tem direito a ser ressarcida pelo controlador, pois não seria razoável que arcasse com o ônus de um ato por ele praticado” (*A nova Lei das S/A*, cit., p. 58).

⁶⁹¹ O registro é de PAUL LE CANNU: “Beaucoup plus fréquent apparaît la dernière hypothèse d’abus de minorité, car la minorité joue alors son rôle institutionnel habituel: usant de son pouvoir de blocage, elle empêche la politique voulue par la majorité de se développer. Il s’agit encore d’un abus du droit de vote, mais d’un abus «négatif», puisqu’au lieu de provoquer une décision sociale, il impose le *statu quo*” (*L’abus de minorité*. Paris : Bulletin Joly Sociétés, n° 4 (01.04.1986), pp. 429 e segs.). As táticas obstrucionistas visam impedir a tomada de deliberação social, mas isso nem sempre é feito através do exercício do poder de voto.

⁶⁹² O voto contrário é uma atitude positiva, mas o seu efeito pode ser bloquear a tomada de decisão, daí porque se enquadra como abuso negativo (bloqueio abusivo): não se trata apenas de votar, mas de bloquear a decisão. A hipótese não se confunde, pois, com o exercício positivo do direito de veto (abuso positivo analisado no subitem 5.2.1.3): o bloqueio impede a deliberação; o veto priva de eficácia a deliberação tomada – o que permite afirmar que, do ponto de vista dinâmico dos fatos jurídicos, o bloqueio é um *prius* e o veto um *posterius*: operam em planos distintos (da existência e da eficácia, respectivamente), levando a que as consequências da invalidação de um e outro ato sejam absolutamente distintas.

A assembléia ou reunião de sócios é reunião privada, à qual têm acesso os sócios e, em alguns casos, terceiros a quem a lei assegura ou exija a presença, tais como administradores, membros do Conselho Fiscal e auditores (CC, arts. 1.075 e 1.078, § 2º; e LSA, art. 126, 134, § 1º, e 164)⁶⁹³. A participação em assembléia ou reunião constitui autêntico direito essencial, mesmo por parte daqueles titulares de ações sem direito de voto (LSA, art. 125, par. ún.). Embora o atributo não esteja expresso, a interpretação sistemática confirma essa inferência: o titular de ações sem direito de voto pode invalidar deliberação tomada em conclave irregularmente convocado, ou não convocado por qualquer modo, ainda quando a ele tenham comparecido todos os votantes; além disso, a dispensa de convocação só se dá no caso em que *todos* os sócios comparecem ao ato ou *todos* se declaram cientes do dia, hora e local da sua realização, bem como da ordem do dia, de modo que, faltando uma presença ou uma manifestação de ciência que seja, a sanação não tem lugar, e o conclave resta viciado (LSA, art. 1.072, § 2º; e LSA, arts. 124, § 4º, e 133, § 4º) – donde se conclui que a participação do sócio em assembléia ou reunião é direito essencial.

Pois bem.

Se a presença dos sócios no colégio é, acima de tudo, fator de legitimação das deliberações sociais, na medida em que se dá a cada membro a possibilidade de influir na formação da decisão colegial que majoritariamente o vincula (CC, art. 1.072, § 5º), não se admite que a comparência possa se transformar em fonte de abuso. Uma das táticas obstrucionistas mais antigas, amiúde postas em prática em órgãos congressuais, é o da deliberada promoção de distúrbio no ambiente em que se realiza a reunião, para dificultar ou impedir os debates e a votação. Antevendo a impossibilidade de impor como vitoriosa a sua opinião, a minoria hostil promove a algazarra, o tumulto, a famosa balbúrdia, por vezes

⁶⁹³ Os minoritários não têm, no direito brasileiro, a faculdade de trazer um tabelião para presenciar os trabalhos da assembléia e lavrar escritura de declaração. Na Espanha, diversamente, prevê-se que “los accionistas minoritarios tienen el derecho a solicitar la presencia de un Notario para que levante el Acta de la Junta general, siempre que lo soliciten de los administradores con cinco días de antelación a la celebración de la Junta, accionistas que representen, al menos, el 1 por 100 del capital social. El Acta notarial así levantada tendrá la consideración de Acta de la Junta general en sustitución de la del Secretario” (MANUEL BROSETA PONT, *Manual de derecho mercantil*, cit., p. 260). Na França, como antes estudado (no subitem 5.2.1.4), analogamente, admite-se a propositura de medida judicial para permitir a comparência de tabelião (cf.: DOMINIQUE VIDAL, *Droit des sociétés*, 5ª ed. Paris : LGDJ, 2006, nº 547, p. 280).

com o concurso de estranhos. O fenômeno é antigo, dir-se-ia primitivo na plena acepção do termo, e universal⁶⁹⁴. Procura-se, por este modo, fazer prevalecer a força sobre a razão.

Em casos mais extremos, pode-se cogitar de medidas criminais, caso a balbúrdia resvale em algum tipo penal⁶⁹⁵⁻⁶⁹⁶, e até de eventual exclusão do sócio promotor do tumulto.

⁶⁹⁴ Alguns indivíduos simplesmente não deixam o outro se manifestar: dão vazão à sua verborragia; discursam de forma emocionada; ficam comovidos consigo mesmos, por vezes num espetáculo da mais deprimente e tosca encenação. Gritam. Ameaçam. Vociferam. E, em atitudes mais destemidas, alguns simplesmente agarram os livros sociais e se põem em fuga, janelam a fora, imaginando com isso impedir a lavratura de ata. Até no Japão o fenômeno é sentido, com a intencional intromissão de pessoas bêbadas no ambiente da assembléia, as quais se põem a esbravejar, praguejar e arrebentar cadeiras e mesas, chegando às vias de fato.

⁶⁹⁵ A provocação de tumulto em assembléia ou reunião de sócios constitui, de per si, ilícito penal? Em Portugal, há previsão específica na lei societária a incriminar semelhante conduta (cf. nota seguinte). No direito brasileiro, é discutível se a mesma seria penalmente típica. A Lei das Contravenções Penais (DL. nº 3.688, de 3 de outubro de 1941) contempla, em seu art. 40, a seguinte figura: “Provação de tumulto. Conduta inconveniente. Art. 40. Provocar tumulto ou portar-se de modo inconveniente ou desrespeitoso, em solenidade ou ato oficial, em assembléia ou espetáculo público, se o fato não constitui infração penal mais grave: Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou multa”. A dúvida que se coloca é se numa assembléia de sociedade – que, portanto, não é assembléia pública, mas reunião privada de sócios – o indivíduo que promove tumulto ou assume postura inconveniente incorre na citada contravenção. Mais especificamente, a dúvida é se, ao aludir a “assembléia ou espetáculo público”, teria o legislador pretendido abranger “assembléia (*pública*) ou espetáculo público” ou, ao revés, “assembléia (*por definição privada*) ou espetáculo público”; por outras palavras, a dúvida consiste em saber se o adjetivo “público” aplica-se apenas a espetáculo ou também qualifica a assembléia. A jurisprudência é escassa na matéria, mas, certa feita, decidiu-se que, “quando se trata de reunião festiva oferecida por sociedade particular a seus sócios, a provocação de tumulto ou o comportamento inconveniente ou desrespeitoso não configura a contravenção do art. 40 da lei específica, por faltar-lhe um requisito elementar: o acesso público ao espetáculo” (RT 369/208). A doutrina também não tratou do tema. JOSÉ DUARTE, sem outros acréscimos, apenas registra o seguinte: “A pessoa que, numa assembléia, em que deve haver ordem, atenção, respeito para com a assistência e os que a presidem, assume atitude petulante, critica em voz alta, protesta, insinua propósitos de descrédito, perde a compostura e perturba o silêncio e a paz da reunião irritando os ânimos, evidentemente incide no art. 40” (*Comentários à Lei das Contravenções Penais*, vol. II, 2ª ed. RJ : Forense, 1958, nº 508, p. 166). De nossa parte, entendemos que, diante da interpretação estrita do direito criminal e da alocação topográfica do tipo (dentro do capítulo reservado às “contravenções referentes à paz pública”), o art. 40 não se aplica ao tumulto ou ao comportamento inconveniente (sabe-se lá qual seja) no âmbito de reuniões ou assembléias de sociedades, particulares (e não públicas) por excelência, pois o objeto jurídico tutelado pelo tipo é apenas a paz pública. Mas outras figuras penais poderão se verificar em concreto: crimes contra a honra, ameaça, lesão corporal, vias de fato etc.

⁶⁹⁶ CSC, art. 516º: “Artigo 516º Perturbação da assembléia social. 1. Aquele que, com violência ou ameaça de violência, impedir algum sócio ou outra pessoa legitimada de tomar parte em assembléia geral de sócios, assembléia especial de acionistas ou assembléia de obrigacionistas, regularmente constituída, ou de nela exercer utilmente os seus direitos de informação, de proposta, de discussão ou de voto, será punido com pena de prisão até dois anos e multa até 180 dias. 2. Se o autor do impedimento, à data do fato, for membro de órgão de administração ou de fiscalização da sociedade, o limite máximo de pena será, em cada uma das espécies, agravado de um terço. 3. Se o autor do impedimento for, à data do fato, empregado da sociedade e tiver cumprido ordens ou instruções de algum dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização, o limite máximo da pena será, em cada uma das espécies, reduzido a metade, e o juiz poderá, consideradas todas as circunstâncias, atenuar especialmente a pena. 4. A punição pelo impedimento não consumirá a que couber aos meios empregados para o executar”.

Nesta quadra, para evitar, tanto quanto possível, que o caos logo se instale e impeça o desenvolvimento dos trabalhos da assembléia, ganha relevo a figura do seu presidente (ou presidente da mesa), figura fundamental no processo de deliberação pelo método assemblear, ao qual cabem atribuições e, por via de consequência, importantes poderes de ordenação, a merecerem algumas palavras.

5.3.1.1. O presidente da assembléia.

Em que pese a sua relevância na condução dos trabalhos das assembléias e reuniões de sócios, a legislação societária brasileira é extremamente sintética ao se referir à figura do presidente da assembléia⁶⁹⁷. Não há um quadro geral dos seus poderes e deveres.

A doutrina, pátria e estrangeira, discute, assim, se os poderes do presidente da assembléia seriam *poderes próprios*, os quais decorrem diretamente da lei, ou *poderes derivados*, que cabem primordialmente à assembléia geral, mas que, por delegação desta, são exercidos pelo presidente. A discussão, ao contrário do que à primeira vista pode parecer, não é meramente doutrinária, mas tem consequências práticas importantes, pois, se forem apenas derivados, à assembléia geral deve ser reconhecida a possibilidade de sempre rever e reformar as decisões do presidente⁶⁹⁸; do contrário, não. A nosso ver, contudo, a solução desta autêntica questão prévia não é algo que dependa da predileção ou das convicções do intérprete e, sim, exclusivamente, da análise do direito posto. Nesse sentido, e em que pese o laconismo do legislador, é possível afirmar que o presidente da assembléia detém poderes próprios e, também, poderes derivados: quando a lei expressamente lhe outorga poderes e atribuições, sem contemplar, direta ou indiretamente, a revisibilidade dos seus atos pela assembléia, o poder em questão é próprio (como na situação prevista no art. 118, § 8º, da Lei das S/A); em todos os demais casos, entende-se que são derivados, de tal

⁶⁹⁷ No CC, só há breve menção ao presidente da assembléia (art. 1.078, § 2º); na LSA também não existem muitas pistas (arts. 87, § 3º; 95, II; 118, § 8º; e 128).

⁶⁹⁸ Segue-se daí que, sob o ponto de vista de proteção da minoria, o reconhecimento de poderes originários constitui uma garantia, pois, “se se reconhecesse à assembléia o poder genérico de revogar as decisões do presidente estaria aberta a porta para que a maioria – a maioria presente na assembléia, entenda-se, que em regra constitui uma minoria de capital – orientasse os trabalhos da assembléia na prossecução dos seus interesses próprios” (PEDRO MAIA, *O presidente das assembléias de sócios*, ‘in’ *Problemas do direito das sociedades* – obra coletiva, Coimbra : Almedina, 2002, p. 448).

modo que age o presidente, enquanto tal, como intérprete e locutor da assembléia⁶⁹⁹, a quem sempre cabe o poder de rever e revogar as suas decisões.

Reconhecer poderes próprios ao presidente onde a lei societária não os concedeu, equivaleria despojar a assembléia geral de suas atribuições privativas e usurpar parcela do poder daquele que é, justamente, o órgão soberano na estrutura orgânica societária. Se é verdade que, em todo e qualquer órgão colegial, existe a necessidade de alguém assumir a condução dos trabalhos, não é menos exato que tal se dá, não para restringir ou limitar as prerrogativas dos demais membros, mas para apenas permitir o desenvolvimento ordenado da reunião, evitando-se que toda e qualquer questiúncula suscitada por alguém nos debates demande formal discussão e votação e, portanto, impeça o prosseguimento dos trabalhos. Por isso, salvo quando a própria lei tenha especificamente atribuído poderes privativos, o presidente decide questões de ordem e de procedimento em primeiro lugar, mas isso não impede que a assembléia acolha eventual objeção suscitada por algum partícipe e, por fim, se posicione de outra forma – o que, escusado nos seja dizê-lo, nada mais é do que uma decorrência do princípio majoritário.

As principais *funções do presidente* da assembléia são abrir e instalar a assembléia, verificando o quórum de instalação; pôr em discussão os temas da ordem do dia, moderando o uso da palavra e mantendo a ordem no recinto; aceitar e submeter à votação as propostas de deliberação; proceder à contagem dos votos, recepcionando os protestos e as declarações de voto; proclamar os resultados; assinar a ata; e declarar encerrada a assembléia. Acima de tudo, incumbe-lhe o *dever* de bem zelar pelo regular e ordenado desenvolvimento da assembléia, o que, de acordo com Pedro Maia, “traduz não só o cumprimento de todas as regras, legais ou estatutárias, relativas ao procedimento deliberativo, mas também o respeito pelos direitos individuais dos sócios (...), observado o princípio da igualdade de tratamento dos sócios, o princípio da proporcionalidade dos meios na condução da assembléia e o princípio da imparcialidade”⁷⁰⁰.

⁶⁹⁹ FRANCESCO GALGANO afirma, a respeito, que “el presidente es solo el *intérprete* de la voluntad de los miembros de la asamblea, e, según la significativa expresión inglesa el ‘*speaker*’ de la asamblea, ya que sus medidas tienen eficacia obligatoria para todos sobre la base de que ellos corresponden a la presumible voluntad de la mayoría” (*Derecho comercial*, vol. 2, cit., nº 10.4, p. 343).

Designadamente, não pode o presidente *motu proprio* excluir votos que considera conflitantes com o interesse social⁷⁰¹⁻⁷⁰²; não pode declarar resultado diverso do efetivamente verificado, por entender que a oposição da minoria foi abusiva⁷⁰³ ou que os votos do controlador encontram-se desviados do interesse social. Diversamente, porém, pode o presidente limitar o tempo dos debates e fixar prazo para as manifestações dos sócios⁷⁰⁴, admoestar os sócios e até interromper os discursos repetitivos, destoantes da ordem do dia, ofensivos, infamantes ou que incitem à violência⁷⁰⁵: as intervenções dos

⁷⁰⁰ PEDRO MAIA, *O presidente das assembleias de sócios*, ‘in’ *Problemas do direito das sociedades* (obra coletiva), cit., p. 441.

⁷⁰¹ Mas pode e dever excluir, por ineficazes, os votos eventualmente proferidos contra os termos de acordo de acionistas devidamente registrado na companhia (LSA, art. 118): o poder é próprio do presidente. Também em caso de violação de regra de impedimento, os votos do impedido podem ser excluídos, pois se trata de matéria de conflito *formal* de interesses, sujeita a controle *ex ante* de legitimidade. Sobre a distinção entre conflito material e formal de interesses, veja-se a obra de referência no direito pátrio de ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA (*Conflito de interesses nas assembleias de S.A.*, SP : Malheiros, 1993, nº 3.2, pp. 87 e ss.).

⁷⁰² Sobre esta questão no direito italiano, vale conferir o interesse estudo de ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA (*Lineamentos da reforma do direito societário italiano em matéria de invalidades das deliberações assembleares*, ‘in’ *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*, SP : Malheiros, 2009, nº 4.5, pp. 112-115, também publicado na RDM 134/12-24 e na RDB 29/66-82).

⁷⁰³ ANDREA PISANI MASSAMORMILE afirma, em lição válida entre nós, que “nessuno ha ipotizzato che il presidente possa addirittura decidere di non attribuire valore al voto negativo espresso da qualcuno o di non calcolare, ai fini della determinazione del quorum deliberativo, l’assenza di alcuni soci e, quindi, proclamare assunta una proposta di delibera che invece risulterebbe rigettata” (*Minoranze “abusi” e rimedi*, cit., nº 1, nota 13, p. 150).

⁷⁰⁴ Cf. (presidente pode limitar tempo dos debates e de intervenção dos sócios): DANIELE D’AIUTO, *Codice Comentato delle S.p.A.* (obra coletiva), tomo II – parte 1, cit., nota 2371-2, p. 432; FRIEDRICH KÜBLER, *Derecho de sociedades*, cit., p. 335; GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. 1º – tomo 2º, cit., nº 100, p. 353; GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. 2, cit., nº 3, p. 323; JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades anônimas*, vol. II, cit., p. 114; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2º vol., cit., pp. 729-730; e PEDRO MAIA, *O presidente das assembleias de sócios*, ‘in’ *Problemas do direito das sociedades* (obra coletiva), cit., p. 456. Felizmente, porém, do ponto de vista estatístico, essas discussões sobre o direito de voz são mais teóricas do que reais, “poiché non è frequente nelle assemblee della società per azioni la presenza di tanti soci desiderosi di dare sfogo alle loro velleità oratorie” (PIER GIUSTO JAEGER, FRANCESCO DENOZZA e ALBERTO TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale: impresa e società*. 6ª ed. Milano : Giuffrè, 2006, nº 172, p. 334), mas assim é, diríamos nós, apenas porque o abuso é a exceção.

⁷⁰⁵ DANIELE D’AIUTO afirma que, em realidade, “il presidente dell’assemblea è obbligato a richiamare ed interrompere l’intervento del socio ogni qual volta non rispetti quelle che autorevole dottrina ha considerato limitazioni naturali del diritto di discussione, ovvero la pertinenza rispetto agli argomenti trattati, il divieto dell’uso di frasi sconvenienti, di discorsi diffamanti e, infine, il divieto di incitamento alla violenza (BUONOCORE, *L’ostruzionismo degli azionisti nelle assemblee delle società per azioni*, ‘in’ *Riv. Soc.*, 1970, 318-319)” (*Codice Comentato delle S.p.A.* (obra coletiva), tomo II – parte 1, cit., nota 2371-2, p. 433).

sócios devem se pautar pelo dever societário de lealdade⁷⁰⁶, sendo que o intencional prolongamento dos debates constitui tática flagrantemente obstrucionista⁷⁰⁷.

Por aí se vê que o presidente da assembléia tem, em certa medida, poder de polícia, podendo, desde que o caso assim exija e na proporção necessária à repressão do abuso, repreender o sócio, cassar a sua palavra e, por fim, até exigir a sua saída do local⁷⁰⁸, tomando sempre a cautela de registrar e documentar os fatos que ensejaram a aplicação da medida, de forma fidedigna⁷⁰⁹. Caso nada disso venha a aplacar o ânimo beligerante do sócio e o eventual concurso de força policial não se revele possível, não restará ao presidente senão suspender os trabalhos⁷¹⁰ e reconvocar a assembléia para outra data, devendo o sócio faltoso ser responsabilizado pelos custos incorridos pela sociedade com a nova convocação, assim como por todos os demais danos experimentados pela sociedade e pelos demais sócios, sem prejuízo de outras sanções.

5.3.2. Bloqueio; absenteísmo e abstencionismo; e controle das listas de quórum.

Além de obstruir o processo decisório pelo distúrbio, pode a minoria ainda procurar fazê-lo, de forma algo mais civilizada, deixando de comparecer à assembléia (*ausência*), ou a ela comparecendo para votar contra determinada deliberação (*dissidência*)

⁷⁰⁶ Cf.: THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 12, nº 49, p. 112 – os quais anotam que “von einzelnen Aktionären verlangt die Treuepflicht, bei der Ausübung ihrer Individualrechte Rücksicht zu nehmen, z.B. das Rederecht in der Hauptversammlung nicht zu Filibusterreden zu missbrauchen und keine überflüssigen und störenden Fragen zu stellen”.

⁷⁰⁷ Cf.: VINCENZO BUONOCORE, *L'ostruzionismo degli azionisti nelle assemblee delle società per azioni*, *Riv. Soc.* 15 (1970), p. 319.

⁷⁰⁸ Alguns autores entendem que o presidente poderia expulsar o sócio (cf.: CUNHA FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO, *Sociedades por ações*, 3º vol., nº 722, p. 76; e JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades anônimas*, vol. II, cit., pp. 112-113); outros afirmam que a expulsão deve ser submetida à assembléia, que de pronto deliberará a respeito (cf.: TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, vol. II, cit., nº 448, p. 116; e PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, tomo L, cit., § 5.322, pp. 276-277); e, por fim, outros se mostram refratários à medida (cf.: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2º vol., cit., p. 731).

⁷⁰⁹ No entanto, o presidente da assembléia pode e deve excluir manifestações ofensivas e infamantes da ata. Tem razão MODESTO CARVALHOSA ao afirmar que “em nosso direito, não é permitida a inserção, em ata, de declarações ou de expressões nfamantes de qualquer gênero, notadamente aquelas relacionadas com a companhia, seus administradores, fiscais e acionistas em geral (...). Tem a mesa poderes plenos para impedir que as declarações infamantes sejam reproduzidas na ata (...). A discricionariedade que tem a mesa, ao vetar tais declarações, deve, no entanto, ser bastante moderada, pois as oposições ou protestos necessariamente contêm críticas objetivas ou subjetivas que, se estiverem lançadas em termos, não podem deixar de ser reproduzidas” (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2º vol., cit., pp. 755-756). A discricionariedade da mesa é na apreciação dos termos, e não do conteúdo dos votos.

⁷¹⁰ Cf.: DANIELE D'AIUTO, *Codice Comentato delle S.p.A.* (obra coletiva), cit., nota 2371-2, p. 433.

ou simplesmente abster-se de votar (*abstinência*). Embora o voto contrário tenha sempre o efeito de marcar a expressa dissidência do sócio (expondo-o mais facilmente a eventual responsabilidade por voto abusivo), o mesmo efeito pode ter a sua ausência ou abstenção, nos casos em que o quórum de deliberação encontra-se fixado em função do capital social.

Nem todo bloqueio, porém, é abusivo. De regra, a minoria não está obrigada a curvar-se aos desígnios da maioria⁷¹¹. Não fosse assim, nem se conceberia a previsão legal de quórum de deliberação qualificado para certas matérias; não fosse assim, o princípio dito majoritário seria, na prática, forçada e artificialmente, de unanimidade – como, aliás, sucede em regimes ditatoriais, onde toda dissidência é aniquilada ou compelida a aderir à maioria. Não é o que ocorre no democrático regime societário.

Conforme verificado (no subitem 4.2.4), o poder de voto, no sistema do Código Civil, tem as feições de direito subjetivo⁷¹² e, além disso, no sistema da lei acionária, é ainda direito-função (como assinalado no subitem 4.2.4), mas, em ambos os casos, prevalece o princípio da liberdade do voto, a sinalizar que o sócio, em princípio, não está obrigado a comparecer aos conclaves e, se comparecer, também não fica, por isso, obrigado a votar em determinado sentido: o voto é livre⁷¹³. Assim é, de regra. No entanto, tanto o voto, como o bloqueio, estão submetidos ao dever societário de lealdade e ao interesse social⁷¹⁴. Se a assembléia é o “local de confronto dialético entre os sócios”⁷¹⁵, na arena exige-se dos contendores a fiel obediência às regras do jogo.

⁷¹¹ DOMINIQUE SCHMIDT lembra que “la minorité a le droit de s’opposer à la majorité. Chaque administrateur ou actionnaire dispose du droit de vote pour défendre son opinion: celle du plus grand nombre n’est pas nécessairement la meilleure. Le majoritaire décide, le minoritaire s’oppose, telle est la règle” (*Les conflits d’intérêts dans la société anonyme* – version nouvelle, Paris : Joly, 2004, nº 388, p. 380).

⁷¹² A afirmação pode soar contraditória sob o prisma da teoria geral do direito, mas o que se pretende assinalar no texto, utilizando nomenclatura consagrada em direito societário, é apenas que o interesse social não constitui um limite funcional ao poder de voto; não é um direito-função.

⁷¹³ A regra da lei acionária não pode ser lida pela metade, de tal modo que, onde está escrito “o acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia” (LSA, art. 115, 1ª parte), o exegeta do totalitarismo viesse a ler: “o acionista deve exercer o direito de voto”, e ponto.

⁷¹⁴ Cf.: RENATO VENTURA RIBEIRO, *Direito de voto nas sociedades anônimas*, SP : Quartier Latin, 2009, p. 178 – sustentando, em relação ao voto, que “tanto seu não exercício quanto seu exercício devem respeitar o interesse social”.

⁷¹⁵ É o que afirma ERMANNIO LA MARCA: “L’assemblea è il luogo del confronto dialettico tra i soci” (*L’abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, Milano : Giuffrè, 2004, nº 1, p. 5).

Noutras passagens deste estudo foram verificadas hipóteses em que o dever societário de lealdade impõe deveres positivos de voto ao sócio, compelindo-o assim não só a comparecer à assembleia, mas, objetivamente, a votar a favor de certas deliberações. No entanto, como também já foi oportunamente assinalado, tais situações não de ser tratadas como exceção.

Contudo, antes de prosseguir com a análise de algumas deliberações mais propícias ao surgimento de conflitos entre os sócios, convém destacar que, justamente para assegurar o funcionamento equilibrado e regular do princípio majoritário e evitar que a minoria paralise o normal funcionamento da sociedade (fato objetivo esse que pode, em extremos, levar à sua própria dissolução), o legislador não descuro de oportunas cautelas. A primeira foi prescrever que os quóruns de instalação e deliberação⁷¹⁶, nas sociedades submetidas ao princípio majoritário (analisado no subitem 2.2), devem ser, por via de regra, calculados a partir da participação dos sócios no capital social, e não por cabeça (CC, art. 1.074 e 1.076; e LSA, arts. 125, 129 e 135)⁷¹⁷, evitando que uma inexpressiva minoria numerosa pudesse bloquear deliberações ordinárias e impor a sua vontade ao detentor da maior fração do capital. A segunda cautela foi permitir que, em segunda convocação, as assembleias e reuniões de sócios possam ser instaladas com qualquer número de sócios (CC, art. 1.074; e LSA, arts. 125 e 135)⁷¹⁸, embora, por vezes, sem poder nada deliberar (porquanto eventualmente o quórum de instalação está presente, mas não o de deliberação). A terceira cautela foi prever, como quórum geral e ordinário de deliberação, a simples

⁷¹⁶ O que se deve entender, afinal, por quórum? Quórum é a fração do capital social votante que deve estar presente ou representada para que a assembleia possa se instalar e deliberar validamente sobre certas matérias (vide.: YVES GUYON *Droit des affaires*, tome 1, cit., n° 304, p. 313). Há, pois, duas espécies de quórum: *quórum de instalação* (constitutivo ou estrutural; em francês, apenas *quorum*) que é a parte do capital social votante necessária à instalação válida da assembleia e para que, assim, possam ter início os trabalhos; e *quórum de deliberação* (deliberativo ou funcional; em francês, *majorité*), que é a fração necessária do capital social que deve se exprimir a favor de uma determinada deliberação, através do voto, pela sua aprovação. Sem quórum de instalação, “não há assembleia; o que sem ele se constitua será mero agrupamento de acionistas, sem nenhuma expressão jurídica, e cujas deliberações nenhuma significação terão em relação à sociedade” (TJSP, Ap. 139.583-1, 1ª CC., Rel. Des. EUCLIDES DE OLIVEIRA, v.u., j. 20.08.1991); trata-se de autêntico requisito de constituição da assembleia.

⁷¹⁷ “La regola secondo la quale la maggioranza si calcola, ordinariamente, sulla base del capitale rappresentato in assemblea e non sulla base dell’intero capitale sociale, è giustificata da esigenze di funzionalità: si vuole evitare che l’assenteismo dei soci – fenomeno frequente nelle società con capitale «polverizzato» in migliaia o decine di migliaia di azionisti – impedisca il funzionamento dell’assemblea e condanni la società all’inattività” (FRANCESCO GALGANO e RICCARDO GENGINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., n° 1, p. 36).

⁷¹⁸ O tema foi abordado no subitem 5.2.1.1 acima, no qual colocou em evidência as exceções à regra na Lei das Cooperativas e, excepcionalmente, na própria LSA.

maioria absoluta dos presentes, excluindo-se do cômputo os votos em branco (abstenções) e, segundo entendimento assente, também os votos inválidos (conflitantes, abusivos ou proferidos contra regra de impedimento de voto) e os ineficazes.

Diante disso, no caso de *abstenção*, embora as participações do abstinente evidentemente entrem no cômputo do quórum de instalação do conclave (pois a abstenção é um ato que sucede a instalação), não entram no cômputo do quórum de deliberação (LSA, art. 129)⁷¹⁹⁻⁷²⁰: tomam-se em consideração apenas os “votos determinantes da maioria eficaz”⁷²¹. No exterior, e à míngua de regra expressa, discute-se vivamente se o voto em branco ou a abstenção de voto seria *ausência de voto* ou *voto contrário* à medida⁷²². Esta discussão tem relevância prática. De toda forma, a regra que os exclui do quórum de deliberação é salutar, pois evita que, de ordinário, as ações ou quotas do abstinente possam bloquear a tomada de decisões sociais quotidianas; mas a regra não vai tão longe a ponto de superar o bloqueio criado pela abstenção, nos casos em que o quórum

⁷¹⁹ A mesma regra constava do art. 94 do DL nº 2.627/1940. Por ela, segundo explica TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, “a lei pune o indiferentismo, mandando excluir do cálculo para a apuração da maioria os votos em branco” (*Sociedade por ações*, vol. II, cit., nº 452, p. 112). Também ROBERTO PAPINI afirma que, dessarte, “a lei pune o absenteísmo (ausência dos acionistas à assembléia geral), bem com os desinformados, despreparados ou indecisos que votam em branco” (*Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*, 4ªed. RJ : Forense, 2004, nº 14.5.2, p. 204).

⁷²⁰ A aplicação da mesma regra é defendida para as sociedades reguladas pelo Código Civil (cf.: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, cit., pp. 240-241), embora não exista preceito legal expreso.

⁷²¹ A expressão é de ANTONIO JESUS MARÇAL ROMEIRO BCHARA, (*Comentários à Lei das Sociedades por Ações* (obra coletiva), cit., p. 391).

⁷²² Há quem pretenda ver aqui um conteúdo característico da abstenção, e procure nesta divisar os efeitos próprios influentes na natureza da deliberação. Para os que assim pensam, explica EDUARDO DE MELO LUCAS COELHO, “a abstenção estaria longe de parificar-se com algo como a pura e simples ausência à votação, em que, aí sim, o titular do voto nem exprime opinião sobre a proposta, nem ao menos se apresenta a votar. Ao invés desta atitude meramente passiva, haveria na abstenção um evento material de efetiva participação na votação (v.g. entrega do boletim de voto em branco; levantamento do braço à pergunta de quem se abstém) e haveria declaração expressa de uma posição de pendência «pendência» (*unentschiedene Stellung*) a respeito da proposta, e da vontade, bem assim, de aderir à decisão do colégio, tudo traduzindo uma forma mínima de cooperação na formação da deliberação. O *quorum* constitutivo é obviamente influenciado pelas ausências, mas permanece intocado pelas abstenções, que surgem, como é lógico, no momento do iter processual colegial em que o problema de regular constituição da assembléia, na ótica do tipo de deliberação a tomar, já se encontra solucionado” (*A formação das deliberações sociais*, Coimbra : Coimbra editora, 1994, pp. 150-151). Continua o mesmo autor, já agora criticando os que assim pensam: “Não me parece esta solução razoável. As abstenções não são, pois, contadas como votos emitidos. Seria, pois, nesta óptica, artificioso qualificar as abstenções juridicamente como elementos determinantes do sentido da deliberação, só porque a respectiva materialidade (v.g., a introdução na urna de um boletim em branco) encena a representação gestual correspondente à emissão de um voto (...). Quem se abstém, expressa ou tacitamente, não emite voto algum. E se as abstenções fossem, outrossim, contadas, poderiam equivaler, nos resultados da votação, nada menos que a votos contra, como já vimos, em desacordo com a vontade presumível dos acionistas que se abstém. Com a agravante de que uma proposta jamais seria aprovada ainda que apenas obtivesse votos a favor, todas as vezes que o número de abstenções excedesse o número dos restantes votos” (*op. cit.*, pp. 151-153).

qualificado de deliberação é fixado em função do capital social, e não da maioria, simples ou qualificada, dos presentes. Para esta última situação, a superação do obstáculo é medida bem mais complexa (como estudado no cap. 6).

Por outro lado, no caso de *ausência* do sócio, a superação do óbice assim criado é algo mais complicada. A falta de comparecimento do sócio, em primeira convocação, pode eventualmente retardar a instalação do conclave, forçando a realização de segunda convocação, quando, só então, a assembléia se instalará com qualquer número de presentes, um sócio que seja⁷²³. Depois de finalmente instalada a assembléia, a abstenção do sócio de minoria, ressalvadas as situações analisadas anteriormente (no subitem 5.2.1), não produzirá efeitos determinantes sobre as decisões que demandem maioria simples, mas poderá, eventualmente, impedir a tomada de decisões que exijam quórum de deliberação fixado em razão do capital social – dando ensejo ao fenômeno de impasse ou bloqueio (*Pattsituationen* ou *deadlocks*). Aqui, o problema que se coloca é o mesmo da abstenção ou do voto contrário, cujo sancionamento será adiante estudado (no cap. 6).

Mas não é só.

Outra regra expressa, preordenada a coibir o abuso da minoria, é a que não exige a assinatura de todos os sócios na ata de assembléia ou reunião de sócios: todos os presentes *podem* fazê-lo, mas a lei *só exige* a de quantos bastem para a validade da deliberação (CC, art. 1.075, § 1º; e LSA, art. 130), obstando que a minoria vencida possa, com a sua recusa, impedir que se dê regular execução ao que foi deliberado. A ata é meio

⁷²³ Para evitar os custos de nova convocação, é possível, em alguns casos, proceder à convocação sucessiva do órgão, sendo que, quanto a isso, tivemos a oportunidade de explicar, noutro trabalho, que “no direito brasileiro, a convocação sucessiva de assembléia: (1º) por não ser vedada, é admitida nos condomínios edilícios e nas associações; (2º) tem expressa autorização na lei concursal para a assembléia de credores, contanto que respeitado o intervalo de cinco dias entre os conclaves (Lei nº 11.101/2005, art. 36); (3º) é também expressamente admitida para as sociedades cooperativas (Lei nº 5.674/1971, art. 38, § 1º), desde que os estatutos sociais autorizem e o edital de convocação o indique, respeitado o intervalo mínimo de uma hora entre cada tentativa de instalação; (4º) é claramente vedada para as sociedades anônimas, na medida em que a lei acionária exige a publicação de novo anúncio, de segunda convocação (LSA, art. 124, § 1º, I); e (5º) por não ser vedada, é admitida para as sociedades limitadas, qualquer que seja a sua regência supletiva – aplicando-se essa mesma inferência para as reuniões de sócios, desde que o contrato social não contenha disciplina diversa” (MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *Convocação simultânea de assembléia ou reunião de sócios no direito brasileiro*, pendente de publicação na RDM).

de prova; condição de eficácia, e não de validade da deliberação⁷²⁴ – e seria aberrante que a minoria, vencida, pudesse faticamente frustrar a execução de deliberação validamente tomada, subvertendo a lógica do princípio majoritário, pela simples recusa em assinar o documento.

Por fim, uma última questão a ser tratada neste subitem é a do controle da lista de presença e, por efeito, do quórum de instalação. Como se sabe, ao ingressar no ambiente da assembléia, deve o sócio, ou o seu procurador ou presentante legitimado, assinar a lista ou o livro de presença (LSA, arts. 100, V, e 127), a partir do qual se afere o preenchimento do quórum de instalação. Uma vez instalada a assembléia, a doutrina discute, então, qual é o efeito jurídico da saída ou abandono do sócio do local da reunião: influiria tal ato sobre o quórum de instalação? As regras societárias não tratam do problema expressamente, dando ensejo a interpretações divergentes, aqui e alhures. No direito brasileiro, sustenta Modesto Carvalhosa sustenta que “o *quorum* de instalação não deve apenas ser satisfeito no início dos trabalhos, mas mantido e, portanto, respeitado durante todo o curso das deliberações. Poderá, inclusive, ser verificado o *quorum* a qualquer momento durante o conclave, por solicitação da mesa (art. 1.075) ou de qualquer sócio. É mesmo aconselhável que seja constatada e declarada a manutenção da presença mínima de instalação pela mesa a cada deliberação”⁷²⁵. Respeitada a opinião contrária, dela discordamos. A saída *voluntária* do sócio no meio da assembléia não pode afetar o quórum de instalação precedentemente verificado: a lei não contempla o ato de retirada do nome do sócio da lista de presença; e, fosse possível isso, o sócio, antevendo a sua derrota (algo que, em muitos casos, é fácil de constatar, diante da vinculação temática dos temas da ordem do dia), poderia simplesmente impedir o prosseguimento da assembléia, abandonando o local em que os trabalhos se realizam. Mais do que o profundo desrespeito revelado por essa

⁷²⁴ A ata é meio de prova, condição de eficácia (Cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Invalidades das deliberações de assembléia das S/A*, cit., nº 19.1, p. 96; e FRANCESCO GALGANO, *Il negozio giuridico*, ‘in’ *Trattato di diritto civile e commerciale* – già diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni, e continuato da Piero Schlesinger, vol. III – tomo 1º, 2ª ed. Milão : Giuffrè, 2002, nº 57, pp. 265-266) EDUARDO DE MELO LUCAS COELHO define ata como “um registro das circunstâncias espácio-temporais, de outros dados objetivos e subjetivos, e dos eventos mais relevantes ocorridos na assembléia” (*A formação das deliberações sociais*, cit., nota 42, p. 56).

⁷²⁵ MODESTO CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, cit., p. 214. No mesmo sentido é a opinião de GIAN FRANCO CAMPOBASSO, para quem “il quorum costitutivo è accertato all’inizio dell’assemblea e ritengo che debba persistere durante tutto lo svolgimento della stessa” (*Diritto commerciale*, vol. 2, cit., nº 4, p. 317), admitindo, no entanto, que “il punto è tuttavia controverso”, citando, em abono da posição que defende, as opiniões de BUONOCORE, DI SABATO e CHIANTIA e, em sentido contrário, as lições de SERRA, BENAZZO, MONTAGNANI e PUPO, em linha com a jurisprudência italiana (Trib. Milano, 9-11-1987, in *Giur. comm.*, 1988, II, 967; Trib. Milano, 11-4-1988, ‘in’ *Società*, 1988, 725; Trib. Napoli, 7-1-1999, 41, com nota di RUBINO DI RITTIS; Trib. Trento, 13-12-2001, ‘in’ *Società*, 2002, 402, com nota di BONAVERA).

conduta para com os demais presentes, existe aí violação frontal do primado da boa-fé objetiva (CC, art. 422), diante da quebra da confiança ínsita nessa conduta vacilante, e, portanto, quebra do dever societário de lealdade. Fosse isso permitido, ter-se-ia que, antes de cada votação, fazer a recontagem do número de sócios ou acionistas presentes – o que a lei também não obriga. A fuga ou abandono da assembléia é apontado pela doutrina italiana como conhecida forma de obstrucionismo⁷²⁶, mas, na atualidade, tem sido repelida justamente sob o entendimento de que o abandono no meio dos trabalhos deixa intacto o quórum de instalação⁷²⁷.

⁷²⁶ MARIA PAOLA MARTINES explica que o abandono é “una nota fattispecie, riportata da BUONOCORE (*L'ostruzionismo degli azionisti nelle assemblee della società per azioni*, in *Riv. Società*, 1970, p. 294). Trattavasi, in particolare, di un'assemblea di società anonima, convocata per deliberare sullo scioglimento anticipato della società, la quale si era costituita presenti tanti soci quanti ne richiedeva l'allora vigente art. 158 c. comm., e cioè i tre quarti del capitale sociale. Saggiati gli umori dell'assemblea, alcuni soci si erano allontanati successivamente dalla sala della riunione, sì che, al momento del passaggio al voto, mancava il c.d. quorum costitutivo, già presente all'inizio. L'assemblea aveva, ciò nonostante, ugualmente deliberato col voto favorevole della metà del capitale sociale: quorum richiesto, sempre dall'art. 158, per la sola approvazione della deliberazione. Il Tribunale di Verona (Trib. Verona, 23.11.1906, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, p. 84) aveva dichiarato nulla la deliberazione di scioglimento anticipato così adottata, adducendo fra l'altro che ‘per deliberare lo scioglimento anticipato della società si richiede che le due maggioranze previste dall'art. 158 c. comm. si mantengano dal principio dell'assemblea a tutta la votazione ed è perciò nulla la deliberazione presa col voto favorevole di tanti soci rappresentanti oltre la metà del capitale sociale, se prima del voto si assentarono, appunto per rendere impossibile la votazione, alcuni soci, per modo che al momento del voto non fossero più presenti tanti soci rappresentanti i tre quarti del capitale sociale’” (*L'abuso di minoranza nelle società di capitali*, Padova : *Contratto e Impresa*, vol. 13, n° 3 (set.-dez. 1997), pp. 1.185-1.186). Estamos em 2010...

⁷²⁷ Além das lições e da jurisprudência referidas em nota anterior, MARIA PAOLA MARTINES taxativamente afirma que “è ormai consolidato l'orientamento secondo il quale l'allontanamento di alcuni soci dalla riunione, tale da far venire meno l'esistenza del quorum non comporta di per sé irregolarità dell'assemblea e non pregiudica la validità della deliberazione (cf.: FRÉ, *Società per azioni*, artt. 2325-2451, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, sub art. 2368, p. 320; FERRARA-CORSI, *Imprenditori e società*, Milano, 1987, p. 468; GRIPPO, in *Tratt. Rescigno*, XVI, Torino, 1985, p. 375)” (*L'abuso di minoranza nelle società di capitali*, Padova : *Contratto e Impresa*, vol. 13, n° 3 (set.-dez. 1997), p. 1.186).

“Una nota fattispecie, riportata da BUONOCORE (*L'ostruzionismo degli azionisti nelle assemblee della società per azioni*, in *Riv. Società*, 1970, p. 294), diede avvio ad una disputa sul tema dell'ostruzionismo degli azionisti. Trattavasi, in particolare, di un'assemblea di società anonima, convocata per deliberare sullo scioglimento anticipato della società, la quale si era costituita presenti tanti soci quanti ne richiedeva l'allora vigente art. 158 c. comm., e cioè i tre quarti del capitale sociale. Saggiati gli umori dell'assemblea, alcuni soci si erano allontanati successivamente dalla sala della riunione, sì che, al momento del passaggio al voto, mancava il c.d. quorum costitutivo, già presente all'inizio. L'assemblea aveva, ciò nonostante, ugualmente deliberato col voto favorevole della metà del capitale sociale: quorum richiesto, sempre dall'art. 158, per la sola approvazione della deliberazione. Il Tribunale di Verona (Trib. Verona, 23.11.1906, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, p. 84) aveva dichiarato nulla la deliberazione di scioglimento anticipato così adottata, adducendo fra l'altro che ‘per deliberare lo scioglimento anticipato della società si richiede che le due maggioranze previste dall'art. 158 c. comm. si mantengano dal principio dell'assemblea a tutta la votazione ed è perciò nulla la deliberazione presa col voto favorevole di tanti soci rappresentanti oltre la metà del capitale sociale, se prima del voto si assentarono, appunto per rendere impossibile la votazione, alcuni soci, per modo che al momento del voto non fossero più presenti tanti soci rappresentanti i tre quarti del capitale sociale’” (MARIA PAOLA MARTINES, *L'abuso di minoranza nelle società di capitali*, Padova : *Contratto e Impresa*, vol. 13, n° 3 (set.-dez. 1997), pp. 1.185-1.186).

Passemos, pois, à análise de algumas deliberações em que o obstrucionismo mais corriqueiramente se faz sentir.

5.3.2.1. Operações de aumento e redução do capital.

Ideado na Europa continental, o instituto do capital social – “valor que os sócios estimam ser necessário ao desenvolvimento da atividade social e que deve estar expresso, em moeda corrente nacional, no contrato social (CC, art. 997, III) ou nos estatutos (LSA, art. 5º)”⁷²⁸ – é apontado por Herbert Wiedemann, com razão, como uma contribuição cultural de primeiro grau⁷²⁹, pois sobre ele se erigiu um sistema eficaz de proteção aos credores, que não podem contar, nas sociedades anônimas e limitadas, com a responsabilidade pessoal dos sócios, como nos demais tipos sociais. No entanto, “além de exercer a função de garantia indireta para os credores, o capital social também funciona como medida dos direitos (patrimoniais e políticos) dos sócios. Com efeito, dividendo, quinhão de participação no acervo de liquidação, voto e diversos outros direitos e poderes são definidos em função do percentual da participação do sócio no capital social. Também as posições de controlador e de minoria, em torno das quais se estruturam específicos direitos e deveres, estão relacionadas ao percentual da participação societária detida pelo sócio”⁷³⁰. O interesse dos sócios justifica, como destaca Paulo de Tarso Domingues, “certas cautelas na modificação da cifra do capital social, porquanto sua alteração não lhes é indiferente, já que alguns de seus direitos – como, por ex., o direito de aquinhoar lucros – determinam-se, por via de regra, em função da respectiva participação naquele. Por outro lado, a posição e o peso relativo de cada sócio e, conseqüentemente, o equilíbrio de forças dentro da sociedade obtêm-se também em função da parte de cada um no capital social”⁷³¹. Assim, compreende-se perfeitamente que as operações de aumento e de redução de capital não são neutras do ponto de vista dos interesses dos sócios; pelo contrário, são normalmente conflituosas e, embora nelas o mais corriqueiro seja detectar abusos da maioria, também há fértil campo para o abuso da minoria, convindo, pois, analisar as suas particularidades.

⁷²⁸ A definição é de ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA e encontra-se reproduzida em trabalho para o qual prestamos auxílio (*A proteção aos credores e aos acionistas nos aumentos de capital*, RAASP 96/32).

⁷²⁹ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*, München : C.H. Beck, 1980, p. 558.

⁷³⁰ ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA e MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *A proteção aos credores e aos acionistas nos aumentos de capital*, RAASP 96/36.

⁷³¹ PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Do capital social: noção, princípios e funções*, Coimbra : Coimbra editora, 1998, nº 4.1.1, p. 61.

5.3.2.1.1. Aumento do capital social.

A tutela da posição dos sócios e credores sociais nas operações de aumento de capital dá-se por diversas formas, a saber: (1º) o capital social só pode ser alterado nas hipóteses minudentemente reguladas em lei (CC, arts. 1.081 a 1.084; e LSA, arts. 166 a 174); (2º) os critérios para a fixação do preço de emissão de novas quotas e ações estão detalhados em lei, coibindo-se a diluição injustificada da participação dos sócios (LSA, art. 170, § 1º); (3º) a lei assegura, ainda, que a integralização do capital subscrito com bens ou direitos corresponda efetivamente à soma declarada (CC, art. 1.055, § 1º; e LSA, arts. 7º, 8º e 170, § 3º); (4º) os aumentos do capital só podem ter lugar depois que o capital previamente subscrito estiver integralizado, no todo (CC, art. 1.081) ou em parte (LSA, art. 170); e, além disso, (5º) o legislador assegurou o direito de preferência (*rectius*: opção) por parte dos sócios nos aumentos de capital (CC, art. 1.081, § 1º; e LSA, arts. 109, IV, e 171).

Diante de tal quadro, portanto, *o aumento do capital social aprovado pela maioria poderá ser qualificado de abusivo* se, no caso concreto, se conseguir provar que o mesmo é desnecessário ou excessivo⁷³² ou, ainda, que o valor de emissão de quotas ou ações foi fixado de modo a promover a diluição injustificada da participação dos minoritários, na medida em que não foram observadas as regras cogentes⁷³³. Na prática,

⁷³² Cf. (decretando a invalidade do aumento de capital excessivo e injustificado): “Sociedade anônima. Assembléia geral visando aumento de capital social, mediante emissão de excessivo e injustificado número de ações. Deliberação que provocou a diluição injustificada da participação de sócia minoritária. Ação anulatória procedente. Sentença confirmada” (TJSP, Ap. 35.058.4/0-00, 8ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. YUSSEF CAHALI, v.u., j. 13.05.1998). “Anulatória. Sociedade anônima. Banco. Aumento de capital deliberado por Conselho de Administração, para efeito de remessas para capitalização de agências no exterior. Desnecessidade do aumento de capital, visando anular distribuição de dividendos e favorecer grupo controlador, pelo baixo valor de emissão das ações, a dano dos acionistas minoritários” (TJSP, Ap. 17.113-4/0, 4ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. OLAVO SILVEIRA, v.u., j. 05.03.1998). Em doutrina, vide ainda: WALDIRIO BULGARELLI, *Aumento de capital excessivo em prejuízo da posição dos acionistas minoritários*, ‘in’ *Questões de direito societário*, SP : RT, 1983, p. 81.

⁷³³ Cf. (decretando a invalidade do aumento de capital em razão da fixação incorreta do preço de emissão das ações): “Direito societário. Sociedade anônima fechada. Aumento de capital. Direito de voto. Proteção ao direito da minoria. Art. 170, § 1º, da Lei nº 6.404. Norma de ordem cogente (...). Ação que visa anular deliberação tomada em assembléia que aumentou o capital social, por emissão de novas ações com valor ao par, ao invés de valor econômico. As normas do § 1º do art. 170 da Lei das S/A, que são de ordem pública, se aplicam indiscriminadamente às sociedades anônimas fechadas ou abertas. Se o aumento foi deliberado com ofensa aos critérios traçados na norma legal, anula-se a decisão da assembléia” (TJRJ, Ap. 6.809/97, 3ª CC., Rel. Des. GUSTAVO LEITE, m.v., j. 02.12.1997). Nesta quadra, soa equivocado o entendimento de que, por via de regra, a violação do art. 170 da Lei das S/A não implica invalidade do aumento do capital: “O preço das ações emitidas na elevação do capital social de sociedade anônima é questão política da própria companhia, situada no âmbito da discricionariedade da empresa. Assim, a sanção para o descumprimento da norma do

porém, são sempre árduas as tarefas de sustentar e comprovar a abusividade da operação, porquanto, se é equivocada a crença de que todo aumento de capital é favorável à sociedade, na medida em que ela supostamente não sofreria nenhum impacto negativo com o aumento de recursos financeiros disponíveis⁷³⁴, o discurso contrário é sempre mais sedutor e fácil de sustentar, com apoio em algum dado contábil da própria sociedade.

No mais das vezes, aliás, a abusividade do aumento de capital não se revela diretamente a partir de seu contraste com o interesse social e, sim, coloca-se a partir do

art. 170 da Lei 6.404/76 não pode ser a anulação da assembléia geral que aprovou o aumento do capital e o preço da ação” (TJRJ, EI 68/98, 7º Gr. Câms. Civs., Rel. Des. MAURO FONSECA PINTO NOGUEIRA, m.v., j., 05.08.1998, RT 763/338). Quanto a este último entendimento, é verdade que FÁBIO KONDER COMPARATO chegou a sustentar que a violação do disposto no art. 170, § 1º, da LSA, não acarretaria a invalidade da deliberação, mas sim a responsabilização do controlador por perdas e danos (*A fixação do preço de emissão das ações no aumento de capital da sociedade anônima*, RDM 81/79-86): segundo o eminente mestre, a sanção cabível pelo descumprimento da mencionada norma não poderia ser a invalidade da deliberação, “em primeiro lugar, porque esse tipo de sanção só existe quando a norma violada é taxativa, ou de ordem pública; não quando confere ao agente uma certa latitude de apreciação e de ação. Em segundo lugar, porque a própria lei acionária, em matéria de abuso de poder, comina a sanção de perdas e danos e não a de invalidade do ato abusivo (art.117)”. Em que pese a autoridade do ilustre autor, referida tese, além de ser minoritária (vide: FRAN MARTINS, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2 – tomo II, RJ : Forense, 1984, nº 751, p. 494; e MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 5, SP : Saraiva, 1977, p. 293; dentre outros), foi muito bem refutada em certo acórdão do TJSP: “Sociedade anônima. Capital. Aumento. Deliberação majoritária do Conselho de Administração da sociedade, homologada em assembléia. Anulação. Atuação que resultou na diminuição injustificada da participação dos acionistas minoritários. Ofensa ao art. 170, § 1º, da Lei Federal nº 6.404, de 1976. Unilateralidade e arbítrio da maioria, ademais, evidenciados. Ação procedente. Recurso provido. O interesse particular dos acionistas majoritários em fazer melhor negócio, subscrevendo ações por preço baixo, não pode caracterizar justificativa para a diluição da participação dos minoritários no capital social” (TJSP, Ap. 165.360-1, 8ª CC., Rel. Des. JOSÉ OSÓRIO, m.v., j. 24.06.1992, RJTJESP 140/132). Lê-se no voto do douto relator o seguinte: “O mencionado § 1º do art. 170 contém *mais de um preceito*. Ao indicar critérios vários para a determinação do preço, não é norma de ordem pública, pois os interessados permanecem com ampla liberdade de atuação. O conteúdo de normatividade pública aparece no preceito que impede a ‘diluição injustificada da participação dos antigos acionistas’. De tal prerrogativa o acionista, de antemão, nem expressamente pode renunciar. Muito menos poderia fazê-lo tacitamente, por um simples comportamento anterior”. Vale dizer, ainda que se considere que os critérios para a determinação do preço de emissão das ações das ações não são de ordem pública, a proibição de diluição injustificada da participação dos antigos acionistas indubitavelmente é.

⁷³⁴ JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA e ALFREDO LAMY FILHO enfaticamente apontavam: “nem todo aumento é do interesse da companhia” (*A Lei das S.A.*, RJ : Renovar, 1992, p. 472). Pode ele encobrir abusos de controle. E o aumento desnecessário do capital pode também refletir negativamente nos índices econômico-financeiros da sociedade, com repercussão direta na apreciação que os investidores fazem dos seus títulos: “A subscrição de novas ações aumenta o estoque de recursos próprios da sociedade, mas daí não se infira que todo aumento de capital social é, por definição, do interesse da companhia, pois o fim da sociedade comercial não é acumular recursos próprios, mas auferir lucro em benefício dos acionistas; a realização desse fim é medida pela quantidade de lucro por unidade de patrimônio líquido, e o excesso de recursos (em relação às necessidades da empresa) não é neutro do ponto de vista do interesse social, pois reduz a taxa de rentabilidade do patrimônio líquido da sociedade e, conseqüentemente, do investimento dos acionistas” (LUIZ ALBERTO COLONNA ROSMAN, *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. II, cit., pp. 1.382-1.383). Aliás, se todo aumento de capital estivesse alinhado com o interesse social e, portanto, ter capital abundante fosse sempre desejável, ter-se-ia que concluir, de forma harmonicamente absurda, que a redução do capital por excesso, capital exuberante, seria então, *ipso facto*, contrária ao interesse social, não obstante esteja a medida prevista expressamente na lei! O absurdo fala por si só!

dever societário de lealdade, notadamente naqueles casos em que o aumento aparece como um meio de a maioria diluir ou faticamente excluir a minoria indesejada. Quanto a isso, já foi visto, a regra de conflito de interesses da lei acionária facilita a reprovação da operação, ao conceber o direito de voto como direito-função e preordenar o seu sentido, permitindo equacionar até mesmo os casos de conflitos de interesses entre sócios⁷³⁵; mas, no sistema do Código Civil, o mesmo não sucede e, nesse caso, é conveniente recorrer também ao dever societário de lealdade – como disso se aperceberam a doutrina e a jurisprudência italianas⁷³⁶. Em todo caso, não demonstrado vício, prevalece o aumento⁷³⁷; por outro lado, comprovado, o que se deve fazer é anular a deliberação abusiva, e jamais cogitar de sua preservação contra a concessão de uma insuficiente e inadaptada reparação pecuniária pelos interesses lesados, nem sempre diretamente mensuráveis em termos econômicos.

Inversamente, porém, *a recusa da minoria em aprovar o aumento do capital também poderá ser abusiva*, nos casos em que o bloqueio resultar de votos contrários ao interesse social ou, mais amplamente, forem colidentes com o dever societário de lealdade⁷³⁸. Quanto a isso, diversas hipóteses foram referidas anteriormente neste estudo. Assim, por exemplo, a recusa em aprovar um aumento de capital necessário⁷³⁹, em montante compatível e por preço justificado, apenas porque a minoria deseja a satisfação de um interesse pessoal extrassocietário, constitui ato de abuso de minoria (conforme visto nos itens 3.2 e 3.3, supra). O simples receio da minoria em ter diluída a sua participação

⁷³⁵ É o que muito bem destacou MAURO RODRIGUES PENTEADO em obra de referência obrigatória em tema de aumentos de capital nas companhias (*Aumentos de capital das sociedades anônimas*, cit., nº 94, p. 263).

⁷³⁶ Cf.: FRANCESCO GALGANO, *Il negozio giuridico*, ‘in’ *Trattato di diritto civile e commerciale* – già diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni, e continuato da Piero Schlesinger, vol. III – tomo 1º, 2ª ed. Milão : Giuffrè, 2002, nº 115, p. 517 – o qual se refere a julgado da Corte de cassação italiana (Cass., 26.10.1995, nº 11151), no qual foi pronunciada a anulação de deliberação assemblear de aumento de capital inspirada por um interesse extrassocial da maioria. A decisão funda-se na premissa de que, com o exercício do voto, o sócio dá execução ao contrato de sociedade, pelo que o direito de voto deve, pela norma do art. 1375 do CC it, ser exercitado de boa-fé; a conclusão é a de que o voto expresso para realizar um interesse extrassocial, a dano da minoria, integra os extremos do abuso do direito. Nesta decisão, o cânone da boa-fé foi utilizado como critério de valoração do exercício do direito, apto a distinguir entre o uso e o abuso do próprio direito.

⁷³⁷ Cf.: “Sociedade anônima. Anulação de assembléia geral que determinou o aumento do capital social. Inadmissibilidade se não demonstrado que a deliberação visou tão-somente prejudicar acionista minoritário. Ficando indemonstrado que o aumento do capital social visou tão-somente prejudicar acionista minoritário, não pode prevalecer a decisão que anulou a assembléia geral” (TJRJ, EI 68/98, 7º Gr. Câms. Cív., Rel. Des. MAURO FONSECA PINTO NOGUEIRA, m.v., j., 05.08.1998, RT 763/338).

⁷³⁸ Sobre o tema, vide: LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Abuso da minoria em aumento de capital*, ‘in’ *Pareceres*, vol. II, cit., pp. 1.211-1.225.

⁷³⁹ O bloqueio abusivo poderá ter lugar nas sociedades reguladas pelo Código Civil ou, no caso da sociedade anônima, desde que existe quórum qualificado estatutário.

não a autoriza a se opor a um aumento *essencial à sobrevivência da sociedade*⁷⁴⁰. Será, porém, válida a recusa se ficar evidenciado que o aumento do capital não é a solução para o problema posto ou, o que dá no mesmo, que o só aumento não terá efeito de solucioná-lo⁷⁴¹. Também a falta de prestação de informações adequadas sobre o aumento é motivo suficiente para que a minoria possa recusá-lo⁷⁴², eis que ninguém pode ser compelido a votar ou dar o seu assentimento para algo sobre o que não está bem ciente e esclarecido⁷⁴³. Também conta, na matéria, o fato de haver outros sócios que votaram contra a medida⁷⁴⁴. No particular, a dificuldade está em que, para a maioria, qualquer bloqueio tende a ser visto como ato abusivo, mas, é claro, assim não pode ser: é preciso realizar uma ponderação de interesses para detectar se a oposição do sócio está marcada por conflito de interesses ou se, em todo caso, o dever de consideração para com os interesses *ex causa societatis* dos demais sócios pode obrigá-lo a aceder à operação, de cuja aprovação não lhe resta nenhum prejuízo desmesurado e de cuja rejeição resultará a própria aniquilação da sociedade.

⁷⁴⁰ É o que destaca PAUL LE CANNU: “La seule crainte de la dilution n’est pas en soi un motif suffisant pour valider un refus si l’augmentation de capital est nécessaire à la survie de la société (en ce sens: Cass. Com., 18.06.2002: *Bull. Joly*, 2002, p. 1197, § 256, nota de L. GODON; CA Paris, 3^a Ch. A, 25.10.1994)” (*Droit des sociétés*, cit., n° 251, p. 146).

⁷⁴¹ Ainda segundo PAUL LE CANNU: “En revanche, elle devient un argument solide si l’augmentation de capital n’est pas l’unique solution (CA Paris, 3^a Ch. A, 26.06.1990: *Bull. Joly*, 1990, 755, § 22, note P. LE CANNU; *JCP éd. E*, 1990, II. 15915, note M. GERMAIN; *Rev. Sociétés* 1990, 613, note M. BOIZARD; *RTD com.* 1990, 594, obs. Y. REINHARD; *JCP éd. E*, 1991, I. 22, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN; CA Versailles, 25.11.1987, *Bull. Joly*, 1988, 82, § 16; *JCP éd. E*, 1988, II. 15168, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN)” (*Droit des sociétés*, cit., n° 251, p. 146).

⁷⁴² Segundo notícia DOMINIQUE VIDAL, “il a été jugé (Cass. com., 27 mai 1997, *Dr. Sociétés*, sept. 1997, n° 142, note VIDAL) que si le refus par un actionnaire minoritaire de voter une augmentation de capital peut constituer un abus de minorité dans le cas où cette augmentation est nécessaire à la survie de la société, il appartient aux dirigeants de mettre à leur disposition les documents permettant de se prononcer en connaissance de cause et d’émettre un vote éclairé. L’information légale est souvent insuffisante pour satisfaire à cette condition. Ainsi l’actionnaire qui refuse de voter une augmentation de capital en l’absence de documents présentés à l’assemblée comportant des informations claires, spécifiques et circonstanciées sur les motifs, l’importance et l’utilité de l’opération au regard des perspectives d’avenir de la société, ne commet pas d’abus de minorité. Notamment, un tel refus n’est pas abusif lorsqu’il n’est pas établi que l’augmentation de capital aurait permis de reconstituer durablement les fonds propres (Paris, 18 déc. 1985, *RJ com.* 1988.89, note VIDAL; Paris, 24 janv. 1997, *RJ com.* 1998.68, note MASQUELIER; T. Com. Chambéry, 9 janv. 1998, *RJ com.* 99.281)” (*Droit des sociétés*, cit., n° 808, p. 395). Igual registro é apresentado por PAUL LE CANNU (*Droit des sociétés*, cit., n° 251, p. 147).

⁷⁴³ Cf.: “Les actionnaires devant se prononcer sur une augmentation de capital d’une société dont les capitaux propres sont devenus inférieurs à la moitié du capital doivent disposer des informations leur permettant de se prononcer en connaissance de cause sur les motifs, l’importance et l’utilité de cette opération au regard des perspectives d’avenir de la société. En l’absence d’une telle information, ils ne commettent pas d’abus en refusant d’adopter la résolution proposée” (Cass. com., 20.03.2007, *Bull. Joly Sociétés*, n° 6 (01.06.2007), com notas de DOMINIQUE SCHMIDT).

⁷⁴⁴ É novamente PAUL LE CANNU quem registra o entendimento dos tribunais franceses: “Le fait que d’autres associés minoritaires, qui n’ont pas partie liée avec celui à qui l’abus est reproché, aient eux aussi voté contre la résolution proposée, peut légitimer, selon une cour d’appel, l’opposition du défendeur (CA Bordeaux, 07.12.1989: *Bull. Joly*, 1990, 284, § 82, note D. BOMPOINT; *Dr. Sociétés* 1990, n° 127, note M. GERMAIN; *RTD com.* 1990, 584, obs. CLAUDE CHAMPAUD; *Rev. Sociétés* 1990, 478, obs. Y. GUYON)” (*Droit des sociétés*, cit., n° 251, p. 147).

Algumas legislações tratam diretamente do problema do aumento necessário do capital social, dando como solução a exclusão do dissidente. No Chile, segundo explica Carlos Gilberto Villegas, “el Código Civil contempla dos casos de retiro o exclusión del socio. Uno es el previsto en el art. 2087, cuando el objeto social no se puede alcanzar sin un aumento del capital social. Si los socios resuelven aumentar el capital de la sociedad y por ende los aportes de cada socio, para poder alcanzar el objeto de la sociedad, pueden excluir al socio que no consienta en ello”⁷⁴⁵.

5.3.2.1.2. Redução do capital social e saneamento financeiro.

A redução do capital social pode ser obrigatória⁷⁴⁶ ou facultativa, e, nesta segunda hipótese, pode ter por fundamento o reconhecimento de perdas irre recuperáveis (CC, art. 1.082, I; e LSA, art. 173, 1ª parte), até o montante dos prejuízos acumulados, ou, ainda, a decisão dos sócios reputando-o excessivo (CC, art. 1.082, II; e LSA, art. 173, 2ª parte): na hipótese de capital excessivo (ou exuberante), há redução do capital social e do patrimônio, enquanto, na hipótese de perdas irreparáveis, só se produz a redução da cifra do capital contábil, por efeito do reconhecimento contábil das perdas.

No entanto, assim como o legislador preocupou-se em tutelar a posição dos sócios nos aumentos de capital social, também procurou fazê-lo nas operações de redução voluntária. Em primeiro lugar, através de regras que prevêm que o capital social só poderá ser alterado nas hipóteses taxativamente previstas em lei (CC, art. 1.082, I e II; e LSA, art. 173). Em segundo lugar, ao dispor que a redução voluntária do capital social por perdas irreparáveis só poderá ter lugar depois que o capital previamente subscrito tiver sido integralizado (CC, art. 1.082). E assim seguramente o fez o legislador por reconhecer que

⁷⁴⁵ CARLOS GILBERTO VILLEGAS, *Tratado de las sociedades*, cit., nº 6.1, p. 181.

⁷⁴⁶ O capital social será obrigatoriamente reduzido nas sociedades por ações: (i) se forem declaradas caducas as ações não integralizadas, nas hipóteses de mora do subscritor ou impossibilidade de serem recolocadas as ações, ou (ii) se, reembolsadas as ações, não for possível substituir os respectivos acionistas no prazo de lei. Nas sociedades limitadas, o capital também será obrigatoriamente reduzido: (i) no caso de não-integralização da quota do sócio remisso, se as suas quotas não forem assumidas pelos remanescentes ou transferidas a terceiros (CC, arts. 1.004, par. ún., e 1.058); (ii) no caso de liquidação, total ou parcial, de quota de sócio penhorada por credor particular (CC, art. 1.026, par. ún.); e, de maneira geral, (iii) em todos os casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, se os remanescentes não suprirem o seu valor (CC, art. 1.031, § 1º).

as operações de redução voluntária do capital social não são indiferentes nem para os sócios, nem para os credores sociais, em qualquer uma de suas modalidades⁷⁴⁷.

Não raro, porém, a redução do capital social é parte de uma operação de saneamento financeiro da sociedade, impondo, em razão disso, deveres estritos de lealdade por parte dos sócios⁷⁴⁸. A operação de saneamento financeiro pode consistir, assim, na redução do capital social, para absorver os prejuízos irrecuperáveis acumulados (podendo chegar ao seu “azeramento”; à sua redução à zero), com o seu simultâneo aumento, através da entrada de novos recursos, normalmente por meio da subscrição de ações em dinheiro pelos antigos sócios ou, então, com a admissão de novo investidor. Essa operação de redução do capital a zero com a sua simultânea reconstituição, através do aumento, teve, no passado, a sua legalidade contestada, essencialmente sob a alegação de que seria lesiva aos direitos dos minoritários, os quais seriam colocados na contingência de participar do coevo aumento do capital (tendo assim o ônus de realizar nova conferência não prevista em lei) ou, então, serem faticamente excluídos da sociedade (por uma causa de exclusão não prevista em lei). Contra tal objeção, no entanto, foram contrapostos outros argumentos convincentes. Francesco Galgano, por exemplo, observa que “a cessação da própria participação por efeito da perda integral do capital social refere-se a um risco que corre,

⁷⁴⁷ Entre nós, a doutrina tradicional explica que apenas a redução do capital excessivo ou exuberante (no qual há efetiva devolução de capital aos sócios) seria prejudicial aos credores sociais, o mesmo não sucedendo no caso de redução do capital por perdas irreparáveis (em que se estaria apenas reconhecendo contabilmente perdas já verificadas), tanto assim que apenas naquela, e não nesta hipótese, o legislador concedeu o direito de oposição aos credores sociais (CC, art. 1.083; e LSA, art. 174). Na realidade, embora a doutrina tradicional assim entenda (vide: ARNOLDO WALD, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV, cit., nº 1.594, p. 551; EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO, *Sociedade de responsabilidade limitada*, cit., nº 5.4, p. 141; FRAN MARTINS, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2 – tomo II, cit., nº 770, p. 524; JOSÉ RUBEN MARONE, *Comentários à Lei das Sociedades por Ações* – coords. Geraldo de Camargo Vidigal e Ives Gandra da Silva Martins, SP : Forense Universitária, 1999, p. 553; JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades anônimas*, vol. II, cit., p. 917; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, cit., p. 300; e WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. II, RJ : Forense, 1977, p. 807), a verdade é que, em qualquer modalidade, a redução afeta a posição dos credores sociais, como disso muito bem se apercebeu JOAQUÍN GARRIGUES: “Ciertamente que, cuando a virtud de perdidas se reduce el patrimonio social, la garantía de los acreedores, aunque no se reduzca paralelamente el capital, automáticamente queda reducida en la misma cuantía de las pérdidas (las pérdidas aminoran la *masa social*, que es garantía de los acreedores). Pero si la sociedad mantiene la cifra de su capital, las posibles ganancias sucesivas irán acreciendo al patrimonio, hasta llegar el momento en que vuelvan a estar nivelados capital y patrimonio. En cambio, si se reduce el capital para conseguir inmediatamente ese equilibrio numérico, los socios saldrán beneficiados, porque todo nuevo ingreso será para ellos ganancia, pero los acreedores resultarán perjudicados, porque después de la reducción del capital, el patrimonio vinculado a su garantía se ha rebajado en la misma cantidad, y todo lo que exceda puede ser repartido como ganancia” (*Curso de derecho mercantil*, tomo II, 7ª ed. – reimp. Bogotá : Temis, 1987, p. 143).

⁷⁴⁸ Sobre dever de lealdade em operações de saneamento financeiro: LUDWIG HÄSEMEYER, *Obstruktion gegen Sanierung und gesellschaftliche Treupflichten*, ‘in’ ZHR 160 (1996), 109 e ss.; PETER GUNTZ, *Treubindungen von Minderheitsaktionären*, Berlin : Duncker & Humblot, 1997; e REINHARD MARSCH-BARNER, *Treupflicht und Sanierung*, ‘in’ ZIP 160 (1996) 853 e ss.

enquanto tal, qualquer sócio de sociedade de capital. O direito de preferência lhe permite, se vem deliberada a reconstituição do capital perdido, conservar – e conservar em proporção inalterada – a própria participação na sociedade: cabe a ele decidir se permanecerá ou não na sociedade; se não permanece, porque se abstém de exercer o direito de preferência, não permanece por ‘fato próprio’, e não porque é excluído da sociedade”⁷⁴⁹. Prevaleceu, assim, em diversos países da Europa, como na Itália⁷⁵⁰, França⁷⁵¹ e Portugal⁷⁵², o entendimento, hoje praticamente incontestado, de que essa operação – conhecida por “operação acordeão” – é perfeitamente lícita, ainda quando faticamente possa resultar na exclusão dos sócios que, no ato, optarem por não exercer a sua preferência e participar do sucessivo e concomitante aumento do capital. A mesma inteligência também prepondera em nossa doutrina, clássica ou moderna⁷⁵³, e mesmo nos tribunais⁷⁵⁴.

⁷⁴⁹ FRANCESCO GALGANO, *La società per azioni*, cit., nº 8, pp. 394-395: “La cessazione della propria partecipazione per effetto dell’integrale perdita del capitale cui si riferisce è un rischio che corre, in quanto tale, ogni socio di società di capitale. Il diritto di opzione gli permette, se viene deliberata la ricostituzione del capitale perduto, di conservare – e di conservare in proporzione inalterata – la propria partecipazione alla società: spetta a lui decidere se restare o non in società; se non vi resta, perché si astiene dall’esercitare il diritto di opzione, non vi resta per «fato proprio», non perché escluso dalla società”.

⁷⁵⁰ Cf.: FRANCESCO GALGANO e RICCARDO GENGINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., nº 6, pp. 664-667; GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. 1º – tomo 2º, cit., nº 151.3, pp. 530-531; GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. 2, cit., nº 9, pp. 516-517; ROBERTO ROSAPEPE, *Diritto delle società: manuale breve* (obra coletiva), 2ª ed. Milão : Giuffrè, 2005, nº 163, pp. 394-395; e SANTISLAO CHIMENTI, *Codice Comentato delle S.p.A.* (obra coletiva) – coord. Giuseppe Fauceglia e Giorgio Schiano di Pepe, tomo II – parte 2, cit., nota 2447-7, pp. 1.338-1.340.

⁷⁵¹ Cf.: BRUNO PETIT, *Droit des sociétés*, cit., nº 413, pp. 220-221; DOMINIQUE VIDAL, *Droit des sociétés*, cit., nº 1.004, pp. 484-485; GEORGES RIPERT e RENÉ ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tomo 1, cit., nº 1.577, p. 1.168; MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, cit., nº 838, p. 369, e nº 857, p. 375; e PHILIPPE MERLE, *Droit commercial: sociétés commerciales*, cit., nº 572, pp. 683-685.

⁷⁵² Cf.: ANTÔNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, cit., pp. 275-276; PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Do capital social: noção, princípios e funções*, cit., nº 7.3.2.4, pp. 132-134; e PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, cit., nº 25.3.3.1, pp. 465-467, e nº 25.5.3, pp. 471-474; dentre outros.

⁷⁵³ WALDEMAR FERREIRA entendia que a operação era legítima: “justifica-se a operação, ao primeiro lance de vista estranha; e justifica-se porque o capital primitivo se há de considerar esvaído pelos prejuízos, que o absorveram. Com isso, e mercê da responsabilidade dos acionistas primitivos pelo passivo existente, estes mais não fazem, concordando com a redução do capital, do que cumprir sua obrigação primacial. Aumentando esse mesmo capital, direito preferencial lhes assiste para subscrever as ações novas, a despeito do desaparecimento das antigas ou da redução dos valores delas ou de seu número. Essa é operação havida como a do saneamento financeiro, de importância considerável” (*Tratado de direito comercial*, 4º vol., cit., nº 718, pp. 217-218). TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, de igual modo, dizia que “a operação é perfeitamente lícita, já que ela não visa senão salvar do naufrágio alguma coisa em benefício dos velhos acionistas” (*Sociedade por ações*, vol. II, cit., nºs 592-598, pp. 264-269). No mesmo sentido: JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades anônimas*, vol. II, cit., pp. 917-920; LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Redução do capital social a zero simultânea e recomposição*, in’ *Pareceres*, vol. I, cit., pp. 65-70; e PAULO CEZAR ARAGÃO e GISELA SAMPAIO DA CRUZ, *Alguns aspectos da redução de capital da sociedades anônimas*, in’ *Reorganização societária* (obra coletiva) – coords. Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão, SP : Quartier Latin, 2005, pp. 154-156.

⁷⁵⁴ Cf.: “Sociedade anônima. Capital social. Saneamento. Redução a zero, seguida de subscrição para sua recomposição. Operação não vedada por lei, embora não expressamente autorizada. Ação imprecendente. Recurso não provido” (TJSP, Ap. 134.937-1, 3ª CC., Rel. Des. TOLEDO CÉSAR, v.u., j. 30.04.1991).

O saneamento financeiro resulta, em semelhante hipótese, da redução do capital social seguido do seu aumento, e o quorum de deliberação para tanto é aquele, legal ou estatutário, previsto para as normais operações de aumento e redução: a alegação de que, faticamente, o sócio possa restar excluído da sociedade, ao decidir não participar do subsequente aumento do capital, não pode justificar a exigência de unanimidade; basta que aos sócios se assegure o direito (ou, melhor, a opção), de resto essencial, de preferência na subscrição das novas ações emitidas. Em todo caso, também, reduzido a zero, exige-se o coevo e contextual aumento do capital, pois, se cindidas fossem as operações, ficaria a sociedade no entretempo sem capital ou, o que dá no mesmo, com capital igual a zero⁷⁵⁵.

A operação é, em tese, legítima. O que se deve, apenas, é evitar o vazo inverso de achar que toda operação desta espécie é, válida: não importa o caso, será preciso sempre analisar os pressupostos da operação em concreto⁷⁵⁶.

5.3.2.2. Reorganizações societárias.

As operações de cisão, fusão e incorporação afetam a estrutura real da sociedade e alteram substancialmente a relação entre os sócios e a sociedade, em especial os direitos e as responsabilidades daqueles: possivelmente, os riscos serão outros, os sócios já não mais serão apenas os mesmos e a posição deles será diversa. Por isso, as normas dos incs. IV e XI, do art. 136, da LSA, condicionam as operações de fusão, incorporação, cisão, respectivamente, à aprovação dos acionistas que representem, no mínimo, metade das

⁷⁵⁵ O argumento de que, nas sociedades anônimas em que as ações não têm valor nominal, seria possível logo aumentar o capital, sem reduzi-lo, é bem espancado por PAULO CEZAR ARAGÃO e GISELA SAMPAIO DA CRUZ: “Poder-se-ia argumentar que, com a eliminação do valor nominal das ações, nada impediria que o aumento de capital fosse feito sem a redução anterior, com um preço de emissão suficientemente baixo para compensar o desequilíbrio financeiro da companhia e, assim, conferir ao novo acionista uma participação relativa percentualmente equivalente à que decorreria da ‘manobra de acordeão’. No entanto, este argumento não leva em conta o fato de que nenhum investidor se disporá a subscrever ações se o retorno do investimento estiver comprometido em razão dos prejuízos acumulados” (*Alguns aspectos da redução de capital das sociedades anônimas*, cit., p. 156).

⁷⁵⁶ É o que lembra DOMINIQUE VIDAL: “Il convient de demeurer attentif au respect de réelles contraintes économiques, et le coup d’accordéon qui, sans être dicté par l’intérêt de l’entreprise sociale, représenterait un «montage» destiné à exclure les associés minoritaires ne serait sans doute pas exempt, à notre avis, du risque de qualification d’abus de majorité” (*Droit des sociétés*, cit., nº 1.004, p. 485). A legitimidade, em tese, da operação, não significa que, em todo caso, seja ela válida.

ações com direito de voto, ressalvada a hipótese de um quorum maior ser exigido pelo estatuto da companhia fechada ou de um menor ser autorizado, em vista da elevada e comprovada dispersão acionária, pela CVM (LSA, art. 136, § 2º); por outro lado, as operações de transformação são condicionadas ao consentimento unânime dos sócios, salvo se previsto quórum distinto no estatuto social (LSA, art. 221)⁷⁵⁷. No regime do Código Civil, exige-se a aprovação unânime dos sócios, em sociedades simples e nas demais que se utilizem de sua disciplina (CC, art. 999) e, nas limitadas, de sócios representando $\frac{3}{4}$ (três quartos) do capital social. A lei tutela, pois, a posição dos minoritários, por diversas formas: fixando quórum de deliberação elevado e garantindo o recesso – sem prejuízo da possibilidade de questionar judicialmente a operação e responsabilizar o controlador, se o caso.

Por vezes, no entanto, a realização dessas operações societárias – não apenas de transformação, mas, até mesmo de fusão, incorporação ou cisão –, podem se revelar imprescindíveis à sobrevivência da sociedade. Cite-se aqui não apenas a hipótese em que uma lei venha a condicionar a continuidade da empresa à transformação para S/A, algo que não é raro de ocorrer, mas, ainda, deve ser lembrada a situação em que a operação societária faz parte de plano de recuperação de empresas – e, portanto, a sobrevivência da sociedade está diretamente em causa.

Saber se o sócio, diante de tal quadro, tem o dever positivo de concordar com a operação ideada constitui um dos problemas mais difíceis do direito societário. Exige-se, para tanto, uma ponderação de interesses, nos moldes expostos noutra parte deste estudo (em especial no subitem 3.3.2.2.6, ao qual remetemos), para saber em que medida a recusa viola o dever societário de lealdade. Em qualquer caso, no entanto, parece certo que o sócio não pode ser compelido a assentir com a operação, apenas porque a maioria assim deseja: a

⁷⁵⁷ Na análise das operações societárias, os estudiosos compreensivelmente colocam em evidência a proteção da minoria (vide: WALDIRIO BULGARELLI, *Fusões, incorporações e cisões de sociedades*, 2ª ed. SP : Atlas, 1996, nº 9.9, pp. 215-219, e *Fusão, incorporação e cisão de sociedade anônima na nova Lei das Sociedades por Ações*, ‘in’ *Estudos e pareceres de direito empresarial: o direito das empresas*, SP : RT, 1980, nº 8, pp. 140-144; IAN MUNIZ e ADRIANO CASTELLO BRANCO, *Fusões e aquisições: aspectos fiscais e societários*, SP : Quartier Latin, 2007, nºs 8.1-8.3, pp. 234-258; e CARLA MOSNA TOMAZELLA e LÍVIA MARIZ, *A proteção dos acionistas nas operações de fusão, incorporação e cisão no Brasil e no direito comparado*, in’ *Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França, SP : Quartier Latin, 2009, pp. 207-235), mas deixam de destacar o outro lado do mesmo problema, por vezes bastante intrincado.

minoria tem o direito de ter, também, a sua própria opinião sobre o assunto e, desde que a mesma não atrite com o interesse social ou não implique em ofensa aos interesses individuais *ex causa societatis* tutelados pela relação societária, não pode ela ser compelida a vergar-se àquilo que deseja o controlador, sobretudo quando a alteração da estrutura societária atinja, diretamente, a sua própria situação jurídica.

5.3.2.3. Reformas contratuais e estatutárias.

Analogamente ao que foi mencionado no subitem anterior, também não é incomum que, para atender determinação do órgão regulador ou do poder concedente, ou simplesmente para cumprir determinação legal superveniente (podendo-se citar aqui a nova disciplina societária introduzida no Código Civil de 2002 e a necessidade que houve de adaptação do contrato social), os sócios se vejam na contingência de alterar o contrato social, por exemplo, para dar nova redação à cláusula de objeto social; mudar o endereço da sede; modificar o nome empresarial etc. Em todos os casos, saber se a minoria está ou não obrigada a concordar com as alterações propostas é algo que depende sempre do contraste das particularidades do caso concreto com o dever societário de lealdade. Assim, se a alteração proposta é necessária, está em linha com o interesse social e em nada altera a situação jurídica tutelável do sócio, não pode este, sem mais, recusar-se a prestar o seu assentimento para a mudança. Imagine-se a hipótese em que a sociedade foi despejada do imóvel em que matinha a sua sede e, por exigência do poder concedente ou de instituição financeira concedente de crédito, necessita alterar o endereço da antiga sede, transferindo-a para o endereço da sua filial industrial. A caprichosa recusa do sócio em regularizar essa situação que, em nada, absolutamente nada, o afeta, evidentemente, viola, de chapa, o dever de lealdade. Infelizmente, nem sempre o quadro é assim tão claro, exigindo do aplicador da lei sensibilidade e cautela na análise dos problemas.

5.3.2.4. Recuperação judicial (e autofalência).

Para confessar falência e requerer recuperação⁷⁵⁸, os administradores da sociedade devem estar autorizados, por regular deliberação da assembléia ou reunião de sócios (LSA, art. 122, IX; e CC, art. 1.071, VIII). Aqui, o bloqueio do minoritário pode ter como consequência direta a eliminação da possibilidade de recuperação e, portanto, o decreto de falência da sociedade, com a quase certa perda de todo o capital investido pelos sócios. Ainda assim, não se pode aprioristicamente qualificar de abusiva a posição daquele que se opõe à continuidade da empresa ou daquele que entende preferível não prolongar a sua agonia, quando o resultado da liquidação ainda pode ser positivo ou antes que haja o crescimento de determinada parcela do passivo (como o trabalhista, por exemplo) pelo qual, na prática desvirtuada do foro, poderão ser chamados a responder não apenas a sociedade e os seus administradores, mas até mesmo os seus sócios. Sempre, pois, haverá a necessidade de averiguar a decisão em seu merecimento, pois o mero resultado não é suficiente para qualificar de abusiva a oposição dos sócios. Em todo caso, a falta de prestação de informações adequadas por parte da administração social ou do controlador, ou as incertezas sobre se a solução pela via do processo concursal tem ou não consistência pesam na avaliação da conduta do sócio. Em princípio, também aqui o sócio pode ter razão em entender preferível o imediato decreto de quebra da sociedade, evitando prolongar a agonia de um paciente sem qualquer condição de sobrevida, até para, com isso, impedir que se avolumem dívidas que ou acabem aniquilando qualquer perspectiva de restar saldo de liquidação em favor dos sócios ou, ainda pior, venham, depois, a recair sobre o patrimônio pessoal destes. Também aqui, como se vê, a questão é deveras complexa e exige uma séria ponderação dos diversos interesses envolvidos.

⁷⁵⁸ Tanto a Lei das S/A como o Código Civil estão desatualizados, pois ainda aludem à hipótese de impetração de concordata – processo concursal outrora previsto no DL nº 7.661/1945 e hoje eliminado pela Lei nº 11.101/2005, que introduziu, no seu lugar, a figura do processo de recuperação. A dúvida que pode existir é se a deliberação dos sócios é necessária apenas para a propositura de recuperação judicial ou, ao revés, se também o seria para a recuperação extrajudicial. Pelos reflexos que a propositura de qualquer processo concursal produz sobre a imagem da sociedade, afetando substancialmente o seu crédito, poder-se-ia sustentar que a autorização é necessária tanto para a recuperação judicial como para a extrajudicial. De outro modo, também é possível sustentar que, não havendo possibilidade de convolação da recuperação extrajudicial em falência, a deliberação só seria necessária no caso de recuperação judicial – porquanto é só nela que, estando implícito no seu requerimento a confissão de insolvência, existe a possibilidade de o juiz decretar a falência do empresário (LRF, arts. 56, § 4º, e 73, III e IV). O tema está em aberto.

5.3.3. Cautela na análise dos casos de abuso negativo: para a maioria, qualquer dissidência é, de antemão, vista como abusiva.

Em todos os casos figurados de abuso negativo (ou bloqueio abusivo), a tentação é forte, para o majoritário, de considerar abusiva toda recusa dos minoritários⁷⁵⁹. Mas é preciso bem situar o problema: em princípio, ao bloquear determinada deliberação societária através do voto contrário, da abstenção ou do não comparecimento à assembléia, a minoria não faz senão exercer um poder que a lei ou a convenção lhe assegura, e nisso não incorre em nenhum ilícito. A apreciação do caráter abusivo da recusa manifestada pela minoria sempre necessita de uma análise prospectiva sobre os méritos das decisões descartadas. Esta apreciação coloca problemas bastante delicados e demanda prudência no seu exame. O abuso da minoria, por princípio, não se presume. Necessita ser provado pelo que o procura estabelecer. E substancialmente fundamentado pelo juiz⁷⁶⁰. “O só fato que a maioria deseja qualquer coisa”, dizia Friedrich August von Hayek, “não basta para considerar bom o que ela deseja”⁷⁶¹.

Por efeito, a decisão judicial que reconheça abuso da minoria deve, como qualquer pronunciamento judicial, ser efetivamente fundamentada (CF, art. 93, IX), formal e substancialmente, com a clara enunciação das razões de decidir e dos elementos de convicção, pelos quais o juiz considerou abusiva a oposição da minoria.

⁷⁵⁹ PAUL LE CANNU, *L'abus de minorité*. Paris : *Bulletin Joly Sociétés*, n° 4 (01.04.1986), pp. 429 e segs.: “La tentation est forte pour les majoritaires de considérer comme abusif tout refus des minoritaires; mais il faut bien situer le problème: par principe, dans ce cas de figure, les actionnaires minoritaires ne font qu'exercer un droit que la loi ou une convention de vote leur confie (...). En conséquence, l'appréciation du caractère abusif d'un tel refus nécessite une analyse prospective sur les mérites des résolutions écartées par la minorité. Cette appréciation pose des problèmes plus délicats (...) et ne peut qu'incliner à la prudence. C'est sans doute pourquoi la jurisprudence paraît plus sévère pour le demandeur en cas d'abus «négatif»”.

⁷⁶⁰ A fundamentação (CF, art. 93, IX) deve ser substancial, e não meramente formal; há necessidade da clara enunciação das razões de decidir e dos elementos de convicção. Lembra, com razão, NELSON NERY JÚNIOR que “fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram ‘substancialmente’ fundamentadas as decisões que afirmam que ‘segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgo procedente o pedido’. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação (...). Como já dissemos acima, a menção pura e simples aos documentos da causa ou testemunhas como circunstâncias autorizadoras do decreto judicial, sem qualquer análise concreta dos referidos documentos e demais provas dos autos, não preenche o requisito constitucional da motivação como fator da higidez das decisões judiciais” (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 2ª ed. SP : RT, 1999, pp. 159-160).

⁷⁶¹ FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK, *La società libera*, Firenze, 1969, p. 127: “Il solo fatto che la maggioranza voglia qualcosa non basta per considerare buono ciò che essa vuole”.

Deve o julgador, pois, ter a devida cautela na análise do caso, certificando-se de que realmente é a parte queixosa que tem razão e, portanto, não é ela própria quem deseja, pela acusação de abuso feita à minoria, aniquilar quem tenha ousado desafiá-la. A visão dos tiranos, conforme observou Maurice Latey, é sempre distorcida a seu favor: “‘O inferno são os outros’, em ninguém a frase famosa de Sartre se adapta melhor que nos tiranos, para quem todos aqueles que não são apenas o prolongamento de seu próprio ego, que não são joguetes para os seus objetivos, passam a ser o inferno. Quem quer que impeça a ampliação de seu poder deve ser esmagado (...). Assim o relacionamento natural entre tiranos, com algumas exceções, é a do chefe com o títere”⁷⁶².

⁷⁶² MAURICE LATEY, *Tirania: um estudo sobre o abuso do poder* – trad. de *Tiranny: a study in the abuse of power* por Alda Alves da Fonseca, RJ : Editora Nosso Tempo, 1970, p. 219.

§ 3º. – ABUSO DE MINORIA: CONSEQUÊNCIAS.

6. ABUSO DE MINORIA: SANCIONAMENTO MULTIFÁRIO.

6.1. Traço característico: multiplicidade de consequências / sanções.

A multiplicidade de formas pelas quais o abuso de minoria manifesta-se na prática exige, de igual modo, distintas modalidades de sancionamento, e é nisso que talvez resida o aspecto mais interessante do seu estudo: a adequação do remédio à enfermidade.

6.2. Sancionamento do abuso positivo de direito de voto: invalidade do voto abusivo (e da deliberação tomada com o seu voto determinante); e responsabilidade por perdas e danos (independentemente de invalidação ou da prevalência do voto).

Detectada a situação característica de abuso positivo de direito de voto, o seu sancionamento é relativamente simples⁷⁶³ e, em si, pouco difere do voto viciado pelo abuso do poder de controle, até porque, na essência, em ambos os casos, está-se perante voto marcado por ilicitude, decorrente do conflito de interesses ou da transgressão ao dever societário de lealdade. Segue-se daí que os votos viciados poderão ser invalidados em juízo e, se tiverem sido determinantes para a formação da maioria exigida (= teste de resistência⁷⁶⁴), a própria deliberação poderá ser fulminada, como consequência da

⁷⁶³ É o que afirma PAUL LE CANNU: “Le problème est alors relativement simple: la décision obtenue par les minoritaires peut être annulée. Des dommages et intérêts peuvent réparer le préjudice causé aux majoritaires et à la société elle-même” (*L’abus de minorité*, Paris : Bulletin Joly Sociétés, n° 4 (01.04.1986), pp. 429 e segs.). FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, na mesma linha, destaca que “en présence d’un abus positif, le juge trouve dans la réparation par équivalent le mode de réparation le mieux adapté” (*La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés*, Paris : Les Petits Affiches, n° 110 (12.09.1997), p. 6).

⁷⁶⁴ FRANCESCO GALGANO bem explica o “teste de resistência” ou “prova de resistência”, nos seguintes termos: “la deliberazione è invalida solo se, senza il voto affetto da una causa di invalidità, non si sarebbe raggiunta la prescritta maggioranza” (*Il negozio giuridico*, ‘in’ *Trattato di diritto civile e commerciale* – già diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni, e continuato da Piero Schlesinger, vol. III – tomo 1°, 2ª ed. Milão : Giuffrè, 2002, n° 81, p. 356). Sobre o tema, ainda, vide as lições de ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA (*Invalidez das deliberações de assembléia das S/A*, SP : Malheiros, 1999, n° 19.3, pp. 113-114 e 117) com ampla fundamentação doutrinária e a ressalva de determinadas hipóteses em que, mesmo não sendo determinante para a formação da maioria, há interesse do sócio em invalidar o seu voto, para assim não responder por perdas e danos, ou de pleitear, sem prejuízo da invalidade do voto, também a invalidade da deliberação por outro motivo; em princípio, porém, como afirma o mestre citado, “os vícios do voto só são relevantes para o efeito de invalidar a assembléia ou suas deliberações se, sem os votos viciados, não se tiver configurado a maioria necessária (simples ou qualificada, legal ou estatutária) para a regular formação daqueles atos” (*op. cit.*, pp. 113-114).

invalidação dos votos, porquanto, já aí, terá reflexamente desaparecido a própria maioria necessária para a sustentação da deliberação⁷⁶⁵.

6.2.1. Invalidade do voto e da deliberação.

Os votos conflitantes ou abusivos são absolutamente inválidos; nulos.

No sistema da Lei das S/A, é certo que, no seu art. 115, § 3º, somente se prevê a responsabilidade do acionista pela composição dos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, mas daí não se devem extrair, diversamente do que sustenta parte da doutrina, as inferências de que essa seria a única consequência jurídica e, portanto, o voto abusivo seria válido. Não há aqui espaço para a aplicação do (sempre questionável) raciocínio *a contrario sensu*; o voto abusivo, entendido como tal aquele “exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas”, é inválido porque: (1º) o voto abusivo é também conflitante com o interesse da companhia (LSA, art. 115, § 4º), pois, como bem explica Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, se a lei acionária “determina que o acionista vote no interesse da companhia, considerando abusivo o voto proferido com outra finalidade, a lei está afirmando – não há como negá-lo – que o voto abusivo *pressupõe um interesse conflitante com o da companhia*”⁷⁶⁶; e, não fosse isso, (2º) o voto abusivo contrasta ainda com o dever societário de lealdade e, portanto, vem marcado pela ilicitude do seu objeto (CC, arts. 166,

⁷⁶⁵ Cf.: “Sabe-se que a vontade social, expressa ou encarnada nas deliberações das assembleias gerais, forma-se pela união de várias vontades individuais, ou seja, da vontade dos sócios, melhor dizendo, dos acionistas. Mas estas vontades individuais estão submetidas às regras que regem as declarações de vontade e, em particular, às que se referem aos vícios do consentimento, à capacidade etc., e, por isto, pode resultar que alguns votos, conforme o caso, sejam nulos ou anuláveis. Então, aplica-se aqui a regra de que a nulidade ou anulabilidade do voto individual não influi sobre a validade da decisão, sempre que, descontado o voto viciado, do total daqueles que tomaram a decisão, sobre a maioria necessária. É o que se chama de submissão da decisão à prova da resistência” (TJDF, Ap. 19.054, 8ª CC., Rel. Des. MARTINHO GARCEZ NETO, v.u., j. 29.07.1953).

⁷⁶⁶ ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, SP : Malheiros, 1993, p. 99 – acrescentando o mestre: “E a confirmar o entrelaçamento do voto abusivo e do voto conflitante na nossa lei, a expressão ‘vantagens’, constante do § 4º do art. 115 (onde se fala do interesse conflitante), encontra exata correspondência na ‘vantagem a que não faz jus’ a que se refere o *caput* do mesmo artigo (onde se cuida do voto abusivo)”. No mesmo sentido: FÁBIO TOKARS, *Sociedades limitadas*, SP : LTr, 2007, nº 9, p. 333.

II, 187 e 422). Assim como é nulo o voto conflitante (com o interesse social)⁷⁶⁷, é também nulo o voto abusivo⁷⁶⁸ (contrastante com o dever societário de lealdade): as perdas e danos não são a única consequência jurídica⁷⁶⁹.

No sistema do Código Civil, o mesmo problema se coloca, mas ao inverso: os arts. 1.010, § 3º, e 1.017, par. ún., cingem-se a enunciar que a atuação do agente em conflito de interesses expõe o agente a responder por perdas e danos, sem prescrever, de forma expressa, a invalidade do voto conflitante e, muito menos, do voto abusivo, ao qual sequer se referiu⁷⁷⁰. A doutrina pátria, diante disso, também aqui discute se tais votos

⁷⁶⁷ É nulo o voto conflitante (cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, cit., nº 3.2.2, p. 97, e *Invalidades das deliberações de assembleia das S/A*, cit., nº 19.3, p. 117; e RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA, *Estrutura de interesses nas sociedades anônimas: hierarquia e conflitos*. SP : Quartier Latin, 2007, nº 7.2.1, p. 265) e, também, é nulo o voto proferido contra regra de impedimento de voto (cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, cit., nº 3.2.2, p. 97, e *Invalidades das deliberações de assembleia das S/A*, cit., nº 19.3, p. 117; JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades anônimas*, vol. II, RJ : Renovar, 2009, p. 126; MARCELO LAMY REGO, *Direito das companhias* (obra coletiva) – coords. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, vol. I, RJ : Forense, 2009, p. 414; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2º vol., 3ª ed. SP : Saraiva, 2003, p. 471, e *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, SP : Saraiva, 2003, p. 220; TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, vol. III, 2ª ed. RJ : Forense, 1953, nº 452, p. 112). Quanto a esta última hipótese, encontra clara aplicação o art. 166, VII, do CC.

⁷⁶⁸ O voto abusivo na lei acionária é nulo (cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, cit., nº 3.3., p. 100, e *Invalidades das deliberações de assembleia das S/A*, cit., nº 19.3, p. 117; FÁBIO KONDER COMPARATO, *Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial*, ‘in’ *Direito empresarial: estudos e pareceres*, 1ª ed. – 2ª tir. SP : Saraiva, 1995, p. 91; e MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 1º vol., 4ª ed. SP : Saraiva, 2002, p. 234). Há quem entenda, porém, que se cuidaria de mera anulabilidade (cf.: MÉRCES DA SILVA NUNES, *Comentários à Lei das Sociedades por Ações* – coords. Geraldo de Camargo Vidigal e Ives Gandra da Silva Martins, SP : Forense Universitária, 1999, p. 345; MARCELO LAMY REGO, *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. I, cit., pp. 416 e 425; e WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. II, RJ : Forense, 1977, p. 558), embora não consigamos compreender qual seria, para esses autores, o vício que conduziria à anulabilidade. Outros, por fim, sustentam que o voto abusivo seria válido, e a única sanção aplicável ao agente seria o dever de indenizar (vide note seguinte), com o que não podemos concordar.

⁷⁶⁹ O voto abusivo é inválido e, portanto, as perdas e danos não são a única sanção aplicável ao agente (cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, cit., pp. 99-100; JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA e ALFREDO LAMY FILHO (*A Lei das S.A.*, RJ : Renovar, 1992, p. 241; e MARCELO LAMY REGO, *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. I, cit., p. 420). Diversamente, porém, há quem entenda que o voto seria válido e a única sanção aplicável ao agente seria o dever de indenizar (vide: EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, vol. I, SP : José Bushatski, 1979, nº 94, p. 277; FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de direito comercial*, vol. 2, 10ª ed. SP : Saraiva, 2007, p. 315; FÁBIO TOKARS, *Sociedades limitadas*, cit., nº 9, p. 335; JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Direito das minorias na sociedade anônima*, RDM 63/108; RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA, *Estrutura de interesses nas sociedades anônimas: hierarquia e conflitos*, cit., nº 7.1, p. 259; e RENATO VENTURA RIBEIRO, *Direito de voto nas sociedades anônimas*, SP : Quartier Latin, 2009, p. 264).

⁷⁷⁰ A regra do art. 1.010, § 3º, do CC é transposição quase literal da ultrapassada e insuficiente regra do art. 95 da antiga lei acionária (DL. nº 2.627/1940), do seguinte teor: “Art. 95. Responderá por perdas e danos o acionista que, tendo em uma operação interesses contrários aos da sociedade, votar deliberação que determine com o seu voto a maioria necessária”. Comentando a regra da antiga lei acionária, TRAJANO DE MIRANDA

seriam ou não inválidos, e por qual fundamento. Quanto a isso, alguma dúvida poderia realmente existir em relação à invalidade do voto conflitante, sob o argumento de que, se o legislador cominou outra sanção para a prática de ato proibido, teria, com isso, modulado e, portanto, afastado da invalidade do ato (CC, art. 166, VII, 2ª parte)⁷⁷¹ – problema esse que, em todo caso, não se põe em relação ao voto abusivo, simplesmente porque este não teve *nenhuma* sanção alternativa expressamente prevista, afora a dedutível das regras gerais de invalidade. A nosso ver, porém, ainda no sistema do Código Civil, são inválidos os votos conflitantes⁷⁷² e abusivos, pois: (1º) a invalidade dos votos resulta, na espécie, da ilicitude

VALVERDE curiosamente afirmava que “o artigo do anteprojeto fora moldado na seguinte lição de VIVANTE: ‘O voto dado pelo acionista, nos negócios que lhe respeitam e que deve estipular com a sociedade, torna inválida a deliberação se o seu voto determinou a formação da maioria, e, portanto, a formação da vontade social, já que ele não pode determinar com um ato de sua própria vontade a vontade do seu contraente’” (*Sociedade por ações*, vol. II, 2ª ed. RJ : Forense, 1953, nº 454, p. 116). Diz-se que é curiosa a afirmação porque, na citada lição, VIVANTE referiu-se, às expressas, à *invalidade* da deliberação assemblear, o que não foi consagrado claramente no texto da antiga lei acionária e, por efeito, no do vigente Código Civil, colocando assim o problema de saber se o voto conflitante seria válido ou não. De todo modo, analisando a antiga lei acionária, não foi apenas TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE que parece ter entendido que o voto seria inválido. Também WALDEMAR FERREIRA concluiu de igual modo (*Tratado das sociedades mercantis*, vol. V, 5ª ed. RJ : Editora Nacional de Direito, 1958, p. 1.460) e, mais recentemente, ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA chancelaram a mesma interpretação, dizendo que a invalidade do voto conflitante fundava-se em “argumentos a nosso ver procedentes” (*A Lei das S.A.*, cit., p. 467). A lei societária argentina conhece a mesma deficiência da nossa: só prevê a responsabilidade por perdas e danos (LSC, art. 248).

⁷⁷¹ Não se ignora, pois, que “por *questão de oportunidade*, a lei pode, em certo limite, contemporizar com a sua violação, estipulando sanção mais branda ou menos enérgica, por reconhecer que outros interesses igualmente tuteláveis podem aconselhar a manutenção do negócio viciado” (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. III – tomo I, 2ª ed. RJ : Forense, 2003, nº 167, p. 425) e, assim, “se houver outra sanção expressamente cominada, não se terá como nulo o negócio: aplica-se apenas a cominação legal” (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. III – tomo I, cit., nº 183, p. 462).

⁷⁷² Em sentido correto, a nosso ver, ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO afirma que a violação à regra do art. 1.010, § 3º, do CC gera a responsabilidade por perdas e danos, “sem prejuízo, a meu ver, da possibilidade de ser obtida judicialmente a anulação” (*Lições de direito societário*, 2ª ed. SP : Juarez de Oliveira, 2004, nº 51, p. 131). Em sentido contrário, porém, entendendo que a única consequência seria o dever de indenizar, sem repercussão na validade da deliberação, confira-se: FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de direito comercial*, vol. 2, cit., p. 432, e *A sociedade limitada no novo Código Civil*, SP : Saraiva, 2003, nº 33, p. 95; e FÁBIO TOKARS, *Sociedades limitadas*, cit., nº 4.1.3, p. 145 – para quem “a constatação de que a deliberação foi tomada com base no voto abusivo não leva à sua anulação: ao prever como efeito tão-somente a possibilidade de responsabilização do sócio que descumpra o dever de votar em vista do interesse social, o legislador garante a validade da deliberação, em solução que preserva essencialmente os interesses de terceiros que eventualmente venham a ser atingidos pela deliberação”. Essa explicação, com a devida vênia, não convence, até porque, mesmo no sistema da lei acionária, onde o voto abusivo determinante gera a invalidade da deliberação, ninguém nunca duvidou que a invalidação não afeta a posição dos terceiros de boa-fé. Ou seja, a tutela de boa-fé não repercute diretamente no plano da validade do ato e, sim, no da eficácia de sua pronúncia – sendo que, quanto a isso, a *nulidade do voto* só importa na invalidade da deliberação se aquele tiver sido determinante, e, mesmo assim, o *vício da deliberação* é apenas o da invalidade relativa. Além disso, o problema dos direitos de terceiro na invalidação das assembleias coloca-se em tese ainda quando se trate de anulabilidade, mas, em qualquer caso, a invalidação da deliberação assemblear não atinge terceiros de boa-fé, como isso foi longa e profundamente exposto por ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA em obra de referência sobre a matéria (*Invalidades das deliberações de assembleia das S/A*, cit, nº 22, pp. 131-136).

do seu objeto (CC, art. 166, II)⁷⁷³, na medida em que tais votos contrastam com o dever societário de lealdade (em cujo contexto se inclui também a repressão aos atos conflitantes) e são, como tais, ilícitos (CC, art. 187); (2º) a invalidade do voto conflitante, portanto, não decorre da só contravenção à regra proibitiva (CC, art. 166, VII), mas, antes de tudo, da sua ilicitude, vício para o qual não há modulação possível (CC, art. 166, II), da mesma forma como não há para o voto abusivo, para o qual nem foi prevista sanção alternativa; (3º) o primado da boa-fé objetiva (CC, art. 422), do qual descende o dever societário de lealdade, permite que se encontre a sanção melhor adaptada ao caso concreto, dando-se eficácia à regra de ilicitude situada, derivada dos meios (ou do modo) pelos quais o direito é exercido (CC, art. 187)⁷⁷⁴⁻⁷⁷⁵; e, por fim, (4º) a invalidação não deixa de ser, em certa medida, uma

⁷⁷³ O Código Civil também contempla a nulidade do ato por ilicitude do seu motivo determinante (CC, art. 166, III), mas essa hipótese de invalidade aplica-se somente aos atos bilaterais, e não aos unilaterais, como o voto: “o texto da norma, por força da expressão ‘comum a ambas as partes’, deixa evidente a opção do legislador em *excluir* do seu âmbito de incidência os negócios jurídicos unilaterais, de modo que estes não podem ter decretada a sua nulidade por ilicitude do motivo determinante” (MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Teoria do fato jurídico – plano da validade*, 7ª ed. SP : Saraiva, 2006, p. 121). A invalidade, no caso, decorre da ilicitude do objeto e “por objeto do negócio jurídico deve-se entender todo o seu conteúdo” (ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed. SP : Saraiva, 2002, p. 134); é o conteúdo do negócio jurídico (cf.: FRANCISCO AMARAL, *Direito civil: introdução*, 2ª ed. RJ : Renovar, 1998, p. 508; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. III – tomo I, 2ª ed. RJ : Forense, 2003, nº 172, p. 439; e ZENO VELOSO, *Invalidade do negócio jurídico*, 2ª ed. BH : Del Rey, 2005, nº 16.5, p. 69).

⁷⁷⁴ Comentando o art. 187 do Código Civil, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR destaca o seguinte: “o abuso de direito, produzindo resultado danoso para outrem, configura ato ilícito e, como tal, funciona como fonte da obrigação de indenizar (art. 927, *caput*). Uma vez, porém, que se trata de comportamento ilícito, *não se deve pensar que o único resultado do exercício abusivo do direito seja a responsabilidade civil*. Representando uma situação antijurídica, é de se esperar que suas conseqüências, para o direito, sejam as *mesmas* que decorrem de todo e qualquer ato antijurídico, em sua generalidade. Ainda que não haja dano a indenizar, e por isso o ato ilícito não chegará à sua eficácia normal no âmbito da responsabilidade civil, nem por isso, eliminada estará a sua ilicitude que, sendo constatada, poderá operar efeitos, por exemplo, no campo das *invalidades* (nulidades e anulabilidades). Com efeito, nesse terreno, a sanção opera independentemente de prejuízo. Pode-se, portanto, afirmar que a obrigação de indenizar é a principal conseqüência do abuso do direito; mas, com ou sem dano a reparar, o exercício abusivo do direito resulta numa ilicitude que, entre os efeitos possíveis, *produz sempre a invalidade do ato jurídico*” (*Comentários ao novo Código Civil*, vol. III – tomo II, 2ª ed. RJ : Forense, 2003, nº 293, p. 128). Repete-se: a violação ao art. 187 do CC, “produz sempre a invalidade do ato jurídico”.

⁷⁷⁵ É preciso, pois, extrair da boa-fé objetiva toda a sua potencialidade: “a violação do dever de boa-fé comporta, de regra, a obrigação de ressarcir o dano causado à contraparte. Mas pode também comportar conseqüências diversas avaliáveis como uma espécie de execução de forma específica do dever de boa-fé” (FRANCESCO GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., nº 115, p. 520: “La violazione del dovere di buona fede comporta, di regola, l’obbligazione di risarcire il danno che si è cagionato alla controparte. Ma può anche comportare *conseguenze diverse valutabili come una sorta di esecuzione in forma specifica del dovere di buona fede*”). NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY ensinam que uma das características típicas das cláusulas-gerais, que permite distingui-las dos princípios gerais de direito e dos conceitos legais indeterminados, repousa, precisamente, em que, preenchido o conteúdo valorativo da cláusula por obra do juiz, este “construirá a solução que lhe parecer mais adequada para o caso concreto (cláusula geral)” (*Código Civil comentado*, 6ª ed. SP : RT, 2008, nota introdutória 25, p. 192).

reparação em espécie do dano causado pelo voto conflitante ou abusivo⁷⁷⁶: “em todos os sistemas jurídicos”, destacam Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, “a sanção primeira e básica do abuso do direito no exercício do direito de voto é a anulação da deliberação da assembléia geral, que os autores chamam de ‘reparação *in natura*’”⁷⁷⁷. A conclusão impõe-se ainda quando queira sustentar, sem razão, que o voto não seria negócio jurídico propriamente dito e, sim, ato de outra espécie, pois, mesmo que assim seja, a disciplina geral da invalidade dos negócios jurídicos encontra aplicação aos demais atos jurídicos (CC, art. 185) e, por maior razão, aos atos jurídicos ilícitos⁷⁷⁸. Vale ainda acrescentar que, noutros países, a invalidade do voto colidente com o dever societário de lealdade é inquestionável⁷⁷⁹ e, inclusive, o standard tem sido utilizado em substituição às regras que exigem prova da intenção do agente⁷⁸⁰.

⁷⁷⁶ Referindo-se ao direito francês, perante o qual não há regra expressa sobre a invalidade do voto conflitante, PAUL LE CANNU explica: “Il est d’abord admis en jurisprudence que la délibération abusive puisse être annulée (...). La nullité apparaît ici comme un mode de réparation” (*Droit des sociétés*, 2ª ed. Paris : Montchrestien, 2003, nº 249, p. 145). De fato, “la réparation en nature consiste dans la remise des choses en l’état: elle efface le dommage; elle le fait disparaître (...). C’est le mode de réparation le plus parfait” (HENRI/LÉON/JEAN MAZEAUD e FRANÇOIS CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II – 1^{er} vol., 9ª ed. Paris : Montchrestien, 1998, nº 621, p. 732).

⁷⁷⁷ JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA e ALFREDO LAMY FILHO, *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. I, cit., p. 843). Ou seja, a invalidação constituiria, então, a eliminação do ato ilícito: “As construções doutrinárias sobre o abuso de direito, e muito particularmente sobre a boa-fé, trouxeram subsídios que evidenciam a prevalência do efeito excludente dos efeitos do ato abusivo” (RENAN LOTUFO, *Código Civil comentado*, vol. 1, SP : Saraiva, 2003, p. 508). Entre nós, ORLANDO GOMES já repelia a mera sanção pecuniária e defendia o poder de o juiz encontrar a sanção melhor adaptada: “Desde que a anormalidade no exercício de um direito não se verifica apenas na esfera em que podem ser produzidos danos materiais, a sanção consistente unicamente na obrigação de repará-los passou a ser inadequada, uma vez que, em muitos casos, não constituiria repressão eficaz (...). Não havendo determinação legal de sanções específicas, a escolha da mais eficaz há de ficar ao prudente arbítrio do juiz” (*Introdução ao direito civil*, 8ª ed. RJ : Forense, 1986, nº 68, p. 117). Para DARCY BESSONE, “a solução deve atender às circunstâncias de cada caso, determinativas da sanção a aplicar” (*Do contrato – teoria geral*, RJ : Forense, 1987, nº 152, p. 311).

⁷⁷⁸ É curioso observar que, ao mesmo tempo em que os societaristas debatem essa questão, os civilistas não tomam mais do que algumas linhas para assentar a nulidade do ato eivado de abuso do direito (p. ex.: MILTON FLAVIO DE ALMEIDA CAMARGO LAUTENSCHLAGER, *Abuso do direito*, SP : Atlas, 2007, p. 105; e NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código Civil comentado*, cit., nota 187-12, p. 369).

⁷⁷⁹ V.g.: GIUSEPPE A. RESCIO, *Diritto delle società: manuale breve* – obra coletiva, 2ª ed. Milão : Giuffrè, 2005, nº 86, p. 199; MARCUS LUTTER e PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz*, 14ª ed. Köln : Otto Schmidt, 1995, § 53, nº 24, p. 673; THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 4ª ed. München : Verlag Franz Vahlen, 2006, § 12, nº 61, p. 117, e § 16, nº 159, p. 271; e UWE HÜFFER, *Aktiengesetz*, 5ª ed. München : C. H. Beck, 2002, § 53aa, nº 12, pp. 251-252.

⁷⁸⁰ A observação é particularmente relevante para o direito brasileiro, pois se presta a eliminar a necessidade de averiguar o elemento volitivo como condição de censura do voto abusivo no sistema da lei acionária. Na Alemanha, os votos e, por extensão, as deliberações contrastantes com o dever de lealdade têm sido ultimamente fulminadas por aplicação da regra da AktG que prevê a invalidade da deliberação contrastante com a lei ou os estatutos (§ 243, 1), com o conseqüente declínio prático da regra que prevê a invalidação da deliberação tomada por voto inspirado na obtenção de vantagens particulares extra-societárias a dano da sociedade ou dos demais sócios (AktG § 243, 2), precisamente porque esta pressupõe a comprovação da intenção do agente de causar prejuízo (vide: FABRIZIO GUERRERA, *Abuso del voto e controllo di correttezza sul procedimento deliberativo assembleare*, ‘in’ *Rivista delle Società* 47/184-185; e UWE HÜFFER, *Aktiengesetz*, cit., § 243, nº 31, p. 1.130).

Os votos conflitantes ou abusivos são, pois, nulos. Diversamente, porém, a deliberação tomada pela maioria formada por aqueles votos é apenas anulável⁷⁸¹, e a sua invalidade relativa será eventualmente pronunciada por efeito do reconhecimento da nulidade dos votos abusivos ou conflitantes: a explicação para essa solução – que, na lei acionária, encontra-se positivada (LSA, art. 115, § 4º, 1ª parte) – está em que, se a maioria exigida não foi validamente obtida, terá então havido violação às regras legais de quórum, que levam apenas à anulação da deliberação⁷⁸².

6.2.2. Responsabilidade por perdas e danos.

Em qualquer caso, o dever de o agente indenizar a sociedade ou os sócios pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto (LSA, art. 115, § 3º; e CC, art. 1.010, § 3º) não pressupõe a invalidação dos votos viciados ou da deliberação, nem tampouco é, de regra, por esta elidida – salvo nas situações excepcionais em que a própria invalidação constitua em si mesma reparação em espécie suficiente, sem sobejar outros danos autônomos a serem ressarcidos: é que, em qualquer caso, a indenização mede-se pela extensão do dano (CC, art. 944).

A responsabilidade do agente por voto conflitante (e, em nossa opinião, aí também compreendido o voto abusivo), enuncia ainda o legislador pátrio enfaticamente no art. 115, § 3º, da Lei das S/A, existe “ainda que o seu voto não haja prevalecido”. Essa responsabilidade por voto minoritário não é somente aquela que pode persistir após a invalidação do voto outrora prevalente, segundo entenderam Rubens Requião e Wilson de

⁷⁸¹ Tratando especificamente do tema, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA sustenta, com apoio nas lições de ASCARELLI, ROMANO-PAVONI, TRIMARCHI e PONTES DE MIRANDA, o seguinte: “Ainda que nulo o voto – e decisivo para a formação da maioria – a deliberação será apenas anulável, sujeita à propositura da ação respectiva no prazo do art. 286 da Lei n. 6.404” (*Invalidades das deliberações de assembléia das S/A*, cit., nº 19.3, nota 127, p. 116). E, mais adiante na mesma obra, reforça: “Vigora inteiramente, no tocante a essa matéria, pois, o regime de anulabilidade previsto, genericamente, no art. 286, e, especificamente, no § 4º do art. 115. Aqui se acha excluída a sanção de nulidade, na medida em que encontram-se em jogo unicamente interesses dos acionistas, aos quais a lei outorga remédio adequado para a sua defesa, sem necessidade de se comprometer a desejada estabilidade dos aludidos atos societários” (*op. cit.*, p. 117).

⁷⁸² Cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Invalidez das deliberações de assembléia das S/A*, cit., nº 19.3, pp. 113-114 e 117. LUIGI MENGONI acrescenta que “una maggioranza inquinata dal conflitto di interesse non è una vera maggioranza, ma soltanto un gruppo che ha degradato la votazione a una prova di forza dalla quale è uscito vittorioso” (*Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interesse nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in’ *Rivista delle Società*, vol. I, 1956, p. 434).

Souza Campos Batalha⁷⁸³, e nem é cerebrina, como supôs Waldirio Bulgarelli⁷⁸⁴. A nosso sentir, tem razão Paulo Salvador Frontini ao explicar que a regra aplica-se ao voto abusivo não-prevalente ou vencido, independentemente da sua invalidação⁷⁸⁵. O sócio que abusivamente vota contra a aprovação das contas, movido pelo só desejo de causar dano à sociedade ou à imagem dos administradores, responde por perdas e danos, ainda que o seu voto não venha a prevalecer, desde que a aprovação das contas por maioria venha a suscitar problemas de crédito para a sociedade, pelas dúvidas e desconfiças que o voto vencido abusivo gerou no agente de crédito.

No sistema do Código Civil, a regra está positivada de outra forma, pois só se alude à responsabilidade do sócio por perdas e danos na hipótese em que o seu voto conflitante tiver sido determinante para a aprovação da deliberação: “responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto” (CC, art. 1.010, § 3º). Comentando a regra, Rachel Sztajn entende que, em comparação à lei acionária, “regra aparece mais tímida, porque se restringe a impor responsabilidade se a matéria for aprovada pelo voto do sócio que tenha interesse contrário ao da sociedade”⁷⁸⁶. É discutível, porém, se essa regra, até pela sua expressão vernacular (desacompanhada de qualquer condicionante) admite mesmo interpretação *a contrario sensu*, a partir da qual se pudesse extrair regra antitética proibitiva⁷⁸⁷, ou, então, se não teria ela apenas consagrado a regra de que *positio unius non est exclusio alterius* (a especificação de uma hipótese não redundava em exclusão das demais).

⁷⁸³ WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. II, cit., p. 560 – para quem “quando o voto não houver prevalecido, por isso mesmo que não prevaleceu, perdeu-se no vazio, não havendo prejuízo a ressarcir”. MARLON TOMAZETTE pensa de igual modo (*Curso de direito empresarial*, vol. 1, SP : Atlas, 2008, p. 489).

⁷⁸⁴ WALDIRIO BULGARELLI, *Manual das sociedades anônimas*, 6ªed. SP : Atlas, 1991, nº 8.9, p. 200 – para quem a redação do preceito “é bastante singular” e “acabou criando motivo para confusão”.

⁷⁸⁵ PAULO SALVADOR FRONTINI, *Responsabilidade dos administradores em face da nova Lei das Sociedades por Ações*, RDM 26/40.

⁷⁸⁶ PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA e RACHEL SZTAJN, *Código Civil comentado*, vol. XI, SP : Atlas, 2008, p. 276.

⁷⁸⁷ Discorrendo sobre o argumento *a contrario*, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. invoca as lições de ULRICH KLUG (*Juristisches Logik*), que distingue dois casos: “o primeiro ocorre quando há, entre os pressupostos legais e as correspondentes consequências, uma relação recíproca, isto é, uma implica a outra; neste caso, pode-se dizer, com certa segurança, que se o caso não preenche as condições da lei, a ele não se aplicam as suas disposições (...); se, porém, a relação entre os pressupostos e as consequências não é recíproca, isto é, os pressupostos implicam as consequências mas estas não implicam necessariamente os pressupostos, então o argumento é fraco; é o caso de normas gerais, que dispõem sobre uma generalidade de situações, sem cláusula restritiva” (*Introdução ao estudo do direito*, 1ª ed. – 4ª tir. SP : Atlas, 1991, nº 6.3.4.3, p. 310).

Como quer que seja, a regra não tem tido maiores aplicações práticas, devido às naturais dificuldades e deficiências sentidas na efetivação da responsabilidade civil em geral, com destaque para as dificuldades na comprovação dos pressupostos do dever de indenizar; limitações na legitimação para agir; tempo despendido para a efetivação; e, por fim, as naturais limitações encontradas no patrimônio do devedor (CC, art. 391; e CPC, art. 591).

Por fim, vale também observar que a responsabilidade por perdas e danos não exclui a invalidade do voto e nem impede que, em determinadas situações, e sempre como *ultima ratio*, a exclusão do sócio se coloque como alternativa (conforme assinalado no subitem 6.3.7).

6.3. Sancionamento do abuso negativo: multiplicidade de situações e remédios alternativos.

Diversamente das hipóteses de abuso positivo anteriormente enfocadas, frente às quais a identificação do instrumento de sancionamento adequado não apresenta maiores dificuldades, o quadro é completamente distinto quando se trata de censurar a conduta de abuso negativo (ou oposição faltosa) da minoria⁷⁸⁸. Para tais situações, a sanção não será a anulação de deliberação, precisamente porque, por definição, decisão alguma foi tomada; houve bloqueio⁷⁸⁹. Durante muito tempo, a única alternativa cogitada para esse problema foi a da responsabilização por perdas e danos, notoriamente inadequada e insuficiente. Em tempos mais recentes, porém, a doutrina e a jurisprudência, em especial as do direito francês, passaram a discutir se outras formas de sancionamento não seriam concebíveis.

A tradicional regra em matéria de responsabilidade civil, segundo a qual “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos” (CC-1916, art. 1.056;

⁷⁸⁸ Cf.: FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, *La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés*, Paris : *Les Petits Affiches*, n° 110 (12.09.1997), p. 6 – para quem “en présence d’un abus négatif, c’est-à-dire d’une abstention ou d’une opposition des minoritaires qui interdit la réalisation d’une opération essentielle pour la société, la situation est plus complexe et donc plus intéressante”.

⁷⁸⁹ Cf.: MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 20ª ed. Paris : Litec, 2007, n° 384, p. 186.

CC-2002, art. 389), passou a receber, nos últimos trinta anos, interpretação adequada, no sentido de que também as obrigações de fazer ou não fazer admitem meios de execução específica, e não se resolvem necessariamente (e muito menos por opção do sujeito passivo!) em mera composição dos prejuízos: os efeitos reais do contrato sempre podem ser obtidos através de execução específica (voluntária ou coativa). Quanto a isso, aliás, o sistema processual civil brasileiro é bastante avançado e prevê vários meios de tal espécie de execução (CPC, arts. 461, 461-A e 466).

Sendo assim, cabe indagar: seria a liberdade de voto compatível com o uso de tais instrumentos alternativos e, caso positivo, em que medida? Haveria, então, outros meios de sancionar a oposição abusiva, a inação abusiva do sócio? Se sim, quais são tais meios e quando eles podem ser aplicados? É o que adiante veremos.

6.3.1. Exclusão ou suspensão do direito de voto.

A exclusão ou suspensão do direito de voto, admitida em alguns países, seria em alguns casos meio eficaz de superar a oposição abusiva, em especial nos casos em que o sócio comparece ao conclave e, abusivamente, não vota ou vota contrariamente à proposta.

Em relação a tal situação, vale relembrar que, pelo contrato de sociedade, os sócios obrigam-se “reciprocamente” a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício da atividade econômica e partilha, entre si, dos resultados (CC, art. 981). O fim social consolida a comunhão de interesses entre os sócios e impõe, por consequência, o dever de lealdade, de todos entre si e para com a sociedade; e, em certos casos, a estrutura real da sociedade exige mais, demanda o dever de colaboração. O dever de lealdade, a seu turno, constrange os sócios a um dever geral de abstenção: evitar comportamentos que possam lesar os legítimos interesses e expectativas tuteláveis dos restantes sócios; e, em certos casos-limite, o dever geral de abstenção institui até mesmo deveres positivos de conduta. É nisso, e precisamente nisso, que reside, então, a pretensão legitimamente dedutível do dever de lealdade que, no caso de oposição abusiva, encontraria a mais perfeita sanção do dever de abstenção na privação do exercício do direito de voto pelo faltoso. É dizer, a privação (exclusão ou suspensão) do direito de voto constitui meio efetivo de sancionar o

dever geral de abstenção, que decorre do princípio maior da lealdade da relação societária, porquanto a suspensão do voto pode paralisar condutas capazes de lesar os legítimos interesses e expectativas tuteláveis dos sócios restantes ou, de outro modo – e para enquadrar o tema dentro do prisma do “interesse social” adotado tradicionalmente em nossas leis societárias, em sua vertente contratualista –, paralisa condutas passíveis de ofender o interesse comum dos sócios *uti socii*, na consecução do escopo-meio e do escopo-fim (ou, simplesmente, interesses *ex causa societatis*, seja o interesse à melhor eficiência da atividade negocial, seja à maximização dos lucros, seja enfim à maximização dos dividendos).

Mais do que isso, conforme bem observa Dominique Schmidt, a suspensão do direito de voto, enquanto reação a uma situação de conflito de interesses ou de desatenção ao dever de lealdade societária, harmoniza, no plano funcional, as sanções de abuso de minoria (ou oposição abusiva) e de abuso de maioria (ou abuso de poder de controle)⁷⁹⁰: no caso de abuso da maioria, invalidam-se os votos dos majoritários; no caso de oposição abusiva, retiram-se temporariamente dos opositores os seus direitos de voto – sendo que, em ambos os casos, os votos contaminados pelo conflito de interesses são, então, neutralizados.

Se a suspensão do direito de voto apresenta-se como um meio teoricamente idôneo para superar a oposição abusiva do abstinente ou dissidente – cabe indagar –, seria ela admissível em nosso direito posto?

Quanto a isso, a Lei das S/A prevê, em seu art. 120, que “a assembléia geral poderá suspender o exercício dos direitos do acionista que deixar de cumprir obrigação imposta pela lei ou pelo estatuto, cessando a suspensão logo que cumprida a obrigação”. A doutrina entende, em breve síntese, que dita suspensão – a qual, evidentemente, se sujeita ao crivo do princípio da proporcionalidade (razoabilidade e adequação dos meios aos fins)

⁷⁹⁰ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* – version nouvelle, Paris : Joly, 2004, n° 404, p. 398: “Cette réaction à l'encontre du conflit d'intérêts harmonise les sanctions de l'opposition abusive et de l'abus de majorité: en cas d'abus de majorité on invalide le vote majoritaire, en cas d'opposition abusive on retire temporairement à l'opposant son droit de vote. Dans le deux cas, le vote émis sous l'influence du conflit d'intérêts est neutralisé”.

– pode atingir não só o direito de voto, mas até mesmo direitos essenciais⁷⁹¹; mas, segundo o entendimento majoritário, essa suspensão depende de inclusão do tema na ordem do dia (não é decisão que possa ser incidentalmente tomada em qualquer assembléia⁷⁹²) e, uma vez aplicada e enquanto ela perdurar, os votos do acionista-suspenso, tal qual votos nulos ou em branco, não entram para o cômputo do quórum de deliberação (LSA, art. 129)⁷⁹³. Além disso, como a sanção social pode se projetar para além da assembléia geral em que se

⁷⁹¹ A suspensão dos direitos do acionista por deliberação privativa da assembléia geral poderá compreender, inclusive, aqueles considerados essenciais: J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Manual das sociedades por ações*, cit., n° 164, p. 103, e *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3° vol., SP : Saraiva, 1978, p. 19; JOÃO EUNÁPIO BORGES, *Curso de direito comercial terrestre*, 5ª ed. – 4ª tir. RJ : Forense, 1991, n° 451, pp. 464-465; JORGE LOBO, *Fraudes à Lei de S/A*, RDM 113/112; JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, *Direito societário*, 8ª ed. RJ : Renovar, 2003, n° 135, p. 337; JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades anônimas*, vol. I, RJ : Renovar, 2009, p. 1.195; MARLON TOMAZETTE, *Curso de direito empresarial*, vol. 1, cit., p. 490; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2° vol., cit., p. 581; PEDRO BARBOSA PEREIRA, *Curso de direito comercial*, vol. II, 3ª ed. SP : RT, 1975, n° 10, p. 105; RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, 2° vol., 13ª ed. SP : Saraiva, 1984, n° 379, p. 138 (sem, contudo, dizê-lo expressamente); ROBERTO PAPINI, *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*, 4ª ed. RJ : Forense, 2004, n° 13.3.1, p. 155; TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, vol. III, cit., n° 418, p. 75; VERA DE PAULA NOEL RIBEIRO, *A minoria nas S.A.*, 2ª ed. RJ : Forense, 2005, n° 4.2, p. 34; e WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALLA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. II, cit., p. 546. Em sentido contrário, entendendo que os direitos essenciais não podem ser suspensos: WALDEMAR MARTINS FERREIRA, *Tratado de direito comercial*, 4° vol., SP : Saraiva, 1961, n° 793, pp. 337-340, e *Compêndio das sociedades mercantis*, vol. II, 2ª ed. RJ : Freitas Bastos, 1942, § 32, pp. 282-296; FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de direito comercial*, vol. 2, p. 290; FRAN MARTINS, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2 – tomo I, RJ: Forense, 1978, n° 528, p. 135; MARCOS DA COSTA, *Comentários à Lei das Sociedades por Ações* – coords. Geraldo de Camargo Vidigal e Ives Gandra da Silva Martins, SP : Forense Universitária, 1999, p. 361; e OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA, *Sociedade anônima*, 3ª ed. BH : Del Rey, 2005, p. 272.

⁷⁹² Na vigência da lei anterior, já se entendia que a suspensão dos direitos de acionista deveria constar da ordem do dia de assembléia geral extraordinária: “Se entre os objetivos da assembléia figura o da suspensão de direitos de sócio, necessário tal tema constar da ordem do dia” (TACSP, EI 155.405, 4° Gr. Câms. Cívs., Rel. Juiz VIEIRA DE SOUZA, m.v., j. 09.11.1972, Adcoas 1973 n° 22.776). O mesmo entendimento foi confirmado na lei atual: “O exame desse dispositivo (art. 120 da Lei das S/A) com o art. 132 da mesma lei indica, numa aferição preliminar, que tal matéria somente pode ser deliberada em assembléia geral extraordinária, com expressa inclusão na ordem do dia, dada a gravidade da medida, que retira, ainda que temporariamente, direitos do acionista” (TJSP, AI 128.396-4/4, 5ª Câms. Dir. Priv., Rel. Des. BORIS KAUFFMANN, v.u., j. 11.11.1999). A doutrina majoritária tem repetido essa mesma posição, exigindo a inclusão do tema na ordem do dia de assembléia geral extraordinária (cf.: DARCY ARRUDA MIRANDA JR., *Breves comentários à Lei das Sociedades por Ações*, SP : Saraiva, 1977, p. 174; FRAN MARTINS, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2 – tomo I, cit., n° 529, p. 136; JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades anônimas*, vol. I, cit., p. 1.196; LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2° vol., SP : Saraiva, 1980, n° 291, pp. 270-271; MARCELO LAMY REGO, *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. I, cit., p. 409; OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA, *Sociedade anônima*, cit., p. 272; RENATO VENTURA RIBEIRO, *Direito de voto nas sociedades anônimas*, cit., p. 385; e RICARDO TEPEDINO, *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. I, cit., p. 907), embora haja opiniões no sentido de ser dispensável a expressa inclusão do tema na ordem do dia (cf.: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2° vol., cit., p. 584).

⁷⁹³ Sobre as regras de quórum, vide: FLÁVIO AUGUSTO PICCHI, *Regras de quorum: espécies, votos brancos e nulos, empate, ‘in’ Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França, SP : Quartier Latin, 2009, pp. 183-205.

a aplicou, as ações de titularidade do acionista-suspenso também não devem interferir na verificação do quórum de instalação (LSA, arts. 125 e 135)⁷⁹⁴.

No entanto, os obstáculos levantados ao emprego da suspensão do direito de voto, como forma de sancionamento do abuso de minoria, não são poucos nem são tíbios.

De início, discute-se se a suspensão do direito de voto poderia despontar por efeito do reconhecimento do conflito material de interesses, categoria na qual certamente se enquadram muitos dos atos de oposição abusiva (quando contrastantes com o interesse social). É que, diferentemente da lei anterior – onde a suspensão do direito de voto tinha cabimento, pelo art. 85 do DL. nº 2.627/1940, sempre que o acionista “deixa(sse) de cumprir obrigações impostas pela lei ou pelos estatutos, ou de *executar medida de interesse coletivo*”⁷⁹⁵, e, por essa amplitude, era justamente criticada⁷⁹⁶ –, na lei acionária atual a segunda parte da antiga regra não foi repetida, e tal fato tem levado a doutrina a entender que os conflitos materiais encontrariam apenas no art. 115 da Lei das S/A as suas possíveis sanções, vale dizer, não caberia mais cogitar de suspensão de direito de voto, como medida de auto-tutela diante da situação que, a juízo da maioria dos demais acionistas, é tida como de conflito material ou abuso no exercício do direito de voto; só o conflito formal a autorizaria⁷⁹⁷. Contrariamente a essa posição, que é majoritária na doutrina, poder-se-ia

⁷⁹⁴ Isso, porém, no que diz respeito às subseqüentes assembléias; para a própria assembléia em que a sanção for aplicada, a regra não vale e não tem efeito retroativo – de modo a se ter, por exemplo, por validamente instalada a assembléia à qual o acionista-suspenso não compareceu e que, em razão da sua ausência, não logrou atingir o quórum de instalação em primeira chamada, na qual o conclave foi irregularmente instalado.

⁷⁹⁵ Eis a regra anterior (DL nº 2.627/1940): “Art. 85. A sociedade, por deliberação da assembléia geral, suspenderá o exercício dos direitos que a lei ou os estatutos conferem aos acionistas, sempre que este deixar de cumprir obrigação imposta pela lei ou pelos estatutos, ou de *executar medida de interesse coletivo*. A suspensão decairá logo que o acionista cumpra a obrigação ou execute a medida”.

⁷⁹⁶ J. C. SAMPAIO DE LACERDA, comentando a lei acionária atual, entendia que “bem andou a lei ao não dar a amplitude que dera a lei anterior ao admitir a possibilidade de suspensão dos direitos do acionista quando ele deixasse de executar medida de interesse coletivo. Era uma expressão genérica que poderia descambar para a arbitrariedade de uma maioria eventual de acionistas, em perseguição a outros que a importunavam, para, em os afastando, poderem, então, atender a seus desígnios, impondo sua vontade, sem discussões ou incômodos” (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3º vol., cit., pp. 18-19).

⁷⁹⁷ É o que defende MODESTO CARVALHOSA: “Somente quando ocorre o conflito formal de interesses entre o acionista e a companhia é que a assembléia geral poderá suspender o exercício do direito de voto. Nas demais hipóteses de antijuridicidade – abuso de direito e abuso e desvio de poder –, a responsabilidade do acionista será apurada judicialmente ou mediante arbitragem, não tendo a assembléia prerrogativa para liminarmente suspender direitos dos acionistas (...). A regra legal no antigo diploma de 1940, em que prevaleciam os princípios majoritário e de igualdade de direitos e de responsabilidades, tinha como principal finalidade proteger a maioria acionária contra os abusos da minoria. Dava, por conseguinte, armas à assembléia geral para, majoritariamente, resguardar a companhia contra a conduta do minoritário, lesiva ao interesse social. Esse instrumento de defesa é agora inserido no art. 115 da nova lei que, embora trate da conduta dos

contra-argumentar que: (1º) um remédio não exclui o outro, até porque, a levar aquele mesmo raciocínio aos extremos, também o conflito formal não legitimaria a suspensão do direito de voto, por também estar essa modalidade de conflito de interesses contemplada no art. 115 da Lei das S/A; (2º) a lei anterior também previa outra sanção para o conflito formal (= responsabilidade do acionista por perdas e danos, nos termos do art. 95 do DL. nº 2.627/1940), a qual convivia com o instrumento de suspensão de direitos sociais; e (3º) votar em consonância com o interesse social e o dever societário de lealdade é “obrigação imposta por lei”. Ainda assim, reconhece-se que pesa contra a exegese mais ampliativa do art. 120 da Lei das S/A o fato de que, na última Reforma da Lei das S/A, o legislador pátrio pretendeu incluir, nos §§ 5º a 10º, do art. 115, da Lei das S/A, regras pelas quais o conflito material seria incidentalmente solucionado pela assembléia-geral, e tais regras foram vetadas⁷⁹⁸ – não sendo de boa hermenêutica presumir na lei palavras inúteis, como assim seriam aquelas dos preceitos vetados, caso se entenda que o art. 120 da LSA já autorizava a suspensão do voto como reação ao conflito material.

Admitindo-se, por hipótese (até porque não estamos ainda convencidos do acerto da opinião contrária), que o art. 120 da LSA autoriza a suspensão do direito de voto como auto-tutela da sociedade e dos remanescentes ao abuso de minoria, ainda assim, não se pode negar que, além de controvertido e sujeito a fácil contestação na via jurisdicional (pelo manejo de medidas de urgência), o remédio também se revela impróprio para superar a oposição abusiva relacionada a deliberação de temas para os quais a lei ou o estatuto fixa o quórum de deliberação em função do capital social (LSA, arts. 97, § 1º, 136). Isto porque, se a aplicação do art 120 da LSA ao abuso de minoria já é espinhosa, torna-se ainda mais

acionistas em geral, visa efetivamente a configurar o abuso de direito do acionista não controlador. Há efetiva restrição da aplicabilidade da norma ora comentada (art. 120), comparativamente ao alcance do art. 85 do antigo diploma de 1940” (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2º vol., cit., pp. 579-580). No mesmo sentido: JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades anônimas*, vol. I, cit., p. 1.192.

⁷⁹⁸ Os preceitos vetados tinham a seguinte redação: § 5º. Poderá ser convocada assembléia geral para deliberar quanto à existência de conflito de interesses e à respectiva solução, por acionistas que representem 10% (dez por cento), no mínimo, do capital social, observado o disposto no parágrafo único, alínea c, parte final, do art. 123. (...) § 7º. No curso da assembléia geral ordinária ou extraordinária, os acionistas a que se refere o § 6º poderão requerer que se delibere sobre a existência de conflito de interesses, não obstante a matéria não constar da ordem do dia. § 8º. Decairão do direito de convocar a assembléia de que trata o § 5º os acionistas que não o fizerem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que tiverem ciência inequívoca do potencial conflito de interesses. § 9º. Caso a assembléia geral, por maioria de votos, delibere haver conflito de interesses, deverá especificar as matérias nas quais o acionista em situação de conflito ficará impedido de votar. § 10. A assembléia especificada no § 9º poderá delegar, com a concordância das partes, à arbitragem a solução do conflito”.

difícil sustentar que essa suspensão teria o efeito não só de neutralizar os direitos sociais do acionista como, ademais, teria ainda o de tornar juridicamente inexistente a sua própria participação societária, arredando-a do cômputo do capital social (excluindo-a, em suma, da composição do capital social), o que seria ir muito, muito longe. Segue-se daí que, se não há como afastá-la do cômputo do capital social, a suspensão do direito de voto logicamente não se presta a superar o óbice da oposição abusiva nos casos em que o quórum de deliberação é fixado em função daquele, porquanto – repita-se em nome da clareza –, não se teria como, em semelhante hipótese, excluir a participação do sócio-suspenso da formação do próprio capital social. A oposição continuaria fincada.

No sistema do Código Civil, por outro lado, as dificuldades na aplicação do instrumento da suspensão do direito de voto tornam-se ainda maiores: a disciplina geral societária não contempla a medida de suspensão de direito de voto e, ressalvada a situação da sociedade limitada regida supletivamente pelos preceitos da lei acionária (CC, art. 1.053, par. ún.), não há regra remissiva que permita a aplicação direta dos preceitos da Lei das S/A às sociedades por ele regidas; o Código Civil é fonte supletiva da Lei das S/A (CC, art. 1.089), e não o contrário. Restaria, então, somente o recurso à analogia, mas com pouca consistência teórica diante do caráter excepcional que caracteriza o art. 120 da Lei das S/A, sem se aludir aqui à discussão existente sobre se o direito de voto seria ou não direito essencial nas sociedades de pessoas (a dificultar ainda mais o recurso à analogia pelo caráter excepcional da regra de direito estrito, não obstante, como visto, no sistema da lei acionária a suspensão possa abranger até mesmo direitos essenciais). Não fosse tudo isso, fato é que boa parte dos quóruns sobre mudanças estruturais das sociedades contratuais encontra-se estabelecido em função do capital social (CC, art. 1.076), de modo que a suspensão do direito de voto não se apresentaria como resposta hábil. Não cabe, pois, a suspensão extrajudicial do direito de voto no regime do Código Civil⁷⁹⁹.

Restaria, então, o recurso à via jurisdicional para, através de medida cautelar inominada, obter a suspensão do direito de voto, o que seria factível tanto no sistema da lei

⁷⁹⁹ Cf.: FÁBIO TOKARS, *Sociedades limitadas*, cit., n° 4.2.1, p. 147. No Anteprojeto de Lei de Sociedades de Responsabilidade Limitada, apresentado pela Comissão presidida por ARNOLDO WALD, foi prevista a suspensão do voto, nos seguintes termos: “Art. 14. A assembléia geral, por deliberação de titulares de, no mínimo, 75% (setenta e cinco por cento) das quotas votantes, pode suspender o exercício do direito de voto do quotista que descumprir o contrato social ou dever ou obrigação legal”.

acionária como no do Código Civil. Mas seria isso mesmo possível? Em sede provisional (e, portanto, sujeita à propositura de ação principal), certamente que sim, notadamente como medida preparatória ou incidental em ação de exclusão. O direito italiano a admite e, entre nós, juristas do porte de Ovídio A. Baptista da Silva julgaram-na cabível em sede de tutela de urgência⁸⁰⁰. Em caráter autônomo e satisfativo, não. O problema, então, é saber qual é ou será a ação principal, para apurar a sua adequação às regras societárias. Como ação de exclusão, sem dúvida (mas com todas os cuidados para não positivar situação irreversível). E como medida acessória de ação tendente a coagir o sócio a adotar determinada conduta, sob pena de multa, ou de ação declaratória de invalidade do voto a proferir? Em tais casos, o êxito da cautelar depende, então, da análise do próprio cabimento de tais ações, como medida principal, e do poder de o juiz interferir diretamente na tomada de decisões de sócios de uma organização privada, e é precisamente disso o que iremos agora tratar.

6.3.2. Imposição de *astreintes*; tutela inibitória preventiva.

A fixação de preceito cominatório ou pena, consistente em multa periódica, que poderá ser diária ou levar em conta outra periodicidade a ser fixada pelo juiz, para assim constranger o sujeito passivo a cumprir determinada obrigação de fazer, designa-se *astreinte*⁸⁰¹. A rigor, não se trata propriamente de pena, mas de técnica de execução

⁸⁰⁰ Para OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, “em inúmeras hipóteses, o exercício do direito de voto, em órgão coletivo de deliberação social pertencente a empresas mercantis, pode acarretar danos graves e de difícil reparação ao direito de uma parte, sendo admissível a concessão de uma medida cautelar inominada, desde que ocorrentes os pressupostos, em que o magistrado profiba ao demandado o exercício do voto. A espécie tem sido apreciada reiteradas vezes pelos tribunais italianos e, de um modo geral, a jurisprudência se inclina pela admissibilidade da medida cautelar” (*A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, RJ : Forense, 1979, § 58, pp. 446-447). Inversamente, é possível que, até mesmo de modo a preservar o conclave de futuro, o juiz ordene o cômputo em separado dos votos: “este é também um provimento eminentemente cautelar, uma vez que não satisfaz a pretensão do autor, já que apenas garante a viabilidade da futura decisão de mérito, que determinará – em face da procedência ou improcedência da desconstitutiva – a apuração ou não daqueles votos antes, cautelarmente, recebidos em separado” (LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, *Medidas urgentes no direito societário*, SP : RT, 2002, nº 4.6.2, p. 204).

⁸⁰¹ Ou, na definição de ilustres civilistas franceses, “l’astreinte est une condamnation pécuniaire prononcée par le juge, ayant pour but de vaincre la résistance d’un débiteur récalcitrant, et de l’amener à exécuter une décision de justice” (HENRI/LÉON/JEAN MAZEAUD e FRANÇOIS CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II – 1^{er} vol., cit., nº 940, p. 1.027). As *astreintes* constituem uma ameaça; têm caráter cominatório; e são uma forma de constrangimento do devedor, exercida sobre os bens do recalcitrante, para que o mesmo cumpra certa determinação judicial. “Manifestation de l’imperium du magistrat”, concluem os mesmos civilistas, “indispensable pour assurer l’exécution des décisions judiciaires, l’astreinte doit être admise sans restriction” (*op. cit.*, nº 954, p. 1.033). Sobre as *astreintes*, veja-se ainda a lição de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA (*Direito das obrigações*, 8ª ed. Coimbra : Almedina, 2000, nº 94.5, pp. 980-985).

específica através de coerção patrimonial⁸⁰². Sua utilização para a obtenção do cumprimento específico de obrigações de fazer é atualmente corrente e, numa primeira análise, o seu emprego como forma de injunção para constranger o sócio recalcitrante a comparecer aos conclaves e votar, superando a oposição abusiva, parece admissível. Contudo, melhor observado o problema, verifica-se que a medida constitui, inegavelmente, uma restrição ao direito à liberdade de voto e, portanto, de duvidosa legalidade. A propósito, decidiu a Corte de Cassação francesa que “o tribunal não tem o poder de impor a um grupo de sócios que vote em sentido determinado, em prejuízo da liberdade de voto”. Em sentido contrário, porém, poder-se-ia contra-argumentar que, ao menos no direito acionário brasileiro, o voto não é totalmente livre, eis que o acionista deve exercer (não “pode exercer”) o direito de voto no interesse da companhia (LSA, art. 115, *caput*)⁸⁰³. Sob outro prisma, porém, a medida é menos intensa do que a pura e simples substituição judicial da declaração de vontade do sócio: a *astreinte* seria um modo de execução da decisão judicial que não pesa senão indiretamente na vontade do sócio. Porém, que vontade seria essa, manifestada *sub vara* e em sentido previamente determinado? Não haveria aí, também, a indesejável intervenção judicial no seio da sociedade, em contraste com os postulados da autonomia de vontade, da liberdade associativa e da não-interferência estatal no funcionamento dos agrupamentos coletivos (CF, art. 5º, II, XVII e XVIII, e 170)? Em regra, parece que sim: o juiz não deve e não está capacitado para isso⁸⁰⁴. Além disso, a eficácia do instrumento é também incerta, pois varia de acordo com a capacidade de resistência do sócio à multa fixada; pressupõe o recurso à lenta (e nem sempre hábil) via

⁸⁰² A expressão “execução específica” consagrou-se na prática. Mas ela é equívoca, pois a tutela jurisdicional relativa às obrigações de declarar vontade não tem caráter executivo em sentido técnico: o provimento substitutivo é emitido em processo de conhecimento e não de execução – tendo sido correta a transposição, realizada pela última “Reforma do CPC”, dos dispositivos legais que tratam da tutela relativa às obrigações de emitir declaração de vontade, do “Livro II – Do Processo de Execução” para o “Livro I – Do Processo de Conhecimento” do CPC/1973. Tem razão ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD ao observar que “apenas naquele sentido técnico mais amplo atribuído ao termo execução pode-se falar em execução específica das obrigações de declaração de vontade. Mais correto, sob o ponto de vista da ciência processual, é falar-se em tutela jurisdicional em forma específica ou, simplesmente, tutela específica, como propõe YARSHELL” (*Execução específica dos acordos de acionistas*, SP : Quartier Latin, 2006, p. 98).

⁸⁰³ Mas a doutrina dominante entende que o voto continua sendo facultativo: seria forçado quebrar a regra da cabeça do art. 115 da LSA para ler apenas que “o acionista *deve exercer o direito de voto* (...)”.

⁸⁰⁴ Assim pensam FRANÇOIS-XAVIER LUCAS (*La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés*, Paris : *Les Petits Affiches*, n° 110 (12.09.1997), p. 6) e ASTRID MIGNON-COLOMBET (*L’exécution forcée en droit des sociétés*, cit., n° 185, p. 162).

jurisdicional; e, acima de tudo, não se presta a sancionar casos mais complexos, em que a decisão a tomar não se resume a um “sim” ou “não”⁸⁰⁵.

Sem embargo, entende-se que as *astreintes* poderão ser fixadas em eventual tutela antecipatória em ação para execução específica das obrigações de fazer, do mesmo modo como poderão ser utilizadas para compelir o sócio a cumprir com a obrigação de tomar parte da assembléia ou reunião, quando, em concreto, se possa positivar a existência (precedente, e não criada por obra judicial) da obrigação de comparecimento ao conclave.

Além disso, a medida seria também admissível em situações excepcionais, em especial quando o sócio houvesse ele próprio *se obrigado* a manifestar a sua vontade em sentido específico e previamente delimitado, notadamente numa deliberação cujas possíveis alternativas sejam simples⁸⁰⁶, porquanto já aí se cuidaria tão-somente de *efetivar* o compromisso anteriormente assumido, sem margem para qualquer suprimento da vontade do sócio ou de intromissão do juiz no funcionamento da sociedade, em substituição dos órgãos legalmente estabelecidos. A ser assim, poder-se-ia indagar: ao invés de constranger a minoria abusiva a agir sob multa, não seria mais efetivo demandar a prolação de sentença substitutiva de obrigação de declaração de vontade; a sentença valendo voto (CPC, arts. 466-A e 466-B)? É o que procuraremos responder, no subitem seguinte.

6.3.3. Decisão judicial com efeito de voto (suprimento do voto).

Outra via cogitável para sancionar a oposição abusiva é a da decisão judicial com efeito de voto, decisão judicial com efeito substitutivo da declaração de vontade, de modo a assim poder-se dar por aprovada a decisão abusivamente bloqueada pela minoria. Cuidar-se-ia, para os adeptos desta solução extremada, de simples consequência lógica do

⁸⁰⁵ Cf.: ASTRID MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, cit., nº 185, pp. 162-163; e DANIEL TRICOT, *Abus de droits dans les sociétés (abus de majorité et abus de minorité)*, Paris : *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* – RTDCom, vol. 47, nº 4 (out.-dez. 1994), p. 624.

⁸⁰⁶ DANIEL TRICOT entende que a medida será inadaptada para superar o bloqueio abusivo, mas ressalva: “elle ne peut être mise en oeuvre que lorsque la décision à prendre est simple dans ses modalités; elle peut convenir lorsqu’il s’agit, par exemple, de décider une augmentation de capital à seule fin de respecter le nouveau minimum légale mais elle devient incertaine lorsque l’augmentation de capital en discussion dépasse ce minimum” (*Abus de droits dans les sociétés (abus de majorité et abus de minorité)*, cit., p. 624).

reconhecimento do abuso da minoria, tornando possível a implementação de operação essencial à sobrevivência da própria sociedade. Acrescentam, os que defendem o seu uso, não haver objeção principiológica a que os juízes, que podem anular uma deliberação por abuso da maioria, autorizem os majoritários a adotar ato que se conforme ao interesse social⁸⁰⁷.

De outro lado, porém, não faltam sólidas objeções à adoção desta solução interventiva. Paul Le Cannu lembra que o remédio cogitado choca-se com o velho princípio, liberal em sua letra, de que *nemo potest cogi ad factum* – princípio esse que, por outro lado, não mais constitui axioma no moderno processo civil. Em termos gerais, no entanto, o remédio tem sido repellido pelos tribunais franceses. Lembre-se que, no *Arrêt Six* (comentado no subitem 3.2.3), os juízes das instâncias ordinárias admitiram que o seu julgado teria o valor de decisão social, mas, posteriormente, a Corte de Cassação recusou a solução dada⁸⁰⁸. Depois disso, a mesma Corte de Cassação, no *Arrêt Flandin* (referido no subitem 3.2.4), tornou a censurá-la⁸⁰⁹. E os argumentos contra a aceitação da decisão com efeito de voto são consistentes e podem, nesta altura, ser sumariados: (1º) na França, a possibilidade de intervenção judicial na economia interna das sociedades constava de anteprojeto de alteração da Lei das Sociedades Comerciais de 1966 apresentado pela Comissão *Cleven* e, depois de várias discussões, acabou sendo eliminada ao longo do processo legislativo (argumento histórico pouco convincente, é verdade); (2º) a 2ª Diretiva do Conselho da Comunidade Européia sobre o Direito das Sociedades, de 13.12.1976, previu, em seu art. 25, § 1º, o princípio de que apenas a assembléia de acionistas tem

⁸⁰⁷ Cf.: MAURICE COZIAN e ALAIN VIANDIER, *Droit des sociétés*, 5ª ed. Paris : Litec, 1992, nº 476, p. 154: “Il n’y a pas d’objection de principe à ce que les juges, qui peuvent annuler une délibération pour abus de majorité, autorisent les majoritaires à passer l’acte qui implique l’intérêt de la société si l’opposition des minoritaires n’est dictée que par le dessein de nuire”.

⁸⁰⁸ No caso *Six* (*Arrêt Six*), a Corte de cassação francesa julgou que, ainda quando haja abuso de minoria, o juiz não pode legitimar uma deliberação irregularmente tomada, sem a observância do quórum mínimo exigido; o reconhecimento de abuso de minoria “n’est pas susceptible d’entraîner la validité de la décision irrégulière” (Cass. com., 15.07.1992, *Rev. sociétés*, 1992, note PH. MERLE; *D.* 1993.279, note H. LE DIASCORN; *Bull. Joly*, 1992.1084, § 353, note P. LE CANNU; *JCP*, 1992.II.21944, note J.-F. BARBIERI; *JCP E*, 1992.II.375, note Y. GUYON). Ou seja, a conclusão a se extrair do julgado, segundo PAUL LE CANNU, é a de que “les majoritaires ne peuvent considérer la décision comme acquise du fait que le vote négatif serait abusif (CA Paris, 23.11.2001: *Rev. Sociétés*, 2002, 92, obs. Y. GUYON): ils doivent recourir à la justice” (*Droit des sociétés*, cit., nº 252, p. 147).

⁸⁰⁹ Ao decidir que “le juge ne pouvait se substituer aux organes sociaux légalement compétents” (Cass. com., 09.03.1993, *RJDA* 93, p. 253, note M. RAYNAUD; *Rev. sociétés* 1993, p. 403, note PH. MERLE; *JCP E* 1993, II, 448, note A. VIANDIER; *D.* 1993, 363, note Y. GUYON; *Rev. dr. bancaire* 1993, p. 132, note M. GERMAIN e M. A. FRISON-ROCHE; *Dr. sociétés* 1993, nº 95, note H. LE NABASQUE; e *Bull. Joly* 1995, p. 401, nº 136, note P. LE CANNU).

competência para decidir sobre aumentos de capital⁸¹⁰, o que, inversamente, sinaliza a impossibilidade de a deliberação ser adotada judicialmente, não só neste mas também em outros temas; (3º) especificamente no caso brasileiro, a insustentabilidade da solução substitutiva da vontade do sócio, de regra, encontra óbices nas regras legais que (i) prevêm a competência privativa (e, logicamente, indelegável e, inversamente, insuscetível de usurpação) da assembléia de sócios e de acionistas para decidir sobre vários e diversos temas, como alterações estatutárias, aumentos de capital e transformação (CC, arts. 999 e 1.071, I a VIII; e LSA, art. 122) e (ii) nas regras legais que autorizam a intervenção judicial para decisão sobre o mérito da deliberação societária exclusivamente em caso de empate e, ainda assim, somente depois de frustradas as tentativas de auto-composição do conflito (CC, art. 1.010, § 2º; e LSA, art. 129, § 2º)⁸¹¹, o que sinaliza, *a contrario sensu*, que noutras situações, tal intervenção estaria proscrita⁸¹²; e, acima de tudo, (4º) a intervenção estatal para decidir sobre o mérito da decisão a ser tomada (juízo esse de conveniência e oportunidade) atrita com os princípios constitucionais que consagram a autonomia da vontade, a livre iniciativa e a liberdade de associação, em sua vertente de livre organização associativa (CF, art. 5º, II, XVII e XVIII, 2ª parte, e 170). Afinal, como lucidamente observa François-Xavier Lucas, “si l’on admet que le juge peut imposer une décision aux minoritaires au nom de l’intérêt social, il faut admettre qu’il peut également le faire aux majoritaires au nom du même intérêt social”⁸¹³. Instaurar-se-ia, assim, o governo judicial das sociedades. Ou a anarquia.

Na realidade, o poder do juiz é sempre diferente segundo se trate de constatar o abuso da minoria e de sancioná-lo. Ainda quando a oposição seja abusiva, a decisão valendo voto constitui procedimento excessivamente brutal, pois trespassa o consentimento dos sócios.

⁸¹⁰ O art. 25, 1, da 2ª Diretiva tem a seguinte redação: “Artigo 25º (aumento de capital). 1. Qualquer aumento do capital deve ser deliberado pela assembléia geral (...)” (cf.: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito europeu das sociedades*, Coimbra : Almedina, 2005, p. 196).

⁸¹¹ No regime do Código Comercial, a solução do empate era “muito empírica e muito lotérica”, nas palavras de JOÃO EUNÁPIO BORGES (*Curso de direito comercial terrestre*, cit., nº 342, p. 366), aplicando-se a parte final do art. 486 do Código Comercial: “no caso de empate prevalecerá a sorte, se os sócios não preferirem cometer a decisão a um terceiro”.

⁸¹² O princípio tem sido afirmado em decisões do Poder Judiciário: “Sociedades privadas. O Poder Judiciário deve evitar, quanto possível, interferir na administração e deliberações dessas pessoas jurídicas, salvo em casos excepcionais” (TJSP, AI 203.386-4/5-00, 1ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. GILDO DOS SANTOS, v.u., j. 18.09.2001). “A administração de empresas privadas é prerrogativa de seus integrantes, que a estabelecem e a contratualizam, vedada a intervenção do Poder Judiciário, ressalvada situação excepcional e, mesmo assim, com a maior cautela e após meditação e prudência” (TJMG, Ap. 65.685, 1ª CC., Rel. Des. LINCON ROCHA, v.u., j. 12.02.1985, JM 91/271).

⁸¹³ FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, *La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés*, Paris : Les Petits Affiches, nº 110 (12.09.1997), p. 6.

A tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade é técnica admissível em nosso sistema jurídico (CPC, arts. 466-A e 466-B), mas somente quando, através dela, se buscar *efetivar*, tornar juridicamente operante, o consentimento *preexistente*; a declaração de vontade anteriormente manifestada ou, melhor, *prometida*. Assim, por exemplo, em direito civil admite-se o recurso a tal remédio quando o vendedor recusa-se a outorgar a escritura definitiva de compra e venda de imóvel, em cumprimento à obrigação anteriormente assumida em compromisso de compra e venda ou pré-contrato. No campo empresarial, as execuções específicas de obrigações assumidas em promessa de venda de participações societárias⁸¹⁴ ou, genericamente, em acordos de acionistas também já eram admitidas mesmo antes da atual sistemática processual (LSA, art. 118). O mesmo deve ser permitido quando o sócio, em contrato preparatório, em instrumento separado ou mesmo em deliberação social anterior, compromete-se a aprovar determinada decisão ou assinar outro instrumento e, depois, se nega a fazê-lo, sem razão de direito⁸¹⁵. Em todos os casos figurados e noutros, em que o assentimento tenha sido prestado precedentemente, a técnica da tutela jurisdicional específica é admissível; o juiz encontra-se autorizado a suprir os efeitos da vontade do indivíduo através de decisão judicial⁸¹⁶. A técnica de julgamento substitutivo aqui, porém, limita-se a constatar o consentimento dado em ato precedente, tornando-o efetivo; não substitui, verdadeiramente, a inteira vontade do renitente, mas executa coativamente algo que, previamente, ficou estabelecido em todos os contornos essenciais⁸¹⁷. Diante de tais casos, sim, é cabível o emprego dos instrumentos de tutela específica das obrigações de declaração de vontade e, pelas mesmas razões, das *astreintes*.

Diversa, porém, completamente distinta, é a situação da oposição abusiva nos casos em que a mesma não colide com alguma específica manifestação de vontade

⁸¹⁴ Cf.: TJRJ, Ap. 90.170, 8ª CC., Rel. Des. OLAVO TOSTES, m.v., j. 27.05.1975, RT 479/194.

⁸¹⁵ É o caso, por exemplo, do sócio que, ao anuir à cessão de quotas de outro sócio a terceiro, vem a recusar, sem outras justificativas, a assinatura de alteração de contrato social admitindo o cessionário no quadro social (vide: TJPR, Ap. 367/72, 4ª CC., Rel. Des. MARINO BRAGA, v.u., j. 04.10.1972, RT 447/150). Que assina uma alteração contratual imperfeita e, depois, se recusa a subscrever outra idêntica, que apenas elimina alguma imperfeição formal. Que aprova o aumento de capital e, transcorrido o prazo de preferência, se recusa a efetivá-lo. As hipóteses são múltiplas.

⁸¹⁶ Cf.: ASTRID MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, cit., nº 187, p. 163.

⁸¹⁷ Com razão, FRANÇOIS-XAVIER LUCAS explica que “dans une telle espèce, il s'agit moins d'un abus de minorité que d'un problème d'exécution d'obligations nées d'un acte juridique. Le juge va pouvoir dire que sa décision vaudra délibération. Ce faisant, il ne substitue pas sa décision à celle de l'organe compétent, il ne fait qu'assurer l'exécution de l'acte juridique collectif qu'est la délibération” (*La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés*, Paris : *Les Petits Affiches*, nº 110 (12.09.1997), p. 6). Em casos que tais, acrescenta ASTRID MIGNON-COLOMBET, “il ne s'agit plus de constater l'accord mais de sanctionner son absence” (*L'exécution forcée en droit des sociétés*, cit., nº 188, p. 164).

anteriormente expressa. Aí já não se cuida mais de constatar o acordo (prévio), mas de sancionar a sua ausência, e isso não se admite, nem mesmo sob o pretexto de obter-se reparação, em natura ou em espécie, do dano que a oposição abusiva gera na sociedade. O direito societário, conforme acima explicado, recusa a substituição das partes pelo juiz, quando o sócio não prestou o seu assentimento àquilo que é objeto de decisão. Não pode o juiz, a título de sanção, impor o seu voto; impor a sua decisão, de acordo com aquilo que ele imagina ser de acordo com o interesse social.

Este princípio, de não-ingerência ou intervenção do juiz em todos os casos em que o sócio não tiver dado o seu consentimento prévio e a decisão pressuponha análise de mérito da gestão da sociedade, há de manter-se firme mesmo diante de situações tidas como de urgência, até porque a detecção da urgência é algo assaz vago e impreciso. Mais do que a urgência, em tese seria a ausência de alternativa à medida bloqueada que poderia suscitar a dúvida sobre a admissão da intervenção judicial. De fato, sustentam alguns que, em semelhante hipótese, não estaria o juiz a se imiscuir no funcionamento da sociedade, eis que não viria ele a apreciar a oportunidade da operação, a única que se antolha no caso. Como exemplo, cita-se o caso corrente no exterior de recomposição do capital mínimo, nos casos de perdas substanciais: aqui, apenas o aumento do capital no mínimo legal seria conforme o interesse social, sem que tenha o juiz de apreciar a adequação do montante do aumento pretendido. Ocorre, porém, que na prática, a operação de recomposição do capital é raramente tão simples. Além disso, poder-se-ia certamente questionar se, em todo caso, sempre e sempre, seria possível impor a reconstituição do capital mínimo: e se a sociedade tiver poucas esperanças de se recuperar, não seria legítimo o sócio preferir a dissolução ao prolongamento da agonia, colhendo ainda algum resultado positivo na liquidação? Outra hipótese lembrada pelos partidários da tese da intervenção judicial refere-se à oposição da minoria à prorrogação do prazo da sociedade (CC, art. 1.033, 2ª parte): será concebível aprioristicamente supor que nunca terão os minoritários razões para assim se posicionar? Qual a razão, então, da lei prever quórum qualificado? Poderia o juiz, além disso, decidir pela prorrogação da sociedade, sem dar aos minoritários direito de recesso? Como se vê, as questões são bastante complexas e não será o juiz quem poderá interferir no seio da sociedade para tomar, ele próprio, a decisão que julgar ser conforme ao interesse social, algo que, além de tudo o que ficou dito, constitui uma *contradictio in terminis*: se o interesse social é o interesse comum dos sócios *uti socii*, como admitir que o não-sócio seja quem vai defini-lo em concreto? Se nem mesmo o sócio pode votar útil e validamente fora da assembléia, como poderia fazê-lo o juiz, que do conclave não tomou parte? Não dá.

O juiz não tem o poder de substituir-se aos órgãos sociais legalmente competentes para validar a resolução não adotada⁸¹⁸. O julgamento valendo voto, assim como a injunção de votar sob *astreinte*, não fazem parte das soluções teoricamente aceitáveis, salvo naquelas situações específicas, acima destacadas, em que o consentimento já foi, de alguma forma, prestado. Ainda quando a decisão valendo voto possa preservar o direito à intangibilidade das responsabilidades dos sócios, porquanto não lhe impõe a obrigação de subscrever títulos em aumento de capital e, portanto, não impõe a obrigação de efetivar prestações suplementares, atenta contra os princípios da liberdade de voto e da não-intervenção do juiz⁸¹⁹.

6.3.4. Nomeação de administrador judicial *ad hoc*.

De regra, a injunção de votar sob *astreinte* e o julgamento valendo voto, como assinalado, atentam contra a liberdade de consentimento dos sócios, malferem princípios fundamentais do direito societário e não se mostram adaptados à complexidade

⁸¹⁸ Quem entre nós primeiramente propugnou o suprimento judicial da vontade (e, pois, do voto) da minoria recalcitrante em deliberações coletivas foi, aparentemente, J. NASCIMENTO FRANCO (*Condomínio*, 1997, nº 136, p. 112), sugerindo a intervenção judicial para os casos em que a minoria nega número para deliberações urgentes ou necessárias, embora seja preciso aqui observar que, na órbita do condomínio, o poder de intervenção do juiz seja muito maior e tem previsão na lei: “decidirá o juiz” (CC, art. 1.325, § 2º). Mais recentemente e no campo societário, OTÁVIO VIEIRA BARBI manifestou-se favoravelmente à substituição da vontade dos sócios, como sanção genérica ao abuso de minoria (e, portanto, sem fazer clara distinção entre os casos em que a parte se obrigou a emitir determinada declaração de vontade ou não), *in verbis*: “Assim é que, reconhecendo o juiz, diante de um processo de natureza cognitiva, que um sócio ou grupo de sócios teria obrigação de votar em determinado sentido, nosso ordenamento processual admite – e até recomenda – que a sentença substitua a declaração de vontade dos sócios. Agindo dessa forma, o juiz não estará, como entendeu a Corte de cassação francesa, arvorando-se em administrador da sociedade (...). Dessa forma, reconhecido o abuso do direito de voto, o ordenamento processual brasileiro admite que a sentença substitua o voto dos quotistas, seja para impedir uma deliberação aprovada, seja para aprovar uma deliberação vetada” (*Composição de interesses no aumento de capital das sociedades limitadas*, RJ : Forense, 2007, pp. 83-84). No direito português, J. M. COUTINHO DE ABREU também se manifestou favorável à solução, igualmente sem especificar se consentimento prévio à deliberação bloqueada é ou não condição *sine qua non* para a medida (*Abusos de minoria*, ‘in’ *Problemas do direito das sociedades* (obra coletiva), Coimbra : Almedina, 2002, p. 70). A nosso ver, o juiz não pode *ex nihil* substituir a vontade do sócio.

⁸¹⁹ Na prática, porém, os limites nem sempre são observados, conforme se colhe da seguinte crítica de ASTRID MIGNON-COLOMBET a julgado do Tribunal de Comércio de Paris: “De manière contestable, le Tribunal de commerce de Paris, par une décision du 31 octobre 2000 (T. com. Paris, 31 octobre 2000, *Dr. sociétés*, mai 2001, p. 17, nº 83, note crit. F.-X. LUCAS), a pourtant validé une augmentation de capital d’une société en nome collectif au motif que le refus de l’associé, à deux reprises, de se présenter à l’assemblée constituait un abus de minorité car il empêchait «la réalisation d’une opération essentielle à la société et conforme à ses intérêts». L’opération est qualifiée d’essentielle alors que la loi n’impose pas à la société en nom collectif de reconstituer son capital à peine de dissolution. La validation de l’augmentation de capital est une immixtion du juge dans la gestion de la société car l’intérêt social aurait pu tout aussi bien être satisfait par un apport en compte-courant” (*L’exécution forcée en droit des sociétés*, cit., nº 189, p. 165).

das deliberações societárias. Haveria, porém, outro qualquer remédio intermediário? Vejamos, quanto a isso, primeiramente a engenhosa alternativa engendrada na França.

6.3.4.1. A experiência francesa.

A jurisprudência francesa, após seguidas decisões da Corte de Cassação e confrontada com as sólidas e consistentes objeções suscitadas aos tradicionais remédios de execução específica, elaborou outra sanção, que diz ser menos brutal, mas em tudo e por tudo apropriada: a designação de mandatário ou administrador judicial *ad hoc* para votar em nome dos recalcitrantes responsáveis pela oposição abusiva à tomada de decisões sociais.

Com efeito, em 09.03.1993, no *Arrêt Flandin* anteriormente comentado (no subitem 3.2.4), a Corte de Cassação francesa indicou ao juiz da causa “que lhe era possível designar um mandatário para o fim de representar os sócios minoritários recalcitrantes em nova assembléia e de votar em seu nome no sentido das decisões conformes ao interesse social que não portassem atentado ao interesse legítimo dos minoritários”⁸²⁰. Esta solução para o conflito de interesses ínsito na oposição abusiva mereceu amplíssima aceitação na moderna doutrina francesa, a qual lhe assinala as seguintes 5 (cinco) supostas virtudes⁸²¹.

Em primeiro lugar, segundo essa doutrina, a técnica permite sancionar tanto a abstenção abusiva (o sócio sequer comparece ao conclave ou, comparecendo, não vota) como o voto abusivo. A “recalcitrância” do sócio, como visto, não decorre apenas da sua recusa em tomar parte no conclave ou abster-se de nele votar, mas, igualmente, pode decorrer do voto contrário à resolução. Pois bem. Se a abstenção e o voto abusivo procedem todos os dois da vontade de satisfazer interesse pessoal do sócio oposto àquele ligado à condição de sócio ou em infração ao dever geral de abstenção resultante do dever

⁸²⁰ Cass. com., 09.03.1993: “le juge ne pouvait se substituer aux organes sociaux légalement compétents et il lui était possible de désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l’intérêt social mais ne portant pas atteinte à l’intérêt légitime des minoritaires” (*RJDA* 93, p. 253, nota de M. RAYNAUD; *Rev. sociétés* 1993, p. 403, nota de PH. MERLE; *JCP E* 1993, II, 448, nota de A. VIANDIER; *D.* 1993, 363, nota de Y. GUYON; *Rev. dr. bancaire* 1993, p. 132, nota de M. GERMAIN e M. A. FRISON-ROCHE; *Dr. sociétés* 1993, n° 95, note H. LE NABASQUE; e *Bull. Joly* 1995, p. 401, n° 136, nota de P. LE CANNU).

⁸²¹ Cf.: DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d’intérêts dans la société anonyme*, cit., n°s 405-408, pp. 398-401 – os cinco parágrafos seguintes do texto resumem a exposição do grande mestre francês.

de lealdade societária, demandam, ambos, idêntico tratamento, e isso seria alcançado pela designação judicial do mandatário *ad hoc*.

Em segundo lugar, nomeado o mandatário *ad hoc*, a jurisprudência francesa prevê a necessidade de convocação e votação em *nova* assembléia, o que significa que o conclave, no curso do qual a oposição abusiva se manifestou, não pode de antemão ter por aprovada a decisão, sem o atendimento dos seus requisitos de validade (= quórum de deliberação), e a decisão judicial, pela qual se constata o abuso e designa o mandatário *ad hoc*, também não vale por substituição como a própria deliberação. Assim, entendem os defensores do engenhoso remédio, restaria superada a controvérsia, que dividia a doutrina e a jurisprudência, segundo a qual as decisões coletivas só podem emanar dos órgãos sociais legalmente competentes, do qual o juiz não faz parte⁸²².

Em terceiro lugar, a designação de mandatário *ad hoc*, encarregado de representar os recalcitrantes em novo conclave e, em nome destes, votar, impede que os mesmos venham a utilizar os direitos de sócio para satisfação de interesses externos à sua condição de sócio, em contraste com o interesse social ou com o dever de lealdade. A representação do mandatário *ad hoc* exclui temporariamente a legitimidade do próprio sócio recalcitrante. Tal é o objetivo visado.

Em quarto lugar, como referido, o mandatário *ad hoc* deve necessariamente participar de nova assembléia. Vale dizer, novo conclave deve ser convocado (não há como pretender aproveitar aquela em que a oposição abusiva se manifestou) e, deste, o mandatário *ad hoc* deve necessariamente participar. Esta obrigação se impõe porque, em muitos casos, a simples ausência do sócio ao conclave obsta a instalação da assembléia e bloqueia qualquer decisão.

Em quinto lugar, o voto do mandatário *ad hoc* deve ser manifestado em nova assembléia em sentido conforme o interesse social e de modo a não atentar contra os interesses legítimos dos minoritários. Em teoria, isso significa que o juiz se abstém de, ele

⁸²² Cf.: DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., n.ºs 405-408, pp. 398-401: "Ainsi une controverse qui divisait la doctrine et la jurisprudence, et qui ne prenait pas suffisamment en compte le fait que les décisions collectives émanent des organes délibérants desquels le juge ne fait pas partie, prend fin".

próprio, orientar o sentido dos votos (o que levaria à afirmação de que o juiz não substitui os órgãos legalmente competentes) e, no conclave, o voto a ser proferido deve respeitar simultaneamente o interesse social e o interesse legítimo dos sócios minoritários.

A alegada superioridade do remédio reside exatamente neste último ponto: o mandatário *ad hoc* não é obrigado a votar a favor da proposta inicialmente bloqueada. Ele deve representar os sócios minoritários recalcitrantes em nova assembléia e votar em seu nome as decisões que se harmonizem com o interesse social e que não ostentem atentado aos interesses legítimos dos minoritários. Ele é encarregado, portanto, de uma missão de conciliação, que pressupõe confrontar o interesse social e o interesse legítimo dos minoritários⁸²³; a busca do interesse legítimo supõe desapossar os minoritários de seus direitos de voto, do qual eles abusaram ao procurar satisfazer um interesse exterior à sua qualidade de sócio. A medida de conciliação, por sua vez, não é necessariamente aquela rejeitada previamente pela minoria (e proposta pela maioria). Além disso, a participação dos minoritários na assembléia – sem direito de voto, à evidência, mas com os direitos de participação e de voz – pode eventualmente levar à alteração da proposta litigiosa. Nesta linha, o recurso a um mandatário *ad hoc* favorece o debate entre os sócios, pela convocação judicial de uma nova assembléia.

Diferentemente do mandato convencional, o “mandato judicial” aqui não deve, e não pode, indicar o sentido do voto⁸²⁴. A técnica, que limita a ingerência do juiz na sociedade, oferece ao mandatário a possibilidade de ter em conta os elementos novos surgidos desde o momento em que a proposta inicial foi rejeitada pelos minoritários até aquele em que a nova assembléia se reúne e vota. Dota-se, assim, o mandatário de liberdade para votar⁸²⁵.

Mas é precisamente neste ponto que se iniciam as críticas ao remédio.

⁸²³ Cf.: ASTRID MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, cit., nº 190, p. 166: “Il est ainsi chargé d'une mission de conciliation qui suppose de confronter l'intérêt social et l'intérêt légitime des minoritaires (...). La mesure de conciliation n'est donc pas nécessairement la mesure figurant dans la résolution (...). Le recours à un mandataire *ad hoc* favorise ainsi la reprise d'une discussion entre les associés par la convocation d'une nouvelle assemblée”.

⁸²⁴ Cf.: DOMINIQUE SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, cit., nºs 405-408, pp. 398-401.

⁸²⁵ Cf.: ASTRID MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, cit., nº 191, p. 167.

Poderia o mandatário judicial *ad hoc* realmente votar noutro sentido que não o da proposta rejeitada? O *Arrêt Flandin* indica que sim: naquele caso, o interesse social era de molde a exigir o voto a favor do aumento do capital até o mínimo legalmente requerido; mas, por outro lado, o legítimo interesse dos minoritários poderia levar à válida oposição ao aumento suplementar pretendido pela maioria (no caso, dez vezes superior ao mínimo), em razão do risco de diluição injustificada das participações dos minoritários e, por efeito, da injustificada perda de seus direitos sociais, políticos e econômicos.

Ainda assim, é certo que a decisão judicial decretando o abuso da oposição manifestada pela minoria sugere ao mandatário judicial votar favoravelmente (em parte, que seja) à decisão bloqueada⁸²⁶. É que, se o juiz já constatou a ocorrência do abuso, como pressuposto lógico-necessário para a designação do mandatário *ad hoc*, como poderia esse mesmo administrador judicial concluir e votar, posteriormente, noutro sentido, assim cassando e rescindindo obliquamente o pressuposto da decisão de sua própria nomeação? Vai daí que, em última análise, o mandato outorgado (*rectius*: a missão confiada) ao mandatário *ad hoc* é imperativo. Se assim é, não incorreria o remédio engendrado pela jurisprudência francesa nos mesmíssimos inconvenientes e óbices suscitados para o remédio da decisão valendo voto?

Esse questionamento tem a sua razão de ser, e a prática o fortalece. Num caso mais recente, a Corte de Apelação de Basse-Terre decidiu que nenhuma jurisdição teria o poder de ordenar o aumento do capital em sociedade limitada e, ao mesmo tempo, decidiu que o juiz deveria apreciar a necessidade de aumento do capital social para nomear o mandatário *ad hoc*⁸²⁷. Ora, a redação ambígua e contraditória da decisão deixa entender que a liberdade do voto estava e está estritamente enquadrada pelo juiz: se, para designar, o juiz já aprecia a necessidade do aumento do capital, o que restará ao mandatário *ad hoc* senão executar o voto traçado? Noutro caso, a Corte de Apelação de Rouen foi além e concedeu mandato imperativo para votar em nome dos minoritários *a favor* da transferência da sede social para outra cidade, e ponto final⁸²⁸.

⁸²⁶ Cf.: ASTRID MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, cit., nº 191, p. 167.

⁸²⁷ CA Basse-Terre, 10.04.2000.

⁸²⁸ CA Rouen, 13.06.2000.

A ser desse modo que o instrumento funciona, não resta dúvida que a designação de mandatário *ad hoc* nada mais é do que um desvio complexo para, na essência, eludir os óbices opostos à admissão da decisão substitutiva de vontade (decisão valendo voto) e que, ao fim, chega ao mesmo resultado⁸²⁹. Se assim é, a lentidão, os custos elevados e os riscos de contestação da medida adotada pelo mandatário *ad hoc* deveriam logo conduzir o aplicador da lei a sistematicamente dar preferência à decisão valendo voto... não fosse tudo o quanto contra ela acima se objetou! Voltar-se-ia, pois, ao início das contestações⁸³⁰.

Contudo, os que pensam diferentemente e se colocam favoráveis à possibilidade de designação de mandatário *ad hoc*, contra-argumentam que, na realidade, o que deve o juiz é justamente abster-se de indicar o sentido do voto⁸³¹. Apenas sob esta condição, sob este pressuposto basilar, é que a designação de mandatário *ad hoc* tornar-se-ia a sanção mais adequada para os casos de abuso de minoria (oposição abusiva), conciliando a eficácia da sanção e o respeito aos princípios gerais do direito das sociedades – a liberdade do direito de voto e o princípio de não-interferência do juiz⁸³².

⁸²⁹ Cf.: MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, cit., n° 385, p. 187 – para quem “la jurisprudence de la Cour de cassation ne manque pas d’hypocrisie; le juge ne prend pas la décision lui-même, mais il désigne un mandataire ad hoc qui la prendra à sa place. N’est-ce pas un détournement bien compliqué?”

⁸³⁰ FRANÇOIS-XAVIER LUCAS duvida da liberdade de voto do administrador *ad hoc* e critica, abertamente, a solução da Corte de Cassação: “Mesmo assim limitada, a representação forçada dos minoritários não parece deva ser admitida. Mesmo se a ingerência do juiz nos negócios sociais possa parecer menos importante em se recorrendo a um mandatário do que optando pelo julgamento valendo voto, a solução é, em realidade, rigorosamente idêntica. A designação de um mandatário ad hoc conduz necessariamente a uma substituição do juiz aos órgãos sociais, o que o aresto Flandin precisamente condenou. De outra parte, sob o plano prático essa solução não é defensável. Ela conduz necessariamente a retardar a solução do conflito, enquanto a jurisprudência precisamente declara que, na espécie, a sobrevivência da sociedade supõe um rápido desfecho. Por fim, ela implica um custo que pode se revelar importante particularmente quando a sociedade é de dimensão modesta” (*La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés*, Paris : *Les Petits Affiches*, n° 110 (12.09.1997), p. 6: “Même ainsi limitée, la représentation forcée des minoritaires ne semble pas devoir être admise. Même si l’immixtion du juge dans les affaires sociales peut sembler moins importante en ayant recours à un mandataire qu’en optant pour le jugement valant vote, la solution est en réalité rigoureusement identique. La désignation d’un mandataire ad hoc conduit nécessairement à une substitution du juge aux organes sociaux, ce que l’arrêt Flandin a précisément condamné. D’autre part, sur le plan pratique cette solution n’est pas défendable. Elle conduit nécessairement à ralentir le règlement du conflit, alors que précisément la jurisprudence révèle que, dans chaque espèce, la survie de la société suppose un dénouement rapide. Enfin, elle induit un coût qui peut se révéler important particulièrement lorsque la société est de dimension modeste”).

⁸³¹ Cf.: PAUL LE CANNU, *Le minoritaire inerte (observations sous l’arrêt Flandin)*, ‘in’ *Bulletin Joly*, n° 5 (01.05.1993), pp. 537 e ss.; e ASTRID MIGNON-COLOMBET, *L’exécution forcée en droit des sociétés*, cit., n° 191, p. 167 (para quem “Il faut donc que le juge s’abstienne d’indiquer au mandataire le sens du vote”).

⁸³² PAUL LE CANNU reconhece haver, nesta solução, um “interventionnisme bien tempéré”, acrescentando: “Em realidade, a questão não é saber se o juiz deve ou não deve decidir questões de gestão; o importante consiste em delimitar sua função na matéria. O aresto Flandin opera a esse respeito de uma maneira que nos

Como quer que seja, na França, onde encontra previsão legislativa genérica, a medida atualmente tem sido largamente usada. Discute-se, presentemente, se poderia ser também aplicada aos casos de abuso da maioria⁸³³. Se mais esse passo for dado, o que restará para reconhecer a implantação do governo judicial das sociedades? Nada ou muito pouco, diríamos nós.

Sem embargo de tudo o que ficou dito, a engenhosa solução de conflitos pela designação de administrador *ad hoc*, além de contestável, não é expedita, pois depende da sempre morosa intervenção judicial e da ulterior redesignação de assembléia, de modo que também não oferece pronta solução para os litígios. Além do mais, os custos envolvidos são significativos e, quando muito, justificar-se-ia em sociedades de grande porte; para as sociedades de médio e pequeno porte, a via, ainda quando estivesse em tese aberta, não se mostraria praticável.

E, no direito brasileiro, algo semelhante poderia ser feito?

6.3.4.2. Aplicabilidade no direito brasileiro.

A transposição direta da solução francesa para o sancionamento da oposição abusiva afigura-se de difícil sustentação. O principal óbice é o de que a lei societária, que circunscreve a intervenção judicial na gestão social a situações de empate, não a prevê. É certo que o silêncio da lei não constitui de per si óbice intransponível (embora a previsão unicamente para a hipótese de empate deva ser interpretada como exceção), mas não há como pensar em qualquer pretensão que não preencha o requisito da possibilidade jurídica da demanda (pedido e causa de pedir) (CPC, art.267, VI e § 3º).

parece adequada ao direito atual. Com efeito, ele não hesita em dar ao juiz o poder de apreciar o abuso da minoria (e, portanto, de situar o interesse social); nesse sentido, ele é intervencionista. Mas ele recusa deixar ao juiz decidir do tribunal o que deve decidir a assembléia geral extraordinária. Desta maneira, ele se coloca mui habilmente ao abrigo das críticas fundadas na jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia, ao salvaguardar a competência dos acionistas em matéria de aumento de capital (CJE, 24 de março de 1992, Vasko SA c/ OAB: Bull. Joly, 1992, § 220, p. 672)” (*Le minoritaire inerte (observations sous l’arrêt Flandin)*, ‘in’ Bulletin Joly, n° 5 (01.05.1993), pp. 537 e ss.). Por essa visão, o juiz exerceria o papel semelhante ao de uma Corte de Cassação: cassa o voto, mas não o reforma – deixando que, na origem, o administrador profira a decisão conforme o interesse social.

⁸³³ Cf.: DANIEL TRICOT, *Abus de droits dans les sociétés (abus de majorité et abus de minorité)*, cit., p. 625) : “Peut-on imaginer qu’un tel mandataire soit nommé en cas d’abus de majorité?”

Quanto a isso, como dissociar propriedade e direito de voto, transferindo-os em separado, em situação na qual a lei não a consente expressamente (LSA, arts. 113 e 114)? Não estariam sendo malferidas as regras que obstam a sua transferência em separado e prevêm que apenas acionistas podem votar em assembléia?

Reconhece-se, é verdade, que o direito de voto pode ser *excepcionalmente* atribuído a depositário judicial (que é administrador judicial em sentido amplo)⁸³⁴. Mas a designação de depositário judicial é medida que só tem lugar para “guarda e conservação de bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou arrecadados” (CPC, art. 148). Mais do que isso, em todas as situações previstas na lei processual civil, a atuação do administrador judicial dá-se no âmbito da administração ordinária dos bens e, sempre e sempre, em nome da preservação do bem apreendido – ou porque a sua posse ou propriedade estão sendo discutidas, ou porque, sobre o bem, recai alguma constrição –, e nunca em favor de terceiro ou da parte contrária. Quando muito, a providência poderia ter lugar como medida de tutela de urgência atípica, como medida processual acessória, sujeita aos limites legais de irreversibilidade da medida e da própria admissibilidade da ação principal (p. ex., ação de exclusão de sócio, cominatória ou de tutela específica de declaração de vontade), embora, mesmo aí, a transmissão separada do direito de voto constitua sério empecilho à aceitação da medida, dificuldade essa que não se coloca na simples suspensão do direito de voto (para a qual, não obstante, remanesce o problema da reversibilidade ou não da medida).

Por isso, repita-se, entendemos ser muito difícil transpor diretamente a – engenhosa e igualmente contestável – solução francesa da designação de administrador *ad hoc*. Apenas em nome da dúvida (e, por que não dizer?, de uma saudável humildade intelectual) é que não afirmamos peremptoriamente a sua inadmissibilidade, neste estudo⁸³⁵.

⁸³⁴ O direito de voto ultrapassa os limites da administração ordinária e, em todo caso, depende de autorização judicial (sobre o tema, com boa súmula de opiniões, vide: SÉRGIO SEIJI SHIMURA, *Arresto cautelar*, SP : RT, 1993, nº 8.9, pp. 305-306).

⁸³⁵ No direito português, J. M. COUTINHO DE ABREU afirma que, havendo bloqueio abusivo e “sendo ainda possível tomar uma deliberação positiva (em segunda ou terceira etc. tentativa), pode o tribunal, a requerimento da sociedade, determinar que os votos (não emitidos pelo minoritário) a favor da proposta sejam emitidos por outrem – art. 828º do CC (‘prestação de fato infungível’). Os votos, embora sejam declarações de vontade, não devem ser considerados fatos ‘infungíveis’ – também podem ser emitidos por representantes voluntários dos sócios e, para a defesa do interesse social, hão-de poder ser emitidos por

6.3.5. Ação declaratória positiva assemblear (*Die positive Beschlußfeststellungsklage*).

Na Alemanha e, de forma embrionária, também entre nós⁸³⁶, tem-se discutido o cabimento da propositura de ação declaratória para o accertamento do real conteúdo de deliberações assembleares: ao pedido de invalidação, cumula-se, de forma sucessiva (ou escalonada), o pedido de declaração do correto resultado de deliberação assemblear. As hipóteses de cabimento são múltiplas⁸³⁷. Por exemplo, a medida é admissível em casos de erro de contagem de voto (quando, a despeito da votação favorável, a proposta foi erroneamente considerada rejeitada), erros na apreciação do quórum (quando o presidente entendeu aplicável quórum qualificado, não atingido, ao invés do quórum da simples maioria dos presentes e, assim, deu por recusada uma proposta aprovada); também é admitida nos casos de violação a regra de impedimento de voto e de votos ineficazes proferidos em desconformidade com acordo de acionistas, em que foram computados votos que nem poderiam ter sido proferidos e que, uma vez excluídos do cômputo da votação, por serem nulos ou ineficazes, tornariam aprovada a deliberação erroneamente rejeitada. Em todos os casos, é bem de ver que o juiz não modifica o conteúdo substancial do voto nem supre a vontade do sócio; apenas positiva uma realidade, e a declara. Daí porque se diz que a ação seria “declaratória”, não obstante o efeito constitutivo negativo inegável em relação à própria deliberação; vale dizer, a ação não é constitutiva de voto, mas modifica o conteúdo da deliberação – porque exclui (do cômputo da deliberação) o voto invalidado. O accertamento judicial é cabível não apenas em caso de deliberação positiva, erroneamente proclamada como negativa, mas é também cabível no caso de deliberação negativa⁸³⁸,

alguém nomeado judicialmente” (*Abusos de minoria*, ‘in’ *Problemas do direito das sociedades* (obra coletiva), cit., pp. 69-70). O art. 828º do CC pt. a seguinte redação: “Artigo 828º (Prestação de facto fungível). O credor de prestação de facto fungível tem a faculdade de requerer, em execução, que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor”. Corresponde parcialmente, pois, ao art. 249 do nosso CC: “Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível. Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido”. Não nos parece que o voto corresponda a fato passível de ser executado livremente por terceiro; além disso, até mesmo para a aplicação da regra invocada, seria necessário estabelecer a existência da precedente obrigação assumida pelo sócio de votar em *dado sentido*.

⁸³⁶ Entre nós, vide: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Invalidades das deliberações de assembléia das S/A*, cit., n° 19.1, nota 62, pp. 94-95.

⁸³⁷ Vide: WOLFGANG ZÖLLNER, *Zur positiven Beschlußfeststellungsklage im Aktienrecht (und anderen Fragen des Beschlußrechts)*, ‘in’ *ZGR*, 11-4 (1982), p. 627.

⁸³⁸ Se a proposta encontrou a maioria exigida, há deliberação positiva; se a maioria não é obtida (incluindo-se aí o empate), a deliberação é negativa. Também a deliberação negativa pode ser impugnada judicialmente (cf.: ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, 16ª ed. München : C. H. Beck, 1996, § 47, n° 2, p. 843).

erroneamente proclamada como positiva, desde que, nessa última situação, o autor tenha interesse processual (necessidade + utilidade) na proclamação do resultado negativo⁸³⁹.

O que se pode nesta altura discutir é se o remédio seria também aplicável no caso de abuso da minoria. Quanto a isso, a resposta nos parece, em princípio, positiva⁸⁴⁰. Para Maria Paola Martines, “do mesmo modo que os juízes anulam os votos positivos para repor a situação ao *status quo*, igualmente podem eles anular os votos negativos para o fim de tornar executiva uma deliberação ilegitimamente bloqueada”⁸⁴¹. Ou seja, “anulados e esterilizados os votos inválidos para o fim de compute do quórum, o juiz pode desta forma pronunciar a aprovação da proposta bloqueada na assembleia”⁸⁴².

Assim, a medida seria factível nos casos em que o faltoso tenha efetivamente votado; não parece ter sentido, porém, nos casos de abstenção ou ausência censurável (“anular o quê?”). Além disso, é preciso verificar se, com a invalidação do voto abusivo, há espaço para o surgimento automático da deliberação contrária. Isto porque, invalidados ou declarados ineficazes, os votos abusivos devem ser excluídos do quórum de deliberação (não integram, inversamente, a maioria; simplesmente desaparecem do quórum). Vai daí que, nos casos em que o quórum é estabelecido pela maioria dos presentes, é até concebível a propositura de ação pela qual, excluídos do quórum de deliberação os viciados votos contrários da minoria, conforme o caso, tenha-se, *ipso facto*, por automaticamente aprovada

⁸³⁹ EDUARDO DE MELO LUCAS COELHO parece entender incabível o pedido de accertamento nos casos de deliberação negativa proclamada como positiva, ao argumento de que “procedente a ação de anulação, tudo deverá passar-se como se a deliberação não tivesse sido tomada, criando-se, parece, uma situação equivalente àquela que se verificaria se a deliberação negativa houvesse sido corretamente proclamada, e sanando-se na prática a anomalia e as suas consequências” (*A formação das deliberações sociais*, Coimbra : Coimbra editora, 1994, p. 192). Esta análise soa, ao menos entre nós, equivocada. Pois, conquanto de regra não haja interesse no accertamento do conteúdo de deliberação negativa, tal pode amiúde ocorrer, segundo observou WOLFGANG ZÖLLNER, quando à recusa da proposta estejam ligados determinados efeitos jurídicos que não resultam da simples eliminação da deliberação erroneamente proclamada (*Zur positiven Beschlußfeststellungsklage im Aktienrecht (und anderen Fragen des Beschlußrechts)*, ‘in’ ZGR n° 4, 1982, p. 625). Neste sentido, o BGH, em julgado de 13.03.1980, decidiu favoravelmente ao accertamento positivo da deliberação, cumulando-se tal pleito com a anulação da deliberação negativa.

⁸⁴⁰ Vide: ERMANNO LA MARCA, *L’abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, Milano : Giuffrè, 2004, n° 2, p. 268; FRANCESCO GALGANO e RICCARDO GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, 3ª ed. Milano : CEDAM, 2006, n° 11, p. 410; MARIA PAOLA MARTINES, *L’abuso di minoranza nelle società di capitali*, ‘in’ *Contratto e Impresa*, vol. 13, 3, p. 1.206.

⁸⁴¹ MARIA PAOLA MARTINES, *L’abuso di minoranza nelle società di capitali*, ‘in’ *Contratto e Impresa*, vol. 13, 3, p. 1.206: “Allo stesso modo in cui il giudice annullano dei voti positivi per rimettere allo status quo la situazione, così possono essi annullare dei voti negativi al fine di rendere esecutiva una deliberazione illegittimamente bloccata”.

⁸⁴² ERMANNO LA MARCA, *L’abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, cit., n° 2, p. 268: “Annullati e sterilizzati i voti invalidi ai fini del compute dei quorum, il giudice potrebbe così pronunciare l’approvazione della proposta bocciata in assemblea”.

a deliberação pela maioria dos votos restantes. Em semelhante hipótese, sim, o remédio é útil para o combate ao abuso de minoria⁸⁴³.

No entanto, já não há como aceitá-lo em casos, por exemplo, nos quais o quórum de deliberação é fixado em razão do capital votante ou do capital social (eis que, mesmo invalidada, a participação do sócio continuaria pesando contra a aprovação da matéria; vale dizer, a recomposição do quórum, com a exclusão do voto inválido da deliberação, não teria o efeito de suprir o óbice da “ausência” do sócio⁸⁴⁴). Mas, repita-se, nos casos em que o quórum for fixado em razão da maioria dos presentes, a exclusão dos votos inválidos não impede que, com as devidas cautelas⁸⁴⁵, se proclame o resultado “remanescente”, desde que, com a reconstituição do quórum (= exclusão dos votos inválidos), verificar-se a reunião da maioria necessária à aprovação da deliberação abusivamente bloqueada.

6.3.6. Dissolução total da sociedade por impossibilidade de atingir o fim ou a finalidade.

A dissolução (total) da sociedade pode ter lugar, sem dúvida, diante de casos de oposição abusiva. Legalmente, nada obsta a que a maioria delibere (CC, art. 1.033, II e III; e LSA, arts. 136, X, e 206, I, *c*), ou mesmo a minoria qualificada “inocente” a demande judicialmente (CC, art. 1.034, II; e LSA, art. 206, II, *b*), em razão de a minoria, com a sua oposição abusiva, não cumprir com as suas obrigações e, assim, impedir a consecução do escopo-meio (objeto, atividade ou empresa, a que a sociedade se dedica) ou escopo-fim

⁸⁴³ Assim explicitamente se manifestou J. M. COUTINHO DE ABREU (*Abusos de minoria*, ‘in’ *Problemas do direito das sociedades* (obra coletiva), cit., p. 69).

⁸⁴⁴ Diversamente, porém, parece ser a situação no direito italiano. FRANCESCO GALGANO, depois de lembrar que “finora dell’abuso del voto si è parlato con riferimento al solo voto positivo, che concorre a formare la deliberazione che si impugna. Ma nulla osta, a ben vedere, alla impugnazione, per violazione della buona fede contrattuale, anche del voto negativo, che impedisca l’adozione della deliberazione” (*Il negozio jurídico*, cit., nº 117.3, p. 541), acrescenta o seguinte: “E risulterà approvata anche la deliberazione di assemblea straordinaria, modificativa dell’atto costitutivo, alla quale si sia opposta una minoranza ostile per spirito di *chicane*. Non sarà d’ostacolo il fatto che per le deliberazioni di assemblea straordinaria sia richiesto dall’art. 2368s. (como è richiesto dall’art. 2486 per tutte le deliberazioni di società a responsabilità limitata) un quorum deliberativo calcolato sul capitale sociale, giacchè da questo quorum vanno esclusi, come i soci in conflitto di interessi e quelli che si siano volontariamente astenuti, anche i soci che abbiano invalidamente votato” (*op. et loc. cit.*s.). No direito brasileiro, o quórum fixado em função do capital social não pode ser calculado... senão em função do capital social, de modo que a exclusão dos votos abusivos não tem o efeito de arrearar as participações societárias dos sócios faltosos da composição do capital social!

⁸⁴⁵ A principal cautela é a de não aprovar, por esse modo, uma deliberação também em si abusiva.

(objetivo ou finalidade de produção e partilha de lucros entre os sócios). Conquanto a solução seja factível, destacam o espíritosos societaristas franceses Maurice Cozian, Alain Viandier e Florence Deboissy, que “o suicídio coletivo resta felizmente excepcional e, no mais das vezes, a partir de medidas de apaziguamento pode-se reencontrar a serenidade”⁸⁴⁶.

Embora no direito societário brasileiro não se tenha expressamente previsto a desinteligência grave entre os sócios (*mésintelligence* ou *mésentente des associés*) ou a impossibilidade de funcionamento ou a continuada inatividade da assembléia geral como causas de dissolução total, entende-se que essas hipóteses enquadram-se na cláusula geral de impossibilidade ou inexecuibilidade do fim ou finalidade social⁸⁴⁷.

A dissolução total pode até se justificar, à luz das particularidades do caso concreto⁸⁴⁸, mas, de certa forma, é solução contraditória, porque fulmina (elimina) o interesse social, contra o qual investiu também a oposição abusiva; penaliza a sociedade, todos os demais sócios, a empresa e os seus colaboradores, internos e externos, por conta da atuação disforme de uma minoria. Mais lógico seria, então, pleitear-se a exclusão do faltoso. Mas as particularidades do caso podem autorizar a via da eliminação da sociedade.

Quando pleiteada judicialmente, o acolhimento da drástica solução somente poderá se justificar diante da comprovação de paralisia total da sociedade, o que, malgrado o abuso da minoria, nem sempre se verificará. A oposição projeta-se sobre as deliberações sociais, e não diretamente sobre a administração que, claudicante, na maioria dos casos ainda persistirá. Ainda assim, a drástica solução não é de antecipadamente repelir-se na via judicial.

⁸⁴⁶ MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, cit., nº 368, p. 179: “Le suicide collectif reste heureusement exceptionnel et le plus souvent des mesures d’apaisement permettent de retrouver la sérénité”.

⁸⁴⁷ Daí porque já se decidiu que “a discórdia entre acionistas em sociedade anônima constituída por elementos da mesma família e, ainda, a impossibilidade de atingir seus objetivos e os prejuízos justificam sua dissolução” (TJSP, Ap. 3.345-1, 5ª CC., Rel. Des. JOAQUIM FRANCISCO, v.u., j. 21.05.1981, JB 64/263).

⁸⁴⁸ Cf.: PAUL LE CANNU, *L’abus de minorité*. Paris : *Bulletin Joly Sociétés*, nº 4 (01.04.1986), pp. 429 e segs.

6.3.7. Exclusão de sócio em geral.

A exclusão constitui modalidade de extinção do vínculo societário do sócio em relação à sociedade e aos demais sócios⁸⁴⁹ e, de acordo com a doutrina majoritária, uma especial modalidade de resolução do contrato de sociedade por fato imputável ao sócio⁸⁵⁰. Configura medida de direito estrito e de caráter excepcional que, a par de sujeitar-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (obstando, com isso, possa ser utilizado por encomenda contra um sócio específico, tendo por base condutas idênticas às dos demais ou, *a fortiori*, menos graves do que outras toleradas ou consentidas no seio social⁸⁵¹), só se legitima desde que atendidos os pressupostos (materiais e procedimentais)

⁸⁴⁹ Significativamente, a exclusão de sócios encontra expressa previsão no art. 1.030 do Código Civil, dentro da “Seção V – Da resolução da sociedade em relação a um sócio” do capítulo da disciplina da sociedade simples; e no art. 1.085 do mesmo código, na “Seção IV – Da resolução da sociedade em relação a sócios minoritários” do capítulo de regência da sociedade limitada.

⁸⁵⁰ A aproximação do poder de exclusão à teoria da resolução do contrato, na linha do que propugna a doutrina majoritária, é válida do ponto de vista *estrutural* do instituto, mas, de certo, expõe-se a contestações, quando a análise se atém ao prisma *funcional*, conforme bem salientou CAROLINA CUNHA: “Na verdade, enquanto o direito de resolução é atribuído a um sujeito para tutelar o seu interesse em se desvincular, ele próprio, de um contrato, o direito de exclusão de sócio é atribuído a um sujeito para tutelar o seu interesse em operar a desvinculação alheia. O direito de resolução confere ao respectivo titular o poder de se libertar de um vínculo jurídico, aparecendo a extinção da vinculação quanto ao outro contraente como mero reflexo ou consequência do exercício desse poder – porque, no âmbito de um contrato bilateral, decaindo a posição jurídica de uma das partes, não tem sentido nem lógica a manutenção da posição jurídica da outra parte (...). Por conseguinte, o instituto da resolução confere a um contraente a faculdade de *auto-desvinculação* e salvaguarda, em boa medida, o interesse da contraparte em permanecer vinculada. Nada mais distante do que sucede no quadro do direito de exclusão, mediante o qual a sociedade produz a *hetero-desvinculação* de um sócio, sacrificando, em toda a linha, o interesse deste em conservar a respectiva posição jurídica. A estabelecer um paralelo no campo do direito das sociedades, o simétrico do direito de resolução deveria ser, isso sim, o direito de exoneração conferido a um sócio, e nunca o direito de exclusão de um sócio” (“A exclusão de sócios em particular nas sociedades por quotas”), ‘in’ *Problemas do direito das sociedades* – obra coletiva, Coimbra: Almedina, 2002, p. 216). A exclusão não pode ser considerada um simples substituto, em tema de sociedade, da resolução por inadimplemento (cf.: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, II vol., 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2007, nº 129, pp. 321-322; e GIUSEPPE FERRI, *Delle società*, ‘in’ *Commentario del Codice Civile* – a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna : Nicola Zanichelli editore, 1955, p. 243), também porque há hipóteses em que a exclusão não depende de inadimplemento e, de outra parte, também há hipóteses em que a exclusão se torna possível ainda quando o inadimplemento não seja culposos.

⁸⁵¹ Na aferição da justa causa e por influxo do princípio da igualdade de tratamento, “acima de tudo, há de ser levado simultaneamente em conta, consoante o princípio da igualdade de tratamento, o comportamento dos demais sócios” (THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 30, nº 73, p. 490). Com análogo registro, ainda em direito comparado: KARSTEN SCHMIDT, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, 2ª ed. München : C.H. Beck/Vahlen, 2006, § 140, nº 21, p. 749 (para quem “*não se admitem diferenciações arbitrárias*” na avaliação da justa causa para fins de exclusão); e FRIEDRICH KÜBLER, *Derecho de sociedades* – trad. Michèle Klein, 5ª ed. Madrid : Fundación Cultural del Notariado, 2001, p. 401 (salientando que, “al valorar la concurrencia de una justa causa en la persona del socio en cuestión habrá que tener en cuenta, en su caso, la situación de los demás socios”). No direito brasileiro, vide: EDMAR OLIVEIRA DE ANDRADE FILHO, *Sociedade de responsabilidade limitada*, SP : Quartier Latin : 2004, nº 9.1, p. 208; TARSIS NAMETALA SARLO JORGE,

estabelecidos, de maneira cogente, em lei (CC, arts. 1.030 e 1.085) e sempre como *ultima ratio*⁸⁵² (cedendo espaço a outras medidas capazes de eliminar o problema verificado no seio social⁸⁵³). Em toda hipótese, no atual direito societário brasileiro a exclusão tem, como elemento comum de justificação, o não cumprimento ou a impossibilidade de o sócio adimplir os seus deveres essenciais, inviabilizando ou colocando em risco a continuidade da própria atividade social⁸⁵⁴.

A exclusão de sócio é, em si, uma sanção efetiva para os casos de abuso de minoria, pois não implica na dissolução da sociedade, resolve o conflito interno e respeita o interesse social⁸⁵⁵. Mas, se não houver acordo dos sócios remanescentes com o excluendo, a sua aplicação prática pode ser bastante difícil. Com efeito: (i) na limitada, para além da previsão no contrato social, exige-se a obediência a procedimento assemblear específico, com prévia enunciação dos motivos da exclusão e garantia do direito de defesa (CC, art.

Manual das sociedades limitadas, RJ: Lumen Juris, 2007, p. 275; e PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, tomo I, 2ª ed. RJ: Borsoi, 1954, § 92, nº 5, pp. 394-395 – para quem “existe, para as assembleias e demais corpos de co-decisão, princípio de direito privado (...), segundo o qual não se podem tratar diferentemente alguns ou algum membro, se eram todos eles, antes, tratados igualmente (...). É o princípio de igualdade perante as assembleias, diretoria e demais órgãos, ou princípio de igualdade de tratamento social (...). As deliberações que o infringem são inválidas, por ilícitas”.

⁸⁵² É o que se tem por absolutamente assente no moderno direito societário alemão (vide: ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, cit., Anh § 34, nota 6, p. 412; ADOLF BAUMBACH e KLAUS J. HOPT, *Handelsgesetzbuch*, 29ª ed. München: C. H. Beck, 1995, § 140, nota 4, pp. 513-514; FRIEDRICH KÜBLER, *Derecho de sociedades*, cit., p. 123; KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4ª ed. Köln: Carl Heymanns, 2002, § 50 III, pp. 1.461-1.462; HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band II: *Recht der Personengesellschaften*, München: C. H. Beck, 2004, § 5 I 3, p. 406; e THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 30, nº 62, p. 486). E noutros sistemas, como o nosso (cf.: RENATO VENTURA RIBEIRO, *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*, SP: Quartier Latin, 2005, nº 4.3, p. 175).

⁸⁵³ KARSTEN SCHMIDT lembra que “a exclusão, mesmo quando exista uma justa causa, não pode ser desproporcionada (proibição do excesso). Um meio mais brando tem primazia, se é de se exigir aos participantes. Este princípio domina até hoje a jurisprudência” (*Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, cit., § 140, nº 28, p. 751). No original: “Die Ausschließung darf, auch wenn ein wichtiger Grund vorhanden ist, nicht unverhältnismäßig sein (Übermaßverbot). Ein milderer Mittel hat Vorrang, wenn es den Beteiligten zuzumuten ist. Dieser Grundsatz beherrscht bis heute die Rechtsprechung”.

⁸⁵⁴ A exclusão pressupõe justa causa; falta grave (CC, arts. 1.030 e 1.085); “gravi inadempienze” (CC it, art. 2286); “wichtigen Grund” (HGB § 140). E esta deve conectar-se necessariamente à relação societária. Para KARSTEN SCHMIDT, “a justa causa deve estar relacionada com o prosseguimento da relação societária” (*Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, cit., § 140, nº 17, p. 747; no original: “Auf die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses muss der wichtigen Grund bezogen sein”). De igual modo, GIUSEPPE FERRI salientava: “Deve tratar-se de inadimplemento grave e inerente às obrigações que originam para o sócio, como tal, a sua qualidade, e não também a uma condição diversa” (*Manuale di diritto commerciale*, 8ª ed. Torino: UTET, 1992, nº 163, p. 293; no original: “Deve trattarsi di inadempimento grave e inerente ad obblighi che derivino al socio in tale sua qualità, e non anche in una veste diversa”).

⁸⁵⁵ Para DANIEL TRICOT, “cette sanction est spécifique à l’abus de minorité. Elle n’entraîne pas la dissolution de la société, résout le conflit interne et respecte l’intérêt social” (*Abus de droits dans les sociétés (abus de majorité et abus de minorité)*, cit., p. 625).

1.085); (ii) na sociedade simples e nas demais, que se utilizem supletivamente de suas regras, a exclusão apenas poderá ser feita judicialmente (CC, art. 1.030), com todos os inconvenientes próprios de qualquer medida judicial; e (iii) na sociedade anônima, a exclusão é ainda mais difícil (conforme explicado no subitem 6.7.1). Ainda assim, repita-se, a oposição abusiva, característica de *grave* inadimplemento do dever de colaboração e de lealdade societária, pode, em casos extremos, resolver-se na exclusão do sócio⁸⁵⁶.

6.3.7.1. Exclusão de acionista: breves notas.

Na doutrina pátria, alguns estudiosos têm defendido, em trabalhos de maior fôlego, a viabilidade da exclusão de acionistas por falta grave, embora com cautelas e em caráter excepcional⁸⁵⁷. A argumentação utilizada é a de que a estrutura formal pode não

⁸⁵⁶ MARLON TOMAZETTE, por exemplo, refere-se expressamente à exclusão do “sócio que vota em sentido contrário a determinadas decisões, ou mero capricho e não para defender os interesses sociais, ou que atrapalha os atos dos administradores, travando a agilização da vida da sociedade” (*Curso de direito empresarial*, vol. 1, cit., p. 309). FRANCESCO GALGANO, na mesma linha, sustenta que “viola la obligación de colaborar – y, por lo tanto, puede ser excluido de la sociedad – el socio que con su sistemático e inmotivado voto adverso impide el desarrollo de la actividad social, o el que desapruebe por capricho y sin motivación el balance anual, impidiendo la distribución de las utilidades” (*Derecho comercial*, vol. 2 – tradução de Jorge Guerrero. Colombia : Temis, 1999, nº 4.25, p. 144). Ainda na Itália, GIAN FRANCO CAMPOBASSO também menciona que “fra i fatti che legittimano l’esclusione può ricomprendersi anche il sistematico comportamento ostruzionistico del socio (ad esempio, sistematica ed ingiustificata opposizione ad ogni operazione sociale quando ciò paralizza l’attività della società). É questa una conclusione che discende direttamente dall’obbligo di esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375), senza che vi sia bisogno di ipotizzare a carico del socio un presunto obbligo di collaborazione, che per la verità non trova fondamento in alcun dato normativo. Naturalmente, si deve trattare di comportamenti ostruzionistici gravi, sistematici e tali di porre in pericolo la sopravvivenza della società e non già – como talvolta avviene – di un espediente per estromettere dalla società, con motivazioni pretestuose, soci non graditi o scomodi” (*Diritto commerciale*, vol. 2: *Diritto delle società*, 6ª ed. Torino : UTET, 2008, nº 28, p. 118). Até mesmo perante o direito francês, que é bastante refratário à exclusão de sócio, tem-se entendido que, havendo previsão de exclusão de sócio nos estatutos (*exclusion statutaire*), “une telle clause peut être utile en cas de mésentente entre associés en permettant l’exclusion de l’associé qui agit en dissolution ou celle d’un associé minoritaire qui, par son attitude, obère la survie de la société, par exemple, en refusant de voter la prorogation de la société” (MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, cit., nº 329, p. 161). Em Portugal, também se sustenta que “a violação do dever de lealdade poderá constituir causa de exclusão de sócio” (ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, Coimbra : Coimbra, 1997, p. 51). A mesma lição é afirmada na doutrina alemã (cf.: THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 28, nº 48, p. 445).

⁸⁵⁷ Cf. (admitindo a exclusão de acionista, com maior ou menor largueza): EDUARDO GOULART PIMENTA, *Exclusão e retirada de sócios*, BH : Mandamentos, 2004, cap. 8, pp. 129-157; HENRIQUE CUNHA BARBOSA, *A exclusão do acionista controlador na sociedade anônima*, RJ : Elsevier, 2008; IDEVAN CÉSAR RAUEN LOPES, *Empresa & exclusão de sócio*, 1ª ed. – 3ª tir., Curitiba : Jurua, 2005, nº 2.2.3, pp. 136-138; JORGE LOBO, *Proteção à minoria acionária*, RDM 105/36, e *Fraudes à Lei das S/A*, RDM 113/123 (sugerindo a positivação da regra); MÁRIO ENGLER PINTO JÚNIOR, *Exclusão de acionista*, RDM 54/83-89; OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA, *Sociedade anônima*, cit., p. 273 (registrando, no entanto, que “só com extrema reserva e muito excepcionalmente será possível admitir-se a exclusão de acionista”); RENATO VENTURA RIBEIRO, *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*, SP : Quartier Latin, 2005; e ROBERTO PAPINI, *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*, cit., nº 20.1.10, pp. 335-337 (ressalvando que a solução só teria cabimento “em situações extremas, em que a própria sobrevivência da sociedade estivesse em risco”). Sobre

corresponder à estrutura real da sociedade: sociedades anônimas fechadas, em que os atributos pessoais dos sócios sobressaem e nas quais é deles exigida e esperada colaboração ativa, poderiam ser qualificadas como “sociedades anônimas de pessoas”, para, com isso, autorizar a excepcional aplicação de instrumentos previstos para as sociedades de pessoas (no caso, a exclusão) também às sociedades teoricamente de capitais, mas que, no caso concreto, são, acima de tudo, *intuitu personae*.

Antes de prosseguir, porém, é preciso responder: o que são sociedades anônimas de pessoas? As sociedades anônimas de pessoas⁸⁵⁸, também conhecidas como sociedades anônimas *intuitu personae* ou personalísticas, são aquelas constituídas sob a forma de companhia, mas que, por efeito de cláusulas estatutárias dispositivas e acordos parassociais, acabam por ter uma estrutura real de sociedade de pessoas, na qual a vinculação pessoal dos sócios é mais estreita e, por efeito, os deveres de lealdade (dos sócios para com a sociedade e dos sócios entre si) são também mais fortes⁸⁵⁹: mais do que o dever de consideração para com a posição dos demais, nelas normalmente existe o dever de colaboração; a associação resulta, em grande medida, dos atributos pessoais dos sócios. Embora a anônima não seja a estrutura mais apropriada para esse tipo de vinculação, é possível que os sócios venham ainda assim a adotá-la, por razões diversas – p. ex., a forma

o tema no direito português, vide: CAROLINA CUNHA, *A exclusão de sócios (em particular nas sociedades por quotas)*, ‘in’ *Problemas do direito das sociedades* – obra coletiva, Coimbra : Almedina, 2002, nº 38, p. 232. O fato de o acionista, em caso de expulsão, poder adquirir novas ações, em nome próprio ou de terceiros, conforme alvitado por RENATO VENTURA RIBEIRO (*Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*, cit., nº 4.2, p. 262) não afasta, por isso, a aplicabilidade do remédio. Até porque, em companhias fechadas, as limitações impostas à negociação das ações permitirão manter o prevaricador fora do quadro social.

⁸⁵⁸ O tema encontra-se bastante desenvolvido nos países de filiação germânica (vide: PAUL HOFMANN, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, ‘in’ *ZHR* 137, 410, 426; PETER DORSCHIED, *Austritt und Ausschluß eines Gesellschafters aus der personalistischen Kapitalgesellschaft*, Zürich : Schultheß, 1984; ROLF FRIEDEWALD, *Die personalistische Aktiengesellschaft*, Carl Heymanns Verlag, 1991; e ULRICH IMMENGA, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, Bad Homburg : Athenäum Verlag, 1970) e não é ignorado no direito brasileiro, no qual se destacam os seguintes estudos: FÁBIO KONDER COMPARATO, *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: ‘nova et vetera’*, ‘in’ *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, RJ : Forense, 1981, pp. 32-51; JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA e ALFREDO LAMY FILHO, *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. I, cit., pp. 156-157; e RENATO VENTURA RIBEIRO, *A Lei das Sociedades por Ações e as companhias ‘intuitu personae’*, ‘in’ *Sociedade anônima: 30 anos da Lei 6.404/76* (obra coletiva) – coords. Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão, SP : Quartier Latin, 2007, pp. 191-220.

⁸⁵⁹ O que caracteriza a sociedade anônima de pessoas? FÁBIO KONDER COMPARATO observa que nelas existem “comumente: 1) a limitação à circulação das ações, seja no estatuto, seja em acordo de acionistas; 2) *quorum* deliberativo mais elevado que o legal, para certas e determinadas questões, tanto na assembléia geral quanto no conselho de administração, o que equivale à atribuição de um poder de veto à minoria; 3) a distribuição equitativa dos cargos administrativos entre os grupos associados; 4) a solução arbitral dos litígios societários” (*Restrições à circulação de ações em companhia fechada: ‘nova et vetera’*, ‘in’ *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, cit., p. 34). O rol não é exaustivo: em cada caso, é necessário analisar o conjunto das disposições. Observe-se, porém, que nem toda companhia fechada é *intuitu personae*; nem toda sociedade familiar – assim designada por alusão às condições de sua criação, e não necessariamente da atualidade – pode ser concretamente qualificada como de pessoas.

é imposta por ato normativo ou é necessária para obtenção de financiamento através da emissão de debêntures em favor de agência estatal de fomento; os sócios desejam evitar dúvidas jurídicas suscitáveis noutro tipo societário; ou simplesmente pretendem dar maior grandiosidade à empresa, apresentando-a a terceiros debaixo da pomposa sigla S/A. Em tais situações, porém, a estrutura real deve prevalecer sobre a forma, de modo a permitir que, sempre em caráter excepcional e sempre a partir da análise específica do caso concreto, instrumentos e soluções típicas de sociedades de pessoas sejam aplicados numa sociedade anônima personalística⁸⁶⁰.

Essa linha de raciocínio, repita-se, leva a que, excepcionalmente, se possa então aceitar a exclusão de acionistas no âmbito de sociedades anônimas fechadas *sui generis*⁸⁶¹; nas demais, a sustentação teórica do remédio é bem mais difícil (dependeria de se positivar uma situação de bloqueio abusivo a colocar em risco a própria sobrevivência da companhia). Nos tribunais, a admissibilidade do remédio é ainda controvertida, embora o Superior Tribunal de Justiça esteja inclinado a aceitá-lo sob a marca da excepcionalidade⁸⁶². De toda forma, não é caminho fácil de ser trilhado.

Um passo além poderia ser dado, a nosso ver, se o problema de exclusão de acionistas fosse colocado sob a ótica do descumprimento do dever de lealdade societária. O dever de lealdade societária, ao contrário do dever de colaboração (ativa), tem o seu espaço próprio nas sociedades de capitais. Dito dever de lealdade tem, de regra, sentido negativo: aparece como um dever geral de abstenção de condutas que possam lesar as legítimas expectativas tuteláveis dos demais sócios, expectativas essas que se estruturam a partir do fim social. No entanto, como já destacado, em situações excepcionais, o próprio dever de

⁸⁶⁰ FÁBIO KONDER COMPARATO lembra, a propósito, decisão do Supremo Tribunal de Michigan, que assim se pronunciou: “When joint venturers use the corporate form for convenience in carrying out their project, their mutual rights and liabilities will be determined in furtherance and in harmony with their joint purpose rather than with the form of their operation, and the corporate entity will be recognized or ignored accordingly” (*O direito ao dividendo nas companhias fechadas*, ‘in’ *Direito empresarial: estudos e pareceres*, cit., p. 160).

⁸⁶¹ No direito alemão, a exclusão de acionistas, por aplicação do § 140 do HGB, enquanto princípio geral aplicável às sociedades de pessoas, tem sido admitida naquelas sociedades anônimas de estruturação personalista (*personalistisch ausgestaltete Aktiengesellschaften*) (cf.: MICHAEL BECKER, *Der Ausschluß aus der Aktiengesellschaft*, ‘in’ ZGR 1986, 383; ROLF FRIEDEWALD, *Die personalistische Aktiengesellschaft*, Köln : Carl Heymanns Verlag, 1991, pp. 145 e ss; e BARBARA GRUNEWALD, *Der Ausschluß aus der Gesellschaft und Verein*, Köln : Carl Heymanns Verlag, 1987, pp. 50 e ss). Agora, ainda aqui, como bem adverte a doutrina, trata-se de solução aplicável apenas “in extremen Fällen obstruierenden Verhaltens” (ALBRECHT NEHLS, *Die gesellschaftsrechtliche Treupflicht im Aktienrecht*, Hamburg : Diss., 1993, p. 113).

⁸⁶² Cf.: STJ, AI 108.930-SP-AgRg, 3ª Turma, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, v.u., j. 25.03.1997, DJU 05.05.1997 (no caso, a exclusão foi decretada em sede de reconvenção apresentada em ação de dissolução total da companhia). Em sentido contrário (entendendo juridicamente impossível o pedido de exclusão de acionista): TJSC, Ap. 35.123, 1ª CC., Rel. Des. FRANCISCO OLIVEIRA FILHO, j. 13.08.1991.

lealdade pode impor conteúdos positivos (ações). Por esta linha, o acionista que promove a oposição abusiva está, *ipso facto*, descumprindo obrigação a seu cargo e, diante disso, a exclusão, que tem o seu fundamento principiológico no instituto da resolução do vínculo por descumprimento de obrigação, teria cabimento. A construção, reconhece-se, é também controvertida. Mas tem a vantagem de colocar a discussão no plano mais objetivo e, por isso, não depender do prévio enquadramento da sociedade anônima como “de pessoas”: de pessoas ou de capitais, o sócio que descumpre o dever de lealdade societária incorre em situação de descumprimento e, pelo instituto da resolução do contrato (resolução do vínculo societário), poderia, como *ultima ratio*, ser então excluído⁸⁶³.

O direito acionário brasileiro ainda não conhece o instituto do *freezeout*, originário dos direitos da família anglo-saxônica⁸⁶⁴ e que tem, nos últimos tempos, tido penetração nos sistemas da família romano-germânica⁸⁶⁵, permitindo, de forma muito mais consistente, superar os bloqueios da minoria, especialmente em típicas sociedades anônimas ou de capitais.

⁸⁶³ Assegurado o valor do reembolso ao acionista afastado, não há falar em ofensa ao direito de propriedade: assim como o vínculo contratual é resolúvel, também a propriedade do acionista sobre as ações tem a mesma conotação; potencialmente, todas as ações da companhia estão sujeitas a resgate.

⁸⁶⁴ *Freezeout* são, de acordo com ROBERT CHARLES CLARK, “transactions in which those in control of a corporation use their control to force noncontrolling shareholders to lose their status as shareholders with any equity interest in the business operations of that corporation. Freezeouts occur when the insiders force the noncontrolling shareholders to sell their shares or otherwise disinvest” (*Corporate Law*, New York : Aspen Law & Business, 1986, § 12.1, p. 499). Por vezes, fala-se também em *squeezeout*, embora esta operação não implique numa jurídica transferência compulsória das participações: a pressão leva a que tal ocorra. Para uma visão geral, vide: MELVIN ARON EISENBERG, *Corporations and other business organizations: cases and materials*, 9ª ed. New York : Foundation Press, 2005, pp. 749-774; e ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate Law*, cit., §§ 12.1 a 12.4, pp. 499-530.

⁸⁶⁵ Segundo registram THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, “desde 1.1.2002. a assembléia geral de uma sociedade anônima ou em comandita por ações pode deliberar, a pedido de um acionista que detenha 95 % do capital social (acionista controlador), a transferência para o controlador das ações dos acionistas minoritários (§ 327; *squeeze-out*). Os acionistas minoritários não têm como evitar a sua exclusão. Mas, a guisa de compensação, recebem do acionista controlador à vista uma adequada indenização, que deve ser examinada e aprovada por perito independente (§ 327c II 2) (...). As disposições sobre a exclusão de acionistas minoritários não ofendem desta forma a garantia constitucional do direito de propriedade. Com o registro da deliberação pertinente à transferência no Registro de Comércio, as ações dos acionistas minoritários passam (automaticamente) para a pessoa do acionista controlador (§ 327 e III 1). As disposições sobre a exclusão de acionistas minoritários também são aplicáveis em sociedades de capital fechado” (no original: “Seit dem 1.1.2002 kann die Hauptversammlung einer AG oder KGaA auf Verlangen eines Aktionärs der Gesellschaft in Höhe von 95% gehören (Hauptaktionär), die Übertragung der Aktien der Minderheitsaktionäre auf den Hauptaktionär beschließen (§ 327°; *squeeze-out*). Die Minderheitsaktionäre haben keine Handhabe, ihren Ausschluss zu verhindern. Als Ausgleich erhalten sie aber von Hauptaktionär eine angemessene Barabfindung, die von einem unabhängigen Sachverständigen zu prüfen ist (§ 327c II 2) (...). Die Vorschriften über den Ausschluss von Minderheitsaktionären verstoßen daher nicht gegen die grundgesetzliche Eigentumsgarantie. Mit der Eintragung des Übertragungsbeschlusses in das Handelsregister gehen die Aktien der Minderheitsaktionäre auf den Hauptaktionär über (§ 327 e III 1). Die Vorschriften über den Ausschluss von Minderheitsaktionären sind auch in geschlossenen Gesellschaften anwendbar”) (*Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 12, n°s 77-78, pp. 122-123).

6.3.8. Perdas e danos.

Por fim, o remédio geral: a oposição faltosa pode provocar danos; portanto, a condenação dos sócios minoritários responsáveis⁸⁶⁶ desponta como sanção possível⁸⁶⁷, freqüentemente aplicada por tribunais estrangeiros. Mas, conforme anota Daniel Tricot⁸⁶⁸, a sanção também se revela pouco adaptada ao caso, frente ao qual se deveria buscar evitar ou contornar as consequências danosas do abuso, ao invés de aceitá-los e apenas definir uma compensação pecuniária adequada. Aliás, como se sabe, a reparação pecuniária é sempre menos eficaz do que a reparação em espécie. Além disso, o caráter necessariamente tardio da alocação das perdas e danos não faz senão acentuar a inefetividade desta solução. Isto sem se aludir às naturais limitações encontradas no patrimônio do devedor, nem sempre apto a responder pelas consequências dos danos causados, segundo anteriormente destacado. Mas, repita-se, é sanção possível, nos casos de abuso positivo e, também, nos casos de bloqueio abusivo.

Observe-se, porém que, se as vítimas do abuso da minoria forem os demais sócios, a sociedade não será nem a devedora nem a credora da respectiva indenização; a sociedade não responde pelo abuso cometido pelos seus sócios e tampouco se torna titular de reparação de danos causados diretamente a eles. Em casos que tais, são os sócios-vítimas que devem em juízo acionar os sócios-abusadores, e não a sociedade: caso contrário, a demanda não terá condições de prosseguir, dada a ilegitimidade de parte⁸⁶⁹. Na

⁸⁶⁶ E, também, dos terceiros que tenham se coligado para a prática do ilícito.

⁸⁶⁷ Cf.: DANIEL TRICOT, *Abus de droits dans les sociétés (abus de majorité et abus de minorité)*, cit., p. 624; FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, *La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés*, Paris : *Les Petits Affiches*, n° 110 (12.09.1997), p. 6; YVES GUYON, *Droit des affaires*, tomo 1: *Droit commercial général et sociétés*, 12ª ed. Paris : Economica, 2003, n° 456, p. 500; MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, cit., n° 384, p. 186; PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, cit., n° 252, p. 147; e ANTONIO NUZZO, *L'abuso della minoranza*, Torino : G. Giappichelli, 2003, p. 289 – com o destaque de que a violação do dever de lealdade constitui inadimplemento contratual e obriga o autor a ressarcir o dano. Em qualquer caso, porém, as perdas e danos não podem ser vistas como *única* sanção possível diante do abuso negativo da minoria. No caso Vitama (*Arrêt Vitama*), acima comentado, a Corte de cassação francesa afirmou que a condenação dos minoritários em perdas e danos não é a única, mas apenas uma das possíveis formas de reparar o abuso praticado pelos minoritários. Outras soluções existem, que permitem levar em consideração também o interesse social: “*hormis l'allocation d'éventuels dommages et intérêts, il existe d'autres solutions permettant la prise en compte de l'intérêt social*” (Cass. com., 14.01.1992, *Rev. sociétés* 1992, p. 44, nota de PH. MERLE; *Bull. Joly* 1992, p. 273, n° 81, nota de P. LE CANNU; *JCP E* 1992, 301, nota de A. VIANDIER; *JCP* 1992, II, 21849, nota de J.-F. BARBIERI; *Dr. sociétés*, 1992, n° 55, nota de H. LE NABASQUE; *D.* 1992, 337, nota de J. CL. BOUSQUET; *JCP N.* 1992, II, p. 193, nota de TH. BONNEAU; e *RTD com.* 1992, p. 636, n° 2, nota de Y. REINHARD).

⁸⁶⁸ DANIEL TRICOT, *Abus de droits dans les sociétés (abus de majorité et abus de minorité)*, cit., p. 624.

⁸⁶⁹ Cf.: DANIEL TRICOT, *Abus de droits dans les sociétés (abus de majorité et abus de minorité)*, cit., p. 626.

prática, aliás, é muitas vezes difícil saber quem sofre o dano⁸⁷⁰. Além disso, como em qualquer caso de responsabilidade civil, o autor da ação deve demonstrar a existência de um dano, certo e atual (ou seja, não pode ser meramente eventual ou hipotético) e, ademais, a existência da relação de nexos causal, liame de causa e efeito, entre o comportamento abusivo imputado aos réus e os danos diretamente sofridos pelo autor da ação. A existência do abuso de minoria não implica na necessária condenação do faltoso a compor perdas e danos; é preciso que o ilícito comportamento e o dano sejam bem comprovados, e, como se sabe, o que na teoria pode ser fácil enunciar, na prática, por vezes, é difícilimo de comprovar⁸⁷¹.

De todo modo, a anulação do ato abusivo não é pressuposto para a ação de indenização. De regra, também não obsta a sua propositura⁸⁷², salvo naqueles casos em que, com a invalidação, se opere a plena reparação em espécie do dano principal e outros acessórios não subsistam a ressarcir.

6.4. Síntese: múltiplos remédios para múltiplas situações.

A enunciação dos remédios contra os abusos da minoria não é fácil, como de resto não o é a especificação de quaisquer medidas contra os atos de tirania⁸⁷³. Uma das originalidades do abuso de minoria em comparação ao abuso da maioria é justamente o fato de não se satisfazer com um sancionamento uniforme⁸⁷⁴. Por isso, conquanto algo frustrante, a conclusão que se extrai deste capítulo é a de que, por se tratar de fenômeno genuinamente multifário, apenas a análise do caso concreto será capaz de denunciar a

⁸⁷⁰ No particular coloca-se o sempre delicado problema da reparação de danos indiretos, do qual, em situação paralela, tratamos noutro estudo (vide: MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *Ação individual contra administrador de companhia para o fim de obter a reparação de dano individual reflexo ou indireto* (LSA, art. 159, § 7º): *descabimento* (comentário a acórdão), RDM 142/248-255).

⁸⁷¹ A condenação da minoria abusiva ao pagamento de indenização pressupõe a prova do prejuízo: “il faut, en effet, que le préjudice soit établi” (Cass. com., 05.05.1998, *Les Petits Affiches*, 22.02.1991, p. 11).

⁸⁷² Cf.: ANTONIO NUZZO, *L'abuso della minoranza*, cit., p. 270.

⁸⁷³ MAURICE LATEY, em ensaio sociológico sobre o abuso de poder e, portanto, sem tratar especificamente das suas manifestações na órbita societária, chama a atenção para a dificuldade ínsita na definição dos remédios contra os abusos de poder: “Para descrever os remédios contra a tirania, seria necessário escrever a história da liberdade” (*Tirania: um estudo sobre o abuso do poder* – trad. de *Tiranny: a study in the abuse of power* por Alda Alves da Fonseca, RJ : Editora Nosso Tempo, 1970, p. 300).

⁸⁷⁴ PAUL LE CANNU, *L'abus de minorité*. Paris : Bulletin Joly Sociétés, n° 4 (01.04.1986), pp. 429 e segs. : “L’une des originalités de l’abus de minorité tient au fait qu’encore plus que l’abus de majorité, il ne peut se satisfaire d’une sanction uniforme”.

medida de sancionamento de abuso de minoria apropriada e eficaz, sem consagrar, em qualquer caso, a intervenção judicial no governo da sociedade ou a usurpação dos poderes-função privativamente atribuídos pela lei aos órgãos societários.

Alternativas intrusivas, como a do voto *sub astreinte* ou da decisão judicial substitutiva de declaração de vontade, apenas se legitimam nos casos em que houver prévio assentimento por parte do sócio recalcitrante à medida bloqueada, hipótese em que os meios de execução específica estariam a tornar efetiva e eficaz a manifestação de vontade adrede externada. Não sendo este o caso, não cabe ao juiz avocar a decisão para si. Pela mesma razão, a nomeação de administrador judicial (mandatário *ad hoc*) não merece ser prestigiada, ainda mesmo *de lege ferenda*, por incorrer nas mesmas censuras que se pode erigir àqueles instrumentos de execução específica; *de lege lata*, não encontra claro apoio no direito brasileiro.

Invalidação do voto, acerto do real conteúdo de decisão assemblear (através da ação declaratória positiva assemblear), suspensão (provisional e judicial) do direito de voto, exclusão e composição de perdas e danos compõem o restante do cardápio disponível aos interessados, sujeito aos limites acima assinalados. O tempo dirá se são suficientes e eficazes.

§ 4º. – OUTROS TEMAS CORRELATOS.

7. ABUSO DE MINORIA E TÉCNICAS ACAUTELATÓRIAS.

7.1. Notas introdutórias.

Os profissionais da área jurídica e aqueles que já tiveram contato profissional com litígios societários bem sabem que a rápida prestação jurisdicional – como de resto em qualquer outro litígio – não passa de promessa constitucional; que até mesmo as custosas arbitragens demoram muito mais do que se poderia supor; que é fundamental, por isso mesmo, encontrar meios eficazes para evitar a necessidade de prévio recurso às vias jurisdicionais ou, quando menos, burilar instrumentos que sejam aptos a diminuir os pontos de incerteza que, ao depois, poderão ser explorados em juízo pela parte insatisfeita. Fugir, em suma, da solução jurisdicional. Neste contexto, e sobretudo diante da complexidade dos meios de sancionamento do abuso de minoria sobejamente exposta no capítulo precedente, adquirem especial relevância as técnicas convencionais acautelatórias: instrumentos negociais preordenados a superar, tão rapidamente quanto possível, os impasses criados pelo bloqueio abusivo ou pelo abuso de minoria *tout court*.

Obviamente, não se pretende, nesta etapa, definir os confins da liberdade de modelagem contratual (ou liberdade de conformação do negócio jurídico societário) – árdua tarefa à qual doutrinadores de projeção vêm se dedicando⁸⁷⁵, até porque essa empreitada fugiria dos naturais limites da pesquisa. O que se almeja, somente, é destacar, na matéria em exame, a grande potencialidade prática dos mecanismos estatutários ou contratuais. Antes, porém, é preciso revisitar alguns conceitos.

7.2. Tipicidade societária e liberdade de modelagem negocial.

No direito societário brasileiro, e não diversamente do que ocorre na maioria dos sistemas jurídicos, prevalece o princípio da tipicidade societária (*Typenzwang*): as formas societárias constituem *numerus clausus*, de tal modo que se as partes, no exercício

⁸⁷⁵ Como simples exemplos, poderiam ser lembrados os estudos de HERBERT WIEDEMANN e MARCUS LUTTER (*Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*, Berlin, NY : Walter de Gruyter, 1998) e de YVES GUYON (*Traité des contrats – Les sociétés: aménagements statutaires et conventions entre associés*, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris : LGDJ, 1992).

de sua incoercível liberdade de celebração de contrato (*Abschlussfreiheit*)⁸⁷⁶, resolverem constituir sociedade (CC, art. 981), deverão fazê-lo de conformidade com um dos tipos previstos em lei (CC, art. 983). No direito brasileiro, portanto, não há espaço para a criação convencional de tipo societário atípico⁸⁷⁷.

A consagração do princípio da tipicidade longe está de anular o primado da autonomia da vontade na esfera societária⁸⁷⁸. “Esse princípio do *numerus clausus*”, conforme bem observou J. Lamartine Corrêa de Oliveira, “não destrói os princípios básicos da liberdade de autodeterminação e da autonomia da vontade. Poderíamos, antes, dizer que se trata de uma *concretização* de tais princípios básicos, embora contenha simultaneamente e sem paradoxo uma *limitação*”⁸⁷⁹. Isto porque, segundo explica Berardino Libonati, “o princípio da tipicidade não é rígido a ponto de impedir os sócios de aportarem *modificações* ao modelo legal eleito. Se, pois, a autonomia dos sócios resulta comprimida, no que diz respeito à escolha do tipo, a um daqueles predispostos pela lei, essa pode, porém, desenvolver-se *no âmbito interno do tipo eleito*, através da adoção de *cláusula atípica* até mesmo em derrogação à disciplina legal”⁸⁸⁰.

Com efeito, assim como no direito privado em geral, no direito societário existem normas cogentes e normas dispositivas, e são elas que permitem aos interessados estabelecer a modelagem do tipo societário⁸⁸¹. A essa liberdade que as partes têm de fixar o

⁸⁷⁶ Liberdade esta que, no âmbito do fenômeno associativo em sentido amplo, vem consagrada na Constituição Federal como “princípio da liberdade de associação” (CF, art. 5º, XX).

⁸⁷⁷ No direito brasileiro, o problema da tipicidade societária foi extensamente estudado por RACHEL SZTAJN (*Contrato de sociedade e formas societárias*, SP : Saraiva, 1989).

⁸⁷⁸ Do princípio da autonomia da vontade descende, como uma de suas manifestações, o primado da liberdade contratual, que se manifesta no momento da conclusão do contrato mediante uma tripla faculdade: contratar ou não, escolher a pessoa do contratante e determinar livremente (porém em acordo com a outra parte e nos limites da lei) as cláusulas do contrato (cf.: JACQUES GHESTIN, *Traité de droit civil – la formation du contrat*, 3ª ed. Paris : LGDJ, 1993, nº 47, p. 35). Ainda sobre autonomia privada em geral, confira-se: WERNER FLUME, *El negocio jurídico* – trad. de José María Miquel González e Esther Gómez Calle da 4ª ed. da obra *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2ª ed. Band: *Das Rechtsgeschäft*, Madrid : Fundación Cultural del Notariado, § 1, pp. 23-48; JACQUES GHESTIN, *Traité de droit civil – la formation du contrat*, cit., nºs 36-61, pp. 27-42; e DARCY BESSONE, *Do contrato – teoria geral*, RJ : Forense, 1987, nºs 15-18, pp. 31-40.

⁸⁷⁹ J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, SP : Saraiva, 1979, nº 5.2, p. 57.

⁸⁸⁰ BERARDINO LIBONATI, *Diritto delle società: manuale breve* – obra coletiva, 2ª ed. Milão : Giuffrè, 2005, nº 9, p. 28: “Si è inoltre già anticipato che il principio di tipicità non è rigido al punto da impedire ai soci di apportare modificazioni al modello legale prescelto. Se dunque l’autonomia dei soci risulta compressa in ordine alla scelta del tipo, circoscritta a uno di quelli predisposti dalla legge, essa può invece dispiegarsi *all’interno del tipo prescelto*, mediante l’adozione di *clausole atipiche* anche in deroga alla disciplina legale”.

⁸⁸¹ Sobre a liberdade de modelagem negocial em direito societário e os seus limites, vide: KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4ª ed. Köln : Carl Heymanns, 2002, § 5 III, pp. 109-126; HERBERT WIEDEMANN e MARCUS LUTTER, *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*, Berlin, NY : Walter de Gruyter, 1998; e WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1ª ed. Band – 1ª Teil: *Die Personengesellschaft*, Berlin/Heidelberg/New York : Springer-Verlag, 1977, § 13 I, pp. 189-191.

conteúdo do contrato dá-se o nome de “liberdade de modelagem negocial” ou “liberdade de modelação do conteúdo contratual” (*Gestaltungsfreiheit*): “este outro segmento do princípio da liberdade de contratar”, explica Mário Júlio de Almeida Costa, “significa que pertence aos contraentes, não só a seleção do tipo do negócio melhor adequado à satisfação dos seus interesses, mas ainda preenchê-lo com o conteúdo concreto que bem entendam”⁸⁸². Contudo, acrescenta o mesmo civilista português: “a liberdade de fixação do conteúdo dos contratos «move-se dentro dos limites da lei»”⁸⁸³.

Enfim, o princípio da tipicidade societária não impede que as partes afastem as normas dispositivas indesejadas e, respeitadas as cogentes, modelem o conteúdo do contrato de sociedade, de modo a melhor atender aos seus respectivos interesses, devendo, em todo o caso, sempre respeitar os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, notadamente os bons costumes e a ordem pública – nesta incluídas, no que diz respeito ao direito societário, as regras de proteção aos direitos dos credores e aos direitos inderrogáveis de sócios.

O campo residual de liberdade dos sócios, ainda assim, é bem mais amplo do que se costuma supor, e nele cabem diversos instrumentos estatutários e contratuais, ambos logicamente convencionais, de remediação de abusos dos sócios. Antes de se serem analisadas algumas possíveis sugestões, cumpre indagar se no direito brasileiro admitem-se as prestações acessórias e complementares (ou suplementares) e quais são os instrumentos de sancionamento para a eventualidade de seu descumprimento. Veja-se, pois.

7.3. Definições prévias: prestações acessórias e suplementares; interesse social e dever de lealdade.

As prestações complementares (*Nachschußpflichten*) constituem obrigações adicionais dos sócios de entradas em dinheiro para reforço do capital social. Por implicarem responsabilidades adicionais para os sócios, compreende-se, facilmente, que só sejam admitidas nas sociedades de responsabilidade limitada (sociedades limitada e anônima)

⁸⁸² MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 8ª ed. Coimbra : Almedina, 2000, nº 27.2, p. 215. ANTUNES VARELA prefere aludir à “livre fixação do conteúdo dos contratos” (*Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed. – 5ª reimp., Coimbra : Almedina, 2008, nº 64, p. 246).

⁸⁸³ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *op. et loc. cit.*

quando as suas respectivas leis de regência assim as prevejam expressamente, e poucos são os sistemas jurídicos que o fazem.

Por exemplo, o direito português atualmente consente na previsão de prestações complementares em sociedades limitadas (CSC, art. 210º), mas sempre dentro dos limites obrigatoriamente indicados nos estatutos, sendo que o seu inadimplemento importa na aplicação das mesmas regras de inadimplemento da obrigação de entrada. Semelhantemente, no direito alemão as prestações complementares são proibidas no direito acionário, mas contam com previsão legal na lei das sociedades limitadas (GmbHG § 26)⁸⁸⁴. Diferentemente do direito português, a obrigação de realizar prestações complementares no direito alemão pode estar limitada a uma determinada importância ou ser ilimitada: na primeira hipótese, a quantia há de estar fixada no contrato social e por ela responde o sócio, sem possibilidade de liberação; se forem ilimitadas, a responsabilidade do sócio é, de certa forma, menos estrita, pois a lei lhe concede um direito de abandono (GmbHG § 27), de sorte que, uma vez que tenha integralizado as participações inicialmente subscritas, ele poderá liberar-se da obrigação de realizar desembolsos suplementares, pondo a sua participação à disposição da sociedade, que poderá aliená-la em hasta pública ou através de qualquer outra via, por conta própria.

No direito brasileiro, diversamente, não há previsão legal para as prestações complementares: os sócios, de regra, respondem apenas pelo valor das participações subscritas (CC, arts. 1.052 e 1.088). Não cabe incluir no contrato ou no estatuto social novas obrigações de entrada a cargo dos sócios (para formação do capital social), nem de suprimentos (como empréstimos). Todavia, nada obsta, como adiante se verá, que tais obrigações e outras modalidades de capitalização da sociedade sejam previstas em pactos parassociais entre os sócios, embora já aí sob a forma de estipulações em favor de terceiro, isto é, da sociedade.

⁸⁸⁴ A inclusão do dever de prestações complementares pode ser feita por meio de alteração contratual, mas, neste caso, exige-se, compreensivelmente, o consentimento de todos os sócios, porque o § 53, III, da GmbHG proíbe que se possam impor novas obrigações econômicas a um sócio sem o seu consentimento (vide: EUGEN KLUNZIGER, *Grundzüge des Gesellschaftsrechts*, 15ª ed. München : Verlag Franz Vahlen, 2009, § 11, nº 2, p. 290; e MARCUS LUTTER e PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz*, 14ª ed. Köln : Otto Schmidt, 1995, § 26, nº 2, p. 276).

Mas cabe indagar: poderia o contrato ou o estatuto social prever outras obrigações não-pecuniárias a cargo dos sócios? Do ponto de vista funcional, a previsão de prestações acessórias (*Nebenleistungen*) responde à exigência da sociedade de assegurar a contribuição pessoal dos sócios ou de terceiros⁸⁸⁵ e, quando previstas no âmbito de sociedades de capitais, dão “vida a uma espécie de causa mista endossocietária, introduzindo entre os tipos da sociedade de capitais elementos característicos dos tipos da sociedade de pessoa, como o aporte de serviços”⁸⁸⁶. A previsão de prestações acessórias em sociedades de pessoas e mesmo na limitada oferece poucas contestações, até porque, por vezes, é justamente através delas que a sociedade assegura a prestação em serviços do sócio, especialmente quando o tipo societário não prevê a figura do sócio de indústria.

A discussão permanece no direito acionário: seriam elas compatíveis com o tipo societário? Para evitar incertezas na resolução dessa questão, diversos sistemas jurídicos regularam a matéria de forma expressa: proibiram-nas as legislações francesa (CC fr., art. 1.836, 2)⁸⁸⁷ e suíça (OR, art. 620); diversamente, admitiram-nas, de forma expressa, as legislações alemã (AktG § 55), portuguesa (CSC, art. 209º, I), italiana (CC it., arts. 2345 e 2478) e argentina (LSC, art. 50). O direito acionário brasileiro, por sua vez, não conhece *genérica* limitação à sua previsão nos estatutos sociais e a doutrina inclina-se pela sua admissibilidade. Assim é que, para Fábio Konder Comparato, “as chamadas prestações acessórias (*Nebenleistungen*, do direito alemão) podem ser estabelecidas no estatuto, dizendo respeito a todos os acionistas, ou somente aos titulares de uma espécie ou classe de ações”⁸⁸⁸. Trajano de Miranda Valverde, a seu turno, também afirmava que “os estatutos podem especificar outras obrigações a cargo dos acionistas, desde que elas, é manifesto, se

⁸⁸⁵ Cf.: GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. 1º – tomo 2º: *Le società*, 4ª ed. Padova : CEDAM, 1997, n° 81, p. 270; e GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, 6ª ed. Padova : CEDAM, 2002, nota 2345-1, p. 2.368.

⁸⁸⁶ FRANCESCO GALGANO e RICCARDO GENGINI, *Il nuovo diritto societario*, 3ª ed. Milano : CEDAM, 2006, n° 2, p. 100 – para os quais a prestação acessória “dà vita ad una sorta di causa mista endosocietaria, introducendo entro i tipi della società di capitali elementi caratteristici dei tipi della società di persone, come l’apporto di servizi”.

⁸⁸⁷ Em França, prevalece o primado da intangibilidade das obrigações sociais (*intangibilité des engagements sociaux*) (vide: BRUNO PETIT, *Droit des sociétés*, 2ª ed. Paris : Litec, 2004, n° 80, p. 53; YVES GUYON, *Traité des contrats – Les sociétés: aménagements statutaires et conventions entre associés*, cit., n° 50, pp. 80-81; e DOMINIQUE VIDAL, *Droit des sociétés*, 5ª ed. Paris : LGDJ, 2006, n° 478, pp. 246-247).

⁸⁸⁸ FÁBIO KONDER COMPARATO, *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: ‘nova et vetera’*, ‘in’ *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, RJ : Forense, 1981, p. 35. A mesma posição é defendida por MARCELO BARBOSA (*Direito das companhias* (obra coletiva), vol. I, RJ : Forense, 2009, p. 295) e RENATO VENTURA RIBEIRO (*Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*, SP : Quartier Latin, 2005, n° 2.2., p. 227).

conciliem com a natureza jurídica da sociedade anônima”⁸⁸⁹. Nada impede, pois, que prestações acessórias – não-pecuniárias, frise-se – sejam previstas nos estatutos sociais de companhias fechadas (parecendo inviável que o mesmo suceda em uma companhia aberta); quando tal suceder, o que normalmente se tem é o surgimento da figura da sociedade anônima de pessoas (ou sociedade anônima *intuitu personae*), frente a qual se poderá admitir a aplicação, sempre excepcional e em caráter residual, de certas regras típicas das sociedades de pessoas, conforme acima já apontado. Em qualquer caso, pela maior vinculação personalista dos membros decorrente da previsão de prestações acessórias, os deveres de lealdade restarão exponencializados.

O descumprimento das obrigações acessórias poderá, dependendo do caso, render ensejo à responsabilidade do sócio por perdas e danos e, como *ultima ratio*, até a sua exclusão (CC, arts. 1.030 e 1.085). Nas sociedades anônimas fechadas, a doutrina italiana sustenta que devam ser aplicadas as mesmas regras legais previstas para a hipótese de descumprimento da obrigação de entrada, consentindo que, em última instância, se opere até a exclusão de sócio⁸⁹⁰, ponto de vista este defendido por alguns autores nacionais⁸⁹¹. Poderão os interessados também prever cláusula-penal para as hipóteses de descumprimento das obrigações de sócio, nestas incluídas as decorrentes de prestações acessórias⁸⁹².

⁸⁸⁹ TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, vol. II, 2ª ed. RJ : Forense, 1953, nº 351, p. 10.

⁸⁹⁰ Ao reconhecer as dúvidas que cercam o sancionamento do inadimplemento de prestações acessórias (por definição, não pecuniárias), VICENZO MACCHIA afirma que nas sociedades anônimas seria possível aplicar analogicamente as regras pertinentes ao acionista remisso: “In tema di società per azioni, l’esclusione è stata affermata per altra via, e, cioè, applicando in via analogica l’art. 2344, 2º co., c.c., secondo cui gli amministratori, decorsi quindici giorni dalla pubblicazione di una diffida nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, possono dichiarare decaduto il socio che non esegue regolarmente i pagamenti dovuti” (*Codice Comentato delle S.p.A.* (obra coletiva) – coord. Giuseppe Fauceglia e Giorgio Schiano di Pepe, tomo I, Torino : UTET, 2006, nota 2345-4, p. 143). Acrescenta este autor que “in alternativa alla sanzione dell’esclusione, si ritengono ammissibili le clausole statutarie contenenti sanzioni pecuniarie o limitazioni all’esercizio dei diritti sociali, quali la sospensione o limitazione del diritto di voto” (*op. et loc. cit.*). No mesmo sentido (inadimplemento da prestação acessória pode gerar a exclusão do acionista, por efeito da aplicação analógica das regra sobre acionista remisso): FRANCESCO GALGANO e RICCARDO GENGINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., nº 2, p. 100.

⁸⁹¹ Vide: MÁRIO ENGLER PINTO JÚNIOR, *Exclusão de acionista*, RDM 54/83-89 – para quem a exclusão do acionista decorreria da aplicação analógica das regras sobre o acionista remisso: “A mesma solução deve ser aplicada, por analogia, quando os pressupostos de fato sejam equivalentes, isto é, sempre que houver descumprimento de outras prestações suplementares, assumidas no negócio de constituição da companhia, ou em acordos paralelos celebrados pelos acionistas, mas que materialmente fazem parte do contrato associativo” (*op. cit.*). A mesma solução foi preconizada por RENATO VENTURA RIBEIRO (*Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*, cit., nº 2.2., p. 227).

⁸⁹² É possível serem incluídas cláusulas penais no contrato social, mas o seu montante pode ser reduzido por decisão judicial (CC, art. 413). São válidas entre nós, por isso, as sempre lúcidas observações de YVES

Na realidade, afora prestações acessórias propriamente ditas, podem os sócios inserir, no contrato ou no estatuto social, diversas outras estipulações, sem que caiba aqui um elenco taxativo. O que importa destacar é que tais regras deverão sempre se ater a dois específicos limites: o primeiro deles é dado pelo interesse social⁸⁹³ e o segundo, pelo dever de lealdade⁸⁹⁴. É principalmente dentro de tais balizas que a liberdade de modelagem contratual pode se mover, conforme assim se evidenciará.

7.4. Técnicas estatutárias (estatutos e contrato social).

As sociedades regulam-se pelas cláusulas estipuladas pelas partes (CC, art. 997) ou, tal como se previa no hoje parcialmente revogado Código Comercial de 1850, as sociedades são regidas “pela convenção das partes” (CCom, art. 291). “A convenção”, já dizia o grande comercialista pátrio J. X. Carvalho de Mendonça, “é a primeira lei que os contratantes a si próprios impõem como norma a observar”⁸⁹⁵.

Dentre as possíveis técnicas estatutárias, aqui será sugerida e discutida a validade de três delas, ressaltando, desde já, que se optou por trazer a debate apenas

GUYON: “Selon l’analyse communément admise, la clause pénale fixe contractuellement un forfait de dommages-intérêts. Elle ne paraît pas contraire aux principes généraux du droit des sociétés, puisque la faute commise par un associé cause un dommage à la société, dont la clause pénale facilite la réparation (...). Mais la clause pénale est soumise au pouvoir modérateur du juge, lorsqu’elle aboutit à une réparation manifestement excessive ou dérisoire (...). N’ayant plus un caractère absolument forfaitaire, elle ne présente qu’un intérêt limité et semble dès lors n’être stipulée que rarement dans des statuts de sociétés” (*Traité des contrats – Les sociétés: aménagements statutaires et conventions entre associés*, cit., nº 100, pp. 149-150). Perante o direito pátrio, EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO cinge-se a assegurar a validade da cláusula penal estatutária pelo fato de que “nenhuma regra ou princípio existe que impeça que no contrato de sociedade sejam estipuladas cláusulas penais para os casos de descumprimento de suas normas” (*Sociedade de responsabilidade limitada*, SP : Quartier Latin, 2004, nº 2.3, p. 56).

⁸⁹³ Ou seja, “les obligations doivent d’abord être conformes à l’intérêt social, car sinon elles seraient dépourvues de cause. Par conséquent l’obligation statutaire doit permettre à la société de réaliser davantage de bénéfices ou d’économies, car c’est là l’objectif alternatif final de ces personnes morales (C. civ. art. 1832). Au contraire ne serait pas valable la clause qui imposerait à l’associé une obligation inutile ou qui restreindrait ses droits, sans profit pour la société” (YVES GUYON, *Traité des contrats – Les sociétés: aménagements statutaires et conventions entre associés*, cit., nº 91, pp. 140-141). A posição afigura-se exata quando erige o interesse social como limite, mas não no ponto em que, aparentemente, censura obrigações alheias e neutras ao interesse social, de que são exemplos as comuníssimas cláusulas de não-restabelecimento eficazes após a extinção da sociedade.

⁸⁹⁴ É inválida qualquer regra convencional que pretenda eliminar o dever de lealdade societária (cf.: BERND GEIER, *Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsgrenzen der mitgliedschaftlichen Treupflicht des Aktionärs*, Frankfurt am Main : Peter Lang, 2007, p. 136). Seria ilícita pelo objeto (CC, art. 166, II).

⁸⁹⁵ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. III, 5ª ed. RJ : Freitas Bastos, 1958, nº 510, p. 10. As cláusulas contratuais constituem a parte mais importante do contrato social (cf.: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito de empresa*, SP : RT, 2007, nº 115, p. 165).

aquelas que têm relação mais direta com o tema da pesquisa e que, pela sua estruturação, seguramente são as mais controvertidas.

7.4.1. Cláusula de resgate para exclusão de acionista em S/A fechada.

O instituto do resgate poderá, a nosso ver, ser modelado para funcionar como meio de implementação da exclusão de acionista em sociedade fechada, e apenas nela. Para tanto, será preciso que: (1º) cada acionista seja titular da totalidade das ações de uma só e mesma classe de ações⁸⁹⁶, o que se faz necessário porque, no direito acionário brasileiro, o resgate de apenas parte das ações de uma mesma classe depende de sorteio (LSA, art. 44, § 4º); além disso, (2º) utilizando-se da ressalva prevista em lei (LSA, art. 44, § 6º), será preciso também contemplar nos estatutos que o resgate das ações de uma ou mais classes não dependerá de deliberação de assembléia especial das classes atingidas, e sim poderá ser aprovado por deliberação geral de acionistas representando a maioria do capital social; e, por fim, (3º) os estatutos deverão restringir a livre circulação das ações (LSA, art. 36), por exemplo, por meio da inserção de cláusula de preferência, pois, do contrário, há o risco de o acionista tornar-se titular de ações de *mais de uma* classe, minando completamente os efeitos do resgate (porquanto o resgate de uma classe não eliminará a sua participação em outra classe de ações).

Desde que atendidas essas premissas essenciais, sem as quais o instrumento não funcionará ou ficará prejudicado, poderão os acionistas inserir nos estatutos sociais disposição específica – inspirada claramente no art. 1.085 do Código Civil –, prevendo que a totalidade das ações de cada uma das classes poderá ser resgatada pela companhia, quando acionistas, representando a maioria do capital social (ou do capital votante), entenderem que o titular das ações da classe a resgatar incorreu em falta grave dos seus deveres sociais (atos estes que deverão constituir atos de violação do dever de lealdade societária e que, para fins de maior concreção, poderão estar exemplificados nos estatutos, sem prejuízo da inserção da cláusula-geral, capaz de abranger outros atos porventura não

⁸⁹⁶ Em companhias fechadas, é possível haver classes distintas de ações preferenciais e observados os critérios do art. 16 da Lei das S/A, classes distintas de ações ordinárias (LSA, art. 15, § 1º). Tais regras deverão ser verificadas quando da atribuição de classes distintas de ações a cada acionista – o que, no entanto, não é difícil de acomodar: normalmente, em companhias fechadas, concede-se a grupos distintos de acionistas o direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos administrativos (LSA, art. 16, III).

elencados); em semelhante hipótese, o resgate deverá ser deliberado em assembléia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa⁸⁹⁷. Uma vez aprovada a operação, o acionista terá as suas ações resgatadas (LSA, art. 44, § 1º) e, em termos práticos, estará excluído da companhia, ressalvado o direito que tem (e do qual não pode ser excluído, dada a matiz constitucional⁸⁹⁸) de discutir a validade do ato nas vias jurisdicionais apropriadas (judicial ou arbitral). Note-se que o instrumento ora engendrado apenas terá aplicabilidade em companhias fechadas e a sua validade e eficácia dependerão não apenas do atendimento das importantes premissas acima destacadas, mas, principalmente, da *estrutura real* da sociedade (isto é, da efetiva vinculação pessoal dos acionistas e da intensidade dos deveres de lealdade que sobre estes recaem). Isto simplesmente porque será apenas a partir destas premissas que se poderá definir, concretamente, se a conduta imputada ao excluendo configura ou não falta grave e se justifica ou não a drástica medida do resgate expulsório.

À eventual e previsível crítica sobre o uso disforme do instituto do resgate, cumpre antecipadamente responder que a Lei das S/A não lhe atribuiu uma função específica e predefinida, fato este que levou Fábio Konder Comparato a criticar o “condenável liberalismo da lei brasileira”, antevendo aí a possibilidade de o instituto ser indevidamente utilizado como espécie de “direito potestativo de excluir qualquer outro acionista” ou meio para a “abusiva expropriação de minoritários”⁸⁹⁹. A propósito, lembrou

⁸⁹⁷ A necessidade de conceder ao excluendo oportunidade para defesa é incontornável (CC, arts. 44, § 2º, 57 e 1.089): tem fundamento constitucional: “Não pode a sociedade despedir o sócio a revelia ‘sem qualquer oportunidade de defesa’” (STJ, REsp 50.543-SP, 3ª Turma, Rel. Min. NILSON NAVES, v.u., j. 21.05.1996, DJU 16.09.1996, RSTJ 92/187). Vide ainda: TJSP, Ap. 170.093, 1ª CC, Rel. Des. CARDOSO ROLIM, v.u., j. 04.06.1968, RJTJESP 7/215; e TJSP, AI 160.464-4/0, 2ª Câ. Dir. Púb., Rel. Des. CÉZAR PELUSO, v.u., j. 14.08.2001 (com o registro de que a exigência formal “se radica, alias, no princípio constitucional do justo processo da lei”).

⁸⁹⁸ Sobre o ponto, vide: MIGUEL REALE, *A exclusão de sócio das sociedades mercantis e o Registro do Comércio*, in’ *Nos quadrantes do direito positivo*, SP : Michalany, 1960, p. 298; A. J. AVELÁS NUNES, *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*, 1ª ed. – 2ª reimp. Coimbra : Almedina, 2002, pp. 239-240; ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES, *Lições de direito societário*, 2ª ed. SP : Juarez de Oliveira, 2004, nº 129, p. 302; e LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Exclusão extrajudicial de sócio em sociedade por quotas*, RDM 100/92-93. Nos tribunais: “Diante da grave providência – exclusão do sócio, para o resguardo de eventual injustiça é que se admite a ação anulatória da deliberação tomada pela sociedade e a reparação a que fará jus o excluído” (STF, RE 115.222-BA, 2ª Turma, Rel. Min. DJACI FALCÃO, v.u., j. 13.12.1988, RTJ 128/886; lê-se no voto condutor: “É de se ponderar, no entanto, que a exclusão, como medida grave, fundada em justa causa, pode ficar sujeita ao controle jurisdicional em termos de valoração jurídica, resguardando-se, inclusive, o direito de defesa do excluído”).

⁸⁹⁹ FÁBIO KONDER COMPARATO, *Funções e disfunções do resgate acionário*, RDM 73/69-70.

ainda o grande jurista que “a jurisdição de outros países, de legislação menos laxista que a nossa nesse capítulo, tem se mostrado severa ao julgar operações de resgate, ou operações análogas, que não apresentem nenhuma finalidade clara de benefício para a companhia, ou se apresentam como mecanismo de represália dos controladores contra minoritários incômodos ou recalcitrantes”⁹⁰⁰. De nossa parte, estamos de pleno acordo com as premissas assim fixadas pelo eminente Prof. Comparato; mas, aplicando-as à cláusula prefigurada, não se antevê de que forma ela as violentaria. No caso, não se poderia falar em disfunção (não obstante a própria lei acionária não tenha fixado a função, a partir da qual se pudesse extrair a hipótese antitética), porque a cláusula antes aventada pretendeu cercar os acionistas de todas as garantias (as quais, note-se bem, uma simples opção de venda seria capaz de minar, embora ninguém tenha afirmado a ilicitude de semelhante pacto comumente inserido em acordo de acionistas), afastando a configuração de um “direito potestativo” a favor do controlador. Além do mais, o que a cláusula engendradora busca preservar é o interesse social, o dever societário de lealdade ou, em suma, a companhia, e não o contrário. Logo, não fosse possível pactuar a cláusula imaginada em razão de um seu obscuro contraste funcional com o interesse social ou a própria essência da sociedade, também mal se compreenderia tenha o legislador previsto a exclusão de sócio por justa causa em outros tipos societários: ambos partilham da mesma lógica.

O tema é seguramente controvertido. Vale apenas referir que a controvérsia grassa, ainda, em outros sistemas jurídicos, frente aos quais a doutrina tem se posicionado favoravelmente às cláusulas de resgate⁹⁰¹ e aos pactos estatutários de recompra⁹⁰², como

⁹⁰⁰ FÁBIO KONDER COMPARATO, *op. et loc. cit.*

⁹⁰¹ Em reforço do que se expôs, pode ser citada a opinião de ANTONIO NUZZO, para quem, no direito italiano, seria legítima “una clausola che commini la sanzione dell’esclusione a carico del socio che impedisca un aumento di capitale necessario per la realizzazione dell’oggetto sociale o per il salvataggio dell’impresa sociale; e, in effetti, non potrebbe essere seriamente messo in discussione che una condotta siffatta dia fondamento alla ‘giusta causa’ (...). Per altro, non vedrei difficoltà a che sia stabilito per statuto il *diritto di riscatto* della partecipazione sociale del socio che ponga in essere la condotta ostruzionistica di cui si discute” (*L’abuso della minoranza*, Torino : G. Giappichelli, 2003, p. 276).

⁹⁰² PHILIPPE MERLE enfrentou o problema dos pactos de recompra inseridos em estatutos de sociedades anônimas, posicionando-se, em princípio, a favor da estipulação: “On peut cependant s’interroger sur la validité de clauses statutaires de rachat permettant à un organe de la société d’imposer à un actionnaire le rachat de ses titres (cas d’exclusion précises avec soin, garantie d’un juste prix des actions rachetées). La disposition peut être très utile lorsque l’actionnaire personne morale, fait l’objet d’une prise de contrôle par un concurrent. Elle peut également permettre d’éviter un risque de blocage de la société ou de dissolution. Certains cours d’appel en admettent la validité. La Chambre commerciale de la Cour de cassation n’a eu l’occasion de se prononcer nettement en faveur de la validité de la clause d’exclusion qu’à propos d’une société en nome collectif: «il est possible et licite de prévoir dans les statuts, qui constituent le contrat accepté par les parties et fixant leurs droits et obligations, que le redressement judiciaire d’un associé lui fera perdre

meio de superação de abusos e bloqueios ilegítimos. Não se vê por que entre nós deva ser diferente.

7.4.2. Cláusulas de modelação do dever de lealdade societária.

Foi anteriormente exposto que o dever societário de lealdade – nele compreendida a obrigação de não agir em contraste com o interesse social (interesse comum dos sócios *ex causa societatis*) – desdobrou-se do primado da boa-fé objetiva e, na atualidade, é considerado parte essencial da ordem legal não-escrita⁹⁰³. Herbert Wiedemann explica que “o dever de lealdade do sócio é elemento *cogente* de qualquer ética coletiva”⁹⁰⁴. É infenso, pois, a derrogações convencionais⁹⁰⁵, de modo a tisonar de ilicitude e, conseqüentemente, de nulidade absoluta qualquer dispositivo contratual ou estatutário que pretenda afastá-lo da órbita jurídico-societária⁹⁰⁶.

cette qualité, dès lors que lui la valeur des droits dont il est ainsi privé pour un motif qui est en l'occurrence conforme à l'intérêt de la société et à l'ordre public» (Com. 8 mars 2005, *D.* 2005, p. 839, note A. LIENHARD; *JCP E* 2005, 1046, n° 9, note J. J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY, G. WICKER; *Bull. Joly* 2005, p. 995, n° 237, note P. LE CANNU)” (*Droit commercial: sociétés commerciales*, 11^a ed. Paris : Dalloz, 2007, n° 305, pp. 358-359). É compreensível que, não sendo senão excepcional e mui estritamente admitida a exclusão de sócios no direito francês, tenha a doutrina procurado encontrar outros meios para superar as situações de impasse societário, daí havendo abundante literatura a respeito dos pactos de recompra (dentre tantos outros, vide : J.-P. STORCK, *La continuation d'une société par l'élimination d'un associé*, *Rev. sociétés* 1982, 233; D. MARTIN, *L'exclusion d'un actionnaire*, *Rapport au colloque Droit et Commerce 1990 - Stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, in *Rev. jurisp. com.*, nov. 1990, p. 94; H. LE NABASQUE, *Agrément de cession d'actions et exclusion d'actionnaires*, *RJDA* 1995, p. 200; T. TILQUIN, *Les conflits dans la société anonyme et l'exclusion d'un associé*, in *Rev. pratique (belge) des sociétés*, 1991, n° 6560; I. KRIMMER, *La clause de rachat*, *JCP E* 1993, I, 223; J.-M. DE BERMOND de Vaulx, *À propos d'une conception exaltée de l'affectio societatis*, *Dr. sociétés*, avr. 1993, p. 1). No direito brasileiro, diante das limitações impostas à negociação pela sociedade com os seus próprios títulos, a recompra, para ser eficaz, deveria ser concedida aos sócios sob pena de apenas poder ser exercida pela sociedade com fundos liberados e disponíveis.

⁹⁰³ Cf.: KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 20 IV 1, pp. 587-58: “Die Treupflichten machen einen wesentlichen Teil der «ungeschriebenen Legalordnung» im Gesellschaftsrecht aus”.

⁹⁰⁴ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band II: *Recht der Personengesellschaften*, München : C. H. Beck, 2004, § 3 II 3, p. 193: “Die Treupflicht der Mitglieder ist zwingender Bestandteil jeder Gemeinschaftsethik”.

⁹⁰⁵ Ao se referir à boa-fé objetiva, ARAKEN DE ASSIS assim também entende (*Comentários ao Código Civil brasileiro* – coords. Arruda Alvim e Thereza Alvim, vol. V, RJ : Forense, 2007, n° 8, p. 91). A seu turno, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO criticou o legislador pátrio justamente por não ter evidenciado claramente a cogência do princípio (*Insuficiências, deficiências e desatualizações do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*, ‘in’ *Estudos e pareceres de direito privado*, SP : Saraiva, 2004, p. 149), ao contrário daquilo que, corretamente, se fez nos mui modernos “Princípios Unidroit relativos aos Contratos Comerciais Internacionais 2004”, cujo art. 1.7 (2) assim dispõe: “Artigo 1.7 (Boa-fé). (1) Cada uma das partes deve comportar-se segundo os ditames da boa-fé no comércio internacional. (2) *As partes não podem excluir essa obrigação, ou limitar-lhe o alcance*” (*Princípios Unidroit relativos aos Contratos Comerciais Internacionais 2004* – coord. da tradução da versão brasileira por João Baptista Villela, SP : Quartier Latin, 2009).

⁹⁰⁶ Cf.: BERND GEIER, *Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsgrenzen der mitgliedschaftlichen Treupflicht des Aktionärs*, cit., p. 136.

Se não é possível afastar o dever de lealdade, nada obsta que o mesmo venha a ser declarado às expensas. De fato, a cláusula inserida no contrato social ou nos estatutos para simplesmente *enunciar* o dever de lealdade e tornar expresso o seu conteúdo, assim como as conseqüências do seu descumprimento, em princípio não oferece maiores dificuldades do ponto de vista de sua licitude. Por exemplo, é perfeitamente possível inserir, nos estatutos de uma sociedade anônima, dispositivo com o seguinte teor: “O acionista obriga-se, para com a sociedade e os demais acionistas, a respeitar o interesse social e a abster-se de exercer os seus direitos de sócio de forma arbitrária, desproporcional ou em desconformidade com a finalidade para a qual foram estabelecidos”. As vantagens em adotar semelhante dispositivo, que funcionalmente deveria vir conjugado com alguma penalidade convencional, são, em primeiro lugar, tornar expresso aquilo que apenas está implícito – e, enquanto tal, por vezes não é facilmente reconhecido, ou descoberto, pelo julgador – e, em segundo, facilitar o sancionamento das condutas desleais, em virtude de se ter um ponto claro de amarração para a decisão.

Em princípio, é também possível convencionalmente *reforçar* o dever de lealdade societária. Em sociedades de pessoas, por exemplo, tal poderá ocorrer mediante a previsão de autênticas prestações acessórias, que, como efeito, robustecem o vínculo de união pessoal entre os sócios (por exemplo, ao deles exigir dedicação direta e exclusiva nas tarefas da sociedade). Em sociedades anônimas fechadas, esse mesmo efeito poderá ser obtido por meio da inserção, nos estatutos sociais, de pactos de preferência, regras diferenciadas de preenchimento dos cargos de administração ou da previsão de prestações acessórias – em presença dos quais se poderá cogitar sobre a sociedade anônima de pessoas (sociedades anônimas *intuitu personae* ou sociedades anônimas de pessoas). Para estas sociedades – tipicamente de capitais, mas concretamente de pessoas –, a disposição poderá ser bastante útil, em especial para facilitar a transposição ao regime acionário de sanções previstas no Código Civil. Para tanto, poderá ter a seguinte redação: “Na aferição da intensidade dos deveres de lealdade entre os acionistas e para fins de definição das sanções aplicáveis às condutas desleais, conflitantes com o interesse social ou em contraste com a finalidade para as quais os direitos, legais e estatutários, foram concedidos, considera-se a companhia como sociedade de pessoas (ou de estruturação personalística)”. Entretanto, na

medida em que essa cláusula não pode estar em contraste com a estrutura real da sociedade, entende-se que não deve ser admitida em sociedades abertas.

7.4.3. Cláusula de anuência a operações essenciais à sobrevida da sociedade.

As operações de aumento e redução de capital, saneamento financeiro e transformação, dentre outras, podem se revelar, em concreto, essenciais à sobrevida da sociedade, de tal modo que a recusa do sócio em assentir com as propostas de sua implementação, apenas porque ele deseja satisfazer interesse extrassocietário, constituem hipóteses típicas de bloqueio abusivo ou, por outro modo, de violação do dever societário de lealdade. Se e quando tal se configura, e o modo de realizar a ponderação de interesses, são pontos que já foram anteriormente analisados. O que interessa agora é apenas saber de que forma podem os sócios tentar evitar ou superar as situações de bloqueio abusivo. Nesse sentido, parece plenamente factível que, nos estatutos ou no contrato social, eles se comprometam firmemente a votar favoravelmente à aprovação dessas operações essenciais.

Contudo, levando-se em conta que só o fato de a operação ser imprescindível à sobrevida da sociedade pode não ser suficiente para compelir o sócio a aprovar a proposta apresentada (por exemplo, porque a proposta vai além do que é necessário e importa na diluição injustificada da participação minoritária ou, então, porque a sobrevida da sociedade não restará garantida pela aprovação da deliberação) o ideal é que, para dar maior objetividade à disposição e conferir-lhe maior eficácia, os sócios tentem melhor descrever as condições para a exigibilidade do voto positivo de assentimento. Nesta linha, pode-se estipular que os sócios se comprometem a votar favoravelmente à aprovação do aumento de capital quando a sociedade atingir determinado nível de endividamento preestabelecido a partir de critérios econômicos e objetivos (por exemplo, pelo Ebidta ou por índices contábeis) ou quando a sociedade perder uma parcela do seu capital social (por exemplo, quando o patrimônio líquido se tornar inferior a 50% do capital social).

Igualmente, é possível estipular que os sócios se comprometam a aprovar aumento de capital, quando isso se fizer necessário por norma legal ou regulamentar própria do setor em que a sociedade opere (por exemplo, seguradoras e operadoras de

plano de saúde, dentre outras) ou para a manutenção de certas licenças de operação ou autorizações de funcionamento. Em todas essas situações, o sócio não estaria se comprometendo a participar do aumento de capital, o que, por certo, seria ilícito por configurar autêntica prestação suplementar em montante indefinido; ele estaria apenas se comprometendo a não bloquear a deliberação, podendo ou não participar do aumento do capital se tiver interesse em fazê-lo, para não ser diluído. A grande vantagem de uma tal cláusula é que nela estaria consubstanciada a obrigação de o sócio *emitir* uma determinada *declaração de vontade* (voto), de tal modo que, não sendo ela cumprida, abrir-se-ia aos interessados a possibilidade de se socorrerem dos instrumentos de tutela específica da declaração de vontade (CPC, art. 466-A).

A objeção mais consistente que se poderia opor à inserção da cláusula de assentimento é a de que ela acaba por impedir o direito de recesso (CC, art. 1.077; e LSA, art. 137): o dissidente não terá condições de votar vencido; ficará vinculado à deliberação e não terá como se retirar – salvo se tal direito estiver garantido por outro meio (por exemplo, art. 1.029 do CC). Mesmo assim, não se vê maior ilegalidade na disposição, até porque, fosse possível vingar a objeção, ter-se-ia de considerar igualmente ilícito o acordo de voto – que a própria lei acionária contempla.

Em uma sociedade limitada e mesmo em uma anônima fechada, a cláusula poderia ter a seguinte redação: “Os sócios se obrigam a exercer os seus direitos de voto e de veto em estrita consonância com o interesse da sociedade. O voto abusivo ou a recusa em aprovar operações essenciais à sobrevivência da sociedade, nas condições previstas na cláusula X, ensejará, conforme o caso, a propositura de ação cominatória ou para obtenção de tutela específica de obrigação de declarar vontade, responsabilidade por perdas e danos ou, ainda, exclusão do sócio faltoso”.

7.5. Pactos parassociais.

Os pactos (ou acordos) parassociais são contratos celebrados entre todos ou alguns sócios, tendo por objeto o funcionamento de uma dada sociedade, o exercício dos direitos de sócio e a transmissão e negociação das respectivas participações societárias. Conforme se infere da própria denominação, os pactos parassociais são *contratos coligados*

ao contrato de sociedade⁹⁰⁷ que trazem, como consequência indefectível, a *acentuação* da vinculação pessoal dos contratantes⁹⁰⁸ e, portanto, dos deveres societários de lealdade. Os seus objetivos são múltiplos: podem visar pura e simplesmente à ponderação prévia das decisões, evitando as incertezas próprias do método assemblear; assegurar a estabilidade da gestão social, diante do risco de maiorias cambiantes; implementar uma política comum de gestão etc⁹⁰⁹.

Para as sociedades reguladas no Código Civil, entende-se que os pactos parassociais têm previsão no art. 997, par. ún., do Código Civil, segundo o qual “é ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato” de sociedade. A redação deste preceito constitui um aprimoramento em relação à sua regra de origem, o art. 302 do Código Comercial (segundo o qual “toda cláusula ou condição oculta, contrária às cláusulas ou condições contidas no instrumento ostensivo do contrato é nula”). A hipótese não é de nulidade, como antes previsto, e sim de ineficácia (relativa) do ato perante terceiros. Segue-se daí que, *a contrario sensu*, tais pactos têm plena eficácia entre as partes⁹¹⁰, donde se infere a sua admissibilidade (validade e eficácia)

⁹⁰⁷ Cf.: ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Novos estudos e pareceres de direito privado*, SP : Saraiva, 2009, nº 14, p. 246; FÁBIO KONDER COMPARATO, *Eficácia dos acordos de acionistas*, ‘in’ *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, RJ : Forense, 1981, p. 75; GIORGIO OPPO, *Contratti parasociali*, Milano : Dottor Francesco Vallardi, 1942; e GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, cit., nota 2247-8, p. 2.289.

⁹⁰⁸ Cf.: ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Novos estudos e pareceres de direito privado*, cit., nº 8, p. 125; e FÁBIO KONDER COMPARATO, *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, cit., p. 49.

⁹⁰⁹ Qualquer tentativa de enumeração seria meramente exemplificativa. Vale observar que, em razão do seu caráter acessório e coligado ao contrato ou estatuto social, o pacto parassocial não pode atritar com o interesse social (CF.: YVES GUYON, *Traité des contrats – Les sociétés: aménagements statutaires et conventions entre associés*, cit., nº 230, p. 294). Além disso, segundo arrolam os doutrinadores que se dedicaram ao estudo específico do tema, algumas balizas de validade devem ser observadas; não podem os pactos parassociais: (i) apresentar conteúdo indeterminado (acordos em aberto); (ii) prever a cessão do direito de voto sem a transferência das participações societárias; (iii) contemplar a negociação (venda) de voto (CP, art. 177, § 2º); (iv) violar direitos essenciais dos sócios; (v) violar regras imperativas da legislação extravagante; (vi) contemplar o exercício abusivo do poder de controle (LSA, arts. 117 e 118, § 2º); (vii) ser lesivos ao interesse social (LSA, arts. 115 e 118, § 2º); (viii) ter por objeto declaração de verdade (por exemplo, o sócio obriga-se sempre aprovar as demonstrações financeiras); (ix) implicar a submissão do voto à aprovação de todas as propostas apresentadas pela administração social ou certo grupo; (x) usurpar a competência de outros órgãos. Sobre os limites dos pactos parassociais, há considerável doutrina nacional (sobre o tema, vide: ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, *A Lei das S.A.*, RJ : Renovar, 1992, pp. 509-522; CELSO DE ALBUQUERQUE BARRETO, *Acordo de acionistas*, RJ : Forense, 1982, pp. 62-64; CELSO BARBI FILHO, *Acordo de acionistas*, BH : Del Rey, 1993, pp. 97-98; MODESTO CARVALHOSA, *Acordo de acionistas*, SP : Saraiva, 1984, pp. 181-204, e *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2º vol., 3ª ed. SP : Saraiva, 2003, pp. 568-569; TARSIS NAMETALA SARLO JORGE, *Manual das sociedades limitadas*, RJ : Lumen Juris, 2007, nº 10.11.2, p. 233; e WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALLA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. II, RJ : Forense, 1977, p. 576).

⁹¹⁰ Cf.: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito de empresa*, cit., nº 116, p. 166.

entre os sócios de sociedades reguladas pelo Código Civil⁹¹¹, com a ressalva apenas de que as cláusulas lesivas aos interesses de terceiros e contrárias ao contrato social não serão oponíveis a quem deles não faça parte⁹¹²; gozarão de eficácia interna e apenas pelo metro de outros institutos (como o da *exceptio doli*) poderão projetar efeitos limitados perante terceiros.

De outro lado, para as sociedades anônimas, o legislador pátrio regulou, de forma minuciosa, uma espécie do gênero pacto parassocial: o acordo de acionistas (LSA, art. 118), para o qual fixou, como conteúdos típicos: (i) a compra e venda de ações, (ii) preferência para adquiri-las, (iii) o exercício do direito de voto e, por meio dele, o poder de controle. Seguramente, a lei não proíbe a celebração de pactos parassociais com conteúdo diverso ou transbordante do que foi especificamente assinalado para os acordos de acionistas⁹¹³: ocorre que acordos com outras matérias não poderão desfrutar dos instrumentos de autotutela previstos na lei acionária nem serão, nesta medida, oponíveis a terceiros, ainda que possam, dependendo do caso e tal como qualquer outro pré-contrato, se beneficiar dos instrumentos gerais de execução específica previstos nas leis civil e processual civil (CC, arts. 463 e 464; e CPC, arts. 466-A a 466-C).

O que se pretende, a esta altura, não é analisar detidamente o regime jurídico dos pactos parassociais, mas, tão-somente pôr em evidência certas estipulações que, se forem neles previstos, poderão se revelar úteis instrumentos de superação de bloqueios abusivos. É o que se procurará destacar nos itens seguintes.

⁹¹¹ Cf.: ARNOLDO WALD, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV, RJ : Forense, 2005, nº 384, p. 131, e nºs 1.030-1.046, pp. 347-353.

⁹¹² ARNOLDO WALD sugere que “para conhecimento de terceiros e com o fim de demonstrar a boa-fé das partes, seja feita menção da existência do acordo de quotistas no próprio contrato social ou nas suas alterações” (*Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV, cit., nº 1.046, p. 353). HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA observa que “tais acordos não poderão contar com eficácia externa perante terceiros tal como se encontra na Lei das S/A, por faltar, justamente, previsão legal. Assim sendo, seu inadimplemento gerará tão-somente ações de indenização por perdas e danos contra a parte que der causa ao rompimento, cabendo ao autor o ônus da prova em tal sentido, não se podendo, por exemplo, pleitear a nulidade do voto proferido contra os termos concertados ou a transferência de ações sem o oferecimento preferencial ali previsto” (*Curso de direito comercial*, vol. 2, SP : Malheiros, 2006, nº 1.12.4, p. 160).

⁹¹³ Cf. MODESTO CARVALHOSA, *Acordo de acionistas*, cit., p. 74.

7.5.1. Acordos de voto em geral.

Os pactos parassociais normalmente prevêm a obrigação de os contratantes comparecerem às assembléias⁹¹⁴ e nelas exercer o direito de voto no sentido estabelecido no acordo ou em reunião prévia. Nisso, não há violação à liberdade de voto⁹¹⁵. Especificamente no que se refere ao tema do presente estudo, afigura-se viável inserir no pacto, por exemplo, a obrigação de as partes aprovarem, atendidas as condições definidas no instrumento, operações de aumento ou redução de capital social, saneamento financeiro, transformação, eleição de administradores etc. A grande vantagem dos acordos de voto reside justamente nos meios que a lei concede para que os interessados obtenham o cumprimento específico da obrigação de emitir as declarações de vontade neles consubstanciadas.

Para os acordos de voto inseridos em acordos de acionistas que tenham sido devidamente registrados na sede da companhia, a lei acionária brasileira previu: em primeiro lugar, a possibilidade de os contratantes indicarem procurador para exercer em seu nome o direito de voto nas assembléias (LSA, art. 118, § 7º); em segundo, contemplou a *ineficácia* do voto proferido em nome do contratante com infração do acordo de acionistas, que assim não deverá ser computado pelo presidente da assembléia (LSA, art. 118, § 8º)⁹¹⁶; em terceiro, instituiu um drástico e eficaz mecanismo de autotutela (LSA, art. 118, § 9º), cuja constitucionalidade tem sido (a nosso ver, sem razão) questionada por parte

⁹¹⁴ Vide: FÁBIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed. RJ : Forense, 1983, nº 66, pp. 179-180.

⁹¹⁵ Nem há, como isso de há muito assentado, negociação ilícita de voto (CP, art. 177, § 2º): “não é a liberdade de voto, enquanto tal, que a norma pretende tutelar. Se assim fosse, qualquer ajuste que vinculasse o exercício do voto seria incriminado. É punido somente o pacto que se traduz numa corrupção do acionista, que negocia o voto em troca de uma vantagem, para si ou para outrem” (CESARE PEDRAZZI e PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, *Direito penal societário*, 2ª ed. SP : Malheiros, 1996, nº 5.7, p. 134).

⁹¹⁶ O voto proferido contra acordo de acionistas devidamente registrado na companhia não é inválido, mas ineficaz (cf.: CALIXTO SALOMÃO FILHO, nota de texto nº 43 na obra *O poder de controle na sociedade anônima* de FÁBIO KONDER COMPARATO, 4ª ed. RJ : Forense, 2005, p. 228; ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Apontamentos sobre a invalidade das deliberações conexas das companhias*, ‘in’ *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*, SP : Malheiros, 2009, p. 90; FÁBIO KONDER COMPARATO, *Validade e eficácia de acordos de acionistas; execução específica de suas estipulações*, ‘in’ *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, cit., p. 70; LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Efeitos sobre terceiros dos acordos de acionistas*, ‘in’ *Pareceres*, vol. I, SP : Singular, 2004, p. 130; MODESTO CARVALHOSA, *Acordo de acionistas*, cit., p. 244; e RENATO VENTURA RIBEIRO, *Direito de voto nas sociedades anônimas*, SP : Quartier Latin, 2009, p. 263).

da doutrina⁹¹⁷: se o acionista deixar de comparecer à assembléia geral ou, comparecendo, se abster de votar, qualquer outro dos acionistas-contratantes presente ao conclave, ou o representante por estes escolhido, poderá votar em nome do contratante ausente ou abstinente. Não se trata de “mandato legal”⁹¹⁸, mas de autêntico instrumento de autotutela. A dúvida que remanesce, diante do direito posto, é saber se, comparecendo o acionista e votando contra os termos do acordo, a consequência seria apenas a ineficácia do voto, que não poderá ser computada no quórum de deliberações, ou, então, se o representante eleito pelo acordo de acionistas poderá votar (contra a vontade do mandante presente ao ato)⁹¹⁹. A questão é seguramente polêmica, mas, a não se admitir a segunda solução alvitada, haverá sempre a possibilidade de ser bloqueada a aprovação daquelas matérias cujos quóruns de deliberação são fixados em função do capital social votante, e não da maioria dos votos válidos dos presentes ao ato – muito embora, em semelhante hipótese, o posterior acerto judicial da deliberação seja então possível.

Diversamente, os acordos de voto inseridos em simples pactos parassociais de sociedades às quais não se apliquem subsidiariamente as regras da Lei das S/A – como as sociedades simples e as sociedades limitadas regidas supletivamente pelas regras das sociedades simples (CC, art. 1.053) – não podem se beneficiar do mecanismo de autotutela acima referido. Em princípio, é verdade, no caso de descumprimento da obrigação de emitir declaração de vontade consubstanciada em acordo de voto, seria teoricamente cabível a propositura de ação para obter em juízo os efeitos da declaração não emitida (a

⁹¹⁷ Cf. (questionando a constitucionalidade da regra): MODESTO CARVALHOSA e NELSON EIZIRIK, *A nova Lei das S/A*, SP : Saraiva, 2002, pp. 230-234; e MARCELO M. BERTOLDI, *Acordo de acionistas*, SP : RT, 2006, n° 6.4.2.3, pp. 124-127, e *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas* (obra coletiva), 2ª ed. SP : RT, 2002, pp. 94-96 – registrando-se, neste último trabalho, que “uma coisa é o exercício legítimo de um direito independentemente da manifestação prévia do Poder Judiciário, outra completamente diferente é exercer um direito (direito de voto) em nome de outra pessoa, sem sua expressa concordância”.

⁹¹⁸ A designação “mandato legal”, conquanto tenha prosperado na doutrina (vide: PAULO CEZAR ARAGÃO, *A disciplina do acordo de acionistas na Reforma da Lei das Sociedades por Ações*, ‘in’ *A Reforma da Lei das Sociedades por Ações* (obra coletiva) – coord. Jorge Lobo, 2ª ed. RJ : Forense, 2002, p. 374; e MARLON TOMAZETTE, *Curso de direito empresarial*, vol. 1, SP : Atlas, 2008, p. 498), é equívoca e tem sido refutada por outra parcela de estudiosos (vide: CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO, *Direito das companhias* (obra coletiva) – coords. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, vol. I, RJ : Forense, 2009, p. 483; e MARCELO M. BERTOLDI, *Acordo de acionistas*, cit., n° 6.4.2.2, pp. 122-123).

⁹¹⁹ PAULO CEZAR ARAGÃO defende a segunda opção: “Dir-se-á que, se malgrado o mandato, o acionista mandante lançar voto contrário ao acordado, perder-se-á a efetividade do contratado, mas a conclusão não é correta, já que – havendo mandatário indicado e presente – o presidente deverá abster-se de computar, ao amparo do § 8º, o voto do acionista mandante inadimplente e computar o voto do mandatário, no sentido convencionado” (*A disciplina do acordo de acionistas na Reforma da Lei das Sociedades por Ações*, cit., p. 374). Em sentido diverso, vide: ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD, *Execução específica dos acordos de acionistas*, SP : Quartier Latin, 2006, p. 128.

saber, os votos no sentido prometido pelo ausente ou abstinente, ou a “correção” dos votos emitidos pelo contratante inadimplente presente ao conclave), inclusive com a possibilidade de se pedir, cumulativamente, o próprio acerto do resultado da deliberação assemblear, caso os efeitos dos votos supridos⁹²⁰ sejam de molde a afetar o próprio resultado da deliberação⁹²¹. Acontece que dita solução – que ainda hoje continua a ser residualmente aplicável aos acordos de votos constantes de acordos de acionistas (p. ex., nos casos em que o voto em contraste com o acordo vem a ser equivocadamente admitido pelo presidente ou o mecanismo de autotutela não é exercido, por algum motivo qualquer) – encontra uma séria limitação na já citada regra geral do art. 997, par. ún., do Código Civil, segundo a qual os pactos parassociais são ineficazes em relação a terceiros (entendidos como tais aqueles que não são partes do pacto parassocial nem do contrato social). Nesta linha, a execução específica do acordo de votos em pacto parassocial poderá encontrar sério obstáculo, particularmente nos casos em que houver sócios que dele não participam. Por tal razão, é importantíssimo que, nas sociedades contratuais, os sócios não deixem de reproduzir no contexto do próprio contrato social aquilo que tenham convencionado, justamente para que as estipulações tenham plena eficácia perante toda a coletividade dos sócios; do contrário, poderão ter dificuldades para obter a tutela específica do que foi convencionado.

7.5.2. Pactos de capitalização e acordos de suprimento.

Conforme já visto, no direito brasileiro não é possível compelir, por meio de regra inserida no contrato social ou dos estatutos, os sócios a realizarem prestações complementares (*Nachschüssen*). Mas nada impede – e é até muito comum que em

⁹²⁰ Não há substituição da vontade do sócio nem condenação à emissão de novo voto em sentido conforme o que fora convencionado: “Tanto a sentença quanto a decisão arbitral não irão, a rigor, condená-lo a proferir tal declaração de vontade; ao contrário, a vontade do devedor é desde logo havida por substituída (i.e., *suprida*) pelo comando judicial ou pela decisão arbitral, produzindo estes, conforme o caso, os mesmos efeitos da execução específica ou direta (i.e., em que os efeitos da mora são diretamente sanados)” (PAULO CEZAR ARAGÃO, *A disciplina do acordo de acionistas na Reforma da Lei das Sociedades por Ações*, cit., p. 372). No mesmo sentido, vide: LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Efeitos sobre terceiros dos acordos de acionistas*, ‘in’ *Pareceres*, vol. I, cit., p. 132; e MARLON TOMAZETTE, *Curso de direito empresarial*, vol. 1, cit., p. 497.

⁹²¹ Entre nós, os tribunais já admitiram o acerto do resultado da deliberação assemblear por efeito da execução específica de acordo de acionistas (vide: TJRJ, Ap. 1.534/97, 8ª CC., Rel. Des. LAERSON MAURO, v.u., j. 04.11.1997). Como voto e deliberação são realidades distintas, é necessário cumular esse pedido de acerto (em sentido contrário, porém, entendendo implícito o pedido, vide: ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD, *Execução específica dos acordos de acionistas*, cit., p. 151).

contratos de associação internacional ou *joint venture* se preveja – a obrigação de um, alguns ou todos os contratantes realizarem novos aportes em aumentos do capital social, no montante que for definido. Em semelhante hipótese, deverão eles, de acordo com as condições convencionadas, não apenas votar favoravelmente ao aumento de capital adrede consentido (e, portanto, passível de ser objeto de tutela específica), mas, sobretudo, subscrever e integralizar novas quotas ou ações decorrentes desse aumento do capital.

De igual modo, poderão os contratantes convencionar, por intermédio de pacto parassocial, acordos de suprimento: obrigações de suprimento pecuniário ao caixa social, já não sob a forma de aumento de capital, e sim como autêntico empréstimo à sociedade, no montante e de acordo com as estipulações convencionadas, hipótese em que o sócio se colocará perante a sociedade como autêntico mutuante, e não propriamente como sócio. Em princípio, ambas as modalidades contratuais são válidas⁹²²: se os sócios podem subscrever inicialmente capital mais elevado, deixando a integralização para depois, poderão, por maior razão – até porque, objetivamente, isso lhes é benéfico, por não os expor a responsabilidades perante terceiros (CC, art. 1.052; e LSA, art. 108) –, combinar que irão, em um primeiro momento, subscrever e integralizar dado valor junto ao capital social e, em um segundo, outro tanto. Tais ajustes funcionam como autênticas estipulações em favor de terceiro (CC, arts. 436 e 438), cujo adimplemento poderá ser exigido indiferentemente pelos estipulantes ou pela beneficiária, isto é, a sociedade.

Entretanto, exige-se que os valores a serem vertidos em aumento de capital, ou supridos ao caixa, sejam previamente definidos, pois não se conceberia que os sócios pudessem se comprometer de forma ilimitada, em contraste com as regras fundamentais do tipo societário. Ainda assim, tais estipulações, comuns na prática, são bastante úteis, pois visam assegurar os meios necessários para exploração da atividade coletiva e abreviam as discussões entre os sócios sobre a disposição destes em aportar dinheiro: o tema já se encontra previamente definido; o descumprimento da obrigação poderá, no caso do pacto

⁹²² Conforme destaca FRANCESCO GALGANO, “la pratica conosce un’infinita varietà di contratti parasociali. Econe alcuni esempi: i soci si impegnano a deliberare, a scadenze prestabilite, aumenti di capitale di prestabilito ammontare” (*La società per azioni*, ‘in’ *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* – diretto da Francesco Galgano, vol. 7º, 2ª ed. Padova : CEDAM, 1988, nº 5, p. 95). No mesmo sentido: FRANCESCO GALGANO e RICCARDO GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., nº 5, pp. 129 e 135; e FRANCESCO GALGANO, *Derecho comercial*, vol. 2, cit., nº 8.4, p. 252.

de capitalização, autorizar a tutela específica para superar (ao menos) o eventual bloqueio ao aumento de capital e, quanto ao mais, legitimar a cobrança do valor ou, em certos casos (e como resultado da coligação contratual), até a exclusão do sócio remisso.

7.5.3. Opções de compra e venda.

As opções em geral são, nas palavras de Antonio Junqueira de Azevedo, “certamente contratos, negócios jurídicos bilaterais; é somente do ponto de vista dos efeitos que dela surgem, que as opções são ditos contratos unilaterais; de um lado, há somente vantagem, direito formativo, e, de outro, somente desvantagem, situação de sujeição. Já na formação, as opções são bilaterais, são contrato”⁹²³. Nelas não se exige, por certo, que estejam perfeitamente determinados todos os requisitos do contrato futuro a ser celebrado, caso a opção venha a ser exercida: basta que os requisitos faltantes sejam determináveis⁹²⁴.

Genericamente, podem as opções ser de venda (*put option*) ou de compra (*call option*). “No jargão do mercado”, explica Carlos Augusto da Silveira Lobo, “a opção de compra é designada pela expressão inglesa ‘call’ que sugere o fato de o outorgado ter a faculdade de unilateralmente ‘chamar’ para si as ações, adquirindo sua propriedade; a opção de venda é designada ‘put’ porque o outorgado tem a faculdade de unilateralmente impor à outra a aquisição da propriedade das suas ações”⁹²⁵.

A utilidade das opções é manifesta, inclusive no que se refere ao tema de nossa pesquisa. Assim, ao exercer uma opção de compra (*call option*), pode-se afastar da sociedade o sócio indesejado, superando bloqueios e dificuldades que o mesmo pudesse estar causando; ao executar a opção de venda (*put option*), inversamente, o interessado força a aquisição de suas participações e consegue o seu desligamento da sociedade na qual não deseja mais permanecer.

⁹²³ ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Novos estudos e pareceres de direito privado*, cit., nº 14, p. 237. No mesmo sentido: LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Pacto de opção de compra (call) de ações em acordo de acionistas*, ‘in’ *Pareceres*, vol. II, SP : Singular, 2004, pp. 1.134-1.135 (para quem “é contrato unilateral porque, embora seja um negócio jurídico bilateral, como todo contrato, formado pelo consentimento das partes, gera obrigações somente para uma delas – *ex uno latere*”).

⁹²⁴ LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Pacto de opção de compra (call) de ações em acordo de acionistas*, ‘in’ *Pareceres*, vol. II, cit., p. 1.135.

⁹²⁵ CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO, *Direito das companhias* (obra coletiva) – coords. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, vol. I, RJ : Forense, 2009, p. 469.

A grande vantagem das citadas opções é que, em primeiro lugar, elas se enquadram no conteúdo típico dos acordos de acionista, de modo que, estando o mesmo averbado no livro de registro de ações nominativas, serão as suas respectivas cláusulas oponíveis a terceiros (LSA, art. 118, § 1º); e, sobretudo, em segundo, estejam elas previstas em acordos de acionistas ou em pactos parassociais simples, as opções comportam execução específica (CC, arts. 463 e 464), nos moldes previstos na legislação processual civil: “se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado” (CPC, art. 466-B)⁹²⁶. Para tanto, é imprescindível que, em concreto, os pressupostos indispensáveis à execução específica do acordo⁹²⁷ estejam presentes ou, ao menos, possam ser determinados prescindindo de declarações inovativas dos figurantes⁹²⁸. Especificamente no que se refere às opções de compra ou de venda, haverá necessidade de que o objeto e o preço sejam determinados ou

⁹²⁶ Cf.: “Tratando-se de opção de compra irrevogável, válida e regular, uma vez não cumprida pelo devedor a obrigação, é permitido ao credor obter a condenação daquele a emitir a manifestação de vontade a que se comprometeu, sob pena de, não o fazendo, produzir a sentença o mesmo efeito do contrato a ser firmado” (STJ, REsp 5.406-SP, 4ª Turma, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, v.u., j. 26.03.1991, DJU 29.04.1991).

⁹²⁷ É preciso, pois, bem distinguir: “Os elementos necessários para a *configuração do contrato preliminar* não podem ser confundidos com os *pressupostos indispensáveis à execução específica* do acordo. Esta dualidade poderia parecer sutil a quem não atentasse para um dado essencial: que o contrato preliminar não é um tipo contratual com conteúdo definido, mas sim uma categoria suscetível de gradação, conforme a possibilidade de predeterminar o conteúdo do contrato definitivo. Essa gradação, com obrigações mais fracas e mais fortes, é devida, no caso, à variável complexidade econômica subjacente” (ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Novos estudos e pareceres de direito privado*, cit., nº 15, p. 256).

⁹²⁸ É o que muito bem explica ALCIDES TOMASETTI JÚNIOR na sua modelar tese de doutorado, ao tratar dos graus de predeterminação do conteúdo do contrato definitivo no âmbito do contrato preliminar: “A análise da preliminaridade contratual revela a elasticidade do primeiro contrato relativamente à compreensibilidade, maior ou menor, do conteúdo do segundo, com a consequência de se apresentar, no encadeamento contrato preliminar-contrato definitivo, uma programação variável quanto à estabilização e a fixação do regramento contratual cuja introdução é diferida. a) No *estádio mais completo* dessa programação, o conteúdo do contrato definitivo já está totalmente preestabelecido no contrato preliminar. Exemplo que ilustra o grau máximo de fixação antecipada do conteúdo do contrato definitivo dá-se, na espécie já lembrada, em que as partes, por documento particular, prometem outorgar a propriedade integral de um imóvel que lhes pertence em comum, ao possuidor atual, também condômino, recebendo, em contrapartida, deste último, a renúncia de parte ideal de herança que lhe caberia juntamente com os demais figurantes no contrato-promessa. Neste caso, aguarda-se, simplesmente, o término do inventário, devendo então os promitentes outorgar a escritura definitiva do acordo de permuta já delineado em seus extremos (...). b) Um *termo médio* de programação existe quando *algo falta* – do conteúdo do contrato definitivo, na projeção antecipada pelo contrato preliminar – que não depende de ou pode facilmente prescindir de declarações *inovativas* dos figurantes, aos quais cabe propriamente então concluir um segundo contrato, isto é, fazer todo o necessário e suficiente para que este produza os efeitos queridos (...). c) O *termo mínimo* da programação do contrato definitivo ocorre, na relação jurídica contratual preliminar, quando, fixada, no primeiro contrato, a base do regramento negocial cuja introdução é diferida, subsistem, todavia, em aberto pontos negociais que carecem de *acordos residuais ulteriores*, em virtude da complexidade ou da determinação *in fieri* do conteúdo do segundo contrato *no momento* em que se dá a conclusão do preliminar” (*Execução do contrato preliminar*, SP : USP (tese), 1982, pp. 22 a 24).

determináveis⁹²⁹. Além disso, é fundamental que a opção seja outorgada a alguém diferente da própria sociedade, dado que esta só poderá adquirir as suas próprias participações societárias em condições estritas (LSA, art. 30), de tal modo que, se de futuro não mais as preencher, a opção restará ineficaz⁹³⁰.

De todo o modo, observadas as devidas cautelas na celebração de opções, são elas importantíssimo instrumento de superação de conflitos societários.

7.5.4. Opção multilateral para afastamento do recalcitrante (ou opção de compra expulsória).

Particularmente nas sociedades anônimas, onde a exclusão do acionista por falta grave no cumprimento de seus deveres sociais não tem expressa previsão legal e se expõe a maiores contestações, parece viável que, no pacto parassocial, os acionistas concedam reciprocamente (e, eventualmente, à própria sociedade) uma opção irrevogável de compra (*call option*), que deverá contemplar o preço determinado (ou indeterminado, mas determinável) para o seu exercício e todas as demais condições da compra e venda (em especial, objeto, forma e prazo para pagamento), subordinada essa opção a uma ou mais condições suspensivas (CC, art. 125) diretamente relacionadas ao comportamento individual do acionista junto à sociedade, aos demais acionistas e colaboradores internos, conforme assim for objetiva e claramente descrito no pré-contrato.

Nestas condições, se o acionista incorrer na conduta prescrita como condição suspensiva (por exemplo, tornar-se concorrente ou controlador de concorrente, abusar dos bens sociais, desviar funcionários, apropriar-se de oportunidades negociais em benefício próprio ou de outrem ou, genericamente, incorrer em grave violação do dever societário de lealdade ou, como preferem outros, violação do interesse social), a opção de compra tornar-se-á eficaz e, vindo a ser exercida pelos acionistas (ou pela sociedade, desde

⁹²⁹ A propósito da inexecutabilidade de pré-contrato desprovido dos requisitos legitimadores de execução específica, vide: JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Adjudicação compulsória de ações de sociedade anônima*, 'in' *Temas de direito processual civil (1ª série)*, 2ª ed. SP : Saraiva, 1988, pp. 162-181.

⁹³⁰ Sobre o tema (impossibilidade de a própria sociedade ser compelida a adquirir as ações de sua emissão, em razão do exercício de opção de venda), há interessante parecer de LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES (*Acordo de acionistas e opção de venda (put)*, 'in' *Pareceres*, vol. II, cit., p. 1.397).

que esteja em condições de adquirir as suas próprias ações, sem incorrer em nenhuma restrição prevista no art. 30 da Lei das S/A), o indivíduo acabará sendo afastado da sociedade, por efeito da consumação de uma autêntica venda expulsória. A dúvida que semelhante disposição pode suscitar é, sobretudo, saber em que medida a condição suspensiva aposta na opção de compra seria puramente potestativa (CC, art. 122). Quanto a isso, é preciso bem diferenciar, de um lado, a potestatividade no implemento da condição (se o implemento da condição está ou não sujeito ao arbítrio da contraparte) e, de outro, as condições de verificação do seu implemento.

Ora, no que se refere à cláusula antes ideada, é certo que haverá casos em que a verificação do implemento da condição dar-se-á sob bases bastante objetivas (por exemplo, constatar se o acionista participa ou está associado a concorrente); em outros casos, esta verificação exigirá um certo juízo de valor que, enquanto tal, traz uma carga subjetiva (por exemplo, qualificar certas condutas como graves, desagregadoras e lesivas ao interesse social ou ao dever de lealdade). Nestes últimos casos, não parece haver espaço para se cogitar de potestatividade *na condição*: o sujeito passivo da opção não estará, de forma alguma, sujeito ao arbítrio da contraparte *no implemento* da condição; ao contrário, os fatos desencadeadores do implemento da condição suspensiva não resultarão da contraparte, e sim decorrerão sempre de fato imputável ao próprio sujeito passivo.

Como se vê, o risco de arbítrio não estará na implementação ou não da condição suspensiva (o que, *per se*, afasta a sua potestatividade), mas residirá, eventualmente, no juízo de valor que a contraparte pretenda tirar dos fatos – o que terá como efeito apenas suscitar uma ulterior discussão sobre a implementação ou não da condição, e não sobre se a mesma é ou não potestativa. É certo que mesmo em relação à forma de realizar esse juízo de valor e desejosos de dar maior ou menor formalismo ao ato, podem as partes atribuir distintas modelagens negociais, a saber: (1º) deixar que toda a discussão sobre a ocorrência e a gravidade dos fatos implementadores da condição suspensiva fique relegada à sede jurisdicional própria (que será, dependendo do caso, em sede de ação anulatória do negócio jurídico ou em ação para cumprimento específico da obrigação de contratar); (2º) estipular que caberá aos demais acionistas decidir, por maioria, se os fatos tidos como desencadeadores do implemento da condição suspensiva caracterizam ou não falta grave, assegurada, outrossim, a convocação do sujeito passivo

para participar da reunião especialmente convocada, a fim de nela se defender; ou (3º) acometer a terceiros árbitros previamente escolhidos a decisão sobre se as condutas imputadas ao sujeito passivo subsumem-se ou não aos fatos implementadores da condição suspensiva.

Em qualquer uma das modalidades, lograr-se-á, através do exercício da opção multilateral de compra, o afastamento compulsório do acionista recalcitrante que, com a sua própria conduta, deu causa ao implemento da condição suspensiva – restringindo-se a eventual discussão entre as partes sobre saber se as faltas imputadas ao sujeito passivo ocorreram ou não ou, o que dá no mesmo, se os fatos a ele imputados são ou não subsumíveis à hipótese prevista como condição da opção de compra. Este juízo de valor poderá caber ao próprio sujeito ativo da ação (de tal modo que, não concordando o sujeito passivo, a matéria será debatida nos autos de ação de cumprimento específico da estipulação), poderá alternativamente ser relegado à decisão coletiva dos acionistas ou ser atribuído à apreciação de terceiros árbitros. Reconhece-se, é inegável, que o mecanismo ora engendrado pode parecer complicado e, de fato, o é, mas, com efeito, constitui uma alternativa a ser estudada, notadamente nos casos em que os sócios, por alguma razão específica, se virem compelidos a constituir a sociedade sob a forma de anônima e nenhum deles concorde em outorgar ao outro uma opção incondicionada de venda ou porque não há condições objetivas para isso.

8. ABUSO DE IGUALDADE: CONTRIBUTO AO SEU ESTUDO.

8.1. Notas introdutórias.

Conquanto sempre desaconselhada por advogados e consultores em geral, a constituição de sociedades com capital igualmente dividido entre os seus dois únicos sócios é realidade que talvez se explique pela desconfiança nata dos sócios e pelo correlato desejo de ambos controlarem estritamente a conduta do outro. Semelhantes sociedades funcionam apenas se houver unanimidade, a respeito de tudo e de todos, entre ambos os sócios; do contrário, paralisa-se o seu funcionamento. Por este motivo, ditas sociedades soem ser qualificadas de “sociedades-burras” – porquanto, se toda unanimidade é burra, como dizia Nelson Rodrigues, aquela que a pressupõe não poderia ser tachada senão como tal. Como bem lembra Fábio Konder Comparato, pode nelas nem haver um poder de controle efetivo, pois, “à falta de resolução por meio de acordo, nenhum sócio poderá fazer preponderar seus votos em assembléia; e, estando eles em divergência, não se poderá falar em controle totalitário”⁹³¹. São, pois, sociedades “burras” e “descontroladas”, donde se vê o perigo que elas efetivamente representam.

8.2. Pressupostos: na essência, os mesmos do abuso da minoria.

Em caso de impasse, a dificuldade que se coloca nestas sociedades é saber se há abuso por parte de algum dos sócios e quem é o seu responsável. Para tanto, podem e devem aqui ser utilizados os mesmos pressupostos caracterizadores do abuso de minoria⁹³², antes estudados. Dogmaticamente, não se há dessemelhanças de fundo na teoria dos abusos de minoria e de igualdade⁹³³, como, de resto, também elas não existem em relação ao abuso de maioria. Em qualquer uma de suas manifestações, sobressai na caracterização do abuso a atitude do sócio voltada à satisfação de um interesse extrassocial, em detrimento do interesse comum dos e dos deveres de salvaguarda e de cautela decorrentes do dever de lealdade.

⁹³¹ FÁBIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed. RJ : Forense, 1983, nº 16, pp. 63-64.

⁹³² BRUNO PETIT, *Droit des sociétés*, 2ª ed. Paris : Litec, 2004, nº 154, p. 91.

⁹³³ Cf.: PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, 2ª ed. Paris : Montchrestien, 2003, nº 253, p. 148.

A particularidade a ser destacada nas sociedades igualitárias de dois sócios está em que, pela sua própria estrutura pessoal, os deveres de lealdade são reforçados: os deveres de cooperação e consideração são exponencializados porque, na sua falta, a atividade comum a cuja exploração os sócios resolveram se dedicar não prospera. Por este motivo, consoante destacam Thomas Raiser e Rüdiger Veil, “dos sócios de uma sociedade limitada composta por apenas duas pessoas deve ser exigido um grau mais elevado de espírito de cooperação e consideração para com o interesse do outro, do que numa multiplicidade de membros”⁹³⁴.

8.3. Hipóteses características.

No plano da fenomenologia, o abuso de igualdade distingue-se da oposição abusiva da minoria, na medida em que o impasse entre sócios igualitários pode paralisar o processo de tomada de qualquer deliberação social, extraordinária ou não, e, em alguns casos, até de atos de gestão cotidiana. Efetivamente, de regra, a minoria societária apenas consegue inviabilizar a tomada de decisões que exijam quórum qualificado fixado em razão do capital social. Mas, em uma sociedade onde o capital social está dividido de maneira igualitária entre os dois sócios, até o quórum ordinário de deliberação da maioria simples dos presentes, poderá ser bloqueado, desde que os sócios compareçam ao conclave e se coloquem em desacordo. Portanto, conclui-se que, para o prosseguimento da exploração da atividade negocial, o abuso de igualdade tende a ser ainda mais deletério: obsta a aprovação de contas, a distribuição de lucros, a eleição de administradores e tudo o mais que dependa dos sócios⁹³⁵.

O *punctum saliens* na matéria é detectar a situação de abuso, definir a parte responsável e em que extensão. Nem sempre isso é fácil, pois, como anotam Maurice Cozian, Alain Viandier e Florence Deboissy, “a oposição sistemática de um dos sócios não

⁹³⁴ THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 4ª ed. München : Verlag Franz Vahlen, 2006, § 28, nº 40, p. 443: “Von den Gesellschaftern einer nur aus zwei Personen bestehenden GmbH muss ein höheres Maß von Kooperationsbereitschaft und Rücksichtnahme auf die Belange des anderen verlangt werden als bei einer Vielzahl von Mitgliedern”.

⁹³⁵ O abuso de igualdade apresenta um domínio mais vasto em comparação ao abuso de minoria, “puisque, toutes les fois que le vote a lieu en capital, celui qui détient la moitié des parts ou des actions est toujours assuré de pouvoir bloquer la décision, quelle que soit la majorité exigée” (BRUNO PETIT, *Droit des sociétés*, cit., nº 154, p. 91).

revela necessariamente um abuso de igualdade”⁹³⁶. Em cada caso, insista-se, é preciso que bem fiquem demonstrados os pressupostos do abuso, o que nem sempre é fácil avaliar.

Exemplo haurido do direito francês, no célebre *Arrêt Elane*, foi resumido da forma seguinte por Maurice Cozian e Alain Viandier e bem ilustra a complexidade dessa avaliação⁹³⁷. No caso em questão, foi constituída, em 1971, a sociedade limitada *Elane*, com o capital social de 20.000 F, o mínimo, àquela época, dividido igualmente entre os seus dois sócios, Jung e Simon, o último deles exercendo ainda a função de administrador. A sociedade, que possuía por objeto o comércio de produtos petrolíferos, inicialmente prosperou, e prova disso é que o montante das reservas acumuladas em 1982 era da ordem de 1.200.000 F, ou seja, 60 (sessenta) vezes o montante do capital social.

Na seqüência de suas atividades, uma sombra despontou no horizonte: as despesas financeiras e os custos comerciais, nos últimos tempos, aumentaram progressivamente. Um remédio para isso existia: a obtenção de uma licença de importação de produtos petrolíferos A3, válida por três anos, que permitiria à sociedade se aprovisionar em condições mais vantajosas e aumentar as margens de lucro. Só que uma tal licença petrolífera A3 não poderia ser concedida senão a uma sociedade anônima com capital social compatível com o volume de negócios tratados. A solução para dita exigência estava ao alcance das mãos dos sócios: incorporar as reservas ao capital e transformar a sociedade de limitada para anônima. Mas, ambas as decisões eram de natureza extraordinária, implicando na modificação do contrato social e supondo, assim, o acordo do sócio Jung. Mas este refugiou-se na obstrução sistemática, passou a se a qualquer decisão, extraordinária ou ordinária, e recusou a aprovação das contas e a distribuição de dividendos.

Diante deste quadro de impasse jurídico, despontou um severo contencioso societário. De início, o sócio Simon propôs ação para adquirir as participações societárias de Jung e a demanda foi rejeitada, pois o direito francês não permite a exclusão de sócio

⁹³⁶ MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 20ª ed. Paris : Litec, 2007, nº 386, p. 187: “l’opposition systématique de l’un des deux associés ne révèle pas nécessairement un abus de égalité”.

⁹³⁷ A exposição do caso segue o resumo de MAURICE COZIAN e ALAIN VIANDIER (*Droit des sociétés*, 5ª ed. Paris : Litec, 1992, nº 478, pp. 155-156).

para além dos casos excepcionais previstos em lei e salvo cláusula estatutária prevendo essa medida extrema. Na seqüência, Jung contra-atacou reclamando a dissolução da sociedade por desinteligência entre os sócios; sua demanda foi igualmente rejeitada, porque era a sua atitude que se encontrava na origem da situação de bloqueio e impasse, como também o foi a sua demanda de designação de um administrador provisório, pois não havia paralisia do órgão de gestão. Por fim, Simon tornou a juízo para pleitear o reconhecimento do abuso de igualdade, e nisso obteve ganho de causa: os juízes da Corte de Apelação de Dijon, por decisão de 16.11.1983, entenderam que a incorporação das reservas ao capital social e a transformação da sociedade limitada em sociedade anônima não implicariam a Jung qualquer sacrifício financeiro nem em atentado à igualdade entre os dois sócios; à vista dos relatórios apresentados pelos peritos, a obtenção de uma licença A3 não acarretava qualquer risco; ao contrário, ela garantiria o desenvolvimento da empresa e a melhoria dos resultados financeiros.

Jung foi, por consequência, condenado ao pagamento de severas perdas e danos, que, à evidência, no espírito dos juízes, eram meio suficiente de pressão para dissuadir o recalcitrante. Pois bem, esta solução encontrada pela Corte de Apelação de Dijon recebeu severas apreciações críticas da doutrina, o que bem revela a delicadeza do tema. Ao comentar o aresto, Paul Le Cannu observou que, no caso, os juízes teriam ido aos extremos limites do que seria possível fazer nesta matéria, destacando que, na hipótese em questão, não era em nada economicamente desarrazoado o sócio desejar limitar a expansão da empresa, pois os investimentos audaciosos e os reveses do mercado encontram-se na origem das derrocadas econômicas; decidindo como o fez, a Corte de Apelação de Dijon consagrou uma obrigação para o minoritário de assumir os riscos de expansão que ele não desejava. Além disso, a sobrevida da empresa comum não estava em jogo e o prejuízo causado pela recusa era somente o da perda de uma chance de a sociedade melhorar os seus resultados. Na verdade, a severidade da decisão da Corte de Dijon talvez seja melhor compreendida e aceita, porque, no contexto fático, se fazia presente o eco de um elemento subjetivo a marcar a conduta do sócio recalcitrante. É que, segundo arremataram Maurice Cozian e Alain Viandier:, “como todo bom romance, este caso também tem o seu segredo; eis a chave do enigma: recrutado pela sociedade limitada na qualidade de diretor comercial, Jung foi removido da função por Simon em 1977, daí as peripécias que se seguiram...

Moral da história: desconfiar das sociedades limitadas com participações igualitárias e de sociedades de capital inexpressivo”⁹³⁸.

Outro caso de abuso de igualdade narrado por Cozian, Viandier e Deboissy somente vem a confirmar a delicadeza da matéria. Na questão decidida pela Corte de cassação francesa em 1997 (Cass. com., 08.07.1997: *Bull. Joly* 1997), dois irmãos tinham cada um a metade do capital de uma sociedade limitada; um deles recusou, sistematicamente, todas as resoluções propostas pelo seu sócio, administrador da sociedade, que, por sua vez, demandou do sócio recalcitrante perdas e danos sob a alegação de abuso de igualdade. O Tribunal do Comércio de Salon-de-Provence acolheu a demanda e condenou o sócio pesadamente: ele deve pagar dez milhões de francos à sociedade e dois milhões a seu irmão. Essa decisão de primeira instância foi reformada em sede de apelação e o recurso interposto pelo sócio-administrador foi rejeitado pela Corte de cassação. O que prevaleceu foi o entendimento de que, longe de constituir um abuso de igualdade, a oposição do sócio justificava-se, na espécie, pela atitude do próprio administrador: as carências na gestão social e a recusa de transparência imputadas a este último legitimaram a suspeição do outro sócio e sua correlata recusa em votar as resoluções que lhe foram submetidas; a prova de um prejuízo ao interesse geral da sociedade não foi produzida. Deste julgado, repercute-se o entendimento de que não basta para inferir o abuso de igualdade a simples recusa em votar por parte de um dos sócios igualitários. Em realidade, como bem concluem Cozian, Viandier e Deboissy, “a divisão do capital de uma sociedade em parte iguais entre dois sócios é uma situação perigosa, *a fortiori* quando os dois sócios têm a qualidade de administrador”⁹³⁹.

Como se observa, os litígios societários envolvendo situações de abuso de igualdade constituem, em sua maioria, um jogo de luzes e sombras que recaem sobre ambos os lados. Descobrir quem é o culpado e se há apenas um culpado ou sócios igualmente responsáveis constituem tarefas sempre espinhosas, mas também muito

⁹³⁸ MAURICE COZIAN e ALAIN VIANDIER, *Droit des sociétés*, cit., n° 478, p. 156: “Comme toute histoire, cette affaire a ses dessous; voici la clé de l’énigme: recruté par la SARL en qualité de directeur commercial, Jung fut licencié par Simon en 1977; d’où les péripéties qui ont suivi... Morale de l’histoire: se méfier des SARL à égalité de parts et des sociétés au capital ridicule”.

⁹³⁹ MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, cit., n° 388, p. 189: “le partage du capital d’une société à parts égales entre deux associés est une situation dangereuse, *a fortiori* lorsque les deux associés ont la qualité de gérant”.

necessárias e imprescindíveis. Só a inviabilidade de persecução da exploração da atividade, em razão do bloqueio de um dos sócios, pode até autorizar a dissolução, mas nunca *per se* legitimar a exclusão de um deles, se este não incorreu em falta grave ou se não foi *só ele* quem preponderantemente incorreu em falta grave.

8.4. Soluções no direito brasileiro.

Estabelecida a identidade nuclear dos abusos de minoria (oposição abusiva) e de igualdade, percebe-se logo que os remédios teoricamente cabíveis para o seu sancionamento são os mesmos acima indicados para o primeiro tipo de abuso (Capítulo 6). Não cabe aqui reapreciá-los, senão apenas destacar uma ou outra particularidade que no particular aqueles meios adquirem.

O recomendável é que, por ocasião da constituição da sociedade, os sócios não descurem das técnicas acautelatórias (mencionadas no Capítulo 7): insiram no estatuto ou contrato social cláusulas de superação de impasse ou celebrem pacto parassocial, de tal sorte que, surgindo o problema, possa ele ser rapidamente solucionado – mesmo com o recurso à tutela específica, nos casos em que os sócios tiverem dado o seu prévio consentimento à aprovação de determinadas operações. Não havendo nada disso, restarão apenas os instrumentos gerais, com destaque para os seguintes.

8.4.1. Exclusão judicial do sócio; novamente o problema na LSA.

A exclusão judicial do sócio faltoso é solução possível em caso de abuso de igualdade. As dificuldades sentidas em sua aplicação são, em primeiro lugar, o genérico problema do tempo exigido para a sua implementação em juízo, notadamente nos casos em que não houver prova robusta do descumprimento de deveres sociais pelo excluendo a possibilitar a concessão de tutela de urgência (com a suspensão preventiva de alguns dos direitos de sócio); a segunda dificuldade está em que a exclusão só poderá ser aplicada nos casos em que houver parte inocente, pois, se ambos os sócios forem igualmente responsáveis por abusos e descumprimento dos deveres sociais, não haverá como aplicar arbitrariamente a medida a apenas um deles. Além do precedente da Corte francesa acima comentado, podem-se invocar em igual sentido as lições de Thomas Raiser e Rüdiger Veil,

respaldadas em julgados do Supremo Tribunal Federal da Alemanha; sustentam os referidos societaristas que “a exclusão é inadmissível quando, nomeadamente numa sociedade de dois grupos, ambos os lados dão causa para isso, porquanto então seria despropositado permitir a um sócio expelir o outro e continuar a conduzir a empresa sozinho. Em semelhante hipótese apenas a dissolução total é possível (BGHZ, 16, 317, 322f; 32, 17, 31; BGHGmbHR 1990, 162)”⁹⁴⁰. Inversamente, se os fatos ensejadores da exclusão puderem ser imputados a um sócio ou, preponderantemente, a um só sócio, poderá este ser excluído de sociedade regida pelo Código Civil, porém necessariamente pela via judicial (CC, art. 1.030), ainda quando se cuide de sociedade limitada; estando o capital social dividido igualmente entre dois sócios, nenhum deles conseguirá atingir o quórum de deliberação legalmente exigido da maioria de sócios e maioria de capital exigido para a exclusão extrajudicial (CC, art. 1.085: “maioria dos *sócios*, representativa de mais da *metade do capital social*”).

Na prática, pode acontecer que, proposta a ação de exclusão por um dos sócios, venha o outro também demandar, através de reconvenção (CPC, art. 315) ou de outra ação distribuída por prevenção e reunida para julgamento conjunto (CPC, art. 105), a exclusão do primeiro. Como “os processos de exclusão são muitas vezes sinais de uma luta de poder entre sócios ou entre maioria e minoria, em que luz e sombra recaem sobre ambos os lados”⁹⁴¹, é possível que o juiz *ou* não consiga aferir a quem deva ser imputada a responsabilidade pelo descumprimento de deveres sociais *ou* se convença de que ambos os lados são responsáveis pelo quadro de desinteligência. Não poderá, como destacado,

⁹⁴⁰ THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 30, n° 73, p. 490: “Der Ausschluss ist unzulässig, wenn, namentlich bei einer zweigliedrigen Gesellschaft, beiden Seiten Grund dazu geben, denn dann wäre es unangemessen, dem eine Gesellschafter zu gestatten, den anderen hinauszudrängen und das Unternehmen allein weiter zu führen. In einem solchen Fall ist nur die Auflösung möglich (BGHZ, 16, 317, 322f; 32, 17, 31; BGHGmbHR 1990, 162)”. Idêntica diretriz é defendida por vários outros societaristas alemães, podendo-se aqui citar KARSTEN SCHMIDT (*Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, 2ª ed. München : C.H. Beck/Vahlen, 2006, § 140, n° 21, pp. 748-749, e n° 30, pp. 752-753), MARCUS LUTTER e PETER HOMMELHOFF (*GmbH-Gesetz*, 14ª ed. Köln : Otto Schmidt, 1995, § 34, n° 26, p. 391), ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK (*GmbH-Gesetz*, 16ª ed. München : C. H. Beck, 1996, Anh § 34, n° 4, p. 411) e ADOLF BAUMBACH e KLAUS J. HOPT (*Handelsgesetzbuch*, 29ª ed. München : C. H. Beck, 1995, § 140 n° 5, p. 514), os últimos dos quais a textualmente afirmar: “Ein wichtiger Grund für die Ausschließung liegt grundsätzlich nicht vor, wenn in der Person der (oder auch nur eines) Verbleibenden selbst ein Ausschließungsgrund vorliegt”.

⁹⁴¹ O lúcido registro é de THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL (*Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 30, n° 63, pp. 486-487): “Ausschlussprozesse sind oft Zeichen eines Machtkampfs zwischen Gessleschaftern oder zwischen Mehrheit und Minderheit, in dem Licht und Schatten auf beide Seiten fallen”.

arbitrariamente excluir um dos sócios, nem mesmo em nome de um enigmático princípio de preservação da empresa. Mas não parece razoável que, em um mal-disfarçado *non liquet*, julgue improcedente ambas as ações, sem apaziguar o conflito para o qual, afinal, foi chamado a decidir. A solução, justa e jurídica, estará no decreto de dissolução total da sociedade, sem, com isso, incorrer em julgamento *extra petita* (CPC, art. 460): o juiz estará se atendo à causa de pedir e proferindo a sentença constitutiva-negativa pedida pelas partes; estará julgando procedentes ambas as ações de exclusão, dissolvendo todos os vínculos societários entre sócios e sociedade e, por efeito, ordenando a liquidação da sociedade, e não a simples apuração de haveres, porque esta medida não mais será possível *in solutionis causa*, por efeito das regras cogentes (preordenadas a tutelar a posição dos credores sociais) que impõem o pagamento dos eventuais quinhões de liquidação aos sócios apenas ao fim da liquidação (CC, art. 1.008)⁹⁴².

Tratando-se de sociedade anônima, a exclusão será medida de excepcional aplicação – restrita àquelas sociedades em que a sua estrutura real seja de uma sociedade de pessoas, na qual os deveres de lealdade são mais estritos e reforçados, e para as quais, de forma bastante criteriosa, poderão ser transpostos os mecanismos dissolutórios do Código Civil. A exclusão, como acima destacado, haverá de ser promovida judicialmente.

8.4.2. Dissolução total da sociedade.

Em situações extremas, como visto, o impasse resultante da falta de consenso entre os sócios de sociedades-igualitárias impede a tomada de decisões e inviabiliza o regular funcionamento da administração social (bastando ter, por ora, em mente a situação corriqueira em que, além de sócios, são eles administradores, e a administração é conjunta, exigindo-se a assinatura de ambos em todos os atos). Não se conseguindo mais fazer atuar o contrato social no sentido de atingir o seu escopo-meio (a atividade constitutiva do seu objeto social) ou o seu escopo-fim (a produção e a partilha de lucros entre os sócios), só resta o caminho da dissolução total (CC, art. 1.034, II; e LSA, art. 206, II, *b*)⁹⁴³.

⁹⁴² Em certa medida, diria que a sentença em questão é a de Rei Salomão: se ambos os sócios quiserem cortar a criança viva ao meio, que matem a sociedade e, na realização dos ativos, procure o liquidante manter ainda viva a empresa.

⁹⁴³ Vide: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, SP : Saraiva, 2003, p. 347.

Em muitos casos, o sancionamento do abuso de igualdade através da dissolução total pode se afigurar injusto: em primeiro lugar, porque, em razão de impasse entre os sócios, a empresa é simplesmente sacrificada (e como poderão os mais ferrenhos institucionalistas justificar que a lei a tanto consinta?); em segundo, a solução pode se mostrar ainda injusta, porque consente a um dos sócios, com o seu abuso, pôr fim à sociedade em detrimento de sua atividade e do inocente – o que equivale garantir que o sócio prevaricador vê premiada, em certa medida, a sua própria torpeza. Ainda assim, será ela o remédio apropriado quando a dissolução total for pedida pela parte inocente (a quem não poderá ser negada a pretensão de dissolver a sociedade⁹⁴⁴), ou não for possível detectar quem é o responsável pelo abuso, ou, ainda, quando ambos os sócios forem igualmente responsáveis pelo impasse criado – hipótese em que não seria razoável ao juiz aleatoriamente escolher um dentre eles para expulsar e, por maior razão, tampouco caberia expropriar o estabelecimento da sociedade, e relegar a sua exploração a terceiro, com total alheamento do direito de propriedade e da livre iniciativa assegurados pela Constituição Federal.

Por suposto, apenas a dissolução judicial é a via remanescente (CC, art. 1.034, II; e LSA, art. 206, II, *b*), pois se o impasse se coloca entre os sócios igualitários na deliberação de dissolução consensual, apenas a via jurisdicional remanescerá aberta.

Sendo sociedade “burra” e “descontrolada”, não causa espécie concluir que, se os sócios não chegarem a uma racional solução negociada, a miséria societária, cedo ou tarde, desaguará no “suicídio coletivo” (“*suicide collectif*”), como certos autores franceses designam a dissolução total⁹⁴⁵, ou na própria falência da sociedade, a requerimento do credor. Desta sina certamente não pode escapar um empreendimento coletivo para o qual os próprios sócios não colaboram nem guardam qualquer consideração em relação ao fim comum: só lhes resta a morte.

⁹⁴⁴ Inversamente, e com razão, os tribunais franceses têm decidido que “um sócio que se encontra na origem da desinteligência não pode se prevalecer da causa de dissolução (Cass. Com., 25.02.1964, *Bull.* III, nota de BONNEAU; CA Paris, 29.10.1999, *Bull. Joly* 2000, p. 339)” (DOMINIQUE VIDAL, *Droit des sociétés*, 5ª ed. Paris : LGDJ, 2006, nº 341, p. 168). No mesmo sentido : BRUNO PETIT, *Droit des sociétés*, cit., nº 64, p. 41; e PHILIPPE MERLE, *Droit commercial: sociétés commerciales*, 11ª ed. Paris : Dalloz, 2007, nº 113, p. 141. A solução tanto mais se justifica quando se observa que o primado da boa-fé objetiva, do qual descende o dever de lealdade societária, funciona como limitação ao exercício de posições subjetivas ativas e, em especial, proscree o *venire contra factum proprium* (CC, art. 422).

⁹⁴⁵ Cf.: MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, cit., nº 368, p. 179.

§ 5º. – CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.

9. CONCLUSÕES E OBSERVAÇÕES FINAIS.

Sem prejuízo das demais conclusões parciais expostas ao longo do trabalho, procuraremos nesta altura consolidar as que se nos afiguram como principais (subitem 9.1) para, depois, apresentar o fecho do trabalho (subitem 9.2).

9.1. Súmula das conclusões.

Como principais conclusões (ou teses) do estudo, destacam-se as seguintes:

(capítulo 1: introdução)

1. Tanto quanto os grupos majoritários, também os minoritários – que podem dominar ou se inserir no contexto de uma coletividade comandada pela maioria – podem ser responsáveis por abusos e desmandos no âmbito da coletividade em que se inserem. O fenômeno em que a minoria comanda ou é comandada é conhecido na sociedade política e no direito societário.
2. Na situação em que o poder de controle cabe àqueles indivíduos que objetivamente não são titulares de direitos de sócio sobre mais da metade do capital votante da sociedade, tem-se o fenômeno do controle minoritário (próprio das sociedades com dispersão de suas participações societárias no mercado, mas que pode ser encontrado no corpo de sociedades fechadas em que o fenômeno do absenteísmo se manifeste). Não é dele, porém, de que nos iremos ocupar neste estudo.
3. O objeto das nossas atenções é, pelo contrário, o comportamento da minoria societária como grupo que se contrapõe à maioria – episódica ou permanente. O que singulariza o abuso da minoria é o fato de essa minoria não ser um *grupo de controle* minoritário nem se colocar na posição fática de deter minoritariamente o poder de mando; mas agir, autenticamente, como *minority in face of the majority* dominante dentro da coletividade.
4. A *minority tem poder*; tem “a força dos fracos” (“*la force des faibles*”), tão necessária para o adequado funcionamento da organização, como o poder de controle, que aquela idealmente busca conter, refrear e

adequar aos propósitos legalmente estabelecidos. O sistema de freios e contrapesos não se choca com o princípio majoritário, mas, antes, é dele parte integrante e necessária como elemento indissociável de um mesmo todo.

5. Onde há poder existe sempre a possibilidade de sua degeneração, do seu desvirtuamento, do seu emprego disforme a caracterizar o abuso. A tensão dialética entre poder e direito, inerente à vida social, leva a isso. Quando a minoria, à qual são assegurados direitos e prerrogativas próprios e insuprimíveis, utiliza os poderes que daí derivam para a satisfação de fins e interesses diversos daqueles em torno dos quais foram estabelecidos, ou com menosprezo dos interesses igualmente merecedores de tutela dos demais, tem-se a situação de abuso da minoria, “a tirania dos fracos” (*“la tyrannie des faibles”*), e é da sua caracterização e do seu sancionamento que o trabalho trata.

6. A elaboração de estudo sobre abuso de minoria em direito societário não deve ser, de antemão, criticada, pois, para que tal pudesse se dar, ter-se-ia de supor que a minoria não comete abusos, ou não os pode, em tese, cometer, e que o estudo da matéria prejudicasse a posição dos minoritários, reforçando a do controlador. Ambas as premissas são insustentáveis, pois: (1º) ainda quando, em comparação àqueles praticados pelo controlador, os abusos por parte da minoria sejam menos freqüentes ou desafiados em juízo, eles existem (e, por efeito do reforço de suas posições jurídicas, tendem a se tornar mais palpáveis) e o simples fato de não serem ainda tão numerosos ou recorrentes não autoriza renegar a sua análise; (2º) o estudo da teoria do abuso de minoria em direito societário longe está de representar golpe à posição dos grupos minoritários, e sim o contrário. Isto porque, conhecer os limites de sua atuação e saber, enfim, o que se pode ou não legitimamente fazer constituem providências indispensáveis ao fortalecimento da própria posição. Só quem conhece os limites de suas posições jurídicas subjetivas tem condições de exercê-las de forma eficaz, sem temer as reações a seus atos.

7. A minoria não é, de per si, grupo de proteção e tutela; é protegida diante dos abusos da maioria. Os deveres de observar o interesse social e de salvaguardar os legítimos interesses dos demais partícipes da relação associativa e de agir de acordo com o primado da lealdade societária recaem

sobre todos os membros e, portanto, obrigam até os que integram a minoria. Nisso não há diferença alguma entre minoria e maioria.

8. Tanto quanto o poder de controle constitui fato jurídico e elemento fundamental da economia societária, a demandar que se lhe discipline o seu exercício, assinando aos seus titulares deveres e responsabilidades, o mesmo carece ser feito em relação à minoria, cujos poderes são imprescindíveis ao regular funcionamento do princípio majoritário e que, bem por isso, deveriam ter os seus limites preestabelecidos e os excessos, coarctados.

9. O “lancinante problema do abuso de minoria em direito societário” constitui tema genuinamente apaixonante, sobre o qual todos possuem uma noção geral empírica, haurida da sua vivência profissional, mas que, no direito brasileiro, não mereceu enfretamento específico, em que pese a riquíssima experiência acumulada em outros países, em especial na França e Alemanha. A indiferença da nossa doutrina deve-se a dois fatores. Em primeiro lugar, a avançada regra de conflito de interesses da nossa lei acionária dispensou os exegetas da tarefa de procurar em outros institutos jurídicos o instrumental para censurar os conflitos entre os sócios. Em segundo lugar, até pouco tempo atrás, a nossa economia era incipiente e não havia um mercado de capitais fulgurante. O quadro atual é bem diferente. A nossa economia cresceu e, juntamente com ela, se assiste ao desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro, do qual participam companhias importantes, algumas delas com razoável dispersão acionária, ao lado de investidores institucionais e especuladores a atuarem avidamente por ganhos mais expressivos, nem sempre se valendo de meios idôneos. O próprio movimento da *corporate governance*, ao mesmo tempo em que corretamente buscou reforçar a posição dos minoritários, possibilitou novas formas de abusos.

10. O estudo do abuso da minoria é particularmente importante diante da disciplina societária geral do nosso Código Civil, assaz lacônica e imperfeita no trato das situações de conflito de interesses e de definição de deveres sociais. Além disso, a elevação geral dos *quoruns* de deliberação aumentou exponencialmente as hipóteses de minorias de bloqueio e as situações de potencial abuso.

11. A ausência total de estudos específicos no direito brasileiro e a relevância prática do tema, por efeito de situações concretas atualmente já

existentes e em vias de se expandir e agravar, são dados mais do que suficientes para, a justo título, desafiar o desenvolvimento de tese versando sobre os abusos de minoria no direito societário brasileiro.

§ 1º. – ABUSO DE MINORIA: CARACTERIZAÇÃO E CONTORNOS DO INSTITUTO.

(capítulo 2: princípio majoritário; proteção à minoria; proteção à maioria).

12. O direito societário é o direito das organizações finalísticas privadas e o seu estudo compreende as associações em sentido estrito e as sociedades – as quais daquelas se distinguem pelo seu escopo-fim lucrativo, mas que, em qualquer caso, têm por substrato pessoal a reunião de pessoas (CC, arts. 53 e 981).

13. A sociedade é contrato (CC, art. 981) plurilateral e associativo; contrato de comunhão de escopo, de cooperação e duradouro – o que explica nela a relevância do fim comum e a maior intensidade dos deveres instrumentais ou laterais de conduta, decorrentes da boa-fé objetiva no âmbito da relação jurídica societária.

14. Conforme o substrato ou a estrutura pessoal, as sociedades podem ser divididas em: (i) sociedades unipessoais (*Eiņpersonengesellschaften*); (ii) sociedades igualitárias de duas pessoas (*Zweipersonengesellschaften*); ou (iii) sociedades pluripessoais integradas por grupos majoritário (maioria ou controlador) e minoritário (minoria ou não-controlador), estáveis ou cambiantes.

15. Sociedades igualitárias de duas pessoas – paritárias ou, como são jocosamente conhecidas, “sociedades burras” – são aquelas em que as participações sociais e os direitos de voto encontram-se igualmente divididos (50%-50%) em dois sólidos blocos ou grupos. O seu principal desafio consiste em evitar ou superar as situações de impasse ou bloqueio (*Pattsituationen* ou *deadlocks*), que podem se verificar até na condução diária dos negócios e levar à completa paralisia das atividades – dando ensejo ao fenômeno do abuso de igualdade.

16. Sociedades pluripessoais integradas por grupos majoritário (maioria) e minoritário (minoria) são as demais que não se enquadram em nenhuma categoria precedente. Constituem a forma mais corriqueira de estruturação pessoal das sociedades e é sobretudo nelas que se colocam os problemas de abuso da maioria (ou abuso de poder de controle), opressão à minoria e – por que não? – abuso de minoria.

17. Nem toda situação de minoria/maioria enquanto tal suscita problemas jurídicos delicados e nem toda a situação em que a minoria esteja sendo “pressionada” ou em desvantagem é sancionável. Maioria e minoria não representam situações indesejáveis; pelo contrário, constituem pressuposto fundamental para o funcionamento eficiente das sociedades cujo processo de formação da vontade coletiva opera de acordo com a regra da maioria.

18. O fenômeno da cooperação entre dois ou mais sujeitos para a consecução de uma específica e determinada finalidade em certo ramo de atividade (*privatrechtliches Kooperationsrecht*) é qualificado de fenômeno associativo e constitui o cerne do direito societário, do qual descende a idéia de cooperação. Para viabilizá-lo, prevê o sistema jurídico uma série de normas de organização a ordenarem as competências de ação da sociedade no âmbito dos relacionamentos interno e externo, visando, assim, harmonizar os interesses potencialmente conflitantes das partes.

19. Dentre as normas de organização, merecem destaque aquelas que ordenam o processo jurídico de formação da vontade coletiva e as quais, para tanto, podem adotar dois distintos sistemas ou princípios fundamentais de votação: o da unanimidade (*Einstimmigkeitsprinzip*), quando para a formação da deliberação positiva não pode haver votos de rejeição da proposta, e o majoritário (*Mehrheitsprinzip*), quando a deliberação surge como o resultado da reunião de certo número majoritário de votos a favor. Cada qual responde por específicas vantagens e desvantagens.

20. Enquanto nas sociedades de pessoas, em razão da – legalmente presumida – união personalística mais estreita entre os sócios, prepondera o princípio da unanimidade, nas sociedades ditas de capitais (ou, ainda melhor, naquelas normalmente predispostas a ordenar empresas de maior porte) o princípio majoritário desponta com maior vigor.

21. A escolha fundamental do legislador pátrio pelo princípio majoritário nas sociedades de capitais e naquelas preordenadas a estruturar empresas de maior porte, parte da idéia de que apenas tal princípio possibilita, no tráfego jurídico, a necessária formação unitária da vontade coletiva: exigir a unanimidade asseguraria a participação de todos em cada decisão, mas tornaria a sociedade incapaz de agir, na medida em que a discordância de um só que seja comprometeria a decisão social. A opção pelo princípio majoritário revela a preocupação do legislador em buscar tutelar a capacidade funcional das sociedades. Não se trata de consagrar a vontade do maior sobre o menor, senão de adotar um expediente técnico-jurídico para a solução dialética dos possíveis conflitos ínsitos no processo de formação da vontade coletiva.

22. A base para a formação de maiorias relativas, absolutas ou qualificadas no âmbito das sociedades é, por princípio, não qualquer direito social, mas especificamente o *poder* de voto, o “direito” de voto.

23. Embora o sócio sempre participe da formação da vontade coletiva (através do voto ou, pelo menos, da sua participação nos conclaves, com direito de voz), fica sujeito, nas sociedades onde prevalece o princípio majoritário, à decisão tomada pela maioria (CC, art. 1.072, § 5º).

24. De maneira universal, entende-se atualmente que a intervenção dos sócios no processo de formação da vontade social pelo sistema majoritário não é *onímodo*, porquanto limites intransponíveis são estabelecidos pelo sistema jurídico.

25. Como indispensável complemento do princípio majoritário, surge a temática da proteção à minoria (*Minderheitenschutz*), a qual não é somente imperativo ético-social; é, para além disso, exigência essencial ao funcionamento das sociedades: sem mecanismos de tutela dos sócios, não iriam as sociedades exercer o relevante papel de captação de recursos para a exploração e consecução de um fim comum: não haveria o fenômeno da colaboração.

26. O paradoxo imanente entre princípio majoritário e proteção à minoria deve ser solucionado de forma equacionada e equilibrada: o fortalecimento unilateral do princípio majoritário conduziria à perda dos minoritários como financiadores da sociedade, enquanto a unilateral

elevação da proteção à minoria teria fatalmente a paralisia como consequência.

27. Embora a proteção à maioria tenha se desenvolvido como contraponto ao princípio majoritário, os conflitos entre sócios, majoritário e minoritário, podem se colocar mesmo em sociedades onde prevalece a regra da unanimidade.

28. A proteção à minoria não se confunde com o tema da proteção individual, pois: (1º) a função da proteção à minoria é evitar os riscos de uma desigualdade de tratamento, quando a relação de supremacia e subordinação torna-se uma relação estável de dominação; (2º) a proteção individual garante uma proteção mínima, que é configurada de forma estática e independentemente da relação de maioria e minoria; diversamente, a proteção à minoria busca defender a posição do indivíduo em uma relação concreta de maioria e minoria; essa proteção se dá através da imposição de deveres à maioria, e não propriamente de direitos subjetivos, restringindo-se o seu poder; (3º) na proteção à minoria, a tutela não se dá mediante a criação de direitos, mas pela imposição de deveres à maioria.

29. Quem se ocupa da proteção à minoria esbarra, invariavelmente, na idéia de proteção à maioria. Existe uma relação de troca entre esses temas: onde os direitos da minoria estão reconhecidos há sempre a tentação e o perigo do abuso de direito, isto é, o seu exercício reprovável. No plano fático, o abuso da minoria provavelmente surgiu com a popularização da idéia de proteção à minoria e suscita a idéia inversa de uma “proteção à maioria”.

30. Subjacente às noções de poder majoritário e proteção à minoria e da idéia de abuso de maioria, encontra-se o *princípio da unidade* ou *coordenação* (*Korrelationsthese*) a sinalizar a necessária conexão, ético-jurídica, entre poder e responsabilidade. Expressa-se, assim, uma idéia geral de justiça com duas vertentes: “nenhuma responsabilidade sem poder” (“*Keine Haftung ohne Herrschaft*”) e “nenhum poder sem responsabilidade” (“*Keine Herrschaft ohne Haftung*”). Por esse modo, descreve-se o fundamento ético-social do dever societário de lealdade (*Treupflicht*): é o poder que um grupo tem de influir na esfera jurídica

alheia, que leva à necessidade de exigir responsabilidade no exercício das correlatas posições jurídicas.

31. O dever societário de lealdade não é simples instrumento de proteção à minoria, pois a obrigação de salvaguarda (ou proteção) recai sobre todos os sócios; é aplicável independentemente da posição de maioria ou minoria. Exclui-se que a minoria seja só um grupo protegido; é protegido diante dos abusos da maioria, mas a obrigação de salvaguarda cabe a todos, também por consequência à minoria.

32. No tema em estudo, o conceito de minoria não é quantitativo, mas *qualitativo*. Minoria é o não controlador, pouco importando a proporção e a espécie de sua participação societária; representa a específica *situação jurídica subjetiva* de sócio diante da sociedade e dos demais membros. A minoria (não controladora) pode até ser numerosa e detentora de expressiva participação no capital social (mas sem direito de voto), e pode até se contrapor a grupo controlador minoritário.

33. No âmbito da sociedade, maioria e minoria desempenham papéis próprios, especialmente no procedimento jurídico de formação da vontade coletiva, dispondo de poderes e estando autorizados a exercê-los, quando o conflito de interesses e opiniões entre eles se verifica. Opor-se à maioria não é, em si, conduta censurável; é parte da própria lógica do princípio majoritário. O direito de voto não existe senão para a defesa de uma opinião, um ponto de vista, e aquele defendido pela maioria não é necessariamente o melhor.

34. Além de opor-se à maioria, e aí poder incorrer em abusos no seu exercício, a minoria é titular de outros direitos e prerrogativas, alguns dos quais exercitáveis em assembléia e outros tantos fora dela. São direitos de sócio, de caráter político ou econômico, ora na modalidade de direitos essenciais (ou individuais), ora na de direitos de minoria em sentido estrito. Eles encontram os limites de exercício válido no interesse social e no dever societário de lealdade.

35. A sociedade é contrato, do qual os sócios são partes ou centros de imputação de interesses. Embora a doutrina alemã sustente que a qualidade de sócio (*Mitgliedschaft*) corresponde, simultaneamente, a um direito subjetivo e a uma relação jurídica, pode-se afirmar, simplesmente, que a

qualidade de sócio constitui a *posição contratual* que identifica a *situação jurídica subjetiva* do indivíduo no contexto da *relação jurídica societária* e, sendo esta, por sua vez, uma relação contratual e, como tal, *complexa* ou *mista*, segue-se que a qualidade de sócio caracteriza-se por uma série conexcionada de posições jurídicas subjetivas ativas e passivas. A qualidade de sócio corresponde à situação jurídica que o indivíduo ocupa na relação jurídica societária e, por efeito, o conjunto de posições jurídicas subjetivas ativas e passivas da pessoa enquanto membro daquela específica sociedade. Em sentido estrito, a qualidade de sócio não é *status*, mas qualidade jurídica; em sentido mais amplo do termo, é possível afirmar que se cuida de estado, de modo a legitimar o emprego do termo que se popularizou: *status socii*.

36. As posições jurídicas subjetivas podem ser divididas de diversas formas. A distinção mais tradicional é a que tem como parâmetro a proteção (posição ativa) ou a subordinação (posição passiva) de um determinado interesse pela norma jurídica.

37. As posições jurídicas subjetivas ativas correspondem a permissões conferidas pelo ordenamento para o sujeito realizar determinadas atividades. Destacam-se o direito subjetivo, o poder, a faculdade e a expectativa jurídica.

38. As posições subjetivas passivas, inversamente, representam uma necessidade que se resolve em um sacrifício e na subordinação de um interesse. Entre elas estão: o dever jurídico (exigência de um determinado comportamento), a sujeição (necessidade de obedecer a um comando) e o ônus (a faculdade cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse próprio).

39. O abuso de minoria é abuso que pode se verificar no exercício, pelo sócio, de cada uma e de todas as posições jurídicas subjetivas ativas inerentes à sua *situação jurídica*, à sua *posição contratual* na *complexa relação jurídica societária*.

(capítulo 3: abuso de minoria – desenvolvimento em direito comparado e as tentativas de sistematização)

40. O abuso de minoria em direito societário constitui teoria em busca de sistematização; teoria em construção. No direito brasileiro, o tema pouco

tem despontado. Em outros países, já existe uma experiência mais consistente, sendo de todo proveitoso analisá-la.

41. De forma mais intensa, a teoria do abuso de minoria em direito societário tem sido debatida na França e na Alemanha. Na Itália também existe boa doutrina, mas o tema ainda não repercutiu abertamente nos tribunais, fato que não afasta o interesse em sua análise, até por conta da clara filiação de nosso Código Civil ao sistema italiano.

42. No tema do abuso de minoria, a experiência francesa é particularmente rica e foi inicialmente estruturada a partir do instituto do abuso do direito, pois não conhece o ordenamento societário francês norma de caráter geral voltada a disciplinar, em via abstrata, e sancionar os conflitos de interesses, de modo que, para tanto, foi utilizado o instituto do abuso do direito. A invalidade das deliberações societárias no direito francês é reconhecida apenas nas situações expressamente indicadas, dentre as quais não se encontra a decisão conflitante com o interesse social; foi preciso enquadrar os conflitos de interesses e, em especial, os abusos de sócios entre uma das causas de nulidade dos contratos em geral.

43. No direito francês, a teoria do *abuso da maioria* em direito societário – que nada mais é do que a transposição *adaptada* da teoria civilista do abuso de direito para a órbita societária – encontra-se estabelecida em sua existência, quando não em todos os seus elementos. O abuso de maioria pressupõe a conjugação de dois elementos: (i) a tomada de decisão contrária ao interesse geral da sociedade (ii) no único desejo de favorecer os membros da maioria em detrimento dos membros da minoria (ruptura da igualdade entre os sócios). A sua consequência é, de regra, a invalidade do voto e, por extensão, da deliberação tomada ao seu amparo, mesmo quando tal vício não se encontre mencionado expressamente dentre as hipóteses de invalidade da deliberação. Admite-se, ainda, a condenação do faltoso ao pagamento de perdas e danos.

44. O *abuso da minoria* descende da mesma lógica, pois, se o interesse social pode se impor à maioria, deve assim também guiar os sócios minoritários no exercício de suas prerrogativas. Seja para os majoritários, seja para os minoritários, a vida em sociedade requer não somente o desejo inicial de associar-se, mas a diuturna colocação em prática desta intenção

em função do fim social: o espírito de comunidade não pode se limitar à fase de criação da sociedade.

45. De acordo com a doutrina e a jurisprudência francesas dominantes, o abuso da minoria é caracterizado pela atitude do sócio minoritário (i) ofensiva ao interesse social (elemento objetivo), ao obstar uma operação essencial, e movida pela (ii) única intenção de favorecer os seus próprios interesses particulares, em detrimento do conjunto de sócios (elemento subjetivo). Os requisitos são cumulativos. O elemento objetivo tem por fim limitar a intromissão do juiz na gestão da sociedade; o elemento subjetivo apresentaria a vantagem de não limitar o domínio do abuso de direito às sociedades em crise financeira e, além disso, permitir sancionar a deslealdade do minoritário, cuja oposição é motivada pela perseguição de um interesse exterior à sociedade.

46. A definição tradicional de abuso de minoria no direito francês é criticada fortemente por alguns doutrinadores que nela enxergam a intromissão do juiz no governo da sociedade, pois, na ausência de uma maioria qualificada para tomar a decisão bloqueada, o juiz juntaria a sua opinião às vozes dos não majoritários para decidir sobre o caráter essencial ou necessário ou, ainda, conforme o interesse social da decisão a tomar.

47. Se, na França, a teoria do abuso de minoria despontou e se desenvolveu em torno do conceito de interesse social (e interesse comum), é, atualmente, na Alemanha que mais este capítulo do direito societário submete-se a uma análise própria, original e mais precisa.

48. O moderno direito societário alemão distingue-se dos demais, por nele estarem os institutos solidamente estruturados sobre os conceitos fundamentais (e funcionais!) de fim social (ou fim comum), de dever de lealdade e de outros princípios estruturantes.

49. O moderno direito societário alemão encontra, no fim social, a sua estrela polar. Em sentido amplo, o fim social abrange o escopo-meio (ou objeto) e o escopo-fim (objetivo).

50. O fim comum (ou social) em sentido amplo exerce nas organizações societárias função com eficácia constitutiva e eficácia funcional.

51. O fim social tem eficácia constitutiva (*konstituierende Wirkung*), na medida em que (1º) não há sociedade ou associação sem fim comum próprio que não se confunde com o fim individual porventura perseguido pelos seus integrantes (e o qual não conflita nem exclui aquele fim comum). Além disso, o fim comum (2º) serve para a definição da *forma jurídica* e a *natureza* da organização societária, portanto, das disposições normativas aplicáveis; (3º) representa a *causa* do contrato de sociedade e, extensivamente, define o *interesse social*; (4º) serve de parâmetro dissolutório da sociedade ou dos vínculos individuais que unem os seus membros aos demais e à organização societária.

52. O fim social é dotado de eficácia funcional (*funktionelle Wirkung*), pois: (1º) fixa as diretrizes da política social; (2º) determina os direitos e deveres dos sócios (em especial a sua intensidade), delimitando as esferas individual e coletiva; (3º) dirige os estágios da vida social.

53. O moderno direito societário alemão é forte escorado em princípios gerais, que relativizam o exercício das posições jurídicas subjetivas dos sócios e permitem coibir os seus desvios. A descoberta de princípios exige alto grau de abstração, mas a sua utilidade é notável, pois são eles que assumem o papel ordenador e asseguram a intercomunicação entre os tipos societários.

54. O princípio da igualdade de tratamento (*Gleichbehandlungsgrundsatz*) descende do primado constitucional da isonomia e tem expressa previsão na lei acionária (AktG § 53a), mas é aplicável a todos os tipos societários como direito não escrito. O dever de igualdade de tratamento somente ocorre quando uma pessoa ou instituição, como acionista controlador, está na situação de impor a sua vontade, independentemente de consentimento dos interessados. Trata-se de verdadeira limitação ao poder majoritário e que se justifica *diant*e dele, e não *independentemente* dele. O que realmente justifica o princípio da igualdade de tratamento é a comunhão de escopos e a idéia de coletividade que nela se encerra: seria manifestamente contrário ao sentimento jurídico que alguém ingresse em uma coletividade e nela seja tratado de modo diferente dos demais, de forma discriminatória.

55. Os pontos fortes do princípio da igualdade de tratamento são os seguintes: (1º) ele é objetivável e (2º) sua aplicação, em certa medida,

desloca o ônus da prova em favor do minoritário. As suas desvantagens estão em que: (1º) por vezes, a própria lei quebra a igualdade, (2º) a proibição de discriminação cai no vazio quando a igualdade formal for garantida e (3º) a maioria pode, em determinados casos, suportar intencionalmente perdas proporcionais aos demais, por determinado tempo, a fim de lesar a minoria (*squeeze-out*), ou porque é compensada externamente; nestes casos, o princípio da igualdade de tratamento falha completamente, pois ela necessita ser conjugada com o dever de lealdade.

56. A violação do princípio da igualdade de tratamento é causa de anulação da deliberação assemblear. Além disso, havendo ofensa ao princípio, a desigualdade poderá ser reparada não necessariamente através da recuperação das vantagens legítimas atribuídas à maioria, mas mediante um pagamento adicional ao minoritário.

57. Os direitos que os sócios gozam inserem-se e são valorados no âmbito da organização do grupo criado pelo contrato de sociedade. A inserção do indivíduo em um grupo organizado justifica a subordinação dos interesses individuais ao interesse comum do grupo (e até o sacrifício dos primeiros para a realização do último). Os sócios têm para com a sociedade e os demais sócios deveres de consideração, os quais podem se condensar em deveres concretos de colaboração e proteção (ou mesmo salvaguarda). Esses são designados deveres de lealdade e constituem parte integrante da ordem legal não escrita do direito societário.

58. No direito alemão, diversas teorias foram elaboradas pela doutrina para o dever societário de lealdade. Parte expressiva da doutrina alemã entende que a tese da correlação (*Korrelationsthese*), ou da coordenação entre poder e responsabilidade, fornece o suficiente fundamento ético-social do dever de lealdade, sendo que o debate sobre o seu fundamento jurídico carece de relevância, na medida em que, por uma ou outra linha, a existência do dever de lealdade não é questionada.

59. O dever de lealdade existe em todas as sociedades: inicialmente, foi reconhecido nas sociedades de pessoas, nas quais a vinculação pessoal dos sócios é de regra mais intensa; a sua consagração nas sociedades limitada e anônima foi fruto de progressivo desenvolvimento.

60. O dever de lealdade apresenta orientação protetiva dúplice: a qualidade de sócio estabelece uma relação jurídica não só entre os sócios, mas entre eles e a sociedade; sendo assim, existem deveres de lealdade societários não só entre os sócios, mas na relação entre eles e a sociedade.

61. O dever de lealdade do controlador fundamenta-se no acréscimo de poderes que ele obtém e lhe permite, na assembléia geral e na administração, dispor de seu próprio patrimônio e do patrimônio alheio, além de influenciar na alienação das participações societárias. Em última análise, trata-se da concretização da regra segundo a qual influência e responsabilidade devem existir conjuntamente. O dever de lealdade do sócio controlador limita não apenas o exercício de seus direitos, mas conforma intrinsecamente o seu poder jurídico. Existem deveres de lealdade não apenas por parte do controlador, mas ainda por parte dos sócios minoritários.

62. A doutrina aponta três funções para o dever de lealdade. A primeira é a de limitação do direito de cada sócio isoladamente no exercício dos seus direitos de co-participação e fiscalização: cada um está obrigado a levar em conta os interesses da organização societária e dos demais sócios. A segunda é fundamentar os deveres que cada sócio assume em uma sociedade de pessoas: a confiança recíproca é uma condição da existência e do bom resultado de um *grupo primário*; em casos excepcionais, o dever de lealdade pode exigir a concordância do sócio. A terceira é servir de limitação do direito da maioria no exercício de sua influência jurídica ou fática sobre a sociedade ou a sua empresa.

63. Formalmente, o dever de lealdade tem característico conteúdo dúplice, nomeadamente o de o sócio colaborar ativamente para os assuntos da coletividade na extensão prometida e, além disso, abster-se de tudo o que possa prejudicar a sociedade e os demais sócios.

64. A intensidade desses deveres só pode ser aferida diante da *concreta situação jurídica individual* do sócio. Para tanto, tem influência decisiva, não tanto a forma societária escolhida, senão a sua estrutural real (*Realstruktur*): a modelagem contratual, mais ou menos personalística, e o fim social.

65. A figura do dever de lealdade é cláusula geral do direito societário, que serve para juridicamente superar conflitos na sociedade, cuja solução não se encontra previamente indicada na lei ou no contrato social. A regra de lealdade não oferece norma alguma diretamente subsumível: exige concretização fática por grupos de casos individuais. O dever de lealdade permite ao direito societário elaborar a sua própria *escala de valores*.

66. O dever societário de lealdade do sócio domina toda a sua situação jurídica, estrutura-se em consideração a interesses alheios (*fremdnützig*) e produz efeitos sobre todas as posições jurídicas subjetivas ativas do sócio. O dever societário de lealdade impregna toda a relação jurídica societária, mas antes e depois dela, nas fases pré e pós-contratual.

67. Os sócios minoritários que, individualmente ou em grupo, dispõem de uma minoria capaz de bloquear deliberações que sejam necessárias para assegurar a capacidade existencial ou o futuro da empresa não podem arbitrariamente obstar a sua implementação, por efeito do dever societário de lealdade. Este dever, que recai sobre a minoria, é correlato ao dever da maioria de levar em conta os interesses daquela em decisões fundamentais. Em casos extremos, a minoria pode ser compelida a votar favoravelmente à aprovação de determinada alteração contratual e estatutária. A definição sobre a existência ou não de dever positivo de voto em concreto resulta de um apropriado processo de ponderação de interesses.

68. Dependendo do tipo de conflito envolvido, a violação do dever de lealdade comporta distintas sanções. A deliberação contrastante com o dever de lealdade é anulável; o voto em violação do dever de lealdade é nulo.

69. A análise da experiência italiana em matéria de abuso de minoria justifica-se, de um lado, pelo fato de a regra de conflito de interesses italiana ter conformação análoga à do Código Civil brasileiro, inserindo o interesse social como *limite externo* ao voto, e não como *limite funcional* a ser perseguido pelos mesmos; de outro lado, e por conta dessa particularidade, a análise é ainda proveitosa para identificar qual tem sido o instituto utilizado para solucionar os conflitos de interesses entre sócios, majoritários e minoritários, e, portanto, apto a reprimir os abusos da maioria e, sobretudo no caso deste estudo, da minoria.

70. Não sendo possível equacionar os conflitos entre sócios – abusos de maioria e de minoria – pela regra geral de conflito de interesses, a doutrina e a jurisprudência italianas esforçaram-se para encontrar em outros institutos jurídicos o instrumental adequado.

71. À luz do Código Comercial italiano de 1882, que não dispunha de uma regra societária específica sobre conflito de interesses, Francesco Carnelutti defendeu a aplicação analógica da figura do excesso de poder. Esta tese expôs as suas limitações quando os tribunais foram obrigados a se ocupar da hipótese de abuso da maioria a dano da minoria, sem prejudicar o interesse social: não havia aí desvio de finalidade. A aplicação da teoria do excesso de poder pressupõe a funcionalização do voto à persecução do interesse social e implica um juízo de mérito da deliberação assemblear pelo juiz.

72. Ciente de tais limitações, a doutrina esforçou-se em encontrar outro instrumento adequado para solucionar os conflitos entre sócios majoritários e minoritários, quando o interesse em causa não é o da própria sociedade. Para tal fim, sobressaiu a aplicação societária da cláusula da boa-fé objetiva, na medida em que a sociedade é contrato a ser executado de boa-fé.

73. Com efeito, a cláusula geral de boa-fé objetiva aplicada à órbita societária – que nada mais é do que o dever de lealdade – tem maior incidência que a teoria do excesso de poder, pois não apenas permite equacionar os conflitos de interesses entre sócio e sociedade, mas, sobretudo, equacionar os conflitos dos sócios entre si. Além disso, a boa-fé contratual não se restringe ao direito de voto, porquanto abrange o exercício de todas as posições jurídicas subjetivas ativas, da maioria ou da minoria, tanto faz, o que bem demonstra a sua superioridade dogmática.

(capítulo 4: a caracterização do abuso de minoria no direito brasileiro).

74. O abuso de minoria em direito societário é tema pouco explorado no direito brasileiro. Tal não significa que abusos e bloqueios não sejam uma concreta realidade no direito pátrio ou não suscitem problemas práticos importantes e difíceis. O que ocorre, apenas, é que, até hoje, não se procurou edificar as soluções a partir de uma teoria do abuso de minoria em direito societário.

75. A definição do conceito de interesse social constitui um dos principais problemas de direito societário. As múltiplas tentativas de sua delimitação deram origem a diversas teorias que, na realidade, são autênticas “filosofias” das sociedades: o debate apresenta-se como questão prévia às soluções de problemas práticos, não sendo a escolha neutra em seus efeitos. A grande divisão, nessa matéria, opõe *institucionalistas* e *contratualistas*.

76. As *correntes institucionalistas* identificam o interesse social no interesse da empresa, concebido como interesse distinto e superior ao interesse comum dos sócios, sem, com isso, excluir que ele coincida, ocasional ou frequentemente, com o interesse dos sócios, os quais, em todo o caso, são colocados em posição subordinada e marginal. Ao propugnar a penetração de interesses de terceiros na conformação do interesse social, aponta-se para a socialização da empresa. Essa concepção mal se concilia com o instituto da sociedade enquanto instrumento de exploração de atividades econômicas pela iniciativa privada.

77. As *correntes contratualistas* negam seja o interesse social superior aos dos sócios e, pelo contrário, o concebem como o interesse comum dos sócios atuais. O conceito de interesse social é neutro: não busca tutelar nem a maioria nem a minoria. O conceito de interesse social funda-se na distinção entre interesse social e interesse extrassocial dos sócios: é interesse social qualquer interesse que se enquadre no esquema causal do contrato de sociedade. O conflito de interesses não pressupõe um contraste entre o interesse do sócio e o interesse (superior) da sociedade, mas um contraste entre dois interesses, ambos relacionados ao sócio.

78. Embora nem a Lei das S/A nem o Código Civil tenham expressamente adotado a concepção contratualista, a análise sistemática das várias regras permite afirmar que a noção de interesse social não é senão aquela propugnada pelos contratualistas, ou seja, o interesse comum dos sócios *uti socii*. Essa conclusão efetivamente impõe-se pela análise dos preceitos legais, e não só pela autoridade dos mestres que a defendem.

79. A regra de conflito de interesses prevista no art. 1.010, § 3º, do Código Civil, é aplicável às sociedades limitadas, ainda quando estas adotem a regência supletiva da Lei das S/A (CC, art. 1.053, par. ún.). As

regras do art. 115 da Lei das S/A não são aplicáveis ainda quando o contrato social preveja a aplicação subsidiária da lei acionária, pois, no particular, não há omissão legal nas regras das sociedades limitadas: o art. 1.072 do Código Civil *expressamente* reporta-se ao art. 1.010 do mesmo código.

80. Se o interesse social em sentido estrito é definido pelo escopo-meio e pelo escopo-fim – que, genericamente, pode ser chamado de fim comum (fim social) –, a pedra angular do moderno direito societário realmente está no rico conceito de fim social. Por certo, se o interesse social é o interesse comum dos sócios na consecução do fim social, o conflito que pode se estabelecer não é propriamente o conflito entre o interesse extrassocial do sócio e o interesse social, mas, antes de tudo, entre o interesse extrassocial do sócio e o fim comum. A noção de interesse social, que aparece de entremeio, perde a sua necessidade e parece mais complicar a solução dos problemas do que ajudar na sua resolução.

81. O infindável embate entre contratualistas e institucionalistas jamais se deveria colocar em termos de conformação do interesse social, e sim de qualificação da lei. A lei societária é que pode ter nuances institucionalistas, mais ou menos fortes, e não propriamente o interesse social em sentido estrito.

82. Acolher a tese contratualista de interesse social não significa negar ou subvalorizar os sinais institucionalistas.

83. No regime do Código Civil, o direito de voto constitui direito subjetivo e, embora lá tenha o legislador tratado do voto conflitante, não se referiu ao voto abusivo, para cuja caracterização torna-se necessário recorrer a outros institutos; no regime da Lei das S/A, diversamente, o voto é direito-função e, além de o legislador ter tratado da proibição de voto e do conflito de interesses, previu na lei especial a figura do voto abusivo (que não deixa por isso de ser conflitante), sob duas modalidades: o voto proferido com o intuito de obter vantagens indevidas e o voto emulativo – em cuja *fattispecie* tem clara intromissão o dever societário de lealdade, enquanto dever de consideração para com os legítimos interesses dos demais sócios.

84. O direito brasileiro não é infenso à idéia de dever societário de lealdade. A sua afirmação na órbita societária tem a vantagem de cobrir determinadas condutas não adequadamente abrangidas pelo conceito de

interesse social ou, pelo menos, viria a reforçar e facilitar em certos casos a detecção de condutas, que, conquanto até pudessem ser censuradas pelo metro do interesse social (interesse comum), talvez encontrem no dever de lealdade a sua mais fácil reprovação.

85. O dever de lealdade societária existe no direito brasileiro, muito embora as nossas leis societárias não o tenham expressamente previsto, e se impõe perante todos os tipos societários. Integra a ordem legal não escrita como parte integrante cogente de qualquer ética coletiva.

86. O fundamento ético-jurídico do dever de lealdade é dado pelo *princípio da correlação* ou *coordenação* entre poder e responsabilidade, a sinalizar a necessária conexão, ético-jurídica, entre os dois. O fundamento normativo do dever societário de lealdade é difuso e pode ser deduzido a partir de uma série de normas esparsas (CC, arts. 1.006, 1.010, § 3º, 1.011 e 1.013, § 2º; LSA, arts. 109, 115, 116, par. ún, 153, 155, § 4º, e 245) e, de forma mais imediata, do primado da boa-fé objetiva (CC, arts. 187 e 422), do qual descende e se estrutura como autêntico sobreprincípio do direito societário.

87. O dever societário de lealdade tem conteúdo dúplice: obriga os participantes a se absterem de todo e qualquer comportamento que possa prejudicar os interesses da comunhão ou os dos participantes, compreendidos no escopo comum e, além disso, a prosseguirem estes interesses no domínio da atividade exercida pela comunhão.

88. Ainda no âmbito do dever societário de lealdade encontra-se a repulsa aos atos meramente emulativos, assim entendidos aqueles que não geram nenhum proveito lícito e real para a sociedade e sejam inspirados pelo propósito de apenas prejudicarem a posição dos demais sócios – situação esta que a nossa avançada lei acionária enquadrrou como voto “exercido com o fim de causar danos à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas” (LSA, art. 115). Tal espécie de conduta não é tolerada à luz do dever societário de lealdade e, por aí, se compreende bem seja censurada mesmo em sociedades reguladas pelo Código Civil: no plano normativo, a hipótese encontra repulsa no art. 187 do Código Civil.

89. O dever societário de lealdade tem os mesmos contornos com que é reconhecido em outros sistemas jurídicos, aplicando-se aqui integralmente as considerações extraídas do direito alemão.

99. A teoria do abuso de direito – que costuma ser intuitivamente invocada diante da parcial correspondência das expressões – não se mostra apta a regular as situações características de *abuso de minoria* em direito societário. A repressão ao abuso do direito, em realidade, nada mais é do que uma decorrência básica da boa-fé. A teoria do abuso de minoria em direito societário deve ser construída, então, diretamente a partir do dever societário de lealdade, cuja gênese está na boa-fé objetiva e cujo campo operativo é bem mais amplo do que o do exercício antifuncional de direitos subjetivos.

100. A teoria do excesso de poder (ou desvio de finalidade) não se presta a caracterizar o abuso da minoria no direito brasileiro, pois: (1º) a teoria do excesso de poder pressupõe a conformação do poder de voto como *direito-função*, e não como *direito subjetivo*, sendo que, no direito brasileiro, essa conformação funcional apenas se verifica na lei acionária (LSA, art. 115), mas é de todo ausente no regime societário geral (CC, arts. 1.010, § 3º, e 1.013, § 2º); (2º) a teoria do excesso de poder implica no entendimento de alguns estudiosos, em um indevido controle de mérito dos atos societários e na intromissão do julgador no âmbito interno de funcionamento das organizações societárias privadas. Em doutrina afirma-se que (3º) direito societário deve encontrar no direito privado a ferramenta para a solução de conflitos entre sócios, e não ir buscá-la através da aplicação analógica de um instituto de direito público. Por fim, (4º) é preciso lembrar que o abuso de minoria ocorre não apenas no exercício do direito de voto, mas no exercício de qualquer outra posição jurídica subjetiva ativa, muitas das quais estruturadas claramente pela lei como poderes postos no interesse do próprio agente, para os quais seria tanto mais abusada a aplicação expandida da teoria do desvio de finalidade. Se a teoria do excesso de poder ou desvio de finalidade não pode ser descartada, seguramente não é ela a chave-geral reconstrutiva para a solução dos problemas do abuso de minoria.

101. O interesse social, no sentir de parcela considerável da doutrina moderna, também não se revelaria apto a, isoladamente, servir de elemento para caracterizar e sancionar o abuso de minoria. As críticas são múltiplas: (1º) o conceito de interesse social não teria, até hoje, logrado obter uma

definição consensual e, assim, seria de difícil determinação e insuscetível de mensuração ou controle na via jurisdicional (que é de legalidade, e não de mérito), não sendo, por isso, dogmaticamente aproveitável; (2º) em muitas situações concretas, podem existir duas ou mais opiniões repelentes, sem que nenhuma delas esteja abertamente em contraste com o interesse social (3º) sobretudo em sistemas jurídicos em que o interesse social não foi erigido como limite funcional ao direito de voto, a regra de conflito de interesses é incapaz de apanhar atos abusivos dos sócios, maioria ou minoria, neutros em relação ao interesse social, para os quais se torna imprescindível recorrer a outros institutos. Além disso, (4º) no direito brasileiro, a regra legal de conflito de interesses coloca-se apenas em relação ao exercício do poder de voto (CC, art. 1.010, § 3º; e LSA, art. 115) e, portanto, não abrange outras posições jurídicas subjetivas, que também podem ser exercidas de forma tortuosa.

101. O interesse social, no sentir de parcela considerável da doutrina moderna, não se revelaria apto a, isoladamente, servir de elemento para caracterizar e sancionar o abuso de minoria. As críticas são múltiplas: (1º) o conceito de interesse social não teria, até hoje, logrado obter uma definição consensual e seria de difícil determinação e insuscetível de mensuração ou controle na via jurisdicional (que é de legalidade, e não de mérito), não sendo, por isso, dogmaticamente aproveitável; (2º) em muitas situações concretas, podem existir duas ou mais opiniões repelentes, sem que nenhuma delas esteja abertamente em contraste com o interesse social; (3º) sobretudo em sistemas jurídicos em que o interesse social não foi erigido como limite funcional ao direito de voto, a regra de conflito de interesses é incapaz de apanhar atos abusivos dos sócios, maioria ou minoria, neutros em relação ao interesse social, para os quais se torna imprescindível recorrer a outros institutos. Além disso, (4º) no direito brasileiro, a regra legal de conflito de interesses coloca-se apenas em relação ao exercício do poder de voto (CC, art. 1.010, § 3º; e LSA, art. 115) e não abrange outras posições jurídicas subjetivas, que podem ser exercidas de forma tortuosa.

102. O dever societário de lealdade tem condições de substituir, com vantagens, a noção de conflito de interesses, na tarefa de controlar o comportamento dos sócios e sancionar os abusos por eles cometidos, não só no exercício do poder de voto, mas de todas as demais posições jurídicas.

103. Confirma-se que a proteção efetiva contra os abusos dos sócios é encontrada no dever societário de lealdade, que permite não só controlar as deliberações societárias, mas o exercício de todas as posições jurídicas subjetivas, coarctando os abusos da maioria ou da minoria.

104. Sem embargo das conclusões anteriores, a noção de interesse social não pode ser abandonada, pois está positivamente consagrada e, ainda, porque uma das manifestações do dever societário de lealdade consiste em não atuar de forma conflitante com o interesse coletivo. O interesse social e dever de lealdade têm, no fim social, o ponto de convergência.

105. Enquanto o direito societário brasileiro não sofrer uma alteração legal de paradigmas, a teoria do abuso de minoria em direito societário deverá manter a sua amarração dogmática sobre a aplicação concertada das noções de interesse social (ou, ainda melhor, fim comum) e dever societário de lealdade.

106. O dever de lealdade é, pela sua maior extensão temática e reguladora, e pela sua vocação de generalizar as situações, o instituto jurídico que permite abranger todas as situações que são cobertas pelos demais institutos. É o gênero que permite compreender, como suas espécies, os demais institutos.

107. Neste ponto, no entanto, é preciso fazer uma ressalva e reconhecer a utilidade dos demais institutos que, se não têm a abrangência necessária para cobrir *todas* as hipóteses de abuso de minoria, podem se revelar úteis em determinadas situações. Até porque, conforme destacam os estudiosos, todos eles têm no dever societário de lealdade a sua matriz comum, buscando o mesmo fim. Existe uma interpenetração entre todos esses institutos. O que importa, sim, é não deixar de reprimir os abusos em direito societário.

108. O abuso de minoria verifica-se quando o sócio, por ação ou omissão (a oposição abusiva), atua de maneira conflitante com o interesse social, entendido este como o interesse comum dos sócios *uti socii*, ou em desacordo com o dever geral de lealdade societária: para a satisfação de interesse próprio, o sócio sacrifica o interesse comum dos sócios *uti socii*, pratica atos meramente emulativos ou lesiona legítimos interesses e expectativas de outros sócios ou da sociedade de que é membro – sendo que

os legítimos interesses e expectativas tutelados são inclusive os de cunho individual dos sócios, desde que se relacionem ou guardem relação de conexão com o fim comum ou a causa do contrato de sociedade (abrangendo o interesse comum dos sócios *uti socii* e os interesses individuais legítimos *ex causa societatis*).

§ 2º. – ABUSO DE MINORIA: TIPOLOGIA E CARACTERÍSTICA.

(capítulo 5: tipologia e casuística do abuso da minoria)

109. A análise das múltiplas situações de abuso de minoria permite segregá-las em situações de *abuso positivo* (ou *comissivo*), que resultam da conduta ativa do agente pela qual este impinge, em assembléia, uma decisão minoritária abusiva aos demais sócios ou, fora dela, exerce os seus direitos de sócios de maneira desvirtuada, e situações de *abuso negativo* (ou *omissivo*), em que, pelo contrário, a conduta censurável decorre do fato de o sócio, utilizando do seu poder, manter-se inerte, nos casos em que deveria agir, ou atuar no sentido de bloquear o processo decisório – impedindo, com isso, a tomada de deliberações societárias. A divisão é válida, pois os instrumentos de sancionamento, em cada caso, são ou podem ser diferentes.

110. O abuso positivo de minoria em direito societário usualmente manifesta-se pelo exercício anômalo do direito de voto e, em particular: (1º) através de tomada de decisões de surpresa pela minoria, aproveitando-se esta da ausência, antevista ou não, da maioria; (2º) mediante tomada de decisões pela minoria que, por efeito da incidência de regras de impedimento de voto, consegue fazer prevalecer a sua vontade sobre a maioria presente e impedida; (3º) por ocasião do exercício do poder positivo de veto eventualmente concedido aos minoritários; (4º) quando, mesmo diante da maioria presente ao conclave, a minoria toma decisões dentro do âmbito legalmente reservado à sua atuação. Para além do exercício do direito de voto, o abuso da minoria pode ainda se manifestar através de outras iniciativas abusivas.

111. O legislador pátrio não ignorou os possíveis riscos de abuso de minoria em tais situações e, para evitá-los ou, ao menos, dificultar a sua perpetração, contemplou determinadas cautelas.

112. Especificamente em relação ao abuso de voto pela minoria, é preciso notar que, se a precipitação dos minoritários na tomada de decisão não urgente reclama maior circunspeção na análise de seus motivos, não é menos evidente que o critério determinante será sempre fornecido pelo interesse social e pelo dever de lealdade, razão pela qual nem toda decisão tomada pela minoria, em tais situações, será em si criticável ou viciada.

113. As hipóteses são múltiplas e virtualmente incontáveis. No estudo, foram analisadas as seguintes hipóteses de abuso positivo: (1º) abuso de direito de voto (compreendendo os abusos verificados em assembléia e na eleição de titulares de órgãos sociais); (2º) abuso na propositura de medidas judiciais pela minoria (com destaque para as ações de responsabilidade civil contra administrador, ações de invalidação de deliberação assemblear, ações de dissolução de sociedade e medidas urgentes); (3º) abuso dos poderes de retirada simples e de recesso; (4º) abuso na convocação de assembléia geral; (5º) abuso no uso de informações sociais; (6º) abuso na oposição à cessão de quotas; e (7º) abuso na revisão de oferta pública para fechamento de capital. Por outro lado, dentre os abusos negativos (bloqueios abusivos), foram abordados os problemas (8º) de distúrbio em assembléia; e (9º) de bloqueio de deliberações (dentre elas as operações de mudança do capital social, reorganizações societárias, reformas contratuais e estatutárias, e autorização para a propositura de processos concursais). As múltiplas conclusões pontuais extraídas na análise dos temas não foram aqui transpostas, pois não têm influência direta na definição dos pressupostos do abuso de minoria.

114. Tão ou mais freqüentes que os abusos positivos (ou as iniciativas abusivas) da minoria, embora menos desafiados, são os abusos negativos (ou bloqueios abusivos), que se patenteiam nos casos em que a minoria, exercendo em certa medida o seu papel habitual, utiliza-se de seu poder para impedir que a política almejada pela maioria possa se desenvolver, mantendo o *status quo*. O obstrucionismo pode se manifestar: (1º) através do bloqueio expresso em votos contrários à proposta submetida à deliberação; (2º) pelo não comparecimento ao conclave ou pela abstenção do minoritário presente, atitudes estas que não deixam de ser uma espécie de bloqueio, embora não expresso pela manifestação de um voto contrário, e, por fim, o abuso pode se positivar (3º) por meio do distúrbio, da algazarra, do tumulto, promovido intencionalmente pelos sócios reunidos em assembléia, visando obstar o processo decisório.

115. Além de obstruir o processo decisório pelo distúrbio, pode a minoria ainda procurar fazê-lo, de forma mais civilizada, deixando de comparecer à assembléia (*ausência*), ou a ela comparecendo para votar contra determinada deliberação (*dissidência*) ou simplesmente abster-se de votar (*abstinência*). Embora o voto contrário tenha sempre o efeito de marcar a expressa dissidência do sócio (expondo-o mais facilmente à eventual responsabilidade por voto abusivo), o mesmo efeito pode ter a sua ausência ou abstenção, nos casos em que o *quorum* de deliberação encontra-se fixado em função do capital social.

116. Em todos os casos de abuso negativo (ou bloqueio abusivo), a tentação é forte, para o majoritário, de considerar abusiva toda recusa dos minoritários. Mas é preciso bem situar o problema: em princípio, ao bloquear determinada deliberação societária através do voto contrário, da abstenção ou do não comparecimento à assembléia, a minoria não faz senão exercer um poder que a lei ou a convenção lhe assegura, e nisso não incorre em nenhum ilícito.

117. A apreciação do caráter abusivo da recusa manifestada pela minoria sempre necessita de uma análise prospectiva sobre os méritos das decisões descartadas. Esta apreciação coloca problemas bastante delicados e demanda prudência no seu exame.

118. Deve o julgador, pois, ter a devida cautela na análise do caso, certificando-se de que realmente é a parte queixosa que tem razão e não é ela própria quem deseja, pela acusação de abuso feita à minoria, aniquilar quem tenha ousado desafiá-la.

§ 3º. – ABUSO DE MINORIA: CONSEQÜÊNCIAS.

(capítulo 6: abuso de minoria: sancionamento multifário)

119. A *multiplicidade de formas* pelas quais o abuso de minoria manifesta-se na prática exige, de igual modo, distintas modalidades de sancionamento, e é nisso que talvez resida o aspecto mais interessante do seu estudo: a adequação do remédio à enfermidade.

120. Detectada a situação característica de *abuso positivo de direito de voto*, o sancionamento é relativamente simples: os votos viciados poderão ser invalidados em juízo e, se tiverem sido determinantes para a formação da maioria exigida (= teste de resistência), a própria deliberação poderá ser fulminada como consequência da invalidação dos votos.

121. Os *votos conflitantes* ou *abusivos* são absolutamente nulos. No sistema da Lei das S/A, há de se entender, pois: (1º) o voto abusivo é também conflitante com o interesse da companhia (LSA, art. 115, § 4º); não fosse isso (2º), o voto abusivo contrasta ainda com o dever societário de lealdade e vem marcado pela ilicitude do seu objeto (CC, arts. 166, II, 187 e 422), de modo que é nulo o voto conflitante (com o interesse social) e o voto abusivo (contrastante com o dever societário de lealdade). No sistema do CC, a mesma conclusão se impõe, pois: (1º) a invalidade dos votos abusivos e conflitantes resulta da ilicitude do seu objeto (CC, art. 166, II), na medida em que tais votos contrastam com o dever societário de lealdade (em cujo contexto se inclui a repressão aos atos conflitantes) e são, como tais, ilícitos (CC, art. 187); (2º) a invalidade do voto conflitante decorre não só da contravenção à regra proibitiva (CC, art. 166, VII), mas, antes de tudo, da sua ilicitude, vício para o qual não há modulação possível (CC, art. 166, II), da mesma forma como não há para o voto abusivo, para o qual nem foi prevista sanção alternativa; (3º) o primado da boa-fé objetiva (CC, art. 422), do qual descende o dever societário de lealdade, permite que se encontre a sanção melhor adaptada ao caso concreto, dando-se eficácia à regra de ilicitude derivada dos meios (ou do modo) pelos quais o direito é exercido (CC, art. 187); (4º) a invalidação não deixa de ser, em certa medida, uma reparação em espécie do dano causado pelo voto conflitante ou abusivo. Em outros países, a invalidade do voto colidente com o dever societário de lealdade não é sequer questionada.

122. Os votos conflitantes ou abusivos são nulos, mas *a deliberação* tomada por maioria formada daqueles votos *é apenas anulável* e a sua invalidade relativa será eventualmente pronunciada por efeito do reconhecimento da nulidade dos votos abusivos ou conflitantes: se a maioria exigida não foi validamente obtida, terá havido violação às regras legais de *quorum*, que levam apenas à anulação da deliberação.

123. Além da invalidade do voto abusivo, a lei acionária prevê a *responsabilidade do sócio por perdas e danos*, “ainda que o seu voto não

haja prevalecido”. Essa responsabilidade não é somente a que pode persistir após a invalidação do voto outrora prevalente, mas aquela que pode decorrer do voto não prevalente. No sistema do CC, o legislador previu a responsabilidade do sócio “na hipótese em que o seu voto conflitante tiver sido determinante para a aprovação da deliberação”, mas é discutível se essa regra admite interpretação *a contrario sensu* (= o sócio não responde quando o seu voto não tenha sido determinante) ou se não teria ela apenas consagrado a regra de que *positio unius non est exclusio alterius* (a especificação de uma hipótese não redundava em exclusão das demais).

124. Em qualquer caso, o dever de o agente indenizar a sociedade ou os sócios pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto não pressupõe a invalidação dos votos viciados ou da deliberação, tampouco é, de regra, por esta elidida – salvo nas situações excepcionais em que a própria invalidação constitua em si mesma reparação em espécie, sem sobejar outros danos autônomos a serem ressarcidos. Inversamente, a responsabilidade por perdas e danos não exclui a invalidade do voto nem impede que, em determinadas situações, e sempre como *ultima ratio*, a exclusão do sócio se coloque como alternativa. Na prática, a regra de responsabilidade civil não tem tido maiores aplicações práticas devido às naturais dificuldades e deficiências sentidas na efetivação da responsabilidade civil em geral.

125. O *sancionamento do abuso negativo* (ou oposição abusiva) da minoria é bem mais tormentoso do que o dos abusos positivos: a sanção não é anulação do ato, pois o ato foi bloqueado. Durante muito tempo, a única sanção cogitada foi a responsabilidade do agente por perdas e danos, solução notoriamente insuficiente que levou a doutrina, em especial a francesa, a discutir o cabimento de outros instrumentos.

126. A *exclusão ou suspensão do direito de voto* constitui, em tese, sanção adequada para certas hipóteses de abuso de minoria e guarda simetria com a sanção aplicável ao abuso da maioria: no caso de abuso da maioria, invalidam-se os votos dos majoritários; no caso de oposição abusiva, retiram-se temporariamente dos opositores os seus direitos de voto – sendo que, em ambos os casos, os votos contaminados pelo conflito de interesses são neutralizados.

127. A suspensão do direito de voto tem previsão na lei acionária brasileira, mas o mesmo não sucede no Código Civil. De todo o modo, é discutível se teria cabimento nos casos de abuso de minoria. Admitida que seja, a medida não teria o efeito de superar a oposição abusiva relacionada à deliberação de temas para os quais a lei ou o estatuto fixa o *quorum* de deliberação em função do capital social, pois as participações do sócio suspenso não teriam como ser segregadas do capital social e a oposição continuaria fincada; para as demais deliberações, o bloqueio restaria superado.

128. A suspensão do direito de voto, de acordo com respeitáveis estudiosos, poderia ser deferida em medida cautelar inominada ou como tutela antecipada, mas o cabimento concreto da medida depende da avaliação da ação principal e do atendimento dos pressupostos específicos da tutela de urgência, com destaque para a necessária ponderação de interesses na análise do requisito da irreversibilidade ou não da medida.

129. As *astreintes*, enquanto técnica de execução específica das obrigações pela coerção patrimonial do obrigado, poderão ser fixadas em eventual tutela antecipatória em ação para execução específica das obrigações de fazer, do mesmo modo como poderão ser utilizadas para compelir o sócio a cumprir com a obrigação de tomar parte da assembléia ou reunião, quando, em concreto, se possa positivar a existência (precedente, e não criada por obra judicial) da obrigação de comparecimento ao conclave. Também será admissível quando o sócio houver se obrigado a manifestar a sua vontade em sentido específico e previamente delimitado. Mas o emprego do remédio é excepcional: só se justifica para sancionar uma obrigação previamente assumida; fora disso, não tem cabimento para impor ao sócio votar em dado sentido fixado judicialmente como sendo o correto.

130. Outra via cogitável para sancionar a oposição abusiva é a da *decisão judicial com efeito de voto*, decisão judicial com efeito substitutivo da declaração de vontade, de modo a se poder dar por aprovada a decisão abusivamente bloqueada pela minoria. Tal como as *astreintes*, a tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade é admissível somente quando, através dela, se buscar *efetivar* o consentimento *preexistente*; a declaração de vontade anteriormente manifestada ou, melhor, *prometida*, porquanto, em tais casos, o juiz limita-se a constatar o

consentimento dado em ato precedente, tornando-o efetivo; não substitui a inteira vontade do renitente, mas executa coativamente algo que, previamente, ficou estabelecido em todos os contornos essenciais. Diversa é a situação da oposição abusiva nos casos em que a mesma não colide com alguma específica manifestação de vontade *anteriormente expressa*. Aí já não se cuida mais de constatar o acordo (prévio), mas de sancionar a sua ausência, e isso não se admite nem mesmo sob o pretexto de obter-se reparação, em natura ou em espécie, do dano que a oposição abusiva gera na sociedade. Não pode o juiz, a título de sanção, impor o seu voto, a sua decisão, de acordo com aquilo que ele imagina ser de acordo com o interesse social.

131. A jurisprudência francesa, após seguidas decisões da Corte de Cassação e confrontada com as sólidas e consistentes objeções suscitadas aos tradicionais remédios de execução específica, elaborou outra sanção para o bloqueio abusivo: a *designação de mandatário ou administrador judicial “ad hoc” para votar em nome dos recalcitrantes*. Esta solução mereceu ampla aceitação na França, sob o entendimento de que o mandatário *ad hoc* não é obrigado a votar a favor da proposta inicialmente bloqueada; ele deve representar os sócios minoritários recalcitrantes em nova assembléia e votar em seu nome as decisões que se harmonizem com o interesse social e que não ostentem atentado aos interesses legítimos dos minoritários, exercendo uma missão de conciliação.

132. As críticas que se levantam ao remédio, escoradas na verificação da prática judicial, é a de que o mandatário não tem liberdade para votar. Ao decretar o abuso, o juiz implicitamente sugere ao mandatário votar favoravelmente à decisão bloqueada. O mandato seria, pois, imperativo e, nestas condições, o remédio incidiria nas mesmas críticas dirigidas à da decisão com efeito de voto. Além disso, os custos envolvidos com o processo são significativos; a via não é expedita e só se justifica em casos de sociedades de maior porte. Apesar disso, o remédio tem sido utilizado no direito francês.

133. A transposição direta da solução francesa para o direito brasileiro é problemática, pois: (1º) a lei societária brasileira só contempla a intervenção do juiz para decidir o mérito de deliberações societárias em caso de empate; (2º) salvo autorização legal, o voto não pode ser transferido separadamente do título e atribuído a terceiro; (3º) a designação de administrador judicial

só tem lugar no processo civil para “guarda e conservação de bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou arrecadados” (CPC, art. 148) e a missão do auxiliar do juiz é apenas de administração ordinária. Em todo o caso, a providência só poderia ser tomada em sede de tutela de urgência e na dependência de uma ação principal, cujos pressupostos aquela medida concretamente depende.

134. A propositura de *ação declaratória positiva assemblear* para o accertamento do real conteúdo de deliberações assembleares pode se revelar útil, diante do bloqueio abusivo, nos casos em que, anulados e esterilizados os votos inválidos para o fim de cômputo do *quorum*, o juiz puder pronunciar a aprovação da proposta bloqueada na assembléia. A medida seria factível, pois, nos casos em que o faltoso tenha efetivamente votado, não parece ter sentido nos casos de abstenção ou ausência ao conclave. Mas é preciso, em cada caso, verificar se, com a invalidação do voto abusivo, há espaço para o surgimento automático da deliberação contrária: quando o *quorum* de deliberação for o da maioria simples, tal poderá ocorrer; quando for fixado em função do capital social, não haverá como arredar, da composição do capital social, os votos do prevaricador nem será possível superar o impasse.

135. A *dissolução (total) da sociedade*, por impossibilidade de atingir o fim ou a finalidade, pode ter lugar diante de casos de oposição abusiva. Nada obsta a que a maioria a delibere ou a minoria qualificada “inocente” a demanda judicialmente (CC, art. 1.034, II; e LSA, art. 206, II, *b*).

136. A *exclusão de sócio* é, em si, outra sanção efetiva para os casos de abuso de minoria, pois não implica na dissolução da sociedade, resolve o conflito interno e respeita o interesse social. O afastamento compulsório dos sócios é, no entanto, *ultima ratio* e só se justifica em casos extremos, de grave violação dos deveres de sócio. Na doutrina pátria, alguns estudiosos têm defendido, em trabalhos de maior fôlego, a viabilidade da exclusão de acionistas por falta grave, embora com cautelas e em caráter excepcional.

137. Na medida em que a oposição faltosa pode provocar danos, a condenação dos sócios minoritários responsáveis desponta como outra sanção possível.

138. A enunciação dos remédios contra os abusos da minoria não é fácil. Uma das originalidades do abuso de minoria em comparação ao da maioria é o fato de não se satisfazer com um sancionamento uniforme. Por se tratar de fenômeno genuinamente multifário, apenas a análise do caso concreto será capaz de denunciar a medida de sancionamento de abuso de minoria apropriada e eficaz, sem consagrar, em qualquer caso, a intervenção judicial no governo da sociedade ou a usurpação dos poderes-função privativamente atribuídos pela lei aos órgãos societários.

§ 4º. – OUTROS TEMAS CORRELATOS.

(capítulo 7: abuso de minoria e técnicas acautelatórias)

139. Os litígios societários demandam rápida solução, dificilmente obtida pela via judicial ou arbitral; por isso, é fundamental encontrar instrumentos eficazes para diminuir os pontos de incerteza que, ao depois, poderão ser explorados em juízo pela parte insatisfeita, fugir, em suma, da solução jurisdicional. Neste contexto, e diante da complexidade dos meios de sancionamento do abuso de minoria, ganham relevância as *técnicas convencionais acautelatórias*, isto é, instrumentos negociais preordenados a superar, tão rapidamente quanto possível, os impasses criados pelo bloqueio abusivo ou pelo abuso de minoria *tout court*.

140. No direito societário brasileiro, tal como no direito de outros países, prevalece o princípio da *tipicidade societária* (*Typenzwang*): as formas societárias constituem *numerus clausus*, de tal modo que se as partes, no exercício de sua incoercível liberdade de celebração de contrato, resolverem constituir sociedade (CC, art. 981), deverão necessariamente fazê-lo de conformidade com um dos tipos previstos em lei (CC, art. 983). Não há espaço para a criação convencional de tipo societário atípico.

141. O princípio da *tipicidade* longe está de anular o primado da *autonomia da vontade* na esfera societária, pois não impede os sócios de introduzir modificações no modelo legal: a autonomia da vontade desenvolve-se no âmbito interno do tipo societário eleito, pois em direito societário existem normas cogentes e normas dispositivas; e são estas que permitem aos interessados estabelecer a modelagem do tipo societário. Nada impede que as partes afastem as normas dispositivas indesejadas e,

respeitadas as cogentes, modelem o conteúdo do contrato de sociedade, de modo a melhor atender aos seus respectivos interesses. A liberdade que as partes têm de fixar o conteúdo do contrato tem o nome de *liberdade de modelagem negocial* ou liberdade de modelação do conteúdo contratual (*Gestaltungsfreiheit*). Esta liberdade de fixação do conteúdo dos contratos opera-se nos limites da lei. O campo residual de liberdade dos sócios, ainda assim, é bem mais amplo do que se costuma supor, e nele cabem diversos instrumentos estatutários e contratuais, ambos logicamente convencionais, de remediação de abusos dos sócios.

142. As sociedades regulam-se pelas cláusulas estipuladas pelas partes: constituem elas a primeira lei que os contratantes a si próprios impõem como norma a observar. Além dos limites gerais do sistema civil, as estipulações contratuais encontram, na órbita societária, duas bitolas específicas: o interesse social e o dever societário de lealdade. É pois sobretudo dentro de tais balizas que a liberdade de modelagem contratual pode se mover.

143. As *prestações complementares* (*Nachschußpflichten*) constituem obrigações adicionais dos sócios de entradas em dinheiro para reforço do capital social e, por implicarem responsabilidades adicionais para os sócios, só são admitidas quando a lei as autorizarem. Diferentemente dos direitos português (CSC, art. 210º) e alemão (GmbHG §§ 26 e 27), que regulamentaram a matéria, não há no direito brasileiro comando legal sobre prestações complementares e não cabe prever no contrato ou no estatuto social novas obrigações de entrada a cargo dos sócios (para formação do capital social) nem de suprimentos (como empréstimos). Nada obsta que tais obrigações sejam previstas em pactos parassociais entre os sócios, sob a forma de estipulações em favor de terceiro (isto é, da sociedade).

144. O contrato ou o estatuto social pode prever outras obrigações não pecuniárias a cargo dos sócios, que são *prestações acessórias* (*Nebenleistungen*), visando assegurar a contribuição pessoal dos sócios ou de terceiros. A previsão de prestações acessórias em sociedades de pessoas e na limitada oferece poucas contestações e, por vezes, é através delas que se assegura a prestação em serviços do sócio, em especial quando o tipo societário não admite a figura do sócio de indústria. A discussão sobre a validade da estipulação remanesce no direito acionário e, para evitar incertezas, muitos sistemas jurídicos tratam da matéria expressamente; o

direito acionário brasileiro não conhece *genérica* limitação à sua previsão e a doutrina inclina-se pela sua legitimidade em sociedades anônimas fechadas, podendo daí resultar uma estrutura real típica de sociedade de pessoas, dando ensejo ao surgimento da sociedade anônima de pessoas (ou sociedade anônima *intuitu personae*), frente à qual se poderá admitir a aplicação, sempre excepcional e em caráter residual, de regras típicas das sociedades de pessoas; em sociedades abertas, não parece possível prever prestações acessórias. A vinculação personalista dos sócios, decorrente da previsão de prestações acessórias, acresce os deveres de lealdade na organização societária. O inadimplemento de prestação acessória pode gerar o dever de indenizar e, em situações extremas, legitimar a exclusão do faltoso; nas sociedades anônimas fechadas, parcela da doutrina defende a aplicação das regras sobre o sócio remisso. De todo o modo, podem os sócios inserir cláusula penal para as hipóteses de descumprimento das obrigações de sócio, nestas incluídas as prestações acessórias.

145. Dentre as inúmeras *técnicas estatutárias* (regras estatutárias ou de contrato social) destinadas a lidar com os problemas decorrentes dos abusos dos sócios, foram indicadas, para debate, a cláusula de resgate para exclusão de acionista em S/A fechada, a cláusula de modelação do dever de lealdade societária e a cláusula de anuência a operações essenciais à sobrevivência da sociedade.

146. A *cláusula de resgate para exclusão de acionista em S/A fechada* é aquela que, como o seu nome indica, se vale do instituto do resgate acionário como meio de implementar a exclusão de acionista em sociedade anônima fechada. O seu funcionamento pressupõe que cada acionista seja titular da totalidade das ações de uma só e mesma classe de ações, os estatutos afastem a necessidade de aprovação da operação pelo acionista da classe atingida e a livre circulação das ações deverá ser restringida (evitando que o acionista possa se tornar titular de ações de mais de uma classe). Atendidas tais premissas, o dispositivo estatutário poderá prever que a totalidade das ações de cada uma das classes poderá ser resgatada pela companhia, quando acionistas, representando a maioria do capital social (ou do capital votante), entenderem que o titular das ações da classe a resgatar incorreu em falta grave dos seus deveres sociais. Na prática, o resgate deverá ser deliberado em assembléia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa. Aprovada a operação, o acionista terá as suas

ações resgatadas e, em termos práticos, restará excluído da companhia, ressalvado o direito que tem de discutir a validade do ato nas vias jurisdicionais apropriadas. A utilização do resgate para esse fim tem paralelo na experiência de outros países e não incorre em nenhum uso disforme do instituto, pois: (1º) o legislador não previu uma função específica para o resgate e (2º) a modelagem sugerida garante ao sujeito passivo o exercício das garantias exigidas pelo sistema jurídico e não o sujeita ao arbítrio. Trata-se, pois, de um meio de superação de bloqueios abusivos.

147. *A cláusula de modelação do dever de lealdade societária* é aquela que vem a tornar expressa ou mais intensa a vinculação das partes aos deveres de lealdade; em hipótese alguma pode derogá-los, dado que os deveres de lealdade descendem da boa-fé objetiva e constituem elemento cogente da ética coletiva, sendo infenso a derrogações convencionais. As partes podem, no entanto, enunciar o dever de lealdade e tornar expreso o seu conteúdo, facilitando o sancionamento das condutas desleais. Outrossim, podem reforçar o dever de lealdade, mas é preciso que este reforço esteja em harmonia com as regras legais do tipo societário e em consonância com a sua estrutura real.

148. *A cláusula de anuência a operações essenciais à sobrevivência da sociedade* é aquela por meio da qual os sócios, por antecipação, se comprometem a votar favoravelmente à aprovação de operações essenciais à sobrevivência da sociedade, desde que se verifiquem certos pressupostos a serem minuciosamente descritos na disposição. A vantagem oferecida pela cláusula é a de que nela estaria consubstanciada a obrigação de o sócio emitir uma determinada *declaração de vontade* (voto), de tal modo que, não sendo ela cumprida, abrir-se-ia aos interessados a possibilidade de se socorrerem dos instrumentos de tutela específica da declaração de vontade.

149. Além de poderem ser equacionados através de técnicas estatutárias, os conflitos societários poderão encontrar útil instrumental nos *pactos* (ou *acordos*) *parassociais* – que são contratos celebrados entre todos ou alguns sócios, tendo por objeto o funcionamento de determinada sociedade, o exercício dos direitos de sócio e a transmissão e negociação das respectivas participações societárias. Os pactos parassociais são contratos coligados ao contrato de sociedade e trazem, como consequência, a acentuação da vinculação pessoal dos contratantes e dos deveres societários de lealdade. O

direito brasileiro consagra os pactos parassociais na disciplina societária: (1º) a interpretação *a contrario sensu* do art. 997, par. ún., do CC, revelando que tais contratos têm plena eficácia entre as partes, mas não prevalecem sobre o contrato social nem se impõem a terceiros e (2º) a lei acionária regulou especificamente o acordo de acionistas, que é uma espécie de pacto parassocial.

150. A inserção de determinadas estipulações em pactos parassociais pode se revelar útil para a superação de bloqueios abusivos da minoria e, dentre as inúmeras possibilidades, foram destacados os acordos de voto em geral, os pactos de capitalização e os acordos de suprimento, as opções de compra e venda e a opção multilateral para afastamento do recalcitrante (ou opção de compra expulsória).

151. Os pactos parassociais normalmente prevêm a obrigação de os contratantes comparecerem às assembleias e nelas exercerem o direito de voto no sentido estabelecido no acordo ou em reunião prévia: são os acordos de voto – que não atentam contra a liberdade do voto e não implicam a sua negociação ilícita. Pode-se incluir no pacto a obrigação de as partes aprovarem, atendidas as condições definidas no instrumento, operações de aumento ou redução de capital social, saneamento financeiro, transformação, eleição de administradores etc. A vantagem dos acordos de voto está nos meios que a lei concede para que os interessados obtenham o cumprimento específico da obrigação de emitir as declarações de vontade neles consubstanciadas. No sistema da lei acionária, desde que atendidas as exigências legais, a eficácia dos acordos de voto é plena; no sistema do Código Civil, a eficácia é limitada, pois, em princípio, tais acordos não serão oponíveis a terceiros – de tal modo que, nesse último sistema, é recomendável transpor os acordos de voto para dentro do contrato social, na medida do possível, como técnica estatutária.

152. Os *pactos de capitalização e acordos de suprimento* podem integrar o conteúdo de pacto parassocial. Nada impede, e é comum em contratos de associação internacional, que as partes prevejam a obrigação de um, alguns ou todos os contratantes realizarem novos aportes em aumentos do capital social, no montante que então for definido (pacto de capitalização). Também poderão convencionar a obrigação de suprimento pecuniário ao caixa social, não sob a forma de aumento de capital, e sim como autêntico

empréstimo à sociedade, no montante e de acordo com as estipulações convencionadas (acordo de suprimento). Em princípio, ambas as estipulações, desde que os valores envolvidos estejam previamente definidos, são válidas e operam como estipulações em favor de terceiro.

153. Ainda em pactos parassociais, é freqüente as partes preverem *opções em geral*, sendo as mais comuns as de venda (*put option*) ou de compra (*call option*). A sua utilidade é manifesta: ao exercer a opção de compra, pode-se afastar da sociedade um sócio indesejado, superando bloqueios; ao exercer a opção de venda (*put option*), inversamente, o interessado força a aquisição de suas participações e consegue o seu desligamento da sociedade, na qual não deseja mais permanecer. As vantagens das opções são as de que, em primeiro lugar, elas se enquadram no conteúdo típico dos acordos de acionistas e gozam da eficácia expandida que a lei acionária lhes concede; em segundo lugar, admitem, em tese, execução específica nos moldes previstos na lei processual civil. Para tanto, é imprescindível que, em concreto, os pressupostos indispensáveis à execução específica do acordo estejam presentes ou, ao menos, possam ser determinados sem declarações inovativas dos figurantes ou prescindindo delas. O objeto e o preço devem ser determinados ou determináveis e é fundamental que a opção seja concedida a algum sócio, e não só à sociedade, porquanto esta encontra limites legais na aquisição de títulos de sua própria emissão.

154. A *opção multilateral para afastamento do recalcitrante* (ou *opção de compra expulsória*), tal como ideada neste estudo, consiste na outorga recíproca de opção irrevogável de compra, subordinada a condições suspensivas diretamente relacionadas ao comportamento individual do acionista junto à companhia, aos demais acionistas e colaboradores internos, de tal modo que, verificada uma das hipóteses nelas previstas, a opção torna-se eficaz e permite que, sendo exercida, o acionista indesejado seja afastado do quadro societário. A opção assim estruturada não é puramente potestativa, mas nada impede que as partes venham a modelá-la de forma mais ou menos formalista – deixando até a decisão sobre a questão a terceiros árbitros previamente escolhida. O resultado prático da opção é o de que, uma vez exercida, o acionista resta afastado da sociedade, colmatando-se, pois, as deficiências da lei acionária na regulamentação de problemas típicos de sociedades anônimas *intuitu personae*.

(capítulo 8: abuso de igualdade – contributo ao seu estudo)

155. A constituição de sociedades com capital igualmente dividido entre os seus dois únicos sócios, embora desaconselhada pelos técnicos, é uma realidade, corrente no direito pátrio, que talvez se explique pela desconfiança nata dos sócios e pelo correlato desejo de ambos controlarem estritamente a conduta do outro: semelhantes sociedades funcionam apenas se houver unanimidade, a respeito de tudo e de todos, entre ambos os sócios; do contrário, paralisa-se o seu funcionamento. Essas sociedades igualitárias de dois sócios são também chamadas de “sociedades burras” e, na medida em que nelas pode não haver controle conjunto efetivo (há dissenso, não controle), são “descontroladas”, o que dá a exata noção dos perigos que nelas se encerram.

156. Em caso de impasse no funcionamento de sociedade igualitária, coloca-se o problema de saber se há abuso dos sócios e quem é o responsável. Para isso, aplicam-se os mesmos pressupostos utilizados para a detecção dos abusos de minoria. Dogmáticamente, não se verificam dessemelhanças de fundo na teoria do abuso de minoria e do abuso de igualdade, como, de resto, não as há em relação ao abuso de maioria. Em qualquer uma de suas manifestações, sobressai na caracterização do abuso a atitude do sócio voltada à satisfação de um interesse extrassocial, em detrimento do interesse comum dos sócios e dos deveres de salvaguarda e de cautela decorrentes do dever de lealdade.

157. No plano da fenomenologia, o abuso de igualdade distingue-se da oposição abusiva da minoria na medida em que o impasse entre sócios igualitários pode paralisar o processo de tomada de qualquer deliberação social, extraordinária ou não, e, em alguns casos, mesmo de atos de gestão cotidiana.

158. Os litígios societários envolvendo situações de abuso de igualdade constituem, em sua maioria, um jogo de luzes e sombras que recaem sobre ambos os lados. Descobrir quem é o culpado e se há apenas um culpado ou sócios igualmente responsáveis constituem tarefas sempre espinhosas, mas imprescindíveis. A inviabilidade de persecução da exploração da atividade, em razão do bloqueio de um dos sócios, pode até autorizar a dissolução, mas nunca de *per si* legitimar a exclusão de um deles, se este não incorreu

em falta grave ou se não foi *só ele* quem preponderantemente incorreu em falta grave. A oposição sistemática de um dos sócios não revela obrigatoriamente um abuso de igualdade. Em cada caso, insista-se, é preciso que bem fiquem demonstrados os pressupostos do abuso, e isso nem sempre é fácil de avaliar.

159. Estabelecida a identidade nuclear do abuso de minoria (oposição abusiva) e do abuso de igualdade, segue a conclusão de que os remédios teoricamente cabíveis para o seu sancionamento são os mesmos do abuso de minoria. Aqui os sócios não devem descurar das técnicas acautelatórias.

160. A exclusão judicial do sócio faltoso é solução possível em caso de abuso de igualdade, mas, objetivamente, apenas quando houver parte inocente e parte culpada, pois, se ambos os sócios forem igualmente responsáveis por abusos e descumprimento dos deveres sociais, não se poderá aplicar arbitrariamente a medida a apenas um deles: se ambos os lados deram causa ao impasse, seria despropositado permitir a um deles expelir o outro e continuar a conduzir a empresa sozinho; inversamente, se os fatos ensejadores da exclusão puderem ser imputados a um sócio ou, preponderantemente, a um só sócio, este poderá ser excluído da sociedade regida pelo Código Civil, mas apenas pela via judicial.

161. Proposta a ação de exclusão por um dos sócios e reconvenção (ou ação autônoma distribuída por dependência) pelo outro, o juiz deverá verificar quem é o culpado a ser afastado. Não sendo isso possível ou se convencendo o juiz de que ambos são igualmente responsáveis pelo quadro de desinteligência, não poderá a sentença fundar-se em critério lotérico para indicar um sócio a ser afastado nem deverá deixar de decidir a lide. A solução, justa e jurídica, para a hipótese estará no decreto de dissolução total da sociedade, por efeito do julgamento de procedência de ambas as ações de exclusão – solução esta que não é *extra petita*, na medida em que acolhe a pretensão de ambas as partes, embora tenha como solução não a apuração de haveres, mas a liquidação, em atenção aos interesses dos credores sociais.

162. A dissolução total é medida que se justifica diante da impossibilidade de a sociedade atingir o seu escopo-meio ou o escopo-fim. Em muitos casos, a drástica medida poderá ser injusta (pois a empresa é aniquilada pelo impasse e consente a um dos sócios, com o abuso, pôr fim à sociedade em detrimento do sócio inocente). Ainda assim, será o remédio

apropriado quando pedido pela parte inocente (a quem não poderá ser negada a pretensão de dissolver a sociedade), ou não for possível detectar quem é o responsável pelo abuso ou, ainda, quando ambos os sócios forem igualmente responsáveis pelo impasse criado. Na quase totalidade dos casos, a dissolução judicial será decretada na via judicial, pois se o impasse entre os sócios se positivizar na deliberação de dissolução convencional, apenas a via jurisdicional restará aberta.

9.2. Abuso de minoria: uma teoria em construção.

Ao fim do longo percurso, espera-se ter logrado comprovar a afirmação feita na abertura do trabalho: o estudo do abuso da minoria não representa ataque aos grupos minoritários, a quem deve interessar saber os limites das suas posições jurídicas subjetivas. Muito mais perniciosa para a minoria é a situação em que a reprovação de seus atos vem desacompanhada de claras balizas.

A teoria do abuso de minoria em direito societário encontra-se ainda em construção e a sua sólida edificação pressupõe o desenvolvimento entre nós de estudos sobre o fim comum (ou social), o dever societário de lealdade e os princípios fundamentais de direito societário. Além disso, de par com o desenvolvimento doutrinário da matéria, seria conveniente que o legislador finalmente introduzisse regras para tornar expressos os deveres sociais que competem aos sócios, rompendo de vez com o lamentável vício de enunciar apenas os direitos, sem colocar em evidência a contrapartida. Ao menos no plano normativo-positivo do direito brasileiro, a tese da correlação é falha: a afirmação dos poderes dos sócios, em especial os da minoria, vem desacompanhada da positivação de suas responsabilidades.

Espera-se que este trabalho sirva, ao menos, de estímulo para que outros possam continuar a desenvolver o tema, superando as imperfeições e as falhas em que, decerto, incidimos ao trilhar via praticamente inexplorada no direito pátrio. Se tal suceder, já nos daremos por satisfeitos.

10. BIBLIOGRAFIA E EXTRATOS.

10.1. Índice bibliográfico.

AA.VV. *Diritto delle società: manuale breve*. 2ª ed. Milão : Giuffrè, 2005.

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Execução específica dos acordos de acionistas*. SP : Quartier Latin, 2006.

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. SP : RT, 2007.

ABRÃO, Nelson. *Sociedades limitadas*, 9ª ed. SP : Saraiva, 2005.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Abusos de minoria*, 'in' *Problemas do direito das sociedades* (obra coletiva). Coimbra : Almedina, 2002.

ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. *Dissolução total e parcial das sociedades comerciais*. Curitiba : JM Editora, 1999.

ALMEIDA, António Pereira de. *Sociedades comerciais*. Coimbra : Coimbra, 1997.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 8ª ed. Coimbra : Almedina, 2000.

ALVARES, Samantha Lopes Álvares. *Ação de dissolução de sociedades*. SP : Quartier Latin, 2008.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Sociedade de responsabilidade limitada*. SP : Quartier Latin, 2004.

ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. SP : RT, 2008.

_____; e NERY JR. Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7ª ed. SP : RT, 2003.

_____; e _____. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2ª ed. SP : RT, 2003; e 6ª ed. SP : RT, 2008

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, vol. I. 10ª ed. – 5ª reimp. Coimbra : Almedina, 2008; vol. II. 7ª ed. – 4ª reimp. Coimbra : Almedina, 2009.

ARAGÃO, Leandro Santos de; e CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. *Reorganização societária* (obra coletiva). SP : Quartier Latin, 2005.

_____; e _____. *Sociedade anônima: 30 anos da Lei 6.404/76* (obra coletiva). SP : Quartier Latin, 2007.

ARAGÃO, Paulo César. *A disciplina do acordo de acionistas na reforma da Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 10.303, de 2001)*, 'in' *A reforma da Lei das Sociedades Anônimas* – coord. Jorge Lobo. 2ª ed. RJ : Forense, 2002.

_____; e CRUZ, Gisela Sampaio da. *Alguns aspectos da redução de capital da sociedades anônimas*, 'in' *Reorganização societária* (obra coletiva) – coords. Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão. SP : Quartier Latin, 2005.

ARIETA, Giovanni; e SANTIS, Francesco de. *Diritto processuale societario*. Padova : CEDAM, 2004 (com *Appendice di aggionamento*. Padova : CEDAM, 2005).

ARRUDA MIRANDA JR., Darcy. *Breves comentários à Lei das Sociedades por Ações*. SP : Saraiva, 1977.

_____. *Dicionário jurisprudencial da sociedade por ações*. SP : Saraiva, 1990.

_____. *Dicionário jurisprudencial da sociedade de responsabilidade limitada*. SP : Saraiva, 1988.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. SP : Saraiva, 1945.

_____. *Interesse sociale ed interesse comune nel voto (nota a Cass. 12 maggio 1951, n. 1177)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951.

ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito comercial*, vol. IV: Sociedades comerciais. Lisboa : Faculdade de Direito de Lisboa, 1993.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil brasileiro* (obra coletiva) – coords. Arruda Alvim e Thereza Alvim, vol. V. RJ : Forense, 2007.

ASSIS GONÇALVES NETO, Alfredo de. *Lições de direito societário*. 2ª ed. SP : Juarez de Oliveira, 2004.

_____. *Lições de direito societário*, vol. II: *Sociedade anônima*. SP : Juarez de Oliveira, 2005.

_____. *Direito de empresa*. SP : RT, 2007.

AULETTA, Giuseppe; e SALANITRO, Niccolò. *Dirito commerciale*. 13ª ed. Milão : Giuffrè, 2001.

AVELÃS NUNES, A. J. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*, 1ª ed. – 2ª reimp. Coimbra : Almedina, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado*, vol. II. SP : Atlas, 2003.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. SP : Saraiva, 2002.

_____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. SP : Saraiva, 2009.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. RJ : Forense, 1979.

BARBI, Otávio Vieira. *Composição de interesses no aumento de capital das sociedades limitadas*. RJ : Forense, 2007.

BARBI FILHO, Celso Agrícola. *Acordo de acionistas*. BH : Del Rey, 1993.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Adjudicação compulsória de ações de sociedade anônima; pedido e sentença*, 'in' *Temas de direito processual – 1ª série*. 2ª ed. SP : Saraiva, 1988.

BARRETO, Celso de Albuquerque. *Acordo de acionistas*. RJ : Forense, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro; e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol. SP : Saraiva, 1989.

BAUMBACH, Adolf e HUECK, Alfred. *GmbH-Gesetz*. 16ª ed. München : C. H. Beck, 1996.

_____; e HOPT, Klaus J., *Handelsgesetzbuch*. 29ª ed. München : C. H. Beck, 1995.

BECKER. *Der Ausschluß aus der Aktiengesellschaft*. ZGR, 1986, 383.

BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano : Giuffrè, 1951.

BERTOLDI, Marcelo M. *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas* (obra coletiva). 2ª ed. SP : RT, 2002.

_____. *Acordo de acionistas*. SP : RT, 2006.

BESSONE, Darcy. *Do contrato – teoria geral*. RJ : Forense, 1987.

BING, Plínio Paulo. *Sociedade limitada*. RS : Safe, 2006.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6th ed. St. Paul, Minn. : West Publishing, 1990.

BOITEUX, Fernando Netto. *Responsabilidade civil do acionista controlador e da sociedade controladora*. RJ : Forense, 1988.

BONELLI, Franco. *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*. Milão : Giuffrè, 1992.

_____. *Gli amministratori di S.P.A dopo la riforma delle società*. Milão : Giuffrè, 2004.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8^a ed. RJ : Renovar, 2003.

BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. SP : Método, 2006.

BRAGA, Armando. *Código das sociedades comerciais anotado e comentado*. Porto : Elcla, 2000.

BRANCO, Adriano Castello. *O Conselho de Administração nas Sociedades Anônimas*. RJ : Forense Universitária, 2004.

_____ e MUNIZ, Ian. *Fusões e aquisições: aspectos fiscais e societários*. SP : Quartier Latin, 2007.

BRITO, Cristiano. 'Affectio societatis' – sociedade anônima fechada. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 147/265-272.

_____. *Sociedade limitada & cessão de quotas*. Curitiba : Juruá, 2007.

BULGARELLI, Waldirio. *A proteção às minorias na sociedade anônima*. SP : Pioneira, 1977.

_____. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 4º vol. SP : Saraiva, 1978.

_____. *Direito empresarial moderno*. RJ : Forense, 1992.

_____. *Estudos e pareceres de direito empresarial: o direito das empresas*. SP : RT, 1980.

_____. *Fusões, incorporações e cisões de sociedades*. 2ª ed. SP : Atlas, 1996.

_____. *Manual das sociedades anônimas*. 6ª ed. SP : Atlas, 1991.

_____. *O Conselho Fiscal nas companhias brasileiras*. SP : RT, 1988.

_____. *Problemas de direito empresarial moderno*. SP : RT, 1989.

_____. *Questões atuais de direito empresarial*. SP : Malheiros, 1995.

_____. *Questões de direito societário*. SP : RT, 1983.

_____. *Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A*. RJ : Renovar, 1998.

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz; e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S.A.* RJ : Renovar, 1992.

_____; e _____. *Direito das companhias* (obra coletiva), 2 vols. RJ : Forense, 2009.

BUONOCORE, Vincenzo. *L'ostruzionismo degli azionisti nelle assemblee delle società per azioni.*, *Rivista della Società Soc.* 15 (1970), pp. 291-326.

CAEIRO, António. *Temas de direito das sociedades*. Coimbra : Almedina, 1984.

CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. 1ª ed. – 3ª tir. SP : RT, 2008.

CAMARGO VIDIGAL, Geraldo de, e SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Comentários à Lei das Sociedades por Ações* (obra coletiva). SP : Resenha Universitária, 1978. SP : Forense Universitária, 1999.

CAMINHA, Uinie. *Dissolução parcial de S/A por quebra de 'affectio societatis'*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 114/174-182.

CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto commerciale*, vol. 2: *Diritto delle società* – a cura di Mario Campobasso. 6ª ed. Torino : UTET, 2008.

CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3 vols. RJ : Forense, 1977.

_____. *Direito processual societário*. 2ª ed. RJ : Forense, 1989.

CARATIN, Roger. *La force des faibles – Encyclopédie mondiale des minorités*. Paris : Larousse, 1986.

CARNELUTTI, Francesco. *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*. Milano : *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazione*, vol. XXIV, parte I.

_____. *Teoria geral do direito* – trad. de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. SP : Saraiva, 1942.

CARPENA, Heloísa. *O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, 'in' *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional* (obra coletiva) – coord. Gustavo Tepedino. 3ª ed. RJ : Renovar, 2007.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. III. 5ª ed. RJ : Freitas Bastos, 1958; e vol. IV. 5ª ed. RJ : Freitas Bastos, 1954.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 1º vol. 4ªed. SP : Saraiva, 2002; 2º vol. 3ªed. SP : Saraiva, 2003; 3º vol. 3ªed. SP : Saraiva, 2003; 4º vol. – tomo I. 4ªed. SP : Saraiva, 2002; e 4º vol. – tomo II. 2ªed. SP : Saraiva, 2003.

_____. *Comentários ao Código Civil*, vol. 13. SP : Saraiva, 2003.

_____. *Acordo de acionistas*. SP : Saraiva, 1984.

_____; e EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das S/A*. SP : Saraiva, 2002.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; e ARAGÃO, Leandro Santos de. *Reorganização societária* (obra coletiva). SP : Quartier Latin, 2005.

_____; e _____. *Sociedade anônima: 30 anos da Lei 6.404/76* (obra coletiva). SP : Quartier Latin, 2007.

CATAPANI, Márcio Ferro. *Os contratos associativos*, 'in' *Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França. SP : Quartier Latin, 2009.

CAVALCANTI, Álvaro Augusto Brandão. *Das sociedades anônimas: sua estrutura e dinâmica*. RJ : Freitas Bastos, 1978.

CHABAS, François; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; e MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, tomo II – 1º volume: *Obligations: théorie générale*. 9ª ed. Paris : Montchrestien.

CHIOMENTI, Filippo. *La revoca delle deliberazioni assembleari*. Milão : Giuffrè, 1975.

CIAN, Giorgio; e TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. 6ª ed. Padova : CEDAM, 2002.

CLAUDINO, Felipe Demori; e NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Possibilidade de eleição de conselheiro de administração em sociedades concorrentes*, ‘in’ *Direito societário: gestão e controle* – coords. Maria Eugênia Reis Finkelstein e José Marcelo Martins Proença. SP : Saraiva, 2008.

CLARK, Robert Charles. *Corporate Law*. New York : Aspen Law & Business, 1986.

CLEMENTE, Eduardo Silveira. *Direito societário concreto & outros estudos*. Campinas : Russell, 2005.

COELHO, Eduardo de Melo Lucas. *A formação das deliberações sociais*. Coimbra : Coimbra Editora, 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, vol. 2. 10ª ed. SP : Saraiva, 2007.

_____. *A natureza subjetiva da responsabilidade civil dos administradores de companhia*. SP : Revista Direito de Empresa (Max Limonad) 1/9-38.

_____. *A sociedade limitada no novo Código Civil*. SP : Saraiva, 2003.

_____. *Profissão: minoritário, 'in' Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76* (obra coletiva) – coord. Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão. SP : Quartier Latin, 2007.

COELHO, José Washington. *A nova Lei das Sociedades Anônimas interpretada*. SP : Resenha Universitária, 1977.

COMPARATO, Fábio Konder. *A fixação do preço de emissão das ações no aumento de capital da sociedade anônima*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (RT) 81/79-86.

_____. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. SP : RT, 1970.

_____. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. 1ª ed. – 2ª tir. SP : Saraiva, 1995.

_____. *Ensaaios e pareceres de direito empresarial*. RJ : Forense, 1978.

_____. *Funções e disfunções do resgate acionário*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (RT) 73/66-73.

_____. *Notas sobre a execução específica da obrigação de contratar*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (RT) 97/104.

_____. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. RJ : Forense, 1981.

_____. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3ª ed. RJ : Forense, 1983.

_____; e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. RJ : Forense, 2005. 5ª ed. RJ : Forense, 2008.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *O acionista minoritário no direito brasileiro*. RJ : Forense, 1994.

_____. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*. RJ : Aide, 1989.

_____. *Sociedade anônima*. 3ª ed. BH : Del Rey, 2005.

_____. *Sociedade limitada*. RJ : Forense, 2006.

CORREIA, Luís Brito. *Os administradores de sociedades anônimas*. Coimbra : Almedina, 1993.

COSTA, Philomeno J. da. *Intervenção judicial imediata na vida interna social* (parecer). SP : Revista dos Tribunais – RT (RT) 458/39-45.

COSTA JR., Paulo José da; e PEDRAZZI, Cesare. *Direito penal societário*. 2ª ed. SP : Malheiros, 1996.

COTTINO, Gastone. *Diritto commerciale*, vol. 1º – tomo 2º: *Le società*. 4ª ed. Padova : CEDAM, 1997.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. SP : Bushatski, 1976.

COZIAN, Maurice ; e VIANDIER, Alain. *Droit des sociétés*. 5ª ed. Paris, Litec, 1992.

_____; _____; e DEBOISSY, Florence. *Droit des sociétés*. 20ª ed. Paris : Litec, 2007.

CREIFELDS, Carl. *Rechtswörterbuch*. 18ª ed. München : C. H. Beck, 2004.

CRISTIANO, Romano. *A subsidiária integral no Brasil*. SP : RT, 1986.

_____. *Sociedades limitadas*. SP : Malheiros, 2008.

CRUZ, Gisela Sampaio; e ARAGÃO, Paulo Cezar. *Alguns aspectos da redução de capital das sociedades anônimas*, 'in' *Reorganização societária* (obra coletiva) – coords. Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão. SP : Quartier Latin, 2005.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; e TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. SP : Saraiva, 1989.

CUNHA, Carolina. *A exclusão de sócios (em particular nas sociedades por quotas)*, 'in' *Problemas do direito das sociedades* – obra coletiva. Coimbra : Almedina, 2002.

CUNHA, Paulo Olavo. *Direito das sociedades comerciais*. 3ª ed. Coimbra : Almedina, 2007.

CUNHA, Rodrigo Ferraz Pimenta da. *Estrutura de interesses nas sociedades anônimas: hierarquia e conflitos*. SP : Quartier Latin, 2007.

DEBOISSY, Florence; COZIAN, Maurice; e VIANDIER, Alain. *Droit des sociétés*. 20ª ed. Paris : Litec, 2007.

DE LUCCA, Newton. *Da ética geral à ética empresarial*. SP : Quartier Latin, 2009.

DENOZZA, Francesco; JAEGER, Pier Giusto; e TOFFOLETTO, Alberto. *Appunti di diritto commerciale: impresa e società*. 6ª ed. Milano : Giuffrè, 2006.

DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do capital social: noção, princípios e funções*. Coimbra : Coimbra editora, 1998.

DUARTE, José. *Comentários à Lei das Contravenções Penais*, vol. II. 2ª ed. RJ : Forense, 1958.

EISENBERG, Melvin Aron. *Corporations and other business organizations: cases and materials*. 9ª ed. New York : Foundation Press, 2005.

EIZIRIK, Nelson. *Aspectos modernos do direito societário*. RJ : Renovar, 1992.

_____. *Conselho Fiscal*, 'in' *A Reforma da Lei das Sociedades por Ações* (obra coletiva) – coord. Jorge Lobo. 2ª ed. RJ : Forense, 2002..

_____. *Reforma das S.A. & do mercado de capitais*. RJ : Renovar, 1997.

_____. *Responsabilidade civil dos administradores da sociedade anônima*, 'in' *Sociedade anônima: I Ciclo de Conferências para Magistrados*, SP : IBCB, s/d.

_____. *Sociedades anônimas: jurisprudência*, tomo I. RJ : Renovar, 1996; tomo II. RJ : Renovar, 1998; e tomo III – vols. I e II. RJ : Renovar, 2008.

_____. *Temas de direito societário*. RJ : Renovar, 2005.

_____; e CARVALHOSA, Modesto. *A nova Lei das S/A*. SP : Saraiva, 2002.

_____; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; e HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais: regime jurídico*. 2ª ed. RJ : Renovar, 2008.

EUNÁPIO BORGES, João. *Curso de direito comercial terrestre*. 5ª ed. – 4ª tir. RJ : Forense, 1991.

FASTRICH, Lorenz. *Raciocínio jurídico funcional a exemplo do direito societário* – trad. de Nilson Lautenschleger Jr. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 140/52-85.

FAUCEGLIA, Giuseppe; e SCHIANO DI PEPE, Giorgio. *Codice commentato delle S. p. A.*, tomo I. Torino : UTET, 2006; e tomo II – parte 1 e 2. Torino : UTET, 2007.

FERRARI, Aldo. *L'abuso del diritto nelle società*. Padova : CEDAM, 1998.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 1ª ed. – 4ª tir. SP : Atlas, 1991.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Compêndio de sociedades mercantis*, vol. 2º – *Sociedades anônimas*. 2ª ed. RJ : Freitas Bastos, 1942; e vol. 3º – *Sociedades anônimas*. 2ª ed. RJ : Freitas Bastos, 1942.

_____. *Tratado das sociedades mercantis*, vol. V. 5ª ed. RJ : Editora Nacional de Direito, 1958.

_____. *Tratado de direito comercial*, 4º vol: *O estatuto da sociedade por ações*. SP : Saraiva, 1961; e 5º vol: *O estatuto da sociedade por ações*. SP : Saraiva, 1961.

_____. *O direito insurrecional do acionista* (memorial). SP : RT, 1939.

FERRER CORREIA, A. *Lições de direito comercial*. Coimbra : Lex, 1994 (reprint).

FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 8ª ed. Torino : Utet, 1992.

_____. *Delle società, 'in' Commentario del Codice Civile* – a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Bologna : Nicola Zanichelli editore, 1955.

_____. *Le società*. 2ª ed. Torino : UTET, 1985.

FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*. 3ª ed. Milano : Giuffrè, 2001.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Assembléias gerais, 'in' Direito societário* (obra coletiva), coords. Maria Eugênia Reis Finkelstein e José Marcelo Martins Proença. SP : Saraiva, 2007.

_____; e PROENÇA, José Marcelo Martins. *Direito societário: sociedade anônima* (obra coletiva). SP : Saraiva, 2007.

_____; e _____. *Direito societário: gestão e controle* (obra coletiva). SP : Saraiva, 2008.

FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. SP : Saraiva, 2004.

FLAIBANI, Claudia Cecilia. *Ley de sociedades comerciales: comentada y anotada*. Buenos Aires : Heliasta, 1999.

FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1^{er} Band – 1^{er} Teil: *Die Personengesellschaft*. Berlin/Heidelberg/New York : Springer Verlag, 1977.

_____. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1^{er} Band – 2^{er} Teil: *Die juristische Person*. Berlin/Heidelberg/New York : Springer-Verlag, 1983.

_____. *El negocio jurídico* – trad. de José María Miquel González e Esther Gómez Calle da 4^a ed. da obra *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2^{er} Band: *Das Rechtsgeschäfts*. Madrid : Fundación Cultural del Notariado.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *A exclusão de sócio da sociedade por quotas de responsabilidade limitada no direito brasileiro*, 'in' *Sociedades por quotas de responsabilidade limitada* (obra coletiva). SP : AASP, 1987.

_____. *Suspensão de deliberações sociais*. SP : Saraiva, 1986.

_____. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo Código Civil*. 2^a ed. SP : Atlas, 2003. 4^a ed. SP : Atlas, 2007.

_____; e SZTAJN, Rachel. *Código Civil comentado*, vol. XI. SP : Atlas, 2008.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. SP : RT, 2009.

_____. *Interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 130/7-38.

_____; e MESSINA, Paulo de Lorenzo. *Sociedades por ações: jurisprudência, casos e comentários*. SP : RT, 1999.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflitos de interesses nas assembléias de S.A.* SP : Malheiros, 1993.

_____. *Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva). SP : Quartier Latin, 2009.

_____. *Invalidade das deliberações de assembléia das S.A.* SP : Malheiros, 1999.

_____. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. SP : Malheiros, 2009.

_____. *Apontamentos sobre a invalidade das deliberações conexas das companhias*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 112/19-35.

_____. *Conflito de interesses: formal ou substancial ? Nova decisão da CVM sobre a questão*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 128/225-262.

_____; e VON ADAMEK, Marcelo Vieira. “*Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”*”. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) (pendente de publicação).

_____; e _____. *A proteção aos credores e aos acionistas nos aumentos de capital*. SP : Revista do Advogado – RAASP (AASP) 96/32-40.

_____; e _____. *Vinculação da sociedade: análise crítica do art. 1.015 do Código Civil*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 146/ 30-45.

FRANCO, J. Nascimento. *Condomínio*. SP : RT, 1997.

FRANZONI, Massimo. *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, 'in' *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* – diretto da Francesco Galgano, vol. 19°: *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*. Padova : CEDAM, 1994.

FRÈ, Giancarlo; e SBISÀ, Giuseppe. *Della società per azioni*, tomo I. 6^a ed. Bologna : Zanichelli editore, 1997.

FREY, Kaspar; e WIEDEMANN, Herbert. *Gesellschaftsrecht*. München : C. H. Beck, 2007.

GAAL, Ariádna B.; EIZIRIK, Nelson; PARENTE, Flávia; e HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais: regime jurídico*. 2^a ed. RJ : Renovar, 2008.

GALGANO, Francesco. *Derecho comercial*, vol. 2 – tradução de Jorge Guerrero. Colombia : Temis, 1999.

_____. *Il negozio giuridico*, 'in' *Trattato di diritto civile e commerciale* – già diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni, e continuato da Piero Schlesinger, vol. III – tomo 1°. 2^a ed. Milão : Giuffrè, 2002.

_____. *La forza del numero e la legge della ragione: storia del principio di maggioranza*. Bologna : Il Mulino, 2007.

_____; e GENGHINI, Riccardo. *Il nuovo diritto societario*, 'in' *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* – diretto da Francesco Galgano, vol. 29°. 3^a ed. Padova : CEDAM, 2006.

_____. *La società per azioni*, 'in' *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* – diretto da Francesco Galgano, vol. 7°. 2ª ed. Padova : CEDAM, 1988.

GARRIGUES, Joaquín. *Problemas atuais das sociedades anônimas* – trad. de Norberto da Costa Caruso MacDonald. RS : Sergio Antonio Fabris, 1982.

_____. *Curso de derecho mercantil*, tomo II. 7ª ed. Bogotá : Temis, 1987.

GEIER, Bernd M. *Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsgrenzen der mitgliedschaftlichen Treupflicht des Aktionärs*. Frankfurt am Main : Peter Lang, 2007.

GEISER, Thomas; HONSELL, Heinrich; e VOGT, Nedim Peter. *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Zivilgesetzbuch I (art. 1-456 ZGB)*. 2ª ed. Helbing & Lichtenhahn : Basel, Genf, München, 2002.

GENGHINI, Riccardo; e GALGANO, Francesco. *Il nuovo diritto societario*, 'in' *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* – diretto da Francesco Galgano, vol. 29°. 3ª ed. Padova : CEDAM, 2006.

GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil – la formation du contrat*. 3ª ed. Paris : LGDJ, 1993.

_____; e GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil – introduction générale*. 4ª ed. Paris : LGDJ, 1994.

GOETTE, Wulf. *Gesellschaftsrechtliche Grundfragen im Spiegel der Rechtsprechung*. Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht – ZGR 2008, 436, 453.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 8ª ed. RJ : Forense, 1986.

GOUBEAUX, Gilles; e GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil – introduction générale*. 4ª ed. Paris : LGDJ, 1994.

GOWER, L. C. B. *Gower's Principles of Modern Company Law*. 6ª ed. Londres : Sweet & Maxwell, 1997; 8ª ed. Londres : Sweet & Maxwell, 2008.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Conflitos de interesse entre sociedade controladora e controlada e entre coligadas, no exercício do voto em assembleias gerais e reuniões sociais*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (RT) 51/29-32.

_____. *Convocação da assembleia geral por acionista*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (RT) 41/153-157.

_____. *Direito das minorias na sociedade anônima*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (RT) 63/106-111.

_____. *Direito de retirada e poder de retratação*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (RT) RDM 44/22-27.

_____. *Execução específica do acordo de acionistas*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (RT) 41/40-69.

_____. *Impedimento de administrador em ação social ‘ut singuli’*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (RT) 46/23-28.

_____. *Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (RT) 42/69-88.

_____. *Sociedade por quotas: quotas preferenciais*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (RT) 94/28-34.

_____; e TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, 2 vols. SP : José Bushatski, 1979.

GUERRERA, Fabrizio. *Abuso del voto e controllo di correttezza sul procedimento deliberativo assembleare*. Milão : Rivista delle Società, vol. 47, n° 1 (jan.-fev. 2002), pp. 181-284.

GUIMARÃES, Ruy Carneiro. *Sociedade por ações*, vol. II. RJ : Forense, 1960.

GUYON, Yves. *Traité des contrats – Les sociétés: aménagements statutaires et conventions entre associés*, sous la direction de Jaques Ghestin. Paris : LGDJ, 1992.

_____. *Droit des affaires*, tome 1: *Droit commercial général et sociétés*. 12^a ed. Paris : Economica, 2003.

HAMEL, Joseph; LAGARDE, Gaston; e JAUFFRET, Alfred. *Droit Commercial*, tome I – 1er vol. 2^a ed. Paris : Dalloz, 1980.

HAMILTON, Robert. W. *The law of corporations*. Saint Paul : West, 1991.

HENRIQUES, Marcus de Freitas; EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; e PARENTE, Flávia. *Mercado de capitais: regime jurídico*. 2^a ed. RJ : Renovar, 2008.

HOMMELHOF, Peter; e LUTTER, Marcus. *GmbH-Gesetz*. 14^a ed. Köln : Otto Schmidt, 1995.

HONSELL, Heinrich; VOGT, Nedim Peter; e WATTER, Rolf. *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht II (art. 530-1186 OR)*. 2^a ed. Helbing & Lichtenhahn : Basel, Genf, München, 2002.

_____; _____; e GEISER, Thomas. *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Zivilgesetzbuch I (art. 1-456 ZGB)*. 2^a ed. Helbing & Lichtenhahn : Basel, Genf, München, 2002.

HOPT, Klaus J.; e BAUMBACH, Adolf. *Handelsgesetzbuch*. 29^a ed. München : C. H. Beck, 1995.

HUECK, Alfred e BAUMBACH, Adolf. *GmbH-Gesetz*. 16^a ed. München : C. H. Beck, 1996.

HUECK, Götz; e WINDBICHLER, Christine. *Gesellschaftsrecht*. 21^a ed. München : C. H. Beck, 2008.

HÜFFER, Uwe. *Aktiengesetz*. 5^a ed. München : C. H. Beck, 2002.

_____. *Gesellschaftsrecht*. 7^a ed. München : C. H. Beck, 2007.

JAEGER, Pier Giusto. *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, 'in' *Riv. giu. comm.*, 1996.

_____. *L'interesse sociale*. Milano : Giuffrè, 1964.

_____. *L'Interesse Sociale Rivisitato (quarant'anni dopo)*, 'in' *Giurisprudenza Commerciale*, I, 2000.

_____; DENOZZA, Francesco; e TOFFOLETTO, Alberto. *Appunti di diritto commerciale: impresa e società*. 6^a ed. Milano : Giuffrè, 2006.

JAIME, Eryk; e NEUSS, Jobst Joachim. *Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, teil II – Deutsch-portugiesisch*. München : C. H. Beck, 1990.

JAUFFRET, Alfred; HAMEL, Joseph; e LAGARDE, Gaston. *Droit Commercial*, tome I – 1er vol. 2^a ed. Paris : Dalloz, 1980.

JORGE, Tarsis Nametala Sarlo. *Manual das sociedades limitadas*. RJ : Lumen Juris, 2007.

KLUNZIGER, Eugen. *Grundzüge des Gesellschaftsrechts*. 15^a ed. München : Verlag Franz Vahlen, 2009.

KÖBLER, Gerhard; e POHL, Heidrun. *Deutsch-Deutsches Rechtswörterbuch*. München : Beck, 1991.

KOLLER, Ingo; ROTH, Wulf-Henning; e MORCK, Winfried. *Handelsgesetzbuch*. 2^a ed. München : C. H. Beck, 1999.

KÜBLER, Friedrich. *Derecho de sociedades* – trad. Michèle Klein. 5^a ed. Madrid : Fundación Cultural del Notariado, 2001.

KUNZ, Peter V. *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*. Bern : Stämpfli Verlag, 2001.

KUNZE, Dirk. *Positive Stimmpflichten im Kapitalgesellschaftsrecht*. Frankfurt am Main : Peter Lang, 2004.

LA MARCA, Ermanno. *L'abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*. Milano : Giuffrè, 2004.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII – tomo I. RJ : Forense, 1980.

LAGARDE, Gaston; HAMEL, Joseph; e JAUFFRET, Alfred. *Droit Commercial*, tome I – 1^{er} vol. 2^a ed. Paris : Dalloz, 1980.

LAMY FILHO, Alfredo. *Temas de S.A.* RJ : Renovar, 2007.

_____; e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S.A.* RJ : Renovar, 1992.

_____; e _____. *Direito das companhias* (obra coletiva), 2 vols. RJ : Forense, 2009.

LATEY, Maurice. *Tirania: um estudo sobre o abuso do poder* – trad. de *Tiranny: a study in the abuse of power* por Alda Alves da Fonseca. RJ : Editora Nosso Tempo, 1970.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do direito*. SP : Atlas, 2007.

LAUTENSCHLÄGER JR., Nilson. *Os desafios propostos pela governança corporativa ao direito empresarial brasileiro*. SP : Malheiros, 2005.

LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das Sociedades por Ações anotada*. 2ª ed. SP : Saraiva, 2008.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2º vol. SP : Saraiva, 1980.

_____. *Conflito de interesses e vedação de voto nas assembleias das sociedades anônimas*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (RT) 92/107-110.

_____. *Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas*. SP : RT, 1989.

_____. *Exclusão extrajudicial de sócio em sociedade por quotas*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (RT) 100/83-97.

_____. *Pareceres*, 2 vols. SP : Singular, 2004.

_____. *Pactos parassociais; natureza jurídica; execução específica; opção de recompra de participação societária* (parecer). SP : Revista dos Tribunais – RT (RT) 601/40.

LE CANNU, Paul. *Droit des sociétés*. 2ª ed. Paris : Montchrestien, 2003.

_____. *L'abus de minorité*. Paris : Bulletin Joly Sociétés, n° 4 (01.04.1986).

_____. *Le minoritaire inerte (observations sous l'arrêt Flandin)*. Paris : Bulletin Joly, n° 5 (01.05.1993).

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Jurisprudência das sociedades comerciais*. SP : RT, 1980.

LOBO, Jorge. *A Reforma da Lei das Sociedades por Ações* (obra coletiva). 2ª ed. RJ : Forense, 2002

_____. *Sociedades limitadas*, vol. I. RJ : Forense, 2004.

_____. *Fraude à Lei de S/A*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 113/108-117.

_____. *Proteção à minoria acionária*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 105/25-36.

LOPES, Idevan César Rauhen. *Empresa & exclusão do sócio*, 1ª ed. – 3ª tir. Curitiba : Juruá, 2005.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*, vol. 1: *Parte geral (arts. 1º a 232)*. SP : Saraiva, 2003.

LUCAS, François-Xavier. *La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés*. Paris : Les Petits Affiches, n° 110 (12.09.1997), p. 6.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas*, vols. I e II. RJ : Renovar, 2009.

_____. *Das sociedades limitadas*. 5ª ed. RJ : Renovar, 2003.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito* – trad. Denise Agostinetti. SP : Martins Fontes, 2003.

LUTTER, Marcus. *Das Girmes-Urteil*. JZ 50 (1995) 1053-1056.

_____; e HOMMELHOF, Peter. *GmbH-Gesetz*. 14^a ed. Köln : Otto Schmidt, 1995.

_____; e WIEDEMANN, Herbert. *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*. Berlin, NY : Walter de Gruyter, 1998.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *A nova Lei das Sociedades por Ações comentada*, vol. II. RJ : Freitas Bastos, 1977.

MAGNO, Daniele. *Il conflitto di interessi e l'abus de droit nel diritto societario francese*. Disponível em “http://www.archiviocerdi.luiss.it/documenti/archivioceradi/.../conflitto_magno.pdf” (acesso em 27.11.2009).

MAIA, Pedro. *O presidente das assembléias de sócios*, ‘in’ *Problemas do direito das sociedades* – obra coletiva. Coimbra : Almedina, 2002.

MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. 1^a ed. – 3^a tir. SP : Max Limonad, 1970.

_____. *Questões de direito mercantil*. SP : Saraiva, 1977.

MARINO, Daniela Ramos Marques. *O “status socii”, ‘in’ Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França. SP : Quartier Latin, 2009.

MARIZ, Livia; e TOMAZELLA, Carla Mosna. *A proteção de acionistas nas operações de fusão, incorporação e cisão no Brasil e no direito comparado*, ‘in’ *Direito*

societário contemporâneo - I (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França. SP : Quartier Latin, 2009.

MARQUES, Evy Cynthia. *Direito de retirada de sócio de sociedade simples/civil e sociedade limitada no direito comparado e no Brasil*, ‘in’ *Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França. SP : Quartier Latin, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. 4ª ed. RJ : Forense, 1971; e vol. V. RJ : Forense, 1960.

MARTINES, Maria Paola. *L’abuso di minoranza nelle società di capitali*. Padova : *Contratto e Impresa*, vol. 13, n° 3 (set.-dez. 1997), pp. 1.184-1.211.

_____. *Abuso del diritto: la chicane del socio di minoranza*. Padova : *Contratto e Impresa*, vol. 14, n° 1 (jan.-abr. 1998), pp. 27-32.

MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, Alfonso. *Código de comercio alemán*. Madrid : Marcial Pons, 2005.

MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2, tomo I. RJ : Forense, 1978.

_____. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 3. RJ : Forense, 1979.

_____. *Direito societário: estudos e pareceres*. RJ : Forense, 1984.

_____. *Novos estudos de direito societário (sociedades anônimas e sociedades por quotas)*. SP : Saraiva, 1988.

MARTINS, Ives Gandra; e BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol. SP : Saraiva, 1989.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro, 'in' Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagens a Tullio Ascarelli* (obra coletiva) – coords. Antonio Junqueira de Azevedo, Heleno Taveira Tôrres e Paolo Carbone. SP : Quartier Latin, 2008.

MASSAMORMILE, Andrea Pisani. *Minoranze “abusi” e rimedi*. Torino : G. Giappichelli, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 2ª ed. RS : Editora Globo, 1933.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon, MAZEAUD, Jean e CHABAS, François. *Leçons de droit civil*, tomo II – 1º volume: *Obligations: théorie générale*. 9ª ed. Paris : Montchrestien.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da validade*. 7ª ed. SP : Saraiva, 2006.

MELLO FRANCO, Vera Helena de. *Manual de direito comercial*, vol. 1. 2ª ed. SP : RT, 2004.

_____; e SZTAJN, Rachel. *Manual de direito comercial*, vol. 2. SP : RT, 2005.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*. Lisboa : Lex, 1997.

_____. *Manual de direito comercial*, I volume. Coimbra : Almedina, 2001.

_____. *Manual de direito das sociedades*, I volume. 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2007; e II volume. 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2007.

_____. *Direito europeu das sociedades*. Coimbra : Almedina, 2005.

_____. *Da boa-fé no direito civil*. 1ª ed. – 3ª reimp. Coimbra : Almedina, 2007.

MENGONI. *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*. Riv. Soc., 1956, 434.

MERLE, Philippe. *Droit commercial: sociétés commerciales*. 11ª ed. Paris : Dalloz, 2007.

MERZ, Sandro. *Il codice pratico delle società*. Padova : CEDAM, 1992.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Litisconsórcio unitário; eficácia do reconhecimento do pedido por um só dos réus na ação de dissolução de sociedade*. SP : Revista dos Advogados – RAASP (AASP) 40/10-17.

MESSINA, Paulo de Lorenzo; e FORGIONI, Paula A. *Sociedades por ações: jurisprudência, casos e comentários*. SP : RT, 1999.

MEYER-LANDRUT, Joachim. *Der ‘Mißbrauch’ aktienrechtlicher Minderheits- oder Individualrechte insbesondere des Auskunftsrechts, ‘in’ Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag am 5 Juni 1973* – coords. Robert Fischer e Wolfgang Hefermehl. Berlin, NY : Walter de Gruyter, 1973.

MIGNON-COLOMBET, Astrid. *L’exécution forcée en droit des sociétés*. Paris : Economica, 2004.

MIRANDA VALVERDE, Trajano de. *Sociedades por ações*, 3 vols. 2ª ed. RJ : Forense, 1953.

MORAES E BARROS, Hamilton de. *Breves considerações sobre o processo cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil de 1973*. RJ : Revista Forense – RD (RF) 246/206.

MORCK, Winfried; KOLLER, Ingo; e ROTH, Wulf-Henning. *Handelsgesetzbuch*. 2ª ed. München : C. H. Beck, 1999.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil* – atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra : Coimbra editora, 2005.

MÜLLER, Sergio José Dulac. *Direitos essenciais dos acionistas: interpretação sistemática da proteção aos minoritários*. RS : Livraria do Advogado, 2003.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário*. SP : Juarez de Oliveira, 2002.

MUNIZ, Ian; e BRANCO, Adriano Castello. *Fusões e aquisições: aspectos fiscais e societários*. SP : Quartier Latin, 2007.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor* – atualizado por José Roberto F. Gouvêa. 41ª ed. SP : Saraiva, 2008.

NERY JR. Nelson; e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7ª ed. SP : RT, 2003.

_____; e _____. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2ª ed. SP : RT, 2003; e 6ª ed. SP : RT, 2008

NEUSS, Jobst Joachim; e JAIME, Eryk. *Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, teil II – Deutsch-portugiesisch*. München : C. H. Beck, 1990.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Dissolução parcial, exclusão de sócio e apuração de haveres nas sociedades limitadas*, SP : Quartier Latin, 2010.

_____; e CLAUDINO, Felipe Demori. *Possibilidade de eleição de conselheiro de administração em sociedades concorrentes*, ‘in’ *Direito societário: gestão e controle* –

coords. Maria Eugênia Reis Finkelstein e José Marcelo Martins Proença. SP : Saraiva, 2008.

NUZZO, Antonio. *L'abuso di minoranza: potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*. Torino : G. Giappichelli, 2003.

OCHMAN, Renato. *A lacuna do art. 123 da Lei 6.404/76*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (RT) 72/91-93.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. SP : Saraiva, 1979.

ORIONE NETO, Luiz. *Processo cautelar*. SP : Saraiva, 2004.

PAES, P. R. Tavares. *Responsabilidade dos administradores de sociedades*. 2ª ed. SP : RT, 1997.

PAPINI, Roberto. *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*. 4ª ed. RJ : Forense, 2004.

PARENTE, Flávia; EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; e HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais: regime jurídico*. 2ª ed. RJ : Renovar, 2008.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. *Sociedade limitada: comentários*. SP : Juarez de Oliveira, 2008.

PEDRAZZI, Cesare; e COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal societário*. 2ª ed. SP : Malheiros, 1996.

PENNINGTON, Robert R. *Company Law*. 7ª ed. Londres : Butterworths, 1995.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de capital das sociedades anônimas*. SP : Saraiva, 1988.

_____. *Dissolução e liquidação de sociedades*. DF : Brasília Jurídica, 1995.

_____. *Dissolução parcial da sociedade limitada (da resolução da sociedade em relação a um sócio e do sócio em relação à sociedade)*, 'in' *Direito de empresa no novo Código Civil* (obra coletiva) – coord. Frederico Viana Rodrigues. RJ : Forense, 2004.

PEREIRA, Luiz Fernando C. *Medidas urgentes no direito societário*. SP : RT, 2002.

PEREIRA, Pedro Barbosa. *Curso de direito comercial*, vol. III, 3ª ed. SP : RT, 1975.

PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. *Sociedade limitada no novo Código Civil*. 1ª ed. – 2ª tir. SP : Atlas, 2003.

PERIS, Juan Ignacio Ruiz. *Igualdad de trato en derecho de sociedades*. Valencia : Tirant lo Blanch, 2007.

PETIT, Bruno. *Droit des sociétés*. 2ª ed. Paris : Litec, 2004.

PETTET, Ben. *Company Law*. 2ª ed. Harlow : Pearson Longman, 2005.

PICCHI, Flávio Augusto. *Regras de quorum: espécies, votos em branco e nulos, empate*, 'in' *Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França. SP : Quartier Latin, 2009.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Exclusão e retirada de sócios*. BH : Mandamentos, 2004.

PINTO JR., Mário Engler. *Exclusão de acionista*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (RT) 54/83-89.

PONT, Manuel Broseta. *Manual de derecho mercantil*. 9ª ed., Madrid : Tecnos, 1991.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, tomo IV, 2ªed. RJ : Borsoi, 1954; tomo XII. 2ª ed. RJ : Borsoi, 1959; tomo XXIV. 2ª ed. RJ : Borsoi, 1959; tomo XXV. RJ : Borsoi, 1959; tomo L. 3ª ed. – 2ª reimp. SP : RT, 1984; tomo LI. 3ª ed. – 2ª reimp. SP : RT, 1984; e tomo LVIII. 3ª ed. – 2ª reimp. SP : RT, 1984.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Direitos e deveres dos acionistas*, ‘in’ *Direito societário: sociedade anônima* (obra coletiva) – coords. Maria Eugênia Reis Finkelstein e José Marcelo Martins Proença. SP : Saraiva, 2007.

_____. *Função social da sociedade – convivência entre interesse público e privado*, ‘in’ *Direito societário – gestão e controle* (obra coletiva) – coords. Maria Eugênia Reis Finkelstein e José Marcelo Martins Proença. SP : Saraiva, 2008.

_____. *“Insider trading”: regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais*. SP : Quartier Latin, 2005.

_____; e FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Direito societário: sociedade anônima* (obra coletiva). SP : Saraiva, 2007.

_____; e _____. *Direito societário: gestão e controle* (obra coletiva). SP : Saraiva, 2008.

RAMOS, F. Silveira. F. SILVEIRA RAMOS. *Dicionário jurídico alemão-português*. Coimbra : Almedina, 1995.

RAISER, Thomas; e VEIL, Rüdiger. *Recht der Kapitalgesellschaften*. 4ª ed. München : Franz Vahlen, 2006.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos* – atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval. 6ª ed. SP : RT, 2004.

RATHENAU, Walter. *Do sistema acionário: uma análise negocial* – trad. e nota introdutória de Nilson Lautenschleger Jr. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 128/199-223.

RAYES, Maria Graziela Malouf Cury. *Direitos dos acionistas minoritários*. SP : Textonovo, 2003.

REALE, Miguel. *A exclusão de sócio das sociedades mercantis e o Registro do Comércio*, 'in' *Nos quadrantes do direito positivo*. SP : Michalany, 1960.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, 1º vol. 27ª ed. SP : Saraiva, 2007 (por Rubens Edmundo Requião); 2º vol. 25ª ed. – 2ª tir. (por Rubens Edmundo Requião) SP : Saraiva, 2008.

_____. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 1º vol. SP : Saraiva, 1980.

_____. *Aspectos modernos de direito comercial*, vol. 1. 2ª ed. SP : Saraiva, 1988; vol. 2. SP : Saraiva, 1980; e vol. 3. SP : Saraiva, 1986.

RIBEIRO, Renato Ventura. *A Lei das Sociedades por Ações e as companhias 'intuitu personae'*, 'in' *Sociedade anônima: 30 anos da Lei 6.404/76* (obra coletiva) – coords. Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão. SP : Quartier Latin, 2007.

_____. *Direito de voto nas sociedades anônimas*. SP : Quartier Latin, 2009.

_____. *Exclusão de sócio nas sociedades anônimas*. SP : Quartier Latin, 2005.

RIBEIRO, Vera de Paula Noel. *A minoria nas S.A.* 2ª ed. RJ : Forense, 2005.

RIPERT, Georges, e ROBLOT, René. *Traité de droit commercial*, tomo 1. 14ª ed. Paris : LGDJ, 1991.

ROBLOT, René e RIPERT, Georges. *Traité de droit commercial*, tomo 1. 14^a ed. Paris : LGDJ, 1991.

ROCHA, João Luiz Coelho da. *Administradores, conselheiros e prepostos das sociedades*. RJ : Lumen Juris, 2005.

ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico* – ristampa inalterata. Milano : Giuffrè, 1983.

RONTCHEVSKY, Nicolas. *Code de commerce*. 101^a ed. Paris : Dalloz, 2006.

ROTH, Wulf-Henning; MORCK, Winfried; e KOLLER, Ingo. *Handelsgesetzbuch*. 2^a ed. München : C. H. Beck, 1999.

RUBIO, Jesus. *Curso de derecho de sociedades anonimas*. 3^a ed. Madrid : Editorial de Derecho Financeiro, 1974.

SALANITRO, Niccolò e AULETTA, Giuseppe. *Dirito commerciale*. 13^a ed. Milão : Giuffrè, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. SP : Malheiros, 1995.

_____. *O novo direito societário*. 1^a ed. SP : Malheiros, 1998.

_____. *O novo direito societário*. 3^a ed. SP : Malheiros, 2006.

_____. *Conflito de interesses: a oportunidade perdida, 'in' A reforma da Lei das Sociedades Anônimas* – coord. Jorge Lobo. 2^a ed. RJ : Forense, 2002.

_____; e COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4^a ed. RJ : Forense, 2005; e 5^a ed. RJ : Forense, 2008.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. SP : LTr, 1996.

SAMPAIO DE LACERDA, J. C. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3º vol. SP : Saraiva, 1978.

_____. *Manual das sociedades por ações*. 3ª ed. RJ : Freitas Bastos, 1974.

SANT'ANNA, Rubens. *Direito societário: estudos sobre a sociedade por quotas de responsabilidade limitada e a sociedade anônima*. RS : Livraria do Advogado, 1988.

SANTIS, Francesco de; e ARIETA, Giovanni. *Diritto processuale societario*. Padova : CEDAM, 2004 (com *Appendice di aggiornamento*, Padova : CEDAM, 2005).

SANTO, João Espírito. *Sociedade por quotas e anônimas – vinculação: objeto social e representação plural*. Coimbra : Almedina, 2000.

SBISÀ, Giuseppe; e FRÈ, Giancarlo. *Della società per azioni*, tomo I. 6ª ed. Bologna : Zanichelli editore, 1997.

SCHIANO DI PEPE, Giorgio; e FAUCEGLIA, Giuseppe. *Codice commentato delle S. p. A.*, tomo I. Torino : UTET, 2006. tomo II – vols. 1 e 2. Torino : UTET, 2007.

SCHMIDT, Dominique. *Cass. com., 20 mar. 2007* (comentários). Paris : Bulletin Joly Sociétés, n° 6 (01.06.2007).

_____. *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme – version nouvelle*. Paris : Joly, 2004.

_____. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris : Sirey, 1970.

SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*. 4ª ed. Köln : Carl Heymanns, 2002.

_____. *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 2: Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*. 2ª ed. München : C.H. Beck/Vahlen, 2006

SERENS, M. Nogueira. *Notas sobre a sociedade anônima*. Coimbra : Coimbra editora, 1997.

SCHOLER, Perrine. *Cass. com., 31 janv. 2006* (comentários). Paris : Bulletin Joly Sociétés, n° 6 (01.06.2006).

SHIMURA, Sérgio Seiji. *Arresto cautelar*. SP : RT, 1993,

SILVA, José Anchieta da. *O Conselho Fiscal nas sociedades anônimas brasileiras*. BH : Del Rey, 2000.

SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos administradores de S/A: 'business judgment rule'*. RJ : Elsevier, 2007.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da e CAMARGO VIDIGAL, Geraldo de. *Comentários à Lei das Sociedades por Ações* (obra coletiva). SP : Resenha Universitária, 1978; e SP : Forense Universitária, 1999.

SOUZA, Thelma de Mesquita Garcia e. *Sociedade unipessoal como solução organizativa da empresa, 'in' Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França. SP : Quartier Latin, 2009.

SOUZA JR., Francisco Satiro de. *Dissolução de sociedades anônimas, 'in' Direito societário: gestão e controle* – coords. Maria Eugênia Reis Finkelstein e José Marcelo Martins Proença. SP : Saraiva, 2008.

SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. SP : Saraiva, 1989.

_____. *O direito de recesso nas sociedades comerciais*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (RT) 71/50-54.

e MELLO FRANCO, Vera Helena de. *Manual de direito comercial*, vol. 2. SP : RT, 2005.

_____; e FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Código Civil comentado*, vol. XI. SP : Atlas, 2008.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada* – atualizadores Syllas Tozzini e Renato Berger. 2ª ed. SP : Quartier Latin, 2007.

_____; e GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, 2 vols. SP : José Bushatski, 1979.

THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. III – tomo I. 2ª ed. RJ : Forense, 2003; vol. III – tomo II. 2ª ed. RJ : Forense, 2003.

_____. *O contrato e sua função social*. 3ª ed. RJ : Forense, 2008.

_____. *Processo cautelar*. 21ª ed. SP : Atlas, 2004.

THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*. RJ : Forense, 2007.

TOFFOLETTO, Alberto; JAEGER, Pier Giusto; e DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale: impresa e società*. 6ª ed. Milano : Giuffrè, 2006.

TOMASETTI JR., Alcides. *Execução do contrato preliminar*. SP : USP (tese de doutorado), 1976.

_____. *Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos* (obra coletiva) – coord. Juarez de Oliveira. SP : Saraiva, 1992.

TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. SP : LTr, 2007.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*. 2ª ed. SP : Atlas, 1999.

_____. *Modificações introduzidas na Lei das Sociedades por Ações quanto à disciplina da administração das companhias*, 'in' *A Reforma da Lei das Sociedades por Ações* (obra coletiva) – coord. Jorge Lobo. 2ª ed. RJ : Forense, 2002.

TOMAZELLA, Carla Mosna; e MARIZ, Livia. *A proteção de acionistas nas operações de fusão, incorporação e cisão no Brasil e no direito comparado*, 'in' *Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França. SP : Quartier Latin, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*, vol. 1: *Teoria geral e direito societário*. SP : Atlas, 2008.

TOSI, Renzo. *Dicionário de sentenças latinas e gregas* – trad. Ivone Castilho Benedetti. SP : Martins Fontes, 1996.

TRABUCCHI, Alberto; e CIAN, Giorgio. *Commentario breve al Codice Civile*. 6ª ed. Padova : CEDAM, 2002.

TRICOT, Daniel. *Abus de droits dans les sociétés (abus de majorité et abus de minorité)*. Paris : *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* – RTDCom, vol. 47, n° 4 (out.-dez. 1994), pp. 617-627.

TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas: direitos de minoria qualificada – abuso de direito*. Coimbra : Coimbra editores, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria; e CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. SP : Saraiva, 1989.

TUNC, André. *Le droit anglais des sociétés anonymes*. 4^a ed. Paris : Economica, 1997.

VAMPRÉ, Spencer. *Tratado elementar de direito comercial*, vol. II. RJ : F. Briguet & Cia., 1922.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2^a ed. BH : Del Rey, 2005.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*, vol. 2: *Teoria geral das sociedades; as sociedade em espécie do Código Civil*. SP : Malheiros, 2006; e vol. 3: *A sociedade por ações; a sociedade anônima; a sociedade em comandita por ações*. SP : Malheiros, 2008.

VERSE, Dirk A. *Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften*. Tübingen : Mohr Siebeck, 2006.

VIANDIER, Alain e COZIAN, Maurice. *Droit des sociétés*. 5^a ed. Paris, Litec, 1992.

_____; _____; e DEBOISSY, Florence. *Droit des sociétés*. 20^a ed. Paris : Litec, 2007.

VIDAL, Dominique. *Droit des sociétés*. 5^a ed. Paris : LGDJ, 2006.

VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Tratado de las sociedades*. Santiago : Editorial Juridica de Chile, 1995.

VILLELA. João Baptista; e outros. *Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais 2004* (versão em língua portuguesa). SP : Quartier Latin, 2009.

VITA NETO, José Virgilio. *A sociedade limitada no novo Código Civil*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros)130/207-229.

VOGT, Nedim Peter; HONSELL, Heinrich; e WATTER, Rolf. *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht II (art. 530-1186 OR)*. 2ª ed. Helbing & Lichtenhahn : Basel, Genf, München, 2002.

_____; _____; e GEISER, Thomas. *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Zivilgesetzbuch I (art. 1-456 ZGB)*. 2ª ed. Helbing & Lichtenhahn : Basel, Genf, München, 2002.

VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Ação individual contra administrador de companhia para o fim de obter a reparação de dano individual reflexo ou indireto (LSA, art. 159, § 7º): descabimento* (comentário a acórdão). SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 142/248-255.

_____. *Convocação simultânea de assembléia ou reunião de sócios no direito brasileiro* (comentário a acórdão). SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) (pendente de publicação).

_____. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)*. SP : Saraiva, 2009.

_____; e FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. “*Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”*”. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) (pendente de publicação).

_____; e _____. *A proteção aos credores e aos acionistas nos aumentos de capital*. SP : Revista do Advogado – RAASP (AASP) 96/32-40.

_____; e _____. *Vinculação da sociedade: análise crítica do art. 1.015 do Código Civil*. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 146/ 30-45.

XAVIER, Alberto; e WALD, Arnaldo. *Vícios do balanço: sua retificação e consequências*. SP : Revista dos Tribunais – RT (RT) 577/43-58.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 2. 17ª ed., SP : Saraiva, 2006.

_____. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV. RJ : Forense, 2005.

_____; e XAVIER, Alberto. *Vícios do balanço: sua retificação e conseqüências*. SP : Revista dos Tribunais – RT (RT) 577/43-58.

WATTER, Rolf; HONSELL, Heinrich; e VOGT, Nedim Peter. *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht II (art. 530-1186 OR)*. 2ª ed. Helbing & Lichtenhahn : Basel, Genf, München, 2002.

WESTERMANN, Harry. *Código Civil alemão: Parte Geral* – trad. Luiz Dória Furquim. RS : Sérgio Antonio Fabris editor, 1991.

WIEDEMANN, Herbert. *Die Bedeutung der ITT-Entscheidung*. Juristenzeitung – JZ 31 (1976) 392-397.

_____. *Direito societário I – Fundamentos (excerto)* – trad. de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 143/66-75.

_____. *Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*. München : C. H. Beck, 1980.

_____. *Gesellschaftsrecht*, Band II: *Recht der Personengesellschaft*. München : C. H. Beck, 2004.

_____. *Zur gesellschaftlichen Treuepflicht der Aktionäre*. Juristenzeitung – JZ 44 (1989) 443-449.

_____; e FREY, Kaspar. *Gesellschaftsrecht*. München : C. H. Beck, 2007.

_____; e LUTTER, Marcus. *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*. Berlin, NY : Walter de Gruyter, 1998.

WINDBICHLER, Christine; e HUECK, Götz. *Gesellschaftsrecht*. 21^a ed. München : C. H. Beck, 2008.

ZANETI, Robson. *Manual da sociedade limitada*. Curitiba : Juruá, 2007.

ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. RJ : Forense, 2005.

ZSCHOCKE, Christian. *Das deutsche Aktiengesetz / The German Stock Corporation Act*. 3^a ed. Frankfurt : Fritz Knapp Verlag, 2002.

ZÖLLNER, Wolfgang. *Zur positiven Beschlußfeststellungsklage im Aktienrecht (und anderen Fragen des Beschlußrechts)*. ZGR, n° 4, 1982.

RESUMO

A tese tem por objeto a análise do instigante tema do abuso de minoria em direito societário, sobre o qual muitos possuem uma noção geral empírica, extraída da sua vivência profissional, mas que, no direito brasileiro, não havia sido objeto de análise sistemática por parte dos juristas pátrios, que ao tema dedicaram não mais do que algumas breves considerações, malgrado a sua inegável importância e a riquíssima experiência acumulada noutros países, em especial na França, Itália e Alemanha. Partindo das constatações inegáveis de que a minoria, ainda quando atue em face de um grupo controlador preestabelecido, exerce um verdadeiro poder e de que, onde há poder, existe sempre a possibilidade de sua degeneração, do seu desvirtuamento, procurou-se apontar quais são os pressupostos caracterizadores do abuso de minoria no direito societário brasileiro, com apoio em subsídios de direito comparado. De fato, tanto a maioria como a minoria podem exercer os seus direitos de maneira abusiva dentro de uma sociedade, de modo que o estudo do tema não pode ser entendido como um golpe à posição dos grupos minoritários, e sim o contrário: só quem conhece os limites dos seus poderes tem condições de exercê-los de forma eficaz, sem temer as reações de seus atos. Elaborado sob tal perspectiva, o estudo encontra-se dividido em cinco partes. A primeira delas, composta por dois capítulos, tem por objetivo caracterizar o abuso de minoria em direito societário – analisando, para tanto, os vários institutos empregados pela doutrina nessa tarefa e definindo os seus elementos constitutivos. Na segunda parte, procura-se apresentar a tipologia do abuso de minoria e a sua casuística, com destaque para as situações mais interessantes ou corriqueiras. A terceira parte, por sua vez, trata do delicado e intrigante problema dos meios de repressão dos abusos de minoria e as possíveis técnicas contratuais e estatutárias de auto-tutela. A quarta parte, a seu turno, traz breves considerações sobre a hipótese, também pouquíssimo explorada na doutrina, do abuso de igualdade, que pode se instalar em sociedades em que o capital votante é igualmente dividido entre dois sócios e que, assim, só consegue operar sob o signo da unanimidade. Por fim, na quinta e última parte são apresentadas as considerações finais, com o apanhado das principais conclusões construídas ao longo da tese.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to analyze the exciting theme of minority abuse in the corporate law, of which many legal professionals have general empirical knowledge, extracted from their professional experience, but that, in the Brazilian law system, had not been the subject matter of a systematic analysis on the part of Brazilian law experts, that dedicated no more than some brief considerations to the theme, in spite of their undeniable importance and very rich experience accumulated in other countries, especially in France, Italy and Germany. Based on undeniable verifications that the minority, even if acting against a pre-established controlling group, exercises a true power and that, where there is power, there is always a possibility for degeneration and distortion of power, we sought to point out the assumptions characterizing minority abuse in the Brazilian corporate law, supported on inputs from comparative law. Actually, both the majority and the minority may exercise their rights abusively in a society, so that the study of the theme should not be understood as an attack on the position of minority groups, much on the contrary: only those who know the limitations of their powers are in a position to exercise them effectively, without fearing any reactions to their actions. Prepared under such perspective, this study is divided into five parts. The first of them, consisting of two chapters, intends to characterize minority abuse in corporate law – analyzing for such, the several institutes employed by the doctrine in that task and defining their constitutive elements. In the second part, the author seeks to present the typology of minority abuse and its casuistry, highlighting situations that are most interesting or ordinary. The third part, in turn, discusses the delicate and intriguing problem of manners to repress minority abuses and possible contractual and statutory self-protection techniques. The fourth part brings brief considerations on the hypothesis, also very little explored in the doctrine, of equality abuse, that may get settled in societies where the voting capital is equally divided among shareholders and therefore, can only operate under the sign of unanimity. Finally, the fifth part presents the final considerations, with a summary of the main conclusions developed throughout the thesis.

ZUSAMMENFASSUNG

Gegenstand der Dissertation ist das zu einer näheren Überprüfung anregende Thema des Minderheitenmissbrauches im Gesellschaftsrecht. Darüber haben viele der heimatlichen Juristen allgemeine empirische Kenntnisse in der beruflichen Erfahrung gewonnen. Aber von ihnen, die dazu nicht mehr als nur einige kurze Betrachtungen gewidmet haben, ist im brasilianischen Recht das Thema nicht zu einer systematischen Analyse gekommen, trotz ihrer grossen Wichtigkeit und der in anderen Ländern angesammelten Erfahrungen, speziell in Frankreich, Italien und Deutschland. Von unabweigbaren Feststellungen ausgehend, dass die Minderheit, selbst wenn gegen eine im Vorhinein festgelegte Kontrollmehrheit stehend, eine wahre Macht ausübt, und, wo Macht ist, Ausartungen oder Entstellungen immer wieder sich ergeben können, wurde versucht, mit der Beihilfe der über das vergleichendes Recht entnommenen Studiendaten, festzuhalten, welche beim brasilianischen Gesellschaftsrecht die wesentlichen Voraussetzungen sind, die auf das Vorhandensein des Minderheitenmissbrauches hinweisen. Ohne Zweifel, sowohl die Mehrheit wie die Minderheit, können Rechtsmissbrauch bei einer Gesellschaft begehen. Aus diesem Grund darf das Studium des Themas nicht wie ein unredlicher Vorgang gegen die Minderheit gesehen werden, sondern ganz im Gegenteil: nur derjenige, der die Grenzen seiner Befugnisse kennt, kann sie effizient ausführen ohne die Folgen der Handlungen befürchten zu müssen. In der Perspektive dieses Verstehens setzt sich die Ausarbeitung aus fünf Teilen zusammen. Der erste Teil enthält zwei Kapitel und befasst sich mit der Aufgabe sowohl den Minderheitenmissbrauch beim Gesellschaftsrecht im einzelnen zu kennzeichnen – mittels der Prüfung der dabei von der Lehre her zur Anwendung gebrachten verschiedenen Instituten, sowie auch die konstituierenden Elemente zu definieren. Im zweiten Teil widmet sie sich der Aufzeichnung der Typologie des Minderheitenmissbrauches und ihrer Kasuistik mit Hervorheben der am interessantesten oder meistens sich ergebenden Situationen. Der dritte Teil, andererseits, behandelt das heikle und intrigante Problem der Repressionsmittel gegen Minderheitenmissbräuche und der möglichen Techniken des Selbstschutzes in vertraglicher und statutenmässiger Form. Der vierte Teil, wiederum, gibt kurze Betrachtungen zu dem in der Lehre bisher auch sehr wenig diskutierten Fall des Missbrauches bei solchen Gesellschaften in denen das Stimmkapital zwischen zwei Gesellschaftern gleichmässig verteilt ist und deshalb die Gesellschaft nur unter das Zeichen der Einstimmigkeit funktionsfähig ist. Abschliessend, in der fünften und letzten Teil der Arbeit folgen die Endbetrachtungen mit der Übersicht der hauptsächlichsten, im Laufe der Abhandlung der These, erlangten Entschlüsse.