

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.
Erasmu Valladão Azevedo e Novaes França.

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.

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.

Vezes 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 fosse¹ – 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 mercado², 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.

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

¹ 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, n°s 30-32, pp. 75-84, e *O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed. RJ : Forense, 1983).

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*)³, 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 todo⁴.

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*)⁵, e é da sua caracterização e do seu sancionamento que doravante iremos nos ocupar.

² 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).

³ 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).

⁴ 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.*).

⁵ Cf.: 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 ; e MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 20ª ed. Paris : Litec, 2007, nº 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 intitulem “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 asseclas 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 frequentes 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*⁶, 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.

⁶ 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 maioria⁷.

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”⁸ constitui tema genuinamente apaixonante – como disse Paul Le Cannu⁹ –, 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

⁷ 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.

⁸ A expressão é de MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY (*Droit des sociétés*, 20ª ed. Paris : Litec, 2007, n° 382, p. 185).

⁹ 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, n° 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 abuso¹⁰. 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.

¹⁰ A constatação é inegável: “unanimidade ou maiorias 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.

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 absentéismo 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 *minoría em face da maioria* dominante dentro da coletividade.
4. A *minoría 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 frequentes 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 conexionada 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 conseqüência 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 *diante* 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 assembleia 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 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 que pode ter nuanças 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 enquadrou 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 assembleia, 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 regularam 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 assembleia 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 infensa a derivações convencionais. As partes podem, no entanto, enunciar o dever de lealdade e tornar expresso 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. Dogmaticamente, 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 positivar 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 vezo 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.