

ACIONISTA CONTROLADOR

(Estudo preliminar)

JOSÉ AUGUSTO PEREIRA ZEKA*

Professor Titular do Curso de Especialização de Direito Comercial da Faculdade de Direito da UFGO.

I — Introdução. II — Definição legal. III — Natureza jurídica. IV — Exercício abusivo do poder. V — As sete modalidades enumeradas no art 117. VI — Auto-defesa e risco do acionista controlador.

I — INTRODUÇÃO

Na organização tripartida da companhia, segundo o modelo revogado (DL nº 2.627, de 26/09/40), somente o órgão da administração (diretoria e seus órgãos técnicos) e o órgão da fiscalização (conselho fiscal) poderiam ser responsabilizados de forma específica (1). O acionista ou não, na qualidade de membro de um destes dois órgãos, agia ou não agia, com responsabilidade patrimonial perante a sociedade por seus atos ou omissões. Na fase pré-societária, igual tratamento se reservara para fundadores e peritos avaliadores, o mesmo regime sendo adotado para a fase pós-societária, em relação aos liquidantes (2). A Assembléia Geral, praticamente, gozava de imunidade, seja como todo (na condição funcional de órgão), seja em seus elementos participantes (acionistas "ut singuli"). Entretanto, na estrutura da companhia, a Assembléia Geral existia como órgão

(1) Arts. 121, § 1º, 122 e seu parágrafo único, 123 e seu parágrafo único, e art. 128, do DL nº. 2.627, de 26/09/40.

(2) Art. 157 e seu parágrafo único, do DL nº. 2.627, de 26/09/40.

máximo (3), com poder de nomeação e destituição dos membros dos outros órgãos. O fato da composição coletiva e da deliberação colegiada, real e virtual nos demais órgãos, gerador de maioria e minoria, não eliminou o regime de responsabilidade. Todavia, contribuiu, ao que parece, para excepcionar a Assembléia Geral, cuja mecânica e funcionamento se apoiavam no antagonismo de maioria e minoria. Dentro do próprio órgão — Assembléia Geral — seria necessária divisão em dois sub-órgãos, maioria e minoria, para universalizar o regime da responsabilidade a todos os órgãos da companhia.

A nova lei projetou esta inovação (4), que restringiu ainda à maioria, recuando diante do desconhecido, que seria a inclusão da responsabilidade da minoria, o que contraria o espírito dominante da lei nº 6.404, de 17/12/76, apregoada como carta magna do acionista minoritário. O legislador aceitou a lógica interna do sistema que implantou, regulou matéria aparentemente refratária à regulação, tentou fixar a invariância em campo de acentuada variação. Todos são responsáveis — estabeleceu a nova ordenação, exceto a minoria, por que carente de atribuições e poder. (4-A)

II — DEFINIÇÃO LEGAL

O acionista, em sua condição específica, não se manifesta no órgão da administração, nem no Conselho Fiscal, nem noutros órgãos auxiliares de um ou outro (v. g., conselhos técnicos, conselhos assessoriais, auditoria independente). O órgão da manifestação própria e natural do acionista é a Assembléia Geral, que o reúne de modo organizado e vinculado. Nela, em tudo quanto se relaciona com o exercício do direito de voto, se forma a **vontade da companhia** através da **deliberação social**, está estruturada sob técnica da ciência prévia da matéria, formalidades de habilitação e documentação, variedade de **“quorum”**, texto probante, arquivamento e publicidade.

- (3) Art. 87 e parágrafo único, alínea “a”, do DL nº. 2.627, de 26/09/40.
(4) “Exposição justificativa das principais inovações do Projeto”, “Diário do Congresso Nacional” (Seção II), de 18/09/76, pág. 5.964, Seção IV.
(4-A) Os arts. 115, e 115, § 3º., da Lei 6.404, de 15/12/76, prevêm responsabilidade por exercício abusivo do voto do acionista **“ut singuli”** e não como a minoria instituída.

Dominante é o princípio democrático: a vontade social se identifica com a vontade da maioria regularmente captada e formalizada. A lei e o estatuto declaram o número mínimo de votos que torna válida a deliberação social. As diversas classes de maioria dependem deste número mínimo de votos exigido ou “quorum”: a) maioria qualificada legal; b) maioria qualificada estatutária; c) maioria absoluta; d) maioria simples; e) maioria especial.

Estruturalmente, funcionalmente e juridicamente é a maioria quem delibera; a deliberação obriga a sociedade e a dirige para materialização de seus fins. Não há, a rigor, proposta que escape à competência da Assembleia Geral, ainda que este ou aquele tema tópico compita, legalmente ou estatutariamente, a este ou aquele órgão em sua origem ou iniciativa. A redução, na nova lei, dos poderes funcionais da Assembléia Geral não eliminou seu poder permanente de, a qualquer momento, deliberar sobre todo ato administrativo ou da fiscalização. A administração final, como aprovação, e a fiscalização final, como aprovação, lhe pertence, ou seja, é da Assembléia Geral a administração conclusiva e a fiscalização conclusiva em estágio de balanço geral; daí a obrigatoriedade das demonstrações financeiras.

Tem significado apreensível falar a lei em acionista controlador. Como instituição nova no direito positivo brasileiro, a lei se encarregou de defini-la; desenvolveu categoria jurídica à parte, própria, autônoma, fonte de deveres e responsabilidades inerentes, cuja natureza se tenderá perfilar adiante (n. III).

O art. 166 oferece os elementos para definição legal do acionista controlador. O controle existe e funciona como situação cuja determinante essencial é o poder. Este, na sociedade por ações, está centrado, potencialmente e difusamente, em todos os titulares de ações com direito de voto. Somente a concentração do poder, em maior ou menor grau, possibilita o controle do mecanismo de governo deste tipo societário. A concentração do poder difuso ocorre no acionista individualizado ou no acionista pluralizado.

O primeiro se confunde com a pessoa natural ou com a pessoa jurídica, uma ou outra como acionista individualizado e individuado.

O acionista-unidade, titular de uma (1) ação com valor unitário insignificante, isolado, não interessa ao instituto. O acionista pluralizado é o "grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto" ou "grupo de pessoas sob controle comum". Para os efeitos em pauta, o grupo vale como uma vontade só, **como se** uma personalidade única.

Acionista controlador é o acionista individuado ou pluralizado que detém, basicamente, duas espécies do poder difuso: o poder de maioria e o poder eleitor. No art. 116, o legislador teve a coragem da opção conceitual. Se errou por simplificar, ao limitar por determinar, não errou por ambiguidade.

O poder de maioria é atributo natural de membro do capital votante, onde a maioria assim se manifesta transparente em alguma de suas diversas classes. O membro do capital votante se legitima como titular dos direitos de acionista; o certificado da ação ou o título equivalente é outorgado para formalizar o direito de dono da ação. Esta qualidade de acionista exclui do assunto o credor pignoratício, o credor por usufruto, penhor, caução ou alienação fiduciária de garantia.

A maioria deve ser **permanente** e não **ocasional**. O **elemento de permanência** dá o qualificativo deste poder de maioria, criando aptidão particular que o conforma para função de controle. A lei, neste momento de definição, omitiu as coordenadas precisadoras do elemento de permanência. Decorreria, por exemplo, da maioria que se formou e consolidou nas três últimas Assembléias Gerais? Ou nas últimas duas, Ou na última? O art. 116 não distingue entre a Assembléia Geral Ordinária e a Assembléia Geral Extraordinária. As deliberações da Assembléia Geral resolvem problemas ora como Assembléia Geral Ordinária, ora como Assembléia Geral Extraordinária. A permanência poderá se cristalizar na Assembléia Geral Ordinária e variar na Assembléia Geral Extraordinária, ou vice-versa. Resta do art. 116 a certeza de que a ausência do elemento de permanência desconceitua a pessoa individualizada ou o grupo como acionista controlador.

O poder eleitor consiste na virtude de eleger os administradores da companhia. Ou os membros do Conselho de Administração, se instituído, ou os membros da Diretoria, se não instituído aquele. Estranhamente, o poder eleitor é o de eleger a maioria dos adminis-

tradores e não a totalidade dos administradores. Quanto aos componentes do Conselho de Administração, dada a faculdade do voto múltiplo (5), ainda se justifica a restrição da fórmula legal, que não se compreende, entretanto, se a administração se integrar apenas com a Diretoria. Quem dispõe do poder eleitor, como a maioria, elege a totalidade dos administradores, salvo renúncia parcial por composição com a minoria ou acordo com acionistas fora do grupo controlador. O legislador deixou implícito o que, explícito, firmaria melhor o conceito.

A prova formal de ambas as espécies do poder difuso se acha na Ata da Assembléia Geral, que necessita, para sua validade, ser assinada pelos acionistas que formaram a maioria (6).

O uso simples ou físico dos dois poderes determinados — o de ser maioria e o de ser eleitor — não basta para montar definitivamente o conceito de acionista controlador. O legislador pretendeu mais quando introduziu na alínea “B” do art. 116 o uso finalístico ou efetivo dos dois poderes constituintes do controle. A conjunção copulativa “e” representa o elo entre os meios e os fins, sendo aqueles os dois poderes acoplados e estes a razão que justifica o uso que deles se faz. O acionista deve empregá-los para **“dirigir as atividades sociais”** E para **“orientar o funcionamento dos órgãos da companhia”**.

As deliberações sociais devem ser informadoras e alimentadoras do plano de manutenção e desenvolvimento da empresa pertencente à sociedade (v. g., programas de produção, comercialização, avanço tecnológico, estratégia dos lucros, política de investimento etc., etc.). O plano centraliza as principais atividades sociais da empresa, causa e efeito de deliberações com força para se impor ao Conselho de Administração, à Diretoria, ao Conselho Fiscal (caso funcione), aos Conselhos Técnicos, às Assessorias como diretiva, como tarefa, programa, projeto.

(5) Art. 141, da lei 6.404, de 15/12/76; e, excepcionalmente, por faculdade estatutária, devido existência de ações ordinárias com direito de voto em separado (art. 16, IV, da lei nº. 5.404, de 15/12/76), expediente, às vezes, utilizado por grupos minoritários no sentido de controle (prof. MODESTO CARVALHOSA, “comentário à Lei de Sociedades Anônimas”, vol. I, 1977, pág. 91).

(6) Art. 130, da lei nº. 6.404, de 15/12/76.

Aquele acionista que, singular ou pluralizado, é senhor, permanentemente, do poder de maioria e do poder eleitor, que atua para dirigir as atividades sociais da companhia, orientando o funcionamento dos seus órgãos, se auto-define como acionista controlador.

A elaboração crítica dissecará o conceito legal para compreendê-lo, sem alternativa para construir outro, por que a definição é normativa.

III — NATUREZA JURÍDICA

A busca de uma categoria própria para o acionista controlador aproxima, inicialmente, de relações bem definidas no direito patrimonial privado. O ponto de partida é a união permanente, se o controle é obra de mais de um acionista individual, ou é o poder individual permanente, se o mínimo de ações do acionista cobre a margem necessária de controle.

Ao se associarem os acionistas, de modo formal ou informal não produzem condomínio “**pro diviso**” ou “**pro indiviso**”, porque, se plural o acionista controlador, a relação de domínio permanece inalterada, idêntica à que teria o acionista minoritário. Se dono dos certificados de ações 0500 a 1000, assim continuará independentemente da condição legal de acionista controlador. Não cede parcela de sua titularidade no interesse comum do controle da companhia.

Esta mesma razão explica por que não se forma comunhão de direito ou de fato. A individualidade de cada acionista existe, antes, durante e depois do **momento** do controle. O interesse comum surgido para controlar a sociedade é estrito, não excede esta finalidade e não ordena todos os outros **momentos** da participação do acionista na sociedade, inclusive fora do quadro da Assembléia Geral (v. g., percepção de dividendos, etc.). Assim não se estabelece “**de jure**” ou “**de facto**” a universalidade, que unifica todos os aspectos do domínio.

A convivência dos acionistas no período do controle, por outro lado, não gera entre jurídico novo. Ainda que, à primeira vista, os poderes do acionista controlador sugerissem a existência de **sujeito** de obrigações e os deveres ou responsabilidades sugerissem a existência de **sujeito** de obrigações, não há entre jurídico sem personalização, sem denominação social, sem patrimônio separado ou de afetação,

sem órgão, sem ato instituidor ou constituidor, etc., etc. O ato instituidor poderia ser a lei, mas esta não personalizou o acionista controlador. Ou o ato constituidor poderia ser o acordo de acionistas, mas, para o caso estudado, objetiva estritamente o exercício do direito de voto; embora a lei proporcione execução específica (7), o acordo de acionistas pode prever **conduta** do acionista e nunca constituição de organismo social para os fins deste capítulo.

A maneira de funcionar do acionista controlador estimula a idéia de sociedade de fato interna, que dispensaria o arcabouço formal da personalidade jurídica. O objeto social seria a **“holding”** interna; o líder do grupo procederia como administrador; o valor das ações na percentagem de controle do capital votante valeria como capital social. Todavia, a idéia falharia, pois esta sociedade de fato interna careceria absolutamente de ativo, uma espécie de sociedade de fins econômicos sem ativo; também, não se localizaria nenhum lucro direto e próprio do grupo. O sistema, ademais, não criou sociedade **dentro** de outra sociedade ou duas sociedades no interior de uma só sociedade.

Poderíamos, então, cogitar do acionista controlador como órgão dentro do órgão ou como sub-órgão do órgão? A equiparação com a Diretoria, o Conselho de Administração a Assembléia Geral, o Conselho Fiscal, etc. força as linhas do sistema. Não é órgão instituído da Assembléia Geral, apesar de ter existência prevista na lei. Tecnicamente, órgão é parte do todo, do qual provem sua legitimidade. A maioria ou o voto-controle é sempre parte da Assembléia Geral. Esta, por sua vez, é parte da companhia. A parte, logicamente, não pode ser órgão da parte ou sub-órgão. O todo do qual deve ser órgão ou sub-órgão é o próprio grupo, que não pode ser órgão de si mesmo.

Mais se adequa o acionista controlador ao logotipo jurídico do grupamento solidário. Que se forma por adesão voluntária dos seus integrantes. A união de forças na soma ou adesão de votos constitui fonte do poder, que decorre da natureza do exercício do voto, marcado pelo sentido predominante de controle. Assim, igualmente, a responsabilidade, resultante do exercício do poder através da votação. A solidariedade é feita exceto da ação ou omissão conjunta do

(7) Art. 118, § 3º., da lei 6.402, de 15/12/76.

agente e mais outro ou outros agentes, se plural o acionista controlador. Onde há mais de um surgirá grupo, se unificados na vontade, intenção e ação, que o objetivo de controle necessariamente impõe. Portanto, teleologicamente, é grupo de ação conjunta.

A natureza desta ação — votação no posicionamento de maioria — implica formação de grupo solidário, se de existência permanente. A solidariedade é presumida por lei: a) dada a natureza do agente da ação — O GRUPO — se acionista controlador pluralizado; b) se negada a presunção de solidariedade, deveria se negar, **a fortiori**, a própria maioria, ainda na espécie do acionista controlador plural; c) a atividade — se acionista controlador pluralizado — é do conjunto, uma vez que o contrário impossibilitaria a maioria.

No lado ativo da posição, o grupo deve ser conjunto composto por adesão voluntária de votos em caráter permanente; no lado passivo, toda sua natureza se especializa pela solidariedade, base da formação do agente legal acionista controlador, sem a qual seria inviável a montagem da responsabilidade. O acionista é responsabilizado como parte integrante do grupamento solidário e na medida em que assumir esta condição objetiva na vida da companhia.

A ação é contra todos ou cada um, inexistindo benefício de divisão ou de ordem, nem responsabilidade principal, nem o todo, como ser transindividual, responsabilizado com independência (8).

IV — EXERCÍCIO ABUSIVO DO PODER

O sentido **finalístico** é repetido na própria lei. O controle somente se justifica pela finalidade. Inadmissível o controle pelo controle, o poder pelo poder. Aqui se define a questão da legitimação do poder o poder se legitima, originariamente, pela fonte de onde promana. Mas não é só. Deve **manter** a legitimidade pela comprovação da finalidade do uso. Este o valor intrínseco sem o qual o poder de controle na sociedade por ações não se legitima. É a premissa da responsabilidade pelo uso abusivo do poder.

(8) A respeito do benefício de divisão, se análoga a solidariedade à civil, a resposta mudará para afirmativa. Esta questão merece desenvolvimento em destaque.

Ajustam-se dois princípios simétricos: a) o **dever** de exercer o poder como **função social**; b) a **responsabilidade pelo uso abusivo do poder**. Em consequência, duas funções se completam no plano do desenvolvimento harmonioso da companhia: a) a função **empresarial**, vocacionada pelo imperativo econômico de realizar o objeto da empresa; b) a função **social** em toda gama de seu amplo contexto. Na função **empresarial**, marca a lei: a) dever para com os acionistas; b) dever para com os trabalhadores da empresa. Na função **social**, marca a lei: a) dever para com a comunidade onde a empresa atua.

Na função empresarial e na função social conjuntamente, a lei marca: a) respeitar e atender direitos e interesses dos acionistas; b) respeitar e atender direitos e interesses dos trabalhadores da empresa; c) respeitar e atender direitos e interesses da comunidade onde opera a empresa. . . .

Tais funções precisam se compatibilizar; todavia na economia de mercado, assoma a prevalência da função empresarial. Convém que a prevalência — pretende o legislador — seja de **grau** e não de **qualidade**, pois a lei — talvez retórica nesta valorização ética — não sistematizou o lucro ao preço do desrepeito aos interesses e direitos dos trabalhadores da empresa e da comunidade onde funciona. A propósito da última ordem de interesses, é atualíssima a polêmica sobre a poluição fomentada por fábricas ou instalações fabrís.

O poder é poder; porém, se não auto-limitado ou limitado, se torna arbitrário. A auto-limitação se faz com a ética do detentor ou depositário do poder, sua consciência militante dos princípios morais. A limitação provém de outra esfera de poder, mais **elevada, circundante e abrangente**: a lei. Abuso de poder é excesso de poder; o excesso se demarca a partir dos limites dentro dos quais se confina ou se situa o poder. O poder, portanto, é limitado pelo estado legal ou de direito no interior do qual se move.

Aliás, a hegemonia do limite legal é a manifestação deste estado de direito; se inexistente, seria manifestação do estado de força. O poder é a força organizada que domina determinada situação social. O poder, no tema do acionista controlador, é a maioria que dita o rumo da sociedade, com eixo na Assembléia Geral.

A empresa, por sua organização e dimensão, pode ser o centro de verdadeiro poder; na macro-empresa pode, às vezes, mais que

a comunidade civil ou o Estado-membro. A economia de mercado exige poderio na concorrência e o controle desta através de oligopólio ou monopólio. O objeto da companhia é manter e crescer este poder.

A manutenção e crescimento, na empresa privada, estão em relação direta com a manutenção e crescimento do lucro. A renda de todos depende do lucro (rendimento-juro-salário-renda fundiária); a função social se objetiva na manutenção do nível de emprego, de inversões e de consumo, que assegure o bem estar material da comunidade. O poder empresarial centraliza suas forças no objeto da empresa: preservar e incrementar o lucro.

Nesta preservação e incrementação eventualmente ocorre conflito com a função social da empresa. A tendência é agir à base da primazia do interesse imediato e interno da comunidade do capital (corpo social de acionistas). A lei foi doutrinária no art. 116 ou ideológica no art. 116, parágrafo único, com o mandamento ético ali proclamado. No entanto, a infração a este mandamento, do ponto de vista geral, não acarreta sanções ou responsabilidade.

É necessário que a infração revista a forma legal do “**abuso de poder**” ou do “**exercício abusivo do poder**”, que são as duas fórmulas da predileção do legislador. O ato abusivo neste capítulo, se define pelo excesso em relação à **medida** marcada para exercício do poder, na órbita empresarial ou societária e na órbita social.

Esta **medida**, genericamente, não é posta pela lei, o princípio, de algum modo, funcionando aqui como princípio em branco, dependente do conceito meta-jurídico ou econômico de normalidade empresarial ou prática normal de mercado, informado pelo conceito meta-jurídico ou sociológico do fim socialmente admitido.

Todavia, o ato abusivo se caracteriza como ato materialmente prejudicial: seu autor deve responder pelos “**danos causados**”.

V — AS SETE MODALIDADES ENUMERADAS NO ART. 117

O ato abusivo conforma figura fronteira com o ilícito penal. O exercício abusivo caberá numa das sete (7) modalidades do art. 117, § 1º :— I — desvios de finalidade; II — negociata via mudança da sociedade; III — manobras prejudiciais; IV — política de cli-

entela; V — corrupção; VI — favorecimento; VII — favorecimento com corrupção (9).

Os escândalos recentes no mercado de capitais e no mercado financeiro (10) influíram, como experiência, para o recorte técnico destes perfis, os quais, segundo a exposição de motivos, não traduzem “*numerus clausus*”, admitindo que outros perfis, se a prática forçar, poderão se adicionar aos sete previstos pela lei (11).

O **primeiro** — desvio de finalidade — tem fórmula complexa; o tipo poderia se dividir em dois: a) orientação da companhia para fim estranho ou lesivo; b) orientação da companhia para favorecer outra sociedade. O primeiro, por sua vez, se subdividiria conforme o fim se apresentar como **estranho** ou como **lesivo**. A orientação, a que se faz referência expressa, proviria das deliberações, de certo na área da Assembléia Geral, sendo o vocábulo denso de significado múltiplo; a orientação resultaria, incidentemente, de negociações fora da área da Assembléia Geral, fato que estaria compreendido no termo.

O **fim estranho**, exposto no primeiro subtipo do perfil, se define através da não compatibilidade com o objeto social; v.g., companhia de terraplenagem que desvia capital de giro para operações financeiras de extremo risco.

O **fim lesivo** é de aceção estrita, prejudica a economia nacional (v.g., “desnacionalização” de empresa privada nacional por venda do controle acionário a empresa multinacional ou por fusão com empresa estrangeira) (12). O fim lesivo não é conjuntivo com o fim estranho, são, pois, alternativos.

(9) A nomenclatura adotada é referencial e não científica; portanto, provisória.

(10) “O Estado de S. Paulo” edições, de 03/03/77, 04/03/77, 05/03/77 e 06/03/77.

(11) “Diário do Congresso Nacional” (Seção II), de 18/09/76, Seção IV, pág. 5.964; COELHO, José Washington, “A nova lei das sociedades por ações interpretada”, edição de 1977, páginas 24/25; critério de enumeração legal que conflita com princípio prestigiado pela hermenêutica tradicional; interpreta-se sem ampliação dispositivo restritivo de direitos subjetivos.

(12) O Ministério da Indústria e Comércio vetou alienação de controle acionário de sociedade nacional para multinacional por entendê-la prejudicial aos acionistas minoritários e lesivas aos interesses da economia brasileira.

O segundo subtipo deste perfil começa, também, com a ação indefinida denominada **orientação**; a indefinição alarga o termo tanto que dificulta a tipicidade desejada. Orientação no recinto da Assembléia Geral sob forma de votação? Orientação fora do recinto da Assembléia Geral sob forma de negócio corrente (v.g., negócio alienativo)? O favorecimento indicado significa criar situação especial, privilegiada ou mais vantajosa para sociedade, seja qual for, brasileira ou estrangeira.

Os tipos do perfil são independentes, embora cumuláveis. Tanto os **fins** (estranho ou lesivo) como o **favorecimento** devem prejudicar. A redação da alínea "a" do § 1º, do art. 117, é defeituosa quando amontoa o prejuízo à economia nacional no final do texto, ao invés de ligá-lo exclusivamente ao subtipo do **fim lesivo**. Relativamente ao **fim estranho** e ao **favorecimento**, o prejuízo atingirá ordem nítida de direitos e interesses: a) participação dos acionistas minoritários nos lucros; b) participação dos acionistas minoritários no acervo da companhia.

O **segundo** — negociata via de mudança da sociedade — exhibe texto melhor delineado. Assim se desmonta, com lógica, a figura deste ilícito. A **atividade** é a **promoção**; a iniciativa, aqui, se confunde, com decisão; a área desta ação é, inequivocamente, a Assembléia Geral. Os **meios** são múltiplos, de modo que a promoção de cada um deles destaca subtipo dentro do perfil: a) liquidação de companhia próspera; b) transformação; c) incorporação; d) fusão; e) cisão. Todos mudam a companhia ou a extinguem, total ou parcialmente; somente no item da liquidação, a lei qualifica a companhia como **próspera**; nos demais itens, não.

O **fim** é o de obter vantagem indevida para si ou obter vantagem indevida para outrem. O fim é, também, múltiplo; na prática ostenta caráter estelionatário, uma espécie, pois, de estelionato negocial.

O **resultado** é o prejuízo material, que se diversifica em leque variado: — a) prejuízo para os outros acionistas (se não são acionista controlador, evidentemente acionistas minoritários, não obstante a fórmula diferente da lei); b) prejuízo para os trabalhadores (a extinção total ou parcial, que acontece na liquidação, fusão, na incorporação como sociedade **incorporada**, na cisão parcial ou integral, poderá suprimir empregos, ocasionar subemprego, reformular escala

salarial, etc.; mas, na transformação e na incorporação como **incorporadora**, em tese, dificilmente prejudicará o pessoal assalariado; a lei deveria precisar estas variações, que não são sutilezas, frustrando a confusão na hermenêutica); c) prejuízo para os investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia (as operações de transformação, incorporação, fusão e cisão prevêem dispositivos para salvaguarda dos credores — debenturistas, etc.; o inversor em ação é acionista, não discriminando o sistema **taxativamente** entre acionista com **intenção** de inversão e o acionista com **intenção** de participação.) Esta redação é, no mínimo, ambígua, por que a lei, em lugar desta expressão genérica, disporia mais acertadamente se especializasse os titulares de valores mobiliários que conferem crédito líquido contra a companhia e acionistas institucionais (Fundos de Investimento, BNDE como administrador do Programa Especial de Capitalização da Empresa Privada Nacional — PROCAP e semelhantes).

O perfil conjuga as duas ordens de interesses prejudicados (a dos acionistas não controladores e a dos trabalhadores — “dos que trabalham **na empresa**”); convém lembrar a relevância da introdução nesta passagem, do conceito de empresa. O perfil separa e não conjuga com os anteriores a terceira ordem de interesses prejudicados (“investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia”).

O elemento central se põe na **vantagem indevida**; eis o motivo da referência ao estelionato negocial. Promover liquidação de companhia próspera, ou sua transformação, incorporação, fusão e cisão **sem vantagem indevida**, mesmo se prejudicados acionistas, trabalhadores e inversores, não monta a figura da negociata via mudança da sociedade, base objetiva para responsabilidade do acionista controlador acusado de exercício abusivo do poder. Será erro de cálculo com o incômodo puro e simples do prejuízo, álea natural do mundo do mercado.

O **terceiro** — manobras prejudiciais — contém, nos meios, a mesma variedade do segundo. A conduta do acionista controlador, ao tomar iniciativa, se manifesta na **“promoção”**. Termo denso de vagueza, quando avaliado sob o aspecto de ato dentro ou fora da Assembléia Geral. Os meios múltiplos — cada um deles funcionaria melhor se destacado como subtipo — têm precisão em dois e imprecisão nos outros dois. Promover alteração estatutária ou emissão

de valores mobiliários, são precisos; promover “**adoção de políticas**” ou **adoção de decisões**”, são imprecisos. Quanto aos fins, a imprecisão continua quando o meio promovido não tem interesse para a companhia, não se delineando a natureza deste interesse, falha perturbadora por que no mundo da empresa até beneficência, às vezes, interessa. No que tange à alteração estatutária ou à emissão de valores mobiliários dificilmente a astúcia mercantil deixará de revesti-los, ao menos, da aparência de interesse.

Os fins se tornam mais precisos ao enervar o meio promovido com a intenção de prejudicar: a) aos acionistas minoritários; b) “aos que trabalham na empresa” (de novo, referência à empresa); c) aos inversores em valores mobiliários emitidos pela companhia (retorna a fórmula ambígua do perfil anterior).

A exemplo do segundo perfil, este se mostra numa redação que estimulará sofismas: o meio promovido atingirá, ao mesmo tempo, acionistas minoritários e trabalhadores, sob pena de não conformar a modalidade, por que a disjuntiva os separa apenas dos inversores. Este, ao que parece, não era o pensamento do legislador. Qualquer destas ordens de interesses, se prejudicada, caracterizará o exercício abusivo do poder. Excetuado o meio promovido sem interesse para a companhia, os demais entram dolo; v.g., aumentar o capital social numa taxa tão exagerada de crescimento que dissuada a minoria de exercer o direito de preferência, baixando verticalmente o seu nível, fazendo-a desprezível; nesta “promoção se somam a alteração estatutária, a emissão de valores mobiliários com ações bonificadas, a decisão prejudicial ao acionista minoritário. Qual seria, porém, o prejuízo dos trabalhadores?

O resultado do prejuízo é menos claro, em virtude do verbo “**visar**” na forma como foi empregado, sugerindo prejuízo efetivado ou prejuízo potencial; v. g., se **adotada** política empresarial ou se **adotada** decisão, uma ou outra formalizada, mas não executada ou completamente cumprida, o prejuízo se apagaria como elemento qualificador obrigatório.

O **quarto** é o mais simples e direto de todos, apesar do conceito desqualificante, que infunde caráter ao perfil, depender do estágio atual ou médio da técnica ou da moral. Eleger administrador ou fiscal, que é inapto técnico ou inapto moral. O título — política de

clientela — talvez não pareça correto. A colocação de apadrinhados nas posições-chaves da empresa, a fim de servirem aos interesses do acionista controlador revela a nefasta política de clientes. São vontades servis, espíritos mercenários. A política de clientela se mistura ou não com o nepotismo, vício exuberante nas sociedades familiares. Pressuposto o **conhecimento** da inaptidão moral ou técnica. A lei não as unifica, mas as separa. Podem, contudo, conviver na mesma pessoa. É falha perigosa, germe de prejuízos presentes ou futuros. A **profissionalização** do administrador, como exigência impessoal da empresa, se coloca atrás desta sanção.

O **quinto** — corrupção — se biparte em dois subtipos: a) induzimento ou tentativa de induzimento de administrador ou fiscal à prática de ato ilegal ou anti-estatutário — que se desenrola fora da Assembléia Geral; b) “promoção” da ratificação deste ato ilegal ou anti-estatutário, contra interesse da companhia, que ocorre na Assembléia Geral; quando vota, o acionista controlador vota com a maioria, ratifica ou não ratifica, e, por este motivo, o verbo “promover” aí é desnecessário. Ambos os subtipos são independentes, apesar da possibilidade de cumulação. O fim bastante se esgotou no induzimento ou na tentativa de induzimento e na ratificação realizada, fora ou dentro da Assembléia Geral. Obviamente, em si, ato ilegal ou anti-estatutário contraria interesses da companhia, o que distingue o trecho como redundante. Possível o acionista não induzir nem tentar induzir à prática do ato legal, e, entretanto, ciente de sua existência, “promover” a ratificação. A fim de haver infração de deveres legais ou estatutários, o acionista controlador precisa conhecer o ato, estar suficientemente informado e, consciente da ilegalidade, assumir a responsabilidade da aprovação.

Nesta hipótese legal de corrupção como exercício abusivo do poder, há, sempre, corruptor e corrompido, agente ativo e sujeito passivo. A lei consolidou a solidariedade entre o acionista controlador e o administrador ou fiscal (13).

(13) Art. 117, § 2º, da Lei nº. 6.404, de 15/12/76; não dispôs, identicamente, para os acionistas entre si dentro do bloco da maioria; atendeu a realidade instituída de que a votação no mesmo sentido, deliberação social, automaticamente os unifica como co-responsáveis; esta a justificativa da solidariedade oriunda do sistema ou presumida.

O sexto — favorecimento — tem delineamento nítido e seu contorno não é ambíguo nem impreciso. Contratar com a companhia para se beneficiar, por si ou através de terceiros (sem excluir sociedade em que tenha interesse), aproveitando-se de condições favorecidas ou não equitativas (14).

Nos conglomerados financeiros, na intimidade de sociedades componentes dos grupos econômicos, nas relações de sociedades controladoras, controladas e coligadas, no consórcio, esta contratação favorecida trabalha como vantagem visível ou invisível (15).

A contratação é tarefa dos administradores. O exercício abusivo do poder se salientará sob dois ângulos distintos: a) **fora da Assembléia Geral**: na contratação em si, com participação dos administradores (“contratar, diretamente, por terceiros, por sociedade em que tenha interesse, **com a própria sociedade**”); no entanto, o art. 117, “f”, § 1º, não cimenta a solidariedade entre administrador e acionista controlador, quando bastava acrescentar a alínea “F” ao § 2º, do mesmo art. 117; b) **dentro da Assembléia Geral**: se, porventura, aprovar o contrato, ainda que, indiretamente, ao aprovar as contas da administração, quando, ao mesmo tempo, infringiria a proibição legal de votar em interesse próprio.

O último perfil — favorecimento com corrupção — se desdobra em dois subtipos: 1º) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares para

(14) O Banco Central do Brasil decretou, num só dia, trinta e quatro (34) intervenções em sociedades integrantes de determinado grupo econômico “D.O.U.”, Seção I, Parte II. de 26/03/76, págs. 929/931); em nota oficial, o B.C.B. historiou três (3) operações inter-societárias no interior do grupo financeiro denunciadoras de “graves irregularidades”. Duas varas de ações supervalorizadas em que o comprador é o Banco de Investimento, a vendedora é a “holding” e objeto são ações da financeira em um caso e da corretora de valores no outro caso. A terceira operação foi planejada à base de aumento do capital social da financeira, não aprovado pelo B.C.B., entretanto subscrito por sociedade de prestação de serviços, que criou fundo especial com o valor das ações bonificadas a receber, a seguir copitalizado, tendo outra sociedade subscrito ações do aumento do capital social e repetindo a criação de fundo especial, que capitalizou em seguida, vendendo, ao final, as ações novas ao Banco de Investimento mediante avaliação artificial das ações, pulando o capital social da última sociedade de Cr\$ 200.000,00 para Cr\$ 12.000.000,00 (“O Estado de S. Paulo”, de 26/03/1975, pág. 30).

favorecimento pessoal; o “fazer aprovar” induz aliciamento para formar a maioria ou reforçar a maioria da maioria; de outro modo, esta variante custa a ser inteligível; 2º) deixar de apurar denúncia fundada, ciente de sua procedência, por conhecimento direto ou presumido; aqui se intercala a cumplicidade por omissão.

Nas modalidades do desvio de clientela, da corrupção e do favorecimento com corrupção, para remover a falta de clareza em matéria de direito estrito, o legislador metodizaria melhor se criasse três novas modalidades, subdividindo em duas cada uma das três modalidades referidas, alterando a redação nos pontos obscuros.

Alguns destes modos de exercício abusivo do poder (desvio de finalidade, negociata via mudança da sociedade, manobras prejudiciais, corrupção, favorecimento, favorecimento com corrupção) entram a conivência da administração, em maior ou menor grau. Os casos da responsabilidade civil do administrador, por exemplo, são formulados dentro da maior generalidade, na referência legal ao ato de gestão ilícito e prejudicial. Todavia, de forma assistemática, o legislador não universalizou a toda modalidade de exercício abusivo do poder, onde necessária, a solidariedade que taxou para a modalidade da corrupção. Exegetas extrairão desta singularidade argumento para a tese da inadmissibilidade presumida em tema de exercício abusivo do poder, ao menos nas relações entre acionista controlador e membro de outro órgão.

VI — AUTO-DEFESA E RISCO DO ACIONISTA CONTROLADOR

O art. 117 define o acionista controlador com dois parâmetros na alínea “a” do seu parágrafo único. Os dois elementos se somam para completar o conceito legal de acionista controlador. Se, permanentemente, eleger a maioria dos administradores e, sucessiva ou simultaneamente, se desinteressar de ser maioria nas deliberações da

(15) Malha interna que fortalece o domínio das instituições financeiras sobre os grupos econômicos, graças, também, à manipulação das oportunidades de negócios em condições favorecidas, como localizou corretamente o prof. MODESTO CARVALHOSA, “A nova lei das Sociedades Anônimas”, ed. 1976, pág. 91).

Assembléia Geral, não haverá acionista controlador, por falta de um dos dois elementos necessários. Com a minimização da Assembléia Geral e o engrandecimento do Conselho de Administração, esta hipótese não é ficção literária.

Como solução engenhosa para não se adequar à categoria legal do acionista controlador, os interessados manobrarão para que a Assembléia Geral Extraordinária se absorva em questões rotineiras. A abertura da segunda convocação **"COM QUALQUER NÚMERO"** arma o grupo controlador real da empresa com a possibilidade de ativar procurações e orquestrar maiorias eventuais. Esta maioria eventual, deliberadamente heterogênea e não repetitiva em sua composição, deliberará proposta da maior repercussão na vida da empresa, acobertando o acionista controlador. Práticas versáteis para contornar o exercício abusivo do poder se multiplicarão nesta abertura. Imaginá-las, experimentá-las, adotá-las será uma das táticas defensivas dos controladores.

Por outro lado, as modalidades "E" e "G" (§ 1º, art. 117), que têm muitos pontos íntimos de ligação, exporão particularmente administradores e controladores. Minorias vigilantes, no amoralismo da vida empresária, acharão pretexto para: a) atos ilegais ou anti-estatutários praticados pelos administradores e fiscais com ratificação da Assembléia Geral; b) aprovação de contas irregulares; c) indiferentismo perante denúncia fundada. Na faixa das relações da empresa com o fisco, então, oportunidades da minoria pressionar serão inumeráveis. Sonegação de tributos ou contribuições é ato ilegal, ~~contas~~ que a coonestam são irregulares, denúncia de sua existência procede. No terreno da pressão psicológica ou legal, as modalidades "E" e "G", por exemplo, agigantarão a minoria diante da maioria controladora, se manobradas com requinte e precisão.

As maiorias, futuramente, se queixarão da chantagem permanente da minoria.