

O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO DOS ATOS EMPRESARIAIS QUE TRATAM DA ORIENTAÇÃO DOS NEGÓCIOS SOCIAIS E DO APROVEITAMENTO DE OPORTUNIDADES COMERCIAIS. AS PRIMEIRAS DECISÕES DA JUSTIÇA BRASILEIRA

Mário Slerca Jr.

1. A Lei das S/A não define o que seja abuso de poder. Acontenta-se em apresentar uma relação das modalidades de exercício abusivo de poder (art. 117 § 1.º). Destarte, face à inexistência de norma de direito comercial, e como não há que se falar em analogia ou costumes comerciais, pertinente recorrer ao direito civil, na condição de fonte subsidiária do direito comercial (¹).
2. Com apoio no artigo 160, I do C.C., a *contrario sensu*, teríamos que o abuso de direito, no âmbito civil, seria o exercício irregular de um direito. Essa irregularidade consiste em desviar-se das finalidades almejadas pela lei: exercício anti-social do direito. Segundo ensinamento de San Tiago Dantas (²), "exercício irregular do direito é o mesmo que exercício abusivo".
3. Ora, a citada Lei n.º 6.404 determina, no artigo 116 parágrafo único, quais os objetivos compulsórios de poder de controle. Assim, com fulcro neste parágrafo único do artigo 116, combinado com o artigo 160, I do C.C., haveria abuso de poder de controle quando o controlador, apesar de estar "realizando o objeto da sociedade e cumprindo a sua função social", usasse o seu poder para desrespeitar e desatender aos direitos e interesses: I) dos demais acionistas, II) ou dos que na empresa trabalham, III) ou da comunidade em que a sociedade atua.
4. Na tarefa do hermenauta de identificar os limites do abuso de poder, surge logo um importante balizamento internacionalmente aceito: cabe ao empresário imprimir livremente a orientação aos seus negócios sociais. É matéria privativa dele e da assembléia dos sócios. A questão torna-se delicada quando na sociedade comercial podem, em tese, surgir conflitos entre os diversos diferentes interesses: os do controlador individualmente e os identificados pelo citado parágrafo único do artigo 116, como orientadores do exercício do poder de controle, a saber, os interesses da sociedade, da comunidade, dos acionistas minoritários e dos próprios empregados.
5. Como conciliar a liberdade do homem de negócios, que dela necessita para a escolha de suas operações e das políticas empresariais, com a intervenção do órgão da jurisdição, quando é chamado a solucionar esses conflitos de interesses?
6. O assunto torna-se atual, em virtude da crescente participação do público investidor nas bolsas de valores. É exatamente quando os controladores dão a orientação aos negócios sociais, fixando as res-

pectivas políticas empresariais, que eles exercem o poder de controle na sua plenitude. E é claro que nesse momento surge a possibilidade de ferir uma miríade de outros interesses tutelados por lei.

7. A doutrina brasileira ainda não tratou dos limites do controle jurisdicional da decisão que diz respeito à orientação empresarial na sociedade aberta. Tampouco existe, no momento, uma jurisprudência a respeito do mesmo tema: está em processo inicial de formação com as duas primeiras decisões prolatadas nos foros paulista e carioca (adiante, elas serão referidas).

8. Na deliberação empresarial em tela, destacam-se as seguintes características: emana do exercício de uma função com "substanciais responsabilidades públicas", cf. n.º 9, (controlador de uma sociedade aberta); tem por objetivo orientação dos negócios sociais, que implicam em julgamentos de conveniência e oportunidade; e, por fim, o controlador defende interesses de terceiros.

9. Como resumiu *Adolf A. Berle Jr.*, em fórmula marcante, o controle "não é uma coisa, mas uma função. Trata-se, essencialmente, de uma variedade de processo político — não-estatal e, portanto, no nosso vocabulário, *privado*, mas com substanciais responsabilidades públicas. O controlador não é tanto um proprietário quanto o titular de uma posição de poder" (3).

Estabelecidos esses contornos, verifica-se que há semelhança entre a situação ora apontada e a do controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

10. Assim, à falta de jurisprudência consolidada e doutrina nacionais, válido trazer-se à colação a evolução e o estágio atual da jurisprudência francesa, relativamente a essa matéria: segundo a funcional orientação da Corte de Cassação (*apud Dominique Schimidt, Les Droits de la Minorité dans la Société Anonyme, Sirey, 1970, Paris, p. 150*) — à semelhança do que ocorre aqui, no Brasil, com o mérito do ato administrativo — ao juiz não é facultado o exame dos critérios de oportunidade e conveniência da orientação empresarial imprimida aos negócios sociais pelo controlador.

Nas conclusivas palavras de *Dominique Schimidt*, após análise de jurisprudência (*obra citada, p. 152*), "... Para qualificar o abuso, o juiz não será mais conduzido a se imiscuir na política majoritária e se substituir ao poder dirigente; seu papel consiste em resolver um conflito de interesses provocado, não pela contestação da oportunidade de uma política, mas pela ruptura da igualdade entre os acionistas".

11. Nesta linha de pensamento, a intervenção judicial limitar-se-á apenas ao controle da legalidade, não podendo tratar o magistrado do mérito propriamente dito da orientação empresarial adotada. Essa pode até, hipoteticamente, estar, em termos comerciais, er-

rada. No entanto, se proferida dentro dos limites impostos pela lei, o Judiciário não poderá atender às reclamações da minoria acionária e adentrar-se na verificação do acerto ou erro.

12. Definições sobre como melhor perseguir o objetivo social dizem respeito à área privativa do controlador. Nessas escolhas há sempre conhecimentos especializados, sensibilidades, julgamentos de risco, que constituem o desafio do empresário. O que se espera dele é o acerto. Todavia, não há, nem pode haver, garantia de que isso suceda. Onde, tal não lhe pode ser judicialmente exigido. Outrossim, é bem de ver que o Juiz não tem sequer condições profissionais de substituir-se ao controlador, ou à autoridade administrativa, nas escolhas que tratem de julgamentos de oportunidade e conveniências.

13. A enumeração exemplificativa ⁽⁴⁾ dos atos abusivos de poder de que cuida o § 1.º do artigo 117 é decorrência do parágrafo único, do artigo 116, onde a lei dá a norma geral de como deve ser exercido o poder de controle. Se houver violação aos princípios nesse artigo estatuídos e corporificados exemplificativamente no § 1.º, do artigo 117, aí sim o Juiz terá os elementos para intervir. Mas, sempre respeitando o empresário em seu campo privativo, o Juiz nunca poderá entrar no exame da adequação de orientação imprimida aos negócios. A sua intervenção dar-se-á nos estritos limites da ilegalidade cometida e visa reparar os efeitos não desejados pela lei. A decisão empresarial é discricionária, mas não pode ser arbitrária.

14. Exemplifiquemos: se controlador de conglomerado financeiro delibera que as suas operações não devam abranger também o ramo de seguros, a sua decisão é soberana e não poderá ser discutida no Judiciário. O minoritário discordante não terá como ver a sua crítica de que seria melhor, em termos de resultado e crescimento para o conglomerado, incluir também o seguro na gama de serviços prestados aos clientes do banco desse conglomerado. Entretanto, outra deve ser a solução, se o controlador, após ter optado por entrar também no setor de seguros, reservar para si, sem distribuir aos demais acionistas, o lucro dessas operações de seguro produzidas no seu banco. Nessa hipótese o minoritário poderá solicitar ao magistrado que corrija os efeitos do tratamento desigualitário. A Lei das S/A teria sido violada na parte que toca à participação de todos os acionistas no lucro produzido. Trata-se de um dos direitos sempre considerados essenciais pela doutrina e pelas leis passadas e vigentes.

15. Antes que tudo por uma questão de lógica, vez que — se, *ex-vi* do artigo 2.º, da Lei n.º 6.404/76, a sociedade anônima deve visar necessariamente ao lucro e é formada por seus acionistas — a distribuição do lucro está conectada à própria razão de ser da pessoa jurídica.

16. Já ensinava, no início deste século, o mestre *Cesare Vivante* ⁽⁵⁾:

“Como cada sociedade deve ter por escopo essencial a distribuição dos lucros entre os seus sócios (292), assim devemos concluir que onde exista uma sociedade ali devem existir lucros a distribuir.”

17. Nesse sentido o artigo 109, I, da atual Lei das S/A, que considerou a participação nos lucros um direito essencial, acima da própria assembléia geral. Da mesma forma dispõem o artigo 288, do C. Comercial e o 1.372, do C. Civil. Também o revogado Decreto-Lei n.º 2.627, de 1940, em seu artigo 78, a, continha dispositivo semelhante aos em vigor.

18. Conseqüentemente, não pode o controlador usar o seu poder de controle (art. 116, parágrafo único) para, em seu próprio benefício, quebrar esse princípio fundamental que rege a distribuição dos lucros. Estaria, ademais, no caso exemplificado caracterizada a usurpação de oportunidade comercial (cf. n.º 23 e seguintes).

19. De nada vale a assembléia ratificar tal procedimento do controlador ⁽⁶⁾. Como vimos, a participação nos lucros é um direito essencial à condição de sócio; irrenunciável (cf. n.ºs 15 a 17), portanto (art. 109, I). A lei, muito sabiamente, no elenco dos atos abusivos do exercício do poder de controle, prevê a responsabilidade partindo exatamente da própria deliberação da assembléia: v.g. letras *b, c, d, e e g*, do artigo 117, § 1.º. Pune o resultado do exercício do poder de controle, não importando se houve ou não assembléia tentando convalidar o ato do controlador. Por isso mesmo o texto legal, de forma coerente, trata diferentemente a situação do controlador e a do administrador, quando réus em ação de responsabilidade civil: contra o administrador, exige assembléia prévia, na ação proposta pela companhia (art. 159), e impede seja a ação intentada por acionista que não detenha pelo menos 5% do capital social, quando a assembléia deliberar não promover a ação (§ 4.º, do art. 159). Por outro lado, se o réu for o controlador, a lei dispensa a assembléia prévia, bem como o percentual mínimo de 5% do capital social, não criando qualquer restrição à propositura da ação, prestada a caução do artigo 246, § 1.º, *b*. Pressupõe, corretamente, que a assembléia representa, em última análise, a expressão da vontade desse controlador contra quem se dirige a ação: já que a assembléia homologadora da conduta do administrador não constitui obstáculo legal para que o acionista detentor de no mínimo 5% do capital social possa intentar contra ele a respectiva ação de responsabilidade (art. 159, § 4.º), com maioria de razão, a assembléia geral nunca poderá transformar-se em garantia absoluta de identidade para o controlador, que detém a maioria de votos da assembléia. Aliás, se assim não fora, esse importante artigo da lei permaneceria letra morta. . .

20. Contudo, de se registrar que os primeiros acórdãos sobre essas matérias concluíram de forma diferente.

21. Com efeito, a 6.^a C.C. do Tribunal de Justiça do RJ, em grau de apelação (n.º 23.598), relator Des. Basileu Ribeiro Filho, considerou abusivo o ato do controlador de se apropriar dos lucros da atividade de seguros produzidos pela sociedade controlada, um banco comercial, com ações negociadas nas bolsas. A tese desse acórdão foi considerada perfeita pelo Professor da USP *Fernando Boiteaux Neto* (¹), que dedicou grande parte de sua monografia à análise desta decisão judicial. Todavia, esse acórdão foi reformado, sendo relator dos embargos infringentes o Des. Sérgio Mariano, vencido o Des. Dorestes Batista. O STF não conheceu do RE interposto (²).

22. Tratando da mesma deliberação de o controlador reservar para si próprio os resultados da atividade de seguros produzidos pelo banco comercial, o Tribunal de Justiça de SP, em embargos infringentes, na apelação n.º 29.481-1, relator Des. Bonilha, vencido, em longo e substancioso voto, o Des. Nogueira Garcez, como relator da apelação, decidiu que: "... essa deliberação não passível de qualificação jurídica de ilicitude, pois se situa no âmbito de conveniência de ordem empresarial que não cabe examinar" (³).

Uma vez que o controlador já tinha decidido que o banco atuaria em seguros, restou, qual nosso entendimento, sem exame a questão da distribuição desigualitária dos lucros: os seguros são produzidos pelo banco, mas quem coleta os correspondentes lucros é o controlador e não o banco, sociedade de capital aberto (cf. 10 a 19).

23. A lei prudentemente não definiu a oportunidade comercial ou de negócios; não quis correr o risco de ver a vida comercial mostrar-se mais rica que a imaginação do legislador. Mas ao mencioná-la, a lei a equiparou a um bem como outro qualquer, componente do patrimônio da sociedade controlada.

24. A anterior Lei das S/A, da lavra do saudoso *Trajano Miranda Valverde*, não contemplava expressamente esse valioso bem intangível da moderna sociedade comercial. Na verdade, ela também punia a deslealdade do administrador que se apossasse para si próprio de oportunidade comercial pertencente à sua sociedade. O § 7.º do artigo 116, da revogada Lei das S/A de 1940 quando exigia dos diretores "no exercício de suas funções, tanto no interesse da empresa, como no do bem público, a diligência de todo homem ativo e probo na administração dos seus próprios negócios", dava à norma suficiente elasticidade para englobar, inclusive, essa hipótese ora prevista

pela lei nova. O seu mérito foi chamar a atenção para esse importante bem intangível, nem sempre adequadamente avaliado.

25. A prática comercial estará sempre criando novas modalidades de oportunidade comercial. Alguns exemplos atuais: I — a que é fruto de pesquisa de mercado, método dispendioso, mas considerado indispensável para indicar as novas boas possibilidades empresariais no tocante à colocação, em uma determinada área geográfica, de produtos ou serviços; II — o resultado da capacidade de força ou influência da sociedade para vender à clientela cativa um outro produto. Caso típico desta última forma de oportunidade comercial é a força irresistível⁽¹⁰⁾, que os grandes bancos comerciais têm de impor a venda de seguros aos seus clientes, dependentes do crédito concedido pelo banco e também desejosos de contar com a garantia do nome da instituição financeira.

26. E se for o controlador quem, no exemplo dado no item 24, *in fine*, se apropria dessa oportunidade de negócios, beneficiando-se com os lucros desta atividade securitária produzida pelo banco? O artigo 155, I e II da Lei das S/A veda essa conduta ao administrador e não ao controlador. Assim, estaria essa apropriação do controlador imune à sanção legal? Afigura-se-nos que não; existiria a ilegalidade do procedimento com base no artigo 117, § 1.º, letra c do mesmo diploma legal, caso a usurpação se desse mediante uma política empresarial. Na hipótese de o meio empregado para a usurpação ser outro do que uma política empresarial, ou a conduta não se enquadrar na alínea a do mesmo § 1.º — como o elenco dos atos abusivos de poder de controle previsto no § 1.º, do artigo 117 é exemplificativo e não exaustivo⁽¹¹⁾ —, o enquadramento do controlador usurpador continuaria dando-se através do § 1.º, do artigo 117. A usurpação da oportunidade comercial seria considerada uma outra modalidade de uso abusivo de poder de controle, posto não expressamente prevista na relação das diversas letras do § 1.º, do citado artigo 117. Inclusão legítima, já que a lei mais adiante (art. 155, I e II) considera ilícita a sua apropriação pelo administrador. E os tratadistas de forma uníssona, para efeito de grau de responsabilidade, equiparam o controlador ao administrador⁽¹²⁾.

27. De observar-se que o artigo 155, I, dispensa os prejuízos para a caracterização do uso da oportunidade comercial. Mas a ação prevista no artigo 246, em caso de infração aos artigos 116 e 117, é de reparação. Exige, conseqüentemente, a prova dos danos, incluindo-se neles os lucros cessantes (art. 1.059 do C.C.). O prejuízo, no exemplo retratado, seria o que o banco deixou de lucrar, equivalente ao lucro do controlador e ao valor da oportunidade embolsada.

Notas

- 1) *Cesare Vivante, Trattato di Diritto Commerciale*, I, ed. 1902, *Fratelli Bocca Editori*, p. 69; João Eunápio Borges, ed. Forense, 1969, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, p. 79.
- 2) *O Conflito de Vizinhança e sua Composição*, 1939, p. 118, ed. sem data.
- 3) *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Fábio Konder Comparato, p. 104, Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- 4) *Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira*, apud Paulo C. A. Lima, Volume II, *Sociedade por Ações, Crítica — Exegese, Edições Trabalhistas*, 1977, p. 64, Comentários à Seção IV do Capítulo X; Fran Martins, *Comentários*, Saraiva, vol. 4, p. 133.
- 5) *Cesare Vivante*, obra citada na nota n.º 1, *supra*, n.º 309.
- 6) *Responsabilidade Civil do Acionista Controlador e da Sociedade Controladora*, Editora Forense, 1988, p. 83.
- 7) *Idem* nota n.º 6, p. 79.
- 8) RE 113.446 — RJ, de que foi relator o Min. Moreira Alves, acórdão em fase de publicação.
- 9) O STF manteve, em agravo regimental, indeferimento do RE interposto (Agravo n.º 123.704, relator Min. Francisco Rezek).
- 10) Essa força é temida em diversos países desenvolvidos que proíbem ao banco comercial de operar em seguros. No Brasil, até 1969 vigia essa proibição, relaxada pela Circular n.º 126 do Banco Central, de 20-11-69. A nova Constituição brasileira deverá restabelecer a vedação: prevaleceu o ponto de vista de que a atuação do banco em seguros chega a ser uma concorrência desleal para as corretoras e cias. de seguros independentes.
- 11) *Idem* nota n.º 4 acima.
- 12) *Waldírio Bulgarelli, A Proteção às Minorias na Sociedade Anônima*, Livraria Pioneira, Editora SP, p. 13; Alfredo Lamy, "Revista da OAB-RJ", ano IV, vol. IV, 1978, p. 7.