Doutrina

VÍNCULOS DE LEALDADE E REGRA DE SUBSTANCIALIDADE: UMA COMPARAÇÃO DE SISTEMAS*

HERBERT WIEDEMANN

Tradução de

Otto Carlos Vieira Ritter von Adamek ***-***

1. Introdução. 2. Vínculo de lealdade de órgãos e sócios: 2.1 Posição atual; 2.2 Uma visão de Direito Comparado; 2.3 Deveres de lealdade dos membros de órgãos no Direito Alemão. Observação prévia; 2.4 Deveres de lealdade dos sócios individualmente; 2.5 Deveres de lealdade dos sócios majoritários. 3. Deliberações com ou sem motivação substancial: 3.1 Posição atual; 3.2 Apreciação crítica; 3.3 Questões prévias; 3.4 Conclusões finais. 4. Comparação geral e perspectiva.

1. Introdução^I

A investigação do direito societário fez enormes progressos nas décadas que se

* Pelo seu auxílio, o autor agradece a Sra. Eva Kaiser, cooperadora científica na Universidade de Köln. As indicações (em notas de rodapé) limitam-se ao que é necessário para a compreensão do texto. Tradução do texto original Treubindungen und Sachlichkeitsgebot: ein Systemvergleich.

** O texto ora traduzido foi enviado pelo autor para compor a obra Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos — Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (São Paulo, Malheiros Editores, 2011, pp. 143-168). O tradutor agradece o auxílio de Marcelo Vieira von Adamek, assim como a leitura crítica, a revisão geral e as oportunas e perinentes sugestões apresentadas pelo Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e pelos Drs. Gabriel Saad Buschinelli e Thiago Saddi Tannous.

*** As notas em números arábicos são do autor; as notas em números romanos do tradutor.

I. Sachlichkeitsgebot é palavra de dificil tradução: Gebot significa "mandamento", "regra", "norma" seguiram à II Guerra Mundial. Nenhum outro ramo de direito privado foi de tal maneira enriquecido por um número tão considerável de grandes comentários, de tantas monografias científicas e de uma abundância a perder de vista de artigos avulsos de doutrina, como o direito privado das

ou "preceito"; Sachlichkeit, literalmente, é "objetividade". Sachlichkeitsgebot, por sua vez, é expressão pouco encontrada no direito societário alemão e, ao que tudo indica, teria sido cunhada no direito acionário suiço (v. Forstmoster/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996, § 39 nota 87). Herbert Wiedemann não a empregou na sua clássica obra (Gesellschaftsrecht-I: Grundlagen, Munique, C. H. Beck, 1980), mas, nela, se refere a Sachlicher Grund ("causa", "motivo" ou "fundamento" + "material" ou "substancial") como pressuposto de juridicidade das deliberações majoritárias" ("als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung von Mehrheitsbeschlüssen"). Diante disso, ao invés de adotarmos uma tradução meramente literal de Sachlichkeitsgebot como "regra de objetividade", o que teria pouco ou nenhum significado entre nós, utilizaremos a expressão "regra de substancialidade",

organizações.¹ A contribuição da ciência nisso seguiu, no particular, os impulsos da legislação e da jurisprudência dos tribunais superiores, de modo que alguns ramos do Direito – como o direito das sociedades de pessoas – podem ser hoje considerados adequadamente providos, enquanto que os regramentos das associações e das sociedades cooperativas estão muito menos elaborados.

Vale isto, naturalmente, também para determinadas esferas de problemas: elas encontram na comunidade científica atencão diversa. Se antes foi a doutrina da sociedade de pessoas invalidamente constituída (fehlerhafte Personengesellschaft) e depois a responsabilidade, no grupo societário de fato, de sociedades limitadas (qualifizierten faktischen GmbH-Konzern), atualmente é ao governo das macroempresas (Corporate Governance) e ao controle dos seus administradores que se dedica o principal interesse. Tal mudança de tema não se explica como modismo, mas acompanha o desenvolvimento das diferentes formas societárias na legislação e na jurisprudência.

As ideias-chaves migram, os problemas fundamentais sobrevivem. Em diversos períodos, juízes e doutrinadores têm se preocupado com as tensões e os conflitos entre sócios majoritários e minoritários e entre sócios empreendedores e sócios investidores. Il assim como, nas Publikums-

a significar aqui a necessidade de que, para serem válidas, as deliberações majoritárias devam, além de preencher formalmente os pressupostos legais, ter uma justificação substancial, isto é, ostentar uma justificação que tenha pertinência com a relação jurídica societária e os interesses ex causa societatis. Trata-se, como se vê, de um meio de controle substancial das deliberações majoritárias. Bem por isso, doravante, Sachlichkeitsgebot será traduzido como "regra de materialidade" ou, ainda melhor, "regra de substancialidade"

- 1. Para maiores desenvolvimentos, v. Fleischer, in Willoweit (coord.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20*, Jahrhundert (2007), p. 485.
- II. Herbert Wiedemann distingue o sócio empreendedor ou sócio empresário (Unternehmer-

gesellschaften,III com os encargos impostos por sua participação no mercado de capitais. O problema do equilíbrio intrassocietário e do adequado ajuste de interesses já marcava o direito das organizações finalísticas privadas (Verbandsrecht) IV desde sua evolução no século XIX. Com isto podem lidar a lei e o estatuto, por meio de regras procedimentais, com o tratamento correto dos conflitos internos, porém as decisões de mérito apenas podem ser tomadas com base no caso concreto. Para também ter à disposição critérios de conduta corretos, a jurisprudência na Europa e nos Estados Unidos desenvolveu cláusulas gerais e outras figuras jurídicas, as quais puderam apoiar-se nas experiências com a bona fide ou com a boa-fé objetiva. Por ocasião do bicentenário do direito acioná-

Gesellschafter) do sócio investidor (Anlagegesellschafter): socio empreendedor é todo sócio que deseja e tem o poder de exercer influência sobre a política da empresa, através da votação em assembleia ou na condição de administrador; sócios investidores, por sua vez, são os membros que apenas miram a um investimento de capital (Gesellschaftsrecht-I: Grundlagen, cit., § 2 I 3, p. 103).

III. Publikumsgesellschaften são sociedades abertas, mas, no Direito Alemão, não são apenas companhias: há também sociedades em comandita por ações e, por aceitação decorrente de evolução jurisprudencial, também as sociedades em comandita simples, nas quais as participações comanditárias são oferecidas e negociadas no mercado. Conforme explica Herbert Wiedemann, Publikumsgesellschaften são sociedades que negociam participações societárias no mercado de capitais, visando à obtenção de recursos; do seu gênero, são espécies típicas, no Direito Alemão, a sociedade por ações e a sociedade em comandita por ações, as quais, em tempos mais recentes, obtiveram certa concorrência das Publikums-Kommanditgesellschaften (sociedades em comandita simples), que angariaram no mercado quantidades apreciáveis de capital (Gesellschaftsrecht-I: Grundlagen, cit., § 2 I 3, pp. 122-

IV. A palavra Verband tem sentido plurívoco em alemão: em sentido estrito, designa as associações que perseguem fins políticos e exercem influência social (associações de categorias profissionais ou econômicas); em sentido lato, abrange as associações propriamente ditas e as sociedades, como esclarece Herbert Wiedemann (Gesellschaftsrecht-I: Grundlagen, cit., § 1, p. 4).

rio na Europa festejou-se recentemente a "Marcha Triunfal do Dever de Lealdade" na Alemanha.² Além disso, exigiu a juris-prudência alemã, em determinados julgados, uma justificação substancial de deliberações majoritárias, mas veio a abandonar este pressuposto de suporte fático em uma série de julgados ulteriores. Sobre ambos os trilhos do desenvolvimento, a Marcha Triunfal e o ocaso, e a relação entre ambas as figuras jurídicas entre si e com o princípio da igualdade de tratamento é que aqui continuará a discussão.

Vinculo de lealdade de órgãos e sócios

2.1 Posição atual

Há duas características dos vínculos de lealdade que merecem o reconhecimento geral perante a jurisprudência e a doutrina. Sob o ponto de vista jurídico--teorético, pode-se assegurar que o dever de lealdade constitui uma cláusula geral de origem judiciária própria do direito societário, como já assinalado em 1968 por Walter Stimpel.3 Isto dá ao princípio de Direito seu indispensável fundamento jurídico constitucional, que exige, como no direito dos contratos, um suporte normativo para o desenvolvimento jurisprudencial do direito (Rechtsfortbildung) - que então ocorre na altura dos olhos do legislador. O segundo alicerce é formado por sua caracterização dogmática como dever de auxílio e consideração. Sua origem no século XIX é obscura. Na atualidade, o seu reconhecimento está ligado aos trabalhos de Alfred Hueck.4 Robert Fischer.5

- 2. Verse, in Bayer/Habersack (coords.), Aktienrecht im Wandel (2007), vol. II, pp. 579, 594, notas 18 e ss.
- Stimpel, in Paehle/Stimpel, Richterliche Rechtsfortbildung unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes und des Personalgesellschaftsrechts (1969), p. 18.
- 4. A. Hueck, in Festschrift für Rudolf Hübner (1935), p. 72.
- R. Fischer, in GroßK-HGB (3^a ed., 1970), § 105, obs. 31a.

Marcus Lutter⁶ e Wolfgang Zöllner,⁷ que deram forma à necessária ponderação de interesses; a derivação originariamente considerada, extraída da cooperação baseada na confiança, foi abandonada porque não podia ser estendida aos sócios investidores. Seguiram-se trabalhos doutrinários de peso.⁸ Dado que o dever de auxílio impõe esforços adicionais e o dever de consideração restringe direitos existentes, acaba-se por refletir aqui, em escala pequena, o problema geral de cada posição jurídica de membro em uma coletividade.

Para a continuação da discussão, é proveitoso atentar para o seu desenvolvimento nos Países anglo-saxões e nos Estados Unidos, visto que lá tal desenvolvimento jurídico ocorreu mais cedo, a riqueza em decisões judiciais é proporcionalmente maior e, no pensamento jurídico anglo-saxão, têm primazia a proteção à minoria e a proteção aos investidores. Seguindo o Direito Comparado, não devem ser classificadas então as próprias explanações, como de costume, de acordo com o conteúdo do dever de lealdade, mas devem ser ordenadas conforme as relações jurídicas nas quais podem atuar. O dever de lealdade recebe outra conformação sempre de acordo com a relação jurídica para a qual está sendo considerado; deveres de lealdade têm possivelmente outro "timbre", quando são exigidos de administradores do que quando são impostos a um sócio investidor.

- Lutter, AcP 180 (1980), pp. 84, 103 e ss. No mesmo sentido, ZHR 162 (1998), pp. 164, 166.
- 7. Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963), pp. 335 e ss. e 353.
- 8. V. Grigoleit, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), pp. 289 e ss.; Grundmann, Der Treuhandvertrag, insbesondere die werbende Treuhand (1997), pp. 269 e ss.; Th. Raiser, ZHR 151 (1987), p. 422; Martin Weber, Vormitgliedschaftliche Treubindungen (1999); Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht (1988).

2.2 Uma visão de Direito Comparado

A common law oferece, sob o conceito mais abrangente (Oberbegriff) de fiduciary duties, uma classificação sistemática, e, relacionado a isso, uma concretização pragmática dos deveres de lealdade que, com diferenciações particulares no direito societário inglês como no norte-americano, têm experiência maior do que no Continente. No seu conteúdo, os fiduciary duties nos Estados Unidos estão tripartidos como segue:

– O duty of care, que obriga os diretores à administração ordenada com base em informação conscienciosa.¹¹ A ideia essencial consiste no rigoroso cumprimento do dever de desempenho da função assumida. Como as decisões também incluem necessariamente riscos, concede a business judgement rule uma margem de discricionariedade que exonera o desempenho da atividade.

– O duty of loyalty (fiduciary duty em sentido estrito), que obriga os diretores a não misturar a administração alheia com a administração própria de negócios, ou, pelo menos, declinar abertamente a última.¹² A ideia básica visa evitar que um administrador não sócio atue com interesses econômicos próprios e, ao mesmo tempo, como parte direta ou indireta do lado oposto. Tão longe não vale a business judgement rule e para o administrador não se abre margem de arbítrio.

O duty of good faith, ¹³ de resto, obriga também os diretores a um comporta-

- 9. Flannigan (2004) J.B.L., 277.
- Para maiores desenvolvimentos no Direito Inglês, Flannigan (2006) 122 L.Q.R., 449.
- 11. V., quanto a isso, Merkt/Göthel, Amerikanisches Gesellschaftsrecht (2ª ed., 2006), § 821.
- 12. Quanto a isso, v. American Law Institute, vol. 1 (1994), § 5.01; Revised Model Business Corporation Act (2005), Section 8.60.
- 13. Sobre isso, em minúcias, v. Eisenberg, "The duty of good faith em corporate law", *The De-laware Journal of Corporate Law* (2006), 1 e ss.

mento correto, vale dizer, especialmente no tocante à observância da lei e do estatuto, e mais além, de um modo geral, a um procedimento probo e cônscio da sua responsabilidade.

A classificação tem significado prático no concernente às consequências jurídicas, porque (apenas) o dever de diligência pode ser restringido ou afastado no estatuto; em negócios por conta própria do administrador, aprovados por um comitê independente, o ônus da prova se inverte e cabe ao autor a comprovação do *unfair dealing*. Os argumentos materiais ora expostos do dever de lealdade são conhecidos no Direito Inglês, havendo, todavia, pretensão de os reconduzir a uma formulação geral:

Flannigan (2004) J.B.L., 278: "Fiduciary regulation in contrast is generic. (...) Fiduciary accountability is designed to control the opportunism of those trusted with a defined or limited access to the assets of others".

Mais atenção merece a proposta sistemática de elaborar os fiduciary duties conforme as diversas relações jurídicas, nas quais, naturalmente, a diferença básica entre deveres de órgãos e deveres de sócios conforma as exigências de conteúdo - e ao mesmo tempo a ulterior subdivisão propõe direcionar a análise ao círculo de pessoas favorecido em dado momento. Nisso, a jurisprudência britânica tem incluído também os credores da sociedade na qualidade de pessoas favorecidas pelo dever de lealdade, quando a empresa caiu em estado pré-falimentar.14 Sob este ponto de vista, como já anunciado, atinge-se uma concretização adicional da cláusula de boa conduta, da mesma forma como também a boa-fé objetiva desempenha tarefas distintas conforme a modalidade de contrato na qual é evocada.

14. V. "Dylex Ltd. vs. Anderson" (2003) O.J. 844, Ont SCJ; em geral, atualmente em minúcias, v. Klöhn, ZGR 2008, pp. 120 e ss.

2.3 Deveres de lealdade dos membros de órgãos no Direito Alemão. Observação prévia

Ainda não se consegue constatar um resultado inequívoco para a base de avaliacão e para a divisão dogmática dos deveres de lealdade com apoio na evolução até o presente. O [seu] reconhecimento como cláusula geral de direito societário e sua caracterização como ampliação ou restricão dos poderes de sócios compreendem. de fato, um reconhecimento do princípio fundamental, mas podem, em sua generalidade, contribuir apenas muito pouco para obter escalas de valores para a corporate correctness. Major clareza pode surgir quando se procede a uma formação de sistemas com base nas mencionadas relações jurídicas, ou seja, para deveres dos órgãos e dos sócios (v., abaixo, itens 2.4. e 2.5), e então se indaga a quem é devido o dever de auxílio ou consideração, de caso em caso.

(a) O dever de diligência dos administradores pertence ao núcleo dos deveres dos membros de órgãos numa sociedade ou corporação (Körperschaft^V); compare § 43, Al. 1, GmbHG, § 93, Al. 1, AktG, § 34 GenG. O dever de diligência repercute também nas prescrições de responsabilidade do direito societário; compare § 708 BGB. A responsabilidade dos membros da

V. A expressão Körperschaft (literalmente, "corporação") é virtualmente intraduzível. As Körperschaften fazem um contraste com as sociedades de pessoas, mas o seu conceito é mais abrangente do que o de sociedades de capitais, pois as associações também constituem Körperschaften. A distinção está na dependência que a organização societária tem com relação às pessoas dos sócios. Tanto nas sociedades de capitais, como nas associações, não se levam em conta as qualidades individuais dos seus membros. A distinção encontra paralelo, no Direito Anglo-Saxão, entre corporations e partnerships. Aqui também as associações podem ser consideradas corporations: "If an association has sufficient corporate atributes, such as centralized management, continuity of existence, and limited liability, it may be classified and taxed as a corporation" (cf. Black's Law Dictionary, 8ª ed., Thomson West, 2004, verbete "Association", p. 132).

Diretoria foi restringida de maneira não negligenciável com a UMAG 2004VI e com a business judgement rule emprestada do Direto Norte-Americano, já que o legislador facilitou ao mesmo tempo no § 148^{VII} AktG a persecução da responsabilidade através da propositura de ações sociais pelos acionistas. É da doutrina geral o entendimento de que, no âmbito de tomada das decisões empresariais, não há responsabilidade por erros, como já antes defendido pelas lições da jurisprudência e da doutrina.15 Até que ponto decisões empresariais pretensiosas, como, por exemplo, a aquisicão de uma empresa concorrente em além--mar, acarretam uma responsabilidade em caso de insucesso, é algo que apenas pode ser apreciado no caso concreto. De acordo com a concepção do legislador, 16 a diretoria de uma S/A há de agir no "interesse da empresa", em suas decisões e, por consequência, levar em conta não apenas o investimento dos donos do capital, mas também a conservação dos postos de trabalho, o que obriga a uma certa moderação em face de negócios e medidas mais arriscadas.

(b) O dever de lealdade encontra-se de dois modos: uma vez como dever fiduciário típico de não desapontar a confiança nele depositada e, de outro lado, como dever típico de administrador de bens de não usar sua posição para perseguir interesses patrimoniais próprios.¹⁷ Os deveres se so-

VI. UMAG, Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts ("Lei para a Integridade Empresarial e Modernização do Direito das Ações de Impugnação" [Anulação]).

VII. No texto original, faz-se referência a um inexistente § 148a. Certamente, Wiedemann pretendeu se reportar ao § 148 da AktG, com a alteração dada pela UMAG, no qual é feita referência a hipóteses de ações sociais derivadas.

- 15. BGHZ 135, p. 244: ARAG/Garmenbeck = WM 1997, 970 = WuB A. § 111 AktG 1.97 Raiser; Fleischer, in Festschrift für Wiedemann (2002), p. 827.
- V. Deutscher Corporate Governance Kodex in der Fassung, de 14.6.2007, 4.1.1.
- 17. Sobre isso, Fleischer, Handlbuch des Vorstandsrechts (2006), § 9, obs. 15 e ss.; GroßK-AktG/Hopt (4ª ed., 1999) § 93, obs. 156 e ss.

brepõem parcialmente, mas deveriam ser tratados separadamente em razão das consequências jurídicas distintas.

Na primeira hipótese estão as proibições de concorrência, como previstas nos §§ 112, 113 HGB, § 88 AktG, os deveres de sigilo e outros deveres de abstenção, como a proibição de privatizar corporate opportunities. Mas não se estende à conclusão de negócios jurídicos. O dever de lealdade em sentido estrito exige também de administradores não sócios identificação para com a sociedade e seus empreendimentos — ou seja, certamente mais do que apenas um apelo moral à prontidão para a entrada em ação do titular do cargo.

Na segunda hipótese situa-se a fiscalização dos negócios jurídicos que o administrador conclui, atuando, de um lado, como órgão representativo e, de outro lado, consigo mesmo ou com pessoa a ele ligada (related parties transactions). 18 O administrador deve evitar negócios consigo mesmo: mais ainda: não deve colocar--se numa situação suscetível de acarretar um conflito de interesses dessa natureza. No caso de o administrador de órgão ao mesmo tempo controlar uma outra empresa, o relacionamento negocial pode ser até vantajoso para a sociedade representada; todavia, ele precisa ser declarado abertamente e, além disso, obter em cada ocasião ou de modo genérico a aprovação pela reunião de sócios ou pelo Conselho de Supervisão. Esta figura de proibição com reserva de permissão ou de fiscalizacão também é encontrada sob variadas formas no moderno direito acionário, como, por exemplo, no 4.3.4 do Corporate Governance Codex alemão.19 Para todos os deveres de lealdade, à evidência, não prevalece a business judgement rule.²⁰ E o § 93, Al. 1, 2ª parte, AktG, não entra em linha de consideração. O administrador, de qualquer maneira, não pode invocar ter iniciado (também) a medida no interesse da empresa e por isso agido de boa-fê. A lealdade requer empenho sem reserva de atuação em proveito alheio.

- (c) Se adicionalmente uma terceira categoria de deveres de boa conduta pode ser formada, é duvidoso. A sujeição de toda e qualquer direção de empresa às normas constitucionais e infraconstitucionais em vigor - notadamente, portanto, às disposições do direito do trabalho, direito concorrencial e direito tributário e às do próprio estatuto da sociedade - dispensa explicações, uma vez que elas se dirigem diretamente aos sujeitos de direito, e os administradores são órgãos de execução. A cláusula geral alemã permite um suprimento de lacuna, no caso de a subsunção sob os deveres de diligência e de lealdade não bastar no caso concreto
- (d) Todos os deveres até aqui tratados ocorreram no relacionamento jurídico entre membro de órgão e a sociedade. Se. além disso, existem deveres do administrador também individualmente para com os sócios ou grupo de sócios, é algo que até agora não foi examinado. Estão os administradores ou membros da diretoria obrigados a transmitir a sócios não participantes o conhecimento que obtiveram da existência de entendimentos entre partes consorciadas? Estão os administradores ou membros da diretoria obrigados a advertir em devido tempo os sócios minoritários, antes da tomada de controle da sociedade por investidores financeiros suspeitos? Como por toda parte no direito societário, prevalece aqui também o princípio de que os danos que apenas de forma indireta têm o efeito de uma desvalorização da participação hão de ser reparados pelo patrimô-

V. Hertig/Kanda, in Kraakman/Davies/ Hansmann, The Anatomy of Corporate Law (2003), pp. 101 e ss.

Apoiando-se no Principles of Corporate Governance do American Law Institute (1994), vol. 1, § 5: fair dealing.

^{20.} Fundamentação governamental pública BT-Drucks 15/5092, p. 11.

nio em comum (Gesamthand^{VIII}) ou pela pessoa jurídica de imediato. Isto vale igualmente para a violação dos deveres próprios do cargo, nos casos em que venha a ser ofendido o patrimônio social ou de outra maneira atingido o interesse da sociedade (BGH WM 1987, 13). No entanto, podem ser imaginadas situações de exceção nas quais apenas um grupo ou classe de sócios venha a ser prejudicado pela deslealdade da administração social - e então se faça necessário estender a aplicação do dever de lealdade. Da Teoria Geral do Direito Privado vem o contrato com eficácia protetiva em favor de terceiro de que a jurisprudência se utilizou para a ampliação dos deveres dos administradores de uma GmbH & Co. IX-21

Não pertencem a isto os deveres dos membros de órgãos para o cumprimento de deveres societários (*Sozialverpflichtungen*) da sociedade, como, por exemplo, para o exame de livros sociais, para a utilização de atas ou de gravações da assem-

VIII. Gesamthand, literalmente, "mão comum ou coletiva", constitui espécie de condomínio, instituto típico do Direito Alemão e desconhecido dos demais direitos, conforme reconhece, na sua grande obra (Gesellschaftsrecht-I, cit., § 5 I, p. 243), o próprio Herbert Wiedemann (que é, além do mais, um grande estudioso do Direito Comparado). Pode-se fazer, com todas as reservas, um ligeiro paralelo, no Direito Brasileiro, com o patrimônio especial dos sócios na sociedade em comum (CC, art. 988).

IX. Literalmente: "sociedade limitada & cia". Trata-se de uma modalidade especial de sociedade em comandita simples (e, portanto, sociedade de pessoas) que tem, como sócio comanditado (i.e, ilimitadamente responsável), uma sociedade limitada. Trata-se de subtipo societário surgido de uma deformação, tolerada no Direito Alemão, da sociedade em comandita simples, e as razões para o seu surgimento podem ser detectadas em regras de direito tributário e, também, no desejo dos sócios de evitarem as regras de cogestão da empresa, cogentes para outros tipos societários. Na composição do nome empresarial de uma "Gmbh & Co.", exige-se que conste a indicação do tipo societário ou a correspondente abreviatura (assim: "GmbH & Co. KG").

21. Verse, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften (2006), pp. 431 e ss. bleia de sócios²² ou para o cumprimento de outros direitos de sócio. Com relação a isso pode quando muito ser imputado dever de lealdade à própria sociedade, não porém pessoalmente ao administrador.

(e) A possibilidade de um dever de lealdade do administrador para com os credores da sociedade está no foco da discussão internacional²³ e também já chegou ao direito societário alemão.²⁴ Apesar disso, restringe-se um tal dever de consideração. de antemão, ao estágio pré-falimentar da sociedade. A salvaguarda dos interesses dos credores da sociedade pela administracão social é justificada com o fato de que são os credores que assumem, de forma progressiva, os riscos da empresa. A ideia fundamental de um tal alterado dever de lealdade ou de consideração convence; ela certamente ainda necessita, no entanto, de uma mais exata concretização, temporal e substancial.

No Direito Alemão das sociedades limitadas aproxima-se disto o recente desenvolvimento da assim chamada *Existenz-vernichtungshaftung*. Com efeito, o *Bundesgerichtshof* e a doutrina que acompanha suas decisões fundamentam em primeira linha uma responsabilidade pré-falimentar para os sócios da sociedade limitada, e não para os seus administradores. Além disso, deve tratar-se de um dever de consideração dos sócios para com a pessoa jurídica – ainda que exclusivamente com respeito aos in-

22. BGHZ 127, p. 107 = WM 1994, 1879 = WuB II A. § 130 AktG 1.95 Dilger.

23. V. especialmente a jurisprudência e a doutrina na Grã-Bretanha em Flannigan (2004) J.B.L., 277; Kaey 66 Modern L.R. 605, 607 e ss.; rejeitado estritamente pela *Supreme Court Delaware* em "North-American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. vs. Gheewalla", WL 1453705 (2007); em geral Klöhn, ZGR 2008, pp. 120 e ss.

24. BGHZ 173, p. 246: Trihotel = WuB II C. § 13 GmbH 1.08 G. Reiner.

X. Por Existenzvernichtungshaftung entende--se a figura jurídica do Direito Alemão, de acordo com a qual os sócios de uma sociedade limitada podem ser excepcionalmente responsabilizados pelo sobreendividamento da sociedade. teresses dos credores por créditos vencidos e exigíveis, com o que já no estágio préfalimentar se alcança uma par conditio creditorum. O legislador da MoMig, XI ao revés, se dirige diretamente contra os administradores e os obriga, no § 64 Al. 3 do Anteprojeto, 25 à conservação do patrimônio social e, com isto, também à proteção dos credores, mas igualmente apenas por meio da introdução de um dever de diligência mais ampliado. Um passo para a "administração social em favor dos efetivamente atingidos" ainda não é obtido com isso.

A ideia de que a manutenção do capital próprio da sociedade protege simultaneamente também o capital alheio não é, com certeza, nova; o sistema europeu das sociedades de capital tem desde sempre tutelado e utilizado esta comunhão. Novo seria, já na crise, direcionar progressivamente os deveres de auxílio dos administradores e diretores para os interesses externos e, com isso, exonerá-los de seu dever de lealdade para com o seu patrão. Então não mais se cuidaria de uma ampliação dos deveres de lealdade, mas de uma mudanca do curso da sociedade, que não poderá ocorrer sem o consentimento dos seus membros ou sem uma decisão judicial que o supra. A continuidade da administração social é compatível com a mudança de curso, segundo mostram os §§ 270 e ss. da InsO.XII mas bem exigiria também no estágio de crise um órgão de fiscalização em favor dos interesses dos credores. Somente o apelo aos deveres de lealdade e consideracão em prol dos credores da sociedade não basta para romper a organização societária em vigor até a insolvência e suas balanceadas competências.

XI. MoMiG, Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen ("Lei para Modernização do Direito das Sociedades Limitadas e para o Combate de Abusos").

25. V. 25.5.2007, BR-Drucks 354/07, p. 106. XII. InsO – *Insolvenzordnung* (Lei de Insolvência Alemã), que substituiu a KO – *Konkursordnung* (Lei Concursal Alemã).

2.4 Deveres de lealdade dos sócios individualmente

Assim como para os órgãos sociais e para os seus membros, é também proveitoso, para os deveres de lealdade dos sócios. distinguir em qual relação jurídica eles devem ser prestados por parte dos sócios individualmente. Para tanto se colocam as relações jurídicas diretamente para com a sociedade como também para com os demais sócios, uma vez que a existência dessas relações é hoje incontroversa. A base conceitual dos deveres de sócio é sem dúvida diferente e mais variada do que o cerne conceitual da posição fiduciária e deixa evidente mais uma vez que o dever de lealdade como um todo apenas pode ser compreendido no direito societário como uma cláusula geral, que oferece um indicador de caminho para o comportamento correto na vida associativa, mas que recolhe, nas diversas relações jurídicas, distintos conteúdos. No atual estágio da Dogmática, se estou vendo bem, diferentes causas são responsáveis. Em primeiro lugar, de se considerar que, de forma diferente do que na tradição anglo-saxônica, não há uma ideia fundamental histórica a que se poderia, se necessário, recorrer: de outro lado, a jurisprudência e a doutrina desenvolveram o princípio geral no Direito Alemão através dos deveres de sócio, que diante da distância entre os sócios de sociedades em nome coletivo e os acionistas de companhias abertas, hão de obter pesos diferentes. Afinal, a ditadura nacional-socialista abusou da palavra e do conteúdo do dever de lealdade para os seus objetivos, o que manchou o seu prestígio até os tempos do após--guerra.

(a) O dever de lealdade do sócio baseia-se no seu status socii (Mitgliedschaft). Se este foi adquirido na constituição ou depois, pelo ingresso na sociedade ou por transferência da participação, não tem relevância. Quem ingressa numa sociedade ou numa Körperschaft, obriga-se tacitamente a se abster de manifestações ou atos

propositadamente lesivos à sociedade. Um esportista não deve difamar sua associação e um acionista de companhia aberta deve abster-se de perturbações maliciosas na assembleia geral. O conteúdo e a extensão dos deveres de lealdade regem-se de acordo com a respectiva projeção do agrupamento de interesses, devendo, portanto, ser determinados no caso concreto.

- (b) Um novo ramo do dever de lealdade dos sócios foi criado pela jurisprudência, a fim de tornar maneiável o princípio da unanimidade que, de regra, prevalece no direito da sociedade de pessoas. Respeitado o princípio da proporcionalidade, o sócio é obrigado a concordar com alteracões contratuais e outras deliberações fundamentais, se isto se tornar imprescindível para a continuação da sociedade e de sua empresa.26 Isto vale para adaptações do contrato social a novas imposições legais, assim como para alterações que se tenham tornado inevitáveis na composição do quadro societário. O dever de lealdade não vai tão longe a ponto de exigir dos sócios oponentes novos encargos adicionais não previstos no estatuto.27 Todavia, bem pode exigir que um sócio se abstenha de se opor a aumentos de contribuições dos demais sócios, conformando-se com as desvantagens eventualmente a ele ligadas.28
- (c) Demanda discussão saber quem pode perseguir os direitos decorrentes do vínculo de lealdade dos sócios: a socieda-

26. Cf., para as sociedades de pessoas: BGH NJW 1987, 133 = WuB II E. § 119 HGB 1.87 Hüffer = NJW 1987, 952; BGH WM 2005, 39 = WuB II E. § 139 HGB 1.05 J. Wertenbruch = BB 2005, 67; BGH WM 2007, 1333 = WuB II J. § 707 BGB G. Laule = BB 2007, 1522; para a sociedade limitada: BGHZ 98, 276 = WM 1986, 1348 = WuB II C. § 53 GmbH 1.87 U. H. Schneider; para a sociedade anônima: BGHZ 129, 136: Girmes = WM 1995, 882 = WuB II A. § 135 AktG 1.95 Heinrichs.

27. BGH WM 2005, 1608 = WuB II J. § 707 BGB 1.05 H.-F. Müller = NZG 2005, 753; WM 2007, 1412 = WuB II J. § 707 BGB 2.07 Laule = NZG 2007, 620 Publ. KG.

 A respeito, Wiedemann, in Festschrift für Hans-Joachim Priester (2007), pp. 857 e ss.

de mesma, a coletividade dos (demais) sócios ou os sócios individualmente - quicá até todos eles, independentemente uns dos outros? Nas sociedades de pessoas, as pretensões sociais relacionadas com as questões patrimoniais da mancomunhão (Gesamthand), são exercidas pela própria sociedade e, para ela, através de seus administradores. Isto vale com certeza hoje, quando a sociedade de pessoas é reconhecida ela mesma como titular de direito, mas já antes correspondia à concepção jurídica predominante.29 Ouando o contrato social não prevê diferentemente, as questões não patrimoniais serão defendidas, também aqui independentemente da capacidade jurídica ou processual, pelos demais sócios no relacionamento interno, com o que ainda está sendo respeitado o caráter personalístico da comunhão. Os sócios de sociedades de pessoas individualmente estão autorizados a exigir deveres de lealdade de todo tipo dos seus demais sócios, mas apenas a favor da sociedade, ou seja, por via da actio pro socio. A propositura e a conducão do processo repousam na pessoa do sócio, mas a assembleia geral dos sócios permanece, com efeito, geralmente com o poder de disposição. Nas sociedades de capital e nas Körperschaften, o exercício de pretensões sociais contra membros individualmente pertence à competência da pessoa jurídica e a sua efetivação às atribuições da gestão social. Membros individualmente podem fazer valer o interesse social do agrupamento por meio da substituição processual, precisamente sob os pressupostos exigidos conforme o tipo societário para uma ação social (ação social derivada). Processos paralelos são assim excluídos.30 A situação processual deve ser considerada diferentemente quando a violação do dever de lealdade por um sócio, apenas, puder ser reparada junto aos

^{29.} V. quanto a isso, em minúcias, Wiedemann, Gesellschaftsrecht-II (2004), § 3 III 6.

^{30.} Divergente quanto a isso: Lutter, ZHR 162 (1998), pp. 177 e ss.

demais sócios diretamente prejudicados, uma vez que a reparação precisa ser efetuada então no âmbito da relação jurídica entre os sócios. Situações desta espécie bem podem ser imaginadas em sociedades de dois sócios igualitários, ambos considerando-se os guardiões do bem comum.

2.5 Deveres de lealdade dos sócios majoritários

Nos vínculos de lealdade do sócio majoritário ou da majoria dos sócios, deve--se distinguir da mesma forma entre os dois grupos de suportes fáticos heterogêneos. cada qual tendo por base um juízo de valor independente. Em comum ambos têm a experiência de que a decisão majoritária na sociedade ou na Körperschaft tem eficácia inter omnes, ou seja, constitui unilateralmente relações jurídicas frente a todos os sócios e órgãos da coletividade. Como a votação nas sociedades comerciais e em outras coletividades que têm por objeto a aquisição ou administração (de bens), não ocorre por cabeça, mas de acordo com (o valor das) as participações, o poder constitutivo de uma maioria controladora tem eficácia como uma decisão alheia sobre os sócios dissidentes e os ausentes, o que se justifica pela integração ou pelo posterior ingresso (destes na coletividade), necessitando, porém, de controle judicial em casos excepcionais. Da mesma forma que se dá com os membros de órgãos, isto é de ser então reconhecido quando (a) a maioria participa de ambos os lados da transação planejada; ou (b) a deliberação majoritária intervém no status socii dos vencidos pela maioria de votos.

(a) Uma proteção do sócio minoritário, em se tratando de negócios jurídicos no relacionamento externo, é assegurada de modo amplo pela proibição de voto prevista no § 47, Al. 4, GmbHG. Conforme opinião unânime, a proibição de voto não vale para alterações estruturais da sociedade ou Körperschaft, já que são tais decisões fundamentais da competência da tota-

lidade dos sócios e não podem ser deixadas por conta dos sócios não controladores. Deliberações sobre dissolução, agrupamento ou fusão, mas também sobre incorporação e transformação, assim como também a respeito de delistingXIII e squeezeout, XIV são tomadas pela maioria qualificada, assim no direito societário interno como no estrangeiro. Sendo o favorecido por uma tal transação o sócio majoritário, sujeitam-se então o processo e o efeito à possibilidade do controle judicial de adequação. Um caso por assim dizer clássico está na origem da decisão BGHZ 103, p. 184 (AG) Linotype (tomada da empresa via dissolução): os sócios majoritários tinham deliberado a liquidação da sociedade, com o propósito, antes já planejado, de adquirir a empresa da massa patrimonial da companhia dissolvida. A turma julgadora também reconheceu em sua sentenca a vigência do dever de lealdade para o direito acionário, mas não chegou a decidir no sentido de aplicá-lo para as deliberações de liquidação, tendo se apoiado o julgado,

XIII. No Direito Norte-Americano, delisting corresponde à operação de fechamento de capital.

XIV. O direito acionário alemão incorporou na AktG, não faz muito tempo, o instituto do freezeout/squeeze-out - pelo qual a maioria pode, em determinadas situações, excluir a minoria acionária recalcitrante (AktG §§ 327a-327f). Em sentido estrito, porém, freeze-out e squeeze-out são operações distintas: freeze-out (ou freezeout) são, de acordo com Robert Charles Clark, "transactions in which those in control of a corporation use their control to force noncontrolling shareholders to lose their status as shareholders with any equity interest in the business operations of that corporation. Freezeouts occur when the insiders force the noncontrolling shareholders to sell their shares or otherwise disinvest" (Corporate Law, Nova York, Aspen Law & Business, 1986, § 12.1, p. 499). Embora utilizado por vezes como sinônimo de freeze-out, o squeeze-out não se confunde com aquela operação: nesta, não há uma transferência jurídica compulsória das participações; a pressão leva a que tal ocorra. Para uma visão geral, v. Melvin Aron Eisenberg, Corporations and other Business Organizations: Cases and Materials, 9ª ed., Nova York, Foundation Press, 2005, pp. 749-774; e Robert Charles Clark, Corporate Law, cit., §§ 12.1 a 12.4, pp. 499-530.

por isso, no conceito do *abuso do di*reito.³¹ De forma semelhante, estão os casos da admissão em grupo de empresas ³² e a fusão de sociedades grupadas (*Konzern*verschmelzung).

A contenção dos riscos para a minoria do self-dealing do sócio majoritário, via controle judicial, a um comportamento fair, têm sido desenvolvidos nomeadamente no direito societário norte-americano, mas atualmente já estão reconhecidos internacionalmente como standard em Direito Comparado. Os vínculos de lealdade do controlling shareholder não têm perdido importância na abalizada jurisprudência da Supreme Court of Delaware — ao contrário, o leading case "Weinberger vs. UOP" tem sido invocado e confirmado em julgados mais recentes:³³

"Weinberger vs. UOP", Inc., 457 A. 2d 701, 711 (Del. Supr. 1983): "The concept of fairness has two basic aspects: fair dealing and fair price. The former embraces questions of when the transaction was timed, how it was initiated, structured, negotiated, disclosed to the directors, and how the approvals of the directors and the stockholders were obtained. The latter aspect of fairness relates to the economic and financial considerations of the proposed merger, including all relevant factors: assets, market value, earnings, future prospects, and any other elements that affect the intrinsic or inherent value of a company's stock. However, the test for fairness is not a bifurcated one as between fair dealing and price. All aspects of the issue must be examined as a whole since the question is one of entire fairness".

Um grupo de trabalho internacional de juristas especializados em direito societário, que em 2003 publicou as suas conclusões como The Anatomy of Corporate Law, chamou a atenção, como mencionado, para a necessidade do controle dos negócios consigo mesmo, não apenas dos diretores, mas também dos sócios majoritários controladores.34 Ele lista as related parties transactions dentre os problemas fundamentais das modernas sociedades comerciais que, em todos os ordenamentos jurídicos examinados, valem como critério determinante (Aufgreifkriterium) para a possibilidade de revisão judicial. A necessidade de proteção da minoria - independentemente do objeto da deliberação e. portanto, também numa deliberação de dissolução - já é vista em face do papel duplo de sócio majoritário ou de majoria de sócios, a qual pode conduzir a uma vantagem ilícita à custa dos demais. Neste caso, não se desconhece que a Justica apenas revê de forma restrita as deliberações majoritárias e que, por isso, se recomenda recorrer no processo decisório a peritos obietivos e independentes, antes da tomada da deliberação; indícios disso encontram-se também no moderno direito acionário alemão, no § 327c Al. 2, 2ª parte AktG. A análise do Direito Alemão neste aspecto é desfavorável.35

(b) O vínculo de lealdade do sócio majoritário, ou da maioria de sócios, para com os demais membros, se distancia por demais da origem dos deveres de lealdade enquanto regra geral de conduta de fiduciários quando, independentemente disso, deve conduzir à restrição de seus poderes majoritários, ou seja, de seus direitos egoísticos de sócios. A [sua] inclusão dentre os deveres de lealdade é, pois, também de data mais recente; o juízo de valor em si tem uma longa tradição. Já em 1900 verificou o notável Juiz Lindley a conexão entre

^{31.} Quanto a isso, a interpretação autêntica de Henze, BB 1998, p. 1.089.

^{32.} BGHZ 83, pp. 79, 84 (GmbH) Süßen: fundamentação substancial indispensável.

Energicamente confirmada em "Kahn vs. Lynch Communication Systems, Inc.", 638 A 2d. 1110 (Del. Supr. 1994).

Handsmann/Crakmaan (eds.); quanto a isso, Skeel, 113 Yale L. J. 1519 (2004); Wiedemann, ZGR 2006, pp. 240 e ss.

^{35.} V. Hertig/Kanda, in Hansmann/Kraakman, The Anatomy of Corporate Law (2003), p. 126.

poder formador (direito potestativo) e responsabilidade, que mais tarde se demonstrou como uma chave para a solução de variados conflitos de interesses em direito privado:

Em "Allen vs. Goldreefs of West Africa. Ltd." (1900) 1 Ch. 656 escreveu J. Lindley M. R.: "The power thus conferred on companies to alter the regulations contained in their articles is limited only by the provisions contained in the statute as a condition contained in the companies memorandum of association. Wide, however, as the language of s. 50 is, the power conferred by it must, like all other powers, be exercised subject to those general principles of law and equity which are applicable to all powers conferred on majorities and enabling them to bind minorities. It must be exercised, not only in the manner required by law, but also bona fide for the benefit of the company as a whole, and it must not be exceeded. These conditions are always implied, and are seldom, if ever, expressed".

Ao Tribunal do *Reich* teria isto podido servir como exemplo em seu posteriormente afamado aresto *Victoria* no ano de 1931 quando, de maneira clássica, reconheceu o entrelaçamento do poder formador (direito potestativo) com o dever de consideração e, já também, a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade. Com a sentença:

RGZ 132, p. 149, 163: "Do poder de decidir, através de deliberação majoritária, ao mesmo tempo também para a minoria e, com isso, indiretamente dispor dos seus direitos patrimoniais na sociedade, resulta, sem dúvida, o dever societário da maioria de levar em conta, nos limites do interesse coletivo, também os legítimos interesses da minoria, sem restringir desmesuradamente os seus direitos".

O Tribunal do *Reich* escreveu a história do Direito Alemão. O julgado durante longo tempo não obteve atenção nem continuação, mas correspondia integralmente

ao espírito da época (Zeitgeist), ao fim da crise econômica mundial. Tanto no Velho como no Novo Mundo, a ideia de proteger mais fortemente os acionistas-investidores e criar um ordenamento mais justo para o mercado de capitais encontrou adeptos – exemplarmente nos Estados Unidos, com o Securities Act de 1933 e o Securities Exchange Act de 1934. A França desenvolveu mais tarde o seu controle jurídico com o abus de majorité³⁶ e conservou até os dias atuais esta figura jurídica para a solução do conflito entre majoria e minoria.

Na Alemanha, a ideia da proteção individual e da proteção à minoria não chegou a ser observada na época do nacionalsocialismo e demorou também bastante tempo após a II Guerra Mundial até que. por analogia, a Suprema Corte a aproveitou (de novo). Tão somente com a decisão em BGHZ 71, p. 40 (GmbH) Kali + Salz, e com outros alicerces em BGHZ 103, p. 184 (AG) Linotype e em BGHZ 129, s. 136 (AG) Girmes, é que surge um desenvolvimento judicial do direito em prol da proteção dos direitos da minoria - primeiramente, de modo nenhum com base em vínculos de lealdade, mas recorrendo a um poder da maioria ipso facto restrito.37

O controle de deliberação por meio do vínculo de lealdade dos titulares do direito de voto, formadores da vontade da sociedade, é, como aquele fundado no princípio da igualdade de tratamento, um controle próprio do direito das organizações associativas. Ele tem em comum com o dever de lealdade dos membros individualmente (para com o comportamento

36. Cour com. v. 18.4.1961 (JCP 1961, p. 121.664): "Il y a abus de majorité lorsque la résolution litigieuse a été prise contrairement à l'intéret générale et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité"; quanto a isso, Cozian/Viandier/Deboissy, *Droit des Sociétés* (19ª ed., 2006), ns. 359 e ss.; Ripert/Roblot, *Droit Commercial* (18ª ed., 2002), n. 1.587-1.

37. V. o resumo em Henze, BB 1996, pp. 489, 491; Verse, in Bayer/Habersack, *Aktienrecht im Wandel* (2007), p. 600.

correto perante a organização) a escala do princípio da proporcionalidade (Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes), mas assenta-se em pressupostos fáticos de outras espécies e numa valoração normativa autônoma.

Importa mencionar que a regra do entrelacamento entre poder e responsabilidade tem se imposto de modo amplo no tocante ao vínculo coletivo de lealdade no direito societário, enquanto ela, de modo crescente, tem sido recusada para a responsabilidade em grupos de sociedade. A razão disso não pode estar apenas na diferenca entre um mero controle de deliberação e uma responsabilidade adicional por perdas e danos, uma vez que a jurisprudência e a doutrina têm também reconhecido obrigação de indenizar por efeito da violação do dever de lealdade. 38 De fato, a responsabilidade da sociedade controladora foi introduzida como uma responsabilidade externa, enquanto a liquidação [dos danos decorrentes] da violação ao dever de lealdade ocorre no relacionamento interno e, por isso, é melhor tolerada por parte dos que formam a opinião da política econômica.

(c) Não é fácil encaixar os deveres de consideração do sócio majoritário e da majoria dos sócios para com os demais na dogmática das relações jurídicas societárias. Uma primeira indagação busça saber se direitos de fiscalização e de ressarcimento podem ser exercidos pelos membros do respectivo grupo individualmente ou apenas pela "bancada" (grupo) - se porventura apenas nascem do acting in concert, da ação em conjunto. Uma outra indagação diz respeito a saber se as pretensões se dirigem contra a sociedade isoladamente ou (também) contra o grupo majoritário: no caso de se responder afirmativamente em relação ao grupo majoritário, é preciso então aclarar a relação entre os deveres existentes para com a coletividade externa à sociedade (*Sozialverpflichtungen*) e os deveres decorrentes do *status socii*. Finalmente, pode-se indagar até que ponto o contrato social ou o estatuto podem influenciar a conformação substancial e procedimental (do dever de lealdade).

Entram em consideração os seguintes problemas particulares:

- Legitimado ao exercício da ação está apenas o sócio que se considera violado nos seus interesses ex causa societatis. Se exerce uma pretensão indenizatória ou de restituição, assiste-lhe, de regra, exigir o cumprimento apenas para o patrimônio da sociedade. A compensação (reparação) direta no seu próprio patrimônio apenas entra em linha de consideração, desde que o patrimônio da sociedade não tenha sido atingido pela medida atacada, como, por exemplo, na recusa ao assentimento para a transferência de participações vinculadas (participações cuja transmissão está sujeita à concordância da sociedade). Defender uma prestação compensatória (adicional) diretamente ao sócio demandante gera o risco de se ter desnecessárias acões em duplicidade.39

 Como demandados vêm, em teoria. a sociedade ou a coletividade dos sócios, o sócio majoritário ou a maioria de sócios ou, até mesmo, individualmente, diversos membros da sociedade, conforme o caso. na dependência de em qual relação jurídica a violação do dever de lealdade possa ser censurada. Para o demandante não há praticamente direito de escolha, uma vez que para determinados assuntos em litígio no seio da sociedade há à disposição apenas determinados processos. Nas sociedades de capitais, o controle das deliberações se dá, conforme o § 243 da AktG, apenas através de acões anulatórias e declaratórias de nulidade que deverão, como tais, ser dirigidas contra a sociedade e cujo resultado produz efeitos tanto contra os órgãos como

^{38.} BGHZ 65, p. 15 = NJW 1976, p. 191, com remissão a Ballerstedt, *Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften* (1949), pp. 181

contra os sócios (§§ 246 Al. 2, 247 Al. 1 AktG). Nas sociedades de pessoas, deve ser ajuizada uma ação declaratória, na ausência de disposição em contrário no contrato social, contra os sócios que votaram a favor da deliberação; se no processo, de um ou de outro lado, todos os sócios devem tomar parte, é uma questão em aberto. Uma aplicação analógica dos §§ 241 e ss. da AktG nas sociedades de pessoas não entra em questão devido à multiplicidade de suas espécies. 40 Em muitas sociedades civis e sociedades em nome coletivo com poucos sócios, não há nenhum procedimento deliberativo organizado; o legislador deixa, com razão, por conta dos sócios. convencionar no contrato social ou ad hoc os pressupostos para a tomada eficaz de decisões sociais. Quando isto não ocorre, pode-se visualizar nas Publikumspersonengesellschaften, nas quais o dirigente da reunião de sócios tem o dever de declarar o resultado da deliberação, um prazo decadencial tacitamente convencionado para ulteriores ações anulatórias; a ineficácia de uma deliberação precisa, então, ser pleiteada dentro de um prazo razoável. Numa típica sociedade de pessoas, necessita o sócio - na falta de disciplina contratual - tentar persuadir todos os demais membros, dentro ou fora de um processo contencioso, a reconhecer seu correto ponto de vista.

3. Deliberações com ou sem motivação substancial

3.1 Posição atual

A motivação substancial, como pressuposto não escrito de suporte fático das deliberações majoritárias eficazes, experimentou, na jurisprudência alemã, apenas um lampejo passageiro, foi logo depois restringida e continua se fazendo sentir apenas

40. Para uma introdução à ação anulatória, Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht (4ª ed., 2002), § 47 V, p. 1.397; Martin Schwab, Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten (2005), pp. 339 e ss. em aumentos de capital. O *leading case* em BGHZ 71, pp. 40, 42 Kali + Salz⁴¹ pareceu seguir um caminho independente para a superação da disparidade de poder e interesse entre maioria e minoria:

BGHZ 71, 40, 43: "Todavia esta prescrição - que textualmente não vincula expressamente uma tal decisão a pressupostos materiais próprios, exigindo apenas uma maioria qualificada, contra especialmente a opinião da jurisprudência e doutrina mais antiga, ainda em parte hoje defendida (v. von Godin/Wilhelmi, AktG, 4ª ed., § 168, obs. 8, outras evidências em Füchsel, BB 1972, 1.533 e ss.) - não é de ser entendida no sentido de que a exclusão fique ao livre arbítrio da maioria e, quando muito, limitada pelos bons costumes, Assim entendeu a Turma Julgadora, em sua decisão BGHZ 33, 175, 186, a respeito da emissão atribuída à diretoria de novas ações, conforme os §§ 169 e ss. da AktG 1937 (= §§ 202^{XV} e ss. AktG 1965), cuja distribuição se fez a certos acionistas com exclusão dos demais, que esta medida foi no caso 'substancialmente justificada e. portanto, não tinha caráter arbitrário', havendo considerado que isso foi 'um meio apropriado para a salvação da sociedade e para a conservação do capital dos pequenos acionistas".

Embora a jurisprudência tenha sido afavelmente aceita na doutrina,⁴² a II Turma de Direito Privado do Superior Tribunal Federal da Alemanha não a seguiu em duas decisões posteriores sobre deliberações de liquidação.⁴³ Entendeu-se que a deliberação de dissolução pode ser tomada

^{41.} Confirmado em BGHZ 83, p. 319: Holzmann (abandonado por outras razões em BGHZ 136, p. 133: Siemens/Nold); BGHZ 142, pp. 167, 169: Hilgers (aumento de capital).

XV. A remissão constante do texto original é ao § 102 da AktG: trata-se, porém, de lapso evidente.

De forma crítica, Röhricht, ZGR 1999, pp.
445, 469.

^{43.} V. BGHZ 76, p. 352 (GmbH); BGHZ 103, p. 184 (AG): Linotype.

por uma maioria qualificada em seu próprio interesse e de acordo com sua livre apreciação, mas não de modo arbitrário. Na mesma direção foram mais tarde liberados de controle substancial de deliberação uma redução de capital e uma transformação do tipo societário em sociedade anônima⁴⁴ e, por via de consequência, veio a ser recusada sistematicamente a exigência de uma justificação substancial nos especialmente graves casos de exclusão. 45 Os fundamentos decisórios do Superior Tribunal Federal da Alemanha são distintos conforme o objeto da deliberação⁴⁶ e, consequentemente, convenceram quando, subsidiariamente, a eles se recorreu em caso de abuso de direito.47

Pelo que consta, uma pesquisa mais pormenorizada de Direito Comparado a respeito da regra de substancialidade (Sachlichkeitsgebot) não foi até agora levada a efeito.48 Um tal trabalho é também difícil porque o controle substancial é tratado com outra roupagem pela dogmática vizinha, como, por exemplo, na Inglaterra, onde é considerada parte integrante da regra de fairness, ou, na França, adicionalmente ao princípio de igualdade de tratamento. Em todo caso, a jurisprudência e a doutrina da Suíca incluem a regra de substancialidade, o princípio da proporcionalidade e a igualdade de tratamento dentre os "princípios fundamentais do direito societário" ⁴⁹ e o direito das obrigações suíço possui, para tanto, um fundamento legal claro no art. 706 do Código das Obrigações (OR):

"O conselho de administração e cada acionista têm o direito de propor judicialmente contra a sociedade ação para a anulação de decisões da Assembleia Geral que violem a lei ou o estatuto social.

"São anuláveis particularmente as deliberações que: 1. suprimirem ou limitarem os direitos dos acionistas, com violação da lei ou do estatuto; 2. sem motivação substancial suprimirem ou limitarem os direitos dos acionistas; 3. causarem para os acionistas um tratamento desigual ou prejuízo não justificado ante o fim social; 4. suprimirem a finalidade lucrativa da sociedade sem o consentimento de todos os acionistas."⁵⁰

O mercado de capitais da Suíça parece ter feito boas experiências com um padrão alto de proteção aos acionistas. Por isso, a expectativa de que, também no direito societário alemão, uma proteção eficaz da minoria possa ser realizada de forma universal, não precisa ser abandonada.

3.2 Apreciação crítica

No tocante às objeções, em pormenor, cumpre opinar como segue:

- Expressa ou tacitamente, o controle de conteúdo é recusado pelo medo de surgirem outras ações anulatórias extorsivas. Para a grande maioria de sociedades de capital fechado, pode este argumento não ser verdadeiro porque não há os "demandistas de profissão", com o propósito de explorar a participação no mercado de capital. Para as sociedades com participação em merca-

^{44.} BGHZ 138, pp. 71, 75 e ss.: Sachsenmilch; BGH ZIP 2005, p. 1.318.

^{45.} V. BGH ZIP 2006, p. 2.080: squeeze-out.

^{46.} Outros casos de recusa a justificação substancial em BGHZ 120, pp. 141, 145 e ss.: Bankverein Bremen; BGHZ 153, pp. 47, 58 e ss.: Macroton (Delisting); BGH ZIP 2005, p. 1.318.

^{47.} Com reservas também Verse, Aktienrecht im Wandel (2007), p. 626; Wiedemann, ZGR 1999, p. 857; fundado no abuso de direito em direito privado Feischer, JZ 2003, p. 865.

^{48.} Partindo no tema, Simone Kreß, Gerichtliche Beschlusskontrolle im Kapitalgesellschaftsrecht (1996), pp. 39 e ss.; Verse, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften (2006), pp. 115 e ss.

V., por fim, quando da posterior introdução da vinculação de ações, *Bger* da Suíça de 18.4.
GesKR 2007 (3) 311, e a conferência de Hirschle/von der Crone, SZW 2008, pp. 103, 105.

^{50.} V., sobretudo, Forstmoser, in Forstmoser/ Meier-Hayoz/Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht* (1996), § 39, notas 87 e ss.

dos regulados, procura o legislador deter o abuso por meio de diversos procedimentos de desbloqueio (*Freigabeverfahren*) e através da competência absoluta do órgão jurisdicional.

 O Superior Tribunal Federal da Alemanha é da opinião de que uma deliberação de dissolução não carece de justificacão substancial, uma vez que dispensa precisamente os sócios da persecução do fim social. Isto não é compreensível. Primeiro. a exigência da votação favorável de todos os membros de uma corporação (Körperschaft) para a alteração do objeto social é de lei (BGB § 33, Al. 1, 2ª parte) e a deliberação da liquidação preenche os pressupostos de uma alteração do objeto social de uma sociedade de fins lucrativos para uma sociedade em liquidação. A opinião predominante da doutrina também atém-se, no âmbito do § 179 AktG, à exigência da unanimidade, em face da qual a deliberação majoritária substancialmente fundada representaria o remédio mais brando. Ademais, uma proteção individual e da minoria é também exigida e reconhecida em situações nas quais a realização do fim social não oferece critério de avaliação para a ponderação de interesses entre majoria e minoria, como, por exemplo, na transformação e na constituição de grupo de sociedades 51

- A Turma Julgadora tem justificado a dispensabilidade de um controle de conteúdo material, outrossim, ao argumento de que o legislador teria de per si realizado uma correspondente ponderação dos interesses à qual estaria a jurisprudência obrigada a se ater. Também isso convence apenas em parte. ⁵² Não se haveria aqui de tratar do controle de conteúdo do contrato social ou do estatuto, mas de um *controle de exercício (Austibungskontrolle)*. Diferentemente do que [ocorre] na situação de

uma sociedade personalista ou de uma associação, [a posse d]o capital qualificado não assegura uma presunção de maior correção. O legislador moderno reconhece a admissibilidade de um controle judicial, quando ele o exclui para a situação excepcional do § 186, Al. 3, 4ª parte, AktG.⁵³

Como em outros casos, a primeira tarefa para a proteção substancial da minoria está em garantir a possibilidade de um controle judicial, respeitando, todavia, neste caso, o poder discricionário da maioria dos sócios. Quando se observa que a Justiça não deve se imiscuir nas bem preparadas deliberações das assembleias gerais das sociedades com ações em bolsa, esta preocupação não tem sustentação para a jurisdição civil: os juízes alemães tradicionalmente são bastante reservados perante as decisões relacionadas com a condução dos negócios e à estratégia empresarial.

3.3 Questões prévias

A exigência de motivação substancial é também empregada no restante do direito privado como um elemento constitutivo de suporte fático, escrito ou não escrito, das declarações de vontade da autonomia privada. São exemplos de manuais jurídicos o princípio da igualdade de tratamento e a proteção contra a discriminação. Situações de fato idênticas devem ser tratadas da mesma forma, sendo vedada a desigualdade de tratamento, quando discriminatória. Mas isto não vale, quando para tanto existem boas razões, sendo que a doutrina da igualdade distingue entre (simples) ponderacões razoáveis e (severos) meios adequados.⁵⁴ Quando os poderes jurídicos de uma parte podem afetar os direitos pes-

^{51.} A respeito, Henze, BB 1996, pp. 489, 491. 52. Com críticas, Heidenhain, obs. LM Nr. 3 ao § 222 AktG; Natterer, AG 2001, p. 629.

^{53.} V., quanto a casos legalmente não previstos de exame de proporcionalidade, Bieder, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Sachranke privater Rechtsausübung (2007), pp. 259 ess.

^{54.} Prevalecendo *BVerfGE* 88, pp. 87, 96; por fim *BVerfGE* 91, p. 346; *BVerfGE* 97, p. 169.

soais ou as posições jurídicas da outra parte, uma intervenção somente deve ocorrer levando-se em conta o princípio da proporcionalidade.

Um outro exemplo fornece a aplicacão da regra de substancialidade no direito do trabalho em contratos por prazo determinado. Ela tem por base decisão do Pleno do Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha de 16 de março de 1957,55 em seguida foi bastante ampliada pela iurisprudência e pela doutrina e, finalmente, reconhecida pelo legislador no § 14, Al. 1 TzBfG.XVI Tarefas semelhantes assume a motivação substancial no âmbito da flexibilização dos contratos de trabalho, nomeadamente, na exceção de compensação, revogação e repetição.56 O mesmo pensamento, como se sabe, também serviu de base para o desenvolvimento do controle das condições gerais das transações (cláusulas contratuais gerais), bem antes de ele ter sido completado pelo direito do consumidor.57 Com a decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre liberdade contratual,58 a doutrina da proteção obteve dignidade constitucional. Contratos não devem servir de meio de heterodeterminação e os juízes não devem, assim, reconhecer as consequências de direito convencionadas em casos de paridade contratual gravemente afetada, quando os contratos onerarem de forma extraordinária um dos contratantes e resultarem de forças de negociação desigual. No caso de preponderância fática de uma das partes, não se pode

55. BAG GS AP Nr. 16 ao § 626 BGB: contrato de trabalho a termo.

XVI. TzBfG – Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Lei alemã sobre contratos de trabalho por tempo parcial e a termo).

- 56. BAG 25.4.2007, AP Nr. 7 ao § 308 BGB; Bauer/Chwalisz, ZfA 2008, p. 339.
- 57. A respeito, Ulmer, in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht (10^a ed., 2006), "Introdução", notas 47, 48.
- 58. V. BVerfGE 81, p. 142: representante comercial; BVerfGE 89, pp. 214, 232: contrato de fiança; BVerfGE 103, pp. 89, 101: pacto antenupcial; BVerfGE 114, pp. 1, 34: seguro de vida capitalizado.

considerar sem mais nem menos o conteúdo do negócio jurídico como expressão de autodeterminação da parte subjugada. O contrato não é por isso ineficaz, mas necessita, conforme a doutrina do dever de proteção, de controle judicial.

Quando se indaga do caráter jurídico da regra de substancialidade, discute-se na doutrina a sua caracterização como conceito jurídico indeterminado ou cláusula geral e, de resto, é citada como pilar material dos respectivos pressupostos dos suportes fáticos. 59 Parece-me importante tornar consciente, outrossim, o caráter da figura jurídica como diretriz ou princípio-reitor para a composição de conflitos de interesses. A regra de substancialidade, com suas subdivisões de motivação justa ou relevante, contém, assim como o princípio da proporcionalidade,60 com suas regras parciais, antes de tudo, um programa de busca já testado, ao passo que as valorações substanciais provêm, conforme o caso, do direito escrito (lei) ou do direito jurisprudencial (jurisprudência).

Segundo a hipótese, se lá são feitas exigências mais brandas ou severas, se, portanto, a denúncia, por exemplo, apenas deve ser admitida como ultima ratio, as regras de aplicação do Direito contêm, certamente, também um ponto de partida substancial para a composição de interesses. Em sua maioria, basta ligar o exercício do poder formador (direito potestativo) a simples motivações substanciais e - não menos importante - submetê-las a controle judicial. O tratamento da motivação substancial na dogmática das regras de igualdade marca a sua tarefa de modo especial: se se pode abstrair da igualdade de tratamento, é algo que apenas é possível julgar à luz

59. V., por fim, Feuerborn, Sachliche Gründe im Arbeitsrecht (2003), pp. 22 e ss.

60. Sobre o princípio da proporcionalidade, Bieder, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung (2007); Hans Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht (2004).

da respectiva proibição de discriminação, geral ou especial.

3.4 Conclusões finais

De volta ao direito societário. No RGZ 132, p. 149 ("Victoria") a motivação substancial explica a necessidade da deliberação majoritária para uma grande organização também em questões fundamentais - como uma conciliação razoável entre a exigência de unanimidade e a superação dos sócios minoritários. O mesmo pensamento prevalece em BGHZ 71, p. 40 (Kali + Salz). Em ambas as decisões não se fala em violações ao dever de lealdade. Também em BGHZ 103, pp. 187, 190 (Linotype) o desvio (do princípio) da mera maioria de votos foi negado em face da atribuição de competência, conforme legalmente regulada, à sociedade dominante (controladora).

Nesta decisão, tomada no ano de 1989, teria sido possível, ainda assim, considerar se não faz parte dos princípios do direito societário, não ser prejudicado não apenas contra a regra de igualdade, sem que para isso haja razão, mas também não de forma subjetiva. Probidade entre os sócios, com certeza, exige mais do que um comportamento categoricamente contrário aos bons costumes ou abusivo.61 O ulterior desenvolvimento da aplicação da regra de substancialidade na jurisprudência dos tribunais superiores acha-se em aberto. Na sociedade de pessoas, a II Turma de Direito Privado atenuou a nulidade das cláusulas de exclusão imotivada de sócio em favor da exigência de motivações substanciais individuais.62 No direito das sociedades de capitais, pelo contrário, preponderam até agora os julgados que permitem a intervenção nos direitos de seus membros sem justificação substancial. Não se colocando exigências substanciais para a tomada de deliberações majoritárias e, ao mesmo tempo, exigindo-se rigoroso exame do voto da minoria quanto à obediência dos deveres de lealdade, não se afeta, por acaso, o equilíbrio entre os grupos de acionistas?

A regra da substancialidade deve auxiliar na solução de conflitos de interesses: os seus requisitos, por isso, precisam ser escalonados em cada caso concreto. Isto possivelmente não foi antes observado pela jurisprudência e pela doutrina no quadro da exclusão do direito de preferência. Alterações contratuais e estruturais, em todos os tipos societários, são parte integrante do necessário instrumento da política negocial, devendo, portanto, orientar-se pelos critérios do mercado e pertinentes à empresa. Os diversos grupos de sócios não podem exigir que tão só venham a ser atingidos pelas consequências como ultima ratio ou que os princípios de proporcionalidade seiam observados em todos os casos. No julgado Siemens/Nold BGHZ 126, p. 133, a diretoria ficou obrigada a opinar, no "bem entendido interesse" da empresa, sobre a exclusão do direito de preferência uma variante do critério de substancialidade do qual não mais se lançou mão em julgados posteriores.

Como, no caso, não (apenas) se trata de uma questão da direção da empresa, mas também da conformação da sociedade, não se aplica à espécie o § 93, Al. 1, 2ª parte, da AktG. Mesmo considerando-se, sem hesitação, como constitucional expulsar sem motivação substancial (sem justa causa) os pequenos acionistas de uma *Publikumsgesellschaft*, 64 pode, todavia, per-

^{61.} BGHZ 129, pp. 136, 142: Girmes liga a doutrina da restrição dos poderes formadores com compromisso de lealdade da maioria ou minoria acionária necessária à deliberação.

^{62.} BGHZ 164, p. 98: Managermodell; a respeito em detalhes, Goette (coord.), "Die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung", in Gesell-

schaftsrechtliche Vereinigung, vol. 13 (2008), pp. 1, 21.

^{63.} V., a respeito, acima, sob 3.1.

De forma crítica com referência à exclusão forçada de acionistas minoritários, Schön, in Fest-

manecer tarefa do Poder Judiciário conceder proteção legal contra intervenções injustificadas no *status socii*.

4. Comparação geral e perspectiva

Ao lado da cláusula geral do dever de lealdade e da doutrina da motivação substancial - melhor, a doutrina dos limites dos poderes formadores (direitos potestativos) privados - ficam à disposição, a par do dever societário de igualdade de tratamento. diversos instrumentos para o controle das deliberações, naturalmente devendo ser observado, no tocante aos efeitos, o princípio de igualdade. Todas essas figuras de direito existem independentemente uma da outra: o dever de lealdade tem as raízes na posição jurídica de sócio ou de órgão; o controle das deliberações majoritárias, geradoras de gravames, nas diferencas estruturais de uma sociedade de orientação capitalística: e a igualdade de tratamento de acionistas no § 53a da AktG.65

As regras de direito não se encontram ordenadas umas com as outras numa relação de hierarquia e subordinação (*Überund Unterordnung*) e, certamente, também não na de regra e exceção – mesmo quando elas têm pontos de interseção comuns e se utilizam de características de suportes fáticos comuns, como a motivação substancial. Em alguns julgados dos tribunais su-

periores, conjugam-se, de forma tranquila, distintas linhas de fundamentação. 66

A moderna doutrina sugere centrar o controle das deliberações, nomeadamente no direito acionário, no vínculo de lealdade⁶⁷ ou no princípio da igualdade de tratamento,68 previsto no § 53a da AktG, o que, nos casos individuais, poderá conduzir a considerações semelhantes e iguais resultados. Todavia, não existe nenhum motivo efetivo para se afastar por completo um dos três citados remédios jurídicos do controle das deliberações societárias e no caso de o novo sistema de imunização provisional de registro de atos societários impugnados judicialmente (Freigabeverfahren), conforme o § 246a AktG, XVII dar bons resultados⁶⁹ – muito menos ainda razão para disso excluir todos eles. Um escrutínio decisivo teria que pressupor, pelo menos, que ao lado das apreciações subjacentes dos elementos fáticos, também haja entendimentos seguros para a distribuição do ônus da prova e para as respectivas consequências jurídicas. A jurisprudência decidirá, em cada caso individual, de quais pensamentos jurídicos se servirá para o controle das deliberações societárias. Em face do largo campo de aplicação da regra de substancialidade serão, para tanto, determinantes os bem diversos critérios e consequências jurídicas.

schrift für Peter Ulmer (2003), pp. 1.359, 1.389; Zöllner, Der Gesellschafter 2004, separata, pp. 5, 9.

65. Introduzidos para a execução da 2ª Diretiva do Conselho da Comunidade Europeia para a Coordenação do Direito Societário, de 31.1.1977, ABI. Nr. L 26/1, Art. 42.

66. BGHZ 89, p. 162 (KG): Heumann/Ogilvy; BGHZ 103, pp. 184, 189 (AG): Linotype.

67. Henze, BB 1996, pp. 489, 491.

 V. Verse, in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel (2007), notas 30 e ss.

XVII. O procedimento em questão foi introduzido na AktG pela UMAG em 2004, prevendo-se que, na hipótese de ser impugnada judicialmente deliberação de assembleia geral que tenha por objeto a obtenção de capital, a sua redução ou a celebração de contratos de empresas (= convenções através das quais se constituem os grupos societários de direito na Alemanha, tanto os grupos de subordinação, como os de coordenação), o juiz poderá, depois de realizado um juízo de delibação, decidir que a propositura da ação não impede o registro da deliberação e que os vícios imputados à assembleia não prejudicam a eficácia desse registro, na pendência da lide. Se, posteriormente, a ação se revelar fundada, o autor da demanda deverá ser indenizado pela sociedade.

 V. a nova versão do § 246a AktG no Referentenentwurf de 11.7.2007 eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie 2007/36/EG.