

ANO II – N.º 03

JUS SCRIPTUM

Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



ABRIL | MAIO | JUNHO

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5
Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Silvia Gabriel Teixeira

Revista Jurídica
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 2 • Volume 2 • Número 3
Abr-Jun 2006 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2005/06

Isabela Pessanha Chagas, Presidente
Wilson Furtado, Vice-Presidente
Daniela Bandeira de Freitas, Secretária-Geral
Lavínia Cavalcanti Lima Cunha, Diretora Científica
Fabiano Machado, Diretor Social
Helena Maria Vilanova Pacheco, Diretora Financeira

Conselho Editorial:
Adriano Marteleto Godinho
Aiston Henrique de Souza
Ana Cláudia Redecker

Conselho Deliberativo:
Alexandra Barbosa Campos
Gabriela Paes de Carvalho Rocha
Dra. Josyleny Menezes C. Barros

Colaboradores:
Álvaro Regueira
Bruno Pereira

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária - CP 1649014 - Lisboa - Portugal



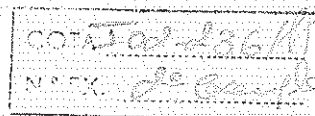
ÍNDICE

<i>Adriano Marteleto Godinho</i> – O estatuto jurídico do nascituro no direito brasileiro	1
<i>Ana Cláudia Redecker</i> – Breves reflexões sobre os acordos de acionistas no regime da lei das sociedades anônimas brasileira e os acordos parassociais no Código das sociedades comerciais português	11
<i>Helena Telino Neves</i> - A constitucionalidade da taxa de controle e fiscalização ambiental (TCFA) no ordenamento jurídico brasileiro	23
<i>Kelly Cristina Silva</i> - A tributação do ambiente como instrumento de política ambiental – vantagens e desvantagens à sua aplicação	27

A biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa,
com a homenagem dos autores.

Lisboa, 10/08/2006.

Adriano M. Godinho
Helena Telino Neves
Kelly Cristina Silva



O ESTATUTO JURÍDICO DO NASCITURO NO DIREITO BRASILEIRO

Adriano Marteleto Godinho¹

EMENTA: 1 – Considerações preliminares. 2 – Nascituro, embrião e feto: definição de termos. 3 – As teorias sobre o início da personalidade jurídica. 4 – Considerações acerca da personalidade jurídica do nascituro à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente. 5 – Efeitos da consideração da personalidade do nascituro. 6 – Os embriões extra-uterinos. 7 – Conclusão.

1 - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Com o desenvolvimento da medicina e da biotecnologia, a abordagem das questões de natureza ética e jurídica acerca do nascituro ganhou novos contornos. A consideração da posição jurídica do nascituro passou a ter maior relevância sobretudo com o surgimento de novas técnicas reprodutivas, em especial, a fertilização *in vitro*, através da qual é possível congelar embriões extra-uterinos.

Nesse contexto, emergem de imediato algumas indagações: desde que reconhecidos, quais seriam os direitos do nascituro? Podemos considerá-lo como uma pessoa humana, ou seria o nascituro mera “pessoa potencial”? Aos embriões extra-uterinos é concedida tutela idêntica àquela deferida aos seres em formação no ventre materno?

Somadas as questões propostas, o que se pretende, como bem sugere o título conferido a estas notas, é identificar qual o estatuto jurídico do nascituro. O que procuramos é, essencialmente, identificar a posição ocupada pelo nascituro diante do ordenamento brasileiro, notadamente no que respeita ao reconhecimento da sua personalidade jurídica.

Posta a questão nesses termos, passemos à delimitação do problema, em busca de parâmetros e soluções que se amoldem não somente aos princípios e normas presentes no ordenamento brasileiro, mas também às questões de ordem ética e moral especialmente abarcadas pelo tema.

2 - NASCITURO, EMBRIÃO E FETO: DEFINIÇÃO DE TERMOS

No decorrer destas linhas, as expressões *nascituro*, *embrião* e *feto* serão utilizadas com notável frequência. A lei brasileira não define o exato alcance desses termos, que servem para designar genericamente o ser que ainda está por nascer.

¹ Advogado, Professor Universitário, Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais, Doutorando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

O *embrião* representa o produto da concepção durante as oito primeiras semanas. Assim, ocorrida a fecundação, o ovo se fixa no útero, e pelas próximas oito semanas de gestação recebe a denominação de embrião, sendo inteiramente dependente da mãe².

O termo *pré-embrião*, que passou também a ser utilizado no meio científico, designa o ovo fecundado durante as duas primeiras semanas, isto é, antes de sua implantação no útero. A expressão merece críticas, pois além de carecer de qualquer fundamento científico, contribui para a “coisificação” do ser humano, já que o que se pretende é possibilitar a utilização do ser nesta fase da gestação para pesquisas e até mesmo para a clonagem³.

Considera-se *feto* o produto da concepção a partir da nona semana de gestação, isto é, a seguir ao término do período embrionário. O feto caracteriza-se por apresentar uma morfologia reconhecível e órgãos já formados⁴, embora haja certa dificuldade na identificação precisa desses estágios, razão pela qual, não raras vezes, as expressões *embrião* e *feto* são indistintamente empregadas.

O termo *nascituro*, por fim, será doravante referido para designar o ente ainda não nascido, mas já concebido, afastando-se a utilização da expressão em seu sentido amplo, abrangendo o ser ainda a nascer, concebido ou não. Destarte, ao tratarmos do nascituro, não estaremos aludindo à prole eventual, terminologia que abrange os seres que poderão vir a ser concebidos, freqüentemente designados *concepturos*.

3 – AS TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Para que se possa partir de premissas válidas para a análise da questão, faz-se necessária a identificação do momento a partir do qual se considera a personalidade jurídica dos seres humanos. Quanto a esse aspecto, podemos identificar no Brasil a existência de três vertentes primordiais, que correspondem às teorias natalista, da personalidade condicional e concepcionista.

Segundo a teoria natalista, a personalidade jurídica da pessoa natural começa do nascimento com vida. A teoria é justificada com base na literalidade da primeira parte do art. 2º do novo Código Civil brasileiro, que estabelece que “*a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”. Entretanto, a tese é insuficiente para explicar o aparente conflito presente nesse mesmo dispositivo legal: se o nascituro somente adquire personalidade jurídica a partir do nascimento com vida, seria ilógico que a ele fossem desde logo deferidos direitos, e não a mera expectativa de direitos⁵.

Os adeptos da teoria da personalidade condicional, por sua vez, reconhecem a personalidade desde a concepção, embora a condicionem ao nascimento com vida. O

² BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. 2001, (inédito), p. 6. Também sobre a gênese da pessoa, vide CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, v. 1, t. III. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 257/258.

³ BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade...*, cit., pp. 46/47.

⁴ BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade...*, cit., p. 43.

⁵ Não serve a justificativa de que os direitos atribuídos ao nascituro são direitos sem sujeito, o que configura uma contradição nos próprios termos e uma solução artificial (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 75).

nascituro seria considerado um ser humano “potencial”; a sua autonomia, por isso, não seria humana, mas embrionária⁶. A teoria peca por desconsiderar que os direitos da personalidade, caracterizados por serem absolutos e incondicionais, não dependem da observância de qualquer evento futuro e incerto, sendo deferidos aos nascituros a partir do momento em que são concebidos.

Por fim, os partidários da teoria concepcionista reconhecem a personalidade a partir do momento em que se dá a concepção. Assim, o nascituro é considerado um ser humano desde o momento em que é concebido, sendo uma nova e autêntica pessoa, dotada dos direitos inerentes à sua condição humana. Com isso, a sua personalidade não seria condicionada a qualquer evento; apenas os efeitos de alguns direitos – os de ordem patrimonial – ficam vinculados à ocorrência do nascimento com vida⁷.

A teoria concepcionista é aquela que traduz a mais coerente solução. Apesar da redação aparentemente contraditória do art. 2º do Código Civil brasileiro, que estabelece o início da personalidade civil a partir do nascimento com vida, concedendo embora direitos (e não expectativa de direitos) ao nascituro, pode-se inferir que aquele dispositivo considera a personalidade do ser ainda a nascer.

E não poderia ser de outra forma, uma vez que não há como desconsiderar que o nascituro possui vida própria, fazendo jus, *ipso facto*, a uma tutela legal compatível com a sua condição de pessoa. Afinal, os nascituros são seres humanos – e não simples coisas ou vísceras da mãe – que se encontram numa fase particular da sua vida; o nascimento, sob esse prisma, nada mais é que um fato relevante na vida da pessoa, significando o seu ingresso na *polis*⁸, e não o momento em que há a aquisição de personalidade jurídica.

Ademais, a atribuição ao legislador da prerrogativa de determinar quais seres humanos são dotados de personalidade, retirando do nascituro essa qualidade, configuraria perigosa insegurança e manifesta arbitrariedade. Afinal, levando-se a idéia às últimas consequências, estar-se-ia a admitir que, se cabe à lei definir quem é pessoa, poderia também a lei extrair essa condição de alguns indivíduos. Com isso, algumas das práticas mais aberrantes que a história cuida de narrar – os massacres de seres humanos supostamente “inferiores” sequer precisam ser aqui repisados – encontrariam amparo no ordenamento jurídico brasileiro, que se tornaria um meio de legitimação de atos discriminatórios e de condutas que o Direito, com toda a veemência, deve censurar e punir. A vida humana, e o ser humano, não são e nem podem ser construções

⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito do embrião humano: mito ou realidade?* Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, julho de 1997, p. 268.

⁷ A propósito, contrariando a tendência doutrinária de se considerar o nascimento com vida como condição *suspensiva* do exercício de direitos por parte do nascituro, o que realmente não se justifica, Silmara Chinelato considera que a plenitude da eficácia desses direitos fica *resolutivamente condicionada* ao nascimento sem vida, estabelecendo uma inversão da perspectiva corriqueiramente empregada pela doutrina, eis que o art. 2º do Código Civil atualmente em vigor no Brasil reconhece direitos ao nascituro desde a concepção (ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Direito do nascituro a alimentos: uma contribuição do direito romano*. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 13, 2. sem. 1992, p. 110).

⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral...*, cit., pp. 71/72.

lingüísticas ou sociais, mas verdades⁹ sobre as quais se assenta toda a construção jurídica.

4 - CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Com o intuito de ratificar as conclusões até aqui erigidas, é interessante direcionar a análise do tema levando-se em consideração o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Essa lei, consoante determina o seu art. 1º, tem por objeto *“a proteção integral da criança e do adolescente”*, considerando-se criança, para tal fim, a pessoa até doze anos de idade incompletos, critério estabelecido no próprio texto do Estatuto (art. 2º, cujo parágrafo único prevê que excepcionalmente se aplicam os dispositivos dessa lei às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade).

Uma análise mais detida sobre os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente nos permite compreender o significado da proteção integral à criança, a quem são atribuídos vários direitos, entre os quais se incluem os referentes à vida, à saúde, à alimentação, ao respeito, à dignidade e à convivência familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao tratar da proteção à criança, também incluiu os nascituros no rol dos destinatários das suas normas. Confirma-se essa assertiva a partir da análise de alguns dispositivos específicos dessa lei, em especial o *caput* dos arts. 7º e 8º, cuja redação, respectivamente, é a seguinte:

“A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

“É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal”

Evidentemente, se o objetivo da lei é garantir o nascimento sadio da criança, tem-se por óbvio que se deve proporcionar condições adequadas a essa finalidade, que sejam anteriores ao nascimento. Da mesma forma, ao deferir à gestante o direito ao acompanhamento médico durante o período da gravidez, certamente a lei o faz com vistas à proteção do nascituro. Veja-se que não é propriamente a gestante a destinatária da norma protetiva, mas sim o seu filho, que ainda está por nascer, mesmo porque a mãe pode contar com idade superior a dezoito anos, estando fora do alcance do art. 2º da Lei 8.069/90, o que não afasta a aplicação do diploma nessa hipótese.

Nesta ordem de idéias, outra não pode ser a conclusão senão a de que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, e principalmente considerando-se o teor dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, o nascituro é dotado de personalidade jurídica. Afinal, para além de constataremos o rol de direitos que o

⁹ CAMPOS, Diogo Leite de. *O estatuto jurídico do nascituro*. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 5, 1999, p. 224.

ordenamento brasileiro confere aos nascituros¹⁰, não se pode afastar do entendimento de que se tratam de seres humanos, enquanto entes que foram gerados por outros seres humanos. Em última instância, da sua viabilidade decorre a própria viabilidade da espécie humana¹¹.

5 – EFEITOS DA CONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DO NASCITURO

Diante de tudo que até aqui foi exposto, podemos concluir que o nascituro deve ser considerado como um ser humano autônomo, dotado de personalidade jurídica. A ele são estendidos todos os direitos da personalidade compatíveis com a sua condição, entre os quais podemos enumerar, além do direito à vida, os direitos à imagem e à honra¹².

Uma vez reconhecida a personalidade jurídica do nascituro, cabe apontar as consequências que daí decorrem, para além do evidente reconhecimento dos direitos da personalidade, aos quais acabamos de referir.

De plano, importa tecer considerações acerca da responsabilidade civil por danos causados ao nascituro, danos esses que podem ser provocados por ações ou omissões da própria mãe, que caracterizem um comportamento irresponsável durante a gravidez. E quais seriam os fatores que denotam a irresponsabilidade da gestante? A resposta é obtida por via indireta: gravidez responsável seria aquela durante a qual a mãe se abstém de correr riscos evitáveis, o que implica o seu dever de informação sobre os riscos de suas condutas enquanto portar o nascituro em seu ventre^{13 14}. Na medida em que a gestante assume riscos desnecessários, que possam comprometer o desenvolvimento saudável do nascituro, será responsável pelos danos oriundos da sua conduta.

¹⁰ A propósito, ainda que não pudéssemos extrair da ordem jurídica brasileira uma série de direitos conferidos ao nascituro, tal não impediria que chegássemos a idênticas conclusões. Consoante aduz Pais de Vasconcelos, para que seja reconhecida a personalidade jurídica do nascituro, normalmente se recorre a um processo que somente faz sentido em relação às pessoas jurídicas (e não às pessoas naturais), e que se traduz na tentativa de vislumbrar na lei determinadas regras ou regimes jurídicos dos quais se possa concluir que há titularidade de posições jurídicas. No que diz respeito à personalidade que se reconhece às pessoas naturais, constata-se que ela é pré-legal e, portanto, não é do texto da lei que se pode afirmar ou refutar a personalidade jurídica das pessoas naturais (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral...*, cit., p. 80).

¹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito do embrião...*, cit., p. 262.

¹² “O direito à imagem (...) diz respeito à reprodução física da pessoa, inteira ou parcialmente, através de qualquer meio de captação: fotografia, vídeo e pintura. A ultrasonografia permite a reprodução do nascituro, o que importa a necessidade de consentimento do titular da imagem, por seu representante legal: o pai, a mãe ou o curador, conforme o caso (...). O direito à honra existe desde o momento da concepção e é violado por exemplo, quando ao nascituro é imputada a bastardia” (ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Direitos da personalidade e responsabilidade civil*. Revista do Advogado. São Paulo, n. 38, dezembro de 1992, p. 319).

¹³ BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade...*, cit., p. 153.

¹⁴ A partir do momento em que se reconhece, como impende reconhecer, que o nascituro tem direitos próprios e uma existência distinta da sua genitora, esta não poderá recusar, por exemplo, a ingestão de medicamentos destinados à preservação da saúde do nascituro. Sendo certo que o impasse acaba por caracterizar situação de difícil solução, os atos e omissões praticados injustificadamente pela mãe capazes de causar danos ao nascituro ensejarão a responsabilidade civil e penal da mãe, pois ela não pode dispor do direito à saúde que não é seu, mas do próprio nascituro (ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Bioética e dano pré-natal*. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 17, 2. sem. 1999, p. 319).

Cabe afirmar, também, que não é de se considerar legítima a interrupção do processo de formação do ser humano. A prática abortiva, nesse contexto, deve ser repudiada, advertindo João Baptista Villela:

“Uma ordem jurídica rigorosamente centrada na dignidade da pessoa humana não tem como considerar legítimo o aborto, em quaisquer de suas formas, ainda mesmo, portanto, os ditos terapêutico e humanitário. Afirmá-lo, convém advertir, não significa, entretanto, avalizar esta ou aquela política punitiva relativamente à interrupção voluntária da gravidez. Significa, sim, pelo menos aqui, que tal hipotética ordem jurídica, não aceitando a prática, reserva-se o poder de adotar meios lícitos que considere adequados a reduzi-la tendencialmente ao nível zero, tomadas em conta todas as circunstâncias intercorrentes que tenham um mínimo de consistência”¹⁵.

Com efeito, o Código Penal brasileiro não pune a conduta da mulher que aborta em situações em que a gravidez a coloca em risco de vida, ou ainda quando a gravidez resulta de estupro. Em tais casos, todavia, preserva-se uma esfera de interesses consideráveis da mulher grávida, e o embrião ou feto é atingido por via indireta, sendo vítima consequencial do ato abortivo. Já o aborto praticado em casos de malformações do nascituro é inadmissível. Em tais hipóteses, não se está a proteger a vida ou a integridade psíquica da mulher grávida, mas a legitimar a eliminação direta de certas formas de vida supostamente anômalas¹⁶.

Realmente, permitir o aborto a partir da constatação de que o nascituro apresenta anomalias ou malformações representa uma afronta aos direitos do próprio nascituro. Ressalte-se, direitos *do nascituro*, em relação aos quais não pode a gestante se opor ou dispor. Daí advém uma ilação fundamental: não pode a mãe deixar de praticar atos destinados à preservação da saúde do nascituro, se tal não importar nocividade à sua própria integridade física ou psíquica.

Por fim, o nascituro faz jus à concessão de alimentos, direito que não fica condicionado ao nascimento com vida, sendo, ao revés, exatamente *voltado ao nascimento com vida*, ou seja, os alimentos são prestados precisamente para que o nascituro nasça vivo e saudável¹⁷. Evidentemente, nos reportamos ao direito a alimentos civis, em sentido amplo, o que inclui a adequada assistência médico-cirúrgica pré-natal.

Naturalmente, é o próprio nascituro que irá figurar no pólo ativo da ação de alimentos, quando sua cobrança judicial se fizer necessária, o que também pode ocorrer no caso

¹⁵ VILLELA, João Baptista. *Malformações, viabilidade e aborto: retorno de um espectro?* Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, n. 24, dez. 1994, p. 477.

¹⁶ Denomina-se *piedoso* o aborto praticado nessas circunstâncias (VILLELA, João Baptista. *Malformações...*, cit., p. 477).

¹⁷ O direito a alimentos é reconhecido ao *conceptus* desde o Direito Romano, conforme os textos do Digesto 37, 9.1 (ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Bioética...*, cit., p. 309).

previsto pelo artigo 948, inciso II, do novo Código Civil brasileiro, que impõe ao homicida a obrigação de indenizar na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.

6 – OS EMBRIÕES EXTRA-UTERINOS

Conforme determina a teoria concepcionista, entende-se que o nascituro é pessoa desde a concepção, não sendo a personalidade condicional, pois apenas os efeitos patrimoniais de determinados direitos dependem do nascimento com vida. Já os direitos da personalidade, como os direitos à vida e à integridade física, independem do advento de qualquer condição.

Surge então uma intrincada polêmica: se os direitos do nascituro forem reconhecidos desde o momento em que se dá a *fecundação*, conforme eventualmente se tem defendido¹⁸, o embrião extra-uterino também gozará de idêntica tutela; em contrapartida, se considerarmos que somente após a *concepção* propriamente dita haverá a aquisição de direitos, apenas o embrião implantado no útero materno se incluirá sob o manto protetor da lei.

A problemática ganha manifesta relevância diante das técnicas de reprodução assistida. Como as falhas nesse processo são muito freqüentes, produzem-se vários embriões, embora somente alguns sejam utilizados¹⁹. Isso provoca o surgimento de embriões excedentários, colocando-se então em causa, fundamentalmente, o seu destino. Basta que simplesmente haja o descarte ou a utilização desses embriões para fins experimentais?

A doutrina de Menezes Cordeiro nos fornece algumas balizas que facilitam a compreensão do assunto: civilmente, cabe considerar que os embriões não implantados são nascituros, embora ainda desprovidos de cérebro. Teriam, portanto, direito à vida, embora seja impossível que a técnica humana viabilize-os todos. A solução passaria por evitar fundamentalismos, considerando-se, sobretudo, que a proibição da fecundação *in vitro* seria excessiva, posto que essa técnica é destinada a incrementar a vida, e não a morte²⁰.

Além disso, seria permitida a interferência na fase inicial da gravidez, isto é, antes da implantação do ovo no útero materno, a fim de evitar o nascimento do ente em formação? Faz-se necessária uma análise interdisciplinar para equacionar a controvérsia. Embora se verifique que o Direito Penal e o Civil não coincidem com exatidão quanto à compreensão da pessoa cujos interesses resguardam, deve-se proceder

¹⁸ Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite, "(...) o embrião humano goza de proteção jurídica desde o início de sua existência (quer seja 'in utero', quer seja 'in vitro'). Isto é, o conceito é considerado sujeito de direito reconhecendo-lhe caráter de pessoa no exato momento da fecundação. Entre os direitos que lhe são reconhecidos se inscreve, certamente, o direito à existência, no sentido de que, assim como ninguém (...) pode interromper a vida de um indivíduo, da mesma forma e pela mesma razão, ninguém tem o direito de interromper, direta e voluntariamente, a vida de um embrião humano, desde sua concepção e desde que ele começou a existir" (LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito do embrião...*, cit., pp. 263/264).

¹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – teoria geral*, v. 1. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997, p. 62.

²⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil...*, cit., p. 290.

a um entrelaçamento da tutela penal da vida humana e do estatuto da personalidade civil, em busca de uma acepção uniforme sobre o tema²¹.

Os penalistas caracterizam o aborto como a interrupção da gravidez, com a destruição do produto da concepção²². Para alguns, o conceito de "concepção" confunde-se com "fecundação", significando esta o encontro do óvulo com o espermatozóide. Entretanto, a acepção mais divulgada do termo "concepção" é a do "ato de gerar no útero", o que termina por tornar atípica qualquer interferência no denominado estágio "pré-embrionário". Afinal, esta é a conclusão a que se chega ao observarmos que a lei penal não veda, por exemplo, o uso de métodos contraceptivos que impedem ou inibem o desenvolvimento viável do ovo, muitas vezes evitando a sua implantação no útero²³.

Como se constatou que a definição de concepção está estritamente ligada à palavra "útero", *a priori* ter-se-ia por elidida qualquer possibilidade de considerar-se o embrião inseminado *in vitro* como nascituro, o que pode gerar a questionável conclusão de que ele somente poderia ser considerado como pessoa a partir da sua implantação no organismo materno. Então aí, uma vez mais, caberia a pergunta: se esse entendimento é correto, poder-se-ia simplesmente tratar os embriões excedentários como simples coisas, livremente descartáveis ao bel-prazer de outros seres que, antes de nascerem, nada mais eram que embriões?

A propósito, a Resolução n. 1358/92, do Conselho Federal de Medicina no Brasil, prevê que o número de "pré-embriões" (expressão utilizada no texto da Resolução) produzidos em laboratório deve ser comunicado aos pacientes, sendo vedados a destruição e o descarte dos embriões excedentes. Curiosamente, porém, a mesma Resolução permite que os cônjuges ou companheiros se manifestem quanto aos embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um dos cônjuges ou companheiros, ou de ambos, e ainda quando desejem doar os referidos embriões. Assim, as disposições aparentemente se contradizem, ora inadmitindo o descarte dos embriões excedentes, ora estabelecendo que o seu destino é determinado pelos cônjuges ou companheiros, hipótese que não pode significar uma livre disponibilidade sobre os embriões, a não ser nos casos em que é feita a doação para a satisfação do projeto parental de um casal estéril²⁴.

²¹ Conforme acentua Villela: "Se, tecnicamente, é possível dissociar tutela penal da vida humana, de um lado, e personalidade civil, de outro, certo é também que, assegurar a primeira, sem reconhecer a segunda, soa, no mínimo, contraditório. (...) Como quer que seja, em algum ponto virtual do ordenamento jurídico situa-se uma axiologia geral da vida humana. É dela que derivam e é para ela que convergem, em última análise, tanto a teoria da personalidade quanto a tutela jurídica do embrião. Assim, é inevitável que a tutela penal da vida humana e o estatuto da personalidade civil estejam entre si, de alguma forma, na relação de vasos comunicantes" (VILLELA, João Baptista. *Malformações...*, cit., p. 478).

²² Sobre o tema, vide MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v.1, 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 93.

²³ Veja-se o parecer de Mirabete a este respeito: "Segundo a doutrina, a vida intra-uterina se inicia com a fecundação ou constituição do ovo, ou seja, a concepção. Já se tem apontado, porém, como início da gravidez, a implantação do óvulo no útero materno (nidação). Considerando que é permitida no País a venda do DIU e de pílulas anticoncepcionais cujo efeito é acelerar a passagem do ovo pela trompa, de modo que atinja ele o útero sem condições de implantar-se, ou transformar o endométrio para criar nele condições adversas à implantação do óvulo, forçoso é concluir-se que se deve aceitar a segunda posição, tendo em vista a lei penal. Caso contrário, dever-se-á incriminar como aborto o resultado da ação das pílulas e dos dispositivos intra-uterinos que atuam após a fecundação" (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual...*, cit., p. 95).

²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito do embrião...*, cit., p. 279.

Vê-se, portanto, a dimensão que os problemas inerentes à matéria atingem. Se não podemos resolvê-los por completo, cabe ao menos afastar a inconcebível perspectiva dos embriões enquanto meros objetos de direitos. Ainda que se entenda que os embriões não devem ser qualificados como pessoas, é certo que não são simples coisas, e o seu regime jurídico deve ser sempre moldado sobre aquele correspondente às pessoas²⁵. Qualquer solução que deixe de observar essas diretrizes acabará por ser cruel, arbitrária e – ironias à parte – *desumana*.

7 - CONCLUSÃO

O nascituro, enquanto ser humano em desenvolvimento no ventre materno, é dotado de personalidade jurídica. Com isso, acompanham-no, ao menos desde o momento da concepção, os direitos da personalidade compatíveis com a sua condição, entre os quais figura, essencialmente, o direito à vida.

Quanto aos embriões extra-uterinos, ainda que não se reconheça a sua personalidade, não é de se admitir que sejam considerados como um simples objeto. Se a questão não comporta por ora soluções definitivas, pode ao menos ser equacionada levando-se em conta que repugna à ordem jurídica e ao sentimento de humanismo o tratamento desses embriões como meras coisas.

Em uma sociedade pretensamente evoluída e perante um ordenamento jurídico alicerçado em preceitos que objetivam a promoção e a tutela dos interesses da pessoa humana, outras não poderiam ser as conclusões atingidas. Cabe esperar que se torne uma diretriz comum entre os juristas o tratamento do nascituro em situação condizente com a sua natureza humana, reconhecendo-lhe a dignidade que lhe é inerente e o respeito aos seus direitos essenciais, cuja afronta representa mais que a simples ofensa a um único ser, atingindo toda a humanidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Bioética e dano pré-natal*. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 17, 2. sem. 1999.

_____. *Direito do nascituro a alimentos: uma contribuição do direito romano*. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 13, 2. sem. 1992.

_____. *Direitos da personalidade e responsabilidade civil*. Revista do Advogado. São Paulo, n. 38, dezembro de 1992.

_____. *O nascituro no código civil e no direito constituído do Brasil*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 97, janeiro/março 1988.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – teoria geral*, v. 1. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997.

²⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil...*, cit., p. 61.

BERTI, Silma Mendes. *O código de defesa do consumidor e a proteção dos direitos da personalidade*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, v. 3, n. 3, 1996.

_____. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. 2001, (inédito).

BIGOTTE CHORÃO, Mário Emílio. *Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro*. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 17, 2. sem. 1999.

CAMPOS, Diogo Leite de. *O estatuto jurídico do nascituro*. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 5, 1999.

_____. *Lições de direitos da personalidade*. Separata do vol. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2. ed., 1992.

_____. *Os direitos da personalidade – categoria em reapreciação*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 1994.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, v. 1, t. III. Coimbra: Almedina, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GONÇALVES, Gabriel António Órfão. *Da personalidade jurídica do nascituro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. XLI, n. 1. Coimbra Ed., 2000.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. 5, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito do embrião humano: mito ou realidade?* Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, julho de 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v.1, 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

SANTOS, Magda Guadalupe dos, e DUARTE, Adriana Dardengo. *Considerações sobre a natureza ético-jurídica do nascituro*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, v. 6, 1999.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

VILLELA, João Baptista. *Malformações, viabilidade e aborto: retorno de um espectro?* Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo, n. 24, dez. 1994.

BREVES REFLEXÕES SOBRE OS ACORDOS DE ACIONISTAS NO REGIME DA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS BRASILEIRA E OS ACORDOS PARASSOCIAIS NO CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS PORTUGUÊS

ANA CLÁUDIA REDECKER*

1. Introdução

A sociedade anônima¹ é o tipo societário comumente utilizado para a constituição das grandes empresas privadas, que pode viabilizar-se economicamente conciliando interesses convergentes, mas distintos, dos acionistas que querem maximizar os investimentos realizados e produzir lucros para sua posterior repartição.

Assim, em face dos interesses comuns, os membros de um grupo de acionistas, poderão lícitamente vincular-se entre si, através do que se denomina de Acordo de Acionistas, como estratégia para fazer prevalecer os seus objetivos.

O controle exercido por um grupo de acionistas agregado num acordo de acionistas será legítimo? Qual o interesse que deve prevalecer quando houver conflito entre o interesse do grupo de acionistas e o interesse da companhia?

Estas reflexões têm como objetivo, sem a pretensão de esgotar o tema ou de pôr um fim a tais questionamentos, apreciar as questões supra, além de abordar aspectos gerais sobre o Acordo de Acionistas ou Acordo Parassocial, nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

2. Considerações Gerais sobre o Acordo de Acionistas no Regime da Lei das Sociedades Anônimas Brasileira (Lei 6.404, de 15.12.1976)

Os acordos de acionistas configuram-se como uma modalidade de contrato nominado, plurilateral que, à luz do regramento societário podem ser concebidos como contratos parassociais, objeto de disciplina específica na Lei 6.404/76 (artigo 118), e, como tais, deverão obedecer a esta regra, e, subsidiariamente, às normas reguladoras dos contratos contidas no Código Civil Brasileiro.

A redação atual do artigo 118 da Lei 6.404/76 foi introduzida pela Lei n. 10.303/2001; na redação anterior, o pacto entre os acionistas era considerado apenas uma relação obrigacional, não se estendendo à sociedade². A partir da nova redação do artigo 118, *caput* e seu § 1º³, a Lei 6.404/76, além de impor a observância e respeito dos

* Advogada, Professora de Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS) e do Centro Universitário Ritter dos Reis, Mestre em Direito com ênfase em Processo Civil pela PUC/RS e Doutoranda em Ciências Jurídico-Econômicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ No ordenamento jurídico brasileiro (§ único do artigo 982 do Código Civil Brasileiro - Lei 10.406, de 10.1.2002) a sociedade anônima é considerada sempre uma sociedade empresária independentemente do seu objeto.

² REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 160

³ Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sede.

Acordos de Acionistas pela companhia, estabelece que os mesmos são passíveis de serem opostos a terceiros, desde que arquivados em sua sede e averbados nos livros de registros e nos certificados de ações.

Nesse sentido, transcreve-se, em parte, a ementa da Apelação Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“(...) Afirmada a validade do acordo de acionistas em decisão judicial transitada em julgado que teve a empresa no pólo passivo, e assim vinculou judicialmente os seus atos em relação ao aludido acordo, estando este em pleno vigor, vinculados estão, por corolário lógico e jurídico, os seus signatários, até a realização de ato apto a pôr-lhe fim.

Jungida a embargante a observar o acordo de acionistas, revela-se ineficaz a subscrição de ações preferenciais por ela se não cumprida a condição expressamente prevista no pacto que a autoriza, consubstanciada esta na manifestação (negativa) de vontade da embargada. (...) PRELIMINARES REJEITADAS. APELO NÃO PROVIDO. (Apelação Cível, nº 70003988250, 6ª Câmara Cível – Regime de Exceção da Comarca de Porto Alegre, julgado em Porto Alegre, 29 de junho de 2005)

Da ementa supra transcrita depreende-se que o ato praticado pela Embargante/Apelante é inexoravelmente ineficaz, por grave violação ao acordo de acionistas e ao artigo 118 da Lei 6.404/76.

Destarte, desde que arquivado, na sede social, o presidente da Assembléia Geral ou do órgão colegiado de deliberação da companhia (conselheiro ou diretor)⁴, ainda que não tenham sido partes signatárias dele, devem observá-lo e fazê-lo cumprir, sob pena de responderem civilmente pelos prejuízos causados às partes, aos demais acionistas, à sociedade e a terceiros.⁵

O disposto no § 9º do artigo 118 da Lei 6.404/76⁶ obriga, ainda, o presidente do conselho de administração ou o diretor-presidente da diretoria a não computar o voto proferido pelo conselheiro ou diretor em desacordo, com o direcionamento do voto dado pela maioria dos convenientes. A infringência do acordo, por ação ou omissão, constitui

§ 1º As obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.

⁴ Base legal: § 8º do artigo 118 da Lei 6.404/76, *in verbis*: *O presidente da assembleia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado.*

⁵ LOBO, Jorge Joaquim. *Sociedades Limitadas*, volume 1, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 271. Nesse sentido Celso de Albuquerque Barreto, *in Acordo de Acionistas*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 48.

⁶ § 9º do Artigo 118 da Lei 6.404/76, *in verbis*: “O não comparecimento à assembleia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer parte de acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissor e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada.”

conduta ilícita, contrária ao interesse da sociedade, não podendo em consequência prevalecer.⁷

Segundo Arnoldo Wald⁸ o acordo de acionistas “pode abranger a matéria de que trata o art. 118 da Lei das Sociedades Anônimas, mas também outras, vinculando juridicamente os acionistas e admitindo execução específica”. (grifamos e sublinhamos)

Marcelo Bertoldi⁹ possui posicionamento diverso; segundo este Autor, a companhia deve ignorar para os efeitos de deliberação em curso, se o acordo de acionistas tem como objeto, obrigação diversa das elencadas no artigo 118 da Lei 6.404/76.

Contudo, Jorge Lobo¹⁰, complementa, que o acordo de acionistas não pode:

- a) violar a soberania, as normas de ordem pública e os bons costumes;
- b) impedir ou dificultar a consecução do objeto social;
- c) ferir o interesse da sociedade;
- d) caracterizar abuso do direito de voto ou do poder de controle;
- e) trazer vantagens para apenas um ou alguns dos sócios;
- f) impedir o pleno exercício de funções, atribuições e poderes de administradores e membros do conselho fiscal;
- g) ser perpétuo ou por prazo excessivamente dilatado, etc.”

Entendemos que é através do exame da causa e das finalidades do acordo de acionistas que se avaliará a sua licitude, devendo considerar-se lícito e vinculativo aquele acordo que vise colimar o objeto social e fazer prevalecer o interesse¹¹ da sociedade.

3. Conflito de interesses entre o acordo de acionistas e o interesse da companhia

Os acionistas isoladamente ou em bloco, agregados ou não, num acordo de acionistas, devem exercer o direito de voto, nos termos previstos e estabelecidos no artigo 115 da Lei 6.404/76¹², ou seja, “no interesse da companhia”.

Examinando-se este dispositivo observa-se que o mesmo caracteriza-se por ser norma de cunho limitador e orientador ao exercício do direito de voto, norma esta que

⁷ CARVALHOSA, Modesto e Nelson Eizirik. *A nova lei das sociedades anônimas*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 230

⁸ WALD, Arnoldo. O acordo de acionistas e o poder de controle do acionista majoritário, *RDM*, nova série, ano XXXVI, v. 110/7-15, abr.-jun. 1988, p. 9

⁹ BERTOLDI, Marcelo. M. e Márcia Carla Pereira Ribeiro. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 3ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 285.

¹⁰ LOBO, Jorge Joaquim. *Sociedades Limitadas*, volume 1, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 260

¹¹ A raiz da locução – *quod inter est* –, segundo CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direito, São Paulo: Lejus, 1999, p.88-90, denota que “interesse é relação, concebida como uma posição favorável para satisfazer uma necessidade, ou uma utilidade”.

¹² “Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.”

se aplica à universalidade dos acionistas com direito a voto das companhias, sejam eles minoritários ou controladores.¹³

Com o mesmo propósito de limitar e orientar o exercício do direito de voto o § 1º do art. 115 da Lei 6.404/76 estabelece que “o acionista não poderá votar nas deliberações em que tiver interesse conflitante com o da companhia”.

Num conflito entre o interesse do grupo de acionistas e o interesse da companhia nas sociedades anônimas, há uma tradição discursiva em torno da qual “em caso de colisão, deve preponderar a vontade geral legítima sobre a vontade egoisticamente articulada”¹⁴. É defeso ao administrador que for eleito por um grupo ou classe de acionistas cuidar dos interesses desse grupo, em detrimento do interesse da companhia.¹⁵

A título exemplificativo, violará o disposto no artigo 154 e seu § 1º¹⁶ da Lei 6.404/76, o administrador, que eleito por um grupo de acionistas organizados com base num acordo, deixar por dever de lealdade estrita e “gratidão” ao grupo que o elegeu, de atender aos legítimos e superiores interesses da companhia pois, não pode, ainda que para defesa do interesse dos mesmos, faltar aos deveres para com a companhia.¹⁷

A sociedade anônima, segundo Rubens Requião¹⁸, passou a constituir-se num repositório de múltiplos e variados interesses, desde o da sociedade até ao privatístico dos acionistas. Assim, perfeitamente compreensível, a imposição expressa na Lei 6.404/76, perfeitamente compreensível no seu artigo 154, estabelece que o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e o interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e a função social da empresa.

Estas considerações, conduzem-nos a refletirmos sobre a problemática da aceção da noção do ‘interesse da companhia’ (ou ‘interesse da sociedade’), pois inúmeras são as controvérsias que permeiam o seu entendimento. Assim, a doutrina está dividida quanto ao modo da sua concretização. Diversas teorias foram formuladas para o seu estudo e conceituação. Estas teorias dividem-se em duas linhas de pensamento distintas, com diferentes pressupostos filosóficos que encaram o interesse da sociedade, numa perspectiva nominalista (teorias contratualistas) e numa perspectiva realista (teorias institucionalistas)¹⁹.

Adiante passaremos a analisar de maneira resumida as teorias desenvolvidas em torno do interesse da sociedade, quer as teorias contratualistas, quer as teorias institucionalistas.

4. Teorias sobre a conceituação do interesse da sociedade

¹³ NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. Conflito de Interesses no Exercício do Direito de Voto nas Sociedades Anônimas (1.ª parte). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. n. 24, Editora Revista dos Tribunais, Abr-Jun/2004, p. 148

¹⁴ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 53

¹⁵ BULGARELLI, Waldirio. *Manual das sociedades anônimas*. 10 ed. – São Paulo: Atlas, 1998, p. 181

¹⁶ “Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. § 1.º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.”

¹⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 208

¹⁸ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 207

¹⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*. Almedina, Coimbra, 2005, p. 293

Tanto as teorias contratualistas, quanto as teorias institucionalistas ramificam-se em diversas escolas, cada uma com suas próprias proposições e entendimentos específicos, existindo uma certa unidade, tanto entre as teorias contratualistas, como as teorias institucionalistas, justificando-se, assim, a análise das mesmas como um todo e não de forma individual.

4.1 Teorias Contratualistas

As teorias contratualistas caracterizam-se por se recusarem a ver na sociedade anónima uma instituição, configurando-a, ao revés, como uma relação contratual que não envolve outro interesse senão o das partes contratantes.²⁰

Calixto Salomão Filho²¹ esclarece que o contratualismo é a concepção do interesse da sociedade, interesse esse coincidente com o interesse do grupo de sócios.

Na mesma linha, Tullio Ascarelli²² nega a existência de um interesse social que possa ser considerado superior ao interesse comum dos acionistas. Segundo o Autor:

“(...) as companhias constituem não apenas a comunhão dos interesses, mas, pelo fato de serem voluntárias, também a comunhão dos fins. E é através da constituição contratual de um conjunto de objetivos que se constitui a comunhão de interesses da sociedade (...). O interesse social é entendido como o interesse comum dos sócios e com estes identificado.”

A maioria da doutrina portuguesa, conforme afirma Pedro Pais de Vasconcelos²³, identifica o interesse da sociedade com os interesses dos sócios. A posição mais clara, neste sentido, é a de Raúl Ventura²⁴ que afirma que “o interesse social é o interesse dos sócios, nesta qualidade, ou seja, o interesse que os levou a efectuar contribuições para o exercício comum de uma actividade, a fim de partilharem os lucros”.

No entanto, percebe-se ao definir-se o interesse da sociedade simplesmente como o interesse comum dos sócios, sem que se façam considerações e distinções, que a questão do interesse da sociedade permanece carente de exatidão e de maior precisão

²⁰ NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. Conflito de Interesses no Exercício do Direito de Voto nas Sociedades Anónimas (1.ª parte). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. n. 24, Editora Revista dos Tribunais, Abr-Jun/2004, p.152

²¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Interesse social: concepção clássica e moderna. O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 14

²² ASCARELLI, Tullio. *Studi in tema di società*, Giuffrè, 1952, p. 46 es. e 148 e s.

²³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*. Almedina, Coimbra, 2005, p. 294

²⁴ VENTURA, Raúl – *Sociedade por Quotas III*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 150-151.

conceitual; pois existem hipóteses, nas quais os acionistas poderão deter interesses particulares convergentes, absolutamente estranhos à condução dos negócios sociais.²⁵

Nesse sentido, recorrendo à abordagem de Erasmo Valladão França²⁶:

“os sócios, além dos seus interesses individuais, podem ter vários interesses comuns, não necessariamente ligados à sua posição de sócios. Numa sociedade familiar, por exemplo, os sócios podem ter interesses comuns enquanto membros de uma mesma família.”

Por razões como a exposta no trecho acima transcrito, a maior parte da doutrina acrescenta a idéia de que o interesse da sociedade é o interesse comum dos sócios enquanto sócios, e não enquanto indivíduos (*uti socii* e não *uti individui*).²⁷

Um segmento relevante da doutrina societária brasileira, entende que o interesse dos sócios enquanto sócios corresponde à consecução do objeto social²⁸. Destarte, o objeto social²⁹, definido no estatuto social de modo preciso e completo, conforme exigência legal do § 2º do artigo 2.º³⁰ da Lei 6.404/76, representará o meio pelo qual a

²⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. A Natureza das Coisas, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2001, p.719: “O puro subjectivismo do *daisen* apresentava o homem como um ser solitário, desinserido e desinteressado das estruturas sociais. Este homem solitário era inoperacional para o Direito. O homem ensimesmado de Kierkegaard e de Sartre não vivia com os outros homens, não se relacionava então tinha como relevante o contacto social. Maihofer veio acrescentar ao *daisen*, como modo de existência, o *alssein*, como o modo de *existir como*, de *existir enquanto tal*. O *alssein* permite dar ao homem existencial novas dimensões que o multiplicam no mundo e o tornam operacional para o Direito. O mesmo homem existe diferentemente, como pai, como esposo, como professor, como cidadão, como comerciante. São diferentes modos de existir que vão além da solidão do *daisen* e que põem o homem existencial em contacto social, em relação. O *alssein* de Maihofer, repõe o homem existencial no mundo do Direito e vem permitir o discernir de critérios substanciais de acção e de dever-ser nos tipos de situações e de comportamentos ética ou socialmente típicos: o homem existencial já tem critérios de acção, não apenas como si próprio e perante si próprio, mas enquanto membro da comunidade e em relação com os outros homens.”

²⁶ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Ngvaís. *Conflito de Interesses nas Assembléias de S.A.*, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 27

²⁷ NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. Conflito de Interesses no Exercício do Direito de Voto nas Sociedades Anónimas (1.ª parte). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. n. 24, Editora Revista dos Tribunais, Abr-Jun/2004, p. 153

²⁸ Cfr. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Conflito de interesses entre sociedades controladora e controlada e entre coligadas, no exercício do voto em assembléias gerais e reuniões sociais. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. n. 51/30, Editora Revista dos Tribunais, Jul.-Set./1983; COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anónima*. 3.ed., São Paulo: Forense, 1983, p. 303; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anónimas*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 25-246.

²⁹ ZANINI, Carlos Klein. A Doutrina dos “Fiduciary Duties” no Direito Norte-Americano e a Tutela das Sociedades e Acionistas Minoritários frente aos Administradores das Sociedades Anónimas”, *Revista de Direito Mercantil*, nº 109, p. 138 leciona que “(...) A obediência ao objeto social exigida dos administradores tutela, em última análise, os interesses dos acionistas, cuja inversão de capital na sociedade deu-se para a consecução das atividades sociais no estatuto descritas, não dispondo o administrador de autonomia suficiente para, *sponte sua*, eleger os caminhos que serão trilhados pela empresa por ele gerenciada. Nesse sentido, tão importante é a delimitação do objeto social que a sua modificação, não obstante possível, mediante deliberação por *quórum* qualificado, confere ao sócio dissidente o direito de recesso, nos termos dos artigos 136, inciso VI, combinado com o artigo 137 da Lei Federal n.º 6.404/76.”

³⁰ “§ 2.º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo”.

sociedade atuará para alcançar o seu propósito final, a realização dos lucros para posterior distribuição entre os sócios.³¹

4.2 Teorias Institucionalistas

Em oposição às teorias contratualistas colocam-se as teorias institucionalistas. Sobre esta matéria, teoriza Modesto Carvalhosa que:

“as teorias institucionalistas (...) proclamam haver um interesse social independente ou, pelo menos, não totalmente identificado com o interesse dos sócios. Dessa forma, diante do interesse do acionista contrapõe-se outro, de ordem superior e de natureza autônoma.”³²

José de Oliveira Ascensão³³ autonomiza o interesse social em relação aos interesses individuais dos sócios. O interesse social não coincide, na sua opinião, com o interesse egoísta dos sócios ou da sua maioria.

As teorias institucionalistas atribuem às companhias uma enorme relevância devendo as mesmas serem vistas como um bem de interesse público que deve ser protegido contra a ação de quaisquer elementos, inclusive, contra a ação dos seus próprios acionistas, administradores, trabalhadores, fornecedores, etc.

José Marques Estaca, afirma:

“(...) existência de um interesse da sociedade identificada com a empresa (chamada concepção empresarialista ou institucionalista), interesse esse que seria autónomo face aos demais interesses daqueles que inter-subjectivamente se relacionam com a sociedade. Fizémo-lo partindo da natureza contratual da sociedade, a qual exige, a nosso ver, que a personalidade jurídica colectiva seja vista como um mero instrumento de execução do contrato, ou seja, conceber a pessoa jurídica como execução do contrato de sociedade – diferentemente de partilhar a sociedade como mera “roupagem jurídica” de uma agremiação ao serviço dos interesses dos respectivos membros, mas também da concepção da sociedade como mera técnica de organização de empresas.”³⁴

³¹ NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. Conflito de Interesses no Exercício do Direito de Voto nas Sociedades Anónimas (1.ª parte). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. n. 24, Editora Revista dos Tribunais, Abr-Jun/2004, p. 154

³² CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à lei de sociedades anónimas: Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. 3.ed., vol. II, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 447

³³ ASCENSÃO, Jose de Oliveira. *Direito Comercial – Sociedades Comerciais – Parte Geral – Volume IV* – Lisboa, 2000, p. 68-69.

³⁴ ESTACA, José Nuno Marques. *O interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais*. Almedina, Coimbra, Outubro, 2003, p. 72

Nesse sentido, também, António Pereira de Almeida³⁵ refere que o interesse social corresponde ao interesse da empresa como entidade coletiva que constitui o substrato da sociedade comercial, ou seja, existe um interesse da sociedade que pode não coincidir com o interesse de cada um dos sócios ou grupo de sócios.

O principal argumento relevante destas teorias, consiste no entendimento que o interesse da sociedade corresponde ao interesse da companhia, enquanto pessoa jurídica distinta das pessoas de seus membros, de maneira que os acionistas devem exercer o voto nas deliberações sociais no interesse da companhia, não podendo, de forma alguma, fazer prevalecer quaisquer outros interesses³⁶ em detrimento do interesse social.³⁷

4.3 Interesse social na Lei das Sociedades Anônimas Brasileira: regime dualista

A Lei das Sociedades Anônimas Brasileira adota um regime dualista. Enquanto o artigo 115 da Lei 6.404/76 recepciona uma visão contratualista do interesse social, conforme acima assinalado, o § Único do artigo 116 da Lei 6.404/76, que trata dos deveres do acionista controlador, reconhece o caráter institucional das sociedades anônimas³⁸, sobretudo das grandes companhias, quando admite e estabelece que “o acionista controlador deve usar o seu poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social”.

O regime dualista adotado pelo legislador na Lei 6.404/76, conforme Luiz Gastão Paes de Barros Leães³⁹ bem sintetiza, deve ser entendido, “não como o somatório dos interesses privados dos sócios, nem como um interesse autónomo desvinculado dos interesses dos acionistas da companhia, mas como o interesse comum dos sócios (*qua socii* e não enquanto indivíduos), norteador no sentido da realização do objeto social”.

5. Acordo Parassociais no Código das Sociedades Comerciais Português

O Código das Sociedades Comerciais (republicado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março) admite, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 17.⁴⁰, a

³⁵ ALMEIDA, António Pereira de. *Sociedades Comerciais*, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 53.

³⁶ Estas teorias reconhecem nas companhias a existência de uma confluência de interesses, inerentes aos seus acionistas, administradores, credores e empregados.

³⁷ NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. Conflito de Interesses no Exercício do Direito de Voto nas Sociedades Anónimas (1.ª parte). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 24, Editora Revista dos Tribunais, Abr-Jun/2004, p. 151

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 225 leciona que: “(...) o direito moderno assina ao acionista controlador o dever de obrar, também, no interesse da empresa – que ultrapassa o âmbito puramente societário – bem como em prol do bem geral da comunidade em que atua a empresa. Obviamente, esses interesses gerais, na lógica econômica e no sistema jurídico, só podem ser atendidos enquanto esta existir e desenvolver a atividade constante do objeto estatutário.” Grifamos e sublinhamos.

³⁹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Conflito de Interesses e Vedação de Voto nas Assembleias das Sociedades Anónimas, *Revista de Direito Mercantil – Industrial, Económico e Financeiro*, n. 92/107, Editora Revista dos Tribunais, Out-Dez/1993, p. 107

⁴⁰ “O n.º 1 do Artigo 17.º do Código das Sociedades Comerciais, *in verbis*: “Os acordos parassociais celebrados entre todos ou entre alguns sócios pelos quais estes, nessa qualidade, se obriguem a uma conduta não proibida por lei têm efeitos entre os intervenientes, mas com base neles não podem ser impugnados actos da sociedade ou dos sócios para com a sociedade.”

celebração de acordos parassociais⁴¹. O pacto entre os acionistas, no entanto, é considerado apenas uma relação obrigacional, não se estendendo à sociedade, ou seja, possui uma eficácia contida *inter partes*.

Nesse sentido, transcreve-se parte do Acórdão do STJ:

“I - As convenções de voto não são oponíveis à sociedade, a qual aparece perante elas como terceiro – respeitam apenas à relação entre os membros do sindicato de voto. (...) X – O incumprimento ilícito de acordo parassocial só gera, para quem o violou responsabilidade civil se tiver procedido com culpa e a prova da falta de culpa por quem o violou não está limitada pelo que consta da acta.” (Ac. STJ, de 11.3.1999: JSTJ00036185/ITIJ/Net, *BMJ*, 485.º-432, e *RLJ*, 132.º-41, com anotação de Pinto Monteiro)⁴².

Outros aspectos que diferem do ordenamento jurídico brasileiro são previstos nos n.ºs 2 e 3 do artigo 17.º do Código das Sociedades Comerciais que determinam, respectivamente, que no acordo de parassocial pode ser estabelecida, alguma regra sobre o exercício do direito de voto mas é vedado interferir na “conduta dos intervenientes ou de outras pessoas no exercício de funções de administração ou de fiscalização e que são nulos os acordos pelos quais um sócio se obriga a votar”:

“a) Seguindo sempre as instruções da sociedade ou de um dos seus órgãos;

b) Aprovando sempre as propostas feitas por estes;

c) Exercendo o direito de voto ou abstendo-se de o exercer em contrapartida de vantagens especiais.”

Desta forma, o tema é assim tratado por Menezes Cordeiro:

“(...) os acordos parassociais podem respeitar ao exercício de voto: seja no tocante a aspectos pontuais, seja no que respeita à estratégia geral da sociedade. Por vezes, implicam verdadeiras deliberações prévias. Podem ainda regular o regime das participações sociais, fixando preferências ou variados processos de alienação.

⁴¹ O legislador português adotou, no artigo 17.º do Código das Sociedades Comerciais, a disciplina do artigo 35.º da Proposta de Quinta Directriz de Direito da União, relativa a sociedades comerciais, de 19-Ago.-1983, ligeiramente modificada em 1989, apesar dela não ter sido aprovada.

⁴² ABÍLIO NETO. *Código das Sociedades Comerciais – Jurisprudência e Doutrina*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, Março 2003, p. 126.

Neles os sócios podem obrigar-se a subscrever aumentos futuros de capital ou a constituir novas sociedades complementares.”⁴³

Nesse sentido, também o Acórdão do STJ, supra referido:

“(...) V – As convenções do voto podem incidir sobre órgãos de administração ou de fiscalização numa dupla vertente – reportando-se à escolha dos titulares dos diversos órgãos ou à sua exoneração; visando incidir sobre a forma como estes exercem as funções em que foram investidos (mas os acordos não podem condicionar a actividade dos administradores ou dos membros do conselho fiscal). VI – É inexigível o vínculo que imponha o voto para eleger administrador alguém que não reúna as mínimas capacidades ou idoneidade para exercer o cargo. (...)” (Ac. STJ, de 11.3.1999: JSTJ00036185/TTIJ/Net, *BMJ*, 485.º-432, e *RLJ*, 132.º-41, com anotação de Pinto Monteiro)⁴⁴

Admitem-se pactos pelos quais os acionistas regulam os seus interesses, mas a actuação dos órgãos é alheia a estes. Daí que uma parte no acordo parassocial que desempenhe funções na sociedade fique completamente liberada no exercício dessas funções. Nada lhe pode ser imposto, não estando sujeita sequer a indenização de perdas e danos pelos atos sociais que praticar.⁴⁵

O Código de Valores Mobiliários possui uma norma específica referente à celebração de acordo parassocial nas sociedades abertas. O n.º 1 do seu artigo 19.º, determina que os acordos parassociais “que visem adquirir, manter ou reforçar uma participação qualificada em sociedade aberta ou assegurar ou frustrar o êxito de oferta pública de aquisição devem ser comunicados à CMVM⁴⁶ por qualquer dos contraentes no prazo de três dias após a sua celebração”.

Menezes Cordeiro⁴⁷ afirma ainda que “a CMVM poderá determinar a publicação total ou parcial do acordo – n.º 2 e complementa que o n.º 5 considera anuláveis as deliberações sociais tomadas na base de acordos não comunicados ou não publicados, salvo se os votos em causa não tiverem sido determinantes.”

Não obstante as considerações supra traçadas, é importante salientar que estando no âmbito do Direito privado, é perfeitamente viável a aplicação do princípio da

⁴³ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, *Das Sociedades em Geral*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 566.

⁴⁴ ABÍLIO NETO. *Código das Sociedades Comerciais – Jurisprudência e Doutrina*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, Março 2003, p. 126.

⁴⁵ ASCENSÃO, Jose de Oliveira. *Direito Comercial – Sociedades Comerciais – Parte Geral* – Volume IV – Lisboa, 2000, p. 297

⁴⁶ CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

⁴⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, *Das Sociedades em Geral*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 580.

liberdade contratual, previsto no artigo 405.⁴⁸ do Código Civil Português. Nada impede às partes, respeitados os princípios gerais e as regras que regem as obrigações, celebrar contratos atípicos, que incluam elementos parassociais. Neste caso, os acordos parassociais atípicos *per si* não serão inválidos, e caberá ao intérprete analisar a sua validade, verificando se foram ou não violadas normas imperativas.⁴⁹

CONCLUSÃO

Os acordos de acionistas, no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que abranjam matérias que não estejam elencadas no art. 118 da Lei 6.404/76, são válidos e devem ser absolutamente respeitados pela sociedade e seus administradores, mesmo que não tenham sido partes signatárias dele, desde que compatíveis com o interesse da companhia e arquivados na sede da companhia.

A legislação portuguesa estabelece que os acordos parassociais, além de não vincularem a sociedade, estão sujeitos a uma série de restrições quanto às matérias que podem conter. Uma das restrições mais significativas, em confronto com o que é admitido no ordenamento jurídico brasileiro, refere-se à vedação da administração e da fiscalização da sociedade serem incluídos no seu universo.

As questões aqui abordadas não trazem apenas contornos jurídicos, mas também negociais pelo que este trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema ou de responder às questões atinentes a esta problemática, esperando-se que as considerações traçadas sejam úteis no sentido de estimular a reflexão e a continuação sobre a temática em apreço.

BIBLIOGRAFIA

ABÍLIO NETO. *Código das Sociedades Comerciais – Jurisprudência e Doutrina*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, Março 2003

ALMEIDA, António Pereira de. *Sociedades Comerciais*, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

ASCARELLI, Tullio. *Studi in tema di società*, Giuffrè, 1952.

ASCENSÃO, Jose de Oliveira. *Direito Comercial – Sociedades Comerciais – Parte Geral – Volume IV* – Lisboa, 2000.

BARBI FILHO, Celso. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina geral. *Revista de Informação Legislativa*, nº 152, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, Outubro/Dezembro 2001.

BERTOLDI, Marcelo. M. e Márcia Carla Pereira Ribeiro. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 3ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BULGARELLI, Waldírio. *Manual das sociedades anônimas*. 10 ed. – São Paulo: Atlas, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, São Paulo: Lejus, 1999.

⁴⁸ “Artigo 405.º (Liberdade contratual) 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.”

⁴⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, *Das Sociedades em Geral*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 587.

- CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. 3.ed., vol. II, São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros e Nelson Eizirik. *A nova lei das sociedades anônimas*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARRETO, Celso de Albuquerque. *Acordo de Acionistas*, Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3.ed., São Paulo: Forense, 1983.
- _____. *Direito Empresarial*, São Paulo: Saraiva, 1995.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, *Das Sociedades em Geral*, Almedina, Coimbra, 2004.
- ESTACA, José Nuno Marques. *O interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais*. Almedina, Coimbra, Outubro, 2003.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novais. *Conflito de Interesses nas Assembléias de S.A.*, São Paulo: Malheiros, 1993.
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 1997.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Conflito de interesses entre sociedades controladora e controlada e entre coligadas, no exercício do voto em assembléias gerais e reuniões sociais. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. n. 51/30, Editora Revista dos Tribunais, Jul.-Set./1983.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1980.
- _____. Conflito de Interesses e Vedação de Voto nas Assembleias das Sociedades Anônimas, *Revista de Direito Mercantil – Industrial, Económico e Financeiro*, n. 92/107, Editora Revista dos Tribunais, Out-Dez/1993.
- LOBO, Jorge Joaquim. *Sociedades Limitadas*, volume 1, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. Conflito de Interesses no Exercício do Direito de Voto nas Sociedades Anônimas (1.^a parte). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. n. 24, Editora Revista dos Tribunais, Abr-Jun/2004.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 160
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Interesse social: concepção clássica e moderna. O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*. Almedina, Coimbra, 2005.
- _____. A Natureza das Coisas, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2001.
- VENTURA, Raúl – Sociedade por Quotas III, Almedina, Coimbra, 1996.
- VITA, Caio Druso de Castro Penalva e Eugênio de Souza Kruschewsky. Sociedade de Economia Mista: A Exclusão do Acionista no Conflito de Interesses. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, n.29, Salvador: jan./dez.2002
- WALD, Arnoldo. O acordo de acionistas e o poder de controle do acionista majoritário, *RDM*, nova série, ano XXXVI, v. 110/7-15, abr.-jun. 1988.
- ZANINI, Carlos Klein. A Doutrina dos “Fiduciary Duties” no Direito Norte-Americano e a Tutela das Sociedades e Acionistas Minoritários frente aos Administradores das Sociedades Anônimas”, *Revista de Direito Mercantil*, nº 109.

A CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL (TCFA) NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Helena Telino Neves¹

A Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA foi instituída pela Lei Federal nº 10.165, de 27 de dezembro de 2000, dando nova redação aos artigos 17-B, 17-C, 17-D, 17-F, 17-G, 17-H, 17-I, 17-O e acrescentando os artigos 17-P e 17-Q à Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente brasileira.

A supracitada taxa é cobrada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA com o fim de controlar e fiscalizar as atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais no Brasil.

A TCFA tem recolhimento trimestral, por estabelecimento, e seus valores são determinados de acordo com o enquadramento da empresa, que depende essencialmente das seguintes variáveis: o porte da empresa² e o potencial de poluição ou grau de utilização de recursos naturais da atividade³. Além da obrigação de pagar a TCFA, o referido diploma legal também impõe aos contribuintes a obrigação de entregar, até o dia 31 de março de cada ano, relatório das atividades exercidas no ano anterior⁴, cujo objetivo é colaborar com os procedimentos de controle e fiscalização do IBAMA.

A TCFA foi criada em substituição ao tributo instituído pela Lei nº 9.960 de 2000, qual seja: Taxa de Fiscalização Ambiental (TFA), que foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 2178-8:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 8º DA LEI Nº 9.960, DE 28.01.2000, QUE INTRODUZIU NOVOS ARTIGOS NA LEI Nº 6.938/81, CRIANDO A TAXA DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL (TFA). ALEGADA INCOMPATIBILIDADE COM OS ARTIGOS 145, II; 167, IV; 154, I; E 150, III, B, DA

¹ Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Licenciada em Ciências Biológicas pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada da *Ius Natura* - Direito & Ambiente. Pós-graduada em Direito Público pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais. Mestranda em Direito do Ambiente pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

² Determinado em conformidade com o § 1º do artigo 17 D da 6.938/81.

³ O potencial de poluição e o grau de utilização de recursos naturais de cada uma das atividades sujeitas à fiscalização encontram-se definidos no Anexo VIII. Caso o estabelecimento exerça mais de uma atividade sujeita à fiscalização pagará a taxa relativamente a apenas uma delas, pelo valor mais elevado.

⁴ O Relatório Anual de Atividades deve ser entregue pela internet através do site: <http://www.ibama.gov.br> ou por carta registrada, conforme modelo do Anexo IV da Instrução Normativa IBAMA 10/01.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Dispositivos insuscetíveis de instituir, validamente, o novo tributo, por haverem definido, como fato gerador, não o serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte, pelo ente público, no exercício do poder de polícia, como previsto no art. 145, II, da Carta Magna, mas a atividade por esses exercida; e como contribuintes pessoas físicas ou jurídicas que exercem atividades potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos ambientais, não especificadas em lei. E, ainda, por não haver indicado as respectivas alíquotas ou o critério a ser utilizado para o cálculo do valor devido, tendo-se limitado a estipular valores uniformes por classe de contribuintes, com flagrante desobediência ao princípio da isonomia, consistente, no caso, na dispensa do mesmo tratamento tributário a contribuintes de expressão econômica extremamente variada. Plausibilidade da tese da inconstitucionalidade, aliada à conveniência de pronta suspensão da eficácia dos dispositivos instituidores da TFA. Medida cautelar deferida". (disponível em www.stf.gov.br)

As alterações objeto do projeto que originou a Lei nº 10.165/00 procuraram retirar os vícios que ensejaram a ação de controle concentrado de constitucionalidade da antiga TFA pela Suprema Corte brasileira. Na análise de constitucionalidade da antiga TFA, foram abordadas três questões: a falta de definição do serviço prestado, a falta de especificação dos contribuintes e a falta de definição das alíquotas do valor devido.

Antes, porém, de refletirmos sobre tais vícios, mister fixar o conceito jurídico de taxa no ordenamento brasileiro. A Constituição Federal de 1988 assim dispõe:

"Art. 145 CF/88: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição".

Ainda, consoante o Código Tributário Nacional:

"Art. 77 CTN: As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

§ único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto, nem ser calculada em função do capital das empresas". (grifos nossos)

Assim sendo, o exercício regular do poder de polícia e a prestação de serviço público específico e divisível são as duas facetas deste tipo de tributo.

Anteriormente e de forma equivocada, a Lei nº 9.960/00 instituía a mera atividade da empresa como fato gerador do antigo tributo. A Lei nº 10.165/00 procurou sanar este erro determinando como fato gerador da TCFA o serviço prestado pelo exercício regular do poder de polícia conferido ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA para controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais (art. 17B da Lei nº 6.938/81).

A falta de especificação dos contribuintes que deveriam ser fiscalizados foi sanada pelo artigo 17C: "É sujeito passivo da TCFA todo aquele que exerça as atividades constantes do Anexo VIII desta lei". O universo dos contribuintes foi bem definido, abrangendo todos aqueles que exercem atividades potencialmente poluidoras, claramente especificadas no Anexo VIII da Lei nº 6.938/81.

Por fim, a falta de definição de alíquotas que equiparavam atividades com potenciais de poluição distintos, também foi corrigida. O princípio da isonomia restou preservado na nova redação, pagando os sujeitos passivos maior ou menor taxa em função da potencialidade poluidora da atividade que exercem, a partir de variados critérios e não somente em função de sua receita bruta, conforme dispõe o Anexo IX da Lei nº 6.938/81.

Não obstante a tentativa prévia do legislador em sanar possíveis vícios constitucionais, a Lei que instituiu a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental está sendo alvo de questionamentos quanto à sua constitucionalidade, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2422-1, em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Um dos argumentos da inconstitucionalidade da TCFA se refere ao exercício regular do poder de polícia pelo IBAMA ou o que se costuma caracterizar como sendo serviço específico, ou seja: aquele que deve ser efetivamente prestado. Tal argumento

não procede, uma vez que o controle e a fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais representa o serviço prestado no exercício do poder de polícia, exercido permanentemente por meio de inspeções *in loco*, monitoramentos via satélite ou outros meios tecnológicos modernos, além das análises dos relatórios anuais, objetivando a prevenção e coação no exercício das atividades potencialmente poluidoras, sendo possível medir e atribuir aos sujeitos passivos a vantagem pelo serviço prestado no exercício regular do poder de polícia do IBAMA.

Tão pouco há que se alegar conflito de competências, pois a competência material do artigo 23 da Constituição Federal de 1988 foi designada como “comum” no que tange à questão ambiental, nos seguintes termos:

“Art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII – preservar as florestas, a fauna e a flora (...)”

Nota-se que todos os entes políticos foram convocados para uma ação conjunta e permanente, principalmente no que tange à tutela ambiental, tema de extrema importância por repercutir na qualidade de vida. O exercício das competências materiais comuns deve ser norteado pelo ideal de colaboração entre as pessoas político-administrativas, não podendo prevalecer a supremacia de qualquer Poder.

Todavia, enquanto não houver a decisão final da Suprema Corte brasileira, a Lei nº 10.165/00 permanece válida. Assim, a taxa continua sendo exigível, exceto daqueles que a estão questionando judicialmente. Nestes casos, por estar a questão *sub judice*, o IBAMA não poderá cobrar a taxa. As empresas que não estão pagando-a, nem a questionando em juízo, estão em situação irregular perante o IBAMA, que poderá tomar as medidas que entender cabíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Forense, 2002.

NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

A tributação do ambiente como instrumento de política ambiental – vantagens e desvantagens à sua aplicação

Kelly Cristina Silva¹

Com a incorporação ao Direito Comunitário do **Princípio do Poluidor-Pagador**, instrumentos públicos destinados aos produtores e consumidores para que estes considerem, nas suas actividades, a componente ambiental passaram a ser mais valorados. Este princípio - que tem origem nas ciências económicas – reflecte o efeito externo negativo de uma actividade económica, custo que um sujeito causa a outro em razão de actividade económica exercida. A tributação ambiental baseia-se, assim, no fato de que o indivíduo que gera um custo social decorrente da sua actividade económica internalize este custo, ou seja, pague por ele.

Os instrumentos fiscais aplicados ao ambiente visam a agregação de todos os custos ambientais externos havidos durante o ciclo de vida completo do produto, isto é, desde os seus insumos, passando pela produção, distribuição e uso até a sua eliminação final; o objectivo é fazer com que os produtos “ecológicos” não tenham uma desvantagem financeira perante aqueles que causam degradação. Para tal deve-se, principalmente, criar um mecanismo de fixação de preços por meio do cômputo dos recursos naturais e ambientais em termos económicos – tendo-se em conta que muito da poluição e da degradação ambiental vêm da estipulação incorrecta de preços de bens e serviços que são consumidos, elaborar indicadores dos recursos renováveis que espelhem as taxas de utilização e renovação destes mesmos recursos, além de alterar os conceitos, normas e metodologias contábeis, a fim de inserir o uso e o consumo dos recursos naturais nos custos totais de produção, considerando, ainda, que há uma variação espacial e temporal das externalidades.

Uma vantagem atribuída aos impostos ambientais é o duplo dividendo obtido, ou seja, obter-se-ia efeitos ambientais, distributivos e económicos. Mas para alcançar este duplo dividendo, em primeiro lugar o sistema fiscal tem de ser inicialmente sub óptimo, isto é, tem que haver perdas de eficiência relacionadas com os impostos existentes. Além disso, o duplo dividendo não se verifica se o imposto ambiental recair principalmente sobre o factor com a carga excedentária marginal maior, ou seja, o imposto ambiental deve incidir sobre um factor fixo, em que a carga excedentária marginal é relativamente baixa. Um exemplo disso é a tributação da energia, sobre a qual já recai uma grande carga fiscal na maioria dos países europeus.

Contudo, faz-se necessário ponderar que quanto mais eficiente **for** um imposto, menos receita será angariada (apesar de que realisticamente isto não foi ainda comprovado) e o efeito do imposto é sentido diferentemente pelos diversos sectores da economia. Ao pretender alterar o comportamento dos consumidores/produtores, realizando uma internalização de custos, o imposto produz um custo adicional que não é por ele mesmo absorvido. A personalização e o cômputo dos custos são, muitas vezes, de difícil aferição.

¹ Especialista em Políticas Públicas de Gestão Governamental em Minas Gerais, licenciada em Direito e Administração Pública, mestranda em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Outra desvantagem que se verifica com relação à aplicação dos impostos ambientais é que eles surtem efeitos no longo prazo, ou seja, não têm grande aplicabilidade para resolver problemas ambientais imediatos.

Tendo em vista a equidade, pode-se também argumentar contra a adopção de instrumentos fiscais² na resolução dos problemas ecológicos: a tributação ambiental obriga o poluidor a suportar custos superiores àqueles a que, conforme o princípio do poluidor pagador, estaria obrigado e, por outro lado, tem, com frequência, associado um aspecto regressivo. O princípio do poluidor pagador no seu sentido tradicional significa que o poluidor deve suportar os custos da prevenção, controle e eliminação das emissões poluentes até o óptimo social ser atingido, ou seja, o poluidor tem a prerrogativa de fato de gerar este volume de poluição sem ficar obrigado a qualquer pagamento à sociedade, ao contrário do que se observa, via de regra, quando se recorre ao uso dos impostos ambientais. Há ainda um risco de os gravames ecológicos serem susceptíveis de desencadear, em termos económicos, um impacto negativo sobre a distribuição do rendimento.

O carácter ecológico impingido às novas normas jurídicas, técnicas e sociais pode, portanto, alterar as condições de concorrência entre empresas e países, levando estes agentes a se preocuparem com o impacto tecnológico dos seus produtos, sendo também importante a imagem e a qualidade.

No que tange à União Europeia, ela só pode editar regras fiscais com o acordo expresso de todos os Estados membros. Em matéria fiscal, vigora o princípio da unanimidade e não o da maioria qualificada, como é praxe nas questões ambientais. Assim, os poderes fiscais da União ficam bem reduzidos. A criação de impostos ecológicos deverá basear-se no art. 175 do Tratado da União Europeia – Tratado de Nice - e a adopção de medidas de harmonização de tributos internos com uma finalidade ecológica e a incitação da Comunidade a uma acção comum em matéria fiscal e económica encontra-se sob os artigos 93 a 98 deste mesmo Tratado (juntamente com o Ato Único Europeu). Este mesmo Tratado impõe, ainda, aos Estados, vetarem medidas discriminatórias (a protecção do ambiente justifica as excepções que devem, no entanto, ser compatíveis com o funcionamento do mercado comunitário, segundo os critérios da proporcionalidade, cujo objectivo principal é a não discriminação) e de conservarem uma proporção entre favorecimentos fiscais e os resultados que se podem conseguir em matéria de protecção o ambiente.

De acordo com Cláudia Dias Soares³, há um impacto macroeconómico e estrutural sobre nível de produtividade, de emprego e de preços que a fixação de elevados impostos ambientais (principalmente se forem impostos sobre os combustíveis ou os factores de produção) dá causa. Este impacto será ainda mais grave se o país que adoptar o imposto ambiental for uma pequena economia aberta e se essa adopção do imposto for feita de maneira isolada em relação a outros países que operam na mesma zona económica e dependerá em larga medida das possibilidades tecnológicas de substituição de cada sector e, no caso das empresas exportadoras, do fato de os seus concorrentes estarem ou não sujeitos a impostos semelhantes.

Os Estados que desejarem promover o equilíbrio ambiental dentro do seu território fazendo uso dos instrumentos fiscais podem, contudo, procurar novas maneiras de atenuar estes problemas, seja por meio da reciclagem da receita obtida com o imposto ecológico na diminuição da carga fiscal incidente sobre o trabalho, seja na

² SOARES, Cláudia Dias. *O imposto ambiental: direito fiscal do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, pag 70.

³ SOARES, Cláudia Dias. *O imposto ambiental: direito fiscal do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, pag 71

devolução de pelo menos parte do montante cobrado a título de imposto às empresas exportadoras mais tributadas, seja tributando as importações nos sectores afectados pelo gravame ecológico no mesmo montante que a indústria nacional⁴. Ou ainda aumentar a taxa de importação e diminuir as incidentes sobre o comércio interno, isto é, deve-se buscar um nivelamento para manter a competitividade. São ajustamentos difíceis e custosos de realizar e a legislação comunitária e a ordem internacional também representam um entrave, ou seja, idealmente, todos os países que integram um bloco económico devem avançar conjuntamente.

Actualmente discute-se em muitos países europeus a diminuição dos impostos distorcivos sobre actividades que devem ser estimuladas – como o trabalho, a poupança e o investimento – e em contrapartida o aumento dos impostos correctivos sobre actividades que devem ser desestimuladas – como a sobre-exploração de recursos, a poluição e o congestionamento.

A defesa do ambiente não pode bastar-se em um modelo sancionatório por excelência⁵, mas antes integrar-se, articular-se com modelos que reorientem comportamentos via fiscalidade, beneficiação fiscal, etc. O princípio da igualdade material está assente em uma lógica de redistribuição, ou seja, todos devem contribuir na medida de sua capacidade ou do que poluem, no caso o ambiente e em consonância com o princípio do poluidor-pagador.

Para finalizar, apontamos que uma solução factível para alcançar um nível satisfatório de eco-eficiência e promover uma mudança de comportamento no sentido de se reduzir a carga poluente e o consumo de recursos naturais e estimular uma inovação tecnológica é utilizar-se de instrumentos económicos baseados no mercado (impostos ambientais, permissões negociáveis, taxas ambientais, subsídios e incentivos ambientais e esquemas de compensação). No entanto, a adoção de somente um instrumento mostra-se ineficaz, conforme já comprovado, porque os atores, na sua racionalidade económica, sempre buscam formas de “escapar” de algum encargo porventura atribuído. Estes instrumentos baseados no mercado estão bem difundidos na Europa, mas sua aplicação varia de acordo com o país, a região e qual(is) instrumentos são utilizados, suas metas e seus resultados obtidos. Podem proporcionar mudanças do ponto de vista ambiental e também ter efeitos como o fortalecimento da capacidade institucional e a utilidade/disponibilidade da informação, bem como consequências económicas positivas em termos de mudança tecnológica. Os estados do leste europeu têm utilizado, mas com menor impacto porque o nível de renda da população é menor.

Um outro problema é que, como os problemas ambientais são transfronteiriços, o ponto óptimo para resolução ou abrandamento só seria possível se o maior número possível de países adoptasse pacotes de medidas e instrumentos eficientes para sanar estes problemas.

BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ, Luiz Ortega. *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, 2 edición, Editorial Lex Nova Valladolid, 2000.

CORDINI, Giovanni. *Diritto ambientale : elementi giuridici comparati della protezione ambientale*. Padova : CEDAM, 1995.

⁴ OCDE, Summary Report of the Workshop on Environmental Policies and Industrial Competitiveness, 1993

⁵ LOBO, Carlos Baptista. *Estado fiscal, cidadania fiscal e alguns dos seus problemas*. In: Boletim de ciências económicas, volume XLV-A pag 573.

- LOBO, Carlos Baptista. *Estado fiscal, cidadania fiscal e alguns dos seus problemas*. In: Boletim de ciências económicas, volume XLV-A, Coimbra, 2002.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra : Almedina, 1998.
- OCDE, Summary Report of the Workshop on Environmental Policies and Industrial Competitiveness, 1993.
- RODRIGUEZ, Alberto; VILLOT, Xavier. *La Reforma Fiscal Verde : teoría y práctica de los impuestos ambientales*. Madrid : Ediciones Mundi-prensa, 1999.
- SOARES, Cláudia Dias. *O imposto ambiental: direito fiscal do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002
- _____. *O imposto ecológico-contributo para o estudo instrumentos económicos de defesa do ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- VASQUES, Sérgio. *Os impostos do Pecado, o álcool, o tabaco, o jogo e o fisco*. Coimbra: Almedina, 1999.