

FERNÃO JUSTEN DE OLIVEIRA

ABUSO DE DIREITO DO AÇIONISTA MINORITÁRIO

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Professor Doutor Marçal Justen Filho.

CURITIBA

1997

ABUSO DE DIREITO DO ACIONISTA MINORITÁRIO

por

Fernão Justen de Oliveira

Dissertação aprovada como requisito
parcial à obtenção do título de
Mestre, pela banca examinadora
integrada pelos professores:

MARÇAL JUSTEN FILHO

ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO

SILVIO RODRIGUES

S U M Á R I O

1 INTRODUÇÃO

1.1 Delimitação do tema	1
1.2 Pressupostos metodológicos	3
1.3 Plano de exposição	6

2 ABUSO DE DIREITO

2.1 Notícia histórica	8
2.2 Sentido do termo <i>abuso</i>	14
2.3 Critérios do abuso de direito	17
2.4 Consagração legal da proibição do abuso de direito	23
2.5 Abuso de direito e direito subjetivo	33
2.6 Abuso de direito e boa-fé	41
2.7 Abuso de direito e figuras afins	48
2.8 Abuso de direito e ilicitude	55
2.9 Repressão ao abuso de direito	61

3 PROTEÇÃO DO ACIONISTA MINORITÁRIO

3.1 Princípio majoritário na condução da sociedade anônima	69
3.2 Classificação dos acionistas	73
3.3 Maioria e minoria	77
3.4 Controle da sociedade anônima	80
3.5 Propriedade e controle	84
3.6 Fundamentos da proteção do acionista minoritário	89
3.7 Modalidades de direitos do acionista minoritário	94
3.8 Mecanismos frustratórios da proteção do acionista minoritário	98
3.9 As recentes alterações na Lei das Sociedades Anônimas	103

4	ABUSO DE DIREITO PELO ACIONISTA MINORITÁRIO	
4.1	Autonomia da conduta e equilíbrio entre os acionistas	110
4.2	Interesse societário e interesse dos acionistas	116
4.3	Interesse societário e função social da empresa	127
4.4	Conflito de interesses entre grupos de acionistas	132
4.5	Identificação da conduta abusiva do acionista minoritário	140
4.6	Abuso de direitos instrumentais	147
4.7	Abuso de direito de ação judicial	171
4.8	Abuso de direitos patrimoniais	182
5	REGIME DE RESPONSABILIDADE DO ACIONISTA MINORITÁRIO	
5.1	Pluralidade de sistemas repressivos	197
5.2	Responsabilidade por violação a princípio geral do direito	199
5.3	Responsabilidade por evento danoso	202
5.4	Modelos sancionatórios do abuso do acionista minoritário	207
6	CONCLUSÕES	219
7	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	227

1 INTRODUÇÃO

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA

Esta monografia propõe-se a examinar as circunstâncias e as decorrências do exercício abusivo de direitos sociais pelo acionista minoritário¹ de sociedade anônima de capital fechado - já que as companhias abertas vinculam-se a um regime jurídico distinto, pelo qual se atribui papel destacado à supervisão estatal com a previsão de reflexos importantes na composição e funcionamento da estrutura interna da sociedade. A incursão sobre as sociedades com ações cotadas em bolsa, portanto, ampliaria excessivamente o âmbito da investigação, resultando em desdobramentos alheios ao objetivo ora delimitado.

O posto de relevo que a Lei das Sociedades Anônimas conferiu à conduta abusiva praticada por titulares de ações em sociedades anônimas tem incentivado a doutrina brasileira a produzir considerável bibliografia sobre o tema. Entretanto, a totalidade dessas abordagens versa primordialmente sobre o abuso do acionista controlador, dedicando alguns parágrafos - quando muito - ao abuso do minoritário. Nenhuma injustiça reside nessa predileção da doutrina, pois é o controlador quem detém a prerrogativa de eleger o direcionamento dos negócios sociais através de votação em assembléia geral, cujas deliberações

¹ Neste texto, conforme será visto adiante, o termo *minoritário* exprime uma espécie do gênero *não-controlador*.

adstringirão também os acionistas não-controladores submetidos à condição de observadores e torcedores pelo cumprimento das finalidades da empresa. Mesmo diante da oposição destes, todo o patrimônio da companhia (inclusive a parcela originária da integralização pelos minoritários) seguirá o destino definido pela maioria, em assembléia geral.

Mas esse enfoque preferencial não importa no reconhecimento de uma cena societária maniqueísta, em que os direitos dos minoritários são invariavelmente vitimados pelos excessos do controlador. Ordinariamente, concretiza-se o desfecho legalmente previsto para a conduta do controlador, que aponta para a contemplação do interesse da sociedade (como categoria apartada do interesse individual dos acionistas). Na medida em que se declaram direitos específicos aos minoritários, necessariamente deve-se aceitar a possibilidade não só de violação desses direitos pelos outros sócios, como também e inversamente o exercício abusivo deles pelo próprio titular.

Ou seja, apesar de admitir que o controlador dispõe de mais e melhores instrumentos capazes de submeter indevidamente os minoritários, esta dissertação pretende suscitar a hipótese de os minoritários adotarem medidas administrativas e judiciais em oposição injustificada às propostas do controlador e qualificadas por um propósito obstrucionista.

1.2 PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS

O estudo ora realizado destina-se a atingir os objetivos que habilitam a dissertação de mestrado como resultado da pesquisa científica: precisão da abordagem, exaustividade da investigação e clareza da exposição, renunciando o quanto possível ao relato simplista.

Demais disso, reputou-se dispensável apresentar individualmente o entendimento dos muitos autores que se dedicaram a cada um dos assuntos que compuseram o trabalho. Primeiro, porque os limites ora estabelecidos não comportam indagação definitiva sobre questões específicas distantes do tema original, o que seguramente redundaria na submissão exclusiva a cada qual delas, justificando até um ensaio apartado. Depois, porque muito do que se escreveu constitui mera repetição dos autores fundamentais ou, não raro, de concepções ultrapassadas que a produção científica posterior, dinamicamente, encarregou-se de desaconselhar. Logo, tarefa semelhante acarretaria multiplicações e desvios de rota capazes de prejudicar o ataque direto do objeto da dissertação, ao invés de facilitá-lo.

Outra preocupação metodológica consistiu em evitar a sujeição estrita aos conceitos clássicos do século XIX, marcado por intensa modificação institucional que pretendeu sepultar definitivamente a tradição de arbítrio imperial que inspirava os governantes anteriores ao Iluminismo. Sob os auspícios da Escola Pandectista alemã, na época procurou-se limitar o poder do Estado incipiente através do estabelecimento de formulações categóricas estanques,

contidas nos Códigos, que importavam a diminuição da amplitude da interpretação subjetiva do juiz (como agente do Estado-jurisdição). Entretanto, a atualidade daqueles postulados tornou-se comprometida pela vertiginosa rapidez com que a civilização se desenvolveu e se modificou no século XX, alterando também o ritmo das relações sociais e suas emanções.

Hodiernamente, o conceptualismo forjado no século passado perdeu prestígio diante da revelação de que suas definições não encerram a natureza, a essência dos institutos jurídicos, mas um invólucro formal inadaptável às transformações fáticas: *"Uma das grandes conquistas da ciência jurídica contemporânea foi a de superar o ingênuo 'essencialismo' das definições, entendidas como se referindo a 'naturezas jurídicas' eternas e imutáveis."*² Essa realidade já fora percebida em 1973 por Fernando Augusto Cunha de SÁ, exemplificando que *"o abuso de direito revela-se-nos, afinal, como o sinal mais exacto (ou um dos sinais mais exactos) de que o mundo jurídico ultrapassou em muito os tradicionais quadros e molduras formalistas do conceitualismo, para ser a própria vida em norma, ou o constante aferir e confrontar da concreta realidade histórico-cultural com os valores jurídicos que lhe presidem, numa simbiose inelutável ou numa assimilação*

² COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. Rio de Janeiro : Forense, 1983, p. 83.

exigente de facto e de direito."³ Não é diverso o sentido do discurso de Marçal JUSTEN FILHO acerca da necessidade de afastar o conceito absoluto-unitário de pessoa jurídica e adotar um "*conceito relativo*", a fim de formular pressupostos verificáveis para a teoria da desconsideração da pessoa jurídica.⁴

Contudo, várias vezes utiliza-se neste texto a denominação clássica para os diversos institutos de direito já referidos, somente porque se entendeu ainda ser possível, nos casos específicos, a apreensão do significado atual da expressão. Em outras situações, ficou demonstrado que mesmo a denominação (e diversos conceitos) erigida no século anterior hoje mostra-se insuficiente ora para determinar ora para permitir a aplicação prática de uma nova concepção do direito que muitos autores têm chamado de pós-modernidade jurídica.⁵ Essa tentativa de instaurar novos paradigmas para a ciência jurídica realça os princípios submetidos à interpretação analógica e extensiva: racionais, científicos e ao mesmo tempo éticos, como a boa-fé, em contraposição aos herméticos conceitos oitocentistas. Trata-se do prestigiamento do juiz-

³ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Lisboa : Ministério das Finanças, 1973, p. 21.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo : RT, 1987, p. 95.

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *A abusividade nos contratos de seguro-saúde e assistência médica no Brasil*. Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 64, p. 35.

intérprete, como forma de afirmar a confiança na atividade jurisprudencial para produzir soluções ao mundo contemporâneo.⁶

De resto, anote-se que todos os textos doutrinários escritos em idioma estrangeiro, adiante referenciados, foram vertidos para o português.

1.3 PLANO DE EXPOSIÇÃO

A atividade analítica inerente à monografia de mestrado foi realizada através da dissociação dos assuntos correlacionados com o tema de fundo e a explanação isolada de cada qual.

Na primeira parte, denominada *Abuso de direito* (Capítulo 2) promove-se a caracterização do abuso de direito conforme os ditames da doutrina tradicional, não necessariamente de direito societário. Trata-se de questão recorrente em toda a extensão do trabalho, servindo de

⁶ Para Castanheira NEVES (Digesta : escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 1. Coimbra : Coimbra Ed., 1995, p. 286), "[...] bem se pode dizer que o juiz - se verdadeiramente o for ou na medida em que pela sua voz fale autenticamente o direito - é o representante originário da soberania ainda não delegada do povo'; proclamando o direito, reconhece todos e cada um dos membros da comunidade, na sua dignidade, na sua liberdade, na sua igualdade, na sua participação e na sua responsabilidade social. E, deste modo, o verdadeiro Estado democrático assim como o verdadeiro Estado-de-direito, não será o Estado simplesmente da legalidade, mas aquele em que a última palavra de validade e própria medida de poder é o direito. O Estado de justiça e de jurisdição, se quisermos."

informador para o desenvolvimento dos outros módulos e integrador deles entre si.

A segunda parte (*Proteção do acionista minoritário*, Capítulo 3) cuida de identificar a existência dos direitos do acionista minoritário e de investigá-los quantitativa e qualitativamente; sendo que a terceira parte (*Abuso de direito pelo acionista minoritário*, Capítulo 4) dedica-se a analisar os limites ao exercício desses direitos e as conseqüências do superamento da limitação.

Na quarta e última parte (*Regime de responsabilidade do acionista minoritário*, Capítulo 5), discorre-se sobre a responsabilidade do acionista minoritário decorrente do exercício abusivo, frente à sociedade e ao controlador. Seguem, por fim, as conclusões e as referências bibliográficas.

2 ABUSO DE DIREITO

2.1 NOTÍCIA HISTÓRICA

A noção de *abuso de direito* remonta ao direito romano, em cujos brocardos se eternizou. E configurou efetivamente uma mera noção, pois os romanos não se valeram de terminologia específica para identificá-lo como instituto jurídico⁷, da mesma forma que deixaram de formular um conceito cientificamente apreciável de abuso de direito.

Atribui-se a GAIUS a idéia de proibição do abuso dos direitos, como forma de impedir que os donos maltratassem seus escravos e de justificar a interdição dos pródigos ("*male enim nostro jure uti non debemus*" - não devemos usar mal nosso direito)⁸, revelando a pretensão de conferir um sentido econômico à condenação do abuso. Com vista nesse argumento, ULPIANO (fr. 1,12 D, *de aqua et aquae* 39,3) considerou inviável a limitação do exercício de direito, ainda que em prejuízo de terceiro: "*contra aquele que, socavando sua propriedade, dirige a outro lugar a fonte do vizinho, não se pode fazer nada, nem promover uma ação de*

⁷ Luis Alberto WARAT (Abuso del derecho y lagunas de la ley. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1969, p. 42) concordou que não se pode falar de abuso de direito em Roma porque os pretores amoldavam o direito às necessidades da vida real, virtualmente formulando o direito novo de acordo com a equidade e não com o direito subjetivo, instituto desconhecido dos romanos.

⁸ RODRIGUEZ-ARIAS, Lino. El abuso del derecho. Buenos Aires : EJE, 1971, p. 13.

dolo; e na realidade não deve haver ação se ele faz isso não com a intenção de prejudicar o vizinho, mas sim de melhorar seu campo."⁹ Vigia, portanto, a tese do absolutismo dos direitos subjetivos, como revelam as expressões: "*nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*" - ninguém que usa seu direito pode ser acusado de prejudicar outro (fr. 55 de div. reg. jur. 50,17, Gaius); "*non videtur vim facere qui jure suo utitur et ordinaria actione experitur*" - ninguém causa dano a outrem, a não ser que tenha feito algo que não tinha direito de fazer (fr. 151 cód. Paulis)¹⁰ e a máxima "*neminem laedit qui jure suo utitur*" - ninguém prejudica outro quando usa seu direito. Na concepção romana, portanto, a boa-fé aliada à ampla fruição do direito, como o de propriedade¹¹, impediam a alegação de abuso, que somente se configurava se a produção de dano a outrem se revestisse de intencionalidade.

⁹ A frase original foi transcrita por RODRIGUEZ-ARIAS, ob. cit., p. 14: "*cum eo qui in suofodiens vicini fontem avertit nihil posse agi, nec de dolo actionem; et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit*".

¹⁰ LUNA, Everardo da Cunha. Abuso de direito. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1988, p. 110.

¹¹ Nas sociedades primitivas que praticamente desconheciam as atividades econômicas secundária e terciária, a terra encerrava a origem de toda riqueza. A detenção da terra determinava a opulência ou a miséria. Por isso, o instituto da propriedade foi exaustivamente manejado pelo direito romano, tornando-se a matriz do padrão de conduta dos cidadãos em torno da qual orbitaram outros institutos de direito até obterem importância autônoma depois reconhecida.

Esses são dados que não escaparam à atenção de ampla gama de estudiosos¹² do direito antigo; ao inverso, apontam-se esses característicos como típicos daquela época e informadores da doutrina francesa moderna, a quem usualmente se atribui a conceituação do instituto. Todavia, há vozes discordantes em conceder ao direito ocidental o mérito da proposição acerca do abuso de direito. Mahmoud FATRHY¹³ publicou em 1903 o trabalho intitulado *La doctrine musulmane de l'abus des droits*, no qual anunciou que a teoria do abuso de direito já fora desenvolvida anteriormente pelos juristas muçulmanos. Seguiram-se a ele diversas publicações na Argélia, Cairo e na própria Europa concordando com a tese e demonstrando que a doutrina muçulmana avançara há bastante tempo e com muita propriedade sobre o tema.¹⁴ Ao inverso do que comumente se

¹² Blumner, Saleilles, Appleton (referidos por RODRIGUEZ-ARIAS, ob. cit., p. 13 e seguintes), Jossierand, Cornil, Charmont, Castro Mendes, G. Grosso, Rotondi, Riccobono e Scialoja (mencionados por Cunha de SÁ, ob. cit., p. 48).

¹³ Luis Alberto WARAT (ob. cit., p. 45) chamou-o Mahomed FATHY.

¹⁴ Como noticiou RODRIGUEZ-ARIAS, ob. cit., p. 23. Luis Alberto WARAT (ob. cit., p. 46) opinou no sentido inverso, considerando que o direito muçulmano não invocou o abuso de direito, mas sobrepôs os planos normativos jurídico (direito) e metajurídico (moral e religião), resultando que o que o ocidente chama de *abuso de direito* não passa de uma espécie de *pecado jurídico* para os muçulmanos. A regra basilar do cristianismo relata fundamento norteador do abuso ("*Não faça aos outros o que não deseja que lhe seja feito*"). Mais ainda, toda a estrutura religiosa tende a reprimir a figura do *abuso*, assim entendido o exercício *inadequado* de direitos de que alguém inequivocamente é titular.

supõe, o direito do Sião não se restringiu apenas ao moralismo religioso, próprio verdadeiramente do direito penal muçulmano, e ao âmbito metajurídico¹⁵, mas se expandiu, quanto ao abuso de direito, em um sistema de casos solucionados empiricamente. A conjugação desses casos permitiu-lhes a adoção de soluções uniformes reconhecidas e anunciadas como padrões a serem seguidos. À identidade do romano, o sistema muçulmano voltou-se ao abuso de direito investigando os limites ao exercício do direito de propriedade, notadamente em vista das situações de fato que, se permitidas, impediriam totalmente o vizinho de desfrutar de sua propriedade. Trata-se de informe histórico de relevância diminuta para a tradição jurídica ocidental.¹⁶

A doutrina da *æmulatio* obteve grande repercussão e prestígio durante o medievo e veio mitigar o absolutismo do direito subjetivo consagrado pelos jurisconsultos do apogeu latino. Foram os canonistas quem definiram a proibição da prática de atos caracterizados pela intenção danosa a inspirar o exercício do direito, a par de serem inúteis para o titular do mesmo direito. O embasamento filosófico da *æmulatio* consistiu em dotar de relatividade o exercício

¹⁵ Luis Alberto WARAT (ob. cit., p. 46) considerou metajurídicos "os sistemas reguladores não cristalizados em normas jurídicas".

¹⁶ Considerações similares à do direito muçulmano são encontradas em todos os sistemas jurídicos embasados na tradição religiosa, como o israelita, por exemplo.

de direitos, tal como externada pelo pensamento tomista baseado na divindade e tão característico da Idade Média: *"só a Deus corresponde um dominium absoluto: secundário e relativo, por conseqüência, é o dominum correspondente aos homens."*¹⁷

Por outro lado, não são poucos os doutrinadores que se negam a reconhecer na Roma clássica e nos institutos dela derivados a origem da teoria do abuso de direito. Em direção oposta aos romanistas, Fernando Augusto Cunha de SÁ identificou as origens da teoria do abuso de direito em momento muito mais adiantado, precisamente na segunda metade do século XX, sem a relacionar com o *dominium* romano, mas com a *"reação à mentalidade que o século anterior impusera ao mundo dos códigos de direito privado e às contradições ínsitas entre os princípios formulados e a prática, quer no âmbito das relações entre os particulares quer no das relações entre esses e a administração pública."*¹⁸ Assim, o prestigiamento da idéia de *abuso de direito* teria decorrido, no campo filosófico-político, do movimento socialista então emergente, cuja tendência era refrear as prerrogativas absolutas atribuídas ao direito subjetivo tão prezado pelo individualismo liberalista.

Em todo caso, parece inegável que as alterações econômicas advindas da modificação dos meios de produção e da massificação industrial também contribuíram

¹⁷ LUNA, ob. cit., p. 112.

¹⁸ SÁ, ob. cit., p. 51.

decisivamente para o reconhecimento da figura do abuso de direito e, na prática, esses fatores refletiram o estabelecimento de um sistema jurídico consagrador de *direitos* mas repressor do *abuso* capaz de prejudicar a finalidade econômica desejada com o exercício do direito.

Seja qual for a origem histórica do instituto do *abuso de direito*, a idéia central extraível é a limitação da autonomia privada ou pública. Afinal, a figura do exercício abusivo das competências administrativas eventualmente até antecedeu o desenvolvimento dos institutos privados similares. O *desvio de poder*, como instituto criado especialmente pela jurisprudência francesa, remonta ao início do século.¹⁹ Sempre se pode vislumbrar nos ciclos histórico-jurídicos que se sucedem periodicamente a sublimação da individualidade em contraposição aos interesses comunitários ou a prevalência destes em relação ao indivíduo. Também essa informação permite concluir que a compreensão primeira do *abuso de direito* não se restringiu a um específico cenário histórico, mas sim a partir da conjugação de vários momentos que se vêm sobrepondo e compartilharam o idêntico pressuposto do prestigiamto de interesses socialmente mais abrangentes em detrimento da autonomia privada.

¹⁹ Adiante será visto que o *abuso de direito* se aproxima de figuras análogas características do direito público. Isso parece significar que a formulação da doutrina do *abuso de direito* derivou de uma *publicização* do direito, transformando-se *direito subjetivo* em *função jurídica*.

2.2 SENTIDO DO TERMO ABUSO

A repulsa ao princípio do absolutismo do direito subjetivo²⁰ implicou na formulação da teoria do ato abusivo. A discussão centra-se em sopesar as variantes que determinam a relatividade dos direitos²¹ e a identificação do abuso.

De plano, é preciso restringir o alcance semântico da expressão *abuso*, que recebe ampla acolhida no direito brasileiro e no estrangeiro em vista da pluralidade de circunstâncias de fato em que é possível adotar um *mau uso* dos instrumentos juridicamente disponíveis. Utiliza-se o termo, mesmo conscientemente, para identificar situações diferentes entre si, podendo-se mencionar o *abuso* de bebida

²⁰ Luis Alberto WARAT (ob. cit., p. 37) apontou que a idéia do absolutismo do direito subjetivo surgiu no art. 544 do Código Napoleônico que afirmava: "*A propriedade é o direito de gozar de uma coisa da maneira mais absoluta*". Ressaltando o caráter puramente emotivo do enunciado, o autor afirmou que o direito absoluto é "*um verdadeiro contra-senso, a negação mesma do ato regulador*."

²¹ Luis Alberto WARAT (ob. cit., p. 80 e 81) discordou da identidade conotativa entre a relatividade dos direitos e o abuso de direito. Em sua concepção, o abuso de direito integra uma dimensão jurídica autônoma, servindo de "*máscara*" para a invocação velada pelo juiz de uma certa "*consciência jurídica coletiva*" capaz de respaldar decisões judiciais em "*normas de coexistência espontâneas e auto-aceitas pelo grupo*". Essa posição ressalta do conceito de "*metajuridicidade*" adotado pelo autor. Ao inverso, Marçal JUSTEN FILHO (Desconsideração..., p. 41) estabeleceu a comparação como possível e mesmo necessária para admissão da figura do abuso: "*Somente se possibilita a alusão a um `abuso de direito' desde que se admita que o direito subjetivo não existe em função da vontade ou do interesse privado do seu titular - mas que é atribuído em função da realização de interesses e valores outros, transcendentais ao individual. Enquanto absoluto o direito, não há como referir-se a um abuso*."

alcoólica, *abuso* de menores, *abuso* de poder econômico, *abuso* de poder de controle, *abuso* de representação como exemplos da diversidade de alusões atribuídas ao vocábulo. Ainda que a significação de todas as expressões esteja condicionada ao excesso danoso, não se pode estender a mesma configuração jurídica indistintamente para todas elas. O *abuso* de menores certamente não se contrapõe a um *uso reconhecidamente legítimo de menores*, assim como *abuso de bebida alcoólica* encontra um significado pouco técnico, destinado apenas a esclarecer o exagero no consumo. No mais das vezes, *abuso* encontra um senso comum, até quando referido pela lei, cuja interpretação somente será considerada quando da aplicação ao caso concreto. Já os outros *abusos* mencionados indicam que uma conduta anteriormente referendada pelo direito transfigurou-se em comportamento pernicioso para terceiro. Exemplo significativo pode ser encontrado mesmo no Brasil, cuja legislação consumerista adotou a expressão *abuso* em acepção diversa daquela constante no art. 160 do Código Civil, mas sim no sentido de que houve o estabelecimento de excessiva onerosidade ao consumidor, pelo fornecedor.²²

Na realidade, o *abuso* não coincide com uma extensão ou extrapolação do *uso*, mas verdadeiramente uma alteração dos meios e da finalidade do exercício de um direito reconhecido como legítimo. Ou seja, o *abuso* não é concebido

²² GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. Código brasileiro de defesa do consumidor : comentado pelos autores do anteprojeto, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 334.

como ultrapassagem da fruição exaustiva de um direito.²³ Justamente esse argumento serviu de amparo para Marcel PLANIOL, que inquinou de "logomaquia" o termo *abuso de direito*²⁴, por lhe parecer contraditório, na medida em que a transfiguração em abuso extingue o direito. Assim, o *abuso* e o *direito* são inconciliáveis entre si: quando passa a ser abuso, deixa de ser direito. Outra foi a opinião de Louis JOSSERAND, ao considerar que "um ato cumprido em conformidade com determinado direito subjetivo pode estar em conflito com o direito geral, com o direito objetivo, com a juridicidade, e este conflito é o que os romanos já haviam entrevisto e que traduziam pela máxima famosa: *Summum jus, summa injuria.*"²⁵ Feliz ou infeliz, a expressão *abuso de direito* consagrou-se entre nós, parecendo correto afirmar que, apesar de transparecer, o termo *abuso* não se refere ao exercício (ou uso) anteriormente permitido de um mesmo direito.

²³ Conforme a compreensão geral do direito romano, como se percebe da expressão *jus abutendi*, designante do "uso máximo, degradante e consuntivo da coisa" (LUNA, ob. cit., p. 113).

²⁴ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Do abuso de direito. Coimbra : Almedina, 1983, p. 45.

²⁵ JOSSERAND, Louis. Del abuso de los derechos y otros ensayos. Bogotá : Temis, 1982, p. 4. Esse entendimento foi criticado por Coutinho de ABREU (ob. cit., p. 46): "É pelo menos arrojado garantir a logicidade de um ato ser simultaneamente conforme a um direito subjectivo e desconforme com o direito em geral - sendo certo que este prevê ou reconhece aquele!"

2.3 CRITÉRIOS DO ABUSO DE DIREITO

A investigação doutrinária consolidou diversos critérios para captação do abuso de direito. O mais evidente deles, até pela origem histórica, é o critério intencional, centrado no objetivo de prejudicar. Conforme apontou RODRIGUEZ-ARIAS, "*A intenção de causar dano é, tradicionalmente, a origem e a primeira manifestação da teoria do abuso, até o ponto de haver autores que lhe atribuem um valor exclusivo, o único critério constitutivo do abuso.*"²⁶ Obviamente esse critério não se isola de outros fatores, pois o abuso poderá ocorrer ainda que não exista dolo. É o caso do "*exercício incorreto de um direito*"²⁷ a prejudicar terceiro, o que se convencionou denominar critério técnico; à parte do critério econômico, amparado na satisfação de *interesses ilegítimos* que, por serem economicamente desprezíveis, não justificariam a provocação da jurisdição. Tal critério deve ser compreendido de maneira que não afronte o princípio da isonomia dos cidadãos frente à lei. Logo, não se olvide que se trata apenas de um dos critérios, a ser aplicado sempre relativamente e em conjugação com os demais.

Mas a construção da teoria finalista por Louis JOSSERAND constituiu a referência mais discutida entre os estudiosos do assunto: "*É abusivo qualquer ato que, por seus meios e por seu fim, vai contra o destino, contra a*

²⁶ RODRIGUES-ARIAS, ob. cit., p. 113.

²⁷ ABREU, ob. cit., p. 16.

*função do direito que se exerce; o critério puramente intencional tende a substituir-se por um critério funcional derivado do espírito do direito, da função que lhe está encomendada."*²⁸

Desse modo, o ponto de vista tradicional sintetizou três fundamentos distintos e concomitantes para a identificação do abuso de direito: a intenção de prejudicar, a ausência de interesse legítimo e o desvio da finalidade do direito exercido. A intenção danosa é uma formulação incompleta e logo afastada pelos doutrinadores porque *"resulta psicologicamente impossível indagar e objetivar a intenção de prejudicar que poderia ter um agente."*²⁹ O benefício que possa acarretar a este através do exercício regular de um direito poderá implicar em resultado maléfico para terceiro, sem que isso configure, própria e tecnicamente, dano.³⁰ A questão do ato legítimo redundar prejuízo a terceiro inspirou o legislador italiano a adotar no art. 2043, em aparente redundância, a expressão *dano injusto: "O dano eventualmente causado, mesmo por não apresentar o requisito da injustiça constante do art. 2043 cod. civ., não determinaria o surgir da obrigação ao ressarcimento. Estaria, portanto, preclusa a indagação*

²⁸ JOSSERAND, ob. cit., p. 6.

²⁹ WARAT, ob. cit., p. 74.

³⁰ Por isso se considerou que o dano propriamente dito *pode ser* conseqüência de um ato abusivo, mas nunca integrante da sua essência estrutural, nem tampouco constitui elemento necessário da *ilicitude* (pelo mesmo raciocínio).

sobre o 'escopo' do ato de exercício do direito e portanto sobre o elemento subjetivo que levou o agente a exercitar seu direito, não causando assim uma utilidade a si mesmo e ao mesmo tempo causando dano a outrem: dano sim, mas não injusto, portanto."³¹ Ao inverso, pode-se identificar com relativa facilidade a conduta meramente dolosa que não se ampara, nem em aparência, em um alegado direito subjetivo (mas sim na prática direta de ato ilícito). A ausência de interesse legítimo inspira-se na definição de JHERING ("Os direitos são interesses juridicamente protegidos") e consiste no fundamento do critério econômico, agregando a inexistência de utilidade econômica para o agente, ao tempo em que se volta para uma finalidade nociva. À parte da discussão que possa aflorar do sentido do termo *legítimo*, WARAT identificou na vaguidão da expressão *interesse legítimo* a causa de muitos autores confundirem o ato abusivo com o ato ilícito.³² Para ele, a *ilegitimidade* do exercício de determinado direito deverá ser valorada à luz de princípios *metajurídicos*, ou seja, não contidos no direito positivo vigente. O desvio de finalidade, enfim, encara os direitos subjetivos como *direitos-função* e devem permanecer na órbita da função a si correspondente.³³

³¹ LEVI, Giulio. *L'abuso del diritto*. Milano : Giuffrè, 1993, p. 34.

³² WARAT, ob. cit., p. 77.

³³ A idéia de *função* foi objeto de abordagem por Marçal JUSTEN FILHO (*Desconsideração...*, p. 68): "*Alude-se a fim para indicar a vinculação entre as faculdades concedidas a alguém em um determinado*

Esses três critérios definem o abuso sempre a partir da perspectiva finalística dos direitos ditos subjetivos; mas, afinal, qual é a finalidade dos direitos? A doutrina européia se debruçou mais recentemente sobre essa indagação, definindo o critério finalístico como uma dissonância entre o comando abstrato da norma e o resultado concreto verificado a partir da conduta - do que se infere do contributo de Castanheira NEVES, Orlando de CARVALHO e Coutinho de ABREU.³⁴

O primeiro deduziu o abuso de direito como o *"exercício de um direito aparente"* mas não existente, devido à falta de um fundamento teleológico-normativo e de *"co-responsabilidade e solidariedade social"* do direito subjetivo que se pretende exercer. O segundo repudiou a configuração do abuso como decorrente de controle externo ou interno dos direitos subjetivos, recusando-lhe também uma conotação extrajurídica (moral ou social)³⁵, para enfim ponderar que haverá abuso de direito quando, *"não podendo abstractamente dizer-se que o exercício do direito*

objetivo a ser atingido através do desenvolvimento daquelas faculdades. Ou seja, a função é o corolário do fim, dentro desse enfoque. Desde que se retire de disponibilidade o fim para cuja consecução foi atribuído um poder jurídico, configura-se uma função. Na medida em que o fim a ser atingido seja livremente escolhível pelo sujeito do poder, deixa de existir uma função."

³⁴ As três concepções foram minudenciadas por Coutinho de ABREU, ob. cit., p. 15 a 42.

³⁵ Que Coutinho de ABREU (ob. cit., p. 20) sublinhou como conclusão da lição de Manuel de ANDRADE.

constitui uma vantagem, que só resultará, quando muito, das circunstâncias concretas [...], se conclua, pelo exame das referidas circunstâncias, que não existe concretamente interesse (ou é praticamente desprezível), resultando porém desse exercício um prejuízo (querido ou não) para outrem." Em consonância com esse entendimento, dele não se afastou Guido ALPA: "Por `abuso de direito' entende-se o exercício ou a reivindicação judicial de um direito que em abstrato cabe efetivamente a quem o exercita ou reivindica mas que, em concreto, não comporta uma vantagem apreciável e digno de tutela jurídica a favor de tal sujeito e comporta, ao inverso, um dano preciso em prejuízo de um outro sujeito (`contra' quem é exercitado ou reivindicado) e que vem exercitado ou reivindicado pelo único e exclusivo fim de causar um tal dano ao outro sujeito."³⁶ Essa noção, adiantando-se às outras referidas, admite o ajuizamento de ação judicial como direito passível de abuso. Após extensa digressão, Coutinho de ABREU propôs a conceituação mais precisa e concisa: "Há abuso de direito quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem."³⁷

³⁶ ALPA, Guido. I principi generali. Milano : Giuffrè, 1993, p. 413.

³⁷ ABREU, ob. cit., p. 43.

Anote-se que este último conceito deixou de invocar o critério da intencionalidade, porque a submissão do reconhecimento do abuso a um acontecimento demasiado subjetivo não integra a estrutura da teoria, já que é possível incorrer em abuso sem intencionalidade.³⁸ É acertado considerar que mesmo sem haver intenção será possível que o ato revista-se de abusividade, em vista dos critérios da emulação, finalidade, tecnicidade, relevância econômica serem suficientes para configurar a contraditoriedade entre a prerrogativa individual exercida e o elemento axiológico acolhido pelo direito. A partir da indicação doutrinária, pode-se reunir os elementos que apontam para a completude no tocante aos critérios concomitantes para a identificação do abuso: (a) *comportamento*, denotando a verificação efetivamente apreciável no mundo fático de uma ação ou omissão; (b) *aparência de exercício*, indicando inadequação técnica entre o comportamento e a invocação do bem de vida juridicamente tutelado; (c) *insatisfação do próprio interesse*, admitindo a insuficiência do ato, porque meramente emulativo, para alcançar o objetivo referendado pelo direito; (d) *negação de interesse sensível de outrem*, apontando para a violação

³⁸ Lino RODRIGUEZ-ARIAS (ob. cit., p. 29) alertou que "às vezes, na teoria do abuso, não se apresenta com uma intencionalidade danosa, até porque, inclusive, pode atuar o titular do direito dentro dos cânones da boa-fé e, ao mesmo tempo, causar um prejuízo alheio sem que obtenha benefício próprio [...]."

de direito subjetivo alheio e a necessidade de o prejuízo suportado não ser economicamente insignificante.

2.4 CONSAGRAÇÃO LEGAL DA PROIBIÇÃO DO ABUSO DE DIREITO

A doutrina brasileira não discrepa que a teoria do abuso de direito foi encampada vigorosamente pelo direito nacional. Entretanto, subsistem divergências relacionadas à consagração legislativa da proibição do abuso e em qual compartimento legal estaria contida. Existem aqueles que consideram o art. 160, I, do Código Civil, como o dispositivo que primordialmente acolheu a proibição do abuso de direito. Essa norma excepciona dois atos como permitidos, apesar da potencialidade de prejudicar terceiros: a legítima defesa e o exercício regular de direito. Logo, o raciocínio inverso induz a que é proibido o exercício *irregular* de direito.³⁹ Essa *regularidade* mencionada no Código Civil equipara-se à *licitude*, tal como anunciado no *caput* do dispositivo. De imediato, pode-se

³⁹ É como entendeu Silvio RODRIGUES (Direito civil : responsabilidade civil. v. 4. 9ª ed. rev. at. São Paulo : Saraiva, 1985, p. 59): "*Isso vale dizer, pela exegese a contrário, que será ilícito o ato praticado no exercício irregular ou abusivo de um direito.*" Segundo Haroldo VALLADÃO, a norma do art. 160, I, "*visa simplesmente a algum defeito legal no exercício irregular de um direito e não o seu exercício de modo egoísta, excessivo ou anti-social, que conforme a teoria finalista já exposta é o que caracteriza o abuso de direito.*" (in LEVADA, Cláudio Antonio Soares. Anotações sobre o abuso de direito. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 667, RT, maio 1991, p. 42). Essa concepção desconsidera que o critério técnico, a par de outros, também serve para caracterizar o abuso de direito, e não somente o da intencionalidade.

considerar que o Código Civil define o abuso como ato ilícito e, ao contrário do sugerido por Clóvis BEVILÁQUA⁴⁰, inclui a vertente subjetiva da conduta como integrante da configuração do abuso. A lei brasileira exige a culpa (*stricto sensu* ou dolo) do indivíduo como elemento caracterizador do ilícito, contrariamente à doutrina finalística, que considera suficiente para configurar como abusivo o ato que se desvie do destino social e econômico a si reservado pelo direito objetivo. Pelo direito brasileiro, não haverá *irregularidade* sem culpa.⁴¹

Outra corrente nega o estado infraconstitucional à teoria do abuso de direito, notadamente por considerar que restringir sua aplicabilidade somente a situações estritamente definidas no texto da lei, por força do princípio da legalidade, impediria a efetividade da proibição do abuso. Assim é a tese de Haroldo VALLADÃO: "*Esse princípio supremo de justiça social, que é a*

⁴⁰ Clóvis BEVILÁQUA entendeu que o Código Civil seguiu a doutrina objetiva de SALEILLES, do que discordaram Everardo da Cunha LUNA (ob. cit., p. 119) e Assad Amadeu YASSIM (Considerações sobre o abuso de direito. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 538, RT, ago 1980, p. 19), sob o argumento de que nosso Código acolhe a doutrina subjetiva, porque imprescindível o concurso culposo do agente para configurar o abuso.

⁴¹ Isso não exclui a possibilidade de uma objetivação da culpa (figura inconfundível com a responsabilidade objetiva). Trata-se de reconhecer um dever jurídico de cautela, inclusive no exercício de direitos e de poderes. Quando o exercício de uma faculdade produz dano a outrem, isso pode retratar descumprimento a esse dever de diligência - culpa, portanto. Logo, há elemento subjetivo ainda que não seja necessário perquirir sua existência fática.

*condenação ao abuso de direito, evidentemente não pode ficar apenas num dos vários códigos ou das várias leis, existentes no país. É fundamental, básico, deveria estar na própria Constituição. No plano da legislação ordinária, o seu lugar é no princípio de todas as leis, na lei preliminar, na lei introdutória, na Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas."*⁴²

Tal posicionamento encontra respaldo na doutrina estrangeira, ora representada pelas palavras de Luis O. ANDORNO: *"Com efeito, o instituto do abuso de direito desborda das estritas margens da responsabilidade aquiliana e da contratual. Tem vida própria. Tem independência. Conforme tivemos oportunidade de sustentar em parágrafos anteriores do presente trabalho, trata-se de um verdadeiro princípio geral do direito que impregna de seu conteúdo finalista e ético todo o amplo espectro dos direitos subjetivos, substancialmente relativos."*⁴³ Portanto, a posição desses juristas aponta para a dispensabilidade da consagração legal da teoria do abuso.

Justamente por assumir a condição de princípio norteador da legislação no direito brasileiro, o postulado genérico da proibição do abuso de direito foi repetido em outras regras do ordenamento pátrio, além do art. 160 do

⁴² VALLADÃO, Haroldo. *Condenação do abuso de direito*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 400, RT, fev 1969, p. 14.

⁴³ ANDORNO, Luis O. *Abuso del derecho*. Revista de Direito Civil, São Paulo, n. 19, RT, jan/mar 1982, p. 33.

Código Civil. Um dispositivo legal que usualmente serve de substrato para a aplicação da teoria do abuso de direito é o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (como ponderou ANDORNO), que prevê: "*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*" Essa é a regra geral do ordenamento brasileiro da qual aflora a *funcionalização*⁴⁴ que preside o exercício dos direitos subjetivos. No art. 76 do Código Civil também se encontra norma submetendo o exercício do direito de ação ou defesa ao *interesse legítimo* do titular, sob pena de demandar *irregularmente, ilicitamente*.

Essa categoria de ilicitude integrou-se ao ordenamento processual brasileiro a partir do art. 3º, *caput*, do Código de Processo Civil de 1939: "*Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro*", identificando-se uma outra vez a emulação, a intenção de prejudicar, como elemento subjetivo do abuso e integrante da ordem jurídica brasileira então vigente. Havia alusão expressa ao abuso de direito, agora por conduta do réu, no parágrafo único do mesmo artigo: "*O abuso de direito verificar-se-á, por*

⁴⁴ O conceito mereceu a alusão de Marçal JUSTEN FILHO (Desconsideração..., p. 42): "*A funcionalização importa, no nível dos poderes jurídicos, a consagração do raciocínio de que a atribuição de tais poderes destina-se à realização de interesses que ultrapassam o círculo de interesses do próprio titular. O poder deixa de ser entendido como um fim em si mesmo, mas se justifica como instrumento de consecução de resultados outros.*"

igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo", denotando claramente que a conduta do autor também era considerada abuso de direito. O Código de Processo Civil de 1973 não alterou fundamentalmente essa estrutura: o art. 16 prevê que "*Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente*", mantendo o espírito da regra anterior correspondente através da menção a um dos elementos do abuso de direito e ainda dilatando sua abrangência para incorporar outros comportamentos além dos praticados mediante abuso.

A evolução do conceito de *abuso de direito* através da incorporação paulatina de critérios diversos concorreu para a dispensabilidade da sua consagração legal, apesar do reconhecimento da doutrina de que previsão semelhante facilita a aplicabilidade do instituto.⁴⁵ O argumento primordial pela dispensabilidade foi concebido por Castanheira NEVES, para quem o abuso de direito consiste em *princípio normativo* e, como tal, expressa a própria idéia de direito como "*postulado axiológico-normativo do direito positivo*".⁴⁶ Luis Alberto WARAT foi mais adiante e

⁴⁵ Cunha de SÁ (ob. cit., p. 17 e 18) concordou com a dispensabilidade da codificação da proibição do abuso de direito porque este "*não é um problema dogmático de interpretação do direito positivo, ou seja, não diz tanto respeito à determinação do que está na lei, mas sim ao que é no direito.*"

⁴⁶ Citado por Coutinho de ABREU, ob. cit., p. 49. O abuso de direito foi elevado a *princípio geral do direito* por DOBSON, Juan M.

incorporou o entendimento de que a consagração legal à proibição do abuso acarreta a própria negação da teoria do abuso de direito, por não admitir a convivência da ilicitude e da abusividade dentro do mesmo sistema jurídico: *"Só se pode falar, a nosso juízo, expressa Pedro León, de abuso de direito, quando a teoria não está incorporada aos códigos. O reconhecimento da teoria importa a morte da mesma porque já não podemos falar de abuso de direito mas simplesmente de atos ilícitos, de ações e omissões cumpridas sem direitos e contra o direito, ou seja contra a nova norma legal. O triunfo da doutrina representaria, pelo menos, a morte de sua denominação."*⁴⁷ Mas a própria lei de seu país consagrou o abuso de direito. O Código Civil argentino - copiado literalmente do Projeto de Augusto TEIXEIRA DE FREITAS - serviu de matriz das demais legislações da América do Sul espanhola e previu no art. 1071 que *"a lei não ampara o uso abusivo dos direitos"*. Tanto se estabeleceu para mitigar a norma contida no mesmo dispositivo, onde dispõe-se que *"o exercício regular de um direito próprio ou o cumprimento de uma obrigações legal não pode constituir como ilícito nenhum ato"*.

Apesar de os tribunais de todo o mundo terem acatado a doutrina do abuso de direito independentemente de

El abuso de la personalidad jurídica. Buenos Aires : Depalma, 1985, p. 27.

⁴⁷ WARAT, ob. cit., p. 85.

precisão legislativa, existem diversos códigos que encerram a proibição à prática abusiva. Necessária referência ao BGB alemão (por se converter na codificação mais antiga a reconhecer o abuso de direito e, por isso mesmo, a precursora das demais) cujo §226 estabelece que "*o exercício de um direito é inadmissível quando só pode ter por fim causar dano a outrem*". Como se infere, o dispositivo abarcou unicamente a vedação do ato emulativo, deixando de lado os demais critérios já mencionados como integrantes da definição do abuso de direito. A remissão do BGB à visão antiga de abuso revela-se, além da invocação da *æmulatio*, pela notícia de que "*Esta regra, inicialmente estabelecida apenas quanto ao exercício da propriedade, foi depois concebida como princípio geral, incluído na parte geral, pela Comissão do Reichstag.*"⁴⁸ Portanto, são identificáveis na concepção originária do direito alemão, a influência de pelo menos duas características próprias do direito romanista: a *æmulatio* e o regramento do direito de propriedade.

Outros sistemas nacionais reservaram colocação à proibição do abuso de direito. Na esteira do vanguardista BGB, o Código Civil federal suíço de 1907 determina que o exercício de direitos estará condicionado às regras da boa-fé (art. 2º, §1º), acrescentando elemento inexistente na lei alemã. O Código Civil grego de 1940 prevê que "*O exercício de um direito é proibido se excede manifestamente os*

⁴⁸ SÁ, ob. cit., p. 59.

limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do mesmo direito", adicionando assim a finalidade sócio-econômica, tanto quanto o Código Civil da antiga União Soviética de 1922, que antes de todos, dispôs o alcance do fim social como integrante da compreensão de abuso de direito, logo no art. 1º: "*Os direitos civis são protegidos por lei, salvo nos casos em que são exercidos num sentido contrário à sua destinação econômica e social*". O Código português quase repetiu a lei grega, ao definir no art. 334 que "*É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito*".

Herdeiro do legado jurídico romano, o direito italiano carece de disposição expressa, amparando-se em uma fórmula genérica estampada sobretudo no artigo 833 do Código Civil que proíbe os atos *ad emulationem* do proprietário tendentes exclusivamente a prejudicar outrem. Mas não faltam compartimentos legais a prestigiar os demais critérios conformadores da teoria do abuso de direito, como a boa-fé a presidir a formação (art. 1337), interpretação (1366) e execução dos contratos (art. 1375).⁴⁹ A omissão legislativa italiana quanto à teoria do abuso de direito não foi casual, mas derivou da intenção confessada do legislador de evitar a concessão de poderes considerados

⁴⁹ Reconhecimento efetuado por Cunha de Sá, ob. cit., p. 57.

excessivos aos juízes, quando da aplicação do princípio⁵⁰, apesar do art. 7º do projeto definitivo do código civil prever originalmente que "*ninguém pode exercitar o próprio direito em contraste com o objetivo para o qual o mesmo direito foi reconhecido*". Essa disposição (claramente filiada à doutrina da finalidade) foi retirada do projeto pela comissão parlamentar competente.

Finalmente, o direito francês, a quem majoritariamente se concede a paternidade da teoria contemporânea do abuso de direito⁵¹, promoveu a construção jurisprudencial do abuso de direito como um desvio de finalidade, tal como propugnado por JOSSE RAND.⁵² A importância da formulação francesa residiu na ruptura com a antiga idéia romana da consideração da malícia na prática do ato, para fortalecer a investigação da violação de princípios fundamentais subjacentes às faculdades legais, que se revelaria, conforme os tribunais franceses, na hipótese de o exercício do direito acarretar um resultado "*anti-social*".⁵³

Em que pese a aparente utilidade dessa visão de abuso de direito para resolução de conflitos, entendemos

⁵⁰ ALPA, I principi..., p. 411.

⁵¹ Ressalvada a reivindicação do direito muçulmano, já aludida.

⁵² Louis JOSSE RAND declarou que "*quanto mais uma prerrogativa é regulamentada, tanto menos ela se torna susceptível de abuso*" (in SÁ, ob. cit., p. 487).

⁵³ Na expressão de RODRIGUEZ-ARIAS, ob. cit., p. 31.

que o critério francês padece de ao menos uma grave imperfeição metodológica, consistente na determinação de um postulado científico (que se pretende aplicável genericamente) a partir de uma investigação dos seus efeitos. Ou seja, abandona-se o ataque à estrutura do instituto e concentra-se no resultado específico do ato que, supostamente, configuraria abuso. E a aludida *utilidade* é aparente porquanto o enfoque no efeito, o último elo da cadeia de elementos evidenciadores do abuso, não permite a determinação de um gênero comum aos atos abusivos. Antes, restringe-se a uma determinada espécie de ato que poderá ou não se familiarizar com o *abuso* - apenas apurável mediante a análise da maior quantidade possível de aspectos intrínsecos e estruturais do ato e a conciliação de todas as vertentes comuns.

Essa breve menção ao direito comparado destina-se a demonstrar a inserção gradativa - ou os motivos que determinaram a não consagração - dos critérios do abuso de direito nas codificações mais significativas da Europa. Mas o reconhecimento desses critérios supõe o domínio de conceitos paralelos que se integram no desenvolvimento deste raciocínio. Dois conceitos fundamentalmente importantes para o tema, porque inerentes à figura do abuso de direito e sobre os quais repousa toda a formulação antes mencionada, são o direito subjetivo e a boa-fé.

2.5 ABUSO DE DIREITO E DIREITO SUBJETIVO

As elaborações doutrinárias até então expostas compartilham a idéia de que o abuso está logicamente subordinado ao reconhecimento de um *direito* imanente a um indivíduo e passível de por ele ser exercitado. Toda corrente que se ampare nessa estruturação necessariamente acolhe, como pressuposto categórico, a teoria do sujeito de direito e, por decorrência, o conceito de direito subjetivo. Esses enunciados obtiveram ampla consagração notadamente em vista do prestígio adquirido pelo conceptualismo que tomou conta do cenário científico do direito no século XIX. Nessa época aceitou-se o que se denominou *direito objetivo* como norma (*norma agendi*) e o *direito subjetivo* como faculdade (*facultas agendi*), sendo que o primeiro se caracteriza pela previsão de condutas permitidas e proibidas no ordenamento jurídico. A segunda proposição surge do conteúdo da norma. Na expressão de WINDSCHEID, um "*poder ou domínio da vontade, conferido pela ordem jurídica*"⁵⁴, fiel à teoria da vontade à qual se opôs Rudolph von JHERING através da doutrina do interesse, para quem o direito subjetivo constitui *interesse juridicamente protegido*. A disputa foi rechaçada por León DUGUIT, que negava a existência de direito subjetivo, tachando-o de

⁵⁴ In LUNA, ob. cit., p. 35. Ainda, Cunha de SÁ (ob. cit., p. 51) aludiu ao tema referindo-se à formulação de Castro MENDES sobre o direito subjetivo também como um poder de vontade, mas tão intenso que se chega ao ponto de negar a figura do abuso de direito, dentro de um contexto liberal-individualista.

artificial e destacando "que agir conforme ao direito não é exercer um direito subjectivo; da mesma forma, praticar um acto cujo objecto não é em si contrário ao direito, mas cujo fim é ilícito, é pura e simplesmente violar o direito objectivo", revelando a filiação do autor à doutrina comtiana, organizadora dos ideais positivistas, para quem "não há outro direito, senão o de cumprir sempre o próprio dever."⁵⁵ Já a Escola Escandinava pretendeu conferir um cunho "realista" ao direito subjectivo, ao ponto extremo de Alf ROSS estabelecer um paralelo entre a noção de direito subjectivo e os ritos de povos primitivos das ilhas do Pacífico, atribuindo ao direito subjectivo um poder mágico e dogmático semelhante ao invocado naquelas cerimônias.⁵⁶ Outra teoria sobre o direito subjectivo que merece referência é aquela defendida pelos adeptos da doutrina do Direito Natural, partindo da suposição da existência de direitos inatos ao homem, anteriores a qualquer

⁵⁵ SÁ, ob. cit., p. 295. Também Octavian IONESCU (La notion de droit subjectif dans le droit privé. 10^a ed. rev. aum. Bruxelles : Bruylant, 1978, p. 35) referiu-se à inspiração de DUGUIT em COMTE e seus "três estados": o estado teológico, o estado metafísico e o estado positivo; sendo que a negação do direito subjectivo derivava de sua não inclusão em nenhum dos três.

⁵⁶ A comparação sofreu a crítica, mais surpresa que severa, de Octavian IONESCU (ob. cit., p. 61), observando que a pretendida realidade não se coaduna com as práticas fetichistas mais próximas da superstição que da razão. Ainda quanto ao direito nórdico, Stig JØRGENSEN (Abuse of rights according to nordic law. In: ROTONDI, Mario. Inchieste di diritto comparato. Padova : CEDAM, 1979, p. 197) informou que nenhum dos países escandinavos possui regras codificadas correspondentes às dos códigos suíço e alemão, mas aceitam claramente e aplicam a teoria do abuso de direito.

positivação, cabendo ao Estado simplesmente identificar esses direitos e estatuí-los. Logo, os direitos subjetivos não somente seriam anteriores à ordem positiva (manancial do direito objetivo), como propriamente condicionariam o direito objetivo àqueles parâmetros apriorísticos.

Em contraposição a todas essas doutrinas (e suas múltiplas derivações) surgiu a Teoria Pura do Direito, formulada por Hans Kelsen. No aspecto do direito subjetivo, o autor considerou que *"o direito subjetivo de alguém é somente o dever jurídico de outrem"*⁵⁷ e demonstrou a impropriedade de acolher o que a doutrina tradicional chama *direito subjetivo* diante do que denominou *direitos reflexos*. Kelsen descartou a expressão clássica em vista da inadequação do conceito de *sujeito* para sua teoria, já que *"O indivíduo que tem o direito, isto é, aquele em face do qual esta conduta há-de ter lugar, é apenas o objecto da conduta que, como correspondente à conduta devida, está já conotada nesta."*⁵⁸ Mais ainda: ao propor um conceito unitário de *direito como norma*, afastou a definição de

⁵⁷ Kelsen, Hans. Teoria pura do direito. 6ª ed. Coimbra : Arménio Amado, 1984, p. 185.

⁵⁸ Kelsen, ob. cit., p. 187. Na leitura de Riccardo Orestano (Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche : scienza del diritto e storia. Il Mulino : Bologna, 1978, p. 161), para Hans Kelsen, *"Os direitos subjetivos não seriam mais que normas jurídicas individualizadas; o sujeito de direito `a expressão unitária personificada de um complexo de normas'; a vontade um mero `fato' suscetível de qualificação jurídica à parte de todos os outros fatos aos quais a norma reúne significado e efeitos jurídicos e como tal, em última análise, para o direito, uma `criação' do direito mesmo."*

direito subjetivo como interesse protegido pelo direito objetivo, pois nessa hipótese somente o direito objetivo seria norma, enquanto o direito subjetivo, ao contrário, seria mero interesse externo à estrutura normativa. De todo modo, KELSEN não admitiu a possibilidade de existência isolada de um direito a ser exercido por um sujeito, mas sim a dependência da conduta de um indivíduo em contraposição a um dever alheio, em relação do qual prevalecerá ou não (dada a possibilidade de violação do dever).⁵⁹ Em páginas definitivas, KELSEN reputou que *"Este conceito de um direito subjetivo que apenas é o simples reflexo de um dever jurídico, isto é, o conceito de direito reflexo, pode, como conceito auxiliar, facilitar a representação da situação jurídica. É, no entanto, supérfluo do ponto de vista de uma descrição cientificamente exacta da situação jurídica."*⁶⁰

⁵⁹ No entanto, reconheceu a viabilidade de um dever jurídico sem direito reflexo correspondente, prescrito a um indivíduo não concretamente determinado em face de um direito da comunidade, (*"especialmente do Estado"*), como ocorre no dever militar ou no direito de ação que, ao inverso, o indivíduo detém contra o Estado (KELSEN, ob. loc. cit.).

⁶⁰ Essa pretensão de exatidão científica foi destacada por Marçal JUSTEN FILHO (Sujeição passiva tributária, Belém : CEJUP, 1986, p. 2): *"Talvez uma crítica oponível às colocações kelsenianas seja a da sua aspiração à definitividade. É indubitável que KELSEN expôs sua tese como se fosse o modelo definitivo para a Ciência do Direito. A tal absolutismo da certeza, a essa universalidade da verdade nenhuma construção epistemológica pode aspirar, como demonstra a história da ciência e da filosofia."*

Há um ponto comum entre todos consistente em que a compreensão da relação entre direito subjetivo e direito objetivo passa pelas diversas acepções do vocábulo *direito*. Everardo da Cunha LUNA informou que a doutrina já propôs que o direito subjetivo fosse chamado simplesmente "*direitos*" e o direito objetivo, "*direito*".⁶¹ Hans KELSEN destacou que o baralhamento terminológico ocorre em diversos idiomas. A mesma palavra em alemão (*Recht*) e em francês (*droit*) serve para designar tanto o direito subjetivo quanto o objetivo. Diversa é a linguagem jurídica inglesa, que adota *right* para o direito subjetivo e *law* para o direito objetivo.⁶² A explicação que parece aceitável dessa relação é a oferecida por Hans KELSEN⁶³, que deslocou o centro gravitacional do sujeito para a norma, quando negou ao indivíduo a detenção de um poder

⁶¹ LUNA, ob. cit., p. 36. Octavian IONESCU (ob. cit., p. 27) mencionou o hábito francês de empregar as expressões "*Droit*" para direito objetivo e "*droits*" para o direito subjetivo, atribuindo uma origem alemã aos termos (*Recht in objektiven Sinne* e *Recht in subjektiven Sinne*), conforme as opiniões de Hariou, Duguit, Bonnetcase e Barthélemy.

⁶² KELSEN, ob. cit., p. 184.

⁶³ Apesar da observação totalmente equivocada de Everardo da Cunha LUNA (ob. cit., p. 39): "*As doutrinas de KELSEN e DUGUIT, hoje, incontestavelmente, têm interesse meramente histórico.*" A importância científica de KELSEN foi ressaltada por Marçal JUSTEN FILHO (*Sujeição...*, p. 3), que assim opinou justificadamente: "*Mesmo hoje, passado meio século da primeira edição da Teoria Pura, não há cabimento em pretender arquivá-la como figura de museu. Conceitos fundamentais enunciados por KELSEN - se não há como afirmarmos que vieram para ficar para toda eternidade, temos de reconhecer que o*

jurídico isolado. Ao invés, concebeu o direito objetivo e o direito subjetivo como um mecanismo normativo unitário através do qual o indivíduo adquire um "poder jurídico em combinação com o direito reflexo, quer dizer, com o dever cujo não cumprimento se faz valer através do exercício do poder jurídico - por outras palavras, um direito reflexo provido ou revestido deste poder jurídico."⁶⁴

A conclusão importante do pensamento kelseniano para o tema em exame é a relatividade do direito subjetivo; confirmando-se a ausência do cunho nitidamente egoísta do direito subjetivo submetido a um limite externo condicionado à coletividade organizada sob a forma estatal. Como aliás apontou a jurisprudência francesa, antes mesmo da doutrina, desconsiderando-o como fim em si mesmo para se converter em um meio de efetividade e consolidação do direito na realidade social. A partir desse postulado, também se pode aduzir que o comportamento abusivo não extrapola o direito subjetivo. Ou seja, quem abusa não o faz, pelo menos aparentemente, sem direito, mas do direito, que então fica afetado em sua juridicidade. O indivíduo verdadeiramente detém o direito, o que é aparente é o exercício legítimo dele. Logo, o abuso de direito não é fenômeno sociológico ou uma *ilegitimidade moral* (como

pensamento jurídico não encontrou argumento suficientes para destroná-los."

⁶⁴ KELSEN, ob. cit., p. 197.

pretendeu Georges RIPERT), mas uma figura especificamente jurídica dotada de *autonomia dogmática*.⁶⁵

Apesar de reconhecer todo o trâmite histórico que importou na relatividade do exercício dos direitos subjetivos, Coutinho de ABREU propôs uma interessante formulação sobre o significado da função social da propriedade, que também vale para o efeito de balizar o gênero dos entendimentos até agora expostos. Na busca desse sentido, o autor se manifestou direta e claramente: "*O que não aceito é defender-se essa função de tal modo que transpareça não haver já lugar para a função individual ou que esta se subordina à social. Não concordo com o uso inflacionado de 'função' ou 'vinculação social' - na maior parte das vezes sem se explicar o que isso quer dizer - de maneira a sugerir que a propriedade está ontologicamente obrigada a prosseguir finalidades específicas de carácter supra-individual.*"⁶⁶ A conclusão do autor aponta para o afastamento da função social como adstringente do gozo de direitos subjetivos, admitindo sua consideração somente quando se tratar de bens de produção, e não de consumo.

Quanto a esse tema, Fábio Konder COMPARATO definiu que "*a classificação dos bens em produtivos e bens de consumo não se funda em sua natureza ou consistência, mas na destinação que se lhes dê*", estabelecendo uma distinção

⁶⁵ Pensamento semelhante foi desenvolvido por Cunha de SÁ, ob. cit., p. 19.

⁶⁶ ABREU, ob. cit., p. 38.

precisa: *"a função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios; em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos."*⁶⁷ Para compreensão integral dessa formulação de COMPARATO, é apropriado suscitar a diferença entre direito subjetivo e poder tal como proposta por Santi ROMANO: *"Segundo tal definição, poder em sentido estrito e direito subjetivo encontram-se no commune genus dos poderes em sentido amplo, atribuídos pelo ordenamento jurídico em face de bens ou interesses por ele protegidos, e seriam, portanto, ambos, manifestações e explicações de capacidade; mas o primeiro se desenvolveria em uma direção ou aspecto genérico, não teria objetos singularmente determinados, não se resolveria em pretensões contra outros sujeitos e por isso não seria correlativo a obrigações, enquanto o direito subjetivo se desenvolveria sempre em uma concreta e particular relação jurídica ou com uma determinada coisa ou sobre dada pessoa que vice-versa teria obrigações correspondentes."*⁶⁸

⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 63, RT, jul/set 1986, p. 76.

⁶⁸ ROMANO, Santi. Frammenti di un dizionario giuridico. reimp. Milano : Giuffrè, 1983, p. 173 e 174.

Para COMPARATO, mesmo o gozo de um bem de consumo poderá ser adstrito por uma *função social* na medida em que sua destinação se coadune com uma *exploração empresarial*. Nesse caso, o direito subjetivo que em tese imperaria na fruição desse bem de consumo, essa "*coisa singularmente determinada*" inerente a uma relação jurídica necessária, será então considerado como poder em sentido estrito - mas um *poder-dever* genérica e indeterminadamente dirigido à consecução de objetivos definidos pela coletividade como interessantes para ela, e não unicamente para os direitos subjetivos do detentor do bem.

2.6 ABUSO DE DIREITO E BOA-FÉ

As regras positivas antes referidas e a doutrina que já cuidou da figura do abuso de direito recorrem inevitavelmente ao princípio da boa-fé, cuja violação se invoca como elemento fundamental para a caracterização do ato abusivo. Preliminarmente, afaste-se a controvérsia sobre a natureza da boa-fé - ora citada como princípio, ora como cláusula geral - adotando-se a referência genérica como *princípio*, para evitar equívocos nos quais incorreram diversos autores que nem questionaram o problema da diferenciação, ou por simplicidade ou porque convencidos de sua identidade.⁶⁹

Existe uma distinção, mais debatida, sobre os dois sentidos principais que assume a boa-fé. Por um lado,

⁶⁹ ALPA, Guido. I principi ..., p. 46.

alude-se à *boa-fé subjetiva*, concebida como a ausência de malícia, um estado ou situação de espírito do indivíduo que se traduz em ignorância da real situação jurídica (configurada como ilícita) ou em convencimento de detenção efetiva de direitos suficientes para eleger determinado comportamento⁷⁰ (convencimento equivocado de atuação lícita). De outro lado, a *boa-fé objetiva* apresentada como princípio normativo consistente em adoção, pelo agente, de conduta honesta e leal, sem surpreender de maneira frustrante a confiança ou a expectativa que terceiro pudesse esperar do desenrolar natural dos fatos. Em confirmação a tanto, embora direcionada ao direito contratual⁷¹, acudiu Cláudia Lima MARQUES: "*Boa fé objetiva é um paradigma, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação estudada, [...] respeitando seus [de outrem] interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva.*"⁷² Coexistem três pressupostos⁷³ para a

⁷⁰ SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 17, RT, jan/mar 1996, p. 154.

⁷¹ Que numerosa parcela da doutrina portuguesa denomina, com maior precisão, de direito obrigacional.

⁷² MARQUES, ob. cit., p. 55.

⁷³ Arrolados pela mesma autora e obra, p. 155.

configuração da boa-fé objetiva: existência de relação jurídica vinculando ao menos dois sujeitos, conduta de um deles assemelhada à do *bonus pater familias* e surgimento de confiança no outro sujeito a partir dessa conduta. Esses qualificativos do comportamento típico da boa-fé destinam-se a preencher a *norma em branco* que deflui do princípio, cujas *hipóteses típicas* ou *figuras sintomáticas* da boa-fé foram elaboradas pela doutrina alemã, destacando-se como corolário dessas espécies a proibição de *venire contra factum proprium*.⁷⁴ A diferença entre a boa-fé subjetiva e a objetiva reside - consoante o sutil entendimento de Cunha de SÁ - no primeiro caso, em agir em boa-fé; no segundo, em agir segundo a boa-fé.⁷⁵

Se a boa-fé subjetiva induz à consideração de uma atitude passiva, uma ignorância condutora de um estado de espírito impregnado de correção e lealdade; a boa-fé objetiva, muito ao contrário, explicita um postulado de diligência, o concurso do sujeito para a realização

⁷⁴ Como identificada por Coutinho de ABREU, ob. cit., p. 59. Antunes VARELA (Das obrigações em geral. 7ª ed. rev. at. v. 1. Coimbra : Almedina, 1991, p. 538) abordou esse mesmo aspecto: "A fórmula do manifesto excesso dos limites impostos pela boa fé abrange, por seu turno, de modo especial, os casos que a doutrina e a jurisprudência condenam sob a rubrica do *venire contra factum proprium*. São os casos em que a pessoa pretende destruir uma relação jurídica ou um negócio, invocando por exemplo, determinada causa de nulidade, anulação, resolução ou denúncia de um contrato, depois de fazer crer à contraparte que não lançaria mão de tal direito ou depois de ter dado causa ao facto invocado como fundamento da extinção da relação ou do contrato."

⁷⁵ SÁ, ob. cit., p. 171.

concreta de uma expectativa. A boa-fé objetiva foi abordada por Francesco GALGANO⁷⁶ como um verdadeiro *standard* jurídico, um dever geral de conduta que vale não só para todas as obrigações (como a boa-fé subjetiva), mas para as obrigações contratuais. Para o autor, o princípio da boa-fé concorre para o "fechamento" do sistema jurídico, em suprimento das lacunas que se revelam da variedade e multiplicidade das situações da vida econômica e social.

A eventual ausência de tipificação das condutas submissíveis ao princípio da boa-fé, entretanto, não é suficiente para autorizar a concepção de sua extrajuridicidade. A questão que se põe é se a apreensão do sentido jurídico da boa-fé necessariamente decorrerá da lei ou também poderá derivar da ponderação estritamente subjetiva do juiz. Essa dificuldade foi ressaltada por Francesco GALGANO: "*O direito de criação judiciária coloca-se no centro do perene debate da cultura jurídica que contrapõe duas diferentes exigências, concebidas como inconciliáveis entre si e capazes de impor uma escolha: a exigência, de um lado, de um direito certo, que resulte em decisões judiciais previsíveis; e aquela, do lado oposto, de um direito constantemente adequado à realidade, que resulte em decisões judiciais justas.*"⁷⁷ O problema da

⁷⁶ GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale : il negozio giuridico*. v. 3. t. 1. Milano : Giuffrè, 1988, p. 431.

⁷⁷ GALGANO, *Trattato di diritto civile... : il negozio giuridico*, p. 435.

incerteza das decisões exortou outros a preferir a possibilidade de maior justiça proporcionada pela adstrição do juiz à lei à incerteza da confusão e da imprevisibilidade das decisões. Ao primado da legislação sobre a jurisprudência, originado da ânsia iluminista de impedir o arbítrio imperial, respondeu a escola do direito livre que a certeza do direito é um "inútil mito"⁷⁸, porque os cânones hermenêuticos e o uso da analogia permitem ao juiz invocar a lei apenas como instrumento retórico legitimador das decisões. Entretanto, GALGANO não vislumbrou qualquer contradição entre o direito escrito e a certeza jurídica, até porque dentre os maiores afirmadores da certeza jurídica estão os juristas do *common law*, para quem a previsibilidade da decisão judicial não se configura pela sujeição do juiz à lei, mas através do princípio do *stare decisis*, o efeito vinculante como aplicação de decisões pretéritas sobre as seguintes que versem sobre idênticas situações - um freio, mas não obstáculo - à inovação jurisprudencial. GALGANO concluiu seu raciocínio afirmando a necessidade da tipificação da boa-fé contratual, não pela via legal, mas pela via jurisprudencial, para que os juízes disponham de um catálogo legal de tipos normais de comportamento e de *standards* valorativos socialmente aceitáveis.

⁷⁸ Segundo a expressão de Norberto BOBBIO, incorporada por GALGANO, *Trattato di diritto civile...*, loc. cit.

À parte da disputa sobre a utilidade da tipificação, a padronização da conduta pretendida com a aplicação do princípio da boa-fé serve identicamente de instrumento de interpretação ao aplicador da norma, tal como reconhecida expressamente, por exemplo, pela jurisprudência italiana: *"Isso, segundo os cânones da Suprema Corte, constitui um meio subsidiário de interpretação, ao qual é consentido recorrer sempre que persista a concreta impossibilidade de identificar de modo claro a vontade negocial através da interpretação literal e a procura lógica da intenção comum das partes"* (Cass. 16 novembre 1973, n. 3058, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1278).⁷⁹ Entretanto, ao invés de o princípio da boa-fé consistir em um meio subsidiário à interpretação literal, não seria demasiado considerar que a boa-fé emerge como princípio hermenêutico, a ser considerado pelo aplicador ao primeiro tempo da interpretação.

Há quem localize no princípio da boa-fé a prova da negação da teoria do abuso de direito, por aquele incluir este. É a posição de Vaz SERRA: *"A ideia de abuso do direito pode muitas vezes estar incluída na violação da boa fé. É o que se dará, em regra, no domínio contratual, onde as partes devem proceder segundo a boa fé: aí, o abuso do direito será frequentemente uma ofensa à boa fé devida. [...] Seja como for, onde for aplicável o dever da boa fé,*

⁷⁹ ALPA, Guido. *L'interpretazione del contratto*. Milano : Giuffrè, 1983. p. 241.

a teoria do abuso do direito não adianta nada. A boa fé já implica que não é admissível o abuso do direito [...]."⁸⁰

Um não contém o outro nem se confundem, mas a boa-fé é um dos fatores pelos quais se identifica e condiciona o abuso, porque a teoria do abuso direciona-se para o exercício, ainda que aparente, dos *direitos*; já a boa-fé exige-se quando do cumprimento de *obrigações* ou qualquer *comportamento* juridicamente relevante.

O direito português adiciona um componente singular à sua construção legislativa da proibição do abuso: os bons costumes, e a menção vale pela dissociação entre estes e a boa-fé, realizada pelos lusitanos, na acepção da moral objetiva "*correspondente ao sentido ético imperante na comunidade social*".⁸¹ Quanto à significação excessivamente despreendida dos conceitos herméticos do direito que o tema possa comportar, parece acertado imputar-lhe as mesmas ressalvas e a mesma abordagem da conferida à questão do princípio da boa-fé.

Diferenciam-se bons costumes *sociológicos* e *idealistas*, aqueles como a opinião social dominante, estes como a convicção filosófica ou religiosa aplicada ao cotidiano pessoal e unissubjetivo. Tal separação fica nítida também no direito brasileiro, quando se indica isoladamente "*a moral e os bons costumes*". Apenas os bons costumes ditos sociológicos, na qualidade de *moral*

⁸⁰ *In* ABREU, ob. cit., p. 62.

⁸¹ ABREU, ob. cit., p. 63.

positiva, têm relevância para o direito, pois os idealistas confundem-se com a moral pessoal irrefletida no direito posto. Com isso não se pretende sustentar uma despropositada confusão entre moral e direito, mas apenas que os bons costumes sociológicos compõem uma categoria axiológica reconhecida e adotada por determinadas ordens jurídicas.⁸² Portanto, os bons costumes consideráveis pelo juiz são aqueles elevados pelo ordenamento como aptos a balizar condutas, e não aquele *bom costume* de cariz estritamente pessoal do aplicador da norma e que revela unicamente o seu íntimo sentir - insuscetível, portanto, de ser estendido como obrigatório para os demais indivíduos.

2.7 ABUSO DE DIREITO E FIGURAS AFINS

A doutrina alinhou categorias autônomas em relação ao abuso de direito que, apesar de inconfundíveis, com ele guardam semelhança por compartilharem alguns elementos comuns. Trata-se de realidades epistemológicas distintas

⁸² Marçal JUSTEN FILHO (O princípio da moralidade pública e o direito tributário. Revista de Direito Tributário, São Paulo, n. 67, Malheiros, 1995, p. 66) revelou que o princípio jurídico da moralidade não significa a incorporação da moral pelo direito: "*Isso deriva, em primeiro lugar, de a Moral relacionar-se com a disciplina das condutas internas do sujeito, enquanto o Direito se orienta à conduta externa e intersubjetiva. Portanto, somente há relevância jurídica da moralidade quando haja manifestações externas de conduta humana. Quando se alude a um princípio jurídico da moralidade quer-se afirmar que a qualificação jurídica das condutas externas subordina-se aos parâmetros não só da lei jurídica como também da moralidade. Logo, todas as manifestações psíquicas meramente internas ou externas, que não possam afetar a terceiros, permanecem irrelevantes para o Direito, sujeitando-se estritamente a regras morais, religiosas etc.*"

cuja individualização nem sempre é pacífica porque os comportamentos que as qualificas se parecem bastante na prática.

Lino RODRIGUEZ-ARIAS dissertou sobre a diferença entre abuso de direito e fraude à lei relacionando argumentos pouco esclarecedores.⁸³ Citou LIGEROPULO, responsável pela assertiva de que a fraude encerra uma espécie do gênero abuso, considerado não em função do sujeito que atua, mas em função da lei. Arriscou também uma formulação própria baseada no fato de que o abuso apontaria para a violação imediata de direito subjetivo, contrapondo-se à infração, própria da fraude, de regras legais principalmente em prejuízo do Estado. Assim, o abuso diria respeito ao direito subjetivo; a fraude, ao direito objetivo. Também não convence a concepção de que o abuso é gênero do ato ilícito, encetado por via direta e menos dissimulada, enquanto que o artifício fraudulento, como espécie de ato ilícito, valer-se-ia de combinações engenhosas para ser realizado. A abordagem mais consistente coube a Coutinho de ABREU, que se louvou na estrutura do conceito de abuso de direito para indicar a *aparência* como figura relevante na distinção. Firmado esse pressuposto, a aparência deverá recair sobre o cumprimento de uma norma, aquela em virtude da qual o agente aparentemente exerce o direito, e apenas dela. Já a fraude, ainda que também disponha de aparência de exercício de direito, estará

⁸³ RODRIGUEZ-ARIAS, ob. cit., p. 134 e 135.

assentada em duas normas: a violada e a com que se pretende encobrir essa violação.⁸⁴ Cunha de SÁ compartilhou dessa noção, aludindo a que *"a actividade fraudatória está na fuga ao preceito imperativo para, através do recurso a uma norma diferente daquela a que se pretende escapar, lograr a obtenção do efeito que ela imperativamente proíbe [...]."*⁸⁵ Além disso, o ato fraudatório constitui a infração à concreta obrigação que a lei impõe, apesar de aparentemente respeitá-la, mas obtendo o resultado ilícito por outro caminho. A fraude se caracteriza quando a finalidade a ser atingida ou a não ser atingida esteja consagrada no direito, de modo explícito. Ao inverso do abuso de direito, a fraude à lei *"não visa prejudicar quem quer que seja, mas assegurar a realização dos interesses do seu próprio autor através de uma forma que, por inadmissível perante as disposições imperativas da lei, se rebela contra elas ou, mas precisamente, contra o espírito das instituições, o qual é, assim, objecto de um abuso."*⁸⁶ Em resumo, o abuso de direito acompanha o sentido que a norma prevê; a fraude ruma contrariamente ao curso da norma. Entretanto, o raciocínio de Cunha de SÁ peca, em sentido metodológico, na última frase de sua abordagem, ao afirmar que *"o abuso ocorre por ocasião do (ou relativamente ao) exercício de um*

⁸⁴ ABREU, ob. cit., p. 84 e 85.

⁸⁵ SÁ, ob. cit., p. 533.

⁸⁶ Essa foi a exposição do pensamento de JOSSERAND conforme Cunha de SÁ, ob. cit., p. 531.

direito subjectivo, a fraude à lei pelo não cumprimento de uma 'obrigação legal' a que o ato deveria submeter-se", filiando-se à já combatida e refutada possibilidade de violação do direito subjetivo separadamente do direito objetivo.⁸⁷

O desvio de poder é noção aparentada do abuso de direito, que está ligada ao exercício da função pública. Conforme Lino RODRIGUEZ-ARIAS, haverá desvio de poder quando a Administração Pública usar a discricionariedade quando o ato lhe era obrigatório.⁸⁸ Já Everardo da Cunha LUNA estabeleceu uma definição inadequada ao considerar que cada figura respeita ao direito privado e ao direito público, ao ilícito civil e ao ilícito administrativo, apesar de considerá-los ambos ilícitos indistinguíveis ontologicamente.⁸⁹ Coutinho de ABREU ofereceu, uma vez mais, a explicação mais razoável, indicando que o espaço do direito subjetivo é um espaço de liberdade em que se permite ao particular aproveitar aquelas prerrogativas dentro dos limites que o ordenamento jurídico impõe.⁹⁰ O desvio de poder é um desvio de finalidade do ato administrativo, a ausência de consecução pela Administração de um fim preciso designado por lei em atenção a um

⁸⁷ Novamente nos valem da construção de Hans KELSEN acerca do direito subjetivo para externar discordância com essa assertiva.

⁸⁸ RODRIGUEZ-ARIAS, ob. cit., p. 137.

⁸⁹ LUNA, ob. cit., p. 118.

⁹⁰ ABREU, ob. cit., p. 80.

interesse público específico. Amparando-se em Marcello CAETANO, considerou a doutrina do desvio do poder homóloga à do abuso de direito, mas desta diferindo porque se nega ao órgão a interpretação da norma atributiva de competência. Coutinho de ABREU aludiu também ao raciocínio de Orlando de CARVALHO, que reputou o órgão administrativo como titular de direito subjetivo para tutela de interesses de outra pessoa: "[A lei] entrega-lhe a gestão dos interesses de outrem em termos idênticos aos da gestão dos seus interesses, erguendo a voluntas do representante a voluntas do representado, procedendo a uma verdadeira substituição nessa sede. O representante é assim chamado a agir vi sua et sponte sua, e, por conseguinte, a noção de um espaço de actuação livre (*freie Ermessung*), como se diz do poder discricionário, mas de uma autêntica livre disposição, de um autêntico direito subjetivo, parece aqui inteiramente pertinente."⁹¹ Mencionado em seguida, MOTA PINTO ponderou que não se cuida de direito subjetivo tradicional, pois falta-lhe aquele espaço de liberdade e, por isso, não pode ser exercido se o seu titular quiser e como quiser, mas da maneira concludentemente condicionada pela lei. Nessa ausência de liberdade de exercício dos poderes funcionais reside o âmago da distinção. Cunha de SÁ descreveu a disputa entre JOSSERAND e HAURIUO acerca do abuso de direito e desvio de poder.⁹² O primeiro repetiu a

⁹¹ In ABREU, ob. cit., p. 82 e 83.

⁹² SÁ, ob. cit., p. 537 e 538.

tônica de sua teoria, baseada na finalidade do ato, separando as figuras apenas pelo setor funcional em que se verificam (público e privado)⁹³. Para o segundo, a distinção estaria na sanção: indenização ou reparação do abuso e anulação da decisão executória exarada em desvio.⁹⁴ Mas já essa opinião está em desuso, pois o desvio de poder não mais é considerado *imoralidade administrativa*, mas verdadeiramente um *ato ilegal*.⁹⁵ No Brasil, a Constituição de 1988 equiparou a imoralidade administrativa à ilegalidade através do art. 22, inc. LXXIII, ao legitimar os cidadãos a propor ação popular visando "*anular ato danoso ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, e ao patrimônio histórico e cultural [...]*." A Constituição elegeu valores jurídicos com os quais a imoralidade não se coaduna, por se tratar de conduta violadora do patrimônio público. No dizer de Marçal JUSTEN FILHO, "*A ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral. A*

⁹³ Louis JOSSEERAND (ob. cit., p. 7) equiparou o *desvio de poder* do direito público ao *desvio de direito* do direito privado.

⁹⁴ Cunha de SÁ (ob. cit., p. 538) noticiou que JOSSEERAND externou oposição a esse entendimento sob a alegação de que a sanção do abuso de direito pode abranger a nulidade ou a recusa de ação, e que o ato praticado em desvio poderá ter o valor de uma execução.

⁹⁵ ABREU, ob. cit., p. 80. Da mesma forma, Cunha de SÁ, ob. cit., p. 539.

moralidade soma-se à legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida."⁹⁶

Essa idéia de ilegalidade que permeia o abuso de direito encontra ressonância também na colisão (ou conflito) de direitos. Na realidade, a aceitação da possibilidade de colisão de direitos somente será possível se se considerar o direito subjetivo como portador de um caráter absoluto⁹⁷, o que se pode afastar à vista das noções acima desenvolvidas. Mas a importância da alusão reside na necessidade de descartar fundamentadamente a aproximação dos institutos. Coutinho de ABREU dedicou poucas linhas ao tema, invocando o art. 335 do Código Civil português⁹⁸ como bastante para afastar a procedência da confusão entre abuso e colisão. Cunha de SÁ aludiu a Marc DESSERTAUX, cuja teoria entendeu o exercício de um direito subjetivo como a violação de outro direito igualmente subjetivo de outrem. O absurdo da tese está no fato de que

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 4ª ed. Rio de Janeiro : Aide, 1996, p. 31.

⁹⁷ Conforme reconheceu Cunha de SÁ (ob. cit., p. 519), amparando-se em Marc DESSERTAUX: "[...] o conflito de direitos só existiria, portanto, com todos os riscos de arbitrariedade judicial que comporta, quando o direito subjectivo tivesse perante si outro direito, ambos igualmente proclamados como absolutos e a determinar a necessidade de `abrir brecha num texto ou num princípio para fazer dobrar um perante o outro'."

⁹⁸ Art. 335º: 1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. 2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior.

prestigiar a tese do absolutismo dos direitos subjetivos torna logicamente impossível o conflito entre eles dentro de um mesmo ordenamento jurídico, já que a função do direito subjetivo absoluto seria a de *"assinalar e delimitar a zona reservada ao seu titular com exclusão de todos os outros [...]."*⁹⁹

Nosso entendimento sobre a diferença se desdobra em duas vertentes. Em primeiro lugar, considere-se que a negação da tese absolutista basta para afastar a eventual aproximação entre os conceitos. Em segundo lugar e caso não se considere suficiente essa negativa, destaque-se que o abuso de direito funda-se na *aparência de exercício regular de direito*, revelado inexistente por produzir prejuízo a terceiro e não alcançar resultado relevante para o seu titular; enquanto que a colisão exprime um *exercício efetivo* (e não só aparente) de um direito nos exatos limites permitidos pela lei.

2.8 ABUSO DE DIREITO E ILICITUDE

Para além da caracterização do abuso de direito, põe-se o problema da qualificação do ato abusivo, condicionante da sanção respectiva. A disputa centra-se na identificação da abusividade como categoria dogmática apartada ou não da ilicitude. Nesse ponto diferenciam-se as correntes subjetiva e objetiva; a primeira sustentando que a responsabilidade por abuso de direito somente ocorrerá

⁹⁹ SÁ, ob. cit., p. 527.

caso o agente atue mediante culpa, a segunda prescindindo do elemento psicológico e vinculando o ato abusivo apenas ao resultado apartado das finalidades que a lei impõe.

Ampla tendência dos juristas é reputar o ilícito como o comportamento antijurídico, a negação do direito pelo indivíduo. Mas essa compreensão não é correta, pois o ilícito não consiste em contrariedade ao direito nem está fora dele. Antes, o ilícito é pressuposto do direito, como elemento integrante da estrutura normativa e do qual a sanção é consequência.¹⁰⁰ Por isso, é bastante contestável a formulação de JOSSERAND, segundo o qual há três classes de atos: o ilegal, como "*antijurídico*" por excelência; o ilícito, assim considerado conforme o objeto ao qual é consagrado; e o excessivo, que se funda na "*anormalidade do dano resultante para outrem*".¹⁰¹ Se, por um lado, a distinção de JOSSERAND se afasta da exatidão científica por considerar a ilegalidade como *antijurídico*, por outro lado, a aventada *anormalidade do dano* resultante do ato excessivo significa acertadamente que o exercício regular de direito não consiste necessariamente em causa de prejuízo para terceiro, porque ilicitude e o abuso de direito "*não existem apenas enquanto ocasionam danos, nem conseqüentemente se legitima a criação de conceitos*

¹⁰⁰ O desenvolvimento integral desse argumento encontra-se em KELSEN, ob. cit., p. 166 a 171.

¹⁰¹ In RODRIGUEZ-ARIAS, ob. cit., p. 141.

específicos do domínio da obrigação de indemnizar."¹⁰² O dano normal, se é que pode ser chamado assim, não representa juridicamente dano, mas o sacrifício de objetivos que o direito reputa menos importantes que os objetivos de outrem, que mereceram o prestigiamento do direito e se sobrepuseram regularmente aos objetivos sacrificados.

A par da artificialidade da diferenciação de JOSSERAND, a compreensão mais aceita entre os doutrinadores que admitem a possibilidade do abuso de direito é a qualificação jurídica dogmaticamente autônoma do abuso em relação à ilicitude. A teoria do abuso de direito deriva de construção jurisprudencial, mas integra a categoria da *ilicitude* assim que incluída na lei como ato passível de repressão. Luis Alberto WARAT compactuou com JOSSERAND no que respeita à inconfundibilidade do abuso e da ilicitude: "*O Abuso de Direito - tal como assinalado em um trabalho anterior - só tem aplicação quando se executa um ato juridicamente lícito, conforme a disposições legais vigentes, mas cuja justiça intrínseca é socialmente objetada; [...] Fica assim excluída a possibilidade de considerar ambos os campos (abusivo e ilícito) como logicamente dependentes. Assumiremos, de acordo com isto, que o ato abusivo nunca poderá ser incluído dentro da classe dos atos ilícitos.*"¹⁰³ Escorando-se em Georges

¹⁰² SÁ, ob. cit., p. 497.

¹⁰³ WARAT, ob. cit., p. 57.

RIPERT, WARAT asseverou que a teoria do abuso de direito não poderá ser aplicada quando o indivíduo atuar sem direito e não apenas ultrapassando os limites de seu direito individual. Nesse caso, sustentou o autor, o ato deverá ser irremediavelmente qualificado como ilícito, porque a responsabilidade surge da culpa em que incorre o titular do direito, sendo desnecessária a invocação da figura do abuso.

Para Cunha de SÁ, o ilícito também é categoria diversa da abusividade. Considerou ilícita *"a conduta que contradiz concretas proibições de acção ou omissão, como reflexo do juízo de valor contido na norma e, por aí, o oposto do comportamento normativamente qualificado como obrigatório relativamente a uma certa situação concreta."*¹⁰⁴ Trata-se de uma contradição formal e objetiva do ato com a descrição legal de conduta específica. Mas nem todo ilícito origina uma obrigação de indenizar, senão aquele ato ilícito praticado com culpa. Assim, a responsabilidade civil é a culpa que estabelece o nexo entre o ilícito e o dever de indenizar.

Já a conduta dita abusiva *"preenche a estrutura do direito subjectivo, mas que, pelos precisos termos em que aparece ou pela exacta situação em que surge, a sua realidade material não cumpra aquele mesmo valor normativo que é o fundamento jurídico de tal direito subjectivo."*¹⁰⁵

¹⁰⁴ SÁ, ob. cit., p. 499.

¹⁰⁵ SÁ, ob. cit., p. 467.

Essa visão está próxima da verdade porque o abuso não configura exercício de direito, mas somente a *aparência* desse exercício no plano da forma - havendo, contudo, oposição na acepção concreta que comportamento e direito possuem. São diversos os planos desde os quais se contempla o abuso e a ilicitude: o primeiro repousa sobre um elemento valorativo; o segundo, sobre um elemento estrutural.¹⁰⁶ Na verdade, o ato abusivo não se conduz por direito subjetivo algum, mas apenas incorre em contrariedade ao respectivo direito reflexo - sem produzir os resultados legalmente referendados para si, ao tempo em que prejudica outrem.

Giulio LEVI explicou a diferença entre abuso e ilícito quando da aplicação do direito: "*Por certo, quando, para impedir o abuso, o legislador discrimine as proibições, cai-se na 'ilegalidade', e então poder-se-ia dizer que, somente quando o juiz tenha o poder criativo de reprimir um determinado comportamento, estamos na 'abusividade'.*"¹⁰⁷

Coutinho de ABREU diferiu pouco dos anteriores, esclarecendo sua posição a partir da observação de PLANIOL: "[...] '*é somente fazer esta observação de que todo acto abusivo, apenas porque é ilícito, não é o exercício dum direito, e que o abuso de direito não constitui uma categoria jurídica distinta do acto ilícito.*' [...] Não se me afigura incorrecto o discurso de PLANIOL. Apenas advirto

¹⁰⁶ SÁ, ob. cit., p. 633.

¹⁰⁷ LEVI, ob. cit., p. 35.

para o facto de a categoria ilícito poder envolver mais que um tipo ou espécie."¹⁰⁸ Então, o fenómeno do abuso de direito encerra mesmo uma contradição: o cumprimento formal da estrutura da norma e a violação concreta do fundamento axiológico dessa mesma norma. Tal contradição, enfim, será somente passível de identificação através de um exercício de interpretação teleológica. Ou seja, considerar-se-á *exercício regular* o cumprimento formal da norma que, não fosse a inversão axiológica, se adequaria ao caso concreto.¹⁰⁹

Se quisermos, será possível dizer que o ato ilícito contraria a estrutura (lógico-formal) normativa; mas o ato abusivo aparenta amoldar-se àquela mesma estrutura a fim de encobrir um desvio do resultado (axiológico-material) previsto.

Já se demonstrou que a abusividade não necessita de expressa consagração legal - até porque, conforme explicou Acuña ANZORENA, o Direito são mais os princípios do que a lei escrita e esta nada mais é que uma das formas técnicas do justo.¹¹⁰ A doutrina brasileira é majoritária em considerar que o abuso de direito é um ato ilícito¹¹¹, mas

¹⁰⁸ ABREU, ob. cit., p. 46.

¹⁰⁹ Nesse sentido, ROMANO, Salvatore. Abuso del diritto. In: Enciclopedia del Diritto. Milano : Giuffrè, 1958. p. 169.

¹¹⁰ In STIGLITZ, Rubén S.; STIGLITZ, Gabriel A. Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor. Buenos Aires : Depalma, 1985, p. 96.

¹¹¹ LUNA, ob. cit., p. 119; LEVADA, ob. cit., p. 41.

assumiu-se essa orientação somente porque prevaleceu a interpretação de que o ordenamento civil brasileiro assim o considera, olvidando a advertência de WARAT acima exposta e sustentando-se em posições ultrapassadas.¹¹² Mesmo sem o pretender, o raciocínio desses autores patrícios termina por negar a própria existência do abuso de direito, por não diferenciá-lo do âmbito geral da ilicitude. A transformação da abusividade em ilicitude formal através da sua inclusão na lei não retira a viabilidade da existência de abuso, mas apenas transforma a expressão do fenômeno em um novo tipo de ilicitude jurídica.¹¹³ Logo, a aceitação legal da idéia de abuso de direito se submete a uma fórmula geral proibitiva¹¹⁴, e não a uma fixação concludente de uma figura delituosa precisa e sempre fadada à incompletude.

2.9 REPRESSÃO AO ABUSO DE DIREITO

A questão que aflora lógica e imediatamente ao dilema da autonomia do ato abusivo em relação ao ato ilícito é a consequência sancionatória de um e de outro.

¹¹² Cláudio Antonio Soares LEVADA (ob. cit., p. 41) argumentou que "*também será ilícito o ato que fere a ordem jurídica, ainda que tenha, em princípio, obedecido à ordem legal. Ora, o exercício abusivo do direito fere justamente a ordem jurídica, ainda que conforme à lei.*" Esse pensamento já foi refutado por Coutinho de ABREU, citado na nota de rodapé nº 25.

¹¹³ WARAT, ob. cit., p. 86.

¹¹⁴ Os já referidos códigos suíço, grego e português, por exemplo, adotam essa solução reportando-se à boa-fé e aos bons costumes, comprovando o acerto do raciocínio.

Dentre os que reputam a identidade dogmática das construções na categoria geral da contrariedade ao direito, a solução do problema não ultrapassa aquela preconizada pela teoria geral da responsabilidade extracontratual ou aquiliana: o lesado faria jus a uma reparação em espécie ou, se impossível, a indenização pecuniária.¹¹⁵ Tal compreensão parte da suposição de que o compartilhar da modalidade sancionatória demonstra a convergência entre ilícito e abusivo. Logo e uma vez mais, aponte-se a inversão da ordem de raciocínio em detrimento da higidez científica para justificar uma determinada posição. É preciso que a investigação parta da análise estrutural de ambos os fenômenos para alcançar a determinação da sanção que o direito reservar-lhes. Portanto, o debate consiste em escapar do círculo vicioso da sanção comum porque são institutos comuns e vice-versa.

Antes de tudo, firme-se que a obrigação de indenizar tem como fundamento o dano, e não o abuso ou a ilicitude.¹¹⁶ Ou seja, trata-se de dever imputado a alguém que tenha concorrido para o prejuízo alheio, independentemente de ter agido ilícita ou abusivamente. Portanto, é irrelevante a indagação muito usual direcionada a descobrir se o abuso de direito comporta indenização. A correção do postulado deflui do raciocínio inverso, calcado na evidência da impossibilidade de indenizar quando não

¹¹⁵ SÁ, ob. cit., p. 627.

¹¹⁶ VARELA, ob. cit., p. 876.

exista prejuízo - ainda que se concretize conduta rechaçada pelo direito.

Mesmo entre os defensores da separação ontológica entre o ilícito e o abusivo, existem duas correntes sobre a questão da repressão ao abuso de direito. Uma a vê subordinada e restrita à responsabilidade civil; outra considera o abuso como *princípio* dotado de autonomia até em relação à responsabilidade civil e, por isso mesmo, merecedor de tratamento sancionatório diverso.

Para esclarecer a orientação favorável à submissão do abuso de direito ao regime comum da responsabilidade, basta a investigação formal do Código Civil brasileiro, que indica essa solução, ainda que nada diga concretamente sobre a repressão do abuso. Já se explicou que o *caput* do art. 160 anuncia o arrolamento de *atos lícitos*, apontando o exercício regular de direito como tal. A conseqüente aproximação entre *exercício irregular* (entendido como abuso de direito) e *ilicitude* parece, então, à primeira vista, bastante para recomendar àquele os comandos repressivos da doutrina geral da responsabilidade civil reservados aos atos ilícitos. No caso de estarem concomitantemente configurados os pressupostos da responsabilidade civil deduzidos a partir do art. 159 do Código Civil (culpa, dano e nexó de causalidade entre conduta abusiva e dano), o agente fica obrigado a indenizar. Quanto ao dano, já se disse que é o fundamento por excelência do dever de

indenizar, porque há dano sem ato abusivo e ato abusivo sem dano.¹¹⁷

Em reforço a essa convicção, Cunha de SÁ anotou que o fato de o abuso de direito acarretar dano a outrem expõe o efeito comum entre a abusividade e a ilicitude. O compartilhamento do efeito dano torna abuso e ilícito merecedores do tratamento idêntico perante a responsabilidade civil, apesar de o autor reputá-los institutos distintos entre si: "*Por isso, quer a ilicitude quer o abuso de direito são em si mesmos, substancialmente, actuação sem direito, em carência do direito [...].*"¹¹⁸

Mas necessariamente o dano haverá de estar interligado à culpa *lato sensu*, que configura requisito indispensável da responsabilidade civil por ato abusivo. Ocorre que subsiste um *dever de não abusar*, extraível tanto da regra geral de exercitar direitos dentro dos próprios limites lógico-formais quanto do atendimento ao resultado

¹¹⁷ Confira-se a nota de rodapé nº 30. Antunes VARELA (ob. cit., p. 535 e 536) anotou: "*Isso quer dizer que, havendo dano, o titular do direito por ser (desde que no caso se reúnam os restantes requisitos da responsabilidade) condenado a indemnizar o lesado.[...] Mas também não basta que o exercício do direito cause prejuízos a outrem. A reclamação do crédito pelo credor abastado ao devedor em má situação económica será contrária aos interesses deste. O proprietário que constrói, no seu terreno, tirando as vistas ou a luz ao prédio vizinho, também pode prejudicar este. Mas em nenhum dos casos haverá, em princípio, abuso de direito, visto a atribuição do direito traduzir deliberadamente a supremacia de certos interesses sobre outros interesses com eles conflitantes.*"

¹¹⁸ SÁ, ob. cit., p. 634.

axiológico-material que terceiros razoavelmente esperam.¹¹⁹ Logo, a culpa recairá não sobre o investimento contra direito alheio, mas sobre a violação desse *dever de não abusar*, somente passível de transgressão através do comportamento culpável. Por isso, a ligação entre culpa e abuso de direito atende a raciocínio diverso daquele proposto para o dano: não haverá abuso sem culpa, como sem ela tampouco existirá dever de indenizar. Então, estará correto considerar que o dever de indenizar defluirá do abuso de direito (no qual a culpa já estará contida) qualificado por um resultado danoso.

A proposição contrária à equiparação do ato abusivo à responsabilidade geral encontra-se na reputação da proibição do abuso de direito como princípio geral do direito, balizador de condutas amparadas em outras normas, não somente programáticas. Mais acima, assumiu-se neste trabalho a proposta de observar a proibição do abuso de direito como princípio, como figura singular e governada por regras próprias, diversa, porém integrada, a outras figuras jurídicas e aos elementos que a compõem. Não há motivo, agora, para afastamento da premissa originalmente eleita, até porque a concepção indenizatória do abuso de direito aborda apenas uma das vertentes da sua repressão. Se, por um lado, não há como negar a veracidade das

¹¹⁹ Por esse aspecto, Cunha de SÁ (ob. cit., p. 641) vislumbrou um dever-ser (*Sollen*), um imperativo categórico cujo correspectivo é o dever de abstenção de exercer o direito subjetivo senão dentro de certos limites.

conclusões tendentes a aproximar o abuso de direito danoso do dever de indenizar, por outra parte é preciso admitir que o ato abusivo, como violador de princípio jurídico geral, comporta ainda modalidades adicionais de repressão. E tal repressão assume a roupagem mais de efeito necessário do exercício abusivo de um direito, como propôs Luis O. ANDORNO, sob a inspiração de SPOTA: *"Deve-se aquilatar o ato abusivo sem recorrer como condição necessária a normas destinadas a regular o ato contrário ao direito contratual ou violatório a uma lei, já que, por definição, esse ato abusivo acha-se dentro dos limites objetivos dos direitos e das faculdades legais. O ato abusivo não requer como condição sempre necessária, a existência da intenção danosa ou da culpa."*¹²⁰

Em consonância com a ordem geral dessa doutrina, o Código Civil suíço prevê que o abuso dará lugar não apenas à reparação indenizatória, como também à supressão do ato abusivo,¹²¹ adicionando-se uma outra espécie de sancionamento, mais preventiva que repressiva, e agregada àquela identificada pela doutrina partidária da submissão exclusiva à responsabilidade civil. Também essa foi a visão de Octavian IONESCU: *"Sua sanção será ou uma reparação pecuniária, se o fato prejudicável já estiver consumado, ou a obrigação de cessar o exercício anormal em curso de um*

¹²⁰ ANDORNO, ob. cit., p. 33.

¹²¹ SÁ, ob. cit., p. 66.

dos direitos subjetivos."¹²² No mesmo sentido aventou Juan DOBSON: "O exercício abusivo dos direitos resulta nos seguintes efeitos: a) dá lugar à responsabilidade de quem realiza o ato abusivo frente ao prejudicado por dito ato, e b) o ato abusivo pode ser paralisado. Nesse caso, o ato jurídico será inválido e a ação judicial nele baseada será inadmissível."¹²³ O autor determinou a modalidade sancionatória da invalidade para o ato abusivo e, amparado na noção de proibição do abuso como princípio, estimou acessoriamente "Algo assim como uma nulidade parcial, só atinente às conseqüências abusivas do exercício dos direitos emergentes do ato ou contrato, ou a reparação do nocivo circunscrito à sua medida."¹²⁴ A supressão do ato abusivo aparece como retorno ao *status quo ante* e como remoção do que se fez além do direito - e somente disso, com o intuito de preservar, se possível, o restante do ato. De outra parte, Coutinho de ABREU optou por considerar a nulidade do ato como a sanção adequada¹²⁵, olvidando que o princípio detém um caráter conformador, direcionado a corrigir eventuais desvios de rota no exercício de

¹²² Octavian IONESCU (ob. cit., p. 237) informou que essa é a posição, além do suíço, dos códigos civis grego, austríaco e português, bem como a orientação jurisprudencial belga, italiana e romena.

¹²³ DOBSON, ob. cit., p. 28.

¹²⁴ DOBSON, ob. cit., p. 30.

¹²⁵ ABREU, ob. cit., p. 77.

faculdades, e incentivador da conduta futura alinhada com seus postulados.

3 PROTEÇÃO DO ACIONISTA MINORITÁRIO

3.1 PRINCÍPIO MAJORITÁRIO NA CONDUÇÃO DA SOCIEDADE ANÔNIMA

A sociedade anônima consiste em uma técnica jurídica de organização dotada de um "*caráter instrumental que, de um lado lhe condiciona a estrutura interna e, de outro, lhe permite a consecução de objetivos empresariais, projetados no espaço e no tempo.*"¹²⁶

Essa estrutura corporativa se revela na existência de dois órgãos fundamentais: a assembléia geral e a diretoria, que é o órgão executivo das decisões da primeira. À assembléia geral da sociedade anônima incumbe deliberar sobre as linhas mestras da companhia e eleger seus representantes, chamados administradores, a quem cumpre adotar as medidas necessárias para alcançar os objetivos delineados pela assembléia geral. Esse poder soberano da assembléia acerca dos destinos da sociedade não se extingue ou se resume à oportunidade das decisões, mas se estende de maneira constante, condicionante e irresistível sobre todos os atos derivados daquelas orientações. Tão poderosa é a soberania da assembléia geral, que a Lei das S/A até lhe concede, no art. 136, VII, a faculdade de autodestruição da empresa, pela dissolução. Conforme Osmar Brina Corrêa LIMA, trata-se de uma

¹²⁶ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sociedade anônima : poder e dominação. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 53, RT, jan/mar 1984, p. 73.

*"soberania mais potente que a do modelo inspirador, no qual inexistente o poder de destruir o Estado."*¹²⁷

A instituição e o funcionamento da assembléia geral da sociedade anônima concentram-se na adoção do regime democrático da maioria¹²⁸, presente no art. 129 (absoluta) e no art. 136 (qualificada) da Lei das S/A e orientando-se pelo princípio de que a cada ação ordinária corresponde um voto nas suas deliberações (art. 110, *caput*).

A lei francesa sobre as sociedades anônimas, datada de 1867, consagrava em seu art. 28 o princípio da maioria sem qualquer limitação, no tocante à proteção da minoria. Já no direito inglês, o princípio majoritário foi reconhecido pela primeira vez no caso "*Foss V. Harbottle*", em 1843, quando se decidiu que a deliberação da maioria, no sentido de a companhia não acionar os administradores, deveria prevalecer mesmo contra o voto da minoria.¹²⁹ O comando da maioria encontra fundamento no fato "*de que a sociedade existe no interesse dos sócios, e como ninguém, em princípio, está investido da prerrogativa de decidir pelos interesses alheios, prevalece sempre a vontade do*

¹²⁷ LIMA, Osmar Brina Corrêa. O acionista minoritário no direito brasileiro. Rio de Janeiro : Forense, 1994, p. 8.

¹²⁸ GARRIGUES, Joaquín. Problemas atuais das sociedades anônimas. Porto Alegre : Fabris, 1982, p. 22.

¹²⁹ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. A lei das s.a. v. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1995, p. 78. Ressalte-se a distinção entre a ação da companhia, da qual ora se trata, e aquela ação individual dos acionistas em caso de violação de seus direitos.

maior número, julgando cada qual segundo o seu próprio interesse. A idéia que está na base do princípio majoritário, observou Kelsen, é a de que o ordenamento social deve estar de acordo com o maior número possível de sujeitos, e em desacordo com o menor número possível."¹³⁰

A idéia de democracia incorporada a esse regime quer denotar um princípio de *governo*, na noção típica daqueles conceitos emprestados da teoria política concebida no século XIX. GARBER e SAVRANSKI se opuseram à proposição do *governo democrático*, independentemente da conotação que o termo possa adquirir, limitando o significado ao mero *procedimento* (votação) escolhido para tornar possível o alcance organizado de determinados fins. Mas nada teria de propriamente democrático o que reconheceram como o *governo da maioria* no âmbito da sociedade anônima.¹³¹ Tal proposta foi apurada através da consideração de Francesco GALGANO, que reprovou a aproximação do sistema deliberativo da companhia com a *democracia*, adotando a identificação com a *plutocracia*, no sentido de que o poder é exercido pela classe que domina o capital: "*É a regra-base do sistema capitalista: a regra segundo a qual o poder econômico, ou seja, o controle da riqueza, depende da propriedade da*

¹³⁰ COMPARATO, O poder de controle..., p. 43.

¹³¹ GARBER, Carlos A.; SAVRANSKI, Moises J., Participacion de las minorias en el gobierno de las sociedades por acciones. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1974, p. 28.

riqueza."¹³² Também RIPERT duvidou da *democracia* na sociedade anônima, qualificando-a de "*a grande ilusão dos acionistas*".¹³³

De todo modo, trata-se de princípio da desnecessidade de as decisões da assembléia geral serem unânimes¹³⁴, bastando que a maioria dos votos em assembléia geral seja direcionada a determinada proposta para que esta se torne compulsória para toda a companhia, vinculando inclusive os acionistas discordantes e ausentes¹³⁵ - orientação adotada sob o pressuposto de que o estabelecido

¹³² GALGANO, Francesco. *Diritto commerciale...* 3ª ed. Bologna : Zanichelli, 1983, p. 206. Confirma-se tópico abaixo sobre a relação entre o controle e a propriedade.

¹³³ LIMA, O acionista minoritário..., p. 9. Alfredo LAMY FILHO e José Luiz Bulhões PEDREIRA (ob. cit., p. 60) concordaram com essa posição, citando Jean PAILLUSSEAU: "*a concepção democrática da sociedade esteve em certa voga durante os primeiros decênios deste século. Percebeu-se, depois, que ela era falsa, e a evolução do direito das sociedades tende, ao contrário, a concentrar e a unificar o poder nas mãos de certas pessoas.*"

¹³⁴ GAYOSO, Anna Luiza; PARAÍSO, A. Prisco. O direito de retirada na sociedade anônima, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1985, p. 11. Osmar Brina Corrêa LIMA (O acionista minoritário..., p. 8) recordou a existência de situações excepcionalíssimas que requerem a unanimidade de votos: a transformação não prevista no estatuto (art. 221) e de desnacionalização da companhia (art. 330, cumulado com o art. 72 do Decreto-lei nº 2.627/40). José Alexandre Tavares GUERREIRO (O conceito de acionista minoritário e o direito das minorias. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 76, RT, out/dez 1985, p. 260) demonstrou ainda uma terceira hipótese em que o princípio majoritário não vigora: o art. 87, §2º, impede a maioria de alterar o projeto de estatuto na assembléia de constituição da companhia.

¹³⁵ Esse é o postulado, por exemplo, do art. 2377, §1º, do Código Civil italiano.

pela vontade da maioria é o que melhor traduz a vontade social.¹³⁶ Outro motivo invocado por GAYOSO e PARAÍSO para o descarte da unanimidade das deliberações da companhia foi a enorme quantidade de acionistas que essa espécie societária pode comportar, determinando a inviabilidade prática de obter o consenso de inúmeras vontades. Ao mesmo tempo, entenderam que a regra da unanimidade é característica das sociedades de pessoas.¹³⁷ Esse critério não se coaduna com raciocínio científico algum, por causa da viabilidade de uma sociedade anônima ter poucos acionistas¹³⁸ que sempre votem no mesmo sentido, ao tempo em que uma sociedade de pessoas possa jamais encontrar a unanimidade, mesmo com poucos sócios (o que nem tampouco ocorre necessariamente).

3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS ACIONISTAS

A aplicação do princípio majoritário requer a identificação da condição dos diversos tipos de acionistas frente à sociedade anônima.

Todas as legislações do século XIX se basearam em suposição tendente à isonomia entre os acionistas, pela qual todos eles seriam dotados do mesmo interesse e, por

¹³⁶ As noções de *interesse dos acionistas* e *interesse da sociedade* serão abordadas mais adiante.

¹³⁷ GAYOSO et PARAÍSO, ob. cit., p. 10.

¹³⁸ Ou apenas um, como é o caso da subsidiária integral.

isso, mereceriam a concessão dos mesmos direitos.¹³⁹ A própria estrutura capitalista da sociedade anônima fomenta essa ausência de preconceito, bastando o único critério de integralização do capital para a aceitação do acionista no seio da companhia. Mas a realidade mostrou-se diversa, pelo motivo de que os acionistas ingressam na sociedade anônima com espíritos até antagônicos entre si.

Tal fato não passou despercebido por Joaquín GARRIGUES, ao narrar que se descobriu essa contraposição entre os acionistas em 1688, quando foi publicado em Amsterdã um livro em língua espanhola chamado "*Confusión de confusiones. Diálogos curiosos entre um philosopho agudo, un mercader discreto y un accionista erudito...*". Seu autor era um judeu português oriundo de Córdoba chamado José de La Vega, que estabeleceu a existência de três classes de acionistas: os príncipes de renda, os comerciantes e os jogadores. Os primeiros apenas acumulam os dividendos, os segundos são os especuladores que revendem as ações com lucro e os terceiros dedicam-se aos jogos de bolsa. A classificação esbarra nas alterações promovidas pela nova ordem capitalista então inexistente, mas aproxima-se bastante de identificar as categorias que os autores contemporâneos também lograram vislumbrar. Mas a indagação final proposta por GARRIGUES conduz a imaginar uma ordenação mais precisa: "*E eu me pergunto: se carecem de interesse [os príncipes de renda, os jogadores, os*

¹³⁹ GARRIGUES, ob. cit., p. 24.

absenteístas], por que se lhes concedem direitos, sendo o interesse a base de toda criação jurídica?"¹⁴⁰

Há algumas explicações possíveis de imaginar para o fenômeno da atribuição de direitos para todos os acionistas indistintamente.¹⁴¹ Primeiro, tanto deriva, em princípio, do fato de que todos os acionistas detêm os mesmos direitos frente à companhia e em relação aos seus pares; o que os diferencia é a opção de exercer ou não esses direitos. Segundo, o desinteresse e a posição minoritária podem ser momentâneos e passageiros - até porque a posição do acionista em relação aos demais é verificada quando da realização da assembléia geral.¹⁴² Logo, a falta de posição estabilizada dos sócios¹⁴³ impede a atribuição diferenciada de direitos com base em uma situação passível de ser alterada seguidamente. Terceiro, porque, no dizer de Dominique SCHMIDT (agora citado por BULGARELLI), os interesses de grandes corporações não respeitam somente aos acionistas, mas a toda a economia.¹⁴⁴ Assim, transmudam-se

¹⁴⁰ GARRIGUES, ob. cit., p. 26.

¹⁴¹ Assim comanda a lei brasileira das sociedades anônimas, por exemplo, no art. 161, §2º, autorizando o pedido de instalação do Conselho Fiscal por acionistas detentores de ao menos 10% das ações com direito a voto ou 5% sem direito a voto. Não há distinção entre acionistas especuladores, rendeiros, minoritários etc.

¹⁴² SCHMIDT, Dominique. Les droits de la minorité dans la société anonyme. Paris : Sirey, 1970, p. 4.

¹⁴³ Confira-se a alusão, abaixo, ao art. 116 da Lei das S/A.

¹⁴⁴ BULGARELLI, Waldirio. A proteção às minorias na sociedade anônima. São Paulo : Pioneira, 1977, p. 21.

em direitos inderrogáveis, porquanto de ordem pública. Idêntico raciocínio aplica-se mesmo às pequenas companhias, em vista do mesmo efeito que redundariam as decorrências econômicas funestas, promovidas em cadeia e em uma pluralidade enorme de pequenas e médias sociedades anônimas, advindas da inobservância de direitos dos acionistas desinteressados na marcha da empresa.¹⁴⁵

Entre nós, Waldirio BULGARELLI conjugou as classificações de Dominique SCHMIDT e de Rubens REQUIÃO a fim de encontrar um critério adequado para definir as categorias de acionistas. REQUIÃO aludiu aos *acionistas-empresários*, dedicados a obter o controle da companhia e dirigir seus negócios; aos *acionistas-especuladores*, interessados no jogo especulativo das bolsas de valores; e os *acionistas-rendeiros*, preocupados apenas com a fruição de dividendos. Para SCHMIDT, há duas classes fundamentais que se diferenciam apenas pelo ânimo subjetivo de participar (*actionnaire de contrôle*) ou não (*bailleurs de fonds*) da condução dos destinos gerenciais da sociedade. Na primeira categoria encontram-se, na denominação do professor de Estrasburgo, o controlador, que efetivamente exerce a direção da empresa, e também o minoritário, que

¹⁴⁵ Como, por exemplo, retirada dos rendeiros, jogadores e especuladores do setor produtivo para procurar investimento menos arriscado. José Alexandre Tavares GUERREIRO (Direito das minorias na sociedade anônima. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 63, RT, jul/set 1986, p. 111) reputou que a necessidade de proteção dos direitos dos minoritários funda-se "na própria finalidade social da empresa como agente econômico."

tenciona ser controlador e para tanto se esforça através da adoção de condutas oposicionistas concretas no curso das atividades da companhia. Por essa compreensão, o rendeiro e o especulador estão abrangidos pela noção de *bailleurs de fonds*, em virtude da ausência de intenção de obter o controle da sociedade.¹⁴⁶ A classificação proposta se aproxima daquela sugerida por REQUIÃO, pela qual os acionistas se dividem respectivamente em *acionistas-empresários* e *acionistas-capitalistas*, reproduzindo a estrutura acionária da comandita, o que SCHMIDT não descartou.¹⁴⁷

A categoria que mais importa para os objetivos da dissertação é precisamente a minoria, compreendida como o acionista com direito a voto que participa da vida societária, sem titularizar o controle da companhia, apesar de pretendê-lo.

3.3 MAIORIA E MINORIA

Não é raro que a maioria dos acionistas da sociedade anônima seja composta por aqueles que não detêm qualquer poder de mando sobre os destinos da companhia, notadamente em corporações nas quais a propriedade das

¹⁴⁶ Mesmo sustentando a distinção, Waldirio BULGARELLI (A proteção às minorias..., p. 22) concordou que os direitos de acionistas aproveitam identicamente tanto minoritários quanto *bailleurs de fonds*.

¹⁴⁷ Aliás, *bailleurs* significa *comanditário*.

ações é amplamente pulverizada, seja através da negociação em bolsa ou não.

O número de acionistas com direito a voto que titularizam a condição de *bailleurs de fonds* e de minoritários¹⁴⁸ freqüentemente suplanta em muitas vezes a quantidade de acionistas que efetivamente conseguem impor a própria vontade como sendo a da sociedade. Também é bastante comum que diversos autores utilizem as expressões em sentido contrário ao externado acima: a *maioria* como o grupo de pessoas que decide os rumos da sociedade, e a *minoría* como categoria fadada ao conformismo com o domínio decisório alheio, no âmbito da companhia.

Essa vacilação semântica desfaz-se conferindo um necessário sentido jurídico aos termos. A maioria e a minoria são noções dotadas de mútua relatividade e têm relevância para a organização da atividade da sociedade anônima apenas na sua vertente *política* e não *técnica* ou *aritmética*.¹⁴⁹ A minoria, portanto, não consiste na diferença matemática entre a totalidade e a maioria, mas no grupo de acionistas detentores de capital votante cujas

¹⁴⁸ No sentido adotado por Dominique SCHMIDT, acima mencionado.

¹⁴⁹ De acordo com a diferenciação promovida por Claude BERR, citado por Dominique SCHMIDT, ob. cit., p. 2. A classificação foi repetida, no Brasil, por José Alexandre Tavares GUERREIRO, O conceito de acionista minoritário..., p. 259. Rubens REQUIÃO (Aspectos modernos de direito comercial : estudos e pareceres. v. 2. São Paulo : Saraiva, 1980, p. 67) referiu-se ao significado *técnico-jurídico* dos conceitos, filiando-se a essas idênticas conclusões.

propostas obtiveram menos votos na assembléia geral em relação a outro grupo que, por decorrência, forma a maioria.¹⁵⁰

Também nesse sentido, José Alexandre Tavares GUERREIRO: "*Assim, minoritários propriamente ditos são apenas aqueles acionistas titulares de ações ordinárias (nominativas, endossáveis ou escriturais) que não logram obter a maioria na assembléia geral, nem o pleno exercício do poder de controle (que se fundamenta basicamente na preponderância do voto). Em outras palavras, maioria e minoria são conceitos referidos ao direito de voto.*"¹⁵¹

Para esse último autor, os acionistas sem direito de voto constituem categoria à parte, distinção acolhida pela Lei das S/A, por exemplo, no art. 161, §4º, "a", que prevê a eleição de um membro do conselho fiscal pelos acionistas detentores de menos de 10% das ações com direito a voto e

¹⁵⁰ Osmar Brina Corrêa LIMA (O acionista minoritário..., p. 8) concordou que a ocasião em que se estabelece a identidade dos grupos controlador e minoritário é a assembléia geral, através das "*ações votantes existentes presentes*". Noutra obra (A sociedade anônima como opção para empresários e investidores. Revista Forense, São Paulo, n. 285, RT, p. 88), o mesmo autor sugeriu ainda que "*para evitar confusões, eu penso que as referências a maioria e minoria, nos estudos sobre a sociedade anônima, deveriam ser substituídas por alusões a controladores e não-controladores.*"

¹⁵¹ GUERREIRO, Direito das minorias..., p. 109. Essa também foi a posição de Fábio Konder COMPARATO (O poder de controle..., p. 242): "*Ora, a minoria e a maioria são noções que só fazem senso quando referidas ao direito de voto, a assembléias gerais ou a colégios eleitorais.*"

outro membro (e suplente) aos acionistas sem direito a voto.

3.4 CONTROLE DA SOCIEDADE ANÔNIMA

Aludir ao *controle* da sociedade anônima equivale a abordar o *governo* da sociedade anônima.¹⁵² As derivações semânticas que o termo adquiriu em outros idiomas se reuniram em língua portuguesa para significar tanto a vigilância quanto o poder de dominar (este último conforme o sentido tomado da língua inglesa).¹⁵³

Fábio Konder COMPARATO possui o mérito de ter escrito a melhor e mais completa obra da bibliografia brasileira sobre o controle da sociedade anônima, denominada "*O poder de controle na sociedade anônima*" - citada e repetida exaustivamente pela doutrina posterior.¹⁵⁴ Naquela tese, o controle da companhia recebeu o enfoque de *poder-função*¹⁵⁵ passível de ser exercido interna ou externamente à sociedade.

No primeiro caso, o titular do poder de controle o exerce por intermédio dos mecanismos que a própria

¹⁵² GALGANO, Diritto commerciale..., p. 206.

¹⁵³ COMPARATO, O poder de controle..., p. 14.

¹⁵⁴ Confira-se RIBEIRO, Vera Noel de Paula. A minoria nas S/A. Rio de Janeiro : Forense, 1991.

¹⁵⁵ COMPARATO, O poder de controle..., p. 93. O controlador não é considerado comerciante, mas sim empresário titular de um novo cargo social, exercendo atividade de órgão societário apartado dos demais, para a consecução de finalidades precisas.

sociedade oferece no seu âmbito restrito, como o voto em assembleia geral; no segundo, o titular a controla através de expedientes alheios à estrutura societária, em hipóteses tais como de endividamento da sociedade, servindo de exemplo a entrega, em caução, das ações do bloco de controle ao mutuante em contrato de empréstimo em que a sociedade seja mutuária.¹⁵⁶ A abordagem do controle o assume como fundamento necessário do alcance do sucesso da empresa: "*O titular do controle exerce a soberania societária. Não vai nisso nenhuma aberração. Ao contrário, a existência de um direito de controle representa um elemento indispensável na economia social, embora ele não tenha sido sublinhado, como deveria, na estrutura do modelo legal, até o advento da Lei n. 6.404. Não há sociedade sem poder, e sem organização do poder - ou seja, sem direito - como salientamos desde as páginas introdutórias.*"¹⁵⁷

O art. 116 da nossa Lei das S/A impõe dois requisitos primordiais para caracterizar o acionista controlador: a maioria dos votos em assembleia geral e o exercício efetivo da preponderância obtida na assembleia. Trata-se do *poder de fato*, caracterizador do controle e que a doutrina denominou *working control*. Há plena desvinculação entre a figura do acionista individual e o grupo conjugado pelo voto comum em conteúdo, sem restringir o poder de controle apenas aos acionistas, já que se alude

¹⁵⁶ COMPARATO, O poder de controle..., p. 69.

¹⁵⁷ COMPARATO, O poder de controle..., p. 294.

ao titular de direito de voto, admitindo que o usufrutuário de ações poderá ser controlador¹⁵⁸, bem como os eventuais controladores externos acima mencionados. Ademais, a lei também acolhe a diferença entre o acionista majoritário e o controlador¹⁵⁹, prevendo que não bastará a vitória em assembléia geral (e a decorrente identificação do majoritário), mas que essa vitória seja qualificada pelo posterior efetivo exercício das prerrogativas alcançadas no conclave.

Por outro lado, o art. 116 impôs a condição de que essa maioria de votos deve ser *permanente* para identificar o controlador. Ao inverso do que parece à primeira vista, tanto não denota *definitividade* da posição dos acionistas no quadro social, mas apenas pretende-se excluir o resultado eventual e momentâneo como fundamento do controle. Trata-se, na realidade, de expressão falha. A característica de *permanente* refere-se à reiteração de votações no mesmo sentido em três assembléias gerais, conforme prevê o item IV da Resolução 401/76, do BACEN.¹⁶⁰

¹⁵⁸ WALD, Arnoldo. Do regime jurídico do usufruto de cotas de sociedade de responsabilidade limitada e de ações de sociedades anônimas. Revista de Direito Mercantil, n. 77, RT, jan/mar 1990, p. 13.

¹⁵⁹ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. v. 4. São Paulo : Saraiva, 1977, p. 85.

¹⁶⁰ GUERREIRO, O conceito de acionista minoritário..., p. 263. No entanto, Fran MARTINS (Comentários às leis das sociedades anônimas. t. 1. v. 2. Rio de Janeiro : Forense, 1984, p. 93) entendeu que o critério vale apenas para efeito de alienação de controle, como efetivamente dispõe a Resolução 401/76, mas noticiou que a

Nada impede, portanto, que um sócio minoritário passe a ser, em determinado momento, sócio majoritário, ou que um acionista alheio aos negócios venha a assumir posição frente à companhia. Por isso, Waldirio BULGARELLI considerou a minoria como uma *posição*, que pode ser momentânea, e não como uma *condição*.¹⁶¹

Erasmu Mendonça de BOER parece sustentar o inverso: "*Minoria não exprime, como pode parece a princípio, uma relação numérica de inferioridade em assembléia geral de acionistas, mas traduz, sobretudo, uma situação jurídica, uma correlação de direitos e deveres, um status do sócio em relação à sociedade. A minoria não é minoria apenas quando vota e perde.*"¹⁶² Ocorre que o resultado da votação em assembléia geral serve para identificar o controlador¹⁶³ e a minoria - categoria que se distingue, como já se disse, daquela integrada pelo gênero dos não-controladores por

Superintendência Jurídica da CVM tem emitido reiterados pareceres confirmando a aplicação genérica desse critério, à falta de outro. Nossa opinião aponta para a impossibilidade de a CVM estender a aplicação a casos omissos através de atos administrativos homologatórios de seus pareceres, devido à flagrante inconstitucionalidade da ampliação do campo de incidência normativa da Resolução por intermédio de instrumento hierarquicamente inferior a ela própria e a um eventual decreto que regulamentasse a Lei das S/A nesse tópico específico.

¹⁶¹ BULGARELLI, A proteção às minorias..., p. 24.

¹⁶² BOER, Erasmu Mendonça de. Sociedade comercial : acionista minoritário e incorporação. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 570, abr 1983, p. 22.

¹⁶³ COMPARATO, O poder de controle..., p. 36.

pretender obter a dominação da companhia sem lograr êxito. Ao que parece, esse último autor pretendeu reafirmar a manutenção de direitos pelos absenteístas, ignorando a proposta de Dominique SCHMIDT. Apenas confirme-se que a distinção entre minoria *stricto sensu* (como espécie dos *actionnaires de contrôle*) e *bailleurs de fonds* não significa retirar destes os direitos assegurados por lei à minoria *lato sensu*, à qual se referiu BOER. Nessa toada, também José Alexandre Tavares GUERREIRO ponderou que a expressão *acionista não-controlador* é o gênero do qual participa a espécie *acionista minoritário*, pois aquela engloba também os acionistas que se abstêm de comparecer às assembleias gerais (rendeiros, especuladores etc.) e que também estão contemplados pelo regime protetivo da Lei das S/A.¹⁶⁴

Com a necessária ressalva, anote-se novamente que o interesse deste trabalho recai sobre a minoria participante, como a parcela de acionistas que efetivamente exerce direitos e deles pode abusar.

3.5 PROPRIEDADE E CONTROLE

A relatividade dos conceitos de maioria e minoria submete-se ao grau de dispersão acionária do capital social da sociedade anônima. Esse é o fundamento que determina se a sociedade é controlada pela maioria ou pela minoria do

¹⁶⁴ GUERREIRO, O conceito de acionista minoritário..., p. 263.

capital votante. Pelo fato de essas duas hipóteses, como será visto, serem plenamente aceitáveis (e mesmo aquela do controle por nenhum acionista, mas pelos administradores), não fica difícil concluir que o governo da companhia não se vincula necessariamente à detenção das ações.

O relevo da separação entre propriedade e controle deriva da clássica formulação de BERLE e MEANS, ambos da Universidade de Colúmbia (EUA).¹⁶⁵ O estudo voltou-se às corporações cujas ações espalham-se entre o público de tal forma que a propriedade da maioria do capital votante não importa necessariamente o controle da sociedade; ao contrário, justamente a minoria organizada controla a sociedade.¹⁶⁶ Apesar de o desenvolvimento máximo da doutrina ter-se verificado através da formulação desses autores na terceira década do século XX¹⁶⁷, o fenômeno fora

¹⁶⁵ BERLE JR., Adolf; MEANS, Gardiner C. *Società per azioni e proprietà privata*. Torino : Einaudi, 1966, p. 67. Essa famosa obra foi publicada originalmente em Nova York no ano de 1932 e consiste em um minucioso levantamento estatístico (realizado em 1929) da composição acionária das duzentas maiores companhias dos Estados Unidos, promovido pelo economista Gardiner MEANS, agregado à análise jurídica por Adolf BERLE JR. dos problemas formulados a partir das peculiaridades constatadas. A metodologia do livro filiou-se à escola sociológica florescida no *common law* americano, baseada "*no estudo dos fatos jurídicos como reflexo da realidade econômica e social, para dela extrair conclusões*", conforme o prefácio de Gian Antonio BRIOSCHI à edição italiana.

¹⁶⁶ Acentue-se a confirmação da imprecisão de identificar o princípio majoritário com o princípio democrático.

¹⁶⁷ Francesco GALGANO (*Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell' economia : la società per azioni*. v. 7. Padova : Cedam, 1984, p. 33) revelou que KEYNES identificara a peculiaridade

anteriormente descrito no século passado por Karl MARX conforme a idéia básica de que "*na sociedade por ações a função é separada pela propriedade do capital, e por conseqüência também o trabalho é completamente separado da propriedade dos meios da produção e da mais-valia.*"¹⁶⁸

BERLE e MEANS vislumbraram cinco modalidades de controle da sociedade anônima: totalitária, majoritária, minoritária, por meio de um instrumento jurídico e pela administração.¹⁶⁹ COMPARATO denominou esta última de *gerencial* e desconsiderou o controle por *instrumento jurídico* por reputar os exemplos como integrados às demais categorias, a não ser o *trust*.¹⁷⁰ O totalitário se caracteriza pela propriedade integral (ou quase integral) das ações por uma só pessoa; o majoritário, como a expressão mais pura do princípio da maioria: a maioria dos votos em assembléia corresponde à maioria do capital social; o controle minoritário se estabelece pelo aproveitamento das regras do *quorum* e do absenteísmo da maioria do capital votante nas assembléias das grandes

do tema em 1926, pouco antes de BERLE e MEANS: "*os proprietários do capital, ou seja, os acionistas, são quase inteiramente dissociados dos administradores, com o resultado que o interesse pessoal, destinado pelos administradores à obtenção de polpudos dividendos, torna-se inteiramente secundário.*"

¹⁶⁸ GALGANO, Trattato di diritto commerciale..., loc. cit.

¹⁶⁹ BERLE et MEANS, ob. cit., p. 69 e seguintes. A construção dos autores foi comentada por COMPARATO, O poder de controle..., p. 37 e seguintes.

¹⁷⁰ COMPARATO, O poder de controle..., p. 47.

companhias; o controle por instrumentos jurídicos, pelo qual a *holding* detém o controle das sociedades situadas abaixo dela no organograma do grupo de sociedades, denominado *cadeia piramidal*; e o gerencial¹⁷¹, como o controle de fato pelos administradores, sem relação com a titularidade das ações, mas perpetuando-se através da omissão dos acionistas.¹⁷²

A dissociação entre controle e propriedade é tanto menos visível nas sociedades anônimas ditas *familiares* ou com um número restrito de sócios.¹⁷³ A situação comum nessas companhias é que a maioria comandante da sociedade represente efetivamente a maioria do capital social e, inversamente, a minoria esteja identificada com os

¹⁷¹ Nelson EIZIRIK (*in* GREBLER, Eduardo. A responsabilidade do acionista controlador frente ao acionista minoritário na sociedade anônima brasileira. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 694, RT, ago 1993, p. 36) baseou-se em dados da CVM para concluir que não existe no Brasil nenhum caso de companhia controlada pela direção.

¹⁷² Arnaldo WALD (Do regime jurídico do usufruto..., p. 12) referiu-se, ao invés do controle gerencial, às teses da *burocratização do poder* ou do *poder burocrático da tecnocracia*, defendidas por Max WEBER e, mais recentemente, por John Kenneth GALBRAITH. José Alexandre Tavares GUERREIRO (Sociedade anônima : poder e dominação, p. 75) abordou a *dominação burocrática* da sociedade anônima a partir do prisma sociológico de WEBER.

¹⁷³ GARBER *et* SAVRANSKI (ob. cit., p. 132) reforçaram essa convicção: "*Isso é verdade em teoria ou então na prática de sociedades pequenas ou de 'família'*. Mas freqüentemente, como bem sabem os que têm experiência na matéria, [em sociedades não-familiares] a administração representa uma porcentagem relativamente pequena do capital, e se mantém no poder mercê da maquinária do voto e da apatia da grande maioria." Idêntica foi a observação de Tullio ASCARELLI, invocado por Waldirio BULGARELLI, A proteção às minorias..., p. 5.

detentores de menor parcela do capital votante. Mas a relação entre maioria e minoria se inverte nas sociedades anônimas constituídas por uma grande pluralidade de acionistas, quando a proteção à minoria na assembléia se transforma em proteção à maioria de acionistas.¹⁷⁴ Em companhias semelhantes, as ações são dispersadas entre tantas pessoas, que bastará para obter o controle da sociedade que um grupo de acionistas detendor de cerca de 10 ou 15% do capital votante se organize para votar nas assembléias gerais em um só sentido. Fábio Konder COMPARATO citou como exemplo histórico a Pennsylvania Railroad Co., *"na qual os vinte maiores acionistas detinham em conjunto 2,70% do capital social, sendo que o maior acionista individual não possuía mais do que 0,34% da totalidade das ações."*¹⁷⁵ Tal somente é possível devido ao fenômeno do *absenteísmo*, bastante freqüente nessas gigantescas companhias, determinando verdadeiramente um *"deslocamento de poder da maioria para as minorias organizadas"*.¹⁷⁶ Assim, Dominique SCHMIDT não cometeu qualquer exagero ao

¹⁷⁴ BULGARELLI, A proteção às minorias..., p. 17. Também Rubens REQUIÃO (Curso de direito comercial. v. 2. São Paulo : Saraiva, 1985, p. 120) advertiu que *"O que a nossa lei visa, efetivamente, não é apenas à proteção da minoria com direito a voto, mas à maioria sem voto, inerme diante da maioria."*

¹⁷⁵ COMPARATO, O poder de controle..., p. 52.

¹⁷⁶ GARRIGUES, ob. cit., p. 30.

considerar que "A minoria é a maioria desorganizada" que detém um "poder concorrente ao da maioria".¹⁷⁷

3.6 FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DO ACIONISTA MINORITÁRIO

A sociedade anônima tende a aglutinar a maior quantidade possível de capital, sem considerar a identidade do acionista, bastando o critério objetivo do aporte de recursos destinado à obtenção de lucro. A característica do liame entre a sociedade e seus sócios é a abundância de direitos dos acionistas em contraposição à obrigação de realizar o aporte de capital¹⁷⁸, "porque na sociedade anônima tudo se ordena para a atração e defesa do capital, e como os acionistas são os fornecedores do capital a eles se vai retribuir, ou estimular, com um feixe de direitos subjetivos [...]".¹⁷⁹ E a atribuição desses direitos parte de um pressuposto de igualdade que alcança, em princípio e originalmente, todos os acionistas.¹⁸⁰

A manifestação concreta de divergência entre os acionistas no tocante ao modo de administrar a companhia,

¹⁷⁷ In BULGARELLI, A proteção às minorias..., p. 23.

¹⁷⁸ Juan M. SEMON (Nuevo derecho accionario y de "konzern" de Alemania : ley de 1965. Buenos Aires : Cangallo, 1969, p. 41) recorreu ao direito alemão para demonstrar casos de pactuação de obrigações acessórias aos acionistas, bastante raras na prática, como o de uma indústria de açúcar de beterraba que impôs aos seus membros o dever de cultivo e fornecimento de matéria-prima.

¹⁷⁹ GARRIGUES, ob. cit., p. 30.

¹⁸⁰ BULGARELLI, A proteção às minorias..., p. 24.

notadamente quanto à eleição de administradores e ao destino do resultado, tem como efeito a formação dos grupos societários interligados por relações jurídicas destinadas a regular a gestão, por um deles, de todo o capital vertido na companhia, inclusive aquele integralizado pelo outro grupo. É nesse momento que se institui o cenário jurídico caracterizado pela preponderância da vontade de determinados acionistas sobre outros, com a previsão de diferentes atribuições e faculdades, antes uniformemente distribuídas, aos grupos antagônicos. O controlador sofre então um acréscimo de direitos de acionista, correspondente ao poder de definir o destino de toda a sociedade, o que lhe concede uma posição de superioridade jurídica em relação ao minoritário. Essa relação travada entre as partes qualifica-se pela disparidade em favor do controlador, o que poderá implicar em violação daqueles direitos primordiais do minoritário pelo controlador. Logo, a proteção à minoria consiste substancialmente na atribuição de direitos adicionais também a ela, com a intenção de propiciar a igualdade original de tratamento entre os acionistas, em vista do potencial desequilíbrio criado pela superveniência da atribuição do controle a um dos grupos da companhia.¹⁸¹

¹⁸¹ Fábio Konder COMPARATO (O poder de controle..., p. 235 e 240) confirmou em várias ocasiões que o retorno à equivalência original é o fundamento primeiro da proteção aos minoritários. Como exemplo, a hipótese de transferência de controle: *"Superando essa contradição, sustentou-se, mais recentemente, a tese da igualdade de oportunidades de todos os acionistas, por ocasião da cessão de*

Para José Alexandre Tavares GUERREIRO, "a proteção jurídica ao direito das minorias na sociedade anônima resulta da verificação de uma utilidade social, ou, se se preferir, de uma utilidade funcional, muito mais, aliás, no sentido de que a sociedade anônima, como agente da vida econômica, deve ser levada pela lei a cumprir seu objeto de forma harmoniosa e sobretudo eficiente."¹⁸² Portanto, a previsão protetiva específica da minoria não existe por si própria, mas sempre em relação à hipótese de abuso pelo grupo controlador daqueles direitos adquiridos quando assume a posição de domínio da companhia.¹⁸³ Destaque-se a viabilidade de o acionista minoritário reagir à decisão majoritária, a despeito de ele mesmo participar da formação da vontade social. Não há contradição em opor-se a resolução para cuja formação o próprio minoritário

controle, ou seja, toda vez que um acionista de controle vende as suas ações, qualquer outro acionista da mesma classe deve ter direito a igual oportunidade para vender as suas, nas mesmas condições." E, mais adiante, "Como se vê, há uma tendência, em alguns países desenvolvidos do Ocidente, a assegurar a todos os acionistas, na hipótese de transferência onerosa de controle, uma igualdade de tratamento."

¹⁸² GUERREIRO, Direito das minorias..., p. 107.

¹⁸³ Essa relação foi abordada por Waldirio BULGARELLI (Estudos e pareceres de direito empresarial : o direito das empresas. São Paulo : RT, 1980, p. 155): "Num sistema de pesos e contrapesos, procura-se equilibrar o governo da sociedade, concedendo-se direitos aos acionistas, considerados individualmente, ou em grupos, para oporem-se aos poderes da maioria, e, ainda, corretivos à aplicação mecânica do poder majoritário que desbordam nas teorias do abuso de direito e do desvio de poder, dos franceses, ou abuso de poder, como quer a mais recente doutrina italiana."

concorreu, ainda que discordando, porquanto a adoção da decisão majoritária somente seria automaticamente obrigatória se o controlador não figurasse como juiz e parte no processo deliberativo, ao mesmo tempo e sem a tutela de autoridade superior (judicial, por exemplo).¹⁸⁴

Outra explicação para a proteção à minoria reside na garantia da atividade fiscalizadora da minoria e na necessidade de conceder-lhe segurança jurídica contra eventuais retaliações do controlador em face do exercício da fiscalização. GARBER e SAVRANSKI apoiaram-se nesse fundamento ao discorrer sobre a participação da minoria no diretório: *"É difícil entender por que a representação minoritária pode ocasionar reais inconvenientes à maioria que controla, ou, mais possivelmente, a 'quem controla a maioria', se esta trabalha sinceramente pelo bem da empresa e sua política é capaz de resistir a um exame crítico bem intencionado. É absurdo sustentar que a gestão empresária sofrerá em eficiência pelo fato de que se formulem perguntas e se discutam as decisões a adotar. Uma*

¹⁸⁴ Por isso Dominique SCHMIDT (ob. cit., p. 132) reconheceu que *"É necessário, portanto, um contrapeso ao poder majoritário de exprimir a vontade social. Isto quer dizer que a simples consideração de que o minoritário participa do processo é insuficiente e que é necessário fortificá-la por este outro elemento fundamental em uma sociedade: os interesses em comum; isto leva a se interrogar sobre o objeto e, em última análise, sobre o significado da adesão minoritária."*

administração sinceramente orientada deveria favorecer, e não resistir, a representação minoritária na diretoria."¹⁸⁵

A argumentação carece de persuasividade porque assume francamente o sentido do ditado "*quem não deve, não teme*". Ora, a pretendida gestão conjunta entre controlador e minoria exprime um contra-senso, pois se houvesse a disposição de ambas as partes de atuar em conjunto, nem haveria a consolidação do grupo controlador e do minoritário: a sociedade decidiria sempre à unanimidade, o que é plenamente possível (ou totalmente impossível).

Mas o reconhecimento da existência dos dois grupos adversários implica na atribuição do controle a um deles e dos direitos protetivos correspondentes ao outro. Aquele deterá a faculdade de eleger a íntegra dos diretores¹⁸⁶ e a este restará contrapor-se através dos meios que não importem em participação no gerenciamento direto da companhia.¹⁸⁷

¹⁸⁵ GARBET et SAVRANSKI, ob. cit., p. 133.

¹⁸⁶ Os direitos do minoritário serão exercidos em face de atos da diretoria como atos derivados de decisões do controlador. Por isso, essa espécie de proteção da minoria consiste também em proteção contra o abuso do controlador.

¹⁸⁷ Trajano de Miranda VALVERDE (*in* WALD, Arnaldo. Alguns aspectos da reforma da lei das sociedades anônimas, In: Estudos e pareceres de direito comercial : problemas comerciais e fiscais da empresa contemporânea. São Paulo : RT, 1979, p. 295) argumentou em sentido inverso: "*Nada impede, entretanto, que os estatutos reservem, no caso de dissidência, aos acionistas, representando um certo número de votos, o direito de eleger um ou mais diretores. Também nada obsta a que os estatutos sufraguem o sistema de representação proporcional.*"

3.7 MODALIDADES DE DIREITOS DO ACIONISTA MINORITÁRIO

A doutrina elaborou uma pluralidade de classificações dos direitos dos acionistas. Podem-se destacar, dentre tantas¹⁸⁸, duas ordens de direitos: os direitos patrimoniais (também denominados próprios, individuais¹⁸⁹ ou essenciais) e os direitos administrativos (ainda chamados instrumentais, sociais ou políticos). Quanto a esses, Tullio ASCARELLI defendeu serem desdobramentos dos *direitos individuais* dos acionistas: "*Podem-se, assim, distinguir os direitos individuais que dizem respeito aos direitos patrimoniais dos acionistas e*

¹⁸⁸ Arroladas por Waldirio BULGARELLI, A proteção às minorias..., p. 29 e seguintes. É possível referir-se às posições de Carvalho de MENDONÇA, para quem a existência e função dos direitos individuais não estão subordinadas à vontade da maioria; Waldemar FERREIRA separou os direitos intangíveis e os modificáveis; Trajano de Miranda VALVERDE classificou-os em individuais (inderrogáveis e comuns a todos os acionistas), próprios (reservados a algumas categorias de sócios e atribuídos pelos estatutos) e coletivos (submetidos à vontade da maioria); Aloysio Lopes PONTES distinguiu-os em individuais (exclusivos de um ou alguns acionistas), de classe (em face da categoria a que o acionista pertence) e coletivos (inderrogáveis e irrenunciáveis, decorrentes da qualidade genérica de todos os acionistas).

¹⁸⁹ Modesto CARVALHOSA (Comentários... v. 4, p. 37) discordou que "*os direitos individuais dos acionistas são eminentemente pecuniários. Primeiramente, porque as constituições também incluem, entre os direitos e garantias individuais, prerrogativas de caráter patrimonial. [...] Em segundo lugar, os direitos inderrogáveis dos acionistas não são apenas pecuniários ou propriamente patrimoniais. Há dentre eles prerrogativas pessoais como, v. g., a de fiscalizar o desempenho da administração. Ou então, seguindo classificação doutrinária mais recente, há os direitos individuais administrativos, de um lado, e os direitos patrimoniais propriamente ditos, de outro.*"

os que dizem respeito à sua participação na gestão da sociedade [...]."¹⁹⁰

A adoção dos vocábulos principais - patrimonial e administrativo - deve-se a Francesco GALGANO¹⁹¹, que separou conforme o contido no Código Civil italiano os primeiros como os direitos aos dividendos e à cota de liquidação, o direito de opção, o direito de recesso; e os segundos como os direitos de intervenção na assembléia e de voto, a impugnação de deliberações assembleares inválidas, de denúncia de fatos censuráveis ao *collegio sindacale*, de acesso ao balanço, de consultar os livros sociais, de convocar a assembléia (com outros acionistas), denúncia de irregularidades aos tribunais. Também Dominique SCHMIDT propôs classificação fundada em idênticos pressupostos, distinguindo os direitos *próprios*, que consistem em poder exigir a contrapartida da sua contribuição patrimonial; dos direitos *sociais*, que consistem em poder intervir na gestão coletiva dos bens sociais.¹⁹² Para Waldirio BULGARELLI, os direitos patrimoniais de GALGANO ou próprios de SCHMIDT são direitos que repercutem diretamente no patrimônio, como o recebimento de dividendos, a co-propriedade de reservas e a participação na liquidação do ativo, transferibilidade de ações, preferência e recesso; os administrativos ou sociais

¹⁹⁰ ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, [19--], p. 377.

¹⁹¹ GALGANO, Trattato di diritto commerciale..., p. 147.

¹⁹² SCHMIDT, ob. cit., p. 36 e 37.

consistem em *meios* que a lei confere para manter incólumes e efetivos os primeiros: voto, assistência à assembléia, informação, fiscalização, impugnação judicial.¹⁹³ Tanto uma espécie quanto a outra foram apelidadas de *direitos inderrogáveis* e sob essa rubrica reunidas, porque denunciadoras da qualidade de sócio e que garantem o talvez mais fundamental dos direitos do acionista: o direito à conservação da condição de acionista, considerado a matriz dos demais direitos e do qual estes se autonomizam.¹⁹⁴

Assim, a generalidade dos acionistas detém direitos que em princípio aproveitam a todos uniformemente, destinados à proteção do capital investido na sociedade e inconfundíveis com os direitos da minoria¹⁹⁵, gerados em contraposição¹⁹⁶ aos obtidos pelo controlador.

¹⁹³ BULGARELLI, A proteção às minorias..., p. 36. CARVALHOSA, Comentários... v. 4, p. 40-41.

¹⁹⁴ ALMEIDA, L.P. Moitinho de. Anulação e suspensão de deliberações sociais. 2ª ed. rev. Coimbra : Coimbra Ed., 1990, p. 95.

¹⁹⁵ Corretamente, Modesto CARVALHOSA (Comentários... v. 4, p. 38): "*Ainda que os direitos fundamentais visem inclusive à proteção da minoria, não se deve confundi-los. Os direitos individuais aplicam-se a qualquer acionista, independentemente do percentual de ações que detenha.*"

¹⁹⁶ Novamente adote-se a posição de Dominique SCHMIDT, que não identifica nos direitos da minoria uma *limitação* aos direitos do controlador, mas um *contrapeso* a estes, direcionado ao retorno do equilíbrio jurídico original entre os acionistas. Modesto CARVALHOSA (Comentários... v. 4, p. 37) opinou em sentido inverso: "*A lei, por outro lado, declara determinados direitos individuais dos acionistas que não podem ser derogados pela decisão dos controladores. Trata-se de limites impostos aos poderes destes, não elimináveis pelo estatuto e muito menos por deliberação da assembléia geral.*"

Essa idéia de equilíbrio, ora predominante na doutrina e acolhida pela Lei das S/A, foi explorada por Fernando ALBINO: *"Na sistemática engendrada pela Lei 6.404/76, os direitos essenciais se constituem em um dos pilares fundamentais, fazendo contraponto ao reconhecimento do poder de controle. À maioria foi reconhecido o poder de gestão, a ele se contrapondo uma esfera exclusiva de direitos sobre os quais não tem nenhuma decisão, já que não podem alterar a lei. Assim, estão protegidos os acionistas minoritários naquilo que têm de fundamental, ou seja, a participação nos lucros e na fiscalização dos negócios sociais, a participação no acervo, em caso de descontinuidade dos negócios, a garantia de que podem manter assegurada a sua posição relativa no capital e a possibilidade de saída da empresa, caso algumas decisões cruciais sejam deliberadas pelos acionistas majoritários."*¹⁹⁷

Esses são os direitos essenciais, conforme a denominação do art. 109 da Lei das S/A. O elenco dos direitos essenciais não se restringe à prescrição desse compartimento legal. Além dessas, a lei contém uma série de outras normas que prevêm direitos dessa modalidade dispersos no bojo do diploma¹⁹⁸, sempre atribuindo ao

¹⁹⁷ ALBINO, Fernando. Direitos essenciais do acionista. Revista de Direito Público. São Paulo, RT, n. 80, out/dez 1986, p. 215.

¹⁹⁸ Para Modesto CARVALHOSA (Comentários... v. 4, p. 40-41), também constituem direitos essenciais aqueles relacionados nos artigos

minoritário um contrapeso à condição preponderante do controlador, em face da detenção do poder.

3.8 MECANISMOS FRUSTRATÓRIOS DA PROTEÇÃO DO ACIONISTA MINORITÁRIO

A proteção do acionista minoritário frente ao controlador se consolida através da atribuição de direitos conservadores do patrimônio investido e dos instrumentos tendentes a garanti-los.

Tais medidas são passíveis de violação pelo controlador quando a ação deste mostra-se capaz de suprimir esses direitos, considerados inderrogáveis tanto por via direta (deliberação majoritária em assembléia geral ou estatuto) quanto por manobra frustratória indireta, como a ocultação do lucro visando não distribuí-lo, aumento de capital com o único propósito de diminuir a posição acionária dos minoritários, venda do controle, fusões, incorporações etc.

Os critérios genéricos que descortinam esses mecanismos frustratórios dos direitos da minoria estão arrolados no art. 117 da Lei das S/A e consistem na definição do abuso de poder do controlador. A partir da conjugação de todas as hipóteses acolhidas no artigo, pode-se considerar que a Lei das S/A caracteriza o abuso de poder de controle como o ato de disposição que direcione a

22, 26, 36, 105, 123, 124, 125, 126, 130, 133, 141, 157, 159, 161, 171, 206, 254 da Lei das S/A.

companhia para finalidade prejudicial aos interesses sociais ou àqueles que nela têm interesse econômico, com o objetivo de atingir resultado ilegalmente proveitoso para si.

Trata-se de instituto inconfundível com o abuso de direito. Elementos análogos aos relativos à figura do abuso de direito são a ação ou omissão do titular do direito, o desvio de finalidade, o prejuízo a interesse alheio; mas não se coadunam com a definição do abuso de direito o ato destinado a obter vantagem para si e a prática de ato ilegal. No primeiro caso, a vantagem individual advinda do ato abusivo não integra o conceito de abuso de direito porque este prescinde dela, bastando que o ato não acarrete qualquer vantagem para si - apesar de causar prejuízo a outrem. Segundo a lei (art. 117, alíneas *b*, *f*, *g*), a vantagem ao controlador integra a definição de abuso de poder. Quanto ao segundo caso, em capítulo anterior já se discriminou a diferença entre o ato ilícito e o abuso de direito. Logo, a ilicitude do ato (art. 117, alíneas *e*, *g*) recebe o sancionamento próprio dessa modalidade. Aliás, a vantagem obtida pelo controlador (ou quem de confiança) nas circunstâncias descritas nas alíneas *b*, *f*, *g* também corresponde a ato ilegal, diverso daquele equivalente ao abuso de direito. A aproximação do abuso de poder de controle com o abuso de direito encontra-se nas alíneas *a*, *c*, *d* - mas permanece a qualificação do ato pela distinção entre a abusividade e a ilicitude.

De todo modo, esses elementos são meramente exemplificativos. Modesto CARVALHOSA invocou a exposição de motivos da Lei das S/A, no tocante ao art. 115, para corroborar a posição quanto ao art. 117 e concluiu: "*É evidente que só se pode entendê-la como enunciativa. A orientação da lei foi sempre a de adotar padrões amplos (standards). Esse critério normativo permite ao juiz e às autoridades administrativas (Comissão de Valores Mobiliários) incluir, nas enunciações que a lei traz, os atos lesivos efetivamente praticados pelos controladores.[...] O fundamento da responsabilidade do controlador é a sua conduta na direção dos negócios sociais e empresariais.*"¹⁹⁹ Conforme já se alertou mais acima, de igual maneira com os minoritários, há-de se considerar o conjunto do comportamento do controlador para reconhecer a ocorrência de abuso de poder de controle.²⁰⁰

Distante de discriminar um rol exaustivo de modalidades abusivas do controlador que importem em frustração da proteção aos minoritários, a jurisprudência

¹⁹⁹ CARVALHOSA, Comentários... v. 4, p. 133. Na mesma direção explanaram Alfredo LAMY FILHO e José Luiz Bulhões PEDREIRA (ob. cit., p. 238): "*Exemplificando, no artigo 117, modalidades mais freqüentes de exercício abusivo do poder pelo controlador, o Projeto não exclui outras hipóteses, que a vida e a aplicação da lei se incumbirão de evidenciar.*"

²⁰⁰ Marco CASSOTTANA (L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare. Quaderni di giurisprudenza commerciale, n. 120. Milano : Giuffrè, 1991, p. 118-119) admitiu que a relevância da especificação é funcional, sendo possível a seleção, através da via indutiva, de diversos interesses identicamente tutelados.

italiana identificou o requisito da *única finalidade fraudulenta da deliberação* para a definição do abuso de poder, que somente poderia ser dessumível a partir do conteúdo ou do contexto extrínseco da deliberação. Nesse caso, tal corresponderia a um vício de validade passível de anulação.²⁰¹ Ou seja, seria preciso avaliar o conteúdo da deliberação e as decorrências objetivas dela para reconhecer a *unicidade* de que falam os tribunais. Marco CASSOTTANA discorreu sobre o tema: "*A unicidade da finalidade fraudulenta ou o intento anti-social subjacente à deliberação muito dificilmente poderá ser provada de modo direto; no mais das vezes tal dedução do impugnante encontra exclusivo fundamento na prova por presunção. Sob esse ângulo, nenhum limite encontra o autor na alegação dos elementos de fato reunidos como idôneos a demonstrar a circunstância ignorada, vale dizer, a unicidade do intento abusivo, nem a autoridade judiciária encontra limite para considerar tais elementos de fato; as limitações atendem, efetivamente, à atividade valorativa, por parte do intérprete, dos elementos de fato em exame, sendo requerida pela lei a gravidade, a precisão, a concordância a fim de*

²⁰¹ A anulabilidade supõe a disponibilidade dos interesses protegidos por seu titular. Tullio ASCARELLI (ob. cit., p. 376-377) diferenciou as deliberações que importam no *desprezo* eventual do direito de acionista e as que estabelecem a *privação* definitiva desse direito. Na primeira hipótese, há anulabilidade; na segunda, nulidade. O exemplo que forneceu foi a deliberação em assembléia que despreze o direito de preferência de certo acionista (anulável), em contraposição à alteração do estatuto que prive, de modo geral, os acionistas do direito de preferência (nula).

recolher a prova da circunstância ignorada (art. 2729 cod. civ.)."²⁰²

Na Itália, também se admite que o intuito fraudulento do abuso de poder equivale a um ato ilícito, qualificado pela intencionalidade do controlador: "*Na jurisprudência prevalecente, sobre o tema de excesso de poder, o caráter fraudulento-ilícito da finalidade única perseguida pelos votantes em maioria, e objetivamente confrontável, depende (I) da lesão de um interesse protegido dos outros acionistas, (II) concretamente injustificável, (II.1) no interesse social, ou (II.2) quanto a uma prerrogativa dos sócios de maioria juridicamente privilegiada relativamente ao prejuízo suportado por cada um dos outros sócios.*"²⁰³ A reunião do abuso de poder e a fraude termina por distanciá-lo do abuso de direito porque, conforme visto anteriormente, a fraude à lei difere do abuso de direito.²⁰⁴ Logo, o abuso de poder de que trata o art. 117 da Lei das S/A enumera o comportamento ilícito do acionista controlador em relação

²⁰² CASSOTTANA, ob. cit., p. 115.

²⁰³ CASSOTTANA, ob. cit., p. 117. Assim também avaliou Marcellin RAË (*La responsabilité civile des administrateurs, fondateurs et actionnaires des sociétés anonymes. Bruxelles : Bruylant, 1968, p. 117*), para quem a atividade fraudulenta envolve a noção de abuso da maioria quando há contrariedade ao interesse social (análogo ao item II.1 de CASSOTTANA), em prejuízo (item I) individual e efetivo de cada um dos acionistas minoritários (item II.2), através de deliberação sem justa causa (item II) pelo controlador que importe em seu benefício.

²⁰⁴ Confira-se item 2.7, Abuso de direito e figuras afins.

aos direitos dos minoritários, passível de sancionamento conforme o regime comum da responsabilidade civil quando verificada a coexistência dos pressupostos ora discriminados.

3.9 AS RECENTES ALTERAÇÕES NA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

Freqüentemente, os reveses sofridos pelo acionista minoritário na consolidação e no exercício de seus direitos não decorrem de iniciativa do acionista controlador, mas do próprio Estado. Aluda-se à Lei nº 7.958/89, conhecida como Lei Lobão, que se destinou e não conseguiu suprimir o direito de recesso; a Medida Provisória nº 1.179/95, instituidora do PROER, que suspendeu o direito de retirada e a oferta pública a acionistas dos bancos beneficiados pelo programa; e, mais recentemente, à promulgação da Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997.

Especificamente quanto a esta, o projeto de iniciativa do Governo Federal, apelidado Projeto Kandir, recebeu emenda na Câmara dos Deputados que eliminou da Lei das S/A os dispositivos que ostentavam diversas incompatibilidades e revogações tácitas produzidas durante seus vinte anos de vigência, nomeadamente as disposições remissivas às ações ao portador, extintas pela Lei nº 8.021/90. A par dessa depuração inexistente no projeto governamental, a emenda acrescentou todas as contrapartidas hoje existentes às supressões de direitos dos acionistas minoritários, destacando-se a previsão de dividendos 10% maiores aos detentores de ações preferenciais (art. 17) e a

alternativa (e não a imposição) de o estatuto prever o reembolso aos acionistas dissidentes pelo critério do valor econômico das ações (art. 45, §1º), sendo que o silêncio estatutário presumirá o critério do patrimônio líquido, este mais vantajoso para os dissidentes. Na redação projetada, o reembolso seguiria obrigatoriamente o valor de mercado (também chamado econômico), que usualmente é menor que o valor patrimonial das ações.

O Governo elaborou o aludido projeto com o objetivo único e confessado de suprimir direitos dos acionistas minoritários quando da modificação estrutural da companhia.²⁰⁵ Essa providência atendeu aos interesses imediatos do atual governo no que se refere à política de privatizações, já que as ações das companhias cujo controle acionário se pretende privatizar respondem por 80% do movimento do mercado acionário brasileiro.²⁰⁶ Logo, os detentores de ações cotadas em bolsa e qualificados como

²⁰⁵ Tal objetivo recebeu contornos notórios a partir de declarações de assessores do Ministério do Planejamento reproduzidas, apenas para exemplificar, pelos jornais *Gazeta do Povo* (Curitiba), 12.6.97, p. 25 ("*reconhece que a nova legislação atende a interesses imediatos dos governos federal e estaduais, que precisavam afastar entraves à privatização*") e *O Estado de São Paulo*, 14.4.97, p. A3 ("*o governo procurou adaptar a legislação às condições econômicas decorrentes do processo de globalização, assim como proteger os acionistas minoritários sem que a reivindicação de seus direitos pudesse paralisar a vida das empresas*").

²⁰⁶ Conforme notícia de Modesto CARVALHOSA (Comentários à lei de sociedades anônimas. v. 1. São Paulo : Saraiva, 1997, p. LIV).

minoritários concentram-se no âmbito de sociedades controladas pelo próprio Estado.

A manobra casuística representada pela promulgação da Lei 9.457/97 culminou por atingir identicamente as companhias de capital fechado, que constituem a grande maioria das companhias brasileiras. As hipóteses de direito de recesso, previstas nos incisos do art. 137, doravante não contemplarão a cessação do estado de liquidação, a cisão ou a dissolução da companhia. Admite-se o recesso quando da fusão, incorporação ou participação em grupo de sociedades apenas para acionistas de companhias abertas com participação irrelevante (art. 137, II, "a") ou com menos da metade do total de ações em circulação no mercado (art. 137, II, "b"). As alterações na quantidade e qualidade das classes acionárias ensejarão o recesso somente para as classes prejudicadas (art. 136, I e II; e art. 137, I). De outra parte, a revogação dos arts. 254 e 255 sob o argumento de *"emperrar a reestruturação societária"*²⁰⁷, desonerou a companhia de proceder à oferta pública aos não-controladores, quando da alienação do controle acionário.

²⁰⁷ Indústria & Comércio (Curitiba), 11 a 13.4.97, p. A-6. A justificativa publicada por esse jornal, transcrita da Agência JB, foi a seguinte: *"Quando há uma oferta pública, o desembolso do comprador da empresa hoje se dá tanto para a aquisição do controle quando na compra das ações minoritárias pelo mesmo valor, o que elimina o 'ágio de controle'. Esse ônus para o comprador de uma empresa acaba resultando, na avaliação da Seplan, em restrições para a formação de companhias abertas e, portanto, apresenta-se como restrição ao desenvolvimento do mercado de capitais."*

O benefício mais visível aos acionistas minoritários foi a distribuição de dividendos para as ações preferenciais. Caso o estatuto não estabeleça um valor mínimo ou fixo para o dividendo, o minoritário terá direito a dividendos pelo menos a 10% superiores que os atribuídos às ações ordinárias (art. 17). Houve o acréscimo imperativo dessa majoração quanto aos dividendos, em relação às demais vantagens alternativas que foram mantidas e deslocadas para o inciso II.

Ademais, o relatório alterou o projeto para dele constar a possibilidade de convocação da assembléia geral, se os administradores não o fizerem após oito dias do pedido de convocação, por acionistas detentores de ao menos 5% de todo o capital social, para tratar de matérias genéricas (art. 123, parágrafo único, "c") ou, para convocação do conselho fiscal, pelo mínimo de 5% do capital votante ou 5% dos acionistas sem direito a voto (art. 123, parágrafo único, "d"). O texto anterior restringia a convocação a porcentagem mínima representativa do capital votante, agora ampliada para a integralidade do capital social. A permissão para acionistas sem direito a voto convocarem a assembléia justifica-se pela antiga possibilidade de também eles elegerem um membro do conselho fiscal (art. 161, §2º). Essa regra era usualmente inócua, pois os acionistas sem direito a voto não dispunham, por si sós, de instrumento capaz de efetivar tal previsão, tornando-a compulsória para o acionista controlador.

Modificou-se o projeto ainda para contemplar a autorização para qualquer membro do conselho fiscal, individualmente, requerer esclarecimentos dos auditores independentes (art. 163, §4º) e, por maioria, nomear perito para esclarecer fatos relevantes para suas funções (art. 163, §8º). A regra concedeu efetividade à atuação do membro do conselho fiscal indicado pelos minoritários e dispôs ao conselho maior autonomia para investigar, certificando-se através de perícia acerca de fatos importantes à fiscalização.

A nova lei dispôs ainda sobre outros temas que não afetam tão diretamente os direitos de acionistas minoritários de companhias fechadas. De qualquer forma, o presente capítulo não tem o objetivo de esmiuçar a lei nem de comentar cada alteração. O indispensável através da identificação ora promovida é ressaltar que as reformas não visam ao incremento do regime do anonimato, ao seu aperfeiçoamento como instituição, mas exclusivamente aos interesses do Governo, na condição de gestor (temporário, aliás) do capital que proporciona à União o controle de sociedades anônimas de economia mista.²⁰⁸ Não se tome essa assertiva em termos puramente político-ideológicos, mas como conclusão de que o alcance do questionável intuito

²⁰⁸ Modesto CARVALHOSA (Comentários... v. 1, p. LXI) expressou-se em sentido análogo: *"Tal retrocesso demonstra mais uma vez a persistência e aprofundamento do perfil institucional da lei societária, sempre a serviço das macropolíticas governamentais do momento. No caso presente, sua política está voltada a atender à implantação de um Estado neoliberal."*

governamental fez-se à custa da supressão de direitos dos acionistas minoritários.

Bem verdade que o direito deve-se adaptar à rapidez da transformação social, mas não pode deixar-se modificar a cada contingência declarada pelo governante como universal, inexorável e, pior, inquestionável. A transformação conjuntural tem como aliado providencial o direito para consumo, responsável pela produção contínua de leis, decretos, medidas provisórias em tal profusão e superficialidade que acarreta a perda do sentido do direito.

Refém dos peritos e burocratas integrantes da "expertocracia", na expressão de Castanheira NEVES, o direito é esvaziado intencionalmente e restrito à sua vertente instrumental e finalística. A circunstância da qual surgiu a Lei nº 9.457/97 amolda-se precisamente à formulação de Castanheira NEVES: *"Tornado o direito expediente regulativo-organizatório, já de uma estratégia política, já de um projecto tecnológico que lhe são heterónomos, vê-se ele submetido a um exclusivo finalismo de oportunidade político-social que de todo lhe subtrai valores e fins próprios e lhe impõe uma índole tão-só programático-regulamentar - as leis como que passam todas a ser 'lois réglementaires' (RIPERT) - não intencionando fundamentos normativos nem preocupado com juízos de validade, mas propondo-se simplesmente a orientar e*

*organizar a acção directamente executiva, com vista a certos e ocasionais efeitos programados."*²⁰⁹

Encerrando seu raciocínio com flagrante desânimo, o jurista português culminou por questionar a utilidade do direito como titular do monopólio da regulação social: "*Não será também ele, tal como o homem, já antiquado?*"

²⁰⁹ NEVES, ob. cit., p. 294.

4 ABUSO DE DIREITO PELO ACIONISTA MINORITÁRIO

4.1 AUTONOMIA DA CONDUTA E EQUILÍBRIO ENTRE OS ACIONISTAS

A teoria do abuso de direito se desenvolve a partir de um plano de liberdade.²¹⁰ O exercício desimpedido de faculdades reconhecidas ao indivíduo encontra limite qualificado não pela ilicitude, mas pela ausência de benefício próprio na alegada fruição e concomitante prejuízo ao direito reflexo de outrem. Tal como explanou Giulio LEVI, *"De fato, o conceito de liberdade é compatível com a existência do abuso de direito; liberdades que, mesmo por serem indefinidas, não podem restringir-se, como se diz, à categoria do lícito e do ilícito."*²¹¹ Por esse aspecto, avulta para a configuração do abuso de direito a projeção jurídica que a conduta humana encontre no mundo dos fatos.

Já se ressaltou que todos os acionistas detêm direitos, originalmente equivalentes, aos quais são

²¹⁰ Ana PRATA (A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra : Almedina, 1982, p. 217) deduziu que as liberdades desfrutam de regime normativo mais amplo e flexível que os direitos positivados: "[...] enquanto os direitos legalmente previstos (e mesmo os previstos na Constituição [portuguesa] fora do título II) só têm o regime constitucional específico dos direitos, liberdades e garantias, quando a analogia de natureza o legitime, já as liberdades sempre o teriam, fosse qual fosse o seu carácter e a sua relevância [...]."

²¹¹ LEVI, ob. cit., p. 20. Em nota, aludiu ao distanciamento entre as liberdades e a ilicitude, de acordo com a proposição de ROUAST: "Os direitos indefinidos, que são as liberdades das quais gozamos quaisquer de nós, não podem dar lugar a uma aplicação pura e simples da teoria da responsabilidade civil."

adicionados outros em virtude da formação do grupo controlador. A proteção do acionista minoritário decorre logicamente, então, da consagração do princípio majoritário, revelando-se mais intensa (e a profusão da doutrina a ela dedicada o demonstra) na medida em que o controlador assume uma óbvia posição predominante no seio da companhia, em vista de adquirir em assembléia geral o poder de dispor de todo o patrimônio social, inclusive da parcela com a qual contribuiu a minoria. As faculdades conferidas aos grupos acionários encerram conteúdos diversos e prestam-se a estabelecer o equilíbrio relativo²¹² que não corresponde à paridade absoluta, mas sim a uma *igualdade* proporcional à participação societária, mediante atribuição de direitos mais amplos ao grupo de acionistas detentor de maior número de ações.²¹³ Cuida-se de paridade de tratamento, e não de paridade de direitos.²¹⁴

²¹² Pela qualificação de Modesto CARVALHOSA (Comentários... v. 4, p. 46): "*Essa igualdade, no entanto, é relativa, ou seja, será exercitada conforme dispõe a lei e, eventualmente, o estatuto.*"

²¹³ Fábio Konder COMPARATO (Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial In: Direito empresarial : estudos e pareceres. São Paulo : Saraiva, 1990, p. 89) manifestou-se assim: "*É, aliás, pela submissão de todos os sócios, sem exceção, ao escopo social comum que se realiza a verdadeira igualdade entre eles, igualdade evidentemente proporcional à participação de cada um no capital.*" Confira-se a nota de rodapé nº 196.

²¹⁴ CASSOTTANA, ob. cit., p. 105 e 106.

O reconhecimento de direitos à minoria para sua proteção não significa consentimento para exercitar esses direitos em qualquer extensão e sob qualquer pretexto, já que a simples atribuição de direitos a um grupo específico de sujeitos perante outro demonstra a viabilidade do desequilíbrio abusivo promovido também pela minoria, cujo acolhimento encerra uma questão de proporcionalidade: *"Deve-se portanto atentar bem para esse aspecto [do equilíbrio] a fim de não fazer pender a balança para qualquer dos lados, inclusive da própria minoria. Daí já ter sido posta em evidência a questão dos abusos da minoria, e se pretendido tutelar a maioria contra a minoria, ou seja, a proteção contra a minoria."*²¹⁵ A abusividade se relaciona diretamente com o conteúdo do direito exercitado, de modo que tanto maior será a possibilidade de abuso quanto maior for a amplitude de escolha subjetiva do indivíduo.

O enfoque relevante para o presente trabalho é o *comportamento*²¹⁶ dos acionistas (nessa perspectiva de liberdade) quando do exercício de direitos submetidos desde

²¹⁵ BULGARELLI, A proteção às minorias..., p. 25 e 26.

²¹⁶ Esse é o teor do ensinamento de Modesto CARVALHOSA (Comentários... v. 4, p. 112), em comentário ao art. 115 da Lei das S/A: *"O fundamento desse idêntico tratamento legal está em que a norma objetiva sanciona o comportamento do acionista, no exercício do direito de voto, e não o exercício do poder majoritário ou de controle, que é tratado em outro dispositivo (art. 117). Visando o comportamento e não o poder, a norma trata igualmente o abuso da maioria e da minoria."*

a origem à equivalência entre todos os acionistas e reputados direitos instrumentais pelo §2º do art. 109. É o caso específico do direito de voto, tratado nos artigos 110 e seguintes da Lei das S/A e cujo conteúdo permite uma eleição de conduta do acionista muito mais ampla que aquela admitida para os direitos do *caput* do art. 109. Estes são praticamente insuscetíveis de abuso²¹⁷, porque a lei delimita tanto os pressupostos de seu exercício quanto a extensão dos poderes atribuídos ao sócio. Reduz à quase nulidade a margem de discricionariedade de exercício pelos seus titulares. Ou seja, à verificação da hipótese de incidência precisamente indicada na norma implicará necessariamente o resultado prenunciado e, por isso, o *comportamento* do acionista minoritário - sobre o qual será investigada a ocorrência de abuso - não tem grande margem de variação. Assim ocorre, por exemplo, com o direito de participação no acervo em liquidação, que se submete à ocorrência da específica circunstância de a companhia encontrar-se em processo de dissolução; não haverá espaço para pretensão do minoritário que se distancie das estritas delimitações legais e estatutárias, em termos de participação no acervo. De idêntica maneira, o direito de retirada vincula-se à ocorrência de fatos específicos capazes de alterar negativamente a posição acionária ou desvalorizar o capital vertido pelo acionista

²¹⁷ Mas não estão a salvo de serem atingidos pela ilicitude.

minoritário.²¹⁸ Nessas modalidades de direitos dos minoritários, como todas aquelas descritas no art. 109, *caput*, da Lei das S/A, a flexibilidade do seu comportamento quanto ao modo de exercício e o alcance das conseqüências então advindas são restritos aos resultados taxativamente positivados na lei.

O raciocínio exposto induz a uma formulação teórica, sob o prisma da conduta do acionista. Os direitos patrimoniais (tais como os elencados no art. 109) revelam a vertente *estática* dos direitos da minoria, se inferidos como direitos *finalísticos*, destinados à manutenção da condição de acionista, da sua posição no quadro social, da remuneração do capital vertido na companhia e, enfim, da recuperação desse capital. Já os direitos instrumentais expõem o ângulo *dinâmico* dos direitos dos minoritários, na medida em que se apresentam como *meio* de satisfação dos direitos patrimoniais.

A possibilidade da derruição do equilíbrio preconizado pela Lei das S/A posiciona-se à margem da autonomia assegurada ao comportamento do acionista. Waldirio BULGARELLI apontou diversas faculdades²¹⁹ disseminadas pela Lei das S/A como meios de alcance ou

²¹⁸ Demais disso, reconheça-se que o direito de recesso tem grande utilidade para evitar o ajuizamento de ação de dissolução pelo sócio descontente, que então disporia de maior amplitude arbitrária capaz de ser exercitada abusivamente.

²¹⁹ Tais faculdades eram denominadas pelo Decreto-lei 2.627/40 de garantias individuais.

proteção dos direitos patrimoniais²²⁰, dentre as quais a convocação da assembléia geral (art. 89, *b*), participação na assembléia (art. 90, par. único), eleição de membro e suplente do Conselho Fiscal (art. 125), exame de documentos (art. 98), anulação de assembléia (art. 156) e da constituição da sociedade (art. 155), oferecimento de queixa-crime (art. 172, par. único) e ação cível em face de administradores (arts. 120, par. único, 123, 128 e 146), exibição de documentos (art. 57), liquidação judicial da sociedade (art. 138, *b*). Essas prerrogativas instrumentais de que o acionista minoritário dispõe para a consecução de seus direitos patrimoniais dividem-se claramente em dois planos genéricos distintos: o interno à companhia e o externo a ela. No âmbito interno, o direito instrumental por excelência é o voto em assembléia geral. No aspecto externo, o acionista minoritário tem à disposição a invocação da tutela jurisdicional.²²¹ A abordagem que segue estará concentrada nesses ângulos da atividade do acionista minoritário no exercício de seus direitos e satisfação de seus interesses.

²²⁰ BULGARELLI, A proteção às minorias..., p. 81.

²²¹ Nas companhias abertas, existe ainda a possibilidade de representação junto à Comissão de Valores Mobiliários (arts. 4º, IV; 11; e 12, da Lei 6.385/76).

4.2 INTERESSE SOCIETÁRIO E INTERESSE DOS ACIONISTAS

A noção de *interesse* mereceu a atenção detida dos juristas, que dela trataram isoladamente ou, com mais freqüência, como elemento fundante de institutos paralelos. De antemão, deve-se questionar as hipóteses de o interesse denotar motivo, escopo ou relação. E, nesse último caso, se a relação seria travada entre sujeito e objeto ou entre sujeitos diversos.²²²

Diante da dificuldade de estabelecer um conceito unitário de interesse, nos moldes clássicos, a doutrina tendeu a aproximá-lo de conceitos já conhecidos e dominados. Entretanto, em nossa visão o interesse constitui o núcleo dogmaticamente autônomo da formulação teórica acerca das relações jurídicas entre a companhia e seus acionistas. Trata-se de análise que constitui o ponto de partida fundamental para rejeitar determinadas compreensões ora reputadas equivocadas.

A definição de *interesse* foi sugerida por Erasmo Valladão Azevedo e Novaes FRANÇA como "*a relação existente entre um sujeito, que possui uma necessidade, e o bem apto a satisfazê-la, determinada na previsão geral e abstrata de uma norma. Para a satisfação de suas necessidades, o homem vale-se de bens. Entre o sujeito e o bem, portanto, forma-se uma relação que, na situação jurídica enfocada, toma o*

²²² COMPARATO, O poder de controle..., p. 277.

nome de interesse."²²³ Cumpre afastar a concepção, à qual se alinha a definição acima, que professa a existência de *relação jurídica* entre pessoa e coisa. Esse liame não parece ser possível: as relações se aperfeiçoam entre dois ou mais sujeitos, tendo como *objeto* determinada coisa. A disputa foi resumida por Silvio RODRIGUES: "*Uma corrente de juristas, inspirada na obra de Ortolan e liderada por Planiol (ob. cit. [Traité élémentaire de droit civil], vol. I, nº 2.159), critica tal entendimento por achar inconcebível um liame jurídico entre uma pessoa e uma coisa, pois todo direito é sempre uma relação entre pessoas.*"²²⁴ Se, ainda, for recepcionada a idéia kelseniana do *direito reflexo*, o direito de alguém corresponderá a um dever de outrem frente a quem exerce-se *poder* sobre a coisa. Logo, sujeito e objeto estariam vinculados por *submissão* mediata deste àquele, e não por *relação* de *subordinação jurídica* direta entre integrantes da mesma

²²³ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Conflito de interesses nas assembleias de s.a. São Paulo : Malheiros, 1993, p. 15 e 16. Para alcançar tal conclusão, o autor valeu-se de construções como a de Alessandro BERTINI, para quem todo ordenamento jurídico é um ordenamento de tutela de interesses, e de Rudolph von JHERING, que considerou o interesse como o fundamento das normas jurídicas.

²²⁴ RODRIGUES, Silvio. Direito civil. v. 1. 17ª ed. rev. at. São Paulo : Saraiva, 1987, p. 36. Eis o exemplo concebido pelo autor: "*Assim, no direito de propriedade, enquanto o sujeito ativo é o titular do domínio, são sujeitos passivos da relação jurídica todas as outras pessoas do mundo, exceto seu titular. Todas essas pessoas estão vinculadas à obrigação passiva universal, de caráter negativo, cujo conteúdo é o abster-se de praticar qualquer ato que possa turbar a posse tranqüila pelo sujeito ativo.*"

categoria ontológica; e por isso não se pode acolher a definição anteriormente aludida.

O interesse ainda se distancia do escopo (finalidade) e do motivo. Erasmo FRANÇA coligiu o posicionamento de Pier Giusto JAEGER, que se afigura acertado: *"A propósito, Jaeger distingue interesse de escopo, que denota a satisfação da necessidade, própria do titular do interesse, que o bem (objeto do próprio interesse) é idôneo a realizar. Distingue, outrossim, interesse de motivo, que consistiria na valoração do interesse, feita pelo sujeito interessado, e que determina, ou contribui para determinar, a sua volição (ob. cit. [L'interesse sociale. Milano : Giuffrè, 1964], pp. 4 e 5)."*²²⁵

A finalidade da conduta como critério para vislumbrar o abuso do minoritário foi rejeitada também pelo ponderado entendimento de Alberto PIMENTA: *"Quer os fins quer os interesses são valores. Simplesmente eles não jogam nos mesmos termos em face da norma (ou do direito subjectivo por ela concedido): os fins são os valores típicos que a norma visa; os interesses são aqueles valores, que servem de critério para qualificar, ou não, como juridicamente possível, ou autorizado, certo tipo de comportamento; os fins transcendem a norma, ao passo que os*

²²⁵ FRANÇA, ob. cit., p. 16. A distinção promovida por JAEGER também foi referida em nota por FRÈ, Giancarlo. Società per azioni. 5ª ed. Bologna : Zanichelli, 1982, p. 365.

interesses lhe são imanentes."²²⁶ Giancarlo FRÈ deduziu a compreensão diametralmente oposta: *"Logo, pode-se dizer que uma pessoa tem interesses contrastantes com aqueles de outra, se os benefícios futuros, que para a primeira são possíveis ou prováveis, estão em concorrência com os possíveis ou prováveis benefícios que se apresentam para uma outra pessoa."*²²⁷ Alberto PIMENTA sustentou as razões da exclusão do motivo como fundamento do abuso: *"Na realidade, um acto é abusivo não porque os respectivos motivos determinantes colidam seja com o que for, mas porque se apresenta, objectivamente, em contraste com os valores (interesses) que, num dado ambiente cultural, classificam actos daquele tipo, como formas aceitáveis, ou inaceitáveis, de actuar a norma que, aparentemente, os justifica e os fins visados por essa norma."*²²⁸

A sociedade anônima consiste em complexo de direitos e obrigações através dos quais interagem os diversos elementos integrantes da companhia. Esses agentes da empresa dividem-se em categorias identificáveis pelas expectativas que nutrem a partir dos desígnios que cada qual exerce frente à sociedade. A origem diversa das expectativas e a prevalência necessária de uma delas no

²²⁶ PIMENTA, Alberto. Suspensão e anulação de deliberações sociais. Coimbra : Coimbra Ed., 1965, p. 94. No mesmo sentido, confira-se o penúltimo parágrafo do item 2.4, Consagração legal da proibição do abuso de direito.

²²⁷ FRÈ, ob. cit., p. 368.

²²⁸ PIMENTA, ob. cit., p. 94.

bojo das mesmas relações jurídicas intra-societárias resultam no conflito entre os interesses então surgidos. Arnoldo WALD vislumbrou esse cenário: "*Na realidade, existem conflitos na empresa pela diferença de concepção das mesmas situações pelos diversos participantes. [...] O mesmo tipo de conflito surge entre o empresário e os acionistas preferenciais e minoritários. Muitas vezes, o empresário quer utilizar os lucros para reinvestir e melhorar os seus equipamentos, enquanto os acionistas se interessam mais diretamente pelo recebimento dos dividendos.*"²²⁹

Os acionistas, administradores e empregados expõem-se ao mútuo antagonismo entre seus interesses privados (e externos à esfera societária), mas o parâmetro norteador do embate é a satisfação dos interesses da própria sociedade. Anote-se que a sociedade não é capaz de possuir, por si só, interesse propriamente dito. Waldirio BULGARELLI enfocou esse mesmo aspecto, apesar de utilizar o termo *empresa* para conotar a idéia de *sociedade*: "*A empresa, reitere-se, não tem interesses; só as pessoas os têm [...]*."²³⁰ Não existe um interesse societário em sentido subjetivista, pois a sociedade revestida dos contornos de pessoa jurídica carece daqueles requisitos próprios do espírito; ao inverso dos

²²⁹ WALD, Arnoldo. Interesses societários e extra-societários na administração das sociedades anônimas : a perspectiva brasileira. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 55, RT, jul/set 1984, p. 12.

²³⁰ BULGARELLI, A proteção às minorias..., p. 49.

seus integrantes, a sociedade não tem vontade nem a condição autônoma da ação e da reação. Sobre o tema, Fábio Konder COMPARATO noticiou a posição que temos como aquela a adotar: *"Ascarelli tem, pois, toda razão ao sublinhar que as relações em que é parte uma pessoa jurídica são sempre, em última análise, relações entre homens e dizem respeito, unicamente, a interesses humanos."*²³¹ A conotação possível entre sociedade e interesse deflui do objeto social, que atua como o critério determinante dos limites dos interesses manejados pelos seus integrantes e, de acordo com a proposta de Raul Anibal ETCHEVERRY, *"O objeto é meio, é veículo, com o qual se pretende alcançar o fim para o qual a sociedade foi criada por seus sócios fundadores."*²³² Juan M. SEMON explanou sobre a dualidade entre a condição dos acionistas como *"co-proprietários da empresa"* e a

²³¹ COMPARATO, O poder de controle..., p. 280. Mais adiante, o mestre paulista advertiu: *"Mas aqui é preciso salientar que, nas sociedades, o chamado interesse social corresponde ao interesse dos sócios que as compõem apenas ut socii, isto é, quando idêntico para todos, em função do objeto social. Daí por que, eventualmente, pode existir conflito de interesses, notadamente no exercício do direito de voto (Lei n. 6.404, artigo 115), na medida em que um sócio persegue interesse incompatível com o objeto social."*

²³² ETCHEVERRY, Raul Anibal. Intereses societarios y extra societarios en la administracion de las sociedades anonimas. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 55, RT, jul/set 1994, p. 20. O autor referiu-se a decisão de um tribunal do comércio argentino, pela qual *"o interesse da sociedade deve entender-se como voltado a um benefício comum que se realiza mediante uma atividade comum, que se transmite a todos os sócios. Esse interesse comum se revela pela decisão majoritária, que é o limite jurídico do interesse do sócio sobre o lucro e de sua recuperação individual."*

condição, segundo o autor, de sujeito de direito ostentada pela pessoa jurídica que encerra a sociedade.²³³ Apontou a dependência recíproca de dois grupos de "*vontades e de sujeitos de direito*": a da sociedade, como soma das vontades de seus membros, e a vontade individual de cada acionista.

Duas teorias digladiaram-se quanto aos interesses dos sócios e da sociedade. A teoria institucionalista (corolário da homônima teoria acerca da natureza da pessoa jurídica) vislumbrou a existência de um interesse próprio da companhia, separado e prevalecente em relação a qualquer interesse dos sócios.²³⁴ Defendeu a contraposição entre *fim* e *objeto* sociais, prestigiando incondicionalmente a consecução da atividade descrita no estatuto, mesmo que tanto importe em desprezo à percepção de lucro. A teoria comportou diversas correntes internas²³⁵, desde as mais radicais até aquelas que se aproximaram da contraposta teoria contratualista.²³⁶ Esta, por sua vez, aceitou a integração entre a preservação do objeto social imaginado e

²³³ SEMON, ob. cit., p. 38.

²³⁴ Modesto CARVALHOSA (Comentários... v. 4, p. 104) explicou que as teorias institucionalistas "*proclamavam haver um interesse social independente, ou, pelo menos, não totalmente identificado com o interesse dos sócios. Dessa forma, frente ao interesse do acionista contrapõe-se outro, de ordem superior e de natureza autônoma.*"

²³⁵ FRANÇA, ob. cit., p. 22.

²³⁶ A denominação deflui da concepção da sociedade como contrato plurilateral em que as partes buscam um escopo comum, ainda que dotadas de interesses originariamente conflitantes.

ratificado pelos acionistas fundadores e o alcance do lucro como finalidade social maior.²³⁷ Admitiu-se a afluência de interesses privados na sociedade, mas que a relevância deles para o interesse societário seria estabelecida por *"uma zona de interesse comum dos acionistas, os quais devem manifestar-se em consonância com a realização do objetivo social."*²³⁸ A corrente contratualista estabeleceu ainda que o interesse comum dos acionistas *"corresponde ao interesse geral de participação nos lucros e no acervo da companhia."*²³⁹

Na percepção de Fábio Konder COMPARATO, ao expressar o interesse da companhia, o art. 115 da Lei das

²³⁷ Para Giancarlo FRÈ (ob. cit., p. 367), *"A noção de interesse social não pode estabelecer-se a não ser em relação ao escopo da sociedade, que é aquele de conseguir lucro mediante o exercício de uma determinada atividade [o objeto social]."*

²³⁸ CARVALHOSA, Comentários... v. 4, p. 107. Luiz Gastão Paes de Barros LEÃES (Comentários à lei das sociedades anônimas. v. 2. São Paulo : Saraiva, 1980, p. 245) expressou-se no mesmo sentido: *"Embora os interesses dos sócios permaneçam distintos e até contrapostos, desde a constituição e durante a vida da sociedade, há um ponto em que esses interesses conflitantes se encontram, e que é a realização do escopo social, razão determinante da associação. A esse interesse comum dos sócios, dá-se o nome de interesse social."*

²³⁹ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Aumento de capital das sociedades anônimas. São Paulo : Saraiva, 1988, p. 256. O autor ainda complementou: *"Essa concepção, de cunho contratualista, segundo Jaeger, dominante na doutrina italiana - e também entre nós, aduzimos - põe em realce que o interesse da sociedade significa o interesse comum do acionista, `enquanto tal': trata-se de um interesse típico, necessariamente comum a todos os sócios, porque atinente não tanto às respectivas pessoas físicas, em si, mas a suas posições jurídicas no âmbito da sociedade."*

S/A refere-se ao interesse do acionista abstratamente considerado como "*modelo jurídico*", e não como indivíduo concretamente participante da sociedade.²⁴⁰ O interesse da sociedade pode igualmente ser deduzido como o "*interesse a um lucro comum realizável através de uma atividade comum e a ser aproveitada por todos os sócios.*"²⁴¹ Por tal aspecto, a reunião dos interesses dos acionistas (enfocados abstratamente perante a sociedade) configura o interesse da companhia por intermédio de um ato complexo, inconfundível com o ato coletivo e meramente somatório: "[...] no ato complexo, as várias vontades dos declarantes se fundem em uma vontade unitária, perdendo sua individualidade, enquanto que no ato coletivo, as várias vontades se unem mas permanecem distintas e discerníveis no interior do ato."²⁴²

Entretanto, os acionistas não estão proibidos, em homenagem ao interesse societário, de disputar entre si o controle da companhia ou a obtenção de vantagens lícitas maiores diante da atividade empresarial (que configuram interesse individual deles, mesmo que respectivos à sociedade), "*Mas esse conflito interindividual não deve afetar a consecução do escopo [sic] comum: a produção e*

²⁴⁰ COMPARATO, Controle conjunto..., p. 88.

²⁴¹ CASSOTTANA, ob. cit., p. 82. Logo, a distribuição de dividendos também configura interesse da sociedade.

²⁴² FARES, Felix Santiago. La sindicación de acciones. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1963, p. 38.

partilha de lucros, a valorização do patrimônio social, pelo desenvolvimento da atividade empresarial definida no estatuto como objetivo da companhia."²⁴³ Ainda que conduzidas por princípios de direito público, valem analogicamente as palavras de Marçal JUSTEN FILHO: "Tenha-se em vista que o exercício da função pública não elimina nem torna ilegítimos os interesse privados e egoísticos do agente. [...] O problema não reside na existência de interesses privados, mas na utilização do poder para realizar não o interesse público e, sim, o privado. [...] Por isso, a supremacia do interesse público não significa nem acarreta ilicitude dos interesses particulares: significa maior valoração, para fins de disciplina normativa, ao interesse público."²⁴⁴

O interesse societário não se configura pela reunião dos interesses privados ou apenas pela reunião daqueles individuais dos acionistas, não obstante coligados à sociedade, mas por contemplar a consecução das finalidades (ou escopo, conforme JAEGER) da sociedade, sempre em vista da conformação legal dos direitos individuais comuns a todos os acionistas.²⁴⁵ No sentir de Francesco GALGANO, "Há conflito de interesses entre sócio e sociedade quando o sócio se encontra na condição de ser portador, em face de uma dada deliberação, de um dúplice

²⁴³ COMPARATO, Controle conjunto..., p. 89.

²⁴⁴ JUSTEN FILHO, O princípio da moralidade..., p. 71 e 72.

²⁴⁵ WALD, Interesses societários..., p. 13.

interesse: do seu interesse de sócio e, por outro lado, de um interesse externo à sociedade; e essa duplicidade de interesses é tal que não se pode realizar um senão sacrificando o outro interesse."²⁴⁶ Na acurada percepção de Modesto CARVALHOSA, "*Daí não ser a noção de interesse social de caráter psicológico, mas objetivo, já que explicitado no objeto da companhia e nos seus fins lícitos de lucratividade e de utilidade social ou coletiva. [...] Deve ser exercido, portanto, ut socii e não ut singuli. O interesse individual é, portanto, mero instrumento do societário, devendo aquele coincidir e se exprimir sempre através deste.*"²⁴⁷ Pode-se identificar quais desses interesses serão comuns aos sócios e assim abrangidos como interesse da sociedade, através do elenco do art. 109 da Lei das S/A, que arrola os direitos essenciais dos acionistas²⁴⁸, aproveitando a todos original e indistintamente.²⁴⁹ A referência à lei torna-se indispensável na proporção da insuficiência da idéia isolada de interesse comum dos sócios para conformar o

²⁴⁶ GALGANO, *Diritto commerciale*, p. 369. Mas o autor negou validade automática a essa fórmula: "*A simples duplicidade da posição de interesse relativa a um mesmo sujeito, por si só não implica, porém, situação de conflito em sentido técnico. As duas posições podem ser solidárias entre si: o sócio pode realizar o próprio interesse sem prejudicar o interesse da sociedade.*"

²⁴⁷ CARVALHOSA, *Comentários...* v. 4, p. 110.

²⁴⁸ Confira-se o item 3.7, *Modalidades de direitos do acionista minoritário*.

²⁴⁹ COMPARATO, *Controle conjunto...*, p. 88.

interesse societário: é preciso que essa comunhão seja qualificada pela *tipicidade*, por estar expressa em lei ou no estatuto, e pela *especificidade*, no sentido de direcionar-se precisamente à condição descrita.²⁵⁰

4.3 INTERESSE SOCIETÁRIO E FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A indagação acerca do interesse societário em vista do interesse dos acionistas não considera todas as vertentes do problema. Não basta dizer que a continuidade da empresa e o consecutivo alcance do lucro são suficientes como critério das decisões assembleares e da atuação administrativa.

Aluda-se ao posicionamento de Luiz Gastão Paes de Barros LEÃES: "*Mas o objetivo da sociedade anônima é não apenas o interesse social stricto sensu, mas, igualmente, o interesse da empresa e do bem público, visto que, como adverte Ascarelli, o próprio reconhecimento da iniciativa privada por parte do legislador significa que aos particulares é atribuída a realização de um objetivo social lato sensu, por meio da satisfação de interesses privados.*"²⁵¹ Para Francesco GALGANO, em igual sentido, o desenvolvimento da empresa submete-se a postulados que ultrapassam os limites internos da companhia e requerem a

²⁵⁰ FRANÇA, ob. cit., p. 37. O autor informou que o interesse comum dos sócios é conceito relativo considerado como ponto de partida para a determinação do interesse societário, conforme a opinião de Luigi MENGONI.

²⁵¹ LEÃES, Comentários..., p. 248.

"visão da empresa social, por quem os administradores devem atuar, qual síntese do interesse dos sócios e dos não-sócios, como o interesse dos dependentes da sociedade."²⁵²

Tal é, aliás, o sentido dos artigos 116, parágrafo único, e 154 da Lei das S/A, estabelecendo que o acionista controlador (no primeiro caso) e os administradores (no segundo) estarão vinculados, além de aos fins e ao interesse da companhia, às "*exigências do bem público e da função social da empresa*". Em tal perspectiva, essa dúplici finalidade indica, respectivamente, a satisfação do interesse social da companhia e do interesse social da comunidade em que ela atua. Vale dizer: a deliberação assemblear que se distanciar dos preceitos normativos conformadores do *interesse societário*, mesmo que exprima até unanimemente o interesse dos acionistas, não será apta a receber a chancela preconizada na Lei das S/A. A decisão tomada nesses moldes será considerada como tendente a legitimar o interesse privado e comum aos indivíduos apenas eventualmente detentores de participação societária, e não o interesse do *modelo jurídico-institucional* dos acionistas (equivalente ao *interesse societário*).

Ainda antes de 1988, quando se atribuiu à função social da atividade econômica a condição de princípio constitucional, Waldirio BULGARELLI preocupou-se com a vaguidão do termo *função social da empresa*, sem no entanto explicar qual seria a incompatibilidade desse princípio com

²⁵² GALGANO, Trattato di diritto commerciale..., p. 70.

a proteção às minorias: *"Contudo, do ponto de vista da proteção à minoria, constituir-se-á, por certo, em muitos casos, uma forma cômoda de o controlador se eximir de certas obrigações para com os acionistas. A falta de uma conceituação mais precisa da expressão que é, por certo, muito genérica e vaga, é um lapso a lamentar na lei, que poderá ser bastante prejudicial às minorias em especial."*²⁵³ Além de tal previsão não se concretizar (ao menos por esse motivo), o postulado da função social da empresa tem operado como argumento adicional favorável ao acionista minoritário, quando dedicado a se opôr às decisões do controlador. Quanto à aventada ausência de precisão da lei, aponte-se que se cuida de norma de textura aberta já abordada suficientemente pela doutrina. Consoante Fábio Konder COMPARATO, mesmo o interesse certificadamente emanado da sociedade determina-se pelo atendimento integral do art. 116, parágrafo único: *"Tal não significa, escusa dizê-lo, que doravante toda companhia se transforme em órgão público e tenha por objetivo primordial, senão único, o vasto interesse coletivo. Mas significa que não obstante a afirmação legal de seu escopo lucrativo (art. 2º), deve este ceder o passo aos interesses comunitários e nacionais, em qualquer hipótese de conflito. A liberdade de iniciativa empresária não torna absoluto o direito ao lucro, colocando-o acima do cumprimento dos grandes deveres de ordem econômica e social, igualmente expressos na*

²⁵³ BULGARELLI, A proteção às minorias..., p. 111.

Constituição."²⁵⁴ Luiz Gastão Paes de Barros LEÃES fez eco a essa proposição: "[...] o interesse público somente poderá impor-se à empresa privada como um limite externo à sua autonomia[...], mas não subverte a natureza contratual da sociedade a ponto de se conceber um interesse social superior e distinto dos interesses dos acionistas."²⁵⁵

O tema da função social da iniciativa econômica privada²⁵⁶ foi exposto competentemente por Ana PRATA.²⁵⁷ Em consonância com o pensamento desenvolvido no parágrafo anterior, a autora advertiu que o recepção da liberdade econômica privada não garante a liberdade negocial e esta não se situa apenas no âmbito do setor econômico privado. Antes, a autonomia negocial (depreendida como a liberdade dos privados de dispor dos recursos humanos e organizar a produção a seu talante) está condicionada a princípios restritivos da manipulação privada dos meios de produção - tal como o da função social destes. Por outro lado, a atividade econômica caracteristicamente privada quando

²⁵⁴ COMPARATO, O poder de controle..., p. 301.

²⁵⁵ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Do direito do acionista ao dividendo. São Paulo : Obelisco, 1969, p. 29.

²⁵⁶ Confira-se o item 2.5, Abuso de direito e direito subjetivo, notadamente os últimos parágrafos.

²⁵⁷ PRATA, ob. cit., p. 197 e seguintes.

realizada pelo Estado também rege-se pelos mesmos princípios aplicáveis ao setor privado.²⁵⁸

A função social da empresa exerce a *atividade condicionante* da iniciativa privada, não a sujeitando apenas a limites negativos²⁵⁹, mas enquadrando-a em perspectiva positiva direcionada à geração de empregos, à aumento da produção, à preservação da concorrência, à proteção do consumidor, ao alcance, enfim, de uma ordem social mais equilibrada. Se, por um aspecto, a iniciativa econômica privada é permitida e protegida pelo direito, por outro a autorização constitucional dessa liberdade depende da concomitante contribuição dela para a consecução de objetivos que a própria Constituição busca promover. Ressalte-se que não se trata, como poderia pensar-se à primeira vista, de objetivos externos ao direito: a relevância desses postulados para o direito decorre de a Constituição adotá-los como elementos integrantes da ordem jurídica nacional.²⁶⁰

²⁵⁸ Como ocorre, no Brasil, com a sociedade de economia mista.

²⁵⁹ Consoante Ana PRATA (ob. cit., p. 204), "*uma coisa é proibir uma actividade porque prejudica a utilidade social, e outra prescrever que só se pode desenvolver uma certa actividade se de tal forma se prosseguir a utilidade social.*" Os artigos 5º, XXIII, e 107, III, da Constituição brasileira, e o artigo 85º, nº 1, da Constituição portuguesa, definem essa última forma de atendimento da função social da propriedade e da iniciativa econômica privadas.

²⁶⁰ Diversamente acontece com preceitos decorrentes de valoração individual e sem reflexo juridicamente exigível de terceiros, como por exemplo as considerações de cunho religioso sobre

4.4 CONFLITO DE INTERESSES ENTRE OS GRUPOS DE ACIONISTAS

Apesar de os acionistas formarem uma só categoria genérica perante a sociedade, é o acionista controlador quem incorpora o interesse da companhia e determina sua prevalência sobre os demais porventura conflitantes.

Não significa que a manifestação do controlador indique sempre o interesse societário - e as hipóteses do art. 115 da Lei das S/A o demonstram - apesar de Waldirio BULGARELLI entender que *"Enquanto os majoritários, os controladores, se preocupam com a empresa e seu fortalecimento, via de regra os minoritários estão mais preocupados com seus interesses imediatos, traduzidos na ânsia do recebimento de dividendos e ações bonificadas (os rendeiros) e no conseqüente aumento da cotação dessas ações em Bolsa (os especuladores)."*²⁶¹ Na verdade, o interesse do controlador pode afirmar-se ora favoravelmente ao interesse societário ora contrariamente a ele, mas neste caso a

o trabalho e o lucro. Mencione-se a antiga proibição do lucro pelo credo católico e atualmente à observância, por algumas religiões, do absenteísmo laboral em determinados dias.

²⁶¹ BULGARELLI, Estudos e pareceres..., p. 154. Tal concepção se afasta da realidade. Primeiro, pela impossibilidade de pressupor como verdadeiras, assim genericamente, as intenções do controlador e do minoritário. Depois, porque o autor ignorou que os rendeiros e os especuladores - na condição de espécies de *acionista não-controlador* - não buscam obter o controle da sociedade. Ao inverso, o acionista minoritário participa ativamente da vida societária sem titularizar o controle da companhia, apesar de pretendê-lo. A confusão do autor surpreende porque ele próprio incorporou a distinção, em outra obra (confirmam-se o item 3.2, Classificação dos acionistas, penúltimo parágrafo, e nota de rodapé nº 146).

deliberação será desconforme ao direito. De acordo com Modesto CARVALHOSA, *"Esse o papel fundamental do acionista controlador: fazer com que a empresa, de que a companhia é mera forma jurídica, cumpra os fins institucionais que lhe cabem na comunidade nacional, como instrumento da política do Estado."*²⁶² Por sua vez, José Alexandre Tavares GUERREIRO discordou da aludida função institucional da empresa, justamente por não vislumbrar a dissociação fática entre o interesse da sociedade e o do controlador: *"A estrutura legal da sociedade anônima no Brasil ainda não permite a institucionalização da empresa, que reflete, fundamentalmente, a predominância decisória do acionista controlador. Internamente, a estrutura de poder da s/a estabelece uma subordinação de fato (ainda que não de direito) do interesse da sociedade ao interesse prevalecente do acionista controlador."*²⁶³

A Lei das S/A atribuiu caráter institucional à minoria ao prever que os detentores de mais de 5% do capital social possuem direitos adicionais àqueles designados para o acionista individual. Por força dessa porcentagem mínima, o grupamento acionário transmuda-se em órgão da companhia com as prerrogativas e instrumentos legais aptos a fiscalizar a legalidade e a regularidade dos

²⁶² CARVALHOSA, Comentários... v. 4, p. 37.

²⁶³ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sociologia do poder na sociedade anônima. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 77, RT, p. 50 e 56, jan/mar 1990, p. 56.

atos do controlador.²⁶⁴ A institucionalização da minoria também tem como efeito destacar da esfera particular dos acionistas o interesse subjacente à atuação da minoria e alçá-lo a protetora do interesse de toda a sociedade: "*Nessas funções [de fiscalização], a minoria age como representante dos interesse da coletividade de acionistas.*"²⁶⁵

Aludiu-se preteritamente a que o controlador detém faculdades mais amplas que o minoritário e, em contrapartida, sujeita-se a deveres e responsabilidade adicionais, inclusive perante a comunidade em geral. A gama de atribuições do acionista minoritário não alcança tamanha amplitude. De acordo com Fábio Konder COMPARATO, existe somente um parâmetro a nortear a participação do minoritário nas deliberações da sociedade: "*Mas o status do controlador difere, aí, sensivelmente, da posição do não-controlador. Enquanto aquele tem deveres e responsabilidades não só em relação aos demais acionistas, mas também perante os trabalhadores e a comunidade em que atua a empresa, os não-controladores devem pautar sua atuação na companhia pelos interesses estritamente societários. É que uns são autênticos empresários, ao passo*

²⁶⁴ Trata-se da *contraposição dialética*, para acolher expressão de PESCATORE, Salvatore. *Attività e comunione nelle strutture societarie*. Milano : Giuffrè, 1974, p. 327 e seguintes.

²⁶⁵ CARVALHOSA, *Comentários...* v. 4, p. 58.

que os outros não passam de sócios capitalistas."²⁶⁶ O conflito possível entre os grupos de acionistas desenvolver-se-á na esfera resumida da sociedade e só o conflito objetivo será relevante juridicamente - ao inverso do conflito subjetivo, visto como aquele circunscrito "[...] apenas aos casos em que o interesse anti-social perseguido permaneça na área dos movimentos psicológicos não emergentes das circunstâncias objetivas advindas da posição do sócio."²⁶⁷

A predominância do interesse do controlador sobre o do minoritário não carrega um mal em si a ser sancionado pelo direito. Eduardo GREBLER percebeu essa realidade ao explicar que "A defesa da minoria não implica, sempre e necessariamente, na defesa do interesse social, pois inúmeros casos há em que, mesmo reconhecendo-se legitimidade à prevalência da vontade dos controladores, nem por isto estarão satisfeitos direitos igualmente legítimos dos minoritários."²⁶⁸ A sobreposição dos interesses dos grupos acionários regula-se pelo critério da indisponibilidade. O sacrifício de um interesse não será necessariamente pressuposto para a aplicação da teoria do abuso de direito: é preciso que o interesse sucumbente possua natureza jurídica indisponível ou, quando disponível, que o direito repute sua prevalência na

²⁶⁶ COMPARATO, Controle conjunto..., p. 86.

²⁶⁷ CASSOTTANA, ob. cit., p. 82.

²⁶⁸ GREBLER, ob. cit., p. 42.

comunidade como mais desejável.²⁶⁹ A relação entre a preponderância de interesses e o abuso foi evidenciada por Marçal JUSTEN FILHO. Conforme o professor paranaense, a superposição de um interesse disponível sobre outro identicamente disponível somente redundará em abuso quando o sacrifício qualificar-se pelo exercício anormal e surpreendente do direito.²⁷⁰ Apesar de a anormalidade defluir de uma valoração relativa, deve-se entendê-la como uma situação jurídica apartada dos modelos positivos de licitude e ilicitude, apesar de incompatível com os padrões usuais de conduta. Ou seja, a anormalidade seguramente não estará definida no ordenamento como comportamento autorizado, mas também diferirá ontologicamente daquelas imputações legais proibitivas.²⁷¹ À anormalidade acresce a surpresa da conduta, destinada a impedir a manutenção dos

²⁶⁹ Esse é o teor do pensamento de Marçal JUSTEN FILHO (Desconsideração..., p. 128): "*A disponibilidade de um interesse não significa ser ele indiferente ao direito. A indisponibilidade deriva de o direito considerar o interesse como insacrificável. A disponibilidade, embora indicando uma sacrificabilidade maior do interesse, não exclui uma variação quanto à preferibilidade dos interesses em jogo. Vale dizer, em um confronto entre interesses disponíveis, alguns serão mais preferíveis que outros e, por isso, menos sacrificáveis.*"

²⁷⁰ JUSTEN FILHO, Desconsideração..., p. 129.

²⁷¹ Novamente se realça, também por esse aspecto, a inconfundibilidade do ilícito e do abusivo. Nesse caso, a caracterização da anormalidade como ilicitude restringiria sua identificação às situações expressamente aventadas no ordenamento; como decorrência, o abuso seria mais dificilmente identificado - não obstante receber igual reprovação jurídica (por força dos princípios gerais do direito) à reservada ao ilícito.

meios necessários a que o sujeito se oponha ao evento danoso a si. Por se tratar de interesse disponível, a concordância do prejudicado com o afastamento de seu direito em contemplação de outro alheio poderá ocorrer através de ato comissivo ou omissivo. Logo, indispensável é a permanência dos meios inerentes à defesa do interesse próprio; não implicará em ato abusivo somente a conduta anormal, se mantida a possibilidade de defender interesses disponíveis, pois então se presume a concordância tácita daquele cujo interesse foi sacrificado.²⁷² A anormalidade e a surpresa se coadunam com a ausência de boa-fé objetiva, na medida da aptidão de comportamento semelhante para frustrar a confiança despertada e a expectativa razoável quanto ao desenrolar natural dos fatos.²⁷³

A afluência de interesses específicos do controlador e dos minoritários que se integram e se confrontam nos limites institucionais da sociedade sugere o trato de um problema subjacente à identificação do interesse societário. Ficou patente que, em assembléia geral, a proposta externada pelo controlador em consonância com as finalidades da companhia será adotada como interesse

²⁷² Em reforço a tal conclusão, Giulio LEVI (ob. cit., p. 81) adotou-a para situação ainda mais radical: *"Uma vez que os sócios não impugnam um certo tipo de deliberações não inexistentes, mas inválidas, essas são consideradas válidas. Assim, uma vez alcançada a maioria, sempre pelo mesmo princípio, a minoria termina 'sacrificada'."*

²⁷³ Ora valem as considerações desenvolvidas por ocasião da abordagem do tema no item 2.6, Abuso de direito e boa-fé.

da própria sociedade. Tal circunstância aparentemente indica que a eventual oposição dos minoritários estará amparada em interesse privado, desgarrada do processo elaborador do interesse societário e, portanto, alheia à posição que deve prevalecer para efeitos deliberativos. Nesse caso, a divergência estará contraposta ainda ao comando do art. 115 da Lei das S/A, que obriga o acionista a votar sempre de acordo com o interesse societário.²⁷⁴ Ademais, se for recepcionada a hipótese de proibição de voto calcado em interesse privado estranho à sociedade, deveria aceitar-se necessariamente que à sociedade apenas se consentiria deliberar à unanimidade de votos²⁷⁵ - já que somente se acolhe uma modalidade de interesse como emanada da sociedade. Logo, o conflito de interesses entre os grupos societários eleva a questão do voto unânime como prejudicial à discussão do abuso de direito societário.

²⁷⁴ Portanto, o direito de voto dificilmente poderá ser enquadrado na categoria dos *direitos subjetivos*, na medida em que não existe o espaço de liberdade caracterizador dessa espécie. Por outro lado, como bem recordou Erasmo FRANÇA (ob. cit., p. 63), o interesse societário configura-se a partir de um interesse do próprio acionista conjugado com o dos demais pares.

²⁷⁵ Ou à maioria, por assim dizer, não discordante. Conforme notícia de Mariano GAGLIARDO (*Responsabilidad de los directores de sociedades anonimas*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1981, p. 41), o art. 248 da Lei das Sociedades Comerciais argentina impõe a abstenção ao acionista com interesse contrário ao social, em determinada operação, mas não o impede de votar. Diversamente, o art. 115, §1º, da lei brasileira, proíbe o voto do acionista "*que tiver interesse conflitante com o da companhia*".

Afigura-se mais adequado rejeitar a interpretação restritiva acima delineada. O que a lei consagra não é a identidade absoluta de interesses, pois a *comunhão* que resulta na formação do interesse societário aparece em condição diversa da *coincidência* de interesses. Não se deve considerá-la "*como simples soma dos interesses individuais, mas como síntese coordenada, na qual as posições singulares originais, enquanto agrupadas, modificam-se, não deixam dúvida que insurja um fenômeno de comunhão de interesses, cuja característica é constituída pela relação de coexistência qualificada pela relevância do elemento de comunhão e pela gênese das situações individuais.*"²⁷⁶ A solução que ora se sugere parte do reconhecimento de que o interesse societário se desdobra em diversos planos da mesma dimensão e que freqüentemente será exigido dos acionistas optar por um dos interesse sociais concorrentes. O perigo reside na falsa identificação do interesse societário - e não na opção gerencialmente incorreta (embora conforme aos cânones da boa-fé objetiva) por uma das alternativas que o integram. No primeiro caso, haverá deliberação juridicamente reprovável por contemplar interesse alheio ao societário; no segundo, a adoção do caminho poderá mostrar-se incompatível em virtude de outras

²⁷⁶ PESCATORE, ob. cit., p. 176.

circunstâncias: econômicas, históricas, políticas, estatísticas, mas nunca jurídicas.²⁷⁷

4.5 IDENTIFICAÇÃO DA CONDUTA ABUSIVA DO ACIONISTA MINORITÁRIO

A conjugação das idéias perquiridas autoriza a apressar-nos em concluir, desde logo, que o acionista minoritário incorrerá em abuso quando seu comportamento não contemplar, no caso concreto, a manutenção do equilíbrio entre os acionistas e a satisfação do interesse societário.²⁷⁸

Fábio Konder COMPARATO demonstrou que o dever de buscar o interesse societário dirige-se a todos os acionistas indistintamente: *"Há, portanto, interesses que devem ser atendidos no exercício dos poderes que a lei atribui aos acionistas, sejam eles controladores ou não; e a não-realização intencional desses interesses, legalmente impostos, configura um abuso ou desvio de poder,*

²⁷⁷ Tal é o entendimento de LAMY FILHO et PEDREIRA (*in* PENTEADO, ob. cit., p. 261): *"Essa sindicância [pelo juiz] da intenção do acionista não se confunde com a apreciação do mérito ou da conveniência da deliberação da assembléia: ainda que a decisão tomada pelo acionista ao exercer o direito de voto seja - segundo qualquer critério - errada ou inconveniente para a companhia, seu voto é válido se agiu de boa-fé no interesse da companhia."*

²⁷⁸ Não configura abuso a opção do acionista, através de valoração subjetiva equivocada e de boa-fé, pelo interesse societário menos necessário e adequado.

juridicamente sancionável."²⁷⁹ Modesto CARVALHOSA criticou, talvez com algum exagero, a equiparação entre controlador e minoritário nesse particular: *"Acrescentaríamos a esse magnífico relatório que o anteprojeto [hoje lei] elimina de vez, não o 'abuso da minoria', mas a própria minoria e não apenas protege 'a maioria porta-voz da vontade social'; mas a transforma definitivamente no grupo social com totais privilégios e nenhuma responsabilidade.*"²⁸⁰

Mesmo que o art. 115 da Lei das S/A aproveite igual e notadamente ao controlador, subsistem característicos próprios do abuso do minoritário²⁸¹, sempre passíveis de analogia com os critérios genéricos de apuração do abuso de direito. No entendimento de Marco CASSOTTANA, o abuso do minoritário consiste *"em um uso distorcido das prerrogativas individuais ou minoritárias para o fim de*

²⁷⁹ COMPARATO, Controle conjunto..., p. 86. Dominique SCHMIDT (ob. cit., p. 156) reuniu o abuso dos grupos acionários sob único critério, realçando a necessidade do equilíbrio e da prevalência do interesse societário: *"Assim se obtém um critério único do abuso da maioria e da minoria. Pode-se ficar admirado já que não existe nenhuma medida comum entre o poder da maioria e a situação da minoria. Mas, se se refletir percebe-se que se trata, num e noutro caso, de um comportamento anti-social. A igualdade entre os acionistas é um princípio fundamental de direito das sociedades, ressalvado o poder majoritário que se impõe a todos os interesses. A ação, assim como a resistência, são abusivas a partir do momento que provocam uma vantagem pessoal."*

²⁸⁰ CARVALHOSA, Modesto. A nova lei das sociedades anônimas : seu modelo econômico. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1976, p. 111.

²⁸¹ LAMY FILHO et PEDREIRA (ob. cit., p. 154) destacaram que a responsabilização pelo voto não prevaiente dirige-se especificamente ao abuso da minoria.

adquirir, diretamente ou indiretamente, vantagens econômicas injustificadas em dano à sociedade-instituição ou aos outros acionistas, típico o caso da impugnação pretextuosa, por exemplo, da deliberação de aprovação do balanço do exercício; ou a denúncia temerária ao tribunal ex art. 2409 do Código Civil [italiano]."²⁸² A compreensão do abuso do minoritário torna-se mais evidente através de elucidativa passagem lavrada por Dominique SCHMIDT: "O abuso da minoria é uma noção incompreensível se se tentar explicá-la de outra forma que não pela ruptura da igualdade entre acionistas. A intuição faz com que se perceba que certos acionistas não podem, em qualquer ocasião, se opor à política desenvolvida por um número maior deles. Mas, na falta de poder para apreciar esta política, é necessário se perguntar qual o proveito da oposição. Decidir-se-á, então, que a oposição injustificada é aquela ditada pela busca de uma vantagem pessoal; o abuso da minoria é uma ruptura da igualdade."²⁸³ O mérito do raciocínio está em abranger, através da conexão de idéias aparentemente óbvias, os elementos caracterizadores do abuso do minoritário.

O equilíbrio entre acionistas presume deles a permanente conduta em boa-fé. A derruição do equilíbrio pelo acionista minoritário ocorrerá quando a invocação de seus direitos específicos importar em obtenção de vantagem maior do que normalmente sua participação societária

²⁸² CASSOTTANA, ob. cit., p. 73.

²⁸³ SCHMIDT, ob. cit., p. 155.

permitiria, com imediata desvantagem para a sociedade.²⁸⁴ Ou, pelo ângulo de direitos instrumentais, havendo automático prejuízo do direito reflexo do controlador, impedindo-o de desenvolver em toda a extensão e quando autorizado a tanto, o *poder-dever* que o caracteriza.²⁸⁵ Claro está que apenas a verificação formal da disparidade será insuficiente para representar abuso, pois os interesses em jogo poderão caracterizar-se como disponíveis, conforme já visto. Mais que isso, não serão poucas as ocasiões em que a concretização das faculdades próprias dos minoritários importarão em desvendar o abuso do controlador e a invalidação de deliberações. Então, não haverá desequilíbrio pelo fato de os minoritários exercitarem a prerrogativa de vetar o direcionamento do

²⁸⁴ Marco CASSOTTANA (ob. cit., p. 73) informou que "*Segundo uma recentíssima sentença do Bundesgerichtshof alemão (BGHZ 89, 41) o direito individual de impugnar as deliberações assembleares (na espécie a decisão tinha por objeto a fusão por incorporação de sociedade com participação de 99,7% do mesmo acionista majoritário; a impugnação fundou-se em considerações formalísticas de inconformidade da relação dos administradores da fusão com os requisitos do § 340a AktG) resulta abusivo - e por isso vetado - quando seja unicamente voltado a obter prestações ou vantagens que o impugnante não tenha algum direito e que portanto ele não possa pretender justificadamente.*"

²⁸⁵ Fran Martins (ob. cit., p. 76 e 77) entreviu tal possibilidade ao comentar o art. 115 da Lei das S/A: "*Essa é uma regra do interesse geral dos acionistas, que ampara direitos não apenas dos minoritários mas, igualmente, dos majoritários, visto como os minoritários podem também organizar-se em grupos para criar dificuldades à administração que, em última análise, representa o poder político dos acionistas majoritários.*"

controlador tendente a prejudicar a companhia.²⁸⁶ Mas nesse caso, reconheça-se que o controlador teria previamente gerado o desequilíbrio (por perseguir interesse pessoal extra-societário) e o minoritário apenas promovido oportuna reação.²⁸⁷

Waldirio BULGARELLI bem demonstrou que esse poder de reação concedido por lei à minoria surgiu como contrapeso ao princípio majoritário²⁸⁸, e não como faculdade autônoma desenvolvida independentemente de transgressão promovida pelo controlador: "*O poder desta [minoría], entenda-se, não é o de sobrepor-se ao da maioria, mas o de, em defesa da sociedade, insurgir-se contra a violação da lei e do estatuto, e, mais especificamente, de alguns direitos inderrogáveis. O controle da legalidade dos atos da administração e da assembléias foi criado para se evitar a violação da lei, e não para dotar a minoria de um poder soberano na sociedade, impedindo a sua marcha normal.*"²⁸⁹ Portanto, para que o desequilíbrio seja imputável ao acionista minoritário,

²⁸⁶ Recorde-se que o prejuízo à companhia advém da violação do *interesse societário*, sendo que a este correspondem o respeito à lei e ao estatuto e a preservação da minoria como instituição apta a fiscalizar o controlador e a administração.

²⁸⁷ Confirmam-se notas de rodapé nº 183 e 184.

²⁸⁸ É noção equivalente à posição de Dominique SCHMIDT, acima, dirigida a negar ao minoritário a prerrogativa de discordar "*em qualquer ocasião*" do controlador.

²⁸⁹ BULGARELLI, Estudos e pareceres..., p. 156.

precisará qualificar-se como originário da conduta deste e, cumulativamente, obstrutivo de deliberação tendente a satisfazer interesse indisponível da companhia ou, se disponível, violado por comportamento anormal e surpreendente do minoritário.

O proveito da oposição do acionista minoritário requer análise a partir de sua vocação institucional de defesa do interesse societário.²⁹⁰ Firmou-se que o abuso de direito se evidencia ainda pela *aparência de exercício regular de direito*, revelado inexistente por produzir prejuízo a terceiro e seu titular não alcançar *resultado relevante* para si, como noção equivalente à *insatisfação do próprio interesse*. Mas o interesse tolerado ao acionista pelo art. 115, *caput*, da Lei das S/A, na condição de formador da chamada vontade societária, restringe-se ao proveito que a atuação do acionista trouxer à sociedade - e não à vantagem individual e privada percebida pelo indivíduo que detém ações da companhia. Tanto é verdade, que o direito português (art. 146, Código Comercial) e o italiano (art. 193, Código Comercial, e art. 2377, Código Civil) concedem o direito de impugnação a todos os sócios,

²⁹⁰ Em consonância com a ponderação de Modesto CARVALHOSA (Comentários... v. 4, p. 57 e 58): "A minoria, na Lei nº 6.404, de 1976, é institucionalizada como um agrupamento de capital social significativo, a quem se outorga, sobretudo, as funções de controle da legalidade e da regularidade dos atos praticados pelos membros dos órgãos da companhia e pelos acionistas controladores."

e não apenas aos sócios prejudicados com a deliberação.²⁹¹ Em suma, a oposição do minoritário será reputada abusiva se aproveitar exclusivamente a si, impedindo ou diminuindo a vantagem que adviria para a sociedade.

Essa visão peculiar do direito societário acerca da relação entre posicionamento do acionista e proveito para a sociedade vincula-se ao comando legal da predominância do interesse societário, a partir da aceitação de que a deliberação tomada por força do voto controlador tende a satisfazer exclusivamente o interesse comum da generalidade dos sócios enquanto tais. Não haverá benefício possível a ser alcançado pela oposição do minoritário quando a decisão promovida pelo controlador efetivamente atender ao interesse societário: *"Explica-se que o abuso da minoria se dá com um grupo de acionistas que, por sua posição contrária, impede a coletividade de tomar determinada decisão útil ou vantajosa para o grupo. O abuso da minoria seria uma resistência injustificada."*²⁹² Quando a deliberação respaldada pelo controlador direcionar-se realmente ao atendimento do interesse societário, a discordância do acionista minoritário será incapaz de alcançar o resultado pretendido com a atribuição a si de

²⁹¹ PIMENTA, ob. cit., p. 96 e 97. Mas o autor sustentou que *"No ponto de vista estritamente literal, a lei [portuguesa], permitindo que o direito de impugnação seja exercido por qualquer sócio, tanto admite que ele o exerça em defesa do seu próprio interesse, como em defesa do interesse corporativo."*

²⁹² SCHMIDT, ob. cit., p. 155.

direitos adicionais e diferenciados: impedir o controlador de decidir colidentemente com o interesse da companhia. Mais que isso: a *resistência injustificada* se completa através da negativa do minoritário em externar fundamentação para a oposição.

Desvenda-se por esse ângulo a dissociação entre as teorias do abuso de direito genérico e do abuso de direito societário. Enquanto a *insatisfação do próprio interesse* relacionado pela primeira indica a fruição de direito incorporado pelo indivíduo, o *proveito da oposição* concebido pela segunda não aceita a aclamação de um direito categoricamente análogo ao direito individual, mas unicamente de uma utilidade ao interesse societário, definido pelo direito como aquele a ser satisfeito.

4.6 ABUSO DE DIREITOS INSTRUMENTAIS

Precedentemente analisou-se a modalidade de direitos dos acionistas denominados *instrumentais*. A noção dessa espécie deverá ser apreendida sempre em relação aos direitos patrimoniais, consistentes naqueles cuja repercussão se verifica diretamente na condição econômico-financeira dos acionistas. Logo, os direitos instrumentais congregam os meios pelos quais os acionistas preservam e efetivam seus direitos patrimoniais.²⁹³ Será através do exercício abusivo de direitos instrumentais que, por via

²⁹³ Confira-se o detalhamento desses aspectos nos dois primeiros parágrafos do item 3.7, Modalidades de direitos do acionista minoritário.

indireta, os acionistas poderão auferir vantagens patrimoniais adicionais àquelas abonadas pela lei.

A assunção do posicionamento dos acionistas perante a companhia e seus pares torna-se apreciável através do exercício do direito de voto, que encontra na assembléia geral a sede apropriada para invocação. O voto não está disposto no art. 109 da Lei das S/A como direito essencial do acionista²⁹⁴, não obstante consista no instrumento pelo qual se externa o poder de direção dos negócios sociais.²⁹⁵ Mas o voto exprime mais que deliberação; antes, serve como o indicador por excelência do comportamento dos acionistas frente aos seus deveres para com a companhia.²⁹⁶

²⁹⁴ Todavia, Modesto CARVALHOSA (Comentários... v. 4, p. 64) inspirou-se em lição de Tullio ASCARELLI ao vislumbrar o voto como direito irrenunciável e irrevogável. Trata-se de noção corrente na doutrina italiana, conforme demonstrou Giancarlo FRÈ (ob. cit., p. 201), ao considerar o direito de voto como insuprimível e imodificável pelos órgãos sociais.

²⁹⁵ BOITEUX, Fernando Netto. O acesso ao voto na sociedade anônima. Revista Forense, São Paulo, n. 303, RT, p. 63. No mesmo sentido, LIMA, Osmar Brina Corrêa. A sociedade anônima como opção para empresários e investidores. Revista Forense, São Paulo, n. 285, RT, p. 89. Por sua vez, Giuseppe FERRI (Le società. Trattato di diritto civile italiano. v. 10. t. 3. Torino : Torinese, 1971, p. 439) entendeu-o como poder de contribuir para a formação da vontade social, retirando o *poder de direção* do núcleo da definição.

²⁹⁶ De acordo com Fernando Netto BOITEUX (Voto minoritário e *quorum* na assembléia geral da sociedade anônima. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 75, RT, jul/set 1989, P. 100), "*Entre esses direitos, consideramos o de voto principal. Não o voto majoritário de que tratava o Dec.-lei 2.637/40. O voto majoritário manifesta-se, hoje, pelo exercício do poder de controle. Transformou-se: de deliberação em ação efetiva.*"

Sob esse prisma, surgiu a discussão doutrinária acerca de o voto possuir natureza jurídica de declaração de vontade ou de declaração de verdade. A concepção de Francesco GALGANO fez-se evidente ao pronunciar que "*O voto é a declaração unilateral de vontade expressa pelo sócio em assembléia sobre os objetos postos em deliberação.*"²⁹⁷ Modesto CARVALHOSA optou por conferir caráter *dualista* ao direito de voto, referindo-se à dependência do *objeto do voto*, tendo em vista algumas situações postas à apreciação do acionista; citou como exemplos de declaração de vontade o aumento de capital social e a alteração estatutária, mas considerou declaração de verdade a homologação do relatório das contas e do balanço.²⁹⁸ Mas Fernando Netto BOITEUX discordou desse entendimento, argumentado, escorado em Pontes de MIRANDA, que os administradores apresentam apenas projetos: o "balanço" submetido pelos diretores somente alcançará essa condição após discutido e aprovado em assembléia geral.²⁹⁹ Como corolário desse raciocínio, existirá declaração de verdade apenas sobre assuntos verdadeiramente homologatórios, cujo resultado os acionistas não tenham poder de modificar, como as deliberações *ex lege* (constituição legal de reservas e distribuição obrigatória de dividendos, por exemplo). Ou seja, será ato de vontade toda decisão - desde que não

²⁹⁷ GALGANO, *Diritto commerciale...*, p. 309.

²⁹⁸ CARVALHOSA, *Comentários...* v. 4, p. 65.

²⁹⁹ BOITEUX, *O acesso...*, p. 68.

imposta por lei - passível de alterar a situação patrimonial da companhia.³⁰⁰

Outra divergência de idéias quanto ao voto concerne à espécie de poder que se reconhece ao acionista por força do direito de voto. Para Fábio Konder COMPARATO, o controlador dedicado à atividade empresarial exerce a *função* do voto, em virtude da obrigatoriedade de buscar o interesse societário e não o seu próprio, verificando nesse fundamento a dissociação entre propriedade e controle. Ainda conforme o professor paulista, *"O poder de voto do acionista não-controlador, ao contrário, assemelha-se à prerrogativa dominial. Assim, enquanto o abuso de controle pode decorrer de uma omissão deliberada do empresário em usar de seu poder no interesse da empresa e da comunidade na qual esta se localiza, o abuso de voto dos não-controladores só se configura de forma comissiva; não pela falta de uso, mas pelo mau uso do voto."*³⁰¹ Modesto CARVALHOSA não efetuou essa distinção e negou caráter funcional ao voto, considerando-o exclusivamente como prerrogativa do acionista. No entanto, admitiu tratar-se

³⁰⁰ A questão adquire relevância em vista dos argumentos levantados no item 4.1, Autonomia da conduta e equilíbrio entre os acionistas, sobre a verificação do abuso submeter-se à amplitude do comportamento do acionista.

³⁰¹ COMPARATO, Controle conjunto..., p. 86. Em reforço, apontou Erasmo FRANÇA (ob. cit., p. 43): *"Para os partidários dessa corrente, o acionista, ao votar em uma assembléia, não exerce um verdadeiro direito subjetivo, vale dizer, não tutela um interesse próprio, do qual é o único titular, mas sim um interesse coletivo, que se refere a todos os outros sócios."*

"de um direito próprio com profunda conotação social, na medida em que, instrumentalmente, é destinado a formar a vontade do grupo e de cujo exercício coletivo resulta formada a vontade social."³⁰² Tal consideração reconhece que o acionista não está licenciado para exercer livremente o direito de voto, e o voto-função ampara-se justamente na submissão a outros valores acolhidos pela lei como preponderantes em relação à escolha particular do acionista.

O entendimento do voto como *direito funcional* aproxima-se da teoria institucionalista quanto ao interesse societário, pela qual "Se o poder é outorgado pelo ordenamento jurídico tendo em vista determinada finalidade, em função da qual o reconhece e o tutela, é evidente que o voto não pode ser livre no seu exercício, mas deve dirigir-se precipuamente àquela finalidade determinada pela lei."³⁰³ Para os defensores do contratualismo, ao acionista admite-se perseguir interesse privado, desde que não

³⁰² CARVALHOSA, Comentários... v. 4, p. 65. Alberto PIMENTA (ob. cit., p. 93), por sua vez, negou às companhias o caráter institucional que confere *função social* ao voto: "Ora, o voto só poderia constituir uma obrigação (uma função social) se as sociedades anônimas constituíssem - e a melhor doutrina (cujos argumentos seria impossível aqui reproduzir) demonstra (no meu entender exuberantemente) que não constituem - autênticas instituições." E, em nota, concluiu: "Esta ideia de que o direito é concedido no interesse do próprio titular, enquanto o poder é uma função conferida ao titular no interesse de outrem foi destacada, há muito, pelos autores franceses [RIPERT, ROUAST, DAVID e BERGIER]." Confira-se a nota de rodapé nº 155.

³⁰³ FRANÇA, ob. cit., p. 43.

colidente com o social; o interesse societário é um limite externo ao exercício do voto, assim identificado por Pier Giusto JAEGER, segundo Erasmo FRANÇA: "*Se o sócio valer-se do direito de voto unicamente com o intuito de lesar os demais sócios, ou de sacrificar o interesse comum, que também lhe diz respeito, ao seu exclusivo interesse pessoal, seu voto será viciado e viciada a deliberação cuja maioria for alcançada com esse voto.*"³⁰⁴

O direito comparado enredou-se em digressões orbitais quanto ao abuso do direito de voto e as semelhanças ou diferenças do instituto com o desvio e excesso de poder³⁰⁵, relatividade do voto, *fraud on the minority*, *fairness*, *fiduciary relationship*³⁰⁶; mas o enfoque comum de tais definições concentra-se na indispensável satisfação do interesse da sociedade e na boa-fé dos acionistas em vista desse postulado.³⁰⁷ O

³⁰⁴ FRANÇA, ob. cit., p. 45. JAEGER manteve-se fiel à compreensão majoritária da jurisprudência italiana da *única finalidade fraudulenta*; firmando posição ainda quanto ao dever do acionista ao votar, que consistiria na abstenção de não lesar a sociedade e executar o contrato de sociedade segundo a boa-fé.

³⁰⁵ Alberto PIMENTA (ob. cit., p. 93) noticiou o prestígio dos conceitos de desvio e do excesso de poder na França e na Itália, mas os excluiu como aplicáveis ao direito societário: "*É que a doutrina administrativista do desvio (ou excesso) de poder baseia-se toda na noção de acto discricionário e este, por sua vez, tem como pressuposto, não um direito subjectivo, mas uma obrigação.*"

³⁰⁶ PENTEADO, ob. cit., p. 262.

³⁰⁷ De acordo com Moitinho de ALMEIDA (ob. cit., p. 99), "*O abuso de direito existe nas deliberações sociais quando a deliberação não é imposta pelo interesse social e excede manifestamente os limites*

legislador brasileiro tencionou distanciar-se daquelas vacilações meramente conceituais através da menção direta ao abuso do direito de voto no art. 115 da Lei das S/A, qualificando-o pelo comportamento tendente a causar dano (e não pelo dano em si) ou obtenção de vantagem própria e prejuízo hipotético para a companhia ou para outros acionistas. Ao separar as frases da oração pelas partículas "ou" e "e", a lei conjugou hipóteses de maneira a firmar ora um único requisito, ora diversos deles para configurar o abuso. O dispositivo dirige-se indistintamente a todos os acionistas, alcançando o acionista minoritário - tanto que prevê no §3º a responsabilidade por danos causados por voto não prevalecente.³⁰⁸

Na segunda parte do *caput*, há previsão de duas modalidades de abuso de direito de voto. Pela primeira, será suficiente identificar a finalidade danosa do voto à companhia para supor a ocorrência de abuso, dispensando-se a investigação do resultado para os acionistas.³⁰⁹ A outra

resultantes da boa-fé, dos bons costumes ou do fim social e econômico do direito a uma razoável conciliação do interesse social e do interesse dos sócios, tornando-se intoleravelmente ofensiva do nosso sentido ético-jurídico."

³⁰⁸ CARVALHOSA, Comentários... v. 4, p. 102. Nesse sentido, também LEÃES, Comentários..., p. 247. Fran MARTINS (ob. cit., p. 77) apontou que "*O que visa o princípio é fazer com que o interesse social, que pode mesmo ultrapassar o objeto da companhia, não seja prejudicado pelo voto do acionista, seja ele majoritário ou minoritário.*"

³⁰⁹ Por essa vertente, a lei acolheu a doutrina da *æmulatio*, no sentido da *insatisfação do próprio interesse*.

circunstância abusiva deflui da aliança entre a finalidade vantajosa privada e o prejuízo hipotético para a sociedade ou seus integrantes.³¹⁰ Em relação ao minoritário, lá se alude à atuação *ad terrorem* do acionista, ao comportamento meramente obstrucionista; aqui indica-se a intenção fraudulenta de locupletar-se. Destaque-se que a lei se manteve fiel à idéia de privilegiar o interesse societário ao sancionar a simples tentativa de conseguir benefício através do voto para qualquer pessoa diversa da companhia, pois o art. 115 não concebe a superveniência de dano como condição *sine qua non* para a caracterização do abuso. Ao inverso, a flexibilidade normativa se verifica pelo fato de bastar que exista a possibilidade do dano à companhia ou aos outros acionistas advindo do comportamento abusivo.³¹¹

³¹⁰ Por esse outro ângulo, a nossa Lei das S/A parece também incorporar a formulação jurisprudencial italiana da *única finalidade fraudulenta* como suficiente para configurar abuso (confirmam-se notas de rodapé nº 202 e 304). Manuel António PITA (A protecção das minorias. In: Novas perspectivas do direito comercial. Coimbra : Almedina, 1988, p. 369 e 370) informou que o art. 58 do Código das Sociedades Comerciais português prevê dois casos de abuso de direito de voto, em termos quase idênticos aos da lei brasileira: "a) Quando é usado para obter vantagens especiais para o sócio ou para terceiros, em prejuízo da sociedade ou de outros sócios; b) Quando é usado para prejudicar a sociedade e os outros sócios."

³¹¹ Fábio Konder COMPARATO (O poder de controle..., p. 308) aplaudiu a disposição: "A Lei 6.404, nesse particular, aperfeiçoou o direito anterior, admitindo que possa haver abuso no exercício do direito de voto com o fito de obtenção de vantagem para o votante ou para outrem, em prejuízo não só efetivo, mas também potencial `para a companhia ou para outros acionistas' (art. 115)."

Apesar de reconhecer-se formal e abstratamente duas espécies de abuso de direito de voto, as hipóteses legais ora desvendadas não restringem a identificação do abuso a apenas aquelas circunstâncias.³¹² É notório que nem a mais detida dissecação do texto legal será capaz de revelar todos os *standards* por ela abrangidos. A ausência de um rol especificado de padrões de conduta abusivos conduziu a doutrina a considerar unanimemente que os casos invocados no art. 115 são puramente exemplificativos, fornecendo os elementos genéricos conformadores do abuso.³¹³ Tal é a orientação de Fran MARTINS: "*O que a lei deseja evitar é o favorecimento individual de certos acionistas, com prejuízos para a sociedade ou para os demais sócios. Outros casos do exercício abusivo do voto podem existir e ser*

³¹² Erasmo FRANÇA (ob. cit., p. 83) reconheceu no art. 115 a mescla de elementos do direito brasileiro anterior, do alemão (§243, 2, Lei Acionária de 1965), italiano (art. 2373, Código Civil de 1942) e do norte-americano, "*estabelecendo regra genérica e flexível, que possibilita aplicação abrangente pelo intérprete.*" Marco CASSOTTANA (ob. cit., p. 75) confirmou o acerto dessa interpretação, relativamente à lei italiana: "*É claro que tal abuso pode ser simplesmente perpetrado também mediante atos puramente omissivos (ausência na reunião assemblear; abstenção de voto); comportamentos que refogem ao teor literal do art. 2373, par. 1, cod. civ., mas aos quais pode-se igualmente estender - por analogia legis - a mesma qualificação de atos contrários à boa fé contratual.*"

³¹³ A convicção do acerto desse preceito conduziu Moitinho de ALMEIDA (ob. cit., p. 100) à conclusão seguinte, amparado no sentir de Vaz SERRA: "*Trata-se de uma válvula de segurança para as iniquidades a que as normas jurídicas, formuladas abstractamente, podem conduzir na sua aplicação a determinados casos concretos'. Por isso, o princípio [da proibição ao abuso de direito] é susceptível de um número indefinível de aplicações.*"

alegados contra o acionista que causou prejuízos. O fundamento dessa alegação repousa no princípio que emana do disposto no início deste artigo, ou seja, de que o acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia e, por extensão, sem ferir os direitos dos demais acionistas."³¹⁴ Mérces da Silva NUNES manifestou-se acertadamente nesse sentido: "[...] a lei disciplinou algumas hipóteses descritivas de voto abusivo, sem ser, entretanto, a enumeração taxativa mas, tão somente, exemplificativa, na medida em que torna-se [sic] impossível a enumeração de todas as hipóteses dada a variedade de fatos peculiares a cada situação."³¹⁵ Para o efeito de aplicação, é suficiente que a lei aponte para a idéia central da satisfação do interesse societário, como propôs José Alexandre Tavares GUERREIRO: "Também aqui se fala no abuso do direito de voto, ou seja, no desvio da finalidade legal a que o voto deve atender, que vem a ser precisamente o interesse da companhia. O voto em assembléia geral tem

³¹⁴ MARTINS, ob. cit., p. 79.

³¹⁵ NUNES, Mérces da Silva. In VIDIGAL, Geraldo de Camargo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Comentários à lei das sociedades por ações. v. 5. São Paulo : Resenha Universitária, 1986, p. 236. Na mesma ocasião, a autora afirmou que a abstrata conformação da lei serve de guia para o aplicador: "O legislador forneceu-nos o fundamento maior, ou seja, disciplina a lei, que pode haver voto abusivo, e portanto anulável sempre que houver favorecimento de algum acionista e prejuízo dos demais. O exame de cada caso, em concreto, definirá o voto como sendo abusivo ou não."

essa função, de sorte que no voto abusivo se configura uma disfunção do direito."³¹⁶

A conjugação das correntes doutrinárias ora expostas com a análise do texto legal autoriza a extrair os fundamentos prestigiados pelo sistema brasileiro da proibição do abuso no direito societário. Perceba-se que o art. 115 da Lei das S/A não desprestigia apenas o abuso praticado contra o interesse da companhia, mas busca identicamente resguardar os outros acionistas quanto a prejuízo advindo de voto. Está claro que a tutela legal dirige-se a duas espécies diversas de pessoas, em vista da dissociação de "prejuízo para a companhia ou para os outros acionistas." Trata-se de situações distintas. A separação pela palavra "ou" denota serem diferentes as hipóteses de prejuízo para a companhia e para os acionistas. No primeiro caso, a menção à *companhia* se refere à condição *ut socii* dos acionistas, ao prejuízo comum e genérico advindo indiretamente a eles na qualidade de integrantes da companhia.³¹⁷ O prejuízo referido em segundo lugar é o percebido diretamente pelos acionistas na parcela de seu patrimônio apartada daquela vertida na companhia,

³¹⁶ GUERREIRO, Direito das minorias..., p. 108.

³¹⁷ Aqui se concentra o tema do *equilíbrio entre os acionistas*, antes mencionado. A perda indireta experimentada pelo acionista que impôs prejuízo à sociedade seria compensada pelo proveito individual obtido por privilegiar seu interesse privado. Haveria desequilíbrio (e abuso) porque o outro grupo acionário apenas suportaria prejuízo, já que o único benefício para si adviria daquele eventualmente percebido pela sociedade.

significando que a proteção da lei abrange também e separadamente os interesses particulares e pessoais dos acionistas. Se não fosse assim, não haveria coerência intrínseca do texto, mas sim repetição: corresponderia a dizer "*prejuízo para a companhia ou para a companhia*".

Outra evidência de que a alusão a acionistas do art. 115 se correlaciona a acionistas *ut singuli*, está na palavra *outros*. Ora, o prejuízo aos acionistas *ut socii* distribui-se por todos indistintamente, na medida de sua participação social. Logo, prevalecendo o raciocínio ora combatido, seria despicando aludir aos *outros* acionistas, já que nessa concepção o prejuízo originado por um dos acionistas seria percebido por todos equivalentemente, inclusive pelo causador.

O voto somente será reputado abusivo se for desconforme ao interesse societário. Assim, a dissociação produzida no art. 115 indica como conclusão necessária, em nosso ver, que o prejuízo para os *outros acionistas* não decorre de abuso, mas sim de ilicitude. Não há como estender a doutrina do abuso de direito ao prejuízo individual e privado advindo a um acionista em face do voto de outro, entendimento corroborado por Fábio Konder COMPARATO: "*Na verdade, a alternativa de sujeitos quanto ao dano resultante do voto abusivo é falsa. O único interesse dos acionistas, protegido pela norma legal, é o interesse comum, como se viu acima. E esse interesse comum está ligado à participação de cada acionista no patrimônio social. Como salienta a doutrina italiana, pelo voto dado*

em conflito de interesses é lesado, em primeiro lugar, o patrimônio social e somente por via de consequência o patrimônio individual dos acionistas impugnantes da deliberação."³¹⁸ Nesse idêntico sentido, ocorreu Mauro Rodrigues PENTEADO: "O dispositivo transcrito alude a 'prejuízo para a companhia ou para outros acionistas', alternativa que Mengoni, perante a legislação italiana, reputa como inexistente: a prejudicada, num primeiro momento, em face de uma deliberação que não atende ao interesse social, seria sempre a companhia, ao passo que o patrimônio individual do acionista somente experimentaria o dano mediatamente."³¹⁹ A relevância da distinção está no regime de responsabilidade atribuído a cada circunstância. Ou seja, os prejuízos identificados com a expressão "ou para outros acionistas" deverão ser compostos na esfera privada e extra-societária, de acordo com as regras comuns do Código Civil.³²⁰

Conforme destacado mais acima, a Lei das S/A não dissociou o abuso de direito de voto praticado pelo

³¹⁸ COMPARATO, Controle conjunto..., p. 90. Fran MARTINS (ob. cit., p. 78) sustentou a posição contrária: "Note-se que a lei não caracteriza o abuso de voto quando esta causa prejuízo à sociedade e aos demais acionistas; considera, pelo contrário, como abusivo o voto que cause dano à sociedade ou aos demais acionistas, donde o voto não ser considerado abusivo em relação à sociedade, mas pura e simplesmente em relação aos demais acionistas."

³¹⁹ PENTEADO, ob. cit., p. 263.

³²⁰ Destaque-se, por essa orientação, o engano em que incorreu Marco CASSOTTANA (nota de rodapé nº 277) ao incluir o dano a outros acionistas como elemento delineador do abuso do minoritário.

acionista controlador daquele realizado pelo acionista minoritário - tanto que abordou o tema em um único compartimento legal.³²¹ Não existe dúvida de que o voto de todo acionista deve deixar-se presidir pelo interesse societário. Mais: a identificação desse interesse eleva-se como desafio mais candente para o aplicador da lei, justamente porque consiste no paradigma da conduta dos acionistas.

Se por um lado, contudo, a lei condiciona em idênticos termos o comportamento de todos os acionistas em relação ao abuso, por outro, o externar do abuso assume contornos distintos entre os grupos societários. No caso do controlador, estará evidenciado através do próprio resultado da deliberação, já que detém a prerrogativa funcional de fazer preponderar seu voto. Ou seja, o abuso de voto do controlador equivale ao comportamento positivo de adotar deliberação menos vantajosa que a possível para a companhia, em benefício próprio e exclusivo.³²²

³²¹ Confira-se a nota de rodapé nº 211.

³²² Marco CASSOTTANA (ob. cit., p. 75) manifestou-se nesse sentido: "*O obstrucionismo a uma ou mais decisões vantajosas para a empresa societária pode encontrar ou não justificativa em um interesse pessoal - quanto à deliberação - juridicamente tutelado; em caso afirmativo o dissenso manifestado pelo sócio manifesta-se como legítimo, enquanto que em caso negativo se poderia considerar abuso no exercício do direito de voto (abuso que recorre, com maior razão, quando o dissenso não corresponde a algum interesse apreciável do sócio, caso em que seria aplicável o art. 833 cod. civ. [italiano].: retro, cap. I, §6).*"

O voto do acionista minoritário, ao contrário e de regra, não prevalece. Por isso, o abuso de direito de voto pelo minoritário aparece como comportamento negativo de acompanhar a deliberação mais proveitosa possível para a companhia.³²³ Emerge, portanto, da conduta obstrucionista à decisão mais vantajosa para a sociedade. O entendimento de Modesto CARVALHOSA direciona-se à conclusão de que o voto abusivo não é só aquele capaz de diminuir o patrimônio da sociedade, como também o que impeça o alcance integral de um benefício possível: *"Se a manifestação do voto não traduzir o interesse coletivo, instaura-se o conflito de interesses e o abuso do direito de voto. Haverá interesse contrário à sociedade, não apenas quando ela sofre perda imediata ou futura, mas também quando deixa de obter uma vantagem lícita: ou, então, quando do voto lhe advém um resultado menor do que seria obtido, se outra fosse a manifestação decisória do acionista."*³²⁴ Ressalte-se que essa opinião ignorou a possibilidade de o minoritário auferir benefício privado, até porque a conduta meramente obstrucionista e emulativa não importa necessariamente em percepção de vantagem. Não se trata de *controle do mérito do voto*, mas de *controle de legitimidade do voto*; reprime-

³²³ Ou permitir a deliberação, na hipótese de seu comparecimento ser decisivo para a constituição do *quorum* mínimo de instalação da assembléia; ou propriamente deliberar, no caso de proibição de voto do controlador com interesse formalmente conflitante com o da companhia (art. 115, §1º).

³²⁴ CARVALHOSA, Comentários... v. 4, p. 110.

se não a liberdade de voto, mas o abuso dessa liberdade; não se censura a escolha de determinada política econômica, mas a "*manobra especulativa*" vantajosa exclusivamente para si.³²⁵

A concorrência entre os interesses individual e societário conduz à análise do §1º do art. 115 da Lei das S/A, que proíbe o voto do acionista quando este se confrontar com duas opções inconciliáveis: o interesse particular e o interesse como acionista, na condição de integrante da companhia. Todavia, não será todo conflito de interesses que estará subordinado à abstenção, mas somente diante da impossibilidade de realizar um interesse sem sacrificar o outro. Na lei italiana, o acionista tem o dever de abstenção diante desse dilema; mas não impede o acionista de participar das discussões. Ao contrário, há até obrigação de ele noticiar aos demais acionistas a situação de conflito em que se encontra (art. 2391, Código Civil).³²⁶

A proibição de voto supõe logicamente que o conflito de interesse aflore antes do seu proferimento. Não

³²⁵ GALGANO, Trattato di diritto civile..., p. 451.

³²⁶ BONELLI, Franco. La responsabilità degli amministratori di società per azioni. Quaderni di giurisprudenza commerciale, n. 135. Milano : Giuffrè, 1992, p. 89. Modesto CARVALHOSA (Comentários... v. 4, p. 114) expressou idêntico entendimento, ao pronunciar-se sobre o art. 115, §1º, da lei brasileira: "*As duas outras hipóteses legais [benefício particular ou interesse conflitante] pressupõem fatores subjetivos de julgamento que cabem espontaneamente ao acionista interessado apontar, para declarar-se impedido de votar. Se não o fizer, caberá à mesa emitir juízo de valor.*"

haverá maiores dificuldades em relação aos casos discriminados na primeira parte do §1º: os elementos informadores da sua concorrência para a formação no capital social e da sua atuação como administrador estarão documentados e facilmente apreciáveis, por se tratar de conflito *formal* de interesses. O problema cinge-se à apuração do benefício particular e do interesse conflitante inominado, relacionados no final do parágrafo e correspondentes ao conflito *material*. Trata-se de circunstância bem apreciada por Fábio Konder COMPARATO: "*Tirante esses casos expressamente indicados na norma, para que haja impedimento do voto é mister que o conflito de interesses transpareça a priori da própria estrutura da relação ou negócio sobre que se deliberar, como, por exemplo, um contrato bilateral entre a companhia e o acionista. Não transparecendo preliminarmente o conflito de interesses, nem por isso deixa de valer a proibição do voto, a qual continua a se dirigir ao votante, e que pode, em qualquer hipótese, ser invocada por outros acionistas presentes à assembléia.*"³²⁷ Nem haverá qualquer impasse no caso de o acionista minoritário ser proibido de votar, por abusiva sua declaração, e no entanto seu voto ser decisivo para o alcance do *quorum* mínimo para deliberação. De acordo com Giancarlo FRÊ, o *quorum* não fica prejudicado pela proibição de voto: "*Se depois um ou mais sócios não puderem votar, isso não terá relevância sobre a regularidade da*

³²⁷ COMPARATO, Controle conjunto..., p. 91.

constituição da assembléia: regularidade que subsiste só pelo fato de na assembléia estar representada uma determinada quota do capital social." ³²⁸

Ainda que a Lei das S/A disponha expressamente apenas sobre o abuso de direito de voto, os demais direitos instrumentais identicamente são passíveis de exercício abusivo, mantendo-se válida a estes a abordagem genérica anterior, notadamente quanto à perseguição do interesse societário.

O direito de o acionista ser informado, como alicerce do direito de fiscalizar, recebe discriminação precisa da Lei das S/A em vários dispositivos, destacando-se a título exemplificativo o art. 124, que obriga a constar do edital de convocação da assembléia geral a matéria a ser apreciada na ordem do dia; o art. 126, §3º, autorizando a obtenção dos endereços dos demais acionistas; o art. 133, ordenando os administradores a comunicar que os documentos da administração estão à disposição dos acionistas. As hipóteses previstas em lei não são exaustivas, admitindo-se que os acionistas obtenham resposta acerca da situação geral da companhia. Por isso e de acordo com nossa manifestação acima, o problema não estará nos eventos longamente explicados pela lei, mas naqueles em que a lei não condicione restritivamente a conduta do acionista ou da administração.

³²⁸ FRÊ, ob. cit., p. 375.

Não existe dúvida de que ao minoritário concede-se o direito de receber informações suficientes acerca dos temas em pauta antes de exercer o direito de voto. Nesse caso, a lei determina compulsoriamente à companhia a iniciativa da informação e haverá evidente descumprimento desse dever, atribuível aos administradores, quando deixar-se de prestar as informações dentro do prazo fixado. Mas o evento de qualificação nebulosa será o pedido de informações por iniciativa do acionista minoritário, destinado a complementar as informações prestadas pela companhia. A relevância do tema consiste na paralisação da marcha social através de requerimentos cujo único objetivo seja impedir o início ou interromper o procedimento sufragista.

De plano, descarte-se a intervenção judicial para avaliar a procedência do pedido de informações, pois as questões levantadas em assembléia requerem análise imediata pela mesa diretora e até porque o controle *a posteriori* das deliberações societárias representa sério inconveniente para o curso regular da vida societária. Se a mesa diretora bastar-se em negar o pedido de informação assumirá o risco de o acionista minoritário embasar eventual impugnação judicial na demonstração de que não pôde votar de forma vantajosa ou adequada. De outra parte, é impossível negar que a apreciação desse requerimento aos órgãos administrativos ou à submissão dele ao confronto de voto (com vantagem evidente para o controlador) configuraria o esvaziamento do direito do minoritário. Portanto e em

princípio, não há como considerar o direito de informação em outros moldes a não ser aceitando que a minoria seja a julgadora do conteúdo de seu próprio requerimento. Diante da eventualidade de supressão indevida de direito do minoritário ou de fornecimento de farta munição ao minoritário mal-intencionado, conclui-se pela indesejabilidade do controle objetivo, pelo controlador, do conteúdo do requerimento de informações.

Para promover o equilíbrio societário diante da atribuição dessa prerrogativa ao minoritário seria necessário delimitar a forma pela qual o requerimento é deduzido. A solução preconizada como ideal por Dominique SCHMIDT implica em remeter a legitimidade do pedido de informações a limites objetivos contidos na lei ou no estatuto, conforme sua proposta: *"Além disso, poder-se-ia dispor que o requerimento de adiamento somente seria acolhido uma única vez para uma determinada ordem do dia e com a condição de estar devidamente motivado. Enfim, ainda se poderia limitar o exercício deste direito assegurando-se da fidelidade daquele que o exerce, outorgando-o somente aos acionistas que justificassem a detenção ininterrupta de seus títulos durante um mínimo de alguns meses. Desta forma, o exercício deste direito deve ser previsto e regulamentado, senão pela lei, ao menos pelas cláusulas estatutárias."*³²⁹ A solução legal portuguesa, por exemplo, noticiada por Manuel António PITA, distinguiu duas

³²⁹ SCHMIDT, ob. cit., p. 103.

situações em que o acionista poderá requerer informações: aquelas destinadas a apurar responsabilidades de membros dos órgãos sociais e aquelas sobre a situação genérica da companhia. No primeiro caso, *"a recusa só poderá fundamentar-se no facto de o conteúdo das circunstâncias revelarem não ser este o fim visado pelo pedido de informação."*³³⁰ No segundo, a recusa poderá considerar três situações mais amplas: *"a) Quando for de recear que o accionista a utilize para alguns fins estranhos à sociedade e com prejuízo desta ou de algum accionista; b) Quando a divulgação, embora sem os fins referidos na alínea anterior, seja susceptível de prejudicar relevantemente a sociedade ou os accionistas; c) Quando ocasione violação do segredo imposto por lei."*³³¹

A questão mantém-se em aberto na hipótese de silêncio do estatuto e da lei. A necessidade de fundamentação tanto do requerimento quanto da decisão sobre ele parece consistir na regra básica do sistema.³³² Embora não seja recomendável ao controlador a avaliação do conteúdo do pedido de informações, a companhia poderá definir legitimamente quais delas poderão ser fornecidas,

³³⁰ PITA, ob. cit., p. 363. Note-se o recurso à figura do abuso de direito, através da menção ao desvio da finalidade originalmente atribuída à informação.

³³¹ PITA, ob. loc. cit.

³³² Manuel António PITA (ob. cit., p. 362) anunciou que o direito português expressamente penaliza a recusa imotivada de informação.

sempre dentro da margem obrigatória definida pela lei. Modesto CARVALHOSA aludiu à diferença, recepcionada por legislações alienígenas, entre informações relativas ao *estado financeiro* da companhia e informações concernentes à *situação dos negócios*, noticiando que somente aquele concilia-se com as demonstrações financeiras, relatórios da administração e pareceres de auditores.³³³ As informações e documentos referentes à situação dos negócios não estará disponível aos acionistas, em vista do princípio do segredo dos negócios. A utilidade do postulado é evidente: basta imaginar a aquisição de ações representativas de parcela minoritária do capital social por pessoa de confiança de companhia concorrente. Não será difícil supor que o franco e irrestrito acesso de todo acionista às informações negociais resultará, cedo ou tarde, em prejuízo para a própria sociedade.

O princípio do sigilo comercial fundamenta regime jurídico contraposto àquele pelo qual se consente a informação total aos acionistas sob o argumento de que os acionistas e investidores de mercado necessitam avaliar todas as vertentes possíveis para tomar os caminhos que julguem adequados. O sistema brasileiro adotou o primeiro regime, separando as informações financeiras das informações negociais através do art. 157 da Lei das S/A, que mesmo direcionado às companhias abertas fornecem os elementos genéricos da concessão de informações aos

³³³ CARVALHOSA, Comentários... v. 4, p. 265.

acionistas.³³⁴ Entretanto, Rubens REQUIÃO anotou quanto ao dispositivo que *"Na análise do instituto, em primeiro lugar, é de se lamentar e estranhar que o preceito acima transcrito se aplique, apenas, à companhia aberta, quando deveria estender-se à sociedade fechada ou familiar."*³³⁵

Apesar dessa douda opinião, entendemos que a interpretação extensiva às sociedades fechadas parece possível em vista de o rol do art. 133 contemplar apenas os documentos cuja publicidade cabe à companhia providenciar, deixando várias outras informações a serem requeridas facultativamente pelos acionistas. Mesmo que necessariamente seja desconsiderado, quanto à companhia fechada, o requisito formal de notícia específica ao mercado de capitais e à CVM, pode-se acatar como princípio genérico a negativa de fornecer ao acionista informação adicional às matérias constantes do art. 133, se a companhia entender *"que sua revelação porá em risco interesse legítimo da companhia"* (art. 157, §5º). Tais

³³⁴ Nelson EIZIRIK (A instrução CVM 31/84 e a regulamentação do "insider trading". Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 55, RT, jul/set 1984, p. 170) discorreu sobre a proibição, no Brasil, do *insider trading*, que *"constitui a utilização de informações sobre uma companhia aberta, por parte de pessoas que, por força de seu exercício profissional, estão `por dentro` de seus negócios, transacionando com os valores mobiliários de emissão da companhia antes que tais informações sejam de domínio público."* Rubens REQUIÃO (Aspectos modernos..., p. 50) identificou no *insider trading* a violação do *"dever de lealdade dos administradores, para com a companhia e para com o corpo acionário."*

³³⁵ REQUIÃO, Aspectos modernos..., p. 51.

assuntos são inconfundíveis com aqueles relacionados no art. 188 da Lei das S/A, que determina a demonstração aos acionistas da origem e da aplicação dos recursos da companhia. O *caput* mesmo indica que se trata de informações acerca de "*modificações na posição financeira da companhia*", aferíveis até a partir da análise contábil e consideradas sob um enfoque pretérito. O sigilo negocial alcança as decisões administrativas que medeiam a recepção dos recursos e o destino a eles finalmente conferido.

Outros direitos instrumentais a merecer análise (mais restrita que as anteriores porquanto mais acanhada a margem de discricionariedade de seu exercício) são a presença e a intervenção na assembléia geral.

Faculta-se a todos os acionistas o comparecimento à assembléia geral, bem como o acesso ao local do conclave, sendo ônus da companhia reunir as condições definidas em lei para permitir aos acionistas o exercício desse direito. O acionista minoritário não incorrerá em abuso pela prática de "*excessos verbais ou pela apresentação de documentos veementes de protesto ou, ainda, por objeções ou acusações levantadas.*"³³⁶ Trata-se de atitudes inerentes à reunião, sem que seja possível identificar qualquer abuso face a essas condutas. A menção a essas modalidades de direitos é oportuna apenas para firmar que nem ocorrerá abuso na hipótese de prática de condutas civil ou criminalmente reprováveis durante o curso da assembléia. Nesse caso,

³³⁶ CARVALHOSA, Comentários... v. 4, p. 236.

haverá ilícito comum a ser apurado e reprimido consoante as regras ordinárias.

4.7 ABUSO DE DIREITO DE AÇÃO JUDICIAL

Embora o direito de ação judicial seja usualmente configurado como direito instrumental, aqui entendeu-se adequado, para efeito de sistematização, dissociar seu tratamento daquele genérico promovido no tópico anterior. A separação tenciona ressaltar o enquadramento próprio de direito material, evitando a abordagem de direito processual que o tema eventualmente possa sugerir.

Há um apontamento prévio que adquire relevância sob o aspecto proposto. Apesar de a investigação, em juízo, da conduta abusiva ocorrida no âmbito da sociedade claramente diferenciar-se do abuso consistente na própria invocação da tutela judicial, as duas idéias se interligam. É que o juiz precisará examinar as circunstâncias anteriores à propositura da ação, localizadas ainda na fase decisória interna da companhia, para avaliar se a ação judicial atende realmente ao interesse societário ou equivale a instrumento de obstrução, protelação ou chantagem pelo minoritário.

Essa ressalva faz-se necessária em vista do embate doutrinário entre as correntes contratualista e institucionalista sobre o interesse societário e especificamente sobre o controle judicial das deliberações assembleares. Como antes ressaltado, a teoria contratualista nega que o acionista esteja adstrito a

perseguir o interesse específico da companhia, anotando apenas que a conduta do acionista frente à sociedade e aos outros acionistas deve pautar-se pela boa-fé (no sentido de não causar dano a outrem) e pelo princípio da colaboração.³³⁷ Logo, estaria admitido qualquer comportamento do acionista que não violasse tais postulados, mesmo que direcionado a satisfazer interesse pessoal sem liame com a condição de acionista. Por sua vez, a teoria institucionalista somente reconhece a conduta do acionista em contemplação de um interesse genérico e comum a todos integrantes da sociedade, reprimindo a satisfação de interesses unicamente privados por intermédio das decisões adotadas no âmbito da companhia. Assim, o prestigiamento da conduta do acionista estaria a depender do exame de mérito da deliberação, já que somente através da investigação da conveniência e da oportunidade da decisão (ou do voto em determinado sentido) seria possível descobrir se a atitude do acionista coadunou-se ou não com o interesse societário.

Talvez o mais consistente argumento contrário à última teoria aflore quando se submete o litígio societário ao crivo jurisdicional, pois nessa oportunidade o juiz será instado a descer aos motivos condutores da decisão do acionista a fim de apurar a adstrição ao interesse da companhia. Para Pier Giusto JAEGER, há dois inconvenientes

³³⁷ Deve-se a Pier Giusto JAEGER essa formulação, tal como informou Erasmo FRANÇA (ob. cit., p. 45).

no controle judicial do interesse societário: a intervenção estatal na política econômica interna da companhia e o despreparo técnico dos juizes para avaliar temas negociais afetos à economia e à administração privada, sem contar que nesse campo *"as opções, para lá do conhecimento técnico, são por vezes produto de corajosas intuições."*³³⁸ Coutinho de ABREU recordou que a Assembléia Nacional francesa negou a inclusão no projeto da lei societária de 1966 de dispositivo autorizando o tribunal a tornar executórias as propostas submetidas à assembléia diante de obstáculo abusivo da minoria: *"Mas foi recusada, tendo-se objectado então que ela consagraria uma espécie de governo dos juizes - de mais a mais sem a responsabilidade pelos riscos da empresa."*³³⁹ Portanto, a questão do abuso da ação judicial dos minoritários resume-se ao concurso de elementos formais

³³⁸ In FRANÇA, ob. cit., p. 46. O autor noticiou ainda que mesmo entre os adeptos da corrente institucionalista reconheceu-se a impropriedade do exame judicial de mérito, para enfim direcionar-se a doutrina e a jurisprudência para uma apuração limitada e condicionada ao *vício de legitimidade* da deliberação (Confira-se a nota de rodapé nº 325). Aludiu ainda a lição de Francesco CARNELUTTI: quando a substância do ato (formalmente perfeito) contrasta com a finalidade prevista em lei, há vício de legitimidade, não de conveniência.

³³⁹ ABREU, ob. cit., p. 184 e 185. Mas o autor voltou-se contra essa posição, aceitando a intervenção jurisdicional para garantir a preservação do interesse social e da própria empresa: *"Não repugnará que a um Estado afirmativamente empenhado na vida econômica corresponda certa actividade controladora das empresas por parte dos órgãos de soberania que são os tribunais..."*

anteriores ao ajuizamento, capazes de conferir legitimidade ao recurso do acionista minoritário.³⁴⁰

Quando o patrimônio da sociedade sofrer prejuízo causado por seus administradores, a assembléia geral terá duas opções: decidir pela propositura de ação social reparadora ou manter inerte a sociedade em relação ao problema. A ação social é o instrumento previsto pelo direito para a reparação dos prejuízos verificados diretamente pela companhia e indiretamente pelos seus acionistas.³⁴¹ Importa a este trabalho focar a segunda hipótese, da qual surge a oportunidade de os minoritários com 5% do capital social exercitarem a ação judicial recusada pelo controlador, tal como permitido pelo art. 159, §4º, da Lei das S/A.³⁴² O acionista minoritário poderá voltar-se judicialmente contra as deliberações assembleares, para anulá-las (art. 286), ou também poderá responsabilizar o controlador pelos danos advindos das deliberações que adotou (art. 287). A natureza jurídica da ação do minoritário não se coaduna com direito individual seu: o caráter institucional reconhecido à minoria não

³⁴⁰ Antônio Ivanir de AZEVEDO (O direito das minorias nos grupos de sociedades. Revista de Direito Civil, São Paulo, n. 55, RT, jan/mar 1991, p. 147) anotou que "*Nesse plano, a própria legislação vigente impõe o exame de dois aspectos da maior relevância: a) a determinação das ações cabíveis e, b) a legitimidade para propô-las.*"

³⁴¹ GAGLIARDO, ob. cit., p. 251 e 252.

³⁴² Mas se a assembléia geral deliberar propor a ação, mas a companhia não o fizer em 3 meses, qualquer acionista poderá ajuizá-la, seja qual for sua participação (art. 159, §3º).

importa apenas na atribuição de função fiscalizadora, mas na prerrogativa de, subsidiariamente ao controlador, pleitear judicialmente a repressão aos ilícitos que identificar no âmbito da companhia.³⁴³ Portanto, a ação de iniciativa da minoria supre a omissão do controlador na defesa do interesse societário.³⁴⁴

Como visto, a questão da legitimação formal desfruta de particular importância para demonstrar o abuso de direito de ação do acionista minoritário. Não haverá maiores complicadores quando a minoria propuser ação em face dos administradores ou dos controladores, por danos causados à sociedade. Mas no caso de ação para anular deliberação, a companhia será ré, mas nem todos os acionistas poderão ser autores. A legitimidade ativa submete-se, primeiramente, ao direcionamento do voto: de regra, o acionista não poderá ser autor em ação destinada a anular deliberação adotada com o próprio voto.³⁴⁵ Ou seja,

³⁴³ Dominique SCHMIDT referiu-se à ação do minoritário como posicionada na categoria dos atos sociais: *"Ela não se diferencia, aliás, em nada da ação exercida pela própria sociedade: uma e outra se identificam plenamente por sua causa, o prejuízo social; por seu objeto, a reparação desse prejuízo; e por seu fim, o interesse da coletividade."*

³⁴⁴ Jean-Pierre BERDAH (Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions. Bibliothèque de droit commercial, t. 27. Paris : Sirey, 1974, p. 180) reconheceu na minoria *"um elemento da estrutura da sociedade, - à condição que essa minoria defenda um interesse social, - e não um interesse próprio."*

³⁴⁵ Analisando caso concreto, Waldirio BULGARELLI (Estudos e pareceres..., p. 160) inquiriu de abusiva a demanda proposta pelos minoritários a fim de impedir a adoção de providência anteriormente

será necessário que o autor da ação seja titular de voto dissidente na deliberação específica. A doutrina argentina, referida por Mariano GAGLIARDO, definiu uma hipótese excepcional: *"A promoção da ação de impugnação e a legitimação para seu exercício depende se a resolução viola a lei, estatuto ou regulamento em cujo caso ficará reservada aos sócios dissidentes ou ausentes, diretores, síndicos, conselho de vigilância e autoridade de tesouraria; do contrário, sendo a resolução contraditória de uma norma de ordem pública ou invalidada por um vício de vontade, a ação corresponderá aos acionistas dissidentes ou ausentes e inclusive aos que tiverem votado favoravelmente ao acordo."*³⁴⁶

À identidade do que acontece em relação a todos os direitos conferidos aos acionistas, a preocupação maior quanto à ação *ut singuli* é que consista seguramente na defesa por parte do acionista minoritário do interesse societário, não de seu interesse próprio. Dominique SCHMIDT expôs com precisão essa exigência: *"De um lado, o acionista agindo individualmente não pode optar por um interesse próprio; com efeito, ele não tem o direito de fazer prevalecer nenhum interesse particular na sociedade,*

requerida por eles próprios à companhia: "Caracterizam-se, assim, na lide da medida cautelar suspensiva da realização da assembléia geral, tanto o abuso do direito de demandar como a temeridade da demanda, como, ainda, a ausência de boa fé na lide, pois que nenhum fundamento têm para requerer a sustação de uma assembléia geral que irá realizar justamente o saneamento dos negócios sociais por eles solicitado.

³⁴⁶ GAGLIARDO, ob. cit., p. 263.

distinto daquele do grupo, caso em que cometeria um abuso com a busca de uma vantagem pessoal. [...] De outro lado, a legitimidade da ação minoritária é apreciada não em conformidade com os interesses do demandante, mas segundo os da coletividade. Já que essa ação é exercida em benefício da coletividade, ela não deve ser acolhida a não ser que os interesses desta a exijam."³⁴⁷ Modesto CARVALHOSA classificou as ações dos minoritários em ação individual e ação social (esta dividida em *ut universi* e *ut singuli*), reservando aquela à reparação de um prejuízo que o acionista tenha sofrido pessoalmente, em esfera alheia aos interesses da coletividade societária.³⁴⁸

Entendemos que a chamada *ação individual* não emana do direito societário: trata-se da ação do direito comum, exercida com fundamento no art. 159 do Código Civil, e por isso sua menção na Lei das S/A é despicienda. A modalidade relevante para o direito societário é aquela proposta pelo minoritário quando revestida de interesse societário, na medida em que o prejuízo por ele verificado (na condição de instituição societária) terá necessariamente derivado de decisão adotada pela companhia, a partir do voto controlador. Logo, o abuso de ação judicial estará adstrito

³⁴⁷ SCHMIDT, ob. cit., p. 203.

³⁴⁸ CARVALHOSA, Comentários... v. 4, p. 54. De acordo com tal definição, será *ação individual*, por exemplo, aquela ajuizada pelo acionista atropelado por veículo de propriedade da companhia.

à ação pretensamente *ut singuli*, mas calcada em motivação alheia ao interesse societário.

O exemplo mais característico da ação social intentada por minoritários em interesse exclusivamente próprio surgiu nos Estados Unidos, com a prática da *strike suit*. Traduzida comumente como *ação de combate* ou *de choque*, a *strike suit* é utilizada como instrumento de chantagem, com a intenção de forçar a companhia a realizar acordos vantajosos para os minoritários, mediante a desistência da ação. Quanto ao direito brasileiro e de acordo com Nelson EIZIRIK, a ação referida no art. 159, §3º, da Lei das S/A, não deixa dúvida acerca do interesse da companhia em mover a ação; não haverá possibilidade de *strike suit* derivada desse dispositivo legal. No entanto, na ação social do §4º do art. 159, a presunção de defesa do interesse societário é *relativa*, pois já houve manifestação da maioria em sentido inverso. O autor propôs os critérios identificadores dessa prática, reputada como abuso dos minoritários: "*Presume-se a 'strike suit', conforme antes analisado, quando: 1) o autor da ação não era titular de direitos de acionista ao tempo em que ocorreram os danos que alega; 2) o autor da ação não esgotou todas as possibilidades de solução do problema no âmbito da companhia ou esta nada fez para apurar as responsabilidades dos administradores.*"³⁴⁹

³⁴⁹ EIZIRIK, Nelson. Inexistência de impedimento do administrador na ação social "ut singuli". Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 80, RT, out/dez 1990, p. 34. O autor narrou

A presunção ora mencionada somente poderá operar se o primeiro e o segundo caso verificarem-se cumulativamente, estendendo-se a previsão de responsabilizar os administradores também para responsabilizar os controladores. De outra parte, as duas situações anunciadas pelo autor não exaurem as hipóteses da *strike suit*, que poderão manifestar-se de outras maneiras. Os casos descritos são aqueles cuja ocorrência permite presumir automaticamente o abuso de direito de ação, nada impedindo que um exame mais apurado confirme a presunção e até demonstre formas diferentes dessa modalidade de abuso.

A conclusão do juiz pelo abuso do direito de ação do minoritário assume foros de preliminar processual. É que a legitimidade a que se referiu como denunciadora do abuso é questão a ser avaliada quando do recebimento da inicial pelo juiz ou, quando muito, a ser decidida no saneamento. Portanto, o abuso de ação não se vincula nem se submete à eventual improcedência da ação. Ou seja, será possível reconhecer a legitimidade da propositura da ação *ut singuli* e rejeitar o pedido quando da sentença de mérito.

que "A prática da *'strike suit'* foi largamente difundida por Clarence Venner, que deixou sua marca na história das ações judiciais movidas com finalidades pelo menos discutíveis. Sua atuação consistia em procurar falhas no comportamento da administração de uma empresa, para depois comprar ou tomar emprestadas ações de sua emissão e iniciar então um processo judicial, o mais rumoroso dos quais foi o da ação contra a *Continental Securities Company*. Na maioria dos casos, as companhias acabavam por comprar as ações detidas por Venner por preços muito superiores aos do mercado como forma de solucionar as demandas [...]."

Mesmo diante da recomendação acima de JAEGER³⁵⁰, cumpre indicar duas concepções acerca do ônus da prova em relação ao mérito da deliberação. Francesco GALGANO assumiu a vertente clássica, pela qual *"A regra geral é, em suma, que as deliberações assembleares se presumem, até prova contrária, conformes ao interesse da sociedade; e a prova contrária deve ser constituída por quem impugna a deliberação."*³⁵¹ Fábio Konder COMPARATO amparou-se em formulação estadunidense para sustentar a posição contrária, direcionada à inversão do ônus probatório: *"Especificamente no que tange ao conflito de interesses, regulado pelo art. 115, as normas dos arts. 116, parágrafo único, e 117, § 1º, tornando mais acusada a responsabilidade dos controladores, parecem conduzir a uma inversão do ônus probatório, como assentou a jurisprudência norte-americana. Assim, toda e qualquer vantagem extra-societária que os controladores retirem de uma deliberação de assembléia suscita, desde logo, presunção de abuso, competindo-lhes provar que, no caso, a aparente iniquidade do resultado não representou um desvio de função, em detrimento dos interesses acionários comuns."*³⁵²

A despesas judiciais serão arcadas pelo minoritário, em caso de abuso de direito de ação. Todavia, a questão não é pacífica, já que a minoria não age em nome

³⁵⁰ Confira-se a nota de rodapé nº 338.

³⁵¹ GALGANO, *Diritto commerciale...*, p. 377.

³⁵² COMPARATO, *Controle conjunto...*, p. 93.

próprio, mas em defesa de toda a comunidade societária; portanto, é lógico que as despesas processuais fiquem a cargo do grupo, tal como prevê a lei brasileira (art. 159, §5º, Lei das S/A). Por determinado aspecto e em tese, as verbas de sucumbência funcionam como elemento adicional (e por vezes decisivo) para o desencorajamento do litígio. Logo, isentar o minoritário das despesas pode ser encarado como incentivo à demanda abusiva. A lei alemã estabelece que a minoria arcará com as despesas se fracassar a ação de responsabilidade civil dos administradores (art. 147, alínea 5), mesmo que a ação não seja considerada abusiva. A desmotivação do exercício do direito de ação acaba por prestigiar interesse único do controlador, eis que não há benefício à sociedade com a passividade da minoria. Ademais, tal solução desconsidera que a vitória no processo aproveitará a todos os acionistas, mas a derrota será suportada apenas pelos minoritários. Por isso, Dominique SCHMIDT se contrapôs ao postulado da lei alemã, ressaltando que o panorama se altera diante da ação abusiva da minoria: *"Em revanche, se for demonstrado que a reclamação da minoria tem apenas um espírito de litigância imotivada, se for demonstrado que é abusiva, será normal fazer com que suporte as despesas; [...]. O abuso demonstra um motivo pessoal, uma busca de vantagem pessoal, incompatível com a representação dos interesses da sociedade. Assim, não é depois do resultado da ação que se determina que uma ou outra parte assumirá as despesas do processo. Os gastos serão*

arcados pela sociedade, desde que a minoria não tenha agido de má fé."³⁵³

4.8 ABUSO DE DIREITOS PATRIMONIAIS

O exercício dos direitos intermediários, ditos instrumentais, possibilita só por via transversa o incremento patrimonial dos acionistas. Mas a consecução dos direitos chamados patrimoniais, ao contrário, concorre diretamente para o auferimento de vantagens pelo acionista.

O abuso do minoritário não recai unicamente sobre aqueles direitos que aparelham mediatamente a obtenção da contrapartida do aporte para o capital social. Apesar de o conteúdo da categoria dos direitos patrimoniais mostrar-se menos suscetível ao abuso que os direitos instrumentais (na medida em que mais restrita a amplitude de escolha subjetiva do acionista), a desarmonia entre a atuação do minoritário e aquela preconizada por lei aflora até mais evidentemente na seara dos direitos patrimoniais.

Mas não se olvide que o abuso do minoritário se expressa através de artifício sutil, da negativa (eventualmente dissimulada e bem-sucedida) de adotar a solução mais vantajosa para a companhia mediante a invocação das garantias a si conferidas. Por isso, muitas vezes será controvertida a qualificação da conduta do minoritário como abusiva, em relação aos direitos patrimoniais, por serem estes dispostos taxativamente pela

³⁵³ SCHMIDT, ob. cit., p. 225.

lei. A rigidez legal conduz à suposição de que a permissão e a proibição, de onde emanam o lícito e o ilícito, situam-se em planos suficientemente distinguidos, afastando a consideração do abuso como categoria diversa daquelas.

O direito de recesso exprime com clareza esse dilema, reconhecido por Rachel SZTAJN ao negar a extensão do recesso a casos omitidos na lei, sob pena de - aí sim - abrir caminho ao abuso do minoritário: *"Ao contrário, nas companhias, admitir a ampliação por meio de pactos parassociais, das hipóteses de recesso, é voltar ao esquema que a lei obvia, e dar a um ou alguns membros da sociedade, poder de veto em determinadas matérias e, conseqüentemente, dificultar a ação da maioria que, enquanto não agir com abuso de poder ou em detrimento da sociedade ou de acionistas, deve prevalecer sobre interesses isolados de alguns."*³⁵⁴ Outra foi a opinião de Giuseppe FERRI, ao admitir casos de recesso dispostos previamente pelos sócios: *"Importando uma derrogação do princípio geral segundo o qual a resolução do contrato pode acontecer somente pelo mútuo consenso dos contratantes (art. 1.372 cod. civ.[italiano]), o recesso não é admitido senão nas*

³⁵⁴ SZTAJN, Rachel. O direito de recesso nas sociedades anônimas. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 71, RT, jul/set 1988, p. 54. Fernando ALBINO (ob. cit., p. 217) filiou-se à mesma concepção: *"Como se trata de hipótese excepcional, que implica rompimento do vínculo societário, a interpretação deve ser sempre restritiva, de molde a não alargar as hipóteses de incidência descritas na lei. O fato de o legislador tê-lo feito um direito incondicional quanto à forma e procedimentos para o seu exercício, não implica que ele deva ser interpretado extensiva ou analogicamente."*

hipóteses em que a lei ou o contrato social [ou estatuto] o prevejam."³⁵⁵

A plena adstrição ao elenco legal coaduna-se com o recesso *ad nutum* - ou seja, sem necessidade de justificativa, bastando a declaração unilateral de vontade de natureza receptícia.³⁵⁶ Contudo, Giuseppe FERRI não admitiu o exercício do recesso, mesmo *ad nutum*, calcado apenas nas circunstâncias objetivas da lei, mas considerou que também se submete a critérios ético-jurídicos não referidos nomeadamente no texto legislativo, como a boa-fé: "*O recesso constitui um meio de limitar a permanência do vínculo social, não de anular na prática o vínculo voluntariamente assumido. [...] Se porém a boa-fé no*

³⁵⁵ FERRI, ob. cit., p. 220. A diferença entre essas concepções exprime o confronto entre a teoria da lei e a teoria do contrato, em matéria de recesso, assim resumida por Ángel VELASCO (El derecho de separación del accionista. Madrid : Reunidas, 1976, p. 54): "*Para a teoria da lei, o direito de separação do acionista descansa na vontade do legislador, o qual, pelas razões que veremos mais adiante, regula aquele direito como instituição de ordem pública, e, por isso se trata de um direito irrenunciável antecipadamente pelo acionista. Para a teoria do contrato, o direito de separação implica em rescisão parcial do contrato de sociedade pela concorrência de uma causa de origem legal, sendo a lei uma disposição de caráter subsidiário ou supletivo da vontade das partes, as quais podem renunciar livremente ao exercício de dito direito ou pactuá-lo privadamente para casos distintos aos estabelecidos pelo legislador.*"

³⁵⁶ De acordo com Rachel SZTAJN (ob. cit., p. 52), a simples declaração assume decorrências automáticas: "*Se a maioria delibera validamente, o dissidente pode ou aceitar o resultado da deliberação e submeter-se às novas condições fixadas ou retirar-se da sociedade. Basta que declare sua vontade na forma e prazo legais. Não precisa provar dano de qualquer espécie.*"

exercício do recesso não é expressamente requerida, não é que se possa dela prescindir: é que no sistema do código atual o comportamento de boa-fé e segundo as regras da correção tornou-se um princípio geral próprio não apenas das relações contratuais, mas de qualquer relação patrimonial, e não há portanto necessidade de ser repetido a cada momento."³⁵⁷ O sistema brasileiro se aproxima do italiano nesse particular, pois o princípio da boa-fé permeia todas as relações jurídicas também entre nós. Logo, só a adstrição à letra da lei não resolve o problema, já que mesmo estas poderão ser invocadas pelo acionista sem o concurso da boa-fé - o que será de reputar abusivo.

Por esse motivo, ainda Giuseppe FERRI defendeu a investigação do conteúdo da declaração de recesso, admitindo a retirada somente quando for motivada por justa causa.³⁵⁸ Sublinhando a dificuldade de determinar abstratamente as circunstâncias em que ocorreria a justa causa, o autor citou acórdão do Suprema Corte italiana pelo qual *"a justa causa de recesso pressupõe sempre um comportamento ilegítimo dos outros sócios e haverá justa causa somente quando o recesso constitua um reação legítima a tal comportamento no sentido que este objetivamente e*

³⁵⁷ FERRI, ob. cit., p. 222.

³⁵⁸ De onde se pode inferir que a ausência de justa causa para o exercício do recesso configura abuso do minoritário.

razoavelmente seja capaz de abalar a confiança neles depositada."³⁵⁹

Também essa constatação doutrinária confirma, como aludido preteritamente, que diante da contradição entre os modelos de comportamento assumidos pelos diferentes grupos sociais, haverá de ser rejeitado aquele que se dirigir a interesse alheio ao societário. A dúvida que se impõe é a opção por uma entre duas alternativas de conduta possíveis e antagônicas entre si, quando ambas configurarem interesse societário.³⁶⁰ Talvez o exemplo mais manifesto desse conflito consista na distribuição de dividendos. A consecução do interesse societário requer obviamente a manutenção da saúde financeira da companhia e não há como ignorar o fato de o aporte de recursos (ou a permanência deles) na companhia constituir objeto de franca atenção de todas as partes envolvidas, sem comportar todavia solução automática.³⁶¹ Por um lado, a negativa da distribuição de

³⁵⁹ FERRI, ob. cit., p. 222. Confira-se a menção à reação do *minoritário* ao comportamento abusivo do controlador no item 4.5, Identificação da conduta abusiva do acionista minoritário, 4º parágrafo, *in fine*.

³⁶⁰ Confira-se o último parágrafo do item 4.4, Conflito de interesses entre grupos de acionistas.

³⁶¹ João Luiz Coelho da ROCHA (A minoria social : relatividade e alcance dos efeitos de seus direitos. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 102, RT, out/dez 1996, p. 41) expôs a dificuldade da questão: "*Ora, o desfrute dos (não o direito aos) lucros sociais é alguma coisa de certa relatividade, pelo grande poder de mensuração e quantificação a tais lucros, e que é privilégio da maioria dirigente, ou mesmo pela eventual contenção estatutária ao seu*

dividendos terá o condão de, através do autofinanciamento da companhia³⁶², ampliar a atividade mercantil e incrementar a produção, embora prive os acionistas de auferir lucro diretamente; por outro, a distribuição dos lucros³⁶³ importará na descapitalização da companhia, mas satisfará o interesse original dos acionistas que, ademais, inspirou seu ingresso na sociedade: o recebimento de remuneração pelo capital vertido na companhia.

Ocorre que tanto o alcance do lucro objetivo quando do lucro subjetivo³⁶⁴ exprimem o interesse da sociedade. Sem embargo das múltiplas considerações doutrinárias sobre a questão (muitas delas sem aprofundamento científico), existe proveitoso raciocínio formulado por Giulio LEVI, baseado nos critérios da *necessidade* e da *adequação*

limite de distribuição, por mais que a lei tenha determinado quantitativos mínimos."

³⁶² Sobre o tema, consulte-se a já clássica tese de livre-docência de Luiz Gastão Paes de Barros LEÃES, *Do direito do acionista...*, p. 17 a 25.

³⁶³ Luiz Gastão Paes de Barros LEÃES (*Do direito do acionista...*, p. 309 e 310) noticiou o embate doutrinário voltado a estabelecer a diferença entre distribuição de lucros e distribuição de dividendos. O autor concluiu pela esterilidade da controvérsia: "*Logo, absurdo fora falar em direito ao lucro distinto do direito ao dividendo, pois o que existe é direito ao lucro por dividir, ou direito ao dividendo por deliberar, contraposto ao conceito de direito ao dividendo deliberado.*"

³⁶⁴ A distinção foi promovida por Luiz Gastão Paes de Barros LEÃES (*Do direito do acionista...*, p. 255), o primeiro como o lucro registrado pela companhia, o segundo como aquele efetivamente distribuído ao acionista.

elaborados pela jurisprudência alemã acerca do abuso (*Missbrauch*): "[...] o sacrifício de um interesse em favor de outro deve ser necessário para a realização do segundo, e de importância não excessiva quanto à satisfação deste último, no sentido de que quanto mais grave for o sacrifício tanto mais intensa deve ser a satisfação."³⁶⁵

Não se coaduna com o objetivo deste trabalho esmiuçar as circunstâncias de obrigatoriedade de distribuição de lucros. Mas força asseverar que o tema dos interesses concorrentes da companhia será resolvido no caso concreto, a partir dos pressupostos ora identificados: o interesse-fim dos acionistas, relativo à percepção de lucros, deve ceder lugar - quando necessário e adequado - ao interesse-meio deles próprios, que é a preservação da empresa.

A negativa de distribuir lucros implica a integração na sociedade de recursos já existentes no âmbito da companhia, não obstante ainda indisponíveis para ela. Outra forma de financiamento da sociedade consiste na afluência de capital através de novo investimento promovido pelos acionistas, a partir de suas economias privadas. Esse segundo aspecto do ingresso de recursos refere-se ao aumento de capital social³⁶⁶, medida capaz de alterar as

³⁶⁵ LEVI, ob. cit., p. 82.

³⁶⁶ Aqui se alude ao aumento oneroso do capital social, correspondente à ampliação do patrimônio da sociedade, e não o gratuito, decorrente da correção da expressão monetária do capital.

porcentagens detidas pelos acionistas e, por decorrência, a posição deles no quadro acionário.

A proibição de as deliberações assembleares contemplarem interesse meramente privado não importa na vedação ao acionista minoritário de rebelar-se contra tentativas de subtrair-lhe a própria condição de acionista³⁶⁷, sob o argumento de que tanto seria indispensável para satisfazer o interesse da sociedade, dissimulando a real intenção do controlador. Quanto a esse assunto, há duas considerações interligadas que parecem importantes. Em primeiro lugar, a existência da minoria detentora de poder de fiscalização consiste em interesse da sociedade, na medida em que se estabelecem direitos aos minoritários em compensação ao poder de controle e se aceita a minoria como instituição necessária ao sistema deliberativo da companhia e ao seu próprio funcionamento.³⁶⁸ Por outro lado, a realização do interesse da sociedade encontra limite, em relação aos acionistas, na

³⁶⁷ Ao contrário da posição do acionista no quadro social, conforme Coutinho de ABREU (ob. cit., p. 172): "*Não obstante, tal enfraquecimento da posição dos sócios não fundamenta, em princípio, o pedido da minoria de anulação do reforço do capital social, por abuso de direito. Porquanto nenhum sócio tem direito à inalterabilidade da sua posição actual na sociedade.*"

³⁶⁸ Consoante a dedução de Fernando Netto BOITEUX (O acesso..., p. 64) ainda no início da vigência da Lei das S/A: "*O que se vislumbra, no curto espaço de tempo de vigência da lei, é que o voto minoritário, utilizado em conjunto em eventuais impedimentos ao voto majoritário, vem se revelando eficiente instrumento de freio e contrapeso do poder deste.*"

preservação da participação dos acionistas tal como disposta no quadro social.³⁶⁹ Não há interesse societário, por exemplo, na redução da participação detida pelos minoritários a porcentagem inferior àquela legalmente definida como indispensável ao exercício de determinadas faculdades, como o art. 123, parágrafo único, letra c. Mas há interesse societário no aporte de recursos através de aumento de capital social efetivamente diminuído por prejuízos constantes. Nesse caso, os acionistas minoritários não estarão obrigados a optar por integralizar o capital requisitado, mas em contrapartida estarão sujeitos à inferiorização de seu lugar no quadro social.

Também em tal circunstância a solução é apontada pelos critérios da necessidade e da adequação, sempre enfocados em face do interesse da sociedade e assim compreendidos por Marco CASSOTTANA: *"Retomando uma feliz síntese recentemente formulada por um estudioso alemão [W. TIMM], diremos que o abuso de poder [sic] contra a minoria será configurável sempre que a deliberação assemblear prejudique uma ou mais prerrogativas do sócio, e este comprometimento não seja concretamente justificado pelo interesse social ou não seja necessário (erforderlich), ou quando a lesão - também se juridicamente justificada - mostre-se inadequada (unverhältnismäßig) em consideração*

³⁶⁹ De acordo com Salvatore PESCATORE (ob. cit., p. 73), "O direito à conservação da qualidade de sócio representa o meio de garantir a posição do acionista como participante no patrimônio social interno da coletividade [...]."

dos interesses societários e dos interesses dos sócios em minoria. O comprometimento deve portanto respeitar a regra da necessidade (princípio do meio menos traumático) e da adequação, não pode contrariar a proibição da medida-excessiva'."³⁷⁰ *Mutatis mutandis*, os motivos justificadores do aumento de capital acarretam o sacrifício lícito de direitos dos minoritários quando houver fundado temor de prejuízo decisivo ao interesse societário. Sem afastar outros exemplos, pode-se elencar como evento autorizador do aumento (mesmo que os minoritários não possuam recursos para exercer a preferência) a iminência de quebra ou concordata aliada à comprovada impossibilidade de captação de recursos por outros meios. Aqui estará bem caracterizada a premência do aporte de recursos advindos dos acionistas através de aumento de capital, não para o incremento da produção, mas para a preservação da existência mesma da companhia.

A adequação se revelará quando o aumento consistir no *instrumento preciso* para a salvaguarda dos interesses da companhia; a necessidade estará evidente quando o aumento se traduzir no *único instrumento* capaz de satisfazer aqueles mesmos interesses. Mas não apenas na Alemanha

³⁷⁰ CASSOTTANA, ob. cit., p. 162. O autor louvou-se em precedente de tribunal alemão (*Mannesmann Urt.* 19/12/77) para declarar que "um acionista (...) deve suportar atentados à própria posição de sócio capazes de oprimi-lo, com base nas concretas circunstâncias do caso, de modo mais grave que aos outros acionistas, quando a maioria suficientemente larga os considere necessários ao interesse comum da empresa [...]."

obtiveram ampla receptividade esses critérios para o sacrifício dos direitos dos minoritários. A jurisprudência da Inglaterra também se posicionou formulando o conceito da *justifiable discriminatio*, que adota parâmetros análogos aos anteriormente referidos; esses pontuados ainda pela jurisprudência italiana como justificativa, nomeadamente em fusão ou incorporação, para "evitar a continuação deficitária da gestão social, com o perigo de perda total do patrimônio da sociedade; de impedir a resolução antecipada e uma liquidação desastrosa, senão imposta pela crise na qual se debatia a sociedade; de obter, com a operação, a preservação do valor das atividades [...]." ³⁷¹

Todo o raciocínio confirma-se pela descrição acurada de José Alexandre Tavares GUERREIRO: "De acordo com o §1º do art. 129, para evitar a diluição de sua participação no capital e no patrimônio da companhia, passa a depender do assentimento dos grupos minoritários a deliberação de aumentar o capital por subscrição. Ora, circunstâncias e conjunturas, em que as necessidades empresariais de capital próprio se mostram agudas e inadiáveis, caso em que o obstructionismo renitente das minorias, recusando o seu placet, pode levar a companhia a uma situação financeira perigosa ou francamente prejudicial. Nessa eventualidade, o voto negativo pode se revestir de abuso. Já quando o aumento de capital decorre de manobra majoritária para diluir as participações

³⁷¹ CASSOTTANA, ob. cit., p. 168.

acionárias, sem qualquer vantagem para a empresa, o veto se mostrará legítimo e pertinente, para o fim de impedir o injustificado desequilíbrio societário."³⁷² Compreendemos que a vantagem ora referida não basta para autorizar o sacrifício do direito dos minoritários; requer-se mais que só a utilidade da providência: deve-se identificar verdadeira necessidade de optar por decisão que implique o desprestígio do direito do minoritário.

No âmbito da obstrução promovida pelo acionista minoritário, tem lugar incontestavelmente o tema do *quorum*, que encontra terreno fértil nas hipóteses de alteração da estrutura jurídica ou patrimonial da companhia, notadamente em alteração de capital, liquidação, transformação, incorporação, fusão e cisão. Trata-se de situação em que, conhecedores da insuficiência de votos para evitar a adoção de decisões sobre essas questões, os minoritários executam manobra obstrucionista tendente a impedir a instalação ou tomada de deliberação pela assembléia.³⁷³

De antemão, tome-se em conta a regra geral do art. 129 pela qual o *quorum* de instalação diferencia-se do

³⁷² GUERREIRO, Direito das minorias..., p. 108 e 109.

³⁷³ Manuel António PITA (ob. cit., p. 370) deduziu que "A pergunta poderá colocar-se quando a minoria tem o poder de bloquear uma deliberação social, podendo muito bem suceder que a oposição da minoria seja motivada por terceiros, com prejuízo da sociedade e dos outros sócios. Nessas circunstâncias, o princípio da igualdade exigiria uma solução idêntica. Talvez não seja necessário invocar argumentos dessa natureza, já que a letra da lei abarca perfeitamente o voto minoritário abusivo."

quorum de deliberação porque deste excluem-se os votos em branco, as abstenções (quando sufrágio verbal) e os nulos, enquanto que naquele incluem-se todas as ações com direito a voto.³⁷⁴ De acordo com o entender de Marco CASSOTTANA, *"Parece esta a sede apropriada para tomar em consideração um emblemático filão jurisprudencial francês segundo o qual é configurável como abuso da minoria a recusa injustificada de votar o aumento de capital reduzido, em consequência de perdas, abaixo do limite legal mínimo para o prosseguimento da atividade da empresa, assim por não consentir o alcance da maioria deliberativa especial."*³⁷⁵ A recusa de adotar a melhor decisão para a companhia pode-se revelar por dois aspectos. O mais evidente corresponde à declaração frontalmente contrária àquela solução. A doutrina equiparou a essa negativa expressa o absenteísmo, que alcançaria veladamente o mesmo efeito obstrutivo: *"Cabendo a todo acionista, controlador ou não, exercer o voto no interesse da companhia, muito dificilmente se poderia imaginar cumprido esse requisito pelo absenteísmo."*³⁷⁶

³⁷⁴ Há divergência na doutrina em relação ao cômputo dos acionistas proibidos de votar por incorrerem no disposto no art. 115, §1º. Fernando Netto BOITEUX (*Voto minoritário...*, p. 103) descartou-o com veemência, enquanto Modesto CARVALHOSA (*Comentários...* v. 4, p. 238) definiu-se pelo cômputo.

³⁷⁵ CASSOTTANA, ob. cit., p. 76.

³⁷⁶ CARVALHOSA, *Comentários...* v. 4, p. 238. Na página seguinte, o autor complementou seu raciocínio: *"O voto em branco ou nulo, pelo contrário, na medida em que impede a verificação de quorum deliberativo mínimo, poderá caracterizar-se como abuso de direito por*

Todavia, não se deverá confundir o obstrucionismo abusivo com as chamadas *minorias de bloqueio*, formadas a partir da instituição do *quorum* qualificado. A exigência de comparecimento de acionistas em número superior ao usualmente adotado para deliberações em geral (a maioria absoluta, diga-se) funda-se na pretensão de dotar de maior legitimidade certas decisões consideradas fundamentais para a companhia. Em relação às companhias fechadas, o art. 129, §1º, da Lei das S/A, dispõe que o aumento do *quorum* restringe-se a matérias especificadas no estatuto, sem discriminá-las mas almejando evitar que todos os assuntos de interesse societário submetam-se ao *quorum* especial. Modesto CARVALHOSA propôs critério para reconhecer quais matérias poderiam assujeitar-se à qualificação de *quorum* sem deixar margem para o obstrucionismo da minoria, afastando desde logo as matérias da assembléia ordinária: *"Nem podem atingir questões inerentes ao desenvolvimento normal da companhia, como aumentos do capital social por subscrição (art. 170). Somente poderão ter por objeto matérias que modifiquem a estrutura jurídica ou patrimonial da companhia, tais como incorporação, fusão, cisão e mesmo transformação da forma societária; ou, ainda, a liquidação da companhia ou sua integração em grupo de sociedades ou a constituição de subsidiária integral. [...] Fora dessas hipóteses, não se pode admitir o quorum qualificado, pois*

parte do acionista minoritário, que, dessa forma, logrará obstruir os trabalhos (art. 115)."

representaria a ditadura da minoria."³⁷⁷ A minoria de bloqueio prospera sob autorização legal nesse campo restrito, no qual o direito de veto a ela conferido afasta-se da estrutura do abuso para tornar-se um instrumento de obstrução legítima e assim reconhecida inclusive pelos controladores.³⁷⁸

³⁷⁷ CARVALHOSA, Comentários... v. 4, p. 241. Manuel António PITA (ob. cit., p. 360) anunciou que o Código das Sociedades Comerciais português define exaustivamente as hipótese de *minorias de blocagem*: transferência da sede para o estrangeiro; fusão, cisão, transformação e contrato de subordinação; fusão ou cisão quando haja participação de uma sociedade no capital da outra; celebração ou modificação do contrato de subordinação entre sociedades dependente e dominante; deliberação social de renúncia ou transação sobre responsabilidade de administradores; e destituição de administrador eleito por indicação da minoria.

³⁷⁸ O exemplo do veto lícito autoriza a conclusão de Mariano GAGLIARDO (ob. cit., p. 261): "*Pode-se advertir que não existe referência legal alguma ao governo da maioria, pois eventualmente a decisão minoritária pode ser a que expresse a vontade social obrigatória para todos os acionistas (hipótese de prosperar uma impugnação assemblear).*"

5 REGIME DE RESPONSABILIDADE DO ACIONISTA MINORITÁRIO

5.1 PLURALIDADE DE SISTEMAS REPRESSIVOS

A coação do abuso do acionista minoritário obedece aos idênticos critérios já anteriormente delineados para a repressão genérica do abuso de direito, a partir do reconhecimento da separação ontológica entre *ilicitude* e *abusividade*.³⁷⁹ Cumpre direcionar as conclusões então adotadas para o problema específico do abuso da minoria societária.

Apesar de manifesta na doutrina a distinção entre abuso e ilícito, a Lei das S/A adotou um regime repressivo eclético, ora submetendo o abuso às regras genéricas da responsabilidade civil, ora tratando-o como princípio geral do direito, passível de outras modalidades sancionatórias.³⁸⁰ Há duas situações distintas previstas pela lei: para determinadas hipóteses, impõe-se o dever indenizatório (coligado à ocorrência de dano, portanto) do acionista minoritário pela conduta abusiva; para outras, apenas se qualifica certa conduta como abusiva,

³⁷⁹ Conforme o item 2.9, Repressão ao abuso de direito.

³⁸⁰ Silvio RODRIGUES (Responsabilidade civil..., p. 57) desvendou que a dissociação entre *ilicitude* e *abusividade* conduz necessariamente à variedade de sanções, pois "*se se entender que seu habitat é apenas o da responsabilidade civil, a única consequência do ato abusivo seria a sujeição, de quem o praticou, ao pagamento da indenização reparadora do dano; enquanto que, se se entender que ela se aplica a outros campos do direito, outras consequências, que não a indenização, poderão advir.*"

prescindindo do dano e da culpa e silenciando então quanto à sanção. Erasmo FRANÇA discordou que a lei preveja sanções distintas entre si nos vários dispositivos, ponderando que a consequência é invariavelmente a mesma: a anulação da deliberação e a reparação dos prejuízos, reconhecendo todavia apenas as perdas e danos para o voto não prevalecente.³⁸¹ Mas aponte-se que o autor considerou em sua análise, para efeito de argumentação, somente o *caput* do art. 115 e seu §4º, sem efetuar qualquer comparação entre os demais parágrafos - que autorizam a conclusão acima, ora assumida neste trabalho.

Considerando-se a viabilidade de haver comportamento abusivo sem resultado danoso³⁸² e a impossibilidade de indenizar quando não existir dano, pode-se supor que a superveniência de dano é o evento distintivo entre os diferentes modelos acolhidos pela lei. Essa realidade pode ser confirmada, por exemplo, através da análise do art. 115 da Lei das S/A, cujo *caput* dispensa a efetivação do dano, repudiando já a finalidade da conduta dita abusiva, e o §4º, primeira parte, impõe a anulabilidade ao voto conflitante, sem aludir à configuração de dano. Ao inverso, o §3º do mesmo artigo dispõe a responsabilidade quando houver dano, ainda que não prevalecente o voto, e o §4º, segunda parte, determina a

³⁸¹ FRANÇA, ob. cit., p. 99 e 100.

³⁸² Confira-se a nota de rodapé nº 117.

transferência das vantagens à sociedade e também a responsabilização pelos danos.

5.2 RESPONSABILIDADE POR VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO GERAL DO DIREITO

A Lei das S/A recepciona a vedação ao abuso de direito através das disposições contidas no art. 115, *caput*, que prescinde da efetivação do dano para reputar a ocorrência de abuso, bastando a intenção do acionista em atingir finalidade contrária ao interesse societário.

A recusa da lei em submeter o reconhecimento do abuso à superveniência de dano significa que o assume como categoria apartada do ilícito. Logo, o texto do art. 115, *caput*, revela que a prática de abuso pelo acionista minoritário representa violação de princípio geral do direito. Deixando de observar só o evento *voto*, deve-se admitir que ao reputar o abuso como princípio, reservam-se sanções também para o abuso de direitos patrimoniais, para o qual não existe cominação explícita na lei. Tal conclusão necessária permite-se examinar sob dois aspectos: a dispensa da culpa ou dolo para a configuração do abuso e as decorrências da eventual superveniência de dano.

A doutrina é assente em afirmar que a mera potencialidade do dano acarreta o desprestígio jurídico do comportamento do acionista.³⁸³ A lei brasileira espelhou-se confessadamente no art. 2373 do Código Civil italiano,

³⁸³ Confira-se a nota de rodapé nº 30.

destacado por Francesco GALGANO como norma de extremo rigor, por reputar suficiente a prova de "*perigo de dano*" para que se imponham os efeitos de anulação especificamente de deliberação, ao afastar o dano efetivo como critério da sanção.³⁸⁴ Esse é justo o entendimento de Modesto CARVALHOSA, que não se restringiu à deliberação assemblear: "*O exercício ilegal do voto por acionista impedido, portanto, representa um dano potencial à companhia, que enseja, necessariamente, a nulidade da deliberação que dele dependeu. O dano atual ou efetivo não é cogitável para a decretação dessa nulidade.*"³⁸⁵

Ainda no tocante à desnecessidade de o acionista atuar mediante culpa para configurar abuso, pondere-se que a Lei das S/A não adotou a responsabilidade objetiva do acionista cujo posicionamento se conclua contrário ao interesse social. Entretanto, o direito brasileiro assumiu francamente a orientação tendente à objetivação da culpa revelada pela conduta abusiva.³⁸⁶ Trata-se da transgressão do *dever de não abusar*, somente verificável através do

³⁸⁴ GALGANO, Trattato di diritto civile..., p. 453. Em comentário ao art. 2373, § 2º, do Código Civil italiano, onde se prevê especificamente o dano potencial, Giuseppe FERRI (ob. cit., p. 454) comentou: "*De outra parte, é suficiente que o dano seja somente potencial e nem é necessário que o dano seja concretamente determinado.*"

³⁸⁵ CARVALHOSA, Comentários... v. 4., p. 119. Adiante será visto que, ao inverso do considerado pelo autor, a lei prevê a anulabilidade da deliberação.

³⁸⁶ Confira-se a nota de rodapé nº 41.

comportamento culposo.³⁸⁷ Adote-se, na matéria específica, a noção precisa de Modesto CARVALHOSA, que afastou a investigação subjetiva do comportamento do acionista, para a verificação do abuso, em vista da dificuldade de distinguir o dolo do erro. E amparou-se em tendência jurisprudencial conforme a qual o abuso estará configurado mesmo que não se prove a intenção fraudulenta, bastando o exame subjetivo da contrariedade ao interesse social.³⁸⁸ Embora direcionadas precisamente às deliberações da assembléia, anote-se aqui a compreensão radical de Moitinho de ALMEIDA, que negou por inteiro a culpa como elemento integrante da responsabilidade do acionista por abuso: "*O abuso do direito nas deliberações sociais existe independentemente de dolo ou culpa, tudo dependendo do vário condicionalismo de cada espécie e particularmente da transcendência dos valores em jogo.*"³⁸⁹

Está atualmente disseminado o questionamento da estrutura reparatória calcada eminentemente no dano.

³⁸⁷ Confira-se o sétimo parágrafo do item 2.9, Repressão ao abuso de direito.

³⁸⁸ CARVALHOSA, Comentários... v. 4., p. 111. Essa é a idêntica manifestação de Mérces da Silva NUNES (ob. cit., p. 237): "*A vontade livre e consciente de causar dano é de deliberação íntima do acionista. Se não manifesta, situa-se em zona cinzenta de difícil e, quase impossível comprovação. Por esta razão, a jurisprudência vem se firmando no sentido de que, o abuso se configura mesmo sem a prova subjetiva do dolo, sendo necessário tão somente, que a deliberação vise fins estranhos ao sentimento jurídico-social.*"

³⁸⁹ ALMEIDA, ob. cit., p. 99. Confira-se, nesse mesmo sentido, a nota de rodapé nº 120.

Orlando GOMES reputou nessa compreensão doutrinária emergente um "giro conceitual", cujo resultado tem sido o aumento do número de bens jurídicos protegidos, dilatando a esfera da responsabilidade civil e o âmbito de sua incidência: *"Tende-se a considerar que o comportamento reprimido na lei civil não é o fato danoso, mas o ato antijurídico, prescindindo-se da produção do dano e de sua ressarcibilidade."*³⁹⁰ Mais essa posição reforça a tese de que subsiste no campo do abuso de direito a possibilidade de responsabilizar o acionista através da conjugação de elementos outros diferentes daqueles reunidos pelo regime civilista tradicional reservado aos atos ilícitos.

5.3 RESPONSABILIDADE POR EVENTO DANOSO

A Lei das S/A previu ainda o dever indenizatório pelo acionista quando conduta sua cause dano à companhia (ou aos outros acionistas, na letra da lei). Em qualquer situação e seja qual for a categoria de direito exercitado, o prejuízo suportado em face de abuso de direito societário haverá de ser composto através da apuração de perdas e danos e da indenização correspondente.

³⁹⁰ GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (Org.). Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues. São Paulo : Saraiva, 1989, p. 295. O autor noticiou também que *"Uma reconstrução da teoria da responsabilidade civil e a revisão das normas que a institucionalizam começaram com a mudança de perspectiva que permite detectar outros danos ressarcíveis que não apenas aqueles que resultam da prática de um ato ilícito."*

Mas a Lei das S/A dedicou-se com avidez ao abuso de direito de voto, já que consiste no meio pelo qual mais explicitamente aflora o comportamento do acionista. Os parágrafos 3º e 4º do art. 115 aludem aos danos infringidos à companhia por conta de ato do acionista, no suposto exercício de direitos afetos a si.

A primeira hipótese cuida do voto não prevalecente do acionista minoritário, que poderá causar dano à companhia quando, por exemplo, esta sofrer restrição de crédito devido à publicação da ata de assembléia constando voto contrário à aprovação de contas. Obviamente que tal voto minoritário deverá revestir-se de abusividade: a divergência haverá de ser totalmente infundada, proferida com propósito comprovadamente difamatório - agravando-se no caso de ausência de fundamentação da discordância. Logo, a simples oposição não será capaz de constranger o minoritário ao dever de indenizar (quanto menos a oposição procedente); ao contrário, a indenização terá lugar apenas quando a divergência danosa qualificar-se pela culpa ou dolo, motivo pelo qual não há que falar em responsabilidade objetiva. A manifestação de Fernando Netto BOITEUX guarda sintonia com a compreensão ora exposta: *"A responsabilidade pelo voto não prevalecente, como já visto na nota 5 do capítulo 3, não é mera figura de retórica, mas também não caracteriza a responsabilidade objetiva: o que se pune são os danos causados pelo voto, e não pela deliberação, que este não foi suficiente para obter. Neste caso, a deliberação é sempre válida, o voto nulo e o acionista*

responsável."³⁹¹ Em igual sentido, Fran MARTINS explanou que o voto não prevalecente "*Significa o preceito que já não será o acionista responsabilizado apenas tendo em vista os resultados do seu voto mas em decorrência da prática de um ato que, vedado expressamente, representa uma afronta aos interesses sociais.*"³⁹² Esclareça-se que, no texto, a menção ao resultado do voto não corresponde ao dano por ele causado, mas ao concurso do voto ou não para a adoção da deliberação danosa (como previa o art. 95 da lei anterior das sociedades anônimas, Decreto-lei 2.627/40).³⁹³ Afirme-se, uma vez mais, que apenas serão relevantes para a presente questão os danos advindos de comportamento do acionista enquanto elemento integrante da companhia, e não como indivíduo que causar dano em situação apartada da vida societária. Em tal situação, o acionista estará equiparado a terceiros estranhos à sociedade e responderá frente só aos outros acionistas que ofendeu.

³⁹¹ BOITEUX, O acesso..., p. 72.

³⁹² MARTINS, ob. cit., p. 85. Wilson de Souza Campos BATALHA (Comentários à lei das sociedades anônimas. v. 2. Rio de Janeiro : Forense, 1977, p. 560) ateve-se exclusivamente à lei antiga ao opinar, sem razão, que "*Entretanto, quando o voto não houver prevalecido, por isso mesmo que não prevaleceu, perdeu-se no vazio, não havendo prejuízo a ressarcir.*"

³⁹³ Tal foi a ressalva de Luiz Gastão Paes de Barros LEÃES (Comentários..., p. 248): "*Dependia, assim, a responsabilidade, do fato de o voto haver concorrido na formação da maioria necessária para a apuração da responsabilidade. Na lei atual, o acionista será responsabilizado por afrontar o interesse social, pouco importando que esse voto seja dado pela maioria ou pela minoria.*"

O segundo caso de início mencionado refere-se ao voto prevalecente, seja do controlador, seja do minoritário. Esta última hipótese justifica-se porque nem sempre o voto do acionista minoritário será dissidente, nomeadamente nas ocasiões de proibição do voto do controlador, discriminadas no §1º do art. 115. Não será de surpreender, por isso, que os acionistas minoritários obtenham a prerrogativa de decidir em nome da sociedade, quando o controlador cumprir o dever de abstenção. Então, o voto dos minoritários será tornado prevalecente e submetido ao regramento legal correspondente, tal como o seria o voto do controlador.³⁹⁴

Na seara dos danos suportados pela companhia, necessário aludir à parcela cada vez maior de doutrinadores que aceita a extensão do dano moral às pessoas jurídicas. Confirma-se a compreensão de Modesto CARVALHOSA: "*Os danos podem ser morais ou materiais. Haverá dano moral, quando o voto vencido abusivo é exercido por mera emulação para difamar outros acionistas - controladores ou não - ou,*

³⁹⁴ Modesto CARVALHOSA (Comentários... v. 4, p. 115) vislumbrou a possibilidade de a minoria hostil decidir antes pela aversão ao controlador que ao interesse societário: "*A configuração do ilícito, no caso, é flagrante. Não pode, com efeito, a minoria, a quem se atribui o encargo de votar as contas dos acionistas controladores e dos acionistas conferentes de bens ao capital, abusar da prerrogativa de voto ao formar o colégio decisório da assembleia geral, deliberando contrariamente ao interesse social e aos demais acionistas, por mera emulação ou para obter vantagens pessoais.*" Note-se que o autor não promoveu a distinção entre ilícito e abusivo e estendeu inadequadamente a proteção aos demais acionistas contra o abuso (embora a lei o autorize).

*ainda, para prejudicar o bom nome da companhia ou causar dissídio entre os sócios. Por outro lado, o dano será material, quando, v.g., o acionista nega, por emulação, quorum mínimo para deliberação da assembléia geral (arts. 129 e 135), obstruindo, dessa forma, medida de interesse da sociedade."*³⁹⁵

Apesar da autoridade dessa opinião, precisa-se esclarecer que os exemplos de dano moral a pessoa jurídica ora propostos não correspondem verdadeiramente a essa modalidade. A difamação de outros acionistas equivale a dano moral sofrido por pessoas físicas, pois mesmo que a agressão tenha ocorrido no âmbito da companhia e, inclusive, durante o curso de assembléia geral, a companhia não foi vitimada pelo evento. Quando muito, há o interesse societário de harmonia e urbanidade entre os acionistas, cuja violação não corresponde a dano moral sofrido diretamente pela sociedade. Adiante, a menção ao "*bom nome da companhia*" não está a denotar, técnica e imediatamente, dano moral. É que a mácula imposta ao nome da companhia redonda mais claramente em dano à imagem e, talvez exclusivamente, em efeitos patrimoniais: a acusação de gestão fraudulenta na sociedade pode acarretar a depreciação da imagem perante os consumidores e

³⁹⁵ CARVALHOSA, Comentários... v. 4., p. 111 e 112. O autor forneceu como exemplos de dano advindo de voto não prevalecente aquele proferido em proveito de concorrente, o destinado a especular com ações em bolsa provocando-lhes queda ou alta, o que induz à compra das ações do minoritário pela companhia (art. 30) ou pelo controlador.

fornecedores, a quebra de confiança no produto ou serviço, o abandono de fidelidade a ele e, por decorrência, a diminuição do faturamento. Todo o trâmite demonstra a superveniência de dano material, somente. A possibilidade de dano moral sofrido por pessoa jurídica recebeu a defesa de Paulo Roberto Ribeiro NALIN, ao considerar que a pessoa jurídica também detém bens jurídicos extrapatrimoniais expostos a violação, como a imagem, a igualdade e a liberdade. Amparou tal entendimento em diversos julgados, destacando-se acórdão do Superior Tribunal de Justiça que distinguiu a honra subjetiva (auto-estima) da honra objetiva (apreço de terceiros) e identificou o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica como resultante de ofensa a esta última.³⁹⁶

5.4 MODELOS SANCIONATÓRIOS DO ABUSO DO AÇIONISTA MINORITÁRIO

A responsabilidade do minoritário por abuso de direito se desdobra em dois planos, distinguíveis pela presença ou ausência dos pressupostos clássicos da responsabilidade civil.

A Lei das S/A impõe a indenização por perdas e danos, se o abuso causar dano à companhia ou aos outros

³⁹⁶ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Responsabilidade civil : descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial. Curitiba : Juruá, 1996, p. 106 e seguintes. O acórdão referido consta da RT 727/123.

acionistas.³⁹⁷ Ainda que se invoque a distinção bem conhecida entre abuso e ilícito, não existe outra maneira de reconstituir a situação anterior do lesado senão adstringindo o culpado a, mediante transferência compulsória de seu patrimônio em favor do prejudicado, ressarcir os danos que causar.³⁹⁸ Considerando tal solução insuficiente, Eduardo GREBLER propôs a distensão da gama de medidas capazes de garantir imediatamente os direitos dos acionistas: *"Para que a defesa da minoria pudesse ser verdadeiramente eficaz, seria mister não apenas conceder-lhe o direito às perdas e danos, mas também o direito de resistir efetivamente à vontade do controlador, ou de retirar-se da sociedade, num rol ampliado de situações em que pudesse se valer desse direito."*³⁹⁹ Embora direcionada à proteção da minoria, o mesmo raciocínio serve identicamente, se invertidos os pólos, para o abuso do minoritário.

Permissão semelhante equivaleria, em nossa visão, a prestigiar o exercício das próprias razões, que o direito societário não excepcionou positivamente e nem a

³⁹⁷ Assumiu-se neste trabalho que se aplicará o art. 159 do Código Civil à conduta abusiva do acionista causadora de dano aos demais, privadamente e para além da esfera da companhia. Logo, a regra da Lei das S/A sobre o tema está deslocada e afigura-se, quando menos, redundante.

³⁹⁸ Comentando o art. 115, §3º, confirmou Fábio Konder COMPARATO (Controle conjunto..., p. 92): *"Em se tratando de voto minoritário, a única sanção, obviamente, é a de perdas e danos (§3º)."*

³⁹⁹ GREBLER, ob. cit., p. 41 e 42.

Constituição o assentiria. Demais disso, a desejada ampliação afigura-se desnecessária, pois se a vedação do abuso for entendida como princípio geral do direito, cabem naturalmente outras espécies de sancionamento.⁴⁰⁰ Assim, já existe no ordenamento previsão adequada para a "resistência" do acionista minoritário, como aventada: trata-se da anulação da deliberação, sempre através do exercício do direito de ação. Caso sobrevenha dano, poderá cumular-se pedido de indenização.⁴⁰¹

O §4º do art. 115 impõe a penalidade para o descumprimento da previsão do §1º do mesmo artigo, em que há proibição de voto ao acionista detentor de interesse conflitante com o da companhia. No §4º coexistem três sanções: a anulabilidade da deliberação, a responsabilidade pelos danos e a transferência para a companhia das vantagens que tiver auferido. Recorde-se que todo o art. 115 dirige-se indistintamente a todos os acionistas, e não só aos controladores. Logo, é possível que o voto não prevaleça como deliberação e não sobrevenha qualquer dano a partir de seu exercício, mas ainda assim será nulo, caso seja proferido por acionista com interesse conflitante.

⁴⁰⁰ Confira-se a nota de rodapé nº 380.

⁴⁰¹ Conforme sustentou Antunes VARELA (ob. cit., p. 539): "*Se o exercício abusivo do direito causou algum dano a outrem, haverá lugar a obrigação de indemnizar; se o vício se tiver reflectido na celebração de qualquer negócio jurídico, este será, em princípio, nulo (art. 296º); e assim por diante.*"

Destaque-se que embora nulo o voto, a sanção reservada à deliberação adotada mediante o voto do acionista com interesse conflitante é a *anulabilidade*.⁴⁰² A diferença foi evidenciada por Fernando Netto BOITEUX, para quem a transgressão à proibição do voto implica sua nulidade, mas a previsão de anulabilidade para a deliberação advinda desse mesmo voto nulo decorre da preocupação do legislador com o "*vício na constituição da vontade da assembléia*."⁴⁰³ A distinção entre as sanções guarda aparente contradição, porque a deliberação resulta do voto. Logo, seria razoável que o destino da primeira seguisse o do último: nulo o voto prevalecente, nula seria a deliberação. A Lei das S/A não trilhou esse ponderado raciocínio, mas outro diverso, objeto de comentário de José Alexandre Tavares GUERREIRO: "*A lei, a meu ver erroneamente, prevê para a hipótese apenas a reparação indenizatória de perdas e danos e não a ineficácia pura e simples do voto abusivo: o acionista, diz o art. 115, em seu §3º, responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido. Ora, se o voto abusivo é ilegal (porque contrário ao interesse da companhia), não poderia jamais*

⁴⁰² Tal é a conclusão de Fábio Konder COMPARATO (Controle conjunto..., p. 91): "*Seja como for, embora expresso o voto abusivo e computado na deliberação, sua nulidade é irrecusável. Se determinante houver sido esse voto para formação da deliberação social, esta é anulável (art. 115, §4º), independentemente da pretensão condenatória em perdas e danos que possa ser ajuizada.*

⁴⁰³ BOITEUX, O acesso..., p. 72.

*produzir efeitos. Assim não o quis o legislador, porém, contentando-se com a sanção consistente em perdas e danos, salvo unicamente no caso do voto do acionista que tem interesse conflitante com a da companhia. Apenas nessa hipótese a lei torna anulável (e não nula) a deliberação tomada."*⁴⁰⁴

Essa regra brasileira do anonimato não encerra extravagância alguma - ou, pelo menos, não exclusivamente. Moitinho de ALMEIDA anunciou ser idêntica a disposição do direito português, apesar de não explicar claramente o fundamento da opção legal: "*Anteriormente à vigência do Código de Sociedades Comerciais já a jurisprudência e a doutrina consideravam que as deliberações viciadas de abuso do direito, por violadoras da lei, eram passíveis de anulabilidade."*⁴⁰⁵ O suprimento da omissão desses motivos reside na formulação de Giulio LEVI: "*A explicação disso encontra-se no entendimento do legislador, segundo o qual deve-se dar prevalência ao interesse da estabilidade das decisões societárias sobre o interesse do sócio: pretendeu-se que as decisões, tomadas em sede de deliberação, não fiquem condicionadas por um tempo indefinido às ações de nulidade."*⁴⁰⁶ De acordo com essa posição, portanto, a cominação de nulidade exporia as deliberações assembleares

⁴⁰⁴ GUERREIRO, José Alexandre Tavares, O direito das minorias..., p. 108.

⁴⁰⁵ ALMEIDA, ob. cit., p. 103.

⁴⁰⁶ LEVI, ob. cit., p. 78.

ao permanente questionamento, já que aquela pode ser invocada e declarada a qualquer época pela parte prejudicada.

Também são passíveis de sancionamento as condutas abusivas que não originem dano. Tal hipótese não comporta, por óbvio, a solução indenizatória, mas espécie outra de reconstituição da ordem jurídica. A suspensão dos direitos sociais contida no art. 120 emerge do ordenamento do anonimato como a medida mais próxima de tornar inócuo o ato abusivo, paralisando-o ou reduzindo-o a uma *nulidade parcial*.⁴⁰⁷ Em situações extremas, essa última figura teria o objetivo de evitar a dissolução da sociedade: "*Também alguns acórdãos propugnaram que às sanções próprias do abuso de direito, a saber, a invalidade e a nulidade do ato jurídico, deve agregar-se outra sanção que se limita a cercear as conseqüências prejudiciais do ato, na medida em que se pretenda fazer justiça, mas sem abatê-lo totalmente.*"⁴⁰⁸

Modesto CARVALHOSA sustentou que a suspensão dos direitos sociais deve ser interpretada sempre restritivamente, podendo-se admitir sua aplicação apenas quando claramente o acionista deixar de satisfazer uma

⁴⁰⁷ A assertiva se reforça diante do comando legal restituindo o direito ao acionista assim que cumprida a obrigação cuja ofensa originou a suspensão (art. 120, *in fine*).

⁴⁰⁸ DOBSON, ob. cit., p. 30. Confira-se o raciocínio desenvolvido entre as notas de rodapé nº 122 e nº 124.

obrigação legal ou estatutária.⁴⁰⁹ Ou seja, a suspensão atingirá unicamente o direito ou direitos cujo exercício depender do cumprimento prévio da obrigação violada. Haverá, logicamente, obrigações fundamentais cuja transgressão impedirá o desempenho de vários direitos ou grande variedade deles, como são os casos da não integralização do capital subscrito (art. 106) e da mora do acionista (art. 107). O sentido da norma do art. 120 aponta para a coibição do manejo da penalidade como instrumento retaliatório e indiscriminado contra o acionista infrator. A aplicação que parece adequada, portanto, restringe-se àqueles direitos conferidos em contrapartida a um benefício anterior advindo do próprio acionista para a sociedade. O direito de exercício do voto, por exemplo, inclui-se dentre os direitos passíveis de serem suspensos, notadamente por não consistir em direito essencial do acionista.

Existe grande discussão, aliás, acerca de quais seriam as categorias de direitos sujeitas à regra do art. 120. Uma corrente optou por considerar que os direitos essenciais do art. 109 não seriam passíveis de suspensão. Dentre os defensores dessa idéia situa-se Fernando Netto BOITEUX, amparado em lição de Waldemar FERREIRA, para quem a suspensão implica igualmente na *privação* que o art. 109

⁴⁰⁹ Fran MARTINS (ob. cit., p. 135) emendou com acerto: "*Para que o acionista tenha os direitos suspensos pela assembléia, necessário é que se prove que deixou de cumprir obrigação imposta pela lei ou pelo estatuto.*"

ressalvou.⁴¹⁰ Fran MARTINS também negou extensão da norma do art. 120 aos direitos essenciais, porque "*mesmo que seja por um certo período de tempo, o acionista, por decisão da assembléia geral, ficará privado daqueles direitos.*"⁴¹¹ Em sentido contrário, reconhece-se a submissão também dos direitos essenciais ao art. 120, sob a alegação de que a suspensão não estabelece a privação dos direitos, mas mera vedação temporária do direito em vista de uma violação objetiva praticada pelo acionista. Além disso, invoca-se o efeito preventivo da norma, destinada também a desmotivar o abuso de direitos essenciais: negar a suspensão, mesmo judicial, de tais direitos equivaleria a incentivar o abuso, em vista da certeza da impunidade quando não sobreviesse dano.⁴¹²

Em nossa visão, o *caput* do art. 109 se compatibiliza com o art. 120 porque aquele veda a privação de direitos essenciais *por ato de discricionariedade e mera liberalidade* da assembléia ou do estatuto - e não por imposição do razoável sancionamento definido por este. Enfrentada a questão por essa vertente, denota-se o alcance

⁴¹⁰ BOITEUX, O acesso..., p. 72. Mas o autor sustentou: "*No que se refere ao tema deste trabalho, podemos dizer que o direito de voto é daqueles que pode ser suspenso pela assembléia geral.*"

⁴¹¹ MARTINS, ob. cit., p. 135.

⁴¹² Entende-se essa posição como a mais acertada. Nesse sentido, opinaram Carlos Toledo ABREU FILHO [*in* VIDIGAL, Geraldo de Camargo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Comentários à lei das sociedades por ações*. v. 5. São Paulo : Resenha Universitária, 1986, p. 262] e Modesto CARVALHOSA, *Comentários...* v. 4., p. 159.

da norma do art. 120 aos direitos patrimoniais eventualmente descritos como essenciais, valendo também a estes a aplicação de idêntica sanção e pelos argumentos presentes, quando forem exercitados mediante abuso.

No Decreto-lei 2.627/40, que regulava anteriormente a sociedade anônima, o art. 85 previa ainda outra situação autorizadora da suspensão, adicional às duas existentes na atual Lei das S/A: a negativa de executar "*medida de interesse coletivo*". Essa disposição foi suprimida sob o acertado argumento de que se concedia demasiada amplitude aos acionistas majoritários para suspender os direitos dos minoritários, na medida em que o "*interesse coletivo*" determina-se, de regra, a partir do voto do controlador. Em vista da nova redação, Modesto CARVALHOSA compreendeu que agora a suspensão circunscreve-se apenas aos eventos de conflito formal entre o interesse do acionista e o da companhia: "*Nas demais hipóteses de antijuridicidade - abuso de direito e abuso e desvio de poder - a responsabilidade do acionista será apurada judicialmente, não tendo a assembléia prerrogativa para liminarmente suspender direitos dos acionistas [...]*."⁴¹³

O direito italiano também refuta essa possibilidade. Em manifestação modelar, Marco CASSOTTANA

⁴¹³ CARVALHOSA, Comentários... v. 4., p. 158. Não haverá dúvida quanto à competência da assembléia em suspender e até não computar o voto do acionista titular de interesse em conflito formal com o da companhia. Assim propôs também Fábio Konder COMPARATO (Controle conjunto..., p. 91).

abordou evento ainda mais grave, relacionado à proibição de voto por iniciativa da mesa diretora: "*Assim, em sede de aplicação prática, nega-se que o acionista em conflito de interesses [substancial] possa ser impedido de exercitar o direito de voto, sendo tal proibição subordinada à recorrência de um pressuposto que o Presidente da assembléia não pode apreciar a priori.*"⁴¹⁴ Desse modo, a preocupação em restringir a prerrogativa assemblear de negar o exercício do voto ou de suspender mesmo outros direitos através do reconhecimento de conflito material cinge-se à necessidade de evitar um controle objetivo e apriorístico do conteúdo da manifestação.

Na concepção que adotamos, a alteração na lei atual em relação à anterior não eliminou plenamente a suspensão de direitos quando o comportamento do acionista minoritário configurar abuso de direito e, por isso, deixar de contemplar o interesse societário. A supressão da hipótese mencionada teve como efeito impedir a suspensão automática pela assembléia, a não ser pelo conflito formal. Logo, a modificação perpetrada apenas transferiu da assembléia

⁴¹⁴ CASSOTTANA, ob. cit., p. 63. Na página 75, o autor desfiou motivos análogos, direcionados à deliberação de exercitar ação de responsabilidade *ut singuli*: "*O exercício do poder de impedir os acionistas mesmos da votação, por parte do presidente, resulta fortemente limitado pela dificuldade de dispor a priori de seguros indícios objetivos de desencontros acerca da pretextuosidade da deliberação proposta concernente à ação de responsabilidade (tanto mais porque a lei não requer a individuação dos motivos e causas da imputação) e sobre o interesse pessoal em pretenso conflito dos acionistas minoritários.*"

geral para o Poder Judiciário a prerrogativa de suspender direitos do acionista, quando apurada a prática de ato abusivo através do conflito substancial de interesses, inclusive declarando a nulidade do voto. Tal solução converge com o entendimento de Luiz Gastão Paes de Barros LEÃES, que considerou inviável a suspensão prévia de direitos pela assembléia, a menos que se trate de conflito formal; mas os casos de conflito substancial devem ser submetidos à via judicial. O reconhecimento da suspensão pelo Poder Judiciário concentra-se na declaração do autor de que quando houver conflito formal, o voto será nulo; havendo conflito material, será anulável.⁴¹⁵

Como exemplo desse conflito substancial pode-se invocar a reprodução compulsória em ata das críticas objetivas ou subjetivas que o acionista lançar em assembléia. Se contiver eventual inverdade ou excesso que não aflore imediatamente da declaração, "*Não é permitido à mesa impedir que sejam transcritas na ata tais declarações, sob a alegação de que não tem fundamento, quanto ao mérito.*"⁴¹⁶ Mas, ao inverso, a mesa tem o dever de rejeitar

⁴¹⁵ LEÃES, Estudos..., p. 23. Erasmo FRANÇA (ob. cit., p. 100) sustentou, em consonância, que o voto em conflito de interesses pode ser anulado, ainda que não se estabeleça um conflito prévio e formalmente apreciável.

⁴¹⁶ CARVALHOSA, Comentários... v. 4., p. 248.

a inclusão em ata de declarações infamantes, constituidoras de ilícito civil ou penal.⁴¹⁷

⁴¹⁷ Confira-se, nesse sentido, o último parágrafo do item 4.6, Abuso de direitos instrumentais.

6 CONCLUSÕES

- i) A idéia de abuso do direito resulta da conjugação de vários elementos histórico-jurídicos direcionados a limitar a autonomia privada ou pública e consagrar a relatividade do chamado direito subjetivo, proibindo o ato inútil para seu titular e ao mesmo tempo prejudicial a outrem;
- ii) O termo *abuso* não indica *extrapolação do uso*, mas a alteração dos meios e finalidades do direito, quando do seu exercício;
- iii) O abuso recai sobre o exercício do direito, e não propriamente sobre o direito;
- iv) Pelo aspecto subjetivo, o abuso de direito caracteriza-se quando o exercício aparente de direito mostra-se incapaz de realizar o interesse do titular, ao tempo em que nega interesse sensível de outrem;
- v) Pela vertente objetiva, o abuso de direito revela-se pela contraditoriedade entre a prerrogativa individual exercida e o elemento axiológico acolhido pelo direito;
- vi) O comportamento do acionista integra a estrutura do ato abusivo, ao inverso da intencionalidade e do dano;
- vii) A vedação do abuso de direito consiste em princípio geral do direito, eventualmente refletido no

- ordenamento infraconstitucional (e não dele originado);
- viii) O princípio da boa-fé exprime um dever de não abusar, impõe que o exercício do direito não frustrasse razoáveis expectativas de outrem e proíbe o *venire contra factum proprium*;
 - ix) Ao inverso da noção de direitos reflexos, os conceitos de direito subjetivo e de sujeito de direito são inconvincentes para explicar a relação entre o indivíduo e o exercício de direitos;
 - x) O abuso de direito possui autonomia dogmática, não se confundindo com outros institutos jurídicos análogos;
 - xi) O abuso de direito distingue-se do ilícito: este contraria a estrutura (lógico-formal) normativa, aquele amolda-se à mesma estrutura a fim de encobrir um desvio do resultado (axiológico-material) previsto;
 - xii) Quando o abuso de direito acarretar dano, haverá dever de indenizar;
 - xiii) Mesmo que o abuso de direito não cause dano, comportará modalidades adicionais de repressão, como a paralisação do ato;
 - xiv) O princípio majoritário nas deliberações da sociedade anônima não se identifica com a democracia, mas com a plutocracia;

- xv) Quanto ao interesse em obter o poder de controle, os acionistas classificam-se em empresários e capitalistas;
- xvi) Quanto à detenção do poder de controle, os acionistas classificam-se em controladores e não-controladores;
- xvii) O acionista minoritário situa-se na categoria de empresário não-controlador;
- xviii) O acionista minoritário recebe direitos conservadores do patrimônio investido na companhia com o fim de equilibrar seu aparato jurídico em relação aos direitos adquiridos pelo acionista controlador;
- xix) A Lei das S/A institucionaliza o acionista minoritário como órgão da companhia dotado de prerrogativas de fiscalizar a legalidade e a regularidade dos atos do controlador;
- xx) Os direitos dos acionistas classificam-se, notadamente, em instrumentais e patrimoniais: estes são estáticos e finalísticos, aqueles são dinâmicos e intermediários;
- xxi) O abuso de poder do acionista controlador (LSA 117) é figura inconfundível com o abuso de direito societário (LSA 115);
- xxii) A paridade de tratamento entre os grupos de acionistas consolida-se através do equilíbrio relativo e proporcional à participação societária,

- insuficiente para impedir ou subverter a aplicação do princípio majoritário;
- xxiii) O comportamento dos acionistas deve direcionar-se exclusivamente à satisfação do interesse societário, que é o interesse comum dos acionistas, estes na condição jurídico-abstrata de integrantes da sociedade, referente à preservação da empresa e à participação nos lucros e no acervo da companhia;
- xxiv) A comunhão de interesses não significa coincidência ou soma de interesses individuais, mas sim o compartilhamento de interesses *ut socii* identificados em função do objeto social;
- xxv) O interesse societário vincula-se ainda à realização da função social da empresa, como postulado condicionante da atividade econômica privada ao alcance de uma ordem social mais equilibrada;
- xxvi) O acionista minoritário incorrerá em abuso quando seu comportamento violar o equilíbrio relativo entre os acionistas ou desviar-se de satisfazer o interesse societário mais necessário e adequado;
- xxvii) O acionista minoritário abusará de direito quando a invocação dele destinar-se a obstruir o desenvolvimento pelo controlador, em toda a extensão e estando autorizado a tanto, do poder-dever de condução dos negócios sociais ou tender a conseguir benefício maior do que normalmente sua participação acionária permitiria;

- xxviii) Reputando-se a concorrência de interesses societários inconciliáveis, o abuso de direito estará configurado se o interesse disponível prevalecer sobre o indisponível ou, se ambos disponíveis, se um prevalecer mediante a adoção de conduta anormal e surpreendente;
- xxix) Basta a possibilidade do dano para supor a ocorrência do abuso de direito societário, mas haverá ilicitude comum quando o interesse lesado for estranho ao objeto da sociedade, mesmo que isso decorra do exercício de direito social;
- xxx) O art. 115 da Lei das S/A dirige-se a todos os acionistas indistintamente e o rol das circunstâncias abusivas nele contido é exemplificativo;
- xxxi) O voto não consiste em direito essencial do acionista, não exprime ato de vontade livremente exercitada e possui caráter funcional, na medida em que se submete à satisfação do interesse societário;
- xxxii) Haverá abuso de direito de informação quando exercitado através de requerimento sem fundamentação ou versando sobre a situação dos negócios;
- xxxiii) Constata-se o abuso de direito de ação judicial pela ausência de legitimidade formal do acionista para propô-la e seu reconhecimento difere do julgamento de improcedência da ação;

- xxxiv) A previsão da ação individual na Lei das S/A é despicienda, pois não emana do direito societário e sim do direito comum;
- xxxv) O autor da ação abusiva arcará com as despesas judiciais respectivas;
- xxxvi) Mesmo o exercício do direito de retirada *ad nutum* será considerado abusivo caso não se ampare em justa causa;
- xxxvii) A conservação da *qualidade de sócio* consiste em direito essencial do acionista, mas não a manutenção da *posição no quadro social*;
- xxxviii) Admite-se o *quorum* qualificado apenas para as matérias que modifiquem a estrutura jurídica ou patrimonial da companhia;
- xxxix) A instituição e o funcionamento da minoria de bloqueio não importam em abuso de direito;
- xl) O regime de responsabilidade contido na Lei das S/A reprime o abuso de direito do acionista minoritário de acordo com a superveniência ou não de dano;
- xli) A dispensa da culpa e de dano para o reconhecimento do abuso não importa em adoção da responsabilidade objetiva;
- xlii) O prejuízo suportado em face de abuso de direito societário sujeita-se à composição através da apuração de perdas e danos e da indenização correspondente;
- xliii) O voto não prevalecente do minoritário causará dano se a divulgação de sua existência ou conteúdo

alterar negativamente para a companhia as relações jurídicas entre esta e terceiros;

- xliv) o voto abusivo é nulo, mas a deliberação eventualmente adotada com o seu concurso é anulável;
- xlv) A consideração do abuso de direito como princípio geral permite outras modalidades de sancionamento, além de indenização por perdas e danos, tais como a paralisação do ato e a suspensão de direitos (LSA 120);
- xlvi) Tanto o direito de voto quanto os direitos essenciais (LSA 109) sujeitam-se à suspensão, se exercidos mediante abuso;
- xlvii) Será suspenso apenas o direito cujo exercício depender do cumprimento prévio da obrigação violada;
- xlviii) A suspensão do direito de voto emerge do conflito formal e inconciliável de interesses do acionista e da companhia;
- xlix) Veda-se à assembléia geral suspender automaticamente direitos quando o conflito de interesses não esteja previamente configurado;
- 1) A Lei das S/A não elimina a possibilidade de suspensão de direitos por conflito material, apenas submete sua aplicação ao Poder Judiciário.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Do abuso de direito. Coimbra : Almedina, 1983.

ALBINO, Fernando. Direitos essenciais do acionista. Revista de Direito Público. São Paulo, RT, n. 80, out/dez 1986, p. 213-219.

ALMEIDA, L.P. Moitinho de. Anulação e suspensão de deliberações sociais. 2ª ed. rev. Coimbra : Coimbra Ed., 1990.

ALPA, Guido. I principi generali. Milano : Giuffrè, 1993.

_____. L'interpretazione del contratto. Milano : Giuffrè, 1983.

ANDORNO, Luis O. Abuso del derecho. Revista de Direito Civil, São Paulo, n. 19, RT, p. 15-37, jan/mar 1982.

ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, [19--].

AZEVEDO, Antônio Ivanir de. O direito das minorias nos grupos de sociedades. Revista de Direito Civil, São Paulo, n. 55, RT, p. 142-153, jan/mar 1991.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. Comentários à lei das sociedades anônimas. v. 2. Rio de Janeiro : Forense, 1977.

BERDAH, Jean-Pierre. Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions. Bibliothèque de droit commercial, t. 27. Paris : Sirey, 1974.

BERLE JR., Adolf; MEANS, Gardiner C. Società per azioni e proprietà privata. Torino : Einaudi, 1966.

BOER, Erasmo Mendonça de. Sociedade comercial : acionista minoritário e incorporação. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 570, RT, p. 21-26, abr 1983.

BOITEUX, Fernando Netto. O acesso ao voto na sociedade anônima. Revista Forense, São Paulo, n. 303, RT, p. 63-78.

_____. Oferta pública de aquisição de controle de companhia aberta. Revista Forense, São Paulo, n. 301, RT, p. 53-72.

_____. Voto minoritário e *quorum* na assembléia geral da sociedade anônima. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 75, RT, p. 100-103, jul/set 1989.

BONELLI, Franco. La responsabilità degli amministratori di società per azioni. Quaderni di giurisprudenza commerciale, n. 135. Milano : Giuffrè, 1992.

BULGARELLI, Waldirio. A proteção às minorias na sociedade anônima. São Paulo : Pioneira, 1977.

_____. Estudos e pareceres de direito empresarial : o direito das empresas. São Paulo : RT, 1980.

CAEIRO, António. Temas de direito das sociedades. Coimbra : Almedina, 1984.

CARVALHOSA, Modesto. A nova lei das sociedades anônimas : seu modelo econômico. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1976.

_____. Comentários à lei de sociedades anônimas. v. 1. São Paulo : Saraiva, 1997.

_____. _____. v. 4. São Paulo : Saraiva, 1977.

CASSOTTANA, Marco. L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare. Quaderni di giurisprudenza commerciale, n. 120. Milano : Giuffrè, 1991.

CRISTIANO, Romano. A nova estrutura da sociedade anônima. São Paulo : RT, 1977.

COMPARATO, Fábio Konder. A fixação do preço de emissão das ações no aumento de capital da sociedade anônima. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 81, RT, p. 79-86, jan/mar 1991.

_____. Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial In: Direito empresarial : estudos e pareceres. São Paulo : Saraiva, 1990.

_____. Função social da propriedade dos bens de produção. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 63, RT, p. 71-79, jul/set 1986.

_____. O poder de controle na sociedade anônima. Rio de Janeiro : Forense, 1983.

D'AMICO, Giovanni. Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge. Milano : Giuffrè, 1993.

DOBSON, Juan M. El abuso de la personalidad jurídica. Buenos Aires : Depalma, 1985.

EIZIRIK, Nelson. A instrução CVM 31/84 e a regulamentação do "insider trading". Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 55, RT, p. 170-175, jul/set 1984.

_____. Inexistência de impedimento do administrador na ação social "uti singuli". Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 80, RT, p. 32-38, out/dez 1990.

ETCHEVERRY, Raul Anibal. Intereses societarios y extra societarios en la administracion de las sociedades

anonimas. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 55, RT, p. 18-34, jul/set 1994.

FARES, Felix Santiago. La sindicación de acciones. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1963.

FERRI, Giuseppe. Le società. Trattato di diritto civile italiano. v. 10. t. 3. Torino : Torinese, 1971.

FIGUEIREDO, Paulo Roberto Costa. A marca registrada de má-fé e a prescrição da ação de nulidade. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 75, RT, p. 49-78, jul/set 1989.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Conflito de interesses nas assembleias de s.a. São Paulo : Malheiros, 1993.

FRÈ, Giancarlo. Società per azioni. 5ª ed. Bologna : Zanichelli, 1982.

GAGLIARDO, Mariano. Responsabilidad de los directores de sociedades anonimas. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1981.

GALGANO, Francesco. Diritto commerciale : le società. 3ª ed. Bologna : Zanichelli, 1983.

_____. Trattato di diritto civile e commerciale : il negozio giuridico. v. 3. t. 1. Milano : Giuffrè, 1988.

_____. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia : la società per azioni. v. 7. Padova : Cedam, 1984.

GARBER, Carlos A.; SAVRANSKI, Moises J. Participacion de las minorias en el gobierno de las sociedades por acciones. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1974.

GARRIGUES, Joaquín. Problemas atuais das sociedades anônimas. Porto Alegre : Fabris, 1982.

GAYOSO, Anna Luiza; PARAISO, A. Prisco. O direito de retirada na sociedade anônima. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1985.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (Org.). Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues. São Paulo : Saraiva, 1989, p. 291-302.

GREBLER, Eduardo. A responsabilidade do acionista controlador frente ao acionista minoritário na sociedade anônima brasileira. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 694, RT, p. 35-42, ago 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. Código brasileiro de defesa do consumidor : comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Direito de retirada e poder de retratação. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 44, RT, p. 22-27, out/dez 1981.

_____. Direito das minorias na sociedade anônima. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 63, RT, p. 106-111, jul/set 1986.

_____. O conceito de acionista minoritário e o direito das minorias. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 76, RT, p. 259-264, out/dez 1985.

_____. Sociedade anônima : poder e dominação. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 53, RT, p. 72-80, jan/mar 1984.

_____. Sociologia do poder na sociedade anônima. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 77, RT, p. 50-56, jan/mar 1990.

IONESCU, Octavian. La notion de droit subjectif dans le droit privé. 10^a ed. rev. aum. Bruxelles : Bruyland, 1978.

JAEGER, Pier Giusto. Il voto "divergente" nella società per azioni. Quaderni di giurisprudenza commerciale, n. 5. Milano : Giuffrè, 1976.

JOSSERAND, Louis. Del abuso de los derechos y otros ensayos. Bogotá : Temis, 1982.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 4^a ed. Rio de Janeiro : Aidê, 1996.

_____. Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. São Paulo : RT, 1987.

_____. O princípio da moralidade pública e o direito tributário. Revista de Direito Tributário, São Paulo, n. 67, Malheiros, p. 65-79, 1995.

_____. Sujeição passiva tributária. Belém : CEJUP, 1986.

JØRGENSEN, Stig. Abuse of rights according to nordic law. In: ROTONDI, Mario (Coord.). Inchieste di diritto comparato. Padova : Cedam, 1979, p. 195-209.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6^a ed. Coimbra : Arménio Amado, 1984.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. A lei das s.a. v. 1. 2^a ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1995.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Comentários à lei das sociedades anônimas. v. 2. São Paulo : Saraiva, 1980.

_____. Do direito do acionista ao dividendo. São Paulo : Obelisco, 1969.

_____. Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas. São Paulo : RT, 1989.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Anotações sobre o abuso de direito. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 667, RT, p. 44-50, maio 1991.

_____. Responsabilidade civil por abuso de direito. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 661, RT, p. 37-43, nov 1990.

LEVI, Giulio. L'abuso del diritto. Milano : Giuffrè, 1993.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. A sociedade anônima como opção para empresários e investidores. Revista Forense, São Paulo, n. 285, RT, p. 85-91.

_____. O acionista minoritário no direito brasileiro. Rio de Janeiro : Forense, 1994.

LUNA, Everardo da Cunha. Abuso de direito. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1988.

MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e assistência médica no Brasil. Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 64, p. 34-77.

MARTINS, Fran. Comentários à lei das sociedades anônimas. v. 2. t. 1. Rio de Janeiro : Forense, 1984.

MORAES, Mauro Delphim de. A mudança de objeto da companhia e o direito de recesso. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 85, RT, p. 57-71, jan/mar 1992.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Responsabilidade civil : descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial. Curitiba : Juruá, 1996.

NEVES, A. Castanheira. Digesta : escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 1. Coimbra : Coimbra Ed., 1995.

NORONHA GOYOS JR., Durval de. Direitos dos acionistas minoritários na lei de sociedades anônimas. Sociedades por ações : estudo n. 3, São Paulo, Resenha Universitária, 1977, p. 117-130.

OCHMAN, Renato. A lacuna do art. 123 da lei 6.404/76. Revista de Direito Mercantil. São Paulo, n. 72, RT, p. 91-93, out/dez 1988.

ORESTANO, Riccardo. Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche : scienza del diritto e storia. Il Mulino : Bologna, 1978.

PAES, P.R. Tavares. Curso de direito comercial. v. 1. 2ª ed. rev. amp. São Paulo : RT, 1985.

_____. Estudos e pareceres. São Paulo : RT, 1994.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Aumento de capital das sociedades anônimas. São Paulo : Saraiva, 1988.

PESCATORE, Salvatore. Attività e comunione nelle strutture societarie. Milano : Giuffrè, 1974.

PIMENTA, Alberto. Suspensão e anulação de deliberações sociais. Coimbra : Coimbra Ed., 1965.

PITA, Manuel António. A protecção das minorias. In: Novas perspectivas do direito comercial. Coimbra : Almedina, 1988.

PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra : Almedina, 1982.

RAË, Marcellin. La responsabilité civile des administrateurs, fondateurs et actionnaires des sociétés anonymes. Bruxelles : Bruylant, 1968.

REQUIÃO, Rubens. Aspectos modernos de direito comercial : estudos e pareceres. v. 2. São Paulo : Saraiva, 1980.

_____. Curso de direito comercial. v. 2. São Paulo : Saraiva, 1985.

RIBEIRO, Vera de Paula Noel. A minoria nas S/A. Rio de Janeiro : Forense, 1991.

ROCHA, João Luiz Coelho da. A minoria social : relatividade e alcance dos efeitos de seus direitos. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 102, RT, p. 38-45, out/dez 1996.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil : parte geral. v. 1. 17ª ed. rev. at. São Paulo : Saraiva, 1987.

_____. _____ : responsabilidade civil. v. 4. 9ª ed. rev. at. São Paulo : Saraiva, 1985.

RODRIGUEZ-ARIAS, Lino. El abuso del derecho. 2ª ed. rev. amp. Buenos Aires : EJEJA, 1971.

ROMANO, Salvatore. Abuso del diritto. In: Enciclopedia del Diritto. Milano : Giuffrè, 1958. p. 166-170.

ROMANO, Santi. Frammenti di un dizionario giuridico. reimp. Milano : Giuffrè, 1983.

ROSAS, Roberto. As responsabilidades na sociedade anônima. Revista de Direito Civil, São Paulo, n. 16, RT, p. 108-127, abr/jun 1981.

- SÁ, Fernando Augusto Cunha de. Abuso do direito. Lisboa : Ministério das Finanças, 1973.
- SCHMIDT, Dominique. Les droits de la minorité dans la société anonyme. Bibliothèque de droit commercial, t. 21. Paris : Sirey, 1970.
- SEMON, Juan M. Nuevo derecho accionario y de "konzern" de Alemania : ley de 1965. Buenos Aires : Cangallo, 1969.
- SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 17, RT, p. 146-162, jan/mar 1996.
- SILVEIRA, Alípio. A boa-fé no código civil. v. 1. São Paulo : [s.n.], 1972.
- STIGLITZ, Rubén S.; STIGLITZ, Gabriel A. Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor. Buenos Aires : Depalma, 1985.
- SZTAJN, Rachel. O direito de recesso nas sociedades anônimas. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 71, RT, p. 50-54, jul/set 1988.
- VALLADÃO, Haroldo. Condenação do abuso de direito. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 400, RT, p. 11-14, fev 1969.
- VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. v. 1. 7ª ed. rev. at. Coimbra : Almedina, 1991.
- VELASCO, Ángel. El derecho de separación del accionista. Madrid : Reunidas, 1976.
- VIDIGAL, Geraldo de Camargo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Comentários à lei das sociedades por ações. v. 5. São Paulo : Resenha Universitária, 1986.

WALD, Arnaldo. Alguns aspectos da reforma da lei das sociedades anônimas. In: Estudos e pareceres de direito comercial : problemas comerciais e fiscais da empresa contemporânea. São Paulo : RT, 1979.

_____. Considerações sobre a aquisição e alienação de controle societário : o estudo da jurisprudência. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 691, RT, p. 13-25, maio 1993.

_____. Do regime jurídico do usufruto de cotas de sociedade de responsabilidade limitada e de ações de sociedades anônimas. Revista de Direito Mercantil, n. 77, RT, p. 5-14, jan/mar 1990.

_____. Interesses societários e extra-societários na administração das sociedades anônimas : a perspectiva brasileira. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 55, RT, p. 9-17, jul/set 1984.

WARAT, Luis Alberto. Abuso del derecho y lagunas de la ley. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1969.

YASSIM, Assad Amadeu. Considerações sobre o abuso de direito. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 538, RT, p. 16-25, ago 1980.