

UNIVERSIDADE FUMEC – FCH
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

JERÔNIMO VIEIRA DE SOUSA NETO

O ABUSO DO DIREITO E AS OPERAÇÕES DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

BELO HORIZONTE

2016

UNIVERSIDADE FUMEC – FCH
JERÔNIMO VIEIRA DE SOUSA NETO

**O ABUSO DO DIREITO E AS OPERAÇÕES DE
INCORPORAÇÃO DE AÇÕES**

Dissertação de Mestrado em Direito apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade FUMEC, referente à linha de pesquisa “Regulação e Autonomia Privada”, da área de concentração “Instituições Sociais, Direito e Democracia”, sob a orientação do professor Dr. Sérgio Mendes Botrel Coutinho.

BELO HORIZONTE

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S725a Sousa Neto, Jerônimo Vieira de, 1991-
 O abuso do direito e as operações de incorporação de
ações / Jerônimo Vieira de Sousa Neto. – Belo Horizonte,
2016.
 90 f. ; 29,7 cm

 Orientador: Sérgio Mendes Botrel Coutinho
 Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da
Saúde, Belo Horizonte, 2016.

 1. Sociedades comerciais - Brasil. 2. Incorporação de
ações - Brasil. 3. Direito empresarial - Brasil. I. Título. II.
Botrel, Sérgio. III. Universidade FUMEC, Faculdade de
Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 347.72



NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Sérgio Mendes Botrel Coutinho _____

Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich _____

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães _____

MESTRANDO: JERÔNIMO VIEIRA DE SOUSA NETO

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

“O Abuso do Direito e as Operações de Incorporação de Ações”

NOTA: (35) *trinta e cinco* _____

ASSINATURA ORIENTADORA: _____

DATA DA DEFESA: 17/08/2016

Ao meu pai, Luciano, que mesmo fazendo companhia às estrelas há pouco mais de um ano sempre será o motivo que me faz seguir em frente.

RESUMO

O instituto da incorporação de ações vem sendo utilizado no cotidiano empresarial há algum tempo, propiciando a concentração empresarial, de modo a viabilizar a reorganização societária de empresas e a preservar aquelas que atravessam dificuldades financeiras. Com a incorporação de ações busca-se sinergias relevantes entre diferentes companhias, de modo a lhes possibilitar uma maior competitividade no mercado. Ocorre que nos últimos tempos, algumas operações societárias envolvendo incorporação de ações têm resultado na alteração do controle societário ou no cancelamento de registro de determinadas companhias que, até então, negociavam ações no mercado de valores mobiliários. Diante disso, acionistas minoritários têm buscado dar às operações de incorporação de ações e de sociedades o mesmo tratamento dado à alienação de controle e ao cancelamento de registro de companhia aberta. Para que se possa promover a alienação de controle ou cancelamento de registro (fechamento branco de capital) de companhia aberta, a lei e as resoluções da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) exige que seja feita oferta pública de aquisição de ações (OPA) aos acionistas minoritários das sociedades envolvidas. Desta feita, os acionistas minoritários passaram a exigir a realização de oferta pública de aquisição de ações nos casos em que a incorporação de ações de sociedades resulte em alienação de controle ou cancelamento de registro de companhia aberta. No entanto, a lei não exige a realização de OPA nas operações de incorporação de ações e sociedades. Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é abordar, sob o prisma do abuso do direito, as incorporações de ações que resultam em cancelamento de registro ou transferência de controle de companhia aberta. Sob o viés do abuso do direito, mesmo que determinado negócio jurídico cumpra expressamente o que prescreve a lei – sob o ponto de vista formal –, pode vir ele a ser considerado abusivo caso o exercício de determinado direito subjetivo exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes, ou o fim econômico ou social da norma.

Palavras-Chave: Sociedade Anônima. Incorporação de Ações. Abuso do Direito. Abuso do Poder de Controle. Voto Abusivo. Cancelamento de Registro de Companhia Aberta. Fechamento Branco de Capital. Alienação de Controle.

ABSTRACT

The merger of shares has been used in the business daily for some time, and has been providing business concentration and allowing corporate reorganization, especially in the preservation of those that are in financial difficulties. The merger of shares intends to seek relevant synergies between different companies, to enable them to become more competitive in the market. It happens that, in recent times, some corporate transactions involving merger of shares has resulted in a change of the corporate control or in a cancellation of the Company registration, which, until then, used to trade shares on the securities markets. Thus, the minority shareholders are treating the merger of shares transactions in the same way that the transfer of control and cancellation of publicly-held companies. In order to promote the transfer of control or cancellation of registration (white capital closing) of a public-held company, the law and the resolutions of the Brazilian Securities and Exchange Commission (CVM) requires a public offering of shares (OPA) to minority shareholders of the companies involved. Therefore, the minority shareholders began to demand a public offering of shares in cases where the incorporation of companies shares results in transfer of control or cancellation of the public-held company registration. In the other hand, the Brazilian law does not require the public offering of shares in the merger of shares and corporate operations. Nevertheless, the objective of this work is to present, from the perspective of the abuse of rights, the merger of shares that result in cancellation of registration or public-held company transfer of control. In relation to abuse of rights, even though certain legal transaction expressly comply with the law – from a formal point of view –, it can be considered abusive if the exercise of certain subjective right clearly exceed the bounds of good faith or the good customs, or economic or social purpose of the law.

Keyword: Corporate. Public-held Company. Merger of shares. Abuse of Rights. Abuse of the power of control. Abusive vote. White Capital Closing. Transfer of control.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART.	Artigo
CVM	Comissão De Valores Mobiliários
INC.	Inciso
LSA	Lei Das Sociedades Anônimas (Lei N° 6.404/76)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 ABUSO DO DIREITO.....	11
2.1 Noções históricas e evolução.....	11
2.2 Abuso do Direito no Código Civil de 2002.....	16
2.3 Conceito.....	16
2.4 Natureza jurídica.....	19
2.5 O abuso do direito como cláusula geral.....	23
2.6 Teorias subjetivista, objetivista e finalista do abuso do direito.....	27
2.7 Pressupostos.....	30
2.7.1 Fim econômico ou social.....	32
2.7.2 Boa-fé ou bons costumes.....	35
3 ABUSO DO PODER DE CONTROLE.....	37
3.1 O controle e suas formas.....	37
3.2 Acionista controlador.....	40
3.2.1 Definição legal e conceito.....	40
3.3 Acionista controlador x acionista majoritário.....	41
3.4 Abuso do poder de controle.....	42
4 ABUSO DO DIREITO DE VOTO.....	46
5 INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.....	51
5.1 Motivadores das operações de incorporação de ações.....	51
5.2 Previsão legal e noções gerais.....	53
5.3 Diferenças entre incorporação de ações e incorporação de sociedades.....	56
5.4 Procedimento e quórum de aprovação da operação.....	58
5.5 Avaliação das ações e relação de troca.....	61
5.6 Incorporação de ações envolvendo sociedade controlada e sua controladora.....	63

5.7 Avaliação das ações e relação de troca nas operações envolvendo controlada e controladora	64
5.8 Pareceres de Orientação nº 34 e nº 35 da CVM.....	68
6 ABUSO DO DIREITO NAS OPERAÇÕES DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS	82
REFERÊNCIAS	84

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos algumas operações societárias envolvendo a incorporação de ações geraram grandes polêmicas no universo jurídico e no mercado acionário brasileiro. Em algumas situações discutiu-se que a incorporação de ações estava sendo utilizada para promover o cancelamento de registro de determinadas companhias, bem como para alterar o controle societário de outras.

Em tais operações societárias muito se discutiu acerca da validade das deliberações por meio das quais aprovou-se a incorporação de ações.

Não obstante, até o momento poucas foram as discussões envolvendo a aplicação do instituto do abuso do direito nas operações de incorporação de ações.

Para que seja possível fazer uma abordagem do instituto do abuso do direito nas operações de incorporação de ações, em um primeiro momento serão abordadas as noções históricas do instituto, destacando seu surgimento como teoria autônoma e científica na segunda metade do século XIX, no contexto de uma sociedade liberal, passando por sua aplicação na vigência do Código Civil de 1916, até chegar à sua previsão expressa no artigo 187 do Código Civil de 2002

Nessa esteira, serão tecidos comentários acerca do conceito e dos pressupostos necessários para a aplicação da teoria do abuso do direito, bem como sobre os efeitos práticos decorrentes do reconhecimento desse instituto no caso concreto, destacando que o abuso do direito revela a contrariedade da conduta do agente ao elemento axiológico da norma, não obstante o comportamento do agente preencher a morfologia do direito subjetivo que se pretenda exercer. Deve o intérprete, portanto, afastar o positivismo clássico e valer-se de uma exegese axiológica.

Feitas tais considerações, adentrar-se-á ao segundo grande ponto desse trabalho, onde serão abordadas as principais nuances que orbitam o instituto da incorporação de ações, previsto no artigo 252 da Lei nº 6.404/76, diferenciando-o do instituto da incorporação de sociedades, previsto no artigo 227 da mesma lei.

Para que a incorporação de ações seja efetivada, a assembleia geral das duas companhias deve aprovar a operação.

Com a aprovação da operação é outorgado aos acionistas de ambas as companhias optar por uma entre as duas opções: receber ações emitidas pela companhia incorporadora através da relação de troca de ações ou retirarem-se da companhia, mediante o pagamento do reembolso por suas ações.

Também serão tecidos comentários sobre os critérios de avaliação a serem adotados para o cálculo do patrimônio das companhias envolvidas. Critérios estes que servirão de base para o cálculo da relação de troca de ações, bem como para o pagamento do reembolso, no caso do exercício do direito de retirada aos acionistas dissidentes.

Passo seguinte, o presente estudo abordará as regras específicas aplicáveis às incorporações de ações envolvendo companhia controlada e sua controladora, especialmente no tocante aos critérios de avaliação a serem observados, vez que, nestes casos, um único núcleo de controle deliberará sobre a aprovação da operação.

Adiante, os esforços serão direcionados para o estudo do abuso do poder de controle – espécie do gênero abuso do direito –, onde a finalidade legítima da norma é desviada com o único objetivo de gerar vantagens indevidas ao controlador e/ou de prejudicar a companhia ou os demais acionistas.

Após o estudo genérico da teoria do abuso do direito e do instituto da incorporação de ações, o foco do presente trabalho será analisar os efeitos do reconhecimento do abuso do direito, consubstanciado no abuso do poder de controle e no voto abusivo, nas incorporações de ações.

Para desenvolver a hipótese desse trabalho – que é demonstrar os efeitos potenciais do reconhecimento do abuso do direito nas incorporações de ações –, a presente dissertação, que se desenvolveu por meio de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, se apoia na teoria do abuso do direito desenvolvida por Louis Joserrand¹ no século XX e aprimorada modernamente por diversos autores pátrios, dentre eles Inácio de Carvalho Neto² e César Fiuza³.

¹ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Revista Forense, nº 86, jun. 1942.

² CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do Direito*. 4. ed. Curitiba: Juruá; 2006.

³ FIUZA, César. *Direito Civil Curso Completo*. Belo Horizonte: Revista dos tribunais, 2015.

2 ABUSO DO DIREITO

2.1 Noções históricas e evolução

Enquanto Coutinho de Abreu contesta a origem romana do instituto⁴, Alvino Lima (1999, p. 207) aduz que a estruturação da teoria do abuso do direito no Direito Romano é contraditória.

Fato é que no Direito Romano o brocardo *neminem laedit qui iure suo utitur*⁵ predominava. Cláudio Antônio Soares Levada (1991, p. 44) elucida que referido brocardo foi em várias passagens invocado para garantir a impunidade de pessoas que cometiam os mais grosseiros abusos, sob o pretexto de que por mais que algo fosse abusivo, não poderia ser punido, ao passo que praticado dentro dos limites impostos pela lei.

Não obstante, muito embora os Romanos não tenham cuidado de formular princípios tratando do abuso do direito em alguns trechos da história do Direito Romano, percebe-se a utilização do referido instituto. Nesse sentido, Inacio Carvalho Neto (2006, p. 26), invocando os ensinamentos de Lino Rodriguez Bustamente, destaca que:

É pelo que podemos afirmar que se os romanos não conheceram em sua terminologia jurídica o conceito ‘abuso do direito’, não é menos certo também, pelo acabado de expor, que é o pretor quem introduz esta teoria ordenando ao juiz decida em certo casos ‘quidquid dare facere oportet ex fide bona’ (que coisa há que dar ou fazer de boa-fé), ou melhor, ‘ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatio-ne’ (para que entre bons se atue bem e sem engano), tendo em conta a moralidade, os usos do comércio, as circunstâncias particulares do caso. Por isso, quando Ulpiano pronuncia a fórmula: ‘juris praecepta haec sunt honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere’ (os preceitos do Direito são estes: viver honestamente, não prejudicar a ninguém e dar a cada um o que é seu), não faz mais que acolher os ensinamentos do direito que ele já conhecia⁶.

⁴ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Op. cit.* p. 13

⁵ Tradução livre: a ninguém prejudica aquele que usa de seu direito.

⁶ No original: “Es por lo que podemos afirmar que si los romanos no conocieron en su terminología jurídica el concepto ‘abuso del derecho’, no es menos cierto también, por lo acabado de exponer, que es el pretor quien introduce esta teoría ordenando al juez decida em ciertos casos ‘quidquid dare facere oportet ex fide bona’ (qué cosa hay que dar o hacer de buena fe), o bien, ‘ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatio-ne’ (para que entre Buenos se actúe bien y sin engano), teniendo en cuenta la moralidad, los usos del comercio, las circunstancias particulares del caso. Por eso, cuando Ulpiano pronuncia la fórmula: ‘juris praecepta haec sunt honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere’ (los preceptos del Derecho son estos: vivir honestamente, no perjudicar a nadie y dar a cada cual lo suyo), no hace más que recoger las enseñanzas del Derecho que él ya conocía”

Em relação à supracitada contradição aduzida por Alvin Lima, Keila Pacheco Ferreira (2007, p. 16) ressalta por um lado:

Os textos romanos afirmavam o individualismo desenfreado no exercício dos direitos. Alguns aforismos do Digesto, de Gaio, serviram como amparo para a prática de abusos que ocasionavam danos injustos a terceiros, ao justificar a impunidade sob o pretexto de se estar exercitando um direito reconhecido por lei.

De outro lado, expõe que:

Em sentido contrário, a análise de algumas máximas dos juristas permite identificar, ainda que de forma assistemática, as noções de relatividade dos direitos, e do seu exercício social, tais como a conhecida fórmula de Ulpiano, *juris praecepta haec sunt honest vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*⁷, e Paulo, *non omne quod licet honestum*⁸.

Por mais que existisse tal contradição, conforme destacado acima, Keila Pacheco Ferreira elucida que:

[...] percebe-se que o instituto encontrou amparo na elaboração pretoriana, haja vista que os pretores romanos, não estando rigorosamente vinculados à obediência estrita da lei, poderiam, diante do caso concreto, perceber a necessidade de repressão a abusos, amoldando os direitos subjetivos às necessidades da vida real pela invocação do princípio da equidade.

Assim, e tendo em vista que no Direito Romano os precedentes eram fontes do Direito, as repressões ao abuso do direito davam-se por meio de soluções casuísticas, ao passo que os romanos eram contrários à criação de teorias. Nessa linha, Caio Mário da Silva Pereira (1997, p. 1) destaca que “[...] não chegou o Direito Romano a construir uma teoria da responsabilidade civil, como, aliás, nunca se deteve na elaboração teórica de nenhum instituo”.

Neste ponto, vale destacar também a doutrina medieval dos atos da emulação, ou, a doutrina da *aemulatio*, considerada precedente imediata do abuso do direito.

⁷ Tradução livre: os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não prejudicar a ninguém e dar a cada um o que é seu.

⁸ Tradução livre: nem todo ato lícito é honesto.

Tal doutrina consiste no exercício de um direito com o fim exclusivo de causar prejuízos a terceiros.

Com a frequente prática dos atos de emulação, tornou-se necessária a limitação do exercício dos direitos subjetivos no âmbito dos limites estabelecidos por sua própria finalidade social e econômica. Diante disso, passou-se a relativizar o direito subjetivo, deixando de lado seu caráter absoluto para se falar numa função social dos direitos.

O direito medieval sofreu grande influência dos princípios éticos do cristianismo. Em virtude dessa influência, Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2001, p. 674) destaca que:

A reprovação do exercício de um direito que intencionalmente prejudicava a outrem decorria do senso comum da sociedade medieval, não se podendo afirmar, em virtude disso, que o abuso do direito, nesta fase, desenvolveu-se enquanto concepção teórico-científica, mas tão-só empiricamente.

Passados vários anos, muito embora a teoria do abuso do direito não tenha sido inserida expressamente no código napoleônico de 1804, ela somente veio a ganhar força e a surgir como doutrina autônoma e científica na segunda metade do século XIX, no contexto de uma sociedade liberal⁹.

À época, o enfoque era resguardar a liberdade individual, criando-se direitos subjetivos de alcances absolutos e ilimitados, mantendo as prerrogativas individuais o mais distante possível de qualquer ingerência do Estado.

O Estado Liberal, entretanto, não atendia aos interesses do proletariado, classe popular mais densa. Por isso, o povo passou a exigir prestações positivas do Estado, pois o liberalismo exacerbado gerava abusos.

Diante desse cenário, os tribunais franceses exerceram um importante papel na tentativa de conciliar, de um lado, o respeito à liberdade individual e aos direitos subjetivos e, de outro, o intuito de atenuar os excessos cometidos pelos indivíduos no exercício dos seus direitos, com a determinação da reparação dos danos causados.

⁹ Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/31284-34889-1-PB.pdf>. Acesso em 11/07/2016

Nessa linha, mesmo na ausência de previsão legal, surgem no seio das cortes francesas as primeiras notas do abuso do direito, e, diante de tal surgimento, os direitos individuais absolutos começam a ganhar certa atenuação.

A respeito da jurisprudência francesa daquele período, Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2001, p. 671) destaca os seguintes julgados:

Assim, em 1808, condenou-se o proprietário duma oficina que, no fabrico dos chapéus, provocava evaporações desagradáveis para a vizinhança. Doze anos volvidos, era condenado o construtor de um forno que, por carência de precauções, prejudicava um vizinho. Em 1853, numa decisão universalmente conhecida, condenou-se o proprietário que construía uma falsa chaminé, para vedar o dia a uma janela do vizinho, com o qual andava desavindo.

Plínio Lacerda Martins complementa, destacando que:

O *leading case* da Teoria do Abuso de Direito se deu em 1912, quando o Tribunal de Apelação de Amiens, em acórdão de 2 de novembro de 1912, deparou com um caso em que o proprietário de um imóvel, no exercício dos direitos inerentes à propriedade, levanta duas construções de madeira, em cima das quais coloca quatro lanças de ferro, com propósito de impedir ou dificultar a subida de balões dirigíveis da propriedade vizinha, de Clement-Bayard. Com isso, tinha a finalidade de que Clement-Bayard adquirisse a sua propriedade por um bom preço. No caso, embora considerando que tinha o direito de propriedade, entendeu o Tribunal de Apelação de Amiens que tal direito subjetivo não é absoluto, e que não havia interesse legítimo que o autorizasse a utilizar sua propriedade com o único propósito especulativo ou de prejudicar o seu vizinho.

Em que pese a teoria do abuso do direito ter ganhado força nos tribunais franceses, o abuso do direito adquire efetiva relevância em face da teoria finalista de Louis Jossierand, que em 1905 escreveu a obra *De l'abus des droits* e em 1927 aperfeiçoou sua teoria ao escrever a obra *De l'esprit des droits et de leur relativité*.

Keila Pacheco Ferreira (2007, p. 23-24), analisando a teoria finalista de Louis Jossierand destaca o seguinte:

Analisando as sentenças dos tribunais franceses, Jossierand procura desvendar a gama de critérios utilizados para o reconhecimento do abuso do direito, distinguindo quatro dominantes: *intencional*, cujo titular do direito possuía a intenção de prejudicar, bem como os seus sucedâneos dolo e fraude; *técnico*, manifestado no exercício incorreto de um direito, pela prática de faltas em sua execução; *econômico*, que ocorre no exercício de um direito para a satisfação de interesses ilegítimos, e *social, funcional ou finalista*.¹⁰ Destes critérios, adverte

¹⁰ JOSSERAND. *De l'esprit des droits et de leur relativité*, p. 340-383.

que somente com o critério finalista chega-se à ‘verdade integral’ da teoria do abuso do direito, sendo os outros critérios apenas ‘uma parte da verdade’.

Pelo critério finalista de Josserand, os direitos subjetivos não são sociais somente em virtude de sua gênese, mas também pelo fim a que se destinam, pela sua finalidade. Nesta concepção, os indivíduos teriam que exercer o seu direito subjetivo ao serviço de um motivo legítimo ao seu espírito e à sua missão, qualquer que seja ela, econômica ou moral, egoísta ou desinteressada, caso contrário, configurado estaria o abuso.

Os direitos subjetivos configuram-se, nesta concepção, em direitos-função. Neste sentido, tanto os direitos de espírito altruísta, aqueles concedidos ao titular não para a realização de interesses próprios, mas para a concretização de interesses alheios, e até mesmo os direitos de espírito egoísta, aqueles utilizados para satisfação de interesses próprios de seu titular, com exclusão de interesses alheios, devem permanecer no plano da função a que correspondem, sob pena de ocorrer um desvio e caracterizarem-se como antifuncionais ou contrários ao espírito do direito, ou, em outras palavras, estar-se-ia praticando um abuso do direito.

Esta tese de Josserand teve o mérito de romper com a exclusividade dos critérios subjetivistas do ato abusivo, para alcançar um critério objetivo, considerando que o abuso não se verifica apenas quando há a intenção de causar dano, mas também quando ocorre o desvio de finalidade de um direito subjetivo.

A partir de então, começa a ganhar força a teoria do abuso do direito, que, em síntese, visa corrigir as distorções causadas por aquele que, no exercício de um direito subjetivo ou de uma faculdade, extrapola os limites estabelecidos pela finalidade social do direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

No Brasil, Inácio de Carvalho Neto (2006, p. 31) destaca que “no nosso direito anterior ao Código de 1916 não se tem notícia de qualquer dispositivo legal que apontasse para a teoria do abuso do direito nos moldes como conhecemos hoje.

De fato, o Código Civil de 1916 não tratou expressamente da teoria do abuso do direito, como o fizeram, por exemplo, o artigo 281¹¹ Código Civil Grego, de 1940, e o artigo 334¹² do Código Civil de Portugal.

Não obstante, o artigo 160, I¹³ do Código Beviláqua continha um dispositivo que previa não serem ilícitos os atos praticados no exercício regular de um direito.

Interpretando a *contrario sensu* tal artigo, os juristas da época concluíam: é ilícito o exercício irregular de um direito. Ora, se o Código reconhecia o exercício regular era porque havia o exercício irregular.

¹¹ “O exercício de um direito é proibido se excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé ou pelo fim social ou econômico do mesmo direito”.

¹² “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”.

¹³ Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

De toda maneira, como ocorreu na França na segunda metade do século XIX, a jurisprudência brasileira também já conhecia e aplicava a teoria do abuso do direito quando da vigência do Código Civil de 1916.

Apesar de ter sido reconhecida e aplicada pelos tribunais pátrios, a teoria do abuso do direito somente foi posta em forma de lei quase um século depois, quando da entrada em vigência do Código Civil de 2002, onde foi prevista expressamente pelo artigo 187, que tem a seguinte redação: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Feitas as devidas considerações acerca da história e da evolução da teoria do abuso do direito, adiante adentrar-se-á em um estudo da referida teoria no Brasil após a sua previsão expressa pelo artigo 187 do Código Civil de 2002.

2.2 Abuso do Direito no Código Civil de 2002

Como já dito anteriormente, desde 11 de janeiro de 2003, data da entrada em vigor do Código Civil de 2002, dúvidas não pairam a respeito da adoção da Teoria do Abuso do Direito no ordenamento jurídico pátrio, prevista expressamente pelo artigo 187 que aduz que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes”.

Adiante, passa-se ao estudo do conceito, natureza jurídica, pressupostos, dentre outros aspectos relacionados ao instituto do abuso do direito.

2.3 Conceito

Conforme bem destacado por Sílvio de Salvo Venosa (2014, p. 576), a “cada dia mais se torna difícil manter o homem no âmbito de seus próprios direitos. Tendo em vista a pressão social, o exercício de um direito, ainda que dentro de seu próprio limite, pode causar dano a outrem”.

Muitas vezes, por mais que certa pessoa exerça algum direito obedecendo ao que prevê expressamente a lei, tal exercício pode vir a exceder os limites impostos pelo fim social ou econômico de tal direito, bem como exceder os limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes, hipótese em que estará configurado o abuso do direito.

É por isso, que desde o início da aplicação do instituto do abuso do direito pelos tribunais franceses, ficou estabelecido que nenhum direito pode ser levado às últimas consequências. Nada mais nada menos que a aplicação do velho brocardo *non omne quod licet honestum* (nem tudo que é lícito é honesto).

Venosa (2014, p. 576) bem elucida que:

No vocábulo *abuso* encontramos sempre a noção de excesso; o aproveitamento de uma situação contra pessoa ou coisa, de maneira geral. Juridicamente, abuso de direito pode ser entendido como o fato de se usar um poder, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, além do que razoavelmente o Direito e a sociedade permitam.

Corroborando com tal entendimento, Farias, Rosenvald e Braga Neto (2014, p. 233) elucidam que “a introdução do abuso do direito permite vislumbrar uma via intermediária entre o permitido e o proibido”.

Pontes de Miranda (1974, p. 67-68) preleciona que:

Para a maioria dos homens, os direitos aparecem como o que eles podem fazer, cobrar, exigir. Têm das situações jurídicas em que se acham, ou em que se acha alguém, impressões de projeção do eu. O mundo é organizado de tal forma que esses direitos, bilhões de direito numa só cidade – a propriedade dos prédios, dos móveis, das joias, as notas promissórias, as ações, o ordenado, a entrada de teatros e cinemas – se lançam, se cruzam, sem que nunca se choquem ou se firam [...]. Mas o mundo jurídico não é assim. Nunca foi. Os direitos topam uns nos outros. Cruzam-se. Molestam-se. Têm crises de lutas e de hostilidades. Exercendo o meu direito, posso lesar a outro, ainda se não saio do meu direito, isto é, da linha imaginária que é o meu direito.

Farias, Rosenvald e Braga Neto (2014, p. 234) ainda destacam que:

No momento atual, direciona-se a investigação do abuso do direito para o campo interno e estrutural do direito subjetivo, identificando a sua essência no confronto entre o exercício formal do direito e seu fundamento valorativo. Ou seja, aparentemente o comportamento do sujeito atende ao direito, mas no ato concreto de seu exercício surge violação de ordem material, posto descumprido o sentido axiológico da norma. A finalidade social do direito penetra em sua própria estrutura, a ponto de justificar o seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico.

Venosa (2014, p. 577) enfatiza que “no abuso de direito, pois, sob a máscara de ato legítimo esconde-se uma ilegalidade. Trata-se de ato jurídico aparentemente lícito, mas que, levado a efeito sem a devida regularidade, ocasiona resultado tido como ilícito”.

Na mesma linha, César Fiuza (2015, p. 355) elucida que “o abuso do direito ocorre, quando uma pessoa, ao exercer direito legítimo, excede os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Nelson Rosenvald (2005, p. 184), ensina que:

No abuso do direito alguém aparentemente atua no exercício de um direito subjetivo. O agente não desrespeita a estrutura normativa, mas ofende a sua valoração. Conduz-se de forma contrária aos fundamentos materiais da norma, por negligenciar o elemento ético que preside a sua adequação ao ordenamento. Em outras palavras, no abuso do direito não há desafio à legalidade estrita de uma regra, porém à sua própria legitimidade, posto vulnerado o princípio que a fundamenta e lhe concede sustentação sistemática.

Assim, resta evidente que o exercício de um direito não pode afastar-se da finalidade para a qual esse direito foi criado e, portanto, o titular de um direito subjetivo que atua excedendo manifestamente os limites da boa-fé, dos bons costumes ou do fim econômico ou social desse direito, incorre em abuso do direito e poderá ser responsabilizado por isso.

Além da devida responsabilização, o ato abusivo pode ser desfeito¹⁴. Nesse sentido, César Fiuza (2014, p. 342):

Ao contrário do ato ilícito em sentido estrito, que admite várias consequências, o ato abusivo apresenta, sempre que possível, duas sanções: o desfazimento do que tenha sido feito, no exercício do abuso do direito, além da indenização, da tutela inibitória e da improponibilidade da ação. Essas sanções são também

¹⁴ Quando do estudo do voto abusivo (vide tópico 4), do abuso do poder de controle (vide tópico 3.4) e do abuso do direito nas incorporações de ações no último tópico do presente trabalho serão tecidos maiores comentários acerca do desfazimento do ato abusivo.

classificadas como sanções direta (a primeira) e indiretas (as demais) do ato abusivo.

Feitas tais considerações acerca do conceito do abuso do direito, dá-se início ao estudo da natureza jurídica desse instituto.

2.4 Natureza jurídica

Keila Pacheco Ferreira (2007, p. 30) elucida que “tanto o ato ilícito como o ato abusivo são capazes de gerar responsabilidade, devendo o seu agente responder por indenização na medida em que advierem consequências danosas do ato realizado” e, continua salientando que:

Entretanto, esta similitude de efeitos – responsabilidade pelos danos -, por vezes, poderia levar à equivocada conclusão de que se trata de figuras idênticas, o que deve ser rechaçado. Isto porque, a obrigação de indenizar, tal qual acontece com relação ao ato ilícito, somente terá cabimento ao abuso do direito se deste sobrevier um dano, que *pode ser* consequência do ato abusivo, mas não a sua essência.

Referida autora (2007, p.30) completa seu raciocínio destacando que:

Nem sempre, portanto, a indenização pecuniária será a mais adequada ao ato abusivo, pois a sua sanção é variável conforme as circunstâncias específicas do comportamento concretamente assumido pelo titular do direito, sendo possível a aplicação de outras formas de sanções diretas.

Além da especificidade da sanção, o abuso do direito difere-se do ato ilícito em função da particular construção científica de incidência de um e outro instituto jurídico são diversos. O abuso do direito evidencia-se quando alguém, embora atue em consonância formal e aparente com determinada norma, contraria aos valores que norteiam o exercício do direito que lhe é conferido. O ato ilícito, por outro lado, origina-se quando um indivíduo transgredir objetivamente os próprios limites traçados pela lei.

Heloisa Carpena (2003, p. 382) faz duras críticas à concepção do abuso do direito como espécie de ato ilícito, qualificando a concepção do legislador como “absolutamente anacrônica, por obscurecer os contornos da matéria e caminhar no sentido

da responsabilidade subjetiva, sendo a culpa elemento quase indissociável do conceito de ilicitude”.

Carpena continua destacando que:

O que diferencia as duas espécies de atos é a natureza da violação a que eles se referem. No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta. No abuso, o sujeito aparentemente age no exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. Diz-se, portanto, que no primeiro, há inobservância de limites lógico-formais e, no segundo, axiológico-materiais. Em ambos, o agente encontra no plano da antijuridicidade: no ilícito, esta resulta da violação da forma, no abuso, do sentido valorativo. Em síntese, o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, mas com o ato ilícito não se confunde, tratando-se de categoria autônoma da antijuridicidade.

César Fiuza (2015, p. 355) invocando os ensinamentos de Felipe Peixoto Braga Netto¹⁵ aduz que “na verdade é mesmo ato ilícito, não ato intrinsecamente ilícito, como o homicídio, ou um avanço de sinal de trânsito, mas ato ilícito funcional”.

Fiuza completa seu posicionamento destacando que:

As consequências do abuso do direito, enquanto ilícito funcional, podem ser as mais diversas, variando da simples indenização ao desfazimento do mal feito, dentre outras.

[...]

É óbvio que no ato intrinsecamente ilícito, o agente pratica um ato contrário ao Direito, que, nem na aparência, se pode confundir com o exercício legítimo de um direito subjetivo. Se matar alguém, se bater o carro, não estarei exercendo nenhum direito fora dos limites; estarei agindo contra o Direito, pura e simplesmente. Se tanto no abuso do direito, que é ato ilícito funcional, quanto no ato intrinsecamente ilícito, o agente pratica um ato antijurídico, no abuso do direito, há o exercício legítimo de um direito subjetivo, que ultrapassa certos limites, enquanto no ato intrinsecamente ilícito, tal não se dá. Em outras palavras, o ato intrinsecamente ilícito nada tem de exercício legítimo de direito, por não preencher a estrutura normativa.

Keila Pacheco Ferreira (2006, p. 34-36) ainda destaca as posições de quatro nobres juristas acerca do tema:

Carlos Fernández Sessarego¹⁶ faz uma distinção entre o ‘ato ilícito genérico’, que se enquadra na responsabilidade civil, e o ‘ilícito *sui generis*’, que constitui abuso

¹⁵ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Teoria dos ilícitos civis. P. 118.

¹⁶ SESSAREGO. Abuso de derecho, p. 155-161.

do direito. Para o mesmo, o ilícito *sui generis* é uma transgressão de um dever jurídico genérico estabelecido por um princípio geral de direito. Mas, na origem do abuso do direito, encontra-se sempre um ato lícito, um direito subjetivo definido. Esta particularidade, a atuação de um direito (ato lícito) que se transforma em ilícito no momento em que se transgride o dever genérico de não lesionar um interesse alheio, é que o distingue, por não se apresentar como uma condição *sine qua non* em nenhum outro ato ilícito.

[...]

Para Virgilio Giorgianni¹⁷, a abusividade caracteriza-se sob outras vestes. No seu entendimento, o ato ilícito comporta uma essencial desconformidade com a obrigação específica normativamente estabelecida; o ato abusivo, de outro lado, apresenta-se conforme a obrigação específica, e, sob este ponto de vista, é um ato *lícito*. Porém, se a este ato advém como *efeito* um dano normativamente qualificado como ‘injusto’, ou a lesão de um interesse juridicamente protegido, é porque este ato resulta normativamente desconforme sob o aspecto valorativo. Com efeito, se a desconformidade do ato qualificado como ‘ilícito’ é ao mesmo tempo lógica e valorativa, por sua vez, a desconformidade do ato qualificado com ‘abusivo’ [e unicamente valorativa, mas não lógica, pois a desconformidade lógica comporta necessariamente a valorativa, mas a desconformidade valorativa não comporta necessariamente a lógica. Essa característica faz com que o ato qualificado como exercício abusivo do direito não possa ser qualificado nem como ato lícito, nem como ato ilícito.

[...] Concluindo, aduz que o exercício abusivo do direito se configura como uma qualificação jurídica intermediária entre o comportamento lícito e o comportamento ilícito.

Antônio Castanheira Neves também defende uma concepção autônoma do abuso do direito perante o ato ilícito, ao distinguir a ilicitude forma ou ilegalidade e a ilicitude material, que constitui o abuso do direito. Este se caracteriza como ‘um comportamento que tenha a aparência de licitude jurídica – por não contrariar a estrutura formal-definidora (legal ou conceitualmente) de um direito, à qual mesmo externamente corresponde – e, no entanto, viole ou não cumpra, no seu sentido concretomaterialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício (...) trata-se de um comportamento que exhibe a forma, a aparência de um direito que na verdade não existe – que não pode ser validamente invocado no caso concreto ou nos termos concretos daquele comportamento’. O abuso do direito é, portanto, a negação do limite material e imane dos direitos, expressivo na intenção normativa que conforme o seu conteúdo.

Fernando Augusto Cunha de Sá¹⁸, na mesma linha de considerações, adverte que o comportamento do titular de certo direito subjetivo pode ser reconduzido esquematicamente a uma das três hipóteses: 1ª) conformar-se com a estrutura do direito subjetivo exercido, quer com a sua forma, que com o seu valor subjetivo, caso em que estaremos no domínio da licitude; 2ª) o comportamento do titular é contrário à estrutura jurídico-formal do direito subjetivo, caso em que a atuação do sujeito não é desde logo tida como admissível, não se podendo, assim, dizer que se trata do exercício de um direito, pois não há sequer a aparência do mesmo; 3ª) a atuação do sujeito preenche a forma do direito subjetivo, mas, ao mesmo tempo, rebela-se contra o valor normativo que serve como fundamento jurídico deste mesmo direito subjetivo, hipótese em que igualmente não se pode falar em exercício de um direito, posto que, em face de seu fundamento, o comportamento revela-se ilegítimo.

¹⁷ GIORGIANNI. *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, p. 184-186.

¹⁸ SÁ, *Abuso de direito*, p. 465-467

Vale destacar ainda o que lecionam Farias, Rosendal e Braga Netto (2014, p. 235) invocando os ensinamentos de Atienza e Manero¹⁹:

Os ilícitos típicos são comportamentos contrários a regras, enquanto os ilícitos atípicos são condutas que ferem princípios. Nos ilícitos típicos há um comando explícito em uma regra, proibindo ou obrigando alguém a um ato comissivo ou omissivo. O agente ofende diretamente o comando. Nos ilícitos atípicos, este sentido é invertido: *prima facie* há uma regra que permite um comportamento, mas o ato se converte em ilícito pelo fato desta regra contrariar princípios. Segundo os autores é o que ocorre com o abuso do direito, a fraude à lei e o desvio de poderes, hipóteses em que um ou mais princípios modificam o *status* deontológico de um comportamento, em razão da ofensa à justificação substantiva da regra.

Ainda sobre o tema, Farias, Rosendal e Braga Netto (2014, p. 235), em interessante passagem que, em certa medida, modula os efeitos do clássico brocardo do direito privado de “tudo o que não é proibido é permitido”, sustentam o seguinte:

Para quê serve o direito? Nestes tempos pós-positivistas ele não pode ser cindido da ética (ou da moral). Não mais se permite cogitar de uma conduta imoral e ilícita, simplesmente por ser legal. Atualmente, nem tudo aquilo que não é proibido é permitido, pois no perímetro que separa o permitido do proibido, posta-se o abusivo. A conduta caracterizada como abusiva é tão ilícita quanto àquela que é proibida formalmente pelo direito. O direito é um sistema composto por regras e princípios: a violação formal a regras é o ilícito subjetivo do artigo 186 do Código Civil; a violação material a princípios é o ilícito objetivo do artigo 187 do Código Civil. Os princípios são deontológicos (não são valores) e assim como as regras, funcionam a partir do código lícito-ilícito²⁰.

Depreende-se com clareza das posições acima descritas que tanto no ato ilícito, quanto no abuso do direito, a antijuridicidade estará presente. O que os difere é o âmbito de violação da norma. Enquanto no ato ilícito haverá uma violação direta ao texto legal ou a um direito subjetivo de terceiro, no abuso de direito deve falar-se em violação axiológica

¹⁹ ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Ruiz. *Illeciti Atipici*, p. 8.

²⁰ Está é a observação de Lenio Streck: “Os princípios são deontológicos. Logo, funcionam a partir do código lícito-ilícito. Não são valores, repito. Com isso, podemos responder a pergunta “para que serve o Direito?”. O Direito lida com condutas. E lida com condutas possíveis, como já dizia Kelsen, com a possibilidade permanente do seu descumprimento, ou seja, o ilícito faz parte do Direito, é uma construção jurídica, é o pressuposto da sanção. Assim, se o Direito não reprime/sanciona (porque as inquina de ilícitas) esse tipo de conduta, é porque ele fracassou. Aí, de fato, não serve para nada. O jurista não pode ficar com os pés no século XIX, em que se fazia a separação entre Direito e a moral. Pois é graças à Constituição que o Direito não deve servir (mais) apenas para justificar condutas imorais. Graças a ela, os juristas não mais precisam dizer frases infames e apedênticas como “o que a autoridade tal fez foi muito ‘feio’, muito feio mesmo..., mas não feriu o Direito...! A partir da Constituição, posso dizer: a ‘feiura’ de sua conduta, em alguma medida, já diz respeito aos princípios...! In <www.conjur.com.br>

do direito, ou seja, violação da função econômica ou social, da boa-fé ou dos bons costumes.

Em sentido oposto²¹, existem doutrinas que repudiam a distinção entre abuso do direito e ato ilícito, dentre elas aquela de Pontes de Miranda²², segundo o qual “o abuso do direito é ato ilícito, porque exercício irregular”. Na mesma esteira, J. M Carvalho Santos, destacando que “o abuso do direito não pode ser estudado senão como figurando dentro da teoria geral do ato ilícito”²³. Adotando o mesmo posicionamento, Everardo da Cunha Luna (1988, p. 120) aduz que “indiscutivelmente, o abuso de direito é, perante o cód. Civil, um ato ilícito”.

Não obstante, as doutrinas que repudiam a distinção entre ato ilícito e abuso do direito parecem terem sido superadas – especialmente pela longa data das obras supracitadas -, vez que, conforme delineado acima, verifica-se com clareza que atualmente o abuso do direito não deve ser confundido com ato ilícito, em que pesem seus efeitos serem parecidos.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o abuso do direito não deve ser considerado ato ilícito puro e simples, mas ato ilícito “*sui generis*”, autônomo, atípico ou funcional, que nada mais é do que o exercício de um direito subjetivo que ultrapassa certos limites, sejam os impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes ou, os impostos pelo fim econômico ou social de determinado direito.

Assim, compreendidas as discussões sobre a natureza jurídica do abuso do direito, passa-se agora a tecer explicações a respeito do abuso do direito como “cláusula geral”.

2.5 O abuso do direito como cláusula geral

²¹ Quando fala-se em sentido oposto, deve-se destacar que tais obras foram escritas por tais doutrinadores sob a égide do Código Civil de 1916.

²² Tratado de Direito Privado, vol. II, São Paulo, RT, 1977, p. 311.

²³ Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. III Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 4.ed. p. 338.

O ordenamento jurídico está sempre um passo atrás das evoluções sociais, e, por isso, torna-se deficiente para reger as relações sociais que surgem no dia a dia.

Quando da elaboração das leis, é facultado ao legislador valer-se de diferentes modelos de linguagem, uns mais concretos e outros mais abstratos, o que reflete diretamente no grau de vinculação do juiz às disposições legais postas.

Sobre o tema, Fabrício Castagna Lunardi ²⁴ bem elucida que:

De fato, os modelos linguísticos abstratos são capazes de atingir uma maior quantidade de casos, porém com menor intensidade vinculativa ao intérprete, exigindo maior esforço exegético para sua aplicação.

Os modelos linguísticos concretos, ao revés, por serem casuístas, permitem a sua aplicação a menor quantidade de fatos, mas têm mais força vinculativa ao intérprete. Para sua aplicação, não é necessário grande esforço hermenêutico, já que o seu grau de concretude permite fácil subsunção do fato à norma.²⁴ De outro lado, caso o hermeneuta pretenda afastar a incidência de uma norma que adote este modelo, não terá de lançar mais fundamentos do que se estivesse diante de uma norma calcada em maior abstração.

E completa seu raciocínio destacando que:

As normas que compreendem em seu texto cláusulas gerais possuem, insofismavelmente, maior grau de abstração, aplicando-se a um maior número de casos. Assim, propiciam ao juiz mais liberdade para criar a norma do caso concreto. Não se pense, com isso, que o juiz não tem limites para a interpretação da lei, os quais são traçados pelos critérios interpretativos, geralmente ditados pela doutrina: interpretação gramatical, histórica, sistemática, teleológica, interpretação conforme a Constituição. Tais regras de hermenêutica determinam uma maior vinculação do juiz à lei.

No ordenamento jurídico pátrio, com a constitucionalização do direito civil, efetivada pela Constituição da República de 1988, ficou bem clara a ideia de que o intérprete deve observar os direitos e garantias fundamentais quando da aplicação da norma ao caso concreto.

E, quando se fala em norma, se está falando em norma no seu sentido mais amplo, sendo esta considerada gênero, do qual são espécies as regras e os princípios.

Nesse sentido, Alexy (2008, p. 90) esclarece que “espécies de norma são princípios e regras. Estas são normas com a mesma estrutura deôntica que devem ser

²⁴ Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/31284-34889-1-PB.pdf>> Acesso em: 04 maio 2016

cumpridas. Princípios, por sua vez, são normas a serem cumpridas na maior medida possível dentro de possibilidades jurídicas e reais existentes”.

Passados quase quinze anos da promulgação da Constituição da República de 1988, entrou em vigência o Código Civil de 2002, tendo como noções básicas a eticidade, a socialidade e a operabilidade, noções estas postas por Miguel Reale.

Raquel Bellini de Oliveira Salles (2011, p. 28) destaca que “a cláusula geral é uma formulação de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”.

Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto (2014, p. 242) bem prelecionam que:

O abuso do direito só ocupa posição de relevo em ordenamentos jurídicos que reconheçam a prevalência axiológica dos princípios constitucionais e superam a visão míope dos direitos como construções fracionadas e atomizadas. Apenas sistemas abertos terão a capacidade de captar os valores imantados em princípios e enviá-los diretamente às normas privadas, garantindo a supremacia da Lei Maior e a necessária unidade e coerência com os demais sistemas.

Gustavo Tepedino (2001, p. 9) destaca que:

O legislador vale-se de cláusulas gerais, abdicando da técnica regulamentar que, na égide da codificação, define os tipos jurídicos e os efeitos deles decorrentes. Cabe ao intérprete depreender das cláusulas gerais os comandos incidentes sobre inúmeras situações futuras, algumas delas sequer alvitadas pelo legislador, mas que se sujeitam ao tratamento legislativo pretendido por se inserirem em certas situações-padrões: a tipificação taxativa dá lugar a cláusulas gerais, abrangentes e abertas.

Keila Pacheco Ferreira (2007, p. 129-130) elucida que:

A partir do momento em que ao juiz é dada a possibilidade de completar o significado da cláusula, esta se mantém incessantemente atualizada, pois os valores, usos e padrões de conduta aplicados para o seu preenchimento deverão estar objetivamente vigentes no sistema social em que se opera.

[...]

Portanto, esta nova técnica normativa traz modificações profundas na aplicação do direito, exatamente porque confere ao magistrado uma maior interferência na solução dos conflitos, mantendo, contudo, o comprometimento deste com aspectos de valoração buscados no meio social, como a dignidade da pessoa humana, socialidade, eticidade, entre outros, abrindo uma maior possibilidade de alcance da justiça social, aspecto este absolutamente inovador na codificação civil brasileira.

Essa abertura do sistema jurídico propiciará o seu contínuo aperfeiçoamento, através do trabalho hermenêutico dos aplicadores do direito que, aptos a reconhecer a modificabilidade dos seus valores fundamentais, poderão adaptar o ordenamento à dinâmica social. Dessa forma, através da utilização de cláusulas gerais, é possível alcançar uma mobilidade no sistema jurídico, seja sob a perspectiva externa, ou seja, ‘a que abre o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a adequação valorativa’ seja sob a interna, “a que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras posições anteriores ao sistema”.

A par de tudo o que foi dito até agora, depreende-se com clareza que o abuso do direito é considerado cláusula geral no ordenamento jurídico pátrio, vez que, conforme delineado nos capítulos anteriores, o abuso do direito revela a contrariedade da conduta ao elemento axiológico da norma, não obstante o comportamento do agente preencha a morfologia do direito subjetivo que se pretenda exercer.

No momento de aplicar o abuso do direito no caso concreto, o intérprete deve afastar o positivismo clássico e valer-se de uma exegese axiológica.

Em que pese o ordenamento jurídico pátrio ter adotado, em algumas passagens, como no caso do abuso do direito, a técnica das cláusulas gerais, fato é que ao intérprete não é dada total discricionariedade para aplicar o direito ao caso concreto, sob pena de desvirtuamento do instituto.

Nesse sentido, Raquel Bellini (2011, p. 31) aduz que:

A nova lei não pode ser compreendida com abstração dos paradigmas que têm marcado a obra filosófica e dogmática de Miguel Reale, coordenador do respectivo projeto. Nesse particular, há que se destacar o culturalismo que permeia o pensamento do autor, segundo o qual a cultura, entendida como o resultado da experiência humana, é base para a edificação de qualquer ciência, inclusive a ciência jurídica.

É no culturalismo, com significativo caráter normativista, que se baseia a teoria tridimensional do direito, pois, para Reale, não existe separação absoluta entre fatos, valores e normas, na medida em que estas correspondem a atos de decisão e de escolha entre os valores da experiência, para determinar como deve ser o comportamento humano.

Concluída a ideia de que o abuso do direito, além de princípio jurídico, insere-se na categoria de cláusula geral do Código Civil de 2002, passa-se ao estudo das teorias subjetiva, objetiva e finalista do abuso do direito.

2.6 Teorias subjetivista, objetivista e finalista do abuso do direito

Os defensores da teoria subjetivista argumentam que somente haverá abuso do direito quando o titular de um direito exercê-lo com a manifesta intenção de causar dano a *outrem*.

Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2014, p. 244) destacam que “nos primeiros tempos da teoria do abuso de direito, os juristas, habituados a idolatrar a culpa, encaravam com perplexidade alguém ser responsabilizado sem culpa – seja na teoria do risco, seja na teoria do abuso de direito”.

Sobre o tema, há muitos anos, ao escrever a obra “Abuso de Direito”, Everardo da Cunha Luna (1988, p. 84) prelecionou que “para muitos juristas, o abuso de direito fundamenta-se na intenção de prejudicar. No exercício de seus direitos, gozam os indivíduos de plena liberdade, contanto que não se movam na exclusiva intenção de prejudicar outrem”.

Keila Pacheco Ferreira (2007, p. 32) preleciona que:

Segundo a concepção subjetivista, para que se configure a ilicitude, além da presença do elemento antijuridicidade, ou seja, comportamento do agente contrário à ordem jurídica, exige-se, ainda, a imputação do ato antijurídico ao seu agente, a título de dolo ou culpa. Partidário deste caráter unitário do ato ilícito, Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge defende que “o acto ilícito é incindível, não pode conceber-se como o comportamento objectivamente contrário à norma, acrescido do elemento voluntário; este é essencial e conatural ao próprio comportamento”²⁵.

César Fiuza (2015, p. 357) destaca que “o Código Civil Alemão, BGB, adotou a teoria subjetivista em seu §226, nos seguintes termos: ‘§226. (Proibição à chicana) Não é permitido o exercício de um direito que não tenha outro fim senão causar dano a outrem’²⁶”.

Paulo Nader (1992, p. 423), no intuito de exemplificar a adoção da teoria subjetivista na Alemanha, cita o seguinte caso lá ocorrido:

²⁵ JORGE. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. P. 70.

²⁶ No original: “(Schikaneverbot) Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, eimen anderen Schaden zuzufügen”.

O proprietário de uma fazenda, sob a alegação de que sempre que se encontrava com o seu filho ocorria altercação, impediu-lhe que penetrasse em suas terras, a fim de visitar o túmulo de sua mãe, que lá se achava enterrada. Apesar de não encontrar amparo na legislação, o filho recorreu à Justiça e obteve ganho de causa, sendo-lhe garantido o direito de visitar as terras nos dias de festa. Tal decisão, proferida em 1909, foi o grande marco para a plena caracterização do abuso do direito, no ordenamento jurídico alemão.

Já para a teoria objetivista, a configuração de dolo ou culpa, na ação ou omissão do agente, é totalmente prescindível, vez que, para a configuração do abuso do direito, a intenção do agente não é levada em conta.

Everardo da Cunha Luna (1988, p. 89-90) destaca que:

[...] Para que se caracterize o ato abusivo, nenhuma eficácia tem a culpa do autor. [...] Não há que se investigar o elemento subjetivo do ato, porque não é dado ao juiz penetrar o recôndito da alma humana. Não importa o dolo, nem a culpa, mas o fato material. O indivíduo, no exercício de direito seu, causou prejuízo a outrem? Se pela afirmativa, culpado ou inculpação, abuso do direito, pelo que está, civilmente, obrigado a reparar o dano causado.

Keila Pacheco (2007, p. 32) argumenta que:

Para a concepção objetivista, a ilicitude prescinde da perquirição de elementos subjetivos, distinguindo-a da noção de culpa, sendo suficiente para a sua configuração a desconformidade formal da conduta com o comportamento definido na norma como obrigatório, ou seja, a infração direta e imediata de um preceito jurídico.

Pedro Baptista Martins (1997, p. 123-124), no intuito de esclarecer a distinção entre as teorias subjetivista e objetivista, destaca que:

A teoria subjetivista inverte os princípios em que se funda o método científico de interpretação: ao invés de partir do ato exterior para qualificar a intenção e a vontade do agente, parte da intenção e da vontade para a qualificação do ato exterior. O ato, ordinariamente, é a extrinsecação da vontade. Ato e vontade constituem, por conseguinte, um só e mesmo fato suscetível de duas interpretações diversas. O método subjetivo, partindo da investigação da vontade para qualificar o exterior, impossibilita a prova do abuso, transformando-o num conceito puramente psicológico. O método objetivo, ao contrário, faz decorrer a intenção do próprio ato danoso, das próprias circunstâncias em que foi praticada, isto é, de elementos materiais, de dados concretos, suscetíveis de uma demonstração imediata.

Por fim, passa-se ao estudo da teoria finalista, que prevalece atualmente no ordenamento jurídico pátrio.

Sobre tal teoria, Cézar Fiúza (2015, p. 358) aduz que:

O critério finalista tem em Josserrand seu mais ilustre defensor. Para o consagrado mestre francês, existe o abuso de direito, quando o ato seja exercido de acordo com o direito da pessoa e contrariamente às regras sociais. Assim, o direito subjetivo não passaria de direito-função, tendo uma finalidade a cumprir e dela não podendo desviar-se, sob pena de se configurar o abuso de direito.

A teoria finalista estampa bem o próprio conceito do abuso do direito, bem delineado nos tópicos anteriores, segundo o qual a conduta do agente, além de observar os preceitos frios da lei, não deve se afastar do fim axiológico pretendido pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, por mais que a conduta do agente obedeça ao manto da legalidade estrita, estar-se-á configurado o abuso do direito se tal conduta exceder manifestamente o fim econômico ou social da norma, a boa-fé ou os bons costumes.

Segundo Fiuza (2015, p. 359), “o art. 187 do CC, que consagra o abuso de direito, é de clara inspiração finalista. Para que se configure o abuso basta exceder os limites impostos pelo fim econômico ou social do direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Fiuza (2015, p. 359) ainda completa seu raciocínio destacando que:

O legislador parte da ideia de que todo direito, ou melhor, toda norma jurídica, tenha um fim, seja ele econômico ou social. Se a conduta, formalmente correta, excede esse fim, será ela abusiva. Assim, o fim social dos limites de velocidade no trânsito é traçar um critério de conduta razoável, dentro de um mínimo e de um máximo, para se preservar a segurança e a boa fluência do tráfego. Ora, aquele que dirige em velocidade mínima, estorvando o trânsito, está a toda evidência, desviando-se da função social da norma e, portanto, praticando abuso de direito.

Cristiano Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2014, p. 245) sustentam que:

Em nossa ordem jurídica, dada a feição objetiva do art. 187, o intuito de prejudicar não é necessário. A culpa ou o dolo são requisitos para a incidência do art. 186, não para a incidência do art. 187. Não importa a razão jurídica de atuar. Fundamentalmente, o que é vedado é o agir desarrazoado, desviado de toda consideração social. O direito moderno repudia a utilização de uma faculdade jurídica em dissonância com sua função social. Não basta, em termos estruturais,

ter direito; é fundamental que seu exercício se dê em limites socialmente adequados.

A fim de acabar com quaisquer dúvidas acerca da adoção da teoria objetiva-finalista no direito brasileiro atual, foi aprovado pelo Conselho de Justiça Federal o Enunciado nº 37, com a seguinte redação: “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Feitos os esclarecimentos atinentes às teorias subjetivista, objetivista e finalista do abuso do direito, passa-se, no ponto seguinte, ao estudo dos pressupostos para a caracterização do abuso do direito.

2.7 Pressupostos

Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2014, p. 246) salientam que “o abuso do direito é constatado no instante de violação do elemento axiológico da norma. Instala-se a contrariedade entre o comportamento comissivo ou omissivo do indivíduo e o fundamento valorativo-material do preceito”.

O artigo 187 do Código Civil de 2002 está assim redigido: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Noutras palavras, conforme já destacado nos tópicos anteriores, o abuso do direito ocorre quando o titular de determinado direito, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites da boa-fé, dos bons costumes ou o fim econômico ou social desse direito.

No entanto, enganam-se os que julgam ser de fácil constatação o abuso do direito no caso concreto, especialmente pela abrangência semântica das expressões contidas no supracitado artigo.

Logo de cara, deve-se tomar certa cautela com a expressão “exercê-lo”, prevista no art. 187 citado acima. Isso porque, em uma leitura desatenta, o intérprete pode ser induzido a acreditar que condutas omissivas não podem ser consideradas abusivas. Todavia,

dúvidas não restam de que o abuso do direito pode ser configurado tanto a partir de condutas comissivas, como a partir de condutas omissivas.

Assim, caso o titular de determinado direito aja omissivamente, excedendo o fim econômico ou social daquele direito, ou excedendo os limites da boa-fé ou dos bons costumes estará incorrendo em abuso de direito.²⁷

Também insta tecer comentários a respeito do advérbio “manifestamente”, inserido no artigo 187.

Neste ponto, Carlos Maximiliano (1965, p. 262) já aduzia que é princípio basilar de hermenêutica jurídica aquele segundo o qual a lei não contém palavras inúteis: *verba cum effectu sunt accipienda*. Ou seja, as palavras devem ser compreendidas como tendo alguma eficácia. Não se presumem, na lei, palavras inúteis.

O dicionário Priberam define o advérbio manifestamente²⁸ como: “de modo manifesto”. Referido dicionário, por sua vez, define a palavra manifesto²⁹ como: “Patente, público, notório, evidente, claro”.

Nelson Nery Júnior (2012, p. 461), ao comentar o artigo 187 do Código Civil ressalta que “para que se caracterize como ato ilícito objetivo, o abuso tem de ser manifesto, isto é, aquele que ocorre quando o direito é exercido em termos clamorosamente ofensivos à justiça”.

Nesse contexto, dúvidas não restam de que ao inserir a qualificadora “manifestamente” no artigo 187, o legislador quis deixar claro que somente aberrações, que de fato excedam os fins da norma merecem ser punidas.

Assim, sob pena de rechaçar a segurança jurídica que tanto se busca, deve-se adotar os posicionamentos supracitados, no sentido de que nem todo ato que exceda os limites impostos pelo fim econômico ou social, ou exceda os limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes, deve ser considerado abusivo.

Dito isso, passa-se ao estudo dos pressupostos necessários para a caracterização do abuso do direito.

²⁷ BRAGA NETO, Felipe Peixoto. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; Curso de Direito Civil. 3ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 237.

²⁸ "manifestamente", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <<http://www.priberam.pt/dlpo/manifestamente>> Acesso em: 10 maio 2016.

²⁹ "manifesto", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <<http://www.priberam.pt/dlpo/manifesto>> Acesso em: 10 maio 2016.

2.7.1 Fim econômico ou social

Desde 1942 o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) prevê que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Nos dizeres de Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2014, p. 247) “o fim econômico ou social é algo indissociável da lei, seja qual for. Não é possível ler a norma jurídica de modo descontextualizado, fazendo pouco caso das circunstâncias que envolvem sua aplicação, especialmente em um país de absurdas desigualdades como o Brasil”.

Fabrizio Castagna Lunardi³⁰ elucida que:

A todo direito corresponde um fundamento ideológico, vale dizer, uma razão para existir. Aferi-lo sobre o prisma da finalidade econômica e social, portanto, implica sair do direito positivo, da dogmática jurídica, e buscar elementos na filosofia do direito.

Com efeito, a dogmática jurídica leva em consideração o direito a partir de uma norma posta, de um axioma, não questionando a ideologia que está por trás do instituto.

Analisar a finalidade econômica e social de um direito, assim, é buscar aquilo que antecede ao próprio direito, vale dizer, o que motivou a sua criação.

No entanto, a definição de fim econômico ou social não é assim tão simples.

Para aferir se há ou não abuso do direito por excesso aos limites impostos pelo fim econômico ou social, é necessário fazer uma interpretação teleológica, no intuito de desvendar-se qual a razão de existir do direito exercido abusivamente.

Nesse sentido, Keila Pacheco Ferreira (2007, p. 181) elucida que:

A finalidade social a ser atingida pelo direito é variável no tempo e na sociedade em que se insere. É ao aplicador da lei, por meio de uma interpretação teleológica, que caberá a tarefa de averiguar se a norma aplicada atende ao fim social, buscando a compreensão desta na realidade concreta.

³⁰Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/31284-34889-1-PB.pdf>> Acesso em: 04 maio 2016.

Desta feita, a fim de facilitar o entendimento do tema, nada melhor que trabalhar com exemplos hipotéticos do que com conceituações propriamente ditas.

Exemplificando, Fabrício Castagna Lunardi destaca:

Por exemplo, o direito de propriedade sobre determinado bem existe para satisfazer as necessidades humanas, sendo esta a sua finalidade econômica e social. Logo, se o seu titular utiliza o direito de propriedade com fins apenas espúrios, sem que tenha proveito, estará abusando do seu direito de propriedade. Assim, quando o proprietário, no exercício dos atributos da propriedade, desrespeita a política de defesa do meio ambiente, também age em abuso de direito, porque desrespeita a finalidade social do direito à propriedade. Nesta hipótese, poder-se-ia questionar se não teria aplicação o princípio da função social da propriedade ao invés da Teoria do Abuso de Direito. Observa-se, entretanto, que, no caso, os institutos não se repelem, senão complementam-se.

O direito à greve é um direito social fundamental dos trabalhadores, utilizado como instrumento de pressão para que reivindiquem direitos trabalhistas. No entanto, se alguns grevistas não deixarem os funcionários não-grevistas entrar no estabelecimento da empresa para trabalhar, haverá abuso do direito de greve, por se estar desvirtuando a sua finalidade social.

No tocante às pessoas jurídicas, o art. 50 do Código Civil acolhe a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica (Disregard of Legal Entity), dispondo que haverá abuso da personalidade jurídica caso haja desvio da finalidade ou confusão patrimonial. Nesse caso, o abuso de direito resta caracterizado em razão da violação da finalidade econômica do direito (de constituir uma pessoa jurídica diferente da pessoa dos sócios), que é, na empresa, a produção e circulação de bens e serviços. Como sanção ao abuso de direito (abuso da personalidade jurídica), há a responsabilização pessoal dos sócios.

Dentro do direito contratual, também se encontram vários casos de desvio da finalidade econômica e social. O contrato tem a finalidade econômica de fazer circular riquezas, pois é um negócio jurídico bilateral que tem por escopo criar, transmitir, extinguir ou modificar direitos. Logo, se determinada pessoa utiliza o contrato, por exemplo, como instrumento de opressão à contraparte, exigindo desta outras prestações espúrias sob pena de executar o contrato, estará abusando do direito de ter o contrato cumprido, o direito de adimplemento, caracterizando, assim, abuso do direito de contratar.

Tratando de exemplos sobre o tema, Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2014, p. 247) destacam:

Haverá, portanto, abuso de direito sempre que a utilização de uma faculdade jurídica colidir com os fins econômicos ou sociais para os quais foi instituída. Imaginemos, em exemplo singelo, a hipótese de alguém que deseja comprar a propriedade – um pequeno sítio, digamos – do vizinho. Este, porém, recusa-se a vender. Para força-lo a realizar a venda, o proprietário atea fogo, reiteradamente, em seus pastos, sabendo que a esposa do vizinho é asmática e não suportará a situação por muito tempo.

Ainda que tal queimada esteja de acordo com os regulamentos ambientais, e autorizada pelos respectivos órgãos executivos, haverá abuso de direito, já que o fim da autorização foi desvirtuado, impondo ônus desproporcional ao vizinho, com o fim de constrangê-lo a vender suas terras.

Podemos pensar, no campo das relações contratuais, noutra hipótese, aliás, bastante comum. Digamos que o contrato de locação de imóvel faculta ao locador verificar, periodicamente (a cada seis meses, por exemplo), a situação do imóvel. Não diz, no entanto, a hora que tal verificação se fará. O locador, valendo-se dessa faculdade contratualmente assegurada, comparece, a cada seis meses, na residência do locatário de madrugada, alegando que fará, naquele instante, a verificação do estado do imóvel.

Óbvio que tal faculdade, abusivamente exercida, não é tolerada pela ordem jurídica, sendo exemplo típico de abuso de direito. Poderá o locatário, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, exigir que o locador se abstenha de persistir em tal prática, requerendo a cominação de multa judicial em caso de descumprimento.

Diante do exposto, chega-se à conclusão que no caso concreto, primeiramente deve-se buscar o real sentido de ser de determinado direito, a par de uma interpretação teleológica. Se determinado direito possuir mais de um sentido de ser, todos devem ser respeitados, sob pena de abuso do direito.

Feito isso, deve-se verificar se no caso concreto o titular de um determinado direito obedeceu à finalidade econômica ou social da norma.

Se ao final desse exercício de interpretação e análise do caso concreto for constatado pelo intérprete que as finalidades estampadas em determinado direito não estão sendo cumpridas, estar-se-á diante do abuso do direito.

Assim, pode-se dizer que, ao aplicador do direito, o legislador impôs o desafio de harmonizar a autonomia privada e a solidariedade social, somente merecendo tutela a atividade econômica privada que atenda aos fins de determinado direito. Dessa forma, o exercício de determinado direito que desrespeite referidos fins, ainda que observe o que formalmente estabelece a lei, deve ser considerado abusivo, ensejando a correspondente responsabilização ou a anulação do ato, conforme se mostrará demonstrado ao longo do presente trabalho, especialmente nos tópicos onde serão estudados o abuso do poder de controle, o voto abusivo e aplicação do abuso do direito às incorporações de ações.

Feitas tais considerações, passe-se adiante à aplicação do abuso do direito nas hipóteses em que o titular de um direito subjetivo o exerce excedendo manifestamente a boa-fé ou os bons costumes.

2.7.2 *Boa-fé ou bons costumes*

Quando se fala em boa-fé, deve-se levar em conta o princípio da boa-fé objetiva e não a boa-fé subjetiva.

A boa-fé subjetiva, também denominada de boa-fé regra, psicológica e anímica, refere-se aos aspectos internos do ser humano, um estado de ignorância ou compreensão equivocada acerca das características da situação jurídica posta.

No entanto, a boa-fé que aqui se estuda é a boa-fé objetiva, que é a grande marca da diretriz teórica do Código Civil de 2002, que consagra a intenção do legislador constituinte de criar uma sociedade solidária.

Em se falando de boa-fé objetiva, o Código Civil pátrio a destaca em três passagens claras. O artigo 113 prescreve que “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. O artigo 187, já citado diversas vezes no presente trabalho, dispõe que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. E, por fim, o artigo 422 dispõe com clareza que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Como acontece com o abuso do direito, a boa-fé objetiva também é considerada cláusula geral no direito pátrio, que, conforme destacado acima, consubstancia-se em disposições normativas que utilizam, no seu enunciado, uma linguagem aberta, caracterizada pela extensão do seu campo semântico.

A boa-fé objetiva, que também se insere na categoria de princípio jurídico, possui três funções primordiais, cujo estudo é imprescindível para o perfeito entendimento de quando o abuso do direito por violação à boa-fé será configurado.

A primeira função é a interpretativa, estampada no art. 113 citado acima, que prevê que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé.

Em sua função interpretativa, quando o juiz entender que a interpretação de determinado negócio jurídico não será bem conduzida apenas a partir da análise das

declarações emitidas, as expectativas e a confiança que uma parte deposita no comportamento da outra devem ser levados em conta para que se possa alcançar uma interpretação que retrate a real intenção, porém com a preservação dos interesses em jogo.

A segunda função, prevista no art. 422 supracitado, é a função integrativa, supletiva ou criadora.

Nos dias atuais, as obrigações são complexas, ou seja, além dos deveres principais oriundos da manifestação de vontade das partes (dar, fazer ou não fazer), as partes deverão cumprir, por força de lei, os chamados deveres anexos ou laterais.

Vale aqui destacar os deveres anexos que decorrem do princípio da boa-fé objetiva, quais sejam: o dever anexo da cooperação/colaboração/lealdade; o dever anexo da segurança/proteção/cuidado; e o dever anexo da informação/esclarecimento/transparência/aviso.

No tocante aos deveres anexos da cooperação, colaboração e lealdade, as partes devem colaborar para a conservação dos fins do contrato, buscando sempre o atendimento do interesse demonstrado pela outra parte. Em outras palavras, quando do exercício de determinado direito subjetivo, nenhuma parte pode frustrar os anseios da outra parte, nem deixar de cooperar para que os objetivos traçados por cada uma delas sejam alcançados.

Em relação ao dever de proteção, segurança e cuidado, as partes devem proteger o patrimônio uma da outra, bem como seus direitos da personalidade. Deve haver acautelamento físico e patrimonial da contraparte.

Já no que tange aos deveres de informação, esclarecimento, transparência e aviso, tudo que pode influir na vontade da parte de contratar, especialmente em relação ao objeto da contratação deve ser informado, esclarecido à outra parte.

A não observância dos referidos deveres anexos pode acarretar quebra da legítima expectativa gerada no bojo de determinada relação jurídica e, por conseguinte, acarretar em inobservância do princípio da boa-fé objetiva.

Já a terceira função, estampada no artigo 187 citado acima, é a função de controle/limitativa, que impõe limites ao titular de um direito subjetivo ao exercê-lo.

Em se tratando de função de limitativa, a boa-fé objetiva deve ser considerada um elemento de exercício de direitos subjetivos. Assim, um sujeito, ao exercer um direito

do qual é titular, deverá atuar dentro dos limites impostos pela boa-fé, sob pena de praticar abuso do direito.

3 ABUSO DO PODER DE CONTROLE

Antes de adentrar ao estudo do abuso do poder de controle, é imprescindível tecer alguns comentários sobre o controle e suas formas. É o que se passa a fazer adiante.

3.1 O controle e suas formas

O controle é um fenômeno de poder.³¹

Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho (2008, p 51) ensinam que “a definição do poder de dominação ou controle, na sociedade anônima – já o dissemos – é sempre feita em função da assembleia geral, pois é ela o órgão primário ou imediato da corporação, que investe todos os demais e constitui a última instância decisória”.

Controla uma sociedade quem detém o poder de comandá-la, elegendo a maioria dos seus administradores e ditando os rumos de suas atividades. Desta premissa, resta inequívoca a ideia de que o poder de controle trata-se de um poder fático e não jurídico.

Referido poder funda-se na detenção de ações com direito a voto e se manifesta, na maioria das vezes, nas assembleias gerais, onde é exercido de forma ostensiva.

Atualmente, pode-se destacar a existência de quatro modalidades de poder de controle da sociedade anônima, quais sejam: totalitário, majoritário, minoritário e gerencial. Frise-se que há que se falar ainda no controle compartilhado, que, como se verá abaixo, ora poderá ser uma espécie do gênero “controle majoritário” e ora poderá ser uma espécie do gênero “controle minoritário”.

³¹ ALMEIDA, Amador Paes de. “Manual das Sociedades Comercias”, São Paulo, 1982, p. 100.

O controle totalitário caracteriza-se pelo exercício do poder de controle por todos os acionistas, devendo acarretar deliberações unânimes nas assembleias. De maneira diversa, Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 276) entende que o controle totalitário “caracteriza-se pela concentração da quase totalidade das ações com direito a voto na propriedade de uma única pessoa”.

O controle majoritário corresponde ao controle exercido por quem é titular de mais da metade das ações com direito a voto emitidas pela sociedade anônima.

O controle minoritário é verificado nas grandes companhias, cujo capital votante encontra-se pulverizado no mercado e há grande absenteísmo dos acionistas nas assembleias. Em virtude de tais fatores, a maioria será apurada somente dentre o grupo ativo de acionistas que costuma frequentar as assembleias e, diante disso, é plenamente possível que uma parcela mínima, correspondente a menos de cinquenta por cento das ações com direito a voto, exerça o controle da companhia.

O controle gerencial é verificado nas companhias onde a pulverização das ações com direito a voto é tão grande que, nestes casos, os administradores da sociedade são considerados controladores, perpetuando-se na direção da companhia.

O controle externo, por seu turno, é exercido por quem não sendo sócio ou acionista da sociedade empresarial, detém ingerência nas deliberações sociais. Segundo Fábio Konder Comparato (1995, p. 90):

O denominado controle externo nada mais é do que uma modalidade específica de controle, participando integralmente de sua essência genérica. É o poder de comandar uma sociedade e, através dela, uma empresa, sem que o controlador esteja inserido na estrutura jurídica da sociedade controlada. Esse poder é exercido sem título, ou melhor, com fundamento em título jurídico que não visa, explicitamente, à dominação da sociedade controlada. É por isso que se fala em “poder de fato”. Geralmente, a posição na qual se apoia o controlador externo, para exercer sua dominação, é contratual.

O controle compartilhado – que poderá configurar-se como espécie do gênero “controle majoritário” ou do gênero “controle minoritário” – é aquele em que um grupo de acionistas se organiza, na maioria das vezes através de um acordo de votos, passando a exercer, em conjunto, o controle da companhia.

Vale destacar que, neste último caso, o poder de controle é de titularidade do conjunto de acionistas que integram o grupo controlador, e não de qualquer de seus

membros, isoladamente. Neste sentido, Luiz Gastão Paes de Barros Leães (2004, p. 1309) preleciona que:

Em tais hipóteses, fala-se em controle comum ou compartilhado (joint control), pois, nelas o grupo de controle exerce as prerrogativas e as responsabilidades que incumbem ao acionista controlador sempre de forma coletiva. Ou seja, as pessoas que o constituem agem e respondem como se fossem uma só pessoa sem que cada uma, por si só, possa ser caracterizada como “acionista controlador”. A circunstância de que qualquer um dos participantes seja eventualmente majoritário, dentro ou fora do grupo, não o converte, ipso facto, em um acionista controlador, senão quando visto como parte componente da coletividade.

Frise-se que, no voto do Dir. Marcelo Fernandez Trindade, proferido no Processo CVM nº 2007/7230, decidido em 11/07/2007, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) corroborou com o entendimento do supracitado doutrinador ao afirmar que nos casos de controle compartilhado “o controle é exercido pelo grupo, como grupo, e em grupo”.

Conforme supracitado, o controle compartilhado é exercido na maioria das vezes através de um acordo de votos. Diz-se na maioria das vezes porque a formação do grupo controlador pode não ser formalizado por acordo de acionistas, sendo perfeitamente possível que acionistas de determinada companhia aceitem, de maneira tácita, compartilhar o controle, votando num mesmo sentido. Assim, resta inequívoco que o acordo de acionistas escrito, embora seja plenamente recomendável para o exercício do controle compartilhado, é perfeitamente prescindível.

Por fim, vale destacar que o controle acionário pode ser exercido de forma direta, quando um acionista ou grupo de acionistas é titular de ações com direito a voto emitidas pela companhia, ou de forma indireta, quando o poder de controle é exercido por meio de participações de uma ou mais sociedades sobre outra, ou quando, dentro do bloco, um ou mais acionistas detêm uma participação majoritária, ditando os rumos da companhia e elegendo a maioria dos administradores. Desta maneira, pode-se dizer que quem controla o bloco de controle indiretamente controla a companhia.

Sobre a primeira forma de controle indireto supracitada, Lamy Filho e Bulhões (1996, p. 625) bem prelecionam que, no caso de controle indireto:

[...] o poder de controle não faz parte da estrutura interna da sociedade, mas deriva de relações societárias entre as companhias, sendo exercido por meio dos órgãos sociais de outra sociedade.

Feitas tais considerações, passa-se agora ao estudo do conceito de “acionista controlador”.

3.2 Acionista controlador

3.2.1 Definição legal e conceito

O artigo 116 da Lei 6.404/76 da Lei Das Sociedades Anônimas (LSA) dispõe o seguinte:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

A atual LSA supera a ilusão de uma assembleia geral democrática e, em consequência, destaca a figura do acionista controlador, reconhecendo os enormes poderes nos quais se encontra investido.

Referida Lei reconheceu a existência do poder de controle nas sociedades anônimas, definindo-o não apenas em função da titularidade da maioria do capital votante, mas essencialmente em virtude do efetivo exercício da direção das atividades sociais.

Nos termos do artigo 116 citado alhures, se verifica que para a caracterização do controle acionário pressupõe-se a ocorrência cumulativa de três requisitos, quais sejam: predominância de votos nas assembleias gerais, com a eleição da maioria dos administradores; permanência dessa predominância; e uso efetivo do referido poder.

Conforme bem prelecionam Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik (2010, p. 318):

A lei societária brasileira reconhece no acionista controlador o verdadeiro dirigente dos negócios sociais, ou seja, aquele que manifesta a vontade prevalente nas votações das Assembleias Gerais e na eleição dos administradores da companhia. É o controlador que, de fato, determina a condução das atividades da sociedade.

Trata-se o controle da sociedade anônima de um poder de fato, não de um poder jurídico, visto que não há norma que o assegure; o acionista controlador não é sujeito ativo do poder de controle, mas o tem enquanto for titular de direitos de voto em número suficiente para lograr a maioria nas deliberações assembleares.

Assim, resta indubitável que a norma não fixa um quantitativo mínimo de número de ações para que determinada pessoa seja considerada “acionista controlador”. Deste modo, o “acionista controlador” de cada companhia somente será identificado a partir de uma correlação entre os pressupostos legais prescritos pelo artigo 116 da LSA e as circunstâncias fáticas de cada caso concreto.

3.3 Acionista controlador x acionista majoritário

Conforme afirmado alhures, para que seja considerado “acionista controlador” é necessário que o acionista detenha um montante de ações que lhe assegure, de maneira permanente, eleger a maioria dos administradores e prescrever os ditames da companhia nas assembleias gerais. Conforme foi dito, o fato de possuir mais da metade do capital social votante não garante ao acionista o *status* de “acionista controlador”.

Por assim ser, a norma não fixa um quantitativo de ações votantes para a assunção do *status* de acionista controlador, ao passo que o controlador poderá ser o acionista que detém mais da metade do capital votante e, até mesmo, aquele que detém a minoria do capital, mas que, em virtude da dispersão acionária, exerce de maneira permanente o controle da sociedade.

O conceito de “acionista controlador” não se confunde com o de “acionista majoritário”, uma vez que para a configuração deste último é imprescindível a titularidade de ações com direito a voto que representem mais de cinquenta por cento do capital social da companhia.

Portanto, nos dizeres de José Edwaldo Tavares Borba (2008, p. 356) “quem tem a maioria e não a utiliza é sócio majoritário, mas não é controlador”.

Tecidos os devidos comentários acerca do controle e sua forma, bem como sobre a figura do acionista controlador, no tópico seguinte discorrer-se-á sobre o abuso do poder do controle.

3.4 Abuso do poder de controle

Feitas as devidas considerações sobre as formas de exercício do controle societário, bem como sobre o acionista controlador, passa-se à apreciação do abuso do poder de controle como espécie do gênero abuso do direito.

Conforme bem delineado nos tópicos iniciais do presente trabalho, o artigo 187 do Código Civil de 2002 aduz que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes”.

A par do disposto no artigo supracitado, constatou-se que o abuso do direito ocorre quando uma pessoa, ao exercer direito legítimo, excede os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Diante de tudo o que foi estudado até o momento, dúvidas não restam de que o abuso do direito pode ser constatado em todo e qualquer negócio jurídico, dentre eles, nas operações de incorporações de ações.

Basta que seja constatado que na negociação envolvendo a efetivação da incorporação de ações os acionistas ou os administradores das companhias envolvidas tenham excedido manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, para que o abuso seja configurado.

Assim, partindo-se do pressuposto de que o que foi estudado até este momento sobre o abuso do direito aplica-se às incorporações de ações, é prescindível a ratificação de tudo o que foi dito sobre tal instituto ao longo do presente estudo, sendo pertinente aproveitar o que já foi dito sobre o abuso do direito de forma genérica no capítulo para analisar as particularidades do instituto do abuso do poder de controle.

O caput do artigo 117 da LSA dispõe o seguinte: “Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder”.

Por meio de seu §1º, referido artigo lista, de maneira exemplificativa e não taxativa, uma série de hipóteses em que o abuso de poder pode ser constatado. São elas:

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;

b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;

e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral;

f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;

g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.

h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.

A CVM, por sua vez, no intuito de exemplificar ainda mais as hipóteses de abuso de poder de controle, editou a Instrução CVM 323, que em seu artigo primeiro dispõe o seguinte:

Art. 1º São modalidades de exercício abusivo do poder de controle de companhia aberta, sem prejuízo de outras previsões legais ou regulamentares, ou de outras condutas assim entendidas pela CVM:

I - a denegação, sob qualquer forma, do direito de voto atribuído, com exclusividade, por lei, pelo estatuto ou por edital de privatização, aos titulares de ações preferenciais ou aos acionistas minoritários, por parte de acionista controlador que detenha ações da mesma espécie e classe das votantes;

II - a realização de qualquer ato de reestruturação societária, no interesse exclusivo do acionista controlador;

III - a alienação de bens do ativo, a constituição de ônus reais, a prestação de garantias, bem como a cessação, a transferência ou a alienação, total ou parcial, de atividades empresariais, lucrativas ou potencialmente lucrativas, no interesse preponderante do acionista controlador;

IV - a obtenção de recursos através de endividamento ou por meio de aumento de capital, com o posterior empréstimo desses recursos, no todo ou em parte, para sociedades sem qualquer vínculo societário com a companhia, ou que sejam coligadas ao acionista controlador ou por ele controladas, direta ou indiretamente, em condições de juros ou prazos desfavoráveis relativamente às prevalecentes no mercado, ou em condições incompatíveis com a rentabilidade média dos ativos da companhia;

V - a celebração de contratos de prestação de serviços, inclusive de gerência e de assistência técnica, com sociedades coligadas ao acionista controlador ou por ele controladas, em condições desvantajosas ou incompatíveis às de mercado;

VI - a utilização gratuita, ou em condições privilegiadas, de forma direta ou indireta, pelo acionista controlador ou por pessoa por ele autorizada, de quaisquer recursos, serviços ou bens de propriedade da companhia ou de sociedades por ela controladas, direta ou indiretamente;

VII - a utilização de sociedades coligadas ao acionista controlador ou por ele controladas, direta ou indiretamente, como intermediárias na compra e venda de produtos ou serviços prestados junto aos fornecedores e clientes da companhia, em condições desvantajosas ou incompatíveis às de mercado;

VIII - a promoção de diluição injustificada dos acionistas não controladores, por meio de aumento de capital em proporções quantitativamente desarrazoadas, inclusive mediante a incorporação, sob qualquer modalidade, de sociedades coligadas ao acionista controlador ou por ele controladas, ou da fixação do preço de emissão das ações em valores substancialmente elevados em relação à cotação de bolsa ou de mercado de balcão organizado;

IX - a promoção de alteração do estatuto da companhia, para a inclusão do valor econômico como critério de determinação do valor de reembolso das ações dos acionistas dissidentes de deliberação da assembleia geral, e a adoção, nos doze meses posteriores à dita alteração estatutária, de decisão assemblear que enseje o direito de retirada, sendo o valor do reembolso menor ao que teriam direito os acionistas dissidentes se considerado o critério anterior;

X - a obstaculização, por qualquer modo, direta ou indiretamente, à realização da assembleia geral convocada por iniciativa do conselho fiscal ou de acionistas não controladores;

XI - a promoção de grupamento de ações que resulte em eliminação de acionistas, sem que lhes seja assegurada, pelo acionista controlador, a faculdade de permanecerem integrando o quadro acionário com, pelo menos, uma unidade nova de capital, caso esses acionistas tenham manifestado tal intenção no prazo estabelecido na assembleia geral que deliberou o grupamento;

XII - a instituição de plano de opção de compra de ações, para administradores ou empregados da companhia, inclusive com a utilização de ações adquiridas para manutenção em tesouraria, deixando a exclusivo critério dos participantes do plano o momento do exercício da opção e sua venda, sem o efetivo comprometimento com a obtenção de resultados, em detrimento da companhia e dos acionistas minoritários;

XIII - a compra ou a venda de valores mobiliários de emissão da própria companhia, de forma a beneficiar um único acionista ou grupo de acionistas;

XIV – a compra ou a venda de valores mobiliários em mercado, ou privadamente, pelo acionista controlador ou pessoas a ele ligadas, direta ou indiretamente, sob qualquer forma, com vistas à promoção, pelo acionista controlador, do cancelamento do registro de companhia aberta;

XV – a aprovação, por parte do acionista controlador, da constituição de reserva de lucros que não atenda aos pressupostos para essa constituição, assim como a retenção de lucros sem que haja um orçamento que, circunstanciadamente, justifique essa retenção.

A fim de manter o foco no tema-problema do presente trabalho, apenas as hipóteses de abuso de poder de controle envolvendo incorporação de ações, descritas na alínea “b” do §1º, do artigo 117 da LSA e no inciso “II” e “VIII”, do artigo 1º, da Instrução 323 da CVM, serão estudadas.

Pode-se dizer que o abuso do poder de controle é uma espécie do gênero abuso de direito.

Nessa linha, Modesto Carvalhosa (2013, p. 689) preleciona que “o abuso do poder de controle inscreve-se nos atos ilícitos previstos no art. 187 do código civil”.

Isso se deve ao fato de que no abuso do poder de controle – como ocorre no abuso do direito – a finalidade legítima da norma é desviada, com o único objetivo de gerar vantagens indevidas ao controlador, de prejudicar a companhia ou os demais acionistas.

Nesse sentido, Modesto Carvalhosa (2013, p. 683) bem destaca que “o abuso do poder de controle resulta de decisões tomadas com única finalidade de prejudicar a companhia, os demais acionistas ou uma categoria de acionistas para, assim, satisfazer interesses pessoais”.

E, complementa, aduzindo que:

Nesses casos, o controle é desviado de sua finalidade legítima, ou seja, a de regularmente procurar assegurar a acumulação do patrimônio social e a criação de valor da empresa. Em consequência, o abuso do poder de controle, que engloba a conduta de desvio de poder, caracteriza-se pela prática de uma infração no exercício da prerrogativa legal de controle.

Assim, o controlador que aprovar – através do exercício do direito de voto que será estudado a fundo no tópico seguinte – a incorporação de ações com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia, estará incorrendo em abuso do poder de controle e, por conseguinte, a assembleia geral

aprovada com o voto desse acionista poderá ser anulada e, caso sejam apurados danos, estes deverão ser indenizados.³²

Além dos efeitos decorrentes do abuso do poder de controle citados acima, insta destacar, ainda, a eventual responsabilidade administrativa que pode ser imposta pela CVM ao acionista controlador de companhia aberta, nos termos da Lei nº 6.385/76, especialmente em seu artigo 9º, inciso “V”, que prescreve o seguinte:

Art. 9º A Comissão de Valores Mobiliários, observado o disposto no § 2o do art. 15, poderá:
[...]

V - apurar, mediante processo administrativo, atos ilegais e práticas não equitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado

Por sua vez, o artigo 11 da referida Lei enumera, dentre outras, as seguintes sanções administrativas que podem ser impostas ao acionista controlador: advertência; multa; suspensão do exercício de cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta; a inabilitação temporária, até o máximo de vinte anos, para o exercício desses cargos; e a proibição temporária, até o máximo de dez anos, de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores mobiliários.

Feitas tais considerações, no próximo tópico os esforços serão voltados para um dos principais pontos da presente dissertação, no qual será estudado o abuso do direito de voto e sua correlação com o instituto do abuso do direito, bem como as sanções decorrentes de sua constatação no caso concreto.

4 ABUSO DO DIREITO DE VOTO

O artigo 115 da LSA prescreve o seguinte:

³² Neste ponto, ver tópico 2.3 acima.

Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembleia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.

§ 2º Se todos os subscritores forem condôminos de bem com que concorreram para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo, sem prejuízo da responsabilidade de que trata o § 6º do artigo 8º.

§ 3º o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido.

§ 4º A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido.

Depreende-se do *caput* do artigo supracitado que “considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas”.

Sobre o tema, Erasmo Valladão Azevedo E Novas França (1999, p. 113/114) ensina que:

Os vícios do voto, como se disse, só serão relevantes para o efeito de invalidar a assembleia ou suas deliberações se, sem os votos viciados, não se tiver configurado a maioria necessária (simples ou qualificada, legal ou estatutária) para a regular formação daqueles atos.

Mesmo que o voto abusivo não tenha sido relevante para a aprovação de determinada matéria em assembleia geral, tal fato não tem o condão de afastar eventual responsabilidade civil de quem votou abusivamente. Tal conclusão é claramente prevista pelo §3º do artigo citado acima.

Em outra obra tratando do tema, Erasmo Valladão Azevedo Novas E França (1993, p. 83/84) aduz que:

Em todos os casos, pois, em que houver ‘desvio de finalidade’ do voto, ou seja, quando o acionista votar de modo contrário ao interesse da companhia, que não é senão, como se viu, o interesse comum dos sócios ‘*uti socii*’, aliado ao prejuízo

atual ou potencial para aquela ou para outros acionistas, dá-se o abuso do direito (ou, se se preferir, do poder) de voto.

Fábio Konder Comparato (1995, p. 90/91) preleciona que:

No tocante ao elemento subjetivo do voto abusivo, observa-se uma diferença no regime legal, conforme o voto seja ‘exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas’, ou tenda a ‘obter, para si ou para outrem, vantagem a que (o votante) não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas’. Na primeira hipótese, encontramos uma situação em tudo análoga ao abuso no exercício do direito de propriedade, em que prevalece, sobre o desejo de auferir vantagens pessoais, o intento de prejudicar terceiros. Já na segunda hipótese, o acento intencional é posto sobre a realização de um benefício pessoal – do votante ou de outrem –, com a consciência, no entanto, de que haverá dano para o patrimônio social e o patrimônio individual dos sócios. Esse prejuízo, portanto, não constitui a finalidade do voto, embora o votante assuma o risco de produzi-lo. Em direito penal, dir-se-ia que há, no caso, dolo eventual, e não dolo direto.

Alexandre Couto Silva (2013, p. 30) salienta que “nos termos da LSA, o voto abusivo será aquele exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas”.

Além da sanção de reparação dos eventuais danos causados, prevista pelo §3º do artigo 115 da LSA, deve-se verificar se há outras sanções para o voto abusivo.

Antes disso, impende destacar que o voto tem natureza jurídica de declaração de vontade e não de negócio jurídico. Nesse sentido, José Luiz Bulhões Pedreira e Alfredo Lamy Filho (2009, p. 948) esclarecem que:

Conquanto se lhe dê a feição de declaração de vontade, o voto não pode ser visto como negócio jurídico, eis que não produz isoladamente nenhum efeito jurídico, que só surgirá quando se fundir com outros votos, forjando a deliberação.

Em que pese não ter natureza jurídica de negócio jurídico, a sanção aplicável aos casos de votos abusivos é a possibilidade de anulação da deliberação da assembleia geral em que tais votos foram proferidos. Referida sanção está claramente prescrita pelo artigo 286 da LSA, que prevê o seguinte: “Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembléia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve

em 2 (dois) anos, contados da deliberação”.A deliberação aprovada por meio de votos abusivos é claramente violadora da lei e, por isso, pode ser anulada nos termos do artigo supracitado.

Nesse sentido Erasmo Valladão Azevedo E Novaes França (1999, p. 117) sustenta que:

Os vícios do voto, se decisivos para a formação da maioria, podem levar à anulação da assembleia, ou de uma ou algumas de suas deliberações, conforme o caso. Vigora inteiramente, no tocante a essa matéria, pois, o regime de anulabilidade previsto, genericamente, no art. 286, e, especificamente, no §4º do art. 115. Aqui se acha excluída a sanção de nulidade, na medida em que encontram-se em jogo unicamente interesses dos acionistas, aos quais a lei outorga remédio adequado para a sua defesa, sem necessidade de se comprometer a desejada estabilidade dos aludidos atos societários.

Tratando do tema em outra obra (1993, p. 99/100), o autor citado acima ratifica seu entendimento destacando que “A sanção estabelecida pela lei, portanto, é a anulação da deliberação tomada em decorrência do voto abusivo ou conflitante, além da reparação dos prejuízos causados e da transferência das vantagens auferidas para a companhia”.

No mesmo sentido Orlindo dos Santos Geraldês³³:

Destacando a inevitabilidade de um limite negativo do poder de decisão do sócio e seguindo a doutrina alemã, define o “abuso do direito de voto” pela conjugação de uma motivação extra-social do sócio maioritário com o prejuízo da sociedade ou do sócio minoritário.

Segue-se, de muito perto, a doutrina vanguardista alemã, consagrada positivamente, segundo a qual as deliberações sociais podem ser anuladas quando um accionista tenha procurado, com o exercício do direito de voto, obter para si, ou para terceiro, vantagens especiais em prejuízo da sociedade ou dos outros accionistas, sendo as deliberações objectivamente apropriadas para tal fim.

Gustavo Rabelo Tavares Borba³⁴ por sua vez defende que “o voto abusivo não comporta anulação, resolvendo-se em indenização dos danos que dele decorram (115, § 3º)”,

Em que pese posicionamento em sentido contrário, chega-se à conclusão de que decisões assembleares aprovadas por meio de votos abusivos comportam a competente

³³ Disponível em: <http://www.trl.mj.pt/PDF/Deliberacoes_sociais.pdf> Acesso em 10 jul. 2016.

³⁴ Disponível em: <<http://www.tavaresborba.com.br/wp-content/uploads/2011/11/artigo03.pdf>> Acesso em: 10 jul. 2016.

anulação, tendo em vista que o abuso do direito externado através do voto do acionista não merece guarida da lei.

Não obstante, outra questão merece ser enfrentada sobre o tema, qual seja: o elemento culpa é imprescindível para a anulação da deliberação assemblear ou para a responsabilização do acionista que votou abusivamente?

Em uma leitura rápida do artigo 115 da LSA chega-se à conclusão preliminar de que o elemento culpa seria imprescindível para a caracterização do voto abusivo, especialmente em virtude do referido artigo prever que somente o voto exercido “com o fim” de causar prejuízos ou obter vantagens indevidas deve ser considerado abusivo.

Nesse diapasão, num primeiro momento poder-se-ia afirmar que se não ficar constatada a vontade do acionista de proferir o voto com o intuito de causar danos ou obter vantagens indevidas, não se poderia falar em voto abusivo.

No entanto, quando da análise do instituto do abuso do direito nos tópicos anteriores da presente dissertação, ficou claramente demonstrado que não é necessária a comprovação de culpa para a configuração do abuso do direito. Noutras palavras, o elemento subjetivo é totalmente prescindível para a caracterização do abuso do direito, bastando a comprovação de que o exercício de determinado direito não observou a finalidade axiológica posta na norma para a constatação do abuso do direito no caso concreto.

Dai então surge a seguinte indagação: pode-se afirmar que o abuso do direito de voto é uma espécie do gênero abuso de direito e, por conseguinte, o elemento culpa também seria prescindível para a caracterização do voto abusivo?

Em que pese os autores societários que tratam do abuso do direito de voto não levantarem a indagação supracitada, pode-se afirmar que adotando-se a teoria do abuso do direito, criada no século XX e modernizada por Inácio de Carvalho Neto e César Fiuza, dentre outros autores pátrios, estampada no artigo 187 do Código Civil, pode-se afirmar que o abuso do direito de voto é sim espécie do gênero abuso do direito, e, em virtude disso, o elemento culpa é prescindível para a caracterização do abuso do direito de voto.

Diante disso, conclui-se que se ao votar o acionista não observar o fim econômico ou social da norma, a boa fé ou os bons costumes, estará ele incorrendo em abuso do direito e seu voto, por sua vez, será considerado abusivo.

Assim, no caso concreto basta comprovar que ao exercer o voto o acionista causou danos à companhia ou a outros acionistas, ou obteve, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus, para que fique caracterizado o voto abusivo.

Nesse contexto, além da competente responsabilização pelos danos causados, a decisão assemblear eivada de voto abusivo pode ser anulada.

Desta maneira e a par de todo o exposto neste tópico, caso fique constatado que no caso concreto o acionista votou abusivamente, inobservando o fim econômico ou social da norma ou a boa-fé e os bons costumes, seu voto pode ser considerado nulo e a deliberação assemblear cujo voto abusivo tenha sido determinante para a sua aprovação é anulável.

5 INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

5.1 Motivadores das operações de incorporação de ações

Como já delineado no decorrer do presente trabalho, haverá abuso de direito quando ao exercer determinado direito seu titular deixe de observar os elementos axiológicos da norma.

Diante disso, mostra-se importante trazer à baila os principais motivadores e as finalidades das operações de incorporações de ações.

Quando preleciona especificamente sobre as operações de fusões e aquisições, Sérgio Botrel (2016, p. 21) destaca que:

A nomenclatura fusões e aquisições identifica o conjunto de medidas de crescimento externo ou compartilhado de uma corporação, que se concretiza por meio da “combinação de negócios” e de reorganizações societárias. Estão inseridas na terminologia sob análise não somente compras de ativos empresariais e participações societárias, e a união de duas ou mais sociedades para a formação de uma terceira, mas também a formação de grupos societários, a constituição de sociedades de propósito específico (SPE), a contratação de sociedade em conta de participação (SCP), a formação de consórcios, a cisão, a incorporação de sociedades ou de ações etc.

Ao tratar dos motivadores das operações societárias supracitadas, dentre elas as incorporações de ações, Sérgio Botrel (2016, p. 29) aduz que “essas operações, em linhas gerais, facilitam o acesso a novos mercados e atividades, possibilitam o aumento de poder de mercado, e têm o potencial de permitir ganhos de eficiência financeira com a exploração de sinergias de custos e complementaridades”.

A par dos motivadores descritos acima, tem-se que a principal finalidade econômica e social das operações de incorporações de ações é servir de instrumento para a implementação da estratégia empresarial de crescimento inorgânico.

Neste ponto, insta tecer as principais diferenças entre crescimento orgânico e inorgânico.

Ao tratar do tema, Sérgio Botrel (2016, p. 23) ensina que:

Tradução da expressão do mercado anglo-saxão *mergers and acquisitions* (M&A), a nomenclatura *fusões e aquisições* identifica o conjunto de medidas de crescimento externo ou compartilhado de uma corporação, que se concretiza por meio da ‘combinação de negócios’ e de reorganizações societárias. Estão inseridas na terminologia sob análise não somente compras de ativos empresariais e participações societárias, e a união de duas ou mais sociedades para a formação de uma terceira, mas também a formação de grupos societários, a constituição de sociedades de propósito específico (SPE), a constituição de sociedade em conta de participação (SCP), a formação de consórcios, a cisão, a incorporação de sociedades ou de ações etc. Enfim, o modelo jurídico escolhido pelas partes pode variar consideravelmente, pois o que caracteriza uma operação de *fusão e aquisição* é a sua finalidade: servir de instrumento de implementação da estratégia de crescimento externo/inorgânico ou compartilhado.

Por outro lado, Sérgio Botrel (2016, p. 21), pautado nos ensinamentos de Olivier Meier e Guillaume Schier, preleciona que “o crescimento orgânico, também chamado de crescimento interno, corresponde ao desenvolvimento progressivo e contínuo da empresa, fundado no crescimento das capacidades existentes ou na criação de novas capacidades produtivas e comerciais”

Feitos esses breves comentários, passa-se ao estudo das principais características das incorporações de ações.

5.2 Previsão legal e noções gerais

O *caput* do artigo 252 da LSA prevê o seguinte: “A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembleia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225³⁵”.

Desta feita, se percebe claramente que a incorporação de ações consiste na operação societária por meio da qual a totalidade de ações de determinada companhia, seja ela de capital aberto ou fechado, é incorporada por outra companhia – também de capital aberto ou fechado –, passando aquela a tornar-se subsidiária integral desta.

³⁵ Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

I - o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;

II - os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão;

III - os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;

IV - a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra;

V - o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação;

VI - o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação;

VII - todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

Parágrafo único. Os valores sujeitos a determinação serão indicados por estimativa.

Art. 225. As operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da assembleia-geral das companhias interessadas mediante justificação, na qual serão expostos:

I - os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização;

II - as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para a modificação dos seus direitos, se prevista;

III - a composição, após a operação, segundo espécies e classes das ações, do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às que se deverão extinguir;

IV - o valor de reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes.

A sociedade subsidiária integral pode ser constituída de forma originária³⁶ ou derivada. Considera-se subsidiária integral a companhia que tem como única acionista companhia brasileira³⁷.

A constituição originária ocorre nos termos do artigo 251 da LSA, em que uma companhia brasileira subscreve, através de bens ou direitos, a totalidade do capital social de uma nova companhia. Referida constituição dar-se-á por meio de escritura pública lavrada pelo tabelião de qualquer cartório de notas brasileiro.

Já a constituição derivada de subsidiária integral poderá ocorrer de duas maneiras.

A primeira, prevista pelo §2º³⁸ do artigo 251 da LSA, consiste na aquisição, por sociedade brasileira, de todas as ações de emissão de companhia já devidamente constituída.

A segunda maneira, que será objeto de estudo do presente trabalho, dar-se-á por meio da incorporação de ações.

Como já dito acima, a incorporação de ações é o negócio jurídico por meio do qual a totalidade de ações de emissão de determinada companhia é incorporada por outra companhia, através de decisão tomada em assembleia geral.

A sociedade incorporadora deverá aumentar seu capital social mediante a emissão de novas ações, a serem subscritas pela incorporada por meio de sua diretoria, e não por seus acionistas, em que pese o produto da referida subscrição lhes seja entregue. Os acionistas da companhia cujas ações foram incorporadas passam a ser, portanto, acionistas da companhia incorporadora e, indiretamente, da companhia da qual eram originariamente acionistas.

Bulhões Pedreira (2009, p. 1994-1995) destaca que a incorporação de ações é modalidade de sub-rogação legal, por meio da qual as ações incorporadas são substituídas por ações da sociedade incorporadora.

³⁶ Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.

³⁷ Antes do advento da Lei nº 12.441/2011, que institui a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), somente a sociedade subsidiária integral poderia ser criada ou manter-se regularmente constituída com um único sócio, por prazo indeterminado.

³⁸ § 2º A companhia pode ser convertida em subsidiária integral mediante aquisição, por sociedade brasileira, de todas as suas ações, ou nos termos do artigo 252.

Nelson Eizirik (2011, p. 90) salienta que “verifica-se na operação de incorporação de ações uma substituição de ações. Os acionistas cujas ações foram incorporadas, independentemente de sua vontade, recebem ações da companhia incorporadora existindo no caso uma modalidade de sub-rogação³⁹”.

No mesmo sentido, Alberto Xavier (2007, p. 141) preleciona que:

O titular das ações a serem objeto da incorporação nada faz, nada transmite, nada permuta: limita-se ‘passivamente’ a receber da sociedade incorporadora, ações substitutivas das originalmente detidas e que ocupam no seu patrimônio, lugar equivalente ao das ações substituídas por um fenômeno de sub-rogação real.

Importante destacar que, ao contrário do que ocorre na incorporação de sociedades, cujas diferenças para a incorporação de ações serão vistas mais a frente, na incorporação de ações a companhia que teve suas ações incorporadas continua existindo, com personalidade jurídica própria, com patrimônio próprio, permanecendo responsável por seus ativos e passivos e, por isso, não sofre qualquer alteração patrimonial em virtude da operação societária em estudo.

Deve-se salientar, ainda, que os termos da incorporação de ações deverão constar de protocolo e justificação firmados pelos administradores das companhias envolvidas na operação.

Ademais, para que a operação possa de fato se concretizar, é condição *sine qua non* que seja promovido, no âmbito da companhia incorporadora, um aumento de capital, com a conseqüente emissão de novas ações, de modo a absorver os acionistas da incorporada.

Em tempo, insta ressaltar que a LSA atribui direito de retirada aos acionistas, tanto da incorporada quanto da incorporadora, que não concordarem com a incorporação de ações, desde que as ações das quais sejam titulares não tenham liquidez e dispersão no mercado⁴⁰, hipótese em que o direito de retirada não poderá ser exercido, ao passo que a simples alienação das ações no mercado promoverá o mesmo efeito.

³⁹ Aqui deve-se atentar ao fato de que caso não queiram receber ações da companhia incorporadora, é dado aos dissidentes o direito de retirar-se da sociedade, mediante pagamento do reembolso pelo preço de suas ações, definido na justificação da operação.

⁴⁰ Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

Em que pese o foco do presente trabalho ser o estudo do instituto da incorporação de ações, no ponto seguinte serão delineadas as principais diferenças existentes entre este instituto jurídico e a incorporação de sociedades, que em alguns pontos muito se assemelham.

5.3 Diferenças entre incorporação de ações e incorporação de sociedades

A operação de incorporação de ações, apesar da similitude de denominação, não se confunde com a incorporação de sociedades prevista no artigo 227⁴¹ da LSA, apresentando características específicas.

De acordo com o artigo 227, por meio da operação de incorporação de sociedades, uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Tem-se, portanto, a sucessão universal dos direitos e obrigações associados ao patrimônio da incorporada. A respeito da sucessão universal, José Luiz Bulhões Pedreira (2009, p.1769) ensina que “A sucessão universal consiste na substituição em posição de titular de uma universalidade, ou seja, de um conjunto de direitos, ou de direitos e obrigações”.

II - nos casos dos incisos IV e V do art. 136, não terá direito de retirada o titular de ação de espécie ou classe que tenha liquidez e dispersão no mercado, considerando-se haver: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

a) liquidez, quando a espécie ou classe de ação, ou certificado que a represente, integre índice geral representativo de carteira de valores mobiliários admitido à negociação no mercado de valores mobiliários, no Brasil ou no exterior, definido pela Comissão de Valores Mobiliários; e (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

b) dispersão, quando o acionista controlador, a sociedade controladora ou outras sociedades sob seu controle detiverem menos da metade da espécie ou classe de ação; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

⁴¹ Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

§ 1º A assembleia-geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão.

§ 2º A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

§ 3º Aprovados pela assembleia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação.

Noutras palavras, como consequência da incorporação de sociedade, a incorporada é extinta e a incorporadora absorve seus ativos e passivos, sucedendo aquela em todos os direitos e obrigações.

Ainda, o capital social da incorporadora é aumentado no montante equivalente ao patrimônio líquido da incorporada. Com a extinção da sociedade incorporada, todas as ações de sua emissão são canceladas e seus acionistas passam a ser, então, acionistas da incorporadora, recebendo ações desta, na proporção de suas participações no capital da sociedade que fora incorporada.

Como principal diferença, tem-se que na incorporação de ações todas as ações de emissão de uma companhia são transferidas para outra companhia, que tem seu capital social aumentado em valor equivalente ao valor das ações incorporadas. Desse modo, a companhia que tem suas ações incorporadas não é extinta, e suas ações, agora detidas pela sociedade incorporadora, não são canceladas, permanecendo, então, como subsidiária integral da incorporadora. A sociedade incorporadora torna-se, portanto, a única acionista da sociedade cujas ações foram incorporadas, passando a ser detentora de todas as ações de emissão desta companhia.

A companhia alvo, como visto, permanece com patrimônio e personalidade jurídica próprios, mantendo sua autonomia patrimonial. Não há neste caso a sucessão dos ativos e passivos, direitos e obrigações entre as partes da operação. Esta característica da incorporação de ações mostra-se especialmente interessante nos casos em que a companhia incorporadora tem dúvidas sobre eventuais passivos ocultos da companhia “alvo”. Explica-se: caso opte pela incorporação de sociedades, regida pelo artigo 227, a sociedade incorporadora irá suceder a incorporada em todos os seus ativos e passivos, conforme visto acima.

Como se depreende da interpretação do artigo 137⁴², lido em conjunto com o artigo 136, IV⁴³, ambos da LSA, no caso da incorporação de sociedade apenas os acionistas

⁴² Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas: [...]

⁴³ Art. 136. É necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, se maior quórum não for exigido pelo estatuto da companhia cujas ações não estejam admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão, para deliberação sobre:

[...]

IV - fusão da companhia, ou sua incorporação em outra;

dissidentes da sociedade incorporada têm assegurado o direito de recesso, devendo receber o reembolso do valor de suas ações. Importante notar que, conforme redação do §2º do artigo 137, o conceito de acionista dissidente engloba tanto os acionistas que votaram de forma contrária à operação de incorporação na assembleia geral, quanto aqueles que se abstiveram ou mesmo que não compareceram à assembleia.

Na incorporação de ações, por outro lado, os acionistas dissidentes, tanto da companhia incorporadora quanto da companhia cujas ações são incorporadas, podem exercer o direito de recesso, de acordo com a redação dos §§ 1º e 2º⁴⁴ do artigo 252 da Lei das Sociedades por Ações. Importante ressaltar que, em ambos os casos, não terão direito de recesso os acionistas detentores de ações com liquidez e dispersão no mercado, nos termos do artigo 137, II da Lei das Sociedades por Ações.

Percebe-se, portanto, que, apesar de denominações semelhantes, a incorporação de ações e a incorporação de sociedades são operações distintas, com regramentos próprios que não devem ser confundidos.

Traçadas as principais diferenças entre incorporação de ações e incorporação de sociedades, passa-se agora ao estudo de ponto a ponto das principais nuances e procedimentos necessários para que a incorporação de ações de fato se efetive.

5.4 Procedimento e quórum de aprovação da operação

Como prevê o artigo 252 da LSA, para que a incorporação de ações seja concluída faz-se necessária a aprovação do protocolo, acompanhado da justificativa da operação pela assembleia geral tanto da incorporada, como da incorporadora.

⁴⁴ § 1º A assembleia-geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230.

§ 2º A assembleia-geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230.

Por sua vez, os artigos 224 e 225 da LSA, respectivamente, tratam do protocolo e da justificação, e estão assim redigidos:

Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

I - o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;

II - os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão;

III - os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;

IV - a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra;

V - o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação;

VI - o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação;

VII - todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

Parágrafo único. Os valores sujeitos a determinação serão indicados por estimativa.

Art. 225. As operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da assembleia-geral das companhias interessadas mediante justificação, na qual serão expostos:

I - os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização;

II - as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para a modificação dos seus direitos, se prevista;

III - a composição, após a operação, segundo espécies e classes das ações, do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às que se deverão extinguir;

IV - o valor de reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes.

Assim, para que as tratativas atinentes à incorporação de ações se iniciem, os administradores das companhias envolvidas devem providenciar a contratação do protocolo, que deverá cumprir rigorosamente as previsões contidas no artigo 224 supracitado.

Feito isso, os protocolos serão submetidos à assembleia geral da incorporadora e da incorporada para aprovação⁴⁵.

⁴⁵ Vale aqui destacar que uma vez aprovado pela assembleia geral de uma das sociedades, o protocolo passa a ter natureza jurídica de proposta de contrato à outra sociedade, aplicando-se as normas do Código Civil de 2002 sobre a formação de contratos. Assim, se a outra sociedade não aprova o protocolo, a proposta é recusada e o contrato não se forma. Se é aprovado com modificações, tal fato importa em nova proposta que

Para que a operação seja aprovada pela assembleia geral da companhia incorporada é exigido quórum qualificado de ao menos metade do capital social votante, conforme prevê o §2⁴⁶ do artigo 252 da LSA.

Já no bojo da sociedade incorporadora, a lei não exige quórum qualificado. Portanto, chega-se à conclusão que deverá ser aplicada a regra geral do artigo 129 da LSA, que prevê o seguinte: “As deliberações da assembleia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco”.

Aprovada a matéria pela assembleia geral das sociedades envolvidas, também deverá ser autorizado o aumento do capital social da sociedade incorporadora, a ser integralizado com as ações a serem incorporadas.

Com a aprovação da operação pela assembleia geral da sociedade incorporada, é outorgado aos diretores da incorporada mandato legal para subscrever o aumento do capital da incorporadora, em favor e por conta dos acionistas da incorporada, conforme delineado acima.

Na mesma assembleia serão nomeados os peritos que efetuarão a avaliação das ações a serem incorporadas, que servirá como parâmetro para a relação de troca, isto é, quantas ações os acionistas da incorporada deterão na incorporadora.

Vale frisar que o laudo de avaliação, caso ainda não tenha sido elaborado e apresentado para aprovação em uma única assembleia geral, deverá ser objeto de aprovação em uma outra assembleia geral, pelos mesmos quóruns supracitados. Vale dizer que não é dado aos administradores das companhias poder para aprovarem os laudos de avaliação em nome dos acionistas.

Em havendo a aprovação do laudo de avaliação, a incorporação de ações é efetivada e os titulares das ações incorporadas recebem da incorporadora as ações que lhe couberem, a partir da relação de troca.

deverá ser aprovada pela sociedade que já o havia aprovado. Portanto, conclui-se que a incorporação de ações somente será concluída com a aprovação do protocolo pelas assembleias gerais tanto da incorporada, quanto da incorporadora.

⁴⁶ § 2º A assembleia-geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

Por fim, vale destacar que é concedido aos acionistas dissidentes o direito de retirada, mediante o reembolso do valor de suas ações.

Em tempo, insta salientar que especialmente sobre o laudo de avaliação das ações serão tecidos maiores comentários adiante.

5.5 Avaliação das ações e relação de troca

Como dito acima, um dos requisitos do protocolo de incorporação (inciso I, do artigo 224 da LSA) é a especificação da relação de troca de ações, que nada mais é do que a descrição do “número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição”.

Para que se possa cumprir o que exige o inciso I, do artigo 224 da LSA, pode-se dizer que é imprescindível o trabalho de peritos no que tange à avaliação das ações a serem incorporadas, de modo a chegar-se na exata relação de troca de ações.

No entanto, em que pese a LSA exigir a especificação do número de ações que os acionistas da incorporada terão direito na incorporadora, a lei não determina qual critério de avaliação deverá ser adotado para se chegar ao valor das ações. Mas, por outro lado determina que no protocolo de incorporação deva ser informado qual critério foi utilizado para estabelecer a relação de troca de ações.

Diante disso, Daniel Kalansky (2012, p. 53) aduz que “a exigência legal dos critérios de avaliação implica, obviamente, a possibilidade de utilização de mais de um, como meio de alcançar a justa relação de substituição”.

Ainda sobre o critério a ser adotado para determinar a relação de troca, Daniel Kalansky (2012, p. 55) aduz que “no que diz respeito ao critério para determinar a relação de troca, importante remeter-nos à exposição justificativa do anteprojeto convertido na lei das sociedades por ações, que enfatiza que as novas ações devem ser emitidas por preço compatível com o valor econômico”.

E, continua, aduzindo que “assim, nos termos do art. 170, §1º⁴⁷, os avaliadores poderão analisar os patrimônios conforme os três critérios (valor patrimonial, perspectivas de rentabilidade e cotação no mercado) – isoladamente ou em conjunto”.

Modesto Carvalhosa (2009, p. 144), por sua vez, salienta que “na incorporação ficta, ou seja, na conversão de companhia com pluralidade de sócios em companhia unipessoal (subsidiária integral), cabe sempre a regra do presente artigo no que tange à liberdade de critério de avaliação previsto no art. 170, §1º.”

Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (1997, p. 562-563) destacam que “de fato, não há qualquer exigência ou determinação especial quanto aos critérios a serem utilizados para a determinação das relações de troca, que serão livremente escolhidos pelos administradores e acionistas das companhias envolvidas”.

Desta maneira, conclui-se que a LSA, de fato, não impõe a adoção de qualquer critério, mas tão somente determina que, independentemente do critério a ser adotado, este deve ser informado no protocolo de incorporação.

Assim, pode-se dizer que mais uma vez prevalece no direito brasileiro a ampla liberdade de escolha em relação ao critério a ser adotado para a avaliação das ações a serem incorporadas.

A liberdade de escolha é tão hialina que não há qualquer vedação no sentido de serem estabelecidas relações de troca diferenciadas entre ações ordinárias e preferenciais, ou por aquelas detidas pelo acionista controlador.

Não obstante, em que pese a liberdade de escolha de critério de avaliação supracitada, não podem os diretores simplesmente adotarem qualquer critério, ao *bel prazer*, sem que a adoção deste critério seja bem justificada, sob pena de incorrerem em abuso de direito caso o critério adotado exceda manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes⁴⁸.

⁴⁷ § 1º O preço de emissão deverá ser fixado, sem diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, ainda que tenham direito de preferência para subscrevê-las, tendo em vista, alternativa ou conjuntamente:

I - a perspectiva de rentabilidade da companhia;

II - o valor do patrimônio líquido da ação;

III - a cotação de suas ações em Bolsa de Valores ou no mercado de balcão organizado, admitido ágio ou deságio em função das condições do mercado.

⁴⁸ Sobre o tema, serão tecidos maiores comentários quando do estudo dos casos concretos nos tópicos seguintes, onde também será abordada a aplicação do abuso de poder dos acionistas controladores, descrito pelo artigo 117 da LSA.

A adoção de um critério que afronte o disposto no artigo 187 do Código Civil de 2002 pode ser considerada abuso de direito e, por conseguinte, dar azo a eventuais indenizações aos acionistas minoritários que se sentirem prejudicados e conseguirem comprovar que a adoção de determinado critério constitui abuso de direito.

Desta feita, não podem os diretores simplesmente argumentarem que adotaram esse ou aquele critério de avaliação, sem qualquer justificativa plausível, alegando que, como a LSA não prevê a adoção de um critério específico, qualquer um pode ser adotado.

Como dito nos tópicos anteriores, de fato nem tudo aquilo que é proibido é permitido no âmbito do direito privado. Todavia, a partir do momento que uma determinada atitude afronta os fins axiológicos da norma, tal conduta pode ser considerada abuso de direito, e migrará do campo do permitido para o proibido, vez que, conforme já destacado, condutas que constituem abuso de direito não são permitidas.

Por isso, no momento de escolha do critério a ser utilizado, além de observar o princípio de proteção ao acionista minoritário, devem os administradores aterem-se aos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes, bem como pelo fim econômico ou social da norma.

Dito isso, a seguir os estudos serão voltados às principais características das incorporações de ações entre companhia controlada e sua controladora.

5.6 Incorporação de ações envolvendo sociedade controlada e sua controladora

Além das incorporações de ações “convencionais”, há operações em que a operação societária de incorporação de ações é efetivada entre uma sociedade controladora e sua controlada, e, diante disso, somente um núcleo de poder determina se o negócio será ou não concluído.

Assim, a fim de garantir uma proteção especial aos acionistas minoritários nesse tipo de operação, a LSA determina que procedimentos diferenciados devem ser adotados, especialmente no tocante aos critérios de avaliação das ações da sociedade que terá suas ações incorporadas, e passará a ser subsidiária integral da incorporadora.

Diante disso, adiante as atenções serão voltadas para os referidos procedimentos diferenciados que devem ser adotados em tais situações.

Todavia, antes de envidar os esforços para tais procedimentos, faz-se imprescindível uma breve passagem pela definição e principais nuances acerca do controle, suas formas, bem como sobre o acionista controlador.

5.7 Avaliação das ações e relação de troca nas operações envolvendo controlada e controladora

Com a nova redação dada pela Lei n.º10.303/2001 ao §4⁴⁹ do artigo 264⁵⁰ da LSA, estendeu-se a aplicação das normas contidas em todo o artigo 264 supracitado – que preveem regras específicas para as operações de incorporação de sociedades controladas – às operações de incorporação de ações estabelecidas entre sociedades controladas e suas controladoras.

A justificativa da existência das normas especiais contidas no artigo 264, citado acima, para as incorporações de ações entre sociedade controlada e controladora é justamente propiciar uma proteção especial aos acionistas minoritários, ao passo que existe tão somente uma parte nos dois lados da mesa de negociações, qual seja, o acionista controlador ou o bloco de controle.

⁴⁹ § 4o Aplicam-se as normas previstas neste artigo à incorporação de controladora por sua controlada, à fusão de companhia controladora com a controlada, à incorporação de ações de companhia controlada ou controladora, à incorporação, fusão e incorporação de ações de sociedades sob controle comum.

⁵⁰ Art. 264. Na incorporação, pela controladora, de companhia controlada, a justificação, apresentada à assembleia-geral da controlada, deverá conter, além das informações previstas nos arts. 224 e 225, o cálculo das relações de substituição das ações dos acionistas não controladores da controlada com base no valor do patrimônio líquido das ações da controladora e da controlada, avaliados os dois patrimônios segundo os mesmos critérios e na mesma data, a preços de mercado, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, no caso de companhias abertas.

§ 1o A avaliação dos dois patrimônios será feita por 3 (três) peritos ou empresa especializada e, no caso de companhias abertas, por empresa especializada.

§ 2o Para efeito da comparação referida neste artigo, as ações do capital da controlada de propriedade da controladora serão avaliadas, no patrimônio desta, em conformidade com o disposto no caput.

§ 3º Se as relações de substituição das ações dos acionistas não controladores, previstas no protocolo da incorporação, forem menos vantajosas que as resultantes da comparação prevista neste artigo, os acionistas dissidentes da deliberação da assembleia-geral da controlada que aprovar a operação, observado o disposto nos arts. 137, II, e 230, poderão optar entre o valor de reembolso fixado nos termos do art. 45 e o valor do patrimônio líquido a preços de mercado.

Nessa linha, Modesto Carvalhosa (2009, p.287) bem salienta que “quando a operação se dá entre sociedades controladoras e controladas, não se verifica o caráter bilateral que assegura os interesses dos minoritários de ambas as companhias envolvidas, visto que o mesmo acionista controlador decide pelos dois lados da operação”.

E, complementa, destacando que:

De fato, na incorporação de controlada inexistem duas vontades na operação, ou seja, o mesmo controlador vota e decide as condições em que se realizará a incorporação nas duas assembleias gerais, onde, em princípio, pressupõe-se que os acionistas representem interesses contrários. Trata-se da referida figura do *self-dealing transaction*, conhecida e repudiada no direito norte-americano.

Desta feita, não restam dúvidas de que em tais operações, quando os protocolos forem submetidos à aprovação nas duas companhias - controlada e controladora -, será o mesmo acionista controlador que terá o poder de aprovar ou não a operação de incorporação de ações.

Diante desse fato, e visando dar uma proteção especial aos acionistas minoritários da sociedade cujas ações serão incorporadas, é que o artigo 264 da LSA determina que:

[...] a justificação, apresentada à assembleia-geral da controlada, deverá conter, além das informações previstas nos arts. 224 e 225, o cálculo das relações de substituição das ações dos acionistas não controladores da controlada com base no valor do patrimônio líquido das ações da controladora e da controlada, avaliados os dois patrimônios segundo os mesmos critérios e na mesma data, a preços de mercado, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, no caso de companhias abertas.

Dessa forma, diferentemente do que ocorre nas operações de incorporação de ações comuns – nas quais a LSA não determina qual o critério de avaliação de ações a ser adotado para fins de comparação entre as companhias, mas tão somente que o critério adotado seja informado aos acionistas – a LSA impõe o critério a ser adotado e apresentado na justificação, para fins de comparação entre companhias e seus acionistas.

Sobre o tema, Modesto Carvalhosa (2009, p. 286) bem aduz que “no caso de incorporação de companhia controlada, a lei optou por oferecer uma proteção adicional aos acionistas minoritários da sociedade incorporada, procurando uma fórmula que garantisse ser a relação de troca das ações das duas sociedades a mais justa possível”.

Nesse sentido, e conforme depreende-se do artigo supracitado, a lei determina que deve-se avaliar as ações com base no valor do patrimônio líquido das ações a preços de mercado. Além disso, deve-se adotar o mesmo critério de avaliação na controlada e na controladora, e as avaliações devem ser feitas na mesma data.

Ademais, também é exigido que a avaliação das ações das empresas envolvidas na operação seja feita por ao menos três peritos ou por empresa especializada.

O critério do patrimônio líquido a preço de mercado constitui um parâmetro de avaliação que considera o valor de realização dos ativos da sociedade que se daria na hipótese de sua liquidação, conhecido como “balanço de liquidação”. Nestes casos, a avaliação é feita através da verificação de cada ativo, isoladamente, levando em conta seu possível valor de venda ou reposição.⁵¹

Sobre o tema, Modesto Carvalhosa (2009, p.210) destaca que:

[...] o valor de patrimônio líquido a preços de mercado será o valor do ativo, subtraído o passivo, mas de cada bem constante do ativo e do passivo, avaliado individualmente, a preço de mercado. Esse critério atende à finalidade do preceito que, ao referir-se a ‘preços de mercado’, pressupõe que qualquer bem ou direito somente tem valor se puder ser negociado individualmente, ou seja, independentemente de outros bens ou direitos.

Não obstante, por mais que o artigo 264 determine que as ações sejam avaliadas pelo critério do patrimônio líquido a preços de mercado, deve-se deixar claro que tal fato não significa que a relação de troca das ações dos acionistas minoritários deva ser concretizada pelo valor obtido com base no critério supracitado.

Com efeito, Modesto Carvalhosa (2009, p.287) destaca que o cálculo da relação de substituição com base no critério do valor do patrimônio líquido a preços de mercado “é exigido apenas para fins de comparação com o critério indicado no protocolo (art. 224) e na justificação (art. 225), a fim de evidenciar a equidade da escolha do referido critério”.

Carvalhosa conclui aduzindo que “nada impede, portanto, que as sociedades envolvidas optem por estabelecer a relação de substituição com base em outro critério, desde que os acionistas sejam informados do cálculo com base no valor patrimonial a preços de mercado”.

⁵¹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4ª ed. 3ª vol. São Paulo. Saraiva, 2009, p. 210.

Nessa linha, Luiz Gastão Paes de Barros Leães (2004, p.94) preleciona que “a deliberação sobre a conveniência da operação continua a ser de competência discricionária da maioria acionária e, como tal, é inquestionável pela minoria”.

Assim, caso seja aprovado pelas assembleias gerais das companhias envolvidas na operação que a relação de troca será efetuada com base em um critério distinto do valor líquido a preços de mercado, os acionistas minoritários podem retirar-se da sociedade, e, no momento do exercício do direito de retirada, o critério do valor líquido a preços de mercado poderá ser exigido como parâmetro para o pagamento do reembolso.

Neste ponto, vale destacar também o que dispõe o §3º, do artigo 264 da LSA:

§ 3º Se as relações de substituição das ações dos acionistas não controladores, previstas no protocolo da incorporação, forem menos vantajosas que as resultantes da comparação prevista neste artigo, os acionistas dissidentes da deliberação da assembleia-geral da controlada que aprovar a operação, observado o disposto nos arts. 137, II, e 230, poderão optar entre o valor de reembolso fixado nos termos do art. 45 e o valor do patrimônio líquido a preços de mercado.

Interpretando a disposição acima, aplicável às hipóteses de incorporação de ações, Modesto Carvalhosa (2009, p. 288) preleciona que:

A lei permite, na hipótese de incorporação de companhia controlada, que o acionista exerça seu direito de recesso fixando o valor de reembolso com base no patrimônio líquido avaliado a preços de mercado, e não com base em qualquer outro critério, unicamente se lhes for patrimonialmente desfavorável a relação de substituição de suas ações em face dos critérios escolhidos pela companhia.

Por mais que não seja vedada a adoção de outro critério de avaliação como base para a fixação do valor das ações na relação de troca, tal fato pode ser considerado abuso de direito ou abuso do poder de controle, especialmente em se tratando de hipóteses em que há relações de trocas desproporcionais.⁵²

Insta salientar ainda que desde 2001, com a edição da Lei 10.303, foi conferido à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) o poder de aceitar outros critérios de avaliação das ações das companhias envolvidas na operação, desde que ao menos uma delas possua o capital aberto.

Sobre o tema, Modesto Carvalhosa (2009, p. 290) ensina que:

⁵² Sobre o tema, maiores comentários serão tecidos quando forem feitos os estudos de casos.

A norma não exige que todas as sociedades envolvidas no negócio jurídico de incorporação sejam abertas para que a CVM possa autorizar a adoção de critério alternativo, bastando que uma das companhias seja aberta para que tal competência seja legitimamente exercida pela CVM.

Mesmo não havendo uma “lista de critérios” imposta pela CVM, há de se reconhecer o direito outorgado aos interessados de levarem à apreciação da CVM a adoção de critério distinto do de patrimônio líquido a preço de mercado, sob pena de se fazer letra morta do dispositivo em voga.

Assim, nos dizeres de Modesto Carvalhosa (2009, p. 291):

O critério alternativo admitido pela CVM deverá evidenciar a equidade da relação de troca estabelecida pelos acionistas controladores e determinar o valor de reembolso devido aos acionistas dissidentes, na hipótese de as relações de substituição, apuradas com base em tal critério alternativo, serem mais vantajosas para os acionistas minoritários do que aquelas estabelecidas no protocolo de incorporação (art. 224).

Desta maneira, mesmo sabendo que o critério de avaliação não deve obrigatoriamente ser o parâmetro para a relação de troca de ações, não deve a CVM aceitar a adoção de critérios alternativos sem antes analisar com cautela se tal fato poderá vir a causar prejuízos aos acionistas minoritários, ao passo que, no caso de dissidência, será este o critério a ser adotado como base para o pagamento do reembolso.

5.8 Pareceres de Orientação nº 34 e nº 35 da CVM

A CVM, visando evitar abusos na relação de troca nas incorporações de ações, editou os Pareceres de Orientação nº 34 e nº 35, em 2006 e 2008, respectivamente.

O Parecer nº 34 trata do impedimento de voto do acionista controlador em operações de incorporação de ações onde há a previsão de relações de trocas desproporcionais.

Tratando do tema, a CVM assim destaca:

A avaliação das ações, para efeito de relação de troca, tem sido feita do seguinte modo: em primeiro lugar, define-se o valor da Companhia, normalmente por valor econômico baseado em fluxo de caixa descontado. Em um segundo momento, atribui-se um valor para as ações de titularidade dos acionistas da Companhia (por cotação de mercado ou outro critério, e por vezes com valores diversos para espécies diversas de ações), sem considerar as ações de titularidade da Sociedade Holding, apurando-se o valor do conjunto de tais ações. Por fim, atribui-se às ações remanescentes, de titularidade da Sociedade Holding, valor equivalente à diferença entre o valor do conjunto das ações dos demais acionistas, apurado na forma antes descrita, e o valor de avaliação total da Companhia, apurado em primeiro lugar.

Alternativamente, o mesmo resultado final pode ser alcançado se a relação de troca desproporcional decorre, total ou parcialmente, do fato de que o número de ações de emissão da Sociedade Holding antes da operação de incorporação é proporcionalmente maior que o número de ações de emissão da Companhia por ela detidas antes da operação, emitindo-se as ações da Sociedade Holding, no aumento de capital decorrente da incorporação, ou da incorporação de ações sem ajustar tal desproporção.

E, complementa, aduzindo que:

Têm sido adotados mecanismos visando a permitir que uma parcela expressiva dos acionistas não-controladores da Companhia, mesmo titulares de ações sem direito a voto, tenham a possibilidade de vetar a operação, desde que compareçam à assembleia em número expressivo (normalmente 50% mais uma ação emitida, excluídas as ações da Sociedade Holding), e votem contra a incorporação.

A CVM entende, entretanto, que tais mecanismos somente seriam eficazes para afastar a discussão sobre o impedimento de voto da Sociedade Holding nas operações descritas caso a incorporação, ou a incorporação de ações, somente fosse aprovada pelo voto afirmativo de acionistas não beneficiados que completassem isoladamente o quórum legal, pois nessa hipótese o voto do acionista beneficiado de maneira particular seria irrelevante, e um terceiro (o conjunto dos demais acionistas) teria confirmado o sobre-preço concedido às ações de titularidade da Sociedade Holding.

A CVM entende, também, que, caso a proposta de incorporação (ou incorporação reversa) da Companhia, ou de suas ações, contemple diferentes relações de troca considerando as diferentes espécies de ações detidas pelos acionistas que não sejam acionistas da Sociedade Holding, atribuindo, assim, por exemplo, diferentes valores para as demais ações com voto e as ações sem voto, os acionistas titulares de ações com voto, ainda que não sejam acionistas da Sociedade Holding, também estarão impedidos de votar, salvo se a diferença de relação de troca basear-se em critérios objetivamente verificáveis (como o fluxo futuro de caixa descontado, ou as diversas cotações em mercados organizados) e não apenas no eventual direito a alienarem suas ações em ofertas públicas por alienação de controle.

Feitas tais considerações, a CVM conclui o parecer fazendo as seguintes orientações:

Em situações em que se vise à unificação das espécies de ações da companhia ou à migração para segmentos especiais de listagem em que as ações do acionista controlador, ou do proponente da operação, sejam detidas por sociedade cujo único ativo, ou único ativo relevante, sejam essas mesmas ações (Sociedade Holding), e seja submetida à aprovação da assembleia a deliberação de incorporação (ou incorporação reversa) da Companhia, ou de suas ações, na Sociedade Holding, a Sociedade Holding e os seus acionistas (caso detenham participação direta na Companhia) estarão impedidos de votar, na forma do art. 115, § 1º, da Lei 6.404/76, caso a proposta de incorporação (ou incorporação reversa) da Companhia, ou de suas ações, considere uma relação de troca que atribua valor diferente às ações de emissão da Companhia que sejam de propriedade da Sociedade Holding, e às demais ações da mesma espécie e classe de emissão da Companhia.

Da mesma forma, a Sociedade Holding e os seus acionistas (caso detenham participação direta na Companhia) estarão impedidos de votar, na forma do art. 115, § 1º, da Lei 6.404/76, caso a proposta de incorporação (ou incorporação reversa) da Companhia, ou de suas ações, considere uma relação de troca que atribua valor diferente às ações de emissão da Companhia que sejam de propriedade da Sociedade Holding, e às demais ações de emissão da Companhia, ainda que de espécie ou classe diversas, caso a diferença de valor não se baseie em laudo que considere os diferentes valores econômicos de cada uma das ações com base em critérios objetivamente verificáveis (como o fluxo futuro de dividendos descontado, ou as diversas cotações em mercados organizados)

O mesmo impedimento de voto deve incidir se a operação for realizada de modo a conferir o mesmo número de ações da Sociedade Holding a todas as espécies e classes de ações de emissão da Companhia, mas o número de ações emitidas pela Sociedade Holding antes da operação for proporcionalmente superior ao número de ações da Companhia de que ela seja titular antes do negócio, resultando, na prática, na mesma desproporção que determina a existência do benefício particular para a Sociedade Holding e seus acionistas de que trata este Parecer de Orientação.

Adicionalmente, caso a proposta de incorporação (ou incorporação reversa) da Companhia, ou de suas ações, contemple diferentes relações de troca considerando as diferentes espécies de ações detidas pelos acionistas que não sejam acionistas da Sociedade Holding, atribuindo, assim, por exemplo, diferentes valores para as demais ações com voto e as ações sem voto, os acionistas titulares de ações com voto, ainda que não sejam acionistas da Sociedade Holding, também estarão impedidos de votar, salvo se a diferença de relação de troca basear-se em critérios objetivamente verificáveis.

A CVM, embora considere que a OPA de permuta seria o meio mais adequado para a realização de operações de migração como as descritas neste Parecer de Orientação, não atuará para reprimir operações de incorporação (ou incorporação reversa) de Companhias, ou de suas ações, caso seja previsto, inclusive no edital de convocação da assembleia, que a aprovação dependerá do voto afirmativo dos demais acionistas, inclusive para a formação do quórum legal, observado tanto o impedimento de voto da Sociedade Holding e de seus acionistas (caso detenham diretamente ações da Companhia), quanto, se for o caso, o impedimento de voto dos demais acionistas titulares de ações com voto, referido parágrafo anterior.

Depreende-se com clareza que ao editar o Parecer de Orientação supracitado, a CVM tem como nítida intenção aumentar o nível de governança nas operações de incorporação de ações, evitando que o controlador extraia benefícios particulares em prejuízo dos demais acionistas.

Não obstante, por mais que possa parecer uma boa saída para evitar abusos, as orientações contidas no referido parecer devem ser analisadas com cautela, sob pena inviabilizar por completo determinadas operações, e, até mesmo, dar azo para que os minoritários, por sua vez, possam agir de maneira abusiva.

Diante desse eventual cenário, Eduardo Secchi Munhoz (2009, p. 147) adverte que “o impedimento de voto, ao eliminar por completo a influência do controlador, pode criar uma situação inversa, qual seja, a de uma minoria com poder de extrair benefícios particulares da operação, em detrimento do interesse social”.

Com a maestria que lhe é corriqueira, Sérgio Botrel (2016, p. 138) bem destaca os eventuais riscos de se adotar, sem as cautelas de praxe, as orientações contidas no Parecer. Veja:

Com efeito, o controle prévio de legalidade de voto para além das hipóteses de conflito formal estrito (i. e., deliberações (i) relativas ao laudo de avaliação de bens com que o acionista venha a concorrer para a formação do capital social e (ii) aquelas relativas à aprovação de suas contas como administrador) mostra-se arriscado, colocando em xeque o princípio majoritário, que é um dos alicerces sobre o qual se apoia o direito societário. Ademais, é de se presumir a boa-fé do controlador, e não o contrário. Caso os acionistas não controladores se sintam lesados pela relação de troca aprovada em assembleia geral, compete-lhes provarem a iniquidade de deliberação para, então, obterem a tutela de seus direitos. A rigor, o controle *ex post* se mostra mais adequado do que aquele *ex ante*, sugerido pelo texto de orientação referido.

Assim, afiliando-se às ideias propostas por Sérgio Botrel, tem-se que a melhor alternativa – mesmo na atual situação política e econômica em que vive o país, em que a ética e a boa-fé estão sendo deixadas de lado – é presumir a boa-fé do acionista controlador, no sentido de que ele não está perpetrando abusividades.

De fato, exigir previamente que alguém cumpra o que está previsto em lei é fazer desnecessário, ao passo que o acionista controlador sabe muito bem de seus direitos e obrigações.

Todavia, caso os minoritários verifiquem indícios fortes de abusividade, devem pleitear o controle *a posteriori* da relação de troca aprovada em assembleia geral, a fim de promover a tutela dos seus direitos, pleiteando eventuais indenizações, a imposição de determinadas obrigações de fazer ou até mesmo a anulação da assembleia geral,

condicionando a aprovação de uma outra assembleia à adoção de relação de troca que realmente retrate a realidade.

Já o Parecer de Orientação nº 35, dita diretrizes a serem observadas pelos administradores das sociedades envolvidas na operação de incorporação de ações.

Por meio do referido Parecer de Orientação, a CVM destaca que para cumprir com seus deveres e alcançar os resultados esperados pela Lei nº 6.404, de 1976, os administradores de companhias abertas devem instituir procedimentos e tomar todas as medidas necessárias para que a relação de troca e demais condições da operação sejam negociadas de maneira independente. Um processo de negociação independente tende a propiciar a comutatividade da operação e a demonstrar o cumprimento dos deveres fiduciários previstos em lei.

Nesse sentido, a CVM entende que os administradores das companhias abertas controladas ou, no caso de companhias sob controle comum, de ambas as companhias, devem adotar os seguintes procedimentos nas operações de que trata o art. 264 da Lei nº 6.404, de 1976:

- i) a relação de troca e demais termos e condições da operação devem ser objeto de negociações efetivas entre as partes na operação;
- ii) o início das negociações deve ser divulgado ao mercado imediatamente, como fato relevante, a menos que o interesse social exija que a operação seja mantida em sigilo;
- iii) os administradores devem buscar negociar a melhor relação de troca e os melhores termos e condições possíveis para os acionistas da companhia;
- iv) os administradores devem obter todas as informações necessárias para desempenhar sua função;
- v) os administradores devem ter tempo suficiente para desempenhar sua função;
- vi) as deliberações e negociações devem ser devidamente documentadas, para posterior averiguação;
- vii) os administradores devem considerar a necessidade ou conveniência de contratar assessores jurídicos e financeiros;
- viii) os administradores devem se assegurar de que os assessores contratados sejam independentes em relação ao controlador e remunerados adequadamente, pela companhia;
- ix) os trabalhos dos assessores contratados devem ser devidamente supervisionados;
- x) eventuais avaliações produzidas pelos assessores devem ser devidamente fundamentadas e os respectivos critérios, especificados;
- xi) os administradores devem considerar a possibilidade de adoção de formas alternativas para conclusão da operação, como ofertas de aquisição ou de permuta de ações;
- xii) os administradores devem rejeitar a operação caso a relação de troca e os demais termos e condições propostos sejam insatisfatórios;

- xiii) a decisão final dos administradores sobre a matéria, depois de analisá-la com lealdade à companhia e com a diligência exigida pela lei, deve ser devidamente fundamentada e documentada; e
- xiv) todos os documentos que embasaram a decisão dos administradores devem ser colocados à disposição dos acionistas, na forma do art. 3º da Instrução CVM nº 319, de 3 de dezembro de 1999.

Além disso, seguindo a experiência internacional acerca da interpretação dos deveres fiduciários dos administradores, a CVM recomenda que:

- i) um comitê especial independente seja constituído para negociar a operação e submeter suas recomendações ao conselho de administração, observando as orientações contidas no parágrafo anterior; ou
- ii) a operação seja condicionada à aprovação da maioria dos acionistas não-controladores, inclusive os titulares de ações sem direito a voto ou com voto restrito.

Na formação do comitê especial independente acima referido, a CVM recomenda a adoção de uma das seguintes alternativas:

- i) comitê composto exclusivamente por administradores da companhia, em sua maioria independentes;
- ii) comitê composto por não-administradores da companhia, todos independentes e com notória capacidade técnica, desde que o comitê esteja previsto no estatuto, para os fins do art. 160 da Lei nº 6.404, de 1976; ou
- iii) comitê composto por: (a) um administrador escolhido pela maioria do conselho de administração; (b) um conselheiro eleito pelos acionistas não-controladores; e (c) um terceiro, administrador ou não, escolhido em conjunto pelos outros dois membros.

Interpretando o Parecer sob análise, Sérgio Botrel (2016, p. 139) bem aduz que:

A relevância do comportamento dos administradores intensifica-se, ainda, em virtude do crescente número de companhias que têm capital disperso, nas quais a efetiva negociação das bases da operação se dá pelo Conselho de Administração. No exercício dessa função de negociar e definir as condições da operação tem-se tornado cada vez mais comum que o Conselho de Administração contrate assessores para auxiliá-los na definição dos critérios que serão utilizados na negociação.

Sobre o referido Parecer de Orientação, Daniel Kalansky (2012, p. 131) adverte que:

A adoção dos procedimentos indicados pelo Parecer de Orientação n.35/2008 pode acabar por (i) ampliar a possibilidade de práticas de *insider trading*, pelo fato de mais pessoas terem acesso a detalhes da operação no momento de sua concepção; (ii) criar custos expressivos e desnecessários para as companhias envolvidas; e (iii) implicar atividades redundantes entre as atividades dos administradores e os membros do comitê.

Mesmo diante da advertência posta pelo autor supracitado, fica evidente que, com a adoção de todas ou de parte das diretrizes postas no parecer acima mencionado, as operações de incorporação de ações tendem a ser mais transparentes e imparciais – sem a predominância do interesse dos controladores sobre os interesses dos minoritários –, especialmente em se tratando de operações envolvendo companhia com capital pulverizado.

Não obstante, como o próprio nome diz, tratam-se de pareceres de orientação, cujo intuito principal é orientar. Portanto, vale dizer que referidos pareceres não tem qualquer poder de impor aos controladores ou aos administradores a adoção das orientações ali contidas.

No entanto, o descumprimento dos pareceres de orientação pode culminar na abertura de processos administrativos sancionadores no âmbito da CVM, sob o rito da Resolução CVM 538/08.⁵³

Ao final de cada processo administrativo, caso fique comprovado o descumprimento das disposições contidas nas resoluções acima, a CVM poderá aplicar ao infrator alguma das seguintes sanções prescritas pelo artigo 11 da Lei nº 6385/76:

Art. 11. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da lei de sociedades por ações, das suas resoluções, bem como de outras normas legais cujo cumprimento lhe incumba fiscalizar, as seguintes penalidades:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão do exercício do cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta, de entidade do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários; (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997)

IV - inabilitação temporária, até o máximo de vinte anos, para o exercício dos cargos referidos no inciso anterior; (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997)

⁵³ Disponível em: <file:///C:/Users/Luciano/Downloads/deli538consolid.pdf> Acesso em: 10 jul. 2016.

V - suspensão da autorização ou registro para o exercício das atividades de que trata esta Lei;

VI - cassação da autorização ou registro indicados no inciso anterior.

VI - cassação de autorização ou registro, para o exercício das atividades de que trata esta Lei; (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997)

VII - proibição temporária, até o máximo de vinte anos, de praticar determinadas atividades ou operações, para os integrantes do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários; (Incluído pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997)

VIII - proibição temporária, até o máximo de dez anos, de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores mobiliários. (Incluído pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997).

Ademais, além das sanções supracitadas,, referidos pareceres podem servir de parâmetros para a constatação de eventual abuso de direito ou abuso do poder de controle em operações de incorporação de ações.

E, por falar em abuso do poder de controle, logo à frente as atenções serão voltadas para a aplicação desse instituto, bem como do instituto do abuso do direito, nas operações de incorporação de ações.

No entanto, antes disso, insta tecer breves comentários sobre as principais diferenças entre a incorporação de ações e a incorporação de sociedades.

6 ABUSO DO DIREITO NAS OPERAÇÕES DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Antes de adentrar ao estudo específico do abuso do direito na incorporação de ações, importa reiterar os motivadores e os fins que se busca através dessa operação societária, conforme abordagem realizada no tópico 6.1.

Em suma, essas operações, como regra geral, implementam a estratégia empresarial do crescimento inorgânico, facilitando o acesso a novos mercados e atividades, possibilitando o aumento de poder de mercado e contribuindo para ganhos de eficiência financeira com a exploração de sinergias de custos e complementaridades.

Considerando o tema central deste tópico (e da própria dissertação), vale destacar que incorre em abuso do direito o sujeito que ao exercer determinado direito não observa o fim – ou os fins – econômico ou social ou deixa de respeitar a boa-fé ou os bons costumes da norma.

Nesse contexto, o propósito deste tópico é investigar os efeitos da constatação do abuso do direito na incorporação de ações.

Conforme já observado no tópico 5.4, para que a incorporação de ações possa ser aprovada é necessário o voto favorável dos titulares da maioria do capital social votante das companhias envolvidas. Sendo assim e em virtude de tudo o que foi demonstrado nos tópicos 4 e 5 da presente dissertação, resta evidente que nas operações de incorporação de ações o abuso do direito poderá ser constatado, com especial intensidade, na assembleia geral, através do abuso do poder de controle, consubstanciado no voto abusivo.

Diante disso, qual – ou quais – consequências podem decorrer caso a incorporação de ações tenha sido aprovada com prevalência dos votos abusivos?

A primeira consequência lógica a ser aplicada neste caso é a responsabilização daquele ou daqueles que causaram danos ao votarem de maneira abusiva, incorrendo em abuso do direito, em virtude do disposto no parágrafo terceiro do artigo 115 da LSA, que prevê o seguinte: “§ 3º o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido”.

Não obstante, com frequência, no caso concreto, mais importante do que a reparação em pecúnia dos danos causados é o desfazimento do negócio jurídico eivado de abuso. Nesse sentido, César Fiuza (2014, p. 342) esclarece:

Ao contrário do ato ilícito em sentido estrito, que admite várias consequências, o ato abusivo apresenta, sempre que possível, duas sanções: o desfazimento do que tenha sido feito, no exercício do abuso do direito, além da indenização, da tutela inibitória e da improponibilidade da ação. Essas sanções são também classificadas como sanções direta (a primeira) e indiretas (as demais) do ato abusivo.

Bulhões Pedreira e Lamy Filho (2009, p. 842) prelecionam que “nessas hipóteses, impõe-se romper o elo da deliberação abusiva, para que a fraude não prospere, e o abuso não se consuma”.

Apenas a título de exemplo, imagine a hipótese em que o acionista controlador, pretendendo incorporar as ações de determinada controlada, aprova a operação nas assembleias gerais de ambas as companhias e fixa relação de troca totalmente desproporcional, que não guarda qualquer vínculo com a real situação econômica das

empresas, com o fim exclusivo de beneficiar-se, causando prejuízos aos minoritários em virtude da infundada diluição.

Em que pese ser outorgado o direito de retirada aos minoritários nota-se, com frequência, que essa alternativa pode não ser suficiente para tutelar os direitos dos minoritários. Afinal, o critério de avaliação das ações para fins de reembolso poderá tornar o recesso ainda menos atrativo do que “aceitar” a relação de troca aprovada em assembleia, restando ao prejudicado demonstrar a iniquidade dos termos da operação, assim como o preenchimento dos requisitos para a configuração do abuso de direito. Feito isso, poderá pleitear a anulação da deliberação da assembleia.

O mesmo pode ser dito na hipótese em que determinados acionistas pretendem fazer com que uma holding não operacional de capital fechado incorpore todas as ações de companhia de capital aberto, tão somente com o intuito de cancelar o registro desta, promovendo o que se chama na prática de “fechamento branco de capital”.

Neste ponto, importante esclarecer o que é o “fechamento branco de capital”. O “fechamento branco de capital” ocorre quando um acionista controlador ou determinado grupo detentor do controle acionário, decide promover a incorporação de ações de companhia de capital aberto, por companhia de capital fechado, tendo como única finalidade promover o cancelamento de registro daquela, por via diversa da prevista no §4, do artigo 4^o⁵⁴ da LSA. Diante disso, a companhia que outrora negociava suas ações no mercado de valores mobiliários passaria a ser subsidiária integral de companhia de capital fechado.

Sobre o fechamento branco de capital envolvendo companhia aberta controlada, Francisco Neto Costa e Silva e Carlos Martins Neto (2015, p. 23) elucidam que:

Ademais, a incorporação de ações geralmente é apenas um passo para o fechamento de capital: primeiro, o controlador transforma a companhia aberta controlada em subsidiária integral; num segundo momento, após a “poeira

⁵⁴ § 4o O registro de companhia aberta para negociação de ações no mercado somente poderá ser cancelado se a companhia emissora de ações, o acionista controlador ou a sociedade que a controle, direta ou indiretamente, formular oferta pública para adquirir a totalidade das ações em circulação no mercado, por preço justo, ao menos igual ao valor de avaliação da companhia, apurado com base nos critérios, adotados de forma isolada ou combinada, de patrimônio líquido contábil, de patrimônio líquido avaliado a preço de mercado, de fluxo de caixa descontado, de comparação por múltiplos, de cotação das ações no mercado de valores mobiliários, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, assegurada a revisão do valor da oferta, em conformidade com o disposto no art. 4o-A.

abaixar”, ele cancela o registro de companhia aberta da subsidiária integral sem realizar oferta pública, pelo simples fato de não haver destinatário para a oferta. Ressalte-se que tal procedimento é totalmente contrário ao sistema de proteção aos acionistas minoritários no que diz respeito às operações de fechamento de capital instituído pela Lei das S/A reformada.

Ao abordar o tema, Sérgio Botrel (2016, p. 151) aduz que “a conversão de uma companhia aberta em subsidiária integral, por força da incorporação de ações, pode implicar o fechamento de capital da incorporada. O fechamento de capital, nesses casos, seria, como regra, efeito e não causa da incorporação de ações”.

Não obstante, tendo em vista que a incorporação de ações pode ser utilizada tão somente com o intuito de promover o fechamento branco de capital de companhia aberta, Sérgio Botrel (2016, p. 153) adverte que “o reconhecimento de autonomia jurídica e funcional da incorporação de ações deve ser compreendido como a regra geral, que poderá ceder espaço, em caráter de exceção, diante da comprovação de desvio de finalidade do instituto.

A comprovação do desvirtuamento da incorporação de ações poderá fundamentar o pedido de anulação das deliberações tomadas em abuso de direito, em virtude do que dispõe o artigo 286 da LSA, que tem a seguinte redação: “Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembléia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação”.

Neste ponto, vale trazer novamente à baila a lição de Erasmo Valladão Azevedo E Novaes França (1999, p. 117) que preleciona o seguinte:

Os vícios do voto, se decisivos para a formação da maioria, podem levar à anulação da assembleia, ou de uma ou algumas de suas deliberações, conforme o caso. Vigora inteiramente, no tocante a essa matéria, pois, o regime de anulabilidade previsto, genericamente, no art. 286, e, especificamente, no §4º do art. 115. Aqui se acha excluída a sanção de nulidade, na medida em que encontram-se em jogo unicamente interesses dos acionistas, aos quais a lei outorga remédio adequado para a sua defesa, sem necessidade de se comprometer a desejada estabilidade dos aludidos atos societários.

Cumulativamente ao conjunto de ideias acima, é importante averiguar se é necessária a comprovação de culpa para que fique caracterizado o abuso do direito.

No decorrer de todo o trabalho foi bem destacado que para a caracterização da conduta abusiva do agente a prova de culpa é prescindível, tendo em vista que no direito pátrio prevalece a adoção da teoria objetiva-finalista do abuso do direito⁵⁵. Nesse sentido foi aprovado pelo Conselho de Justiça Federal o Enunciado nº 37, com a seguinte redação: “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Desta feita, em que pese o voto abusivo e o abuso do poder de controle serem institutos estritamente societários, eles devem ser considerados ramificações da corrente moderna do abuso do direito e, por isso, as mesmas regras aplicáveis ao abuso do direito devem ser aplicados ao abuso do poder de controle e ao voto abusivo.

Assim, se no caso concreto ficar comprovado que ao votar o acionista não observou o fim axiológico da norma, sua conduta pode ser considerada abusiva, sendo desnecessária a prova da sua real intenção (ou mesmo a investigação do seu nível de diligência) ao praticar o ato para que lhe seja imputável a competente responsabilização, bem como para que a deliberação assemblear aprovada abusivamente possa ser anulada.

Desta maneira, não se faz necessário provar se os acionistas que aprovaram a operação tiveram ou não a intenção de prejudicar os demais acionistas ou a própria companhia, bastando, tão somente, a prova do dano para imputar-lhes a responsabilidade civil, bem como a prova da abusividade – nos moldes do abuso do direito – de suas condutas para dar azo à anulação das deliberações assembleares.

Nesse sentido, Modesto Carvalhosa (2013, p. 689) bem ensina que:

Não cabe saber o grau do interesse (comissivo) ou desinteresse (omissivo) que causou a conduta do controlador. Cabe, apenas, indagar se ela causou ou não dano. O que deve ser considerado é tão somente a relação direta da conduta antijurídica do controlador com o dano concreto e atual causado à companhia e aos demais acionistas. Agora, no capítulo da ética, não se pode levar em consideração se a conduta do controlador foi interessada ou desinteressada, ou seja, se agiu com boa-fé subjetiva ou não.

Feitas tais considerações, importa consignar o prazo prescricional para que eventual indenização seja pleiteada, bem como para que a anulação da deliberação da assembleia eivada de votos abusivos seja anulada.

⁵⁵ Vide tópico 2.5.

Tratando-se de indenização por ato ilícito, a regra geral estampada no Código Civil de 2002 é de que o prazo prescricional para que se possa pleitear a devida indenização é de três anos, a contar da data do fato. É isso que prevê o artigo 206, §3º, V, do Código Civil de 2002. Veja:

Art. 206. Prescreve:
[...]
§ 3º Em três anos:
[...]
V - a pretensão de reparação civil.

Em se tratando de abuso de direito cometido em operações de incorporação de ações, o prazo prescricional também é de três anos, todavia, aplicando-se o disposto no artigo 287, II, “2” da Lei nº 6404/76 (LSA), que prevê o seguinte:

Art. 287. Prescreve:
[...]
II - em 3 (três) anos:
[...]
b) a ação contra os fundadores, acionistas, administradores, liquidantes, fiscais ou sociedade de comando, para deles haver reparação civil por atos culposos ou dolosos, no caso de violação da lei, do estatuto ou da convenção de grupo, contado o prazo:
[...]
2 - para os acionistas, administradores, fiscais e sociedades de comando, da data da publicação da ata que aprovar o balanço referente ao exercício em que a violação tenha ocorrido.

Já para a anulação da deliberação que aprovou a operação o prazo prescricional é de dois anos, contados da deliberação, conforme prevê o artigo 286 da LSA, cuja redação é a seguinte: “Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembleia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação”.

Em que pese o artigo supracitado aduzir que o prazo prescricional para anular a deliberação tomada em assembleia geral comece a contar da própria deliberação, Modesto Carvalhosa (2009, p. 476) – de maneira acertada, diga-se de passagem – bem aduz que “esse lapso não retira, no entanto, a imperiosidade de se contar o prazo a partir da

publicação do ato societário (art. 289), pelo simples fato de a eficácia do mesmo somente se produzir a partir do seu arquivamento e publicação”.

Assim, dúvidas não restam de que o prazo prescricional referido no artigo 286 da LSA conta-se do arquivamento e publicação do ato, e não da mera deliberação. Isso porque, na prática, pode transcorrer um longo lapso temporal entre a data da efetiva deliberação e seu arquivamento e publicação. Entender de maneira contrária pode causar sérios prejuízos aos acionistas e, até mesmo, a terceiros, vez que somente com o arquivamento e publicação o ato é considerado de conhecimento público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que determinado negócio jurídico seja lícito, além de cumprir rigorosamente os ditames legais postos pela lei, a finalidade dos direitos que o orbitam deve ser observada.

Assim, ao exercer determinado direito subjetivo, seu titular deve respeitar os limites da boa-fé, dos bons costumes ou do fim econômico ou social desse direito, sob pena de incorrer em abuso do direito. Estas premissas são aplicáveis às operações societárias de uma maneira geral, incluídas as incorporações de ações.

As companhias, os controladores e os administradores envolvidos na incorporação de ações (ou de sociedades), além de cumprir rigorosamente o que prevê a lei e as resoluções da CVM, devem observar o elemento axiológico das normas aplicáveis à espécie, sob pena de, não o fazendo, incorrerem em abuso do direito.

Desta feita, especialmente nas incorporações de ações (ou de sociedades) que resultem em transferência do poder de controle ou no fechamento branco de capital, é preciso observar (como constatado nesta dissertação) que para legitimar a operação não basta a mera alegação de que os ditames legais expressos foram observados.

Isso porque se no caso concreto ficar caracterizado que quando da efetivação da operação societária os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes, ou os fins econômicos ou sociais da norma não foram respeitados, o abuso do direito estará presente, de modo a gerar os seguintes efeitos: indenização pelos danos amargados, anulação da assembleia geral onde foi aprovada a operação societária eivada de abuso de direito e, até mesmo, fixação de condicionantes para que a mesma matéria possa ser aprovada em outra assembleia geral.

Nas incorporações de ações, tendo em vista que a operação necessariamente deve ser aprovada em assembleia geral, foi constatado que o abuso do direito é verificado especialmente através do exercício abusivo do direito do voto.

Aproveitando do fato de possuir a maioria do capital, determinados acionistas aprovam a operação societária tão somente para buscar vantagens para si ou para terceiros ou para causar prejuízos à companhia ou aos demais acionistas.

Em tais situações, caso seja constatado que o acionista exerceu abusivamente seu direito de voto, inobservando o fim axiológico da norma, estar-se-á diante do abuso do direito.

Na presente dissertação chegou-se à conclusão de que os votos abusivos são considerados nulos e as decisões assembleares aprovadas através desses votos são anuláveis dentro do prazo prescricional de dois anos previsto pelo artigo 286 da LSA.

Assim, conclui-se que o instituto do abuso do direito pode ser utilizado pelos acionistas vencidos ou dissidentes para pleitear o ressarcimento de eventuais danos amargados, bem como – e às vezes o mais importante dos efeitos – a anulação das deliberações societárias que aprovou a incorporação de ações promovida com o intuito exclusivo de causar benefícios aos controladores ou causar prejuízos à companhia, à terceiros ou aos demais acionistas.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do Abuso de Direito*: Ensaio de um critério no direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. [trad. esp. Teoría de los derechos fundamentales. 2. ed. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Illeciti Atipici*. Mulino: Ricerca, 2004]

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 10ª ed., São Paulo: Renovar, 2007.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; *Curso de Direito Civil*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

BRASIL, Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, *Lei das S.A.* Brasília: Senado, 1.976.

BRASIL, Lei 10.303, de 31 de outubro de 2001, Altera e acrescenta dispositivos na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília: Senado, 2001.

BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, *Código Civil*. Brasília: Senado, 2002.

BUSTAMENTE, Lino Rodrigues-Ariaz. *El abuso del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: EJE, 1971.

CARPENA, Heloísa. *O abuso do direito no código civil de 2002, relativização dos direitos na ótica civil constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2003.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do Direito*. 4. ed. Curitiba: Juruá; 2006.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a. 1.v.

_____. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b. 2.v.

_____. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009c. 3.v.

_____. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009d. 4.v. t.i.

_____. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009e. 4. v. t.ii.

_____. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 2.v

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *Estudos de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003. 2.v.

_____. *O Direito de Saída Conjunta (“tag along”)*. In: LOBO, Jorge. *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei n. 10.303, de 31.10.2001*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial*. 1. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Forense, 1995.

_____. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COSTA E SILVA, Francisco; NETO, Carlos Martins. *A utilização do instituto da incorporação de ações como forma de burlar a exigência legal de OPA para fechamento*

de capital. Disponível em: <<http://www.bocater.com.br/wp-content/uploads/2013/10/artigo-2008-062.pdf>> Acesso em: 2 jun. 2016.

COUTINHO, Sérgio Mendes Botrel. *Fusões e Aquisições*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. *Oferta Pública de Aquisição de Controle de Companhia Aberta*. In: SADDI, Jairo. *Fusões e Aquisições: aspectos jurídicos e econômicos*. São Paulo: IOB, 2002.

_____. *Temas de Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do direito nas relações obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIUZA, César. *Direito Civil Curso Completo*. Belo Horizonte: Revista dos tribunais, 2014.

FIUZA, César. *Direito Civil Curso Completo*. Belo Horizonte: Revista dos tribunais, 2015.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Invalidez das deliberações de assembleias das S.A.* São Paulo: Malheiros, 1999.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, nº 86, jun. 1942.

KALANSKY, Daniel. *Incorporação de Ações: estudo de casos e precedentes*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LAMY FILHO, Alfredo. *Temas de S.A.: exposições, pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. *A Lei das S.A.: pressupostos, elaboração, modificações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v.1.

_____. *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1

_____. *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 2.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Acordo de comando e poder compartilhado*, in *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004. v. 2

_____. *Incorporação de Companhia Controlada*, in *Revista de Direito Mercantil*. 94/87.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *Anotações sobre o Abuso de Direito*, in: *Revista dos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 667, set. 2002.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Desafios do direito societário brasileiro na disciplina da companhia aberta: avaliação dos sistemas de controle diluído e concentrado*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Direito Societário: desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Aquisição de Controle na Sociedade Anônima*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974.

ROSENVOLD, Nelson. *Dignidade Humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, Alexandre Couto. *Conflito de Interesses: problemas de agência*, in: *Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, in: *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

XAVIER, Alberto. *Incorporação de ações: Natureza jurídica e regime tributário in Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão coord. São Paulo: Quartier Latin, 2007.