

Insper

Insper
LLM – Direito Societário

Eduardo Soares Cruz de Oliveira

Abuso no Poder de Veto

São Paulo
2018

Eduardo Soares Cruz de Oliveira

Abuso do poder de veto

TCC apresentado ao curso LLM Direito Societário, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Master of Law do Insper Instituto de Ensino e Pesquisa.

Orientador: Prof. Ana Cristina Von Gusseck Kleindienst

São Paulo

2018

Cruz de Oliveira, Eduardo Soares

Abuso do poder de veto: incluir subtítulo

Eduardo Soares Cruz de Oliveira – São Paulo, 2018

n.f.

Artigo – Insper, 2018

Orientadora: Ana Cristina Von Gusseck Kleindienst

1.Direito. 2.Direito Societário. 3. Abuso de poder de Veto I.

Eduardo Soares Cruz de Oliveira II. Abuso do poder de
Veto

Eduardo Soares Cruz de Oliveira

Abuso do Poder de Veto

Artigo para conclusão do curso LLM
Direito Societário, com objetivo de
aprovação na disciplina Monografia II;
Insper; Direito Societário.

Orientadora: Ana Cristina Von Gusseck
Kleindienst

Data de Aprovação: ____/____/____

À minha mãe, Ana Cristina a quem amo mais do que tudo.

Ao meu pai, Francisco Eduardo de quem sinto saudades eternas.

Aos meus amigos Tiago, Roberto e Diego que muito me ajudaram e apoiaram.

RESUMO

O abuso de poder muitas vezes é confundido com um abuso no controle da companhia. Todavia esta não é a única forma que o abuso pode se manifestar na relação entre sócios. O abuso no poder de veto é conduta praticada pelo minoritário que por intermédio de ações com poderes especiais ou do contrato de acionistas força os rumos da companhia vetando todas as condutas que não sejam indicadas por ele. Como consequência deste abuso, e da falta de profundidade na qual a lei trata do tema, diversos conflitos podem surgir, inviabilizando a boa gestão do negócio. O presente trabalho visa apontar as condições de abuso do poder de veto e como mitigar tais situações.

Palavras-Chave: Abuso de Minoria. Abuso poder de veto. Acordo de Acionistas. Má-fé.

RESUMO

The abuse of power is often mistaken with abuse of control. However this is not the only way the abuse manifests itself between partners. The abuse of the veto clause is a conduct practiced by the shareholder through misuse of the control. However this is not the only way abuse can manifest itself between the shareholders. The abuse can also happen within the acts of the shareholder who owns the minority of the stocks by using the power of veto granted by stocks with special legal rights or by a bylaw.

The consequences of this conduct and the lack of depth of Brazilian's legal system in that area many conflicts may arise, therefore making the business impossible.

This paper intends to define the abuse of the veto power and how to mitigate this scenery.

Palavras-Chave: Abuso de Minoria. Abuso poder de veto. Acordo de Acionistas. Má-fé.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	05
1.1. ORIGEM DO PODER DOS ACIONISTAS	07
2. DIREITO-FUNÇÃO DOS ACIONISTAS.....	10
2.1 CONCEITO DE CONTROLE.....	10
2.1.1 CONTROLE TOTALITÁRIO.....	11
2.1.2 CONTROLE DE MAIORIA.....	11
2.1.3 CONTROLE GERENCIAL.....	11
2.1.4 CONTROLE DE MINORIA.....	11
2.2. OBRIGAÇÃO DE VOTO NO INTERESSE DA COMPANHIA.....	12
2.3. DESVIO DA CONDUTA DO SÓCIO E A CONDUTA ABUSIVA.....	15
3. CONTRATOS PARASSOCIAIS.....	20
3.1 ACORDO DE ACIONISTAS.....	20
3.2 CLÁUSULAS DE VETO.....	23
3.3 FUNÇÕES DAS CLÁUSULAS DE VETO.....	24
3.4 CLÁUSULAS TÍPICAS DE VETO.....	25
4. A CONDUTA ABUSIVA.....	27
4.1 ABUSO DE DIREITO DE VETO.....	28
4.2 CONFLITO DE INTERESSES E O ABUSO.....	29
5. MECANISMOS DE PREVENÇÃO E CONTROLE DE ABUSO.....	32
6. CONCLUSÃO.....	34

1 INTRODUÇÃO

A manutenção do exercício da atividade econômica de maneira eficiente exige a cooperação entre todos os agentes envolvidos.

O direito societário preocupa-se com uma parcela destes agentes que são os sócios e sua relação entre si e com a sociedade. Tanto que Weidemann preceitua que a “situação da vida que o direito societário regula, em primeira linha, é a comunidade de pessoas, que se associaram para atingir um fim comum”.

Tais relacionamento entre pessoas (sócios) se tornaram cada vez mais sofisticadas. No mesmo sentido as relações comerciais em um ambiente altamente dinâmico são quase infinitas, inclusive sobre isso argumenta Mariana Craveiro (2003, p.37)

“A infinita possibilidade de criação de negócios jurídicos com base em cada vez mais diversas e especializadas operações econômicas passou a afetar cada vez mais o relacionamento entre sócios e conduziu os agentes econômicos, pois, a estipular os mais variados ajustes sobre ele incidentes, no exercício de sua autonomia contratual, resultado em sofisticada engenharia negocial”

Devido a tal infinidade o objetivo deste trabalho não é analisar todo o tipo de comportamento que pode ser adotado pelo sócio frente a companhia ou aos demais sócios. Pelo contrário, objetiva-se com o presente a análise de um comportamento patológico específico. O abuso no poder de vetar decisões e/ou condutas.

Se observa com maior facilidade o comportamento abusivo quando este é exercido pelo controlador, todavia este não é o único agente apto a tal comportamento.

Muito da Lei 6404/76 foi concebido sob o prisma da proteção ao minoritário e responsabilização do controlador da companhia. Todavia, ao debruçar-se no artigo 115 da referida lei percebe-se que este não se refere somente ao acionista controlador:

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.

§ 1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-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.

Sobre este artigo Eizirik (2015, p. 210) aponta que:

“O direito de voto deve ser exercido no interesse da companhia. Prevalece o interesse social sobre o interesse individual dos acionistas. Embora os objetivos dos acionistas possam ser diversos e mesmo conflitantes, o acionista vota na condição de membro de determinada comunidade acionária, não com vistas ao atendimento de interesses que a ela são estranhos. Havendo eventual conflito de interesse do acionista enquanto sócio e do acionista enquanto terceiro, o primeiro deve ser privilegiado. O acionista não é obrigado a votar, nem a comparecer à assembleia geral; mas, se comparece e vota, tem o dever de fazê-lo visando ao interesse da companhia. Trata-se assim, de um direito-função.”

Partido da premissa de que o artigo 115 da Lei das S.A. não é voltado unicamente aos acionistas administradores, nem somente aqueles que exercem ativamente a função de controlador da companhia é que será analisado a conduta patológica do minoritário.

Diz-se minoritário pois no caso concreto o direito ao poder de veto é cedido ao sócio minoritário, uma vez que o majoritário pode, em tese, fazer prevalecer constantemente sua vontade em assembleia sem a necessidade de qualquer direito específico.

Sem o objetivo de esgotar o tema o presente trabalho mostra-se relevante, pois nas palavras do próprio Adamek (2014, p.441-442).

A teoria do abuso de minoria em direito societário encontra-se ainda em construção e sua sólida edificação pressupõe o desenvolvimento entre nós de estudos sobre o fim comum (ou social), o dever societário de lealdade e os princípios fundamentais – ou estruturantes – do direito societário.

Assim como forma de contribuir para o avançar dos estudos sobre o tema buscará no presente trabalho: I- a definição do conceito de uma conduta abusiva, tomando como base autores já consagrados no assunto entendendo, portanto, o que

são as condutas que se esperam do acionista e quais são aquelas que ferem a regular condução da sociedade; II- propositura de medidas de modo a evitar ou mitigar o comportamento abusivo indesejado.

1.1 A origem do poder dos acionistas

ASCARELI (2001 p. 266) preceitua que o contrato social seria um contrato plurilateral, onde cada sócio assume direitos e obrigações para com os demais e para com a sociedade.

Por sua vez MARINO (2009 p. 176) aponta que decorrente da posição de sócio (de seu status socii) decorrem direitos e obrigações.

Mister observar que é a posição de sócio (atuante) que garante o direito e não a propriedade das ações. Analisando sob a ótica jurídica tal conceituação aparece confusa mas observadas sob a ótica econômica ela se mostra mais clara.

A origem do poder de decisão dos acionistas não se liga diretamente com a propriedade das ações. Muito pelo contrário existem diferentes meios de exercer o controle (ou influência) de uma companhia independente do controle acionário da mesma, várias as vezes que o poder de controle difere da propriedade (Barle e Means, 2009).

Pode-se dizer que aquele com maior poder econômico, ou aquele que pode apresentar melhor vantagem comparativa à companhia tem condições de negociar vantagens especiais em sua administração sem necessariamente ser titular da maior parte das ações com direito a voto.

Como estrutura jurídica apta a viabilizar este exercício é comum a celebração de diversos contratos parassociais, no caso em tela o acordo de acionistas, para garantir ou mitigar a influência de certos agentes nas políticas da companhia.¹

A opção por garantir determinadas vantagens políticas a um acionista é motivada pela análise dos custos de cada medida (Dooley, 1995 p.5) em comparação com o benefício pretendido.

Neste sentido:

¹ A importância desses contratos é tamanha que para Neto (2017, p.507) a sociedade anônima é um tipo societário de alta complexidade onde os acionistas possuem ampla liberdade para definir melhor os rumos de sua negociação.

“Sobre o exercício do poder de controle mediante posição estratégica na companhia, sustenta Herman (1981, p. 27):

Ownership has been and remains an important basis for obtaining strategic position; it has a solidity as a power base beyond that available to the promoter and banker, assuming retention of a large proportionate interest. Stock-based power and strategic position reinforce each other. But with the rapid growth in corporate size, the sales of new issues in the public Market, and the divestment of stock by the former dominant owners, the retention for control by the former owner group will depend increasingly on the power derived from strategic position – occupational role and status – rather than ownership.

Observa-se, nos dias atuais, o surgimento de minorias controladoras, que, por adotarem, muitas das vezes, posição de investimento estratégico na companhia, acabam por atuar de forma presente junto à administração da companhia, determinando claramente a forma de condução das atividades sociais, independentemente da participação detida no capital social.”
(Martes 2014, p.104)

MISES (2010 p.238) já apontou, inclusive, que o homem sempre avalia suas opções e escolhe aquela que lhe apresenta maior valor subjetivo. Desta forma qualquer cláusula contratual tem que ter sempre em vista a vontade e desejo dos agentes a quem ela se destina, somente analisando sob este prisma é que o agente econômico pode avaliar qual é a melhor conduta para seu negócio.

A decorrência deste comportamento e a crescente necessidade por arranjos societários cada vez mais complexos no mundo moderno. Como consequência negativa desta complexidade o acordo de sócios, por mais robustos e completos que possam vir a ser, não são capazes de prever todas as condutas as possibilidades de condutas abusivas.

Nessa temática O’Neal (1953, p.427) já apontou que:

“Secondly, they deprive the Corporation of flexibility which it may need to adjust to unexpected business situations. At the time an enterprise is being incorporated, the draftsman cannot foresee changes in policy and methods of operation which may in future become advantageous.”

Ou seja, por mais robusto que venham a ser os contratos entabulados entre os sócios estes serão em última análise incompletos. Hipoteticamente falando, mesmo se os contratos fossem completos, tal completude seria apenas momentânea devidos as diversas alterações nas relações econômicas que acontecem entre os agentes de um mundo globalizado.

Corroborando com tal entendimento traz-se os ensinamentos de Gallo (2010, p.3) e Araújo (2007, p. 151).

“[...] quaisquer que sejam as transações, as partes envolvidas não sabem ao certo se os termos acordados serão efetivados. A razão é que os indivíduos possuem racionalidade limitada e comportamento oportunista, acarretando o surgimento de custos de transação, que poderiam ser minimizados pela cooperação das partes contratantes no momento da execução do objeto contratual. Também a assimetria informacional se junta ao oportunismo dos agentes para restringir a elaboração de contratos completos, causando custos de transação. Tais custos associam-se a coletas de informações, à elaboração e negociação dos contratos, além dos custos pós-contratuais, decorrentes da inexecução das obrigações.”

“O incabamento contratual é a resposta pragmática a um contexto econômico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas – é o fruto da constatação de que talvez não valha a pena alongar as negociações quando as resultantes estipulações não erradicariam ou cobririam eficiente os riscos subsistentes, ou quando elas se tornassem insusceptíveis de desencadear reações tutelares adequadas.”

Justamente por tal incompletude que o comportamento oportunista surge e o presente trabalho objetiva, humildemente, contribuir para o aprofundamento das análises no que tange tal tipo de comportamento (no caso, especificamente o veto abusivo) e propor melhor solução para a problemática apresentada.

2 DIREITO-FUNÇÃO DOS ACIONISTAS

Antes de adentrar na teoria do direito-função do voto exercido pelo acionista, como esta está ligada ao conceito de controle é necessário um breve estudo acerca do tema.

2.1 Conceito de Controle

O artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas traz um binômio para a identificação do acionista controlador. Sendo este quem I - é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e II - usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Tal conceito é raso e apenas se aplica com facilidade em casos onde exista na companhia um acionista, ou bloco de acionistas, que detém a maior parte do capital votante e exerce seu poder de comando.

Comparato (2015, p. 133) aponta que:

“importa firmar aqui que poder de controle não se confunde com propriedade. Não é um direito real, portanto, de caráter absoluto, incidindo sobre uma coisa”

Inclusive para Lucena (2009, p.1080) não se pode confundir a figura do controlador com a figura do acionista majoritário. O majoritário apenas detém a maior parte das ações enquanto o controlador efetivamente faz prevalecer sua vontade.

Eizirik complementando aponta que na hipótese do exercício do controle ser realizado por minoritário não basta que este prepondere uma única vez em assembleia. Este precisa ativamente fazer prevalecer a sua vontade de modo a conseguir eleger a maioria dos administradores.

Para Berle e Means (2009, p. 66) o conceito de controle é mais abrangente e compreende:

“we may say for practical purposes that control lies in the hands of the individual or group who have the actual power to select the board of directors, (or its majority), either by mobilizing the legal right to choose them – ‘controlling’ a majority of the votes directly or through some legal device – or by exerting pressure which influences their choice.”

Ainda, seguindo os referidos autores o controle da companhia pode ser totalitário; de maioria; controle gerencial; ou controle de minoria conforme será agora demonstrado com maior profundidade.

2.1.1 Controle Totalitário

O controle totalitário é aquele exercido em sociedade unipessoal. Em tal tipo de sociedade não há o que se falar em decisões deliberativas já que o único sócio concentra todo o poder, o que não é objeto de estudo do presente trabalho.

2.1.2 Controle de Maioria

É a forma de controle mais existente no Brasil, é prevista na Lei das S.A em seu artigo 116 e é aquela exercida quando um acionista (ou bloco de acionistas) detém a maior parte do capital votante e conseguem fazer sua vontade preponderar em assembleia.

2.1.3 Controle Gerencial

Tal modalidade de controle é exercida pelos diretores da companhia. Neste cenário o capital acionário é disperso a tal maneira que nenhum acionista ou bloco de acionistas consegue fazer preponderar seus interesses em assembleia.

Nesses cenário é comum o uso de *proxy machinery* onde os diretores enviam relatórios para os acionistas com formulários que servem como procuração para que estes (diretores) votem em assembleia de modo a legitimar a decisão gerencial que estes julgam como correta para a administração da companhia.

Este cenário ainda é raro no Brasil. Em nosso país poucas são as empresas de capital aberto e ainda dentre estas empresas a maior parte deles o capital votante é concentrado nas mãos de poucos investidores.

2.1.4 Controle de Minoria

O controle minoritário ocorre um acionista (ou bloco de acionistas) que não corresponde a maior parte do capital votante consegue fazer sua vontade prevalecer

em assembleia, seja devido a dispersão acionária, seja devido ao absenteísmo da maioria.

2.2 Obrigação de Voto no Interesse da Companhia

Vencido o tópico anterior onde é descrito sumariamente os tipos existentes de controle e a forma como são exercidos passa-se ao estudo da obrigação de voto no interesse da companhia propriamente dito.

O voto não é direito essencial à figura do acionista. Os direitos essenciais são previstos no artigo 109 e incisos da Lei das Sociedades Anônimas, sendo estes:

I - participar dos lucros sociais;

II - participar do acervo da companhia, em caso de liquidação;

III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais;

IV - preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172;

V - retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei.

Por sua vez o artigo 111 da referida lei aponta a possibilidade da criação de categoria de ações preferenciais sem o direito de voto.

Da conjugação dos preceitos normativos trazidos tem-se que o voto, para o acionista comum, não é uma obrigação e sim um direito que pode, inclusive, ser negociado.

Todavia o voto assume outra feição quando seu detentor é o acionista controlador.

Para maior parte da doutrina o controlador possui real dever de administrar os negócios da companhia, em respeito a sua função social ao ponto que Eizerik (2015, p.210) dizer que se trata de um direito função.

Sobre o tema Comparato (2008, p.239) concordando com Eizerik narra que:

“ainda que o acionista titular de mais da metade do capital se abstenha de participar da condução dos negócios sociais, “não pode arredar o fato de que o poder de comando se exerce em seu nome, ou por delegação sua, o que a tanto equivale”. Assim, independentemente de sua atuação na sociedade, o acionista titular de mais da metade das ações ordinárias estaria sujeito aos

deveres e responsabilidades atribuídos ao controle, seja por ação, seja por omissão.”

Ou seja, muito embora a doutrina (em primeiro momento) aponte que somente o controlador possui o direito-função de administrar os negócios da companhia isto é decorrência da premissa que somente o controlador poderia exercer tal poder, porém questões interessantes passam a surgir quando é observado que existem formas de controle não majoritárias dentro da companhia conforme descrito no tópico anterior.²

Consta no artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas:

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 assembléiageral 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.

Interpretando de modo perfunctório o artigo supra trazido nota-se que não necessário, nem mesmo para fins do cumprimento da literalidade da lei, que o acionista (ou bloco) controlador seja detentor de mais da metade do capital votante, basta que este seja titular de direitos que diante da realidade fática consiga usar efetivamente seu poder para dirigir e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Neste sentido seria perfeitamente possível apontar como controlador um acionista detentor de 40% (quarenta por cento) do capital social que orienta de modo

² Dentro desta temática é interessante a reflexão acerca da seguinte hipótese: Em um cenário onde cogita-se que o minoritário pode exercer seu controle mediante o absentéismo da maioria e este age contra os interesses da companhia seria possível a responsabilização do majoritário por omissão e ao mesmo tempo do minoritário pela conduta efetivamente realizada?

A resposta parece ser negativa. Ressalvado os casos de compartilhamento de controle a responsabilidade sobre o controle da companhia deve recair sobre quem efetivamente a controla.

O majoritário no exemplo acima seria responsável por sua omissão até o momento em que o minoritário exercesse a função de controle da companhia, momento este em que este passaria a ter todas as responsabilidades de controlador.

isolado o funcionamento dos órgãos da companhia porque historicamente este adquiriria no mercado ações votantes suficientes para formação de maioria sempre que imaginava que seria contestado em assembleia.

Extrai-se do parágrafo único do artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas:

“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.”

Da leitura desatenta do parágrafo único do artigo 116 poder-se-ia deduzir que somente o controlador teria a obrigação de votar segundo o interesse da companhia, podendo todos os minoritários votar de acordo com seus interesses particulares.

Tal interpretação não parece ser a mais correta, pois o artigo 115 do mesmo diploma legal aponta que todos os acionistas devem exercer o direito de voto no melhor interesse da companhia:

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.

§ 1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-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.

Por sua vez a constituição atribui função social a empresa e a propriedade, inclusive a lei 6404/76 corrobora com tal entendimento em seu artigo 154. Assim interpretando conjuntamente tais preceitos normativos e constitucionais é possível

chegar a conclusão que o legislador pretendeu incumbir a todos que poderiam influenciar nos negócios da companhia a obrigação de agir de acordo com o melhor interesse da mesma e não segundo interesses próprios.

Partindo da conjugação das premissas de que todos os atos hábeis a influenciar na administração da companhia devem ser exercidos de acordo com o melhor interesse da companhia sendo sua inobservância passível de responsabilização (de acordo com a influência de tal ato) é possível conclusão que não somente o voto é exercido no melhor interesse da companhia mas também as condutas exercidas no escopo dos contratos parassociais.

Nesse sentido nada mais lógico do que afirmar, em abstrato, que o poder de veto eventualmente concedido deve ser aplicado também visando proteger os interesses da empresa.

2.3 Desvio da Conduta do Sócio e a Conduta Abusiva

Definidos como devem ser o modo de agir dos sócios passa-se a análise jurídica do desvio de conduta dos sócios, ou seja, aquele que não é praticado dentro dos moldes da boa-fé, visando os interesses da companhia, e/ou em descompasso com a lei.

A Lei das S.A. traz em seu artigo 117 condutas entendidas como abusivas:

§ 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 assembléia-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.

Tal rol, todavia não é taxativo, Martins (2015, p.329) aponta com precisão que tal rol comporta interpretação extensiva de modo a abarcar todas as condutas praticadas hábeis a trazer prejuízo a companhia em benefício a vontade particular de determinados acionistas:

“Gustavo Leopoldo Caserta Maryssael de Campos, Marcos da Costa e Mérces da Silva Nunes assim o comentam: “A responsabilidade estabelecida neste artigo tem natureza civil. Mas não afastará eventuais responsabilidades de caráter penal ou administrativo, caso o mesmo ato, ou a forma com que for praticado, seja tipificado como ilícito em lei. Dependerá a responsabilização da prova de que o ato foi praticado com abuso de poder, e de que acarretou dano. Seja patrimonial ou moral o dano, deverá ele ser valorado monetariamente, para ser completamente ressarcido. Conforme assinalou Modesto Carvalhosa, o uso regular do poder de controle não é questionável, mesmo que seu resultado seja a não-prosperidade da companhia, em vista da condução ineficiente ou improdutiva das atividades da empresa. O uso do poder só será considerado abusivo se o controlador não atender ao interesse público e societário, mas, sim, ao seu próprio interesse, resultando dano à companhia ou a pessoas a ela ligadas (...)”. CAMPOS, G.L.C.M.; COSTA, M.; NUNES, M.S. In: VIDIGAL, G.C; MARTINS, I.G. (Orgs.). Comentários às Leis das Sociedades por Ações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 353. 2 Leia-se dos mesmos autores: “O § 1º do art. 117 informa as modalidades de exercício abusivo de poder, sujeitas sanção estabelecida no “caput” do dispositivo. Doutrina relevante tem afirmado que as hipóteses contempladas nas alíneas desse dispositivo têm caráter exemplificativo e não taxativo, calcando-se no seguinte trecho da Exposição de Motivos do próprio projeto: ‘exemplificando, o art. 117, modalidades mais frequentes de exercício abusivo do poder controlador, o projeto não exclui outras hipóteses, que da vida e da aplicação da lei se incumbirão de evidenciar”. VIDIGAL, G.C; MARTINS, I.G. (Orgs.). Comentários às Leis das Sociedades por Ações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 354.”

Tal pensamento não poderia ser diferente uma vez que a não pode a lei prever toda uma complexidade de condutas e tomadas de decisão da uma relação empresarial.

Insta fazer a ressalva que muito embora o texto normativo bem como a citação trazida reputam-se ao acionista controlador da empresa, como já observado no presente trabalho a figura do controlador para fins de responsabilização é muito mais elástica do que aquela positivada na LSA.

Pode-se, inclusive, entender como sendo abusiva uma conduta que não traz perigo a sociedade mas sim a um sócio como extrai-se do seguinte julgado reproduzido na obra de EIZIRIK (2008, p.431):

“SOCIEDADE LIMITADA – POSSIBILIDADE DE USUFRUTO DE COTAS, COM RESERVA DE DIREITO DE VOTO – CAPITALIZAÇÃO DOS LUCROS IMPEDINDO A SUA DISTRIBUIÇÃO – ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DO VOTO QUE NÃO PODE SER USADO CONTRA OS INTERESSES DO USUFRUTUÁRIO

Sociedade limitada. Usufruto de cotas. Possibilidade. Reserva do direito de voto que não pode ser usado contra os interesses do usufrutuário, ex-empregado a quem se concedeu usufruía do direito à percepção dos lucros durante período certo em contemplação aos trabalhos realizados em favor da empresa.

A possibilidade de a quota social ser gravada com usufruto está prevista no art. 49 da Lei 6.024 (sic) (Lei das Sociedades Anônimas) que se aplica às limitadas, subsidiariamente, por fora (sic) do art. 18 do Dec. 3.708/19. Reconhece-se que medram na doutrina e na jurisprudência divergências quanto à possibilidade de ser dada em usufruto, em penhor, ou ser penhorada quota de sociedade limitada. Todavia, considere-se que pode ser objeto de usufruto tanto bens corpóreos como incorpóreos, daí porque se admite que recaia esse direito real sobre o próprio lucro societário que decorre das quotas em poder dos únicos sócios.

Todavia, constitui-se abuso do exercício do direito de voto, que ficou reservado aos sócios, impedir-se a distribuição dos lucros, capitalizando-os, com o fim claro de prejudicar o empregado-usufrutuário.

Vistos, relatados e discutidos esses autos de Apelação Cível nº 618/93 em que são apelantes Sotrel Engenharia Ltda. e outros e apelado José Garcia Júnior.

Acordam os Desembargadores da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, da parcial provimento ao recurso para mantida a improcedência da ação declaratória, julgar procedente apenas em parte o pedido da ação ordinária para se assegurar ao autor apelado, o pagamento da metade dos lucros referentes aos anos de 1987 e 1988, apurados às fls. 133 e 135, abatida a importância de Cr\$ 7.870.000,00, já paga, indicada às fls. 131, atualizados os valores da condenação desde o laudo e juros de mora desde a citação mantida a honorária de 15%”

Do corpo do julgado extrai-se:

“Ocorre que em 05 de julho de 1988 o empregado demitiu-se da empresa, conforme carta que enviou (fls. 80).

Em julho de 88, os sócios resolveram nova alteração contratual (fls. 96) agora com o fim de dar por encerrado o dito contrato de usufruto.

Ocorre que durante aquele período que medeou entre 1987 e 1988, a Sotrel ainda que alcançasse lucro líquido não os distribuiu, resolvendo seus sócios capitalizá-los, ao invés de os distribuir.

E um dos argumentos aos apelantes repousa, exatamente, no fato de que aos sócios incumbia deliberar acerca da distribuição dos lucros sociais, por que o direito de voto lhes restou reservado. E tendo estes deliberado pela não distribuição, mas pelo aumento de capital da sociedade, não pode o usufrutuário exigir o recebimento de lucros se não houve distribuição deles.

O argumento, a princípio, impressiona, mas é preciso considerar que a Sotrel é controlada, exclusivamente, pelos sócios, que assim por força deste controle, podem frustrar o cumprimento do próprio contrato de usufruto, como o fizeram, deixando, simplesmente, de distribuir o lucro alcançado nos exercícios de 1987/88.

Veja-se, assim, que os sócios acenaram ao empregado com uma gratificação extraordinária em contemplação de seus serviços prestados à empresa e, por questões talvez fiscais, orientaram-se no sentido de gravar em usufruto suas quotas, pelo prazo de um ano, a partir de 27 de jun de 87.

Todavia, quando os sócios da Sotrel, que a controlam, resolvem submeter a distribuição de dos lucros à sua inteira vontade, sujeitam o efeitos do ato ao seu arbítrio, ofendendo, com isto, a regra disposta no art. 115 do Código Civil.

Sem dúvida, a instituição do usufruto constituiu uma condição, qual seja, a de a Sotrel dar lucro. Em outras palavras, quando houver lucro (evento futuro e incerto), haverá participação do usufrutuário nele, desde que o lucro seja distribuído. Ora, mas quando os nu-proprietários, únicos, sócios controladores resolvem não distribuí-los, frustram a lúdima expectativa do empregado e ofendem a regra do art. 115 d, civil, que dispes estrar entre as condições defesas as que suscitem e efeito do ato ao arbítrio de uma das partes.

FÁBIO KONDER COMPARATO (Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial, Forense, 1978, p.84) discorrendo sobre usufruto acionário, leciona que o acordo sobre o direito de voto “supõe, como é óbvio, o respeito aos direitos de amos os interessados”, agindo. Portando, com abuso os ditos nu-proprietários, únicos sócios controladores, que votam a favor da Capitalização de lucros, sem distribuí-lo. O abuso aí é patente à luz do interesse do empregado-usufrutuário.”

Contempla-se do julgado trazido que o comportamento abusivo analisado à luz do direito pátrio não é somente aquele praticado em ofensa à companhia.

Também é tido como abusiva aquela conduta que visa apenas ao enriquecimento malicioso perpetrado em claro e evidente prejuízo a terceiros, inclusive outros acionistas.

No julgado trazido salta aos olhos a má-fé e o comportamento ardiloso dos sócios controladores que se abstiveram de retirar lucros da sociedade no único ano na qual suas quotas estavam gravadas com usufruto para seu ex-empregado.

No esboçado no voto acima colacionado os togados foram muito sábios ao analisar a questão além da aparente forma que esta era revestida, mas buscando entender a real intenção na prática do ato.

Situações de prova tão notória como esta são incomuns mas em que pese sua falta de abundância a conduta patológica predatória é passível de ser combatida (e deve) por ser danosa a sociedade ou aos demais sócios.

3 CONTRATOS PARASSOCIAIS

Os contratos parassociais são contratos acessórios comumente empregados em estruturas societárias complexas de modo a regular as relações entre os acionistas da companhia.

O mais comum deles é o acordo de acionistas que será a seguir abordado.

3.1 Acordo de Acionistas

O referido acordo encontra previsão na LSA em seu artigo 118 que diz:

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

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

§ 2º Esses acordos não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto (artigo 115) ou do poder de controle (artigos 116 e 117).

§ 3º Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas.

§ 4º As ações averbadas nos termos deste artigo não poderão ser negociadas em bolsa ou no mercado de balcão.

§ 5º No relatório anual, os órgãos da administração da companhia aberta informarão à assembléia-geral as disposições sobre política de reinvestimento de lucros e distribuição de dividendos, constantes de acordos de acionistas arquivados na companhia.

§ 6º O acordo de acionistas cujo prazo for fixado em função de termo ou condição resolutiva somente pode ser denunciado segundo suas estipulações.

§ 7º O mandato outorgado nos termos de acordo de acionistas para proferir, em assembléia-geral ou especial, voto contra ou a favor de determinada deliberação, poderá prever prazo superior ao constante do § 1º do art. 126 desta Lei.

§ 8º O presidente da assembléia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado.

§ 9º O não comparecimento à assembléia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer parte de acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissa e, no caso de

membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada.

§ 10. Os acionistas vinculados a acordo de acionistas deverão indicar, no ato de arquivamento, representante para comunicar-se com a companhia, para prestar ou receber informações, quando solicitadas.

§ 11. A companhia poderá solicitar aos membros do acordo esclarecimento sobre suas cláusulas.”

Elastecendo o entabulado na normativa acima Carvalhosa (2015, p.23) aponta que:

“Trata-se, o acordo de acionistas, de um contrato submetido às normas comuns de validade e eficácia de todo o negócio jurídico privado, concluído entre acionistas de uma mesma companhia, tendo por objeto a regulação do exercício dos direitos referentes às suas ações, tanto no que concerne ao controle como ao voto dos minoritários ou, ainda à negociabilidade dessas ações.”

Aprofundando o estudo sobre o acordo de acionistas temos que este comporta divisões. Em gênero os acordos de acionistas poderiam ser divididos em acordos de voto e acordos de bloqueio.³

Por sua vez o gênero dos acordos de voto ainda comporta divisão em espécies. Dentre os acordos de voto temos o acordo de compartilhamento de controle (também conhecido como acordo de comando) e os acordos de veto.

No que tangem os acordos de bloqueio, estes possuem como objeto restringir a negociabilidade das ações no mercado. Possuem cláusulas de preferência para a aquisição das mesmas, ou ainda a proibição expressa de sua comercialização por certo período de tempo.⁴

Sobre os acordos de voto o objetivo principal é regulamentar o exercício do direito de voto, garantido ao bloco formado pelos acionistas integrantes do bloco uma votação conjunta.

³ É possível a existência de cláusulas típicas de acordos de bloqueio em acordos de voto, também é possível que existam cláusulas de veto em acordos de compartilhamento de controle. Tal definição enciclopédica não é absoluta, todavia se mostra muito relevante nas hipóteses onde é necessário a averiguação de eventual alienação de controle para efeitos de *tag along* legal e averiguação de responsabilidade nos âmbitos da CVM, da legislação Civil e penal do(s) acionista(s) controladores.

⁴ Muito embora seja teoricamente possível pactuar um contrato de bloqueio impedindo a venda das ações por prazo indeterminado, sem qualquer eleição de evento futuro e certo tem-se que este poderia apresentar onerosidade excessiva, podendo ser requerido ao judiciário seu desfazimento.

Nos acordos de comando antes da instauração das assembleias, sejam elas ordinárias ou extraordinárias, serão realizadas reuniões entre os acionistas integrantes do bloco. Nesta reunião via de regra é deliberada toda a matéria que será objeto da assembleia futura e os acionistas votam seguindo o procedimento previsto no acordo.

Tal modalidade de voto também é conhecida como *pooling agreement* e nesta os s votos vencedores nesta reunião prévia “carrega” o(s) voto(s) do(s) dissidente(s).⁵

O objetivo finalístico deste tipo de acordo é possibilitar que determinado grupo de acionistas detenham controle político e administrativo da companhia com um menor capital, permitindo uma maior alavancagem no mercado e tendo como consequência benéfica a pulverização do capital acionário o que comprovadamente garante uma gestão com menor chance de ocorrência de conflito de interesses.

Já os acordos de voto denominados de acordos de veto possuem como objetivo a atribuição do direito de veto em algumas matérias a certos acionistas integrantes do bloco.

A finalística destes tipos de acordo é garantir uma proteção especial a determinado acionista estratégico da companhia. Via de regra alguém que aportou montante significativo de capital ou ainda que tenha participado de determinada operação ou reestruturação societária.

Importante ressaltar que os acordos de voto apenas regulam direitos que decorrem do estatuto social da companhia não os criando.

Para que o acordo de acionistas seja oponível a terceiros e a companhia é preciso que este seja registrado na sede da mesma. Recomenda-se também que a

⁵ Sobre este ato de “carregar” o voto do dissidente surge um interessante questionamento. Seria este ato um ato de autotutela o acionista substituindo a vontade do vencido em reunião prévia pela sua vontade na reunião assemblear ou estaria de fato o vencedor imbuído da vontade do vencido para todos os efeitos? Muito embora tal questionamento se encontra distante de ser pacificado pela melhor doutrina filio-me a corrente que aponta pela autotutela. Em um cenário onde fica evidente o descompasso de vontades entre o vencedor e o vencido (principalmente se o desejo do vencedor está em eventual conflito de interesses com a companhia) não é razoável admitir, muito menos para fins de eventual apuração de responsabilidade, que o vencido participou de eventual conduta abusiva quando era evidente sua vontade em impedir tal ato.

companhia assine o referido acordo na qualidade de interveniente anuente de modo a garantir ainda mais segurança e publicidade a todo o seu conteúdo.⁶

Em caso de não observância por parte da companhia dos acordos de acionistas (desde que devidamente arquivados) é possível pedir a anulação da assembleia ou ainda que sejam computados em favor do acionista que prevaleceu na reunião prévia dos votos dos demais signatários dissidentes mediante execução específica do acordo de acionistas.

Neste procedimento o juiz irá substituir a vontade dos dissidentes para todos os efeitos legais.

3.2 Cláusulas de Veto

Como já trazido superficialmente no capítulo anterior uma das possibilidades do acordo de veto é a inclusão de cláusula de veto.

Tais cláusulas serão melhor explicadas neste subcapítulo pois apresentam peculiaridade em relação as demais.

Diferentemente das cláusulas gerais de compartilhamento de controle que objetivam, em última análise, uma obrigação positiva, no sentido de votar de acordo com o acionista que prevaleceu em reunião prévia as cláusulas de veto possuem como objeto final um não fazer. Uma abstenção da parte contrária em decorrência do veto expresso de outro acionista integrante do bloco.

Neste ponto insta rememorar o já trazido no parágrafo 2º do artigo 118 da LSA “Esses acordos não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto (artigo 115) ou do poder de controle (artigos 116 e 117)”.

Ou seja, caso o acionista detentor do poder de veto este praticando maliciosamente condutas ostensivamente obstrucionistas é dever do controlador manejar demanda judicial hábil afim de obstar a manutenção de tal conduta do acionista detentor do veto sob pena de estar se furtando ao seu exercício de poder de controle.

⁶ Nos acordos de bloqueio caso haja tentativa da transferência da venda das ações vinculadas ao acordo em descompasso com o nele registrado a companhia deve abster-se de realizar qualquer procedimento no tocante a transferência destas ações.

Necessário fazer a ressalva que outros acionistas teriam a faculdade para propor demanda judicial versando a desconstituição do comportamento obstrutivo daquele que pratica a conduta reiterada do veto patológico é obrigação do controlador fazê-lo.

3.3 Funções das Cláusulas de Veto

Por diversas vezes as cláusulas de veto de configurarão como clausulas atípicas de acordo de acionistas.

São denominadas clausulas atípicas pois não encontram previsão expressa na LSA, tanto é verdade que Abraão (2011, p. 161):

“Vimos que os acordos típicos se classificam em acordos de cunho patrimonial ou político. Mais especificamente em acordos de bloqueio e de voto. De plano, há que se retirar do objeto dos acordos atípicos o exercício do direito de voto e o exercício do poder de controle de cunho político. Mas nem todos os acordos de cunho político devem ser necessariamente típicos, [...]”

“De um modo geral, os contratos inominados ou atípicos são marcados pelo ineditismo e/ou alteração de elementos delimitadores dos contratos típicos. Não se valem necessariamente de paradigmas anteriores que os inspiraram, embora nada obste que isso ocorra.”

Inclusive também é o pensamento de Sztajin (2002, p.275):

“a variedade das matérias objeto de acordo de sócios e, efetivamente, larga podendo abranger desde voto – de forma ampla ou limitada – distribuição de resultados, preferência para aquisição de quota de qualquer sócio que desejar retirar-se, indicação de, ou veto a, administradores, ou o que mais possa compor interesses de grupos de membros da sociedade. (as matérias atípicas foram grifadas)”

Por todo o exposto nota-se que em que pese o fato de não se encontrar na lei 6404/76 estas não existe impedimento algum para sua pactuação pois tem respaldo no Código Civil pelos princípios gerais dos contratos, no artigo 425 que estabelece que “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”, na CRFB que estabelece em seu artigo 1º e 170 a livre iniciativa como um valor republicano a ser respeitado.

Fica, portanto, evidente a possibilidade jurídica de se pactuar cláusulas no acordo de acionistas alheias ao descrito na LSA.

As cláusulas de veto são estruturadas de modo a garantir a imposição de um comportamento negativo a sociedade e/ou aos demais sócios signatários do acordo.

Procuram preservar o funcionamento da companhia impedindo ou dificultando que haja grandes alterações em seu modo de gestão ou condução de seus negócios.

A previsibilidade e segurança obtidas com a pacto contendo cláusulas de veto são o que viabiliza vários negócios jurídicos e, mais especificamente, operações que envolvam investimento pois permite ao investidor ter a confiança que seu investimento não será desvirtuado para outra finalidade.

O ideal neste cenário seria além de pactuar um acordo de compartilhamento de controle a elaboração de outros contratos com viés não societário garantindo cláusulas resolutivas em caso de seu descumprimento, porém nem sempre a outra parte esta disposta a assumir tamanho compromisso em troca da injeção de capital. Em sendo o caso o acordo contendo cláusulas de veto se mostra como a melhor opção dentro da realidade do caso concreto.

3.4 Exemplos de Cláusulas de Veto

Como já narrado é possível a pactuação de cláusulas atípicas em acordo de acionistas.

A exemplo de cláusulas comuns em acordos desta natureza temos: vedação a: **I** – alienação de ativo não circulante; **II** – alienação de marca ou direitos sobre patente; **III** – endividamento acima de determinado percentual do ativo; **IV** – contratos de financiamento superior a determinado percentual do patrimônio líquido; **V** – distribuição de dividendo acima do piso legal; **VI** – alienação ou constituição de filiais; **VII** – reestruturações societárias em geral.

Das cláusulas acima trazidas nota-se que a maior parte delas visa a manutenção das atividades da companhia nos mesmos moldes exercida por ela antes do acordo prevendo a cláusula de veto.

Especificamente as cláusulas **I** e **II** versão sobre bens e direitos que podem se mostrar indispensáveis a companhia sendo esta justificativa para eventual veto no que tange sua alienação.

Por sua vez as cláusulas **III** e **IV** coíbem eventual descontrole financeiro ou uma alavancagem exacerbada por parte do controlador da companhia. A lógica por traz destas vedações está alicerçada na ideia de quem nem todo o investimento

necessariamente traz o retorno esperado (eis que o risco é elemento intrínseco da atividade empresarial) e que postergar a efetivação de um planejamento para quitação ou redução do passivo por muitas vezes significa em comprometimento da manutenção das atividades da empresa no futuro.

O item **V** também está ligado às finanças da companhia o pagamento de dividendo acima do mínimo obrigatório muitas vezes implica em uma valorização (momentânea) das ações da empresa, todavia, afeta a capacidade da empresa de autofinanciar-se. O autofinanciamento é a forma mais barata de investimento e por várias vezes é essencial para que a companhia se mantenha competitiva e relevante dentro do mercado.

Referente aos itens **VI** e **VII** tem-se que a alienação e aquisição de estabelecimento comercial bem como operações de reestruturação possuem reflexos na legislação cível, falimentar, tributária e trabalhista devendo os custos desta operação ser muito bem dimensionado e os riscos de eventual alienação, principalmente frente a legislação falimentar, muito bem sobrepesados sob pena de ser surpreendido com algum passivo ou mesmo ter o negócio desconstituído sob a alegação de fraude.

4 CONDUCTA ABUSIVA

A conduta abusiva é aquela que foge ao que se espera do homem de boa-fé. Nesse sentido:

“Judith Martins-Costa (2002, p. 199) propõe sistematizar os casos de aplicação da boa-fé em três grandes grupos: função de otimização do comportamento contratual, função de reequilíbrio do contrato e função de limite do exercício dos direitos subjetivos. Conforme a mesma autora, a aplicação da boa-fé objetiva no direito civil ocorre em três grandes áreas de abrangência: 1) como fonte de integração da norma; 2) como vetor interpretativo; 3) pela imposição de um dever geral de conduta.” Lunard (2006, p.21)

Quando o abuso se pauta em um direito temos que este é exercido em descompasso com a sua finalidade social e sua concepção.

“Portanto, são requisitos para a caracterização do abuso de direito: 1) o exercício de um direito; 2) que tal exercício ofenda a finalidade econômica e social, a boa-fé ou os bons costumes; 3) que haja um dano a outrem; 4) que haja nexo causal entre o dano e o exercício anormal do direito.” Lunard (2006, p. 18)

Ou seja, é a manifestação fenomênica da conduta patológica da má-fé. Nesse sentido Lunard (2006, p.17) aponta que:

“Logo, mesmo que exista uma norma que garanta determinado direito, o juiz não poderá aplica-la para dar guarida a condutas malévolas do seu titular, que extrapolem a finalidade social, a boa-fé e os bons costumes. É esse o fundamento da Teoria do Abuso do Direito”

Ainda:

“ilicitude situada, derivada dos meios (ou do modo) pelos quais é o direito subjetivo exercido, sendo objetiva porque não perquire a voluntariedade do ato, mas atém-se à desconformidade com a norma legal que determina a verificação in concreto da concordância ou não entre o ato(comportamento) e certos valores ou finalidades tidos como relevantes pelo ordenamento”

Permeia o ordenamento jurídico dispositivos que coíbem o abuso do direito. O Código Civil sob o Título de Atos ilícitos em seu artigo 187 traz 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.”. Especificamente no contexto da sociedade e de seus sócios temor o parágrafo 3º do artigo 1.010 do Código Civil que traz “Responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação

que a aprove graças a seu voto.”; na LSA temos o artigo 115 *caput* “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.”

Fica evidente, portanto, a preocupação do legislador pátrio e da doutrina em se debruçar sobre a temática de modo a garantir que o exercício isolado de um direito não seja um fim em si mesmo, devendo sempre respeitar a situação harmoniosa que se espera de um contrato não unilateral.

4.1 Abuso de Direito de Veto

Vencidos os tópicos sobre a definição sobre o que seria o poder de veto juntamente com sua finalidade prática e da mesma forma vencidos os tópicos sobre o que seria o desvio do que se espera do comportamento do acionista juntamente com a definição do que é uma conduta abusiva, passo a análise do abuso do direito de veto propriamente dito⁷.

A conduta patológica mais comum oriunda do abuso no exercício do poder de veto é a conduta obstrucionista:

“Entre las mismas destacan as conductas obstrucionistas de los sócios, que en ejercicio de los derechos que les concede la Ley; y amparados por esa legitimacion, entorpecen gravemente la marcha de la actividad social de forma injustificada, sin que su comportamiento pueda encontrar sustento em la finalidad pretendida por la norma. [...] Precisamente el derecho de impugnación también debe entenderse afectado por el abuso, pues en ocasiones es objeto de ejercicio arbitrário y sin motivo, e incluso fundado pero com la única finalidade de presionar a la sociedad para obtener de ella una ventaja econômica a cambio del deistimiento” (LOPES 2014, p.13)

Tal conduta poderia ser orquestrada com intuito de ocasionar uma desvalorização das ações da companhia para que no futuro o sócio venha a exercer um *call* que lhe é benéfico (LEVY 2015, p.91).

⁷ Muito embora o presente trabalho objetive a discussão do abuso no poder de veto este não é o único tipo de abuso que pode ser exercido pela minoria. Para NERY (2014, p. 58) é possível o abuso da minoria no direito de demandar.

Sobre o obstrucionismo aponta Adamek (2014, p. 246)

Tão ou mais freqüentes que os abusos positivos (ou as iniciativas abusivas) da minoria, embora menos desafiados, são os abusos negativos (ou bloqueios abusivos), que se patenteiam nos casos em que a minoria, exercendo em certa medida o seu papel habitual, utiliza-se de seu poder para impedir que a política almejada pela maioria possa se desenvolver, mantendo o status quo. O obstrucionismo pode se manifestar: (1º) através do bloqueio expreso em votos contrários à proposta submetida à deliberação; (2º) pelo não comparecimento ao conclave ou pela abstenção do minoritário presente, atitudes essas que não deixam de ser uma espécie de bloqueio, embora não expreso pela manifestação de um voto contrário; e, por fim, o abuso pode ainda se positivar (3º) através do distúrbio, da algazarra, do tumulto, promovido intencionalmente pelos sócios reunidos em assembléia, visando obstar o processo decisório.

Observa-se então que o abuso da minoria pode se apresentar como uma sutil omissão que apesar de discreta inviabiliza a gestão da companhia.

Independentemente da forma ou roupagem que isso se manifeste, ocorrendo a conduta abusiva é possível socorrer-se ao judiciário, ou ainda arbitragem, para que esta supra a vontade da minoria permitindo assim a regular administração da sociedade.

4.2 Conflito de Interesses e o Abuso

Conflito de interesses ocorre quando um sócio possui interesses particulares diferentes da sociedade e pode beneficiar-se pessoalmente em uma votação controlando a companhia a votar na situação que melhor lhe beneficia particularmente.

Lobo (2006, p. 277) corrobora com este entendimento:

“Ocorre conflito de interesses entre sócio e sociedade quando o sócio se encontra na condição de titular, diante de uma determinada deliberação, de um duplo interesse: do seu interesse de sócio e por outro lado um interesse externo a sociedade”

Existem duas correntes quando se argumenta acerca do conflito de interesses. A primeira delas se baseia na ideia do conflito de interesses formal no qual apenas por existir a situação de conflito haveria impedimento do exercício do voto (ou veto) pelo sócio.

Já para segunda corrente não é a simples existência de um possível ganho particular para o acionista que o tornaria necessariamente impedido para votar.

Somente haveria que se questionar a idoneidade do voto verificado possível prejuízo para a companhia.

São as chamadas Teoria do Conflito Formal e Teoria do Conflito Material respectivamente. A primeira delas é defendida por Carvalhosa (1998, p. 272) enquanto a segunda é defendida por Eizirik (2015, p.381).

De maneira não unânime, mas majoritária a CVM se posiciona pela teoria do conflito material de interesses como se pode extrair dos julgados administrativos CVM nº TA/RJ2002/115313 e Processo nº RJ2004/549415.

No primeiro caso:

“a CVM absolveu os acionistas da TNLP com base no entendimento do Diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos de que o conflito de interesses deve ser material e que, portanto, somente pode ser verificado depois de proferido o voto do acionista. O voto fundamentava-se inter alia (a) no princípio da presunção de boa-fé e, principalmente, (b) no fato de ser o direito ao voto o principal direito do acionista de uma sociedade por ações. Vale observar que a Diretora Norma Parente manteve o seu entendimento de que o conflito de interesse é formal.”

Já no segundo o entendimento que prevaleceu foi no seguinte sentido:

“ a operação não poderia ser analisada meramente como uma operação de incorporação de sociedade sob controle comum. Ao contrário, para ela o exame da operação deveria ter extrapolado para o conceito de toda a operação da Ambev: a incorporação da Labatt estaria vinculada (e até mesmo seria condição precedente) à realização da permuta de ações entre os controladores da Ambev e a Interbrew³. Nessa linha, a Diretora Norma Parente argumentou que a operação de incorporação deveria ser analisada à luz da operação de permuta de ações e que, portanto, restaria evidenciado o conflito de interesses dos controladores da Ambev.”⁸

Creio ser a CVM muito feliz em sua decisão de ter como tendência entender pelo conflito material.

Tal posicionamento privilegia o princípio da boa-fé não retirando do sócio seus direitos políticos de voto com base em uma suposição de que este votaria em desfavor da companhia para beneficiar-se.

Ademais tal entendimento por parte da CVM apresente grandes ganhos administrativos do ponto de vista da velocidade da tomada de decisão. No âmbito da

⁸ PACHETO e CASTORI, João M. e Ricardo Canguçu. Disponível em < <https://goo.gl/nHJdMg>>
Acesso em 14 de set de 2018

administração da companhia faz muito mais sentido que uma deliberação seja feita e depois eventuais prejudicados se diligenciarem no sentido de tomar as providencias que entender cabíveis do que obstar e tornar litigiosa uma votação que muitas vezes precisa ser realizada com celeridade.

5 MECANISMOS DE PREVENÇÃO E CONTROLE DE ABUSO

Pode-se dividir os mecanismos de prevenção e controle de abuso em 04 (quatro) categorias: **I** – contratual; **II** – litigiosa, **III** – legal e **IV** – institucional.

Sob o viés contratual temos os acordos atípicos que possuem cláusulas expressas de resolução de impasse.

Em tais acordos são previstas ferramentas para o evento do impasse entre os sócios.

Como regra geral tais regras envolvem regras específicas nas quais as partes signatárias se obrigam a comprar a participação da outra ou vender a sua participação por determinado valor, eliminando assim o impasse com a retirada de um dos sócios.

Tal forma de prevenção de conflito (e abuso) possui grande vantagem do ponto de vista psicológico se bem estruturada, pois a parte que está realizando o comportamento abusivo sabe que pode se ver obrigada a vender sua participação por um valor menor do que gostaria.

No âmbito litigioso temos que a discussão do abuso precisou ser levada ao judiciário ou a uma câmara arbitral.

Esta situação é a mais desvantajosa pois implica em altos gastos se feita a opção pela arbitragem ou um tempo muito grande despedido se for procurado a via judicial.

Por não ser uma via consensual de resolução de conflitos a haverá necessariamente uma parte vencida, que cabalmente sairá insatisfeita. Por isso tal cenário deve ser considerado sempre como última opção para a resolução da problemática.

Dentro da categoria legal estão contidas todas as normas alheias a sociedade e aos sócios mas que estes são obrigados a conhecer e respeitar.

Trata-se da Constituição, leis ordinárias e complementares, decretos e normativas aplicadas que são aplicadas a relação jurídica.

Por se trataram de normas de imperativo absoluto os sócios não podem (ou pelo menos não deveriam poder) optar pelo seu descumprimento.

A sanção por tal descumprimento vem de agente externo à companhia, seja ele alguma agência reguladora, ministério público, comissão de valores mobiliários, fisco dentre outros vários.

Tais normas visam obstar a conduta abusiva por entender que esta leva prejuízo a terceiros ou a coletividade como um todo.

Dentro da categoria institucional temos o *compliance*. Nele são objetivados o cumprimento de princípios e métodos de governança corporativa.

O Instituto Brasileiro de *Compliance* e a Bovespa, por intermédio do novo mercado, realizam forte trabalho na promoção da cultura do *compliance*.

A adesão a um programa de *compliance* é voluntária, parte da companhia e de seus sócios e visam a criação de métodos internos de autoregulação para garantir a transparência no interesse de todos os agentes envolvidos de modo a evitar que se surjam situação de conflito através de estruturas de autofiscalização.

6 CONCLUSÃO

Por todo o narrado no presente trabalho conclui-se que o risco do comportamento oportunista é uma verdade mesmo se tratando de sócio minoritário.

Os contratos entre os sócios mesmo que muito bem estruturados são por natureza incompletos. É impossível prever as situações da vida empresarial e societária, principalmente levando em consideração longos período de tempo no qual os contratos vincularão as partes.

No campo de ação dos minoritários a conduta abusiva e/ou oportunista pode se dar de diversas formas, principalmente pelo abuso no poder de vetar adotando, assim, um caráter obstrucionista.

De modo a coibir tais condutas é altamente recomendável que existam contratos que prevejam cláusulas de resolução de conflito com a possibilidade da compra ou venda compulsória de participação societária garantindo, assim, a retirada do sócio que apresenta o comportamento patológico.

De igual importância é a criação e manutenção de uma estrutura robusta de *compliance* que garanta a transparência entre todos os agentes.

A aplicação destas duas medidas em conjunto, muito embora não elimine completamente a possibilidade da prática da conduta abusiva, se mostram como fortes ferramentas para coibi-la e apresentam rápida solução para a hipótese do surgimento desta.

REFERÊNCIAS

ABRAÃO, Eduardo Lysias Maia. **Acordo de acionistas: típicos e atípicos**. Curitiba: Juruá, 2011

_____. *apud* SZTAJN, Rachel. **Acordo de Acionistas**. Fusões e Aquisições: Aspectos Jurídicos e Econômicos. São Paulo: Ibmecc Law, 2018

ADAMEK, Marcelo Vieira von. **Abuso de Minoria em Direito Societário** 1 ed. São Paulo Malheiros Editores, 2014

ASCARELLI, **Tulio**. **Problema das Sociedades Anônimas e Direito Comparado** São Paulo: Bookseller, 2001

BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner C. **The Modern Corporation & Private Property**. Estados Unidos da América: Transaction Publishers. 10^a ed., 2009.

CRAVEIRO, Mariana Conti. **Contratos entre Sócios: Interpretação e direito societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de Acionistas: homenagem a Celso Barbi Filho**. 2 ed. – São Paulo: Saraiva 2015

COMPARATO, Fábio Konder. **Função Social de Propriedade dos Bens de Produção**. Tratado de Direito Comercial São Paulo, Saraiva 2015

DOOLEY, Michael P. **Fundamentals of Corporation LAW**. Westbury, The Foundation Press, 1995

EIZIRIK, Nelson. **Aquisição de controle minoritário e inexigibilidade de oferta pública**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; MOURA AZEVEDO, Luís André N. de (Coord). *Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada, Volume II – 2 ed. Revisada e Ampliada – Artigos 80 a 137.** São Paulo: Quartier Latin, 2015

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada, Volume V – 2 ed. Revisada e Ampliada – Artigos 206 a 300.** São Paulo: Quartier Latin, 2015

EIZIRIK, Nelson. **Sociedades Anônimas – Jurisprudência III Tomo Vol. I.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa 7.ed – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017**

LEVY, Daniel de Andrade. **Acionista Controlador – Abuso do Poder de Controle – Diminuição do Valor das Ações** in YARSHELL, Flávio Luiz Pereira. **Processo Societário** Vol. II – São Paulo: Quartier Latin, 2015

LÓPEZ, Javier Megias **Opresión y obstruccionismo em las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y de minoría. Anuario Jurídico y Economico Escorialense, Madrid, Vol. 47, 2014**

Martes, Camilla Ribeiro. **Sobre o controle minoritário nas companhias listadas no novo mercado - São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2014**

_____.*apud* LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Anônimas, comentários à lei.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **A Teoria do Abuso de Direito no Direito Civil Constitucional.** Revista de Direito Privado. Vol. 34 São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006

_____.*apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale).** In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.* São Paulo : Saraiva, 2002

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. **Conflito de Interesse entre Administrador e a Companhia** – Inexistência de Impedimento de Voto em Deliberação do Conselho de Administração da Controlada, do qual é Membro, que Aprova a Concessão de Mútuo a Controladora da qual é Chefe do Departamento Jurídico. Revista de Direito Mercantil Vol. 144. São Paulo: Malheiros Editores 2006

MARINO, Daniela Ramos Marques. **O Status Socii in Direito Societário Contemporâneo**. São Paulo: Quartier, 2009

MARTINS, Ives Gandra. **Os Direitos dos Acionistas Minoritários diante da Transferência de Agências de uma Instituição Financeira para Outra do Mesmo Controlador** *apud* VIDIGAL, G.C; Martins, I;G. **Comentários às Leis das Sociedades por Ações**. 2ª e. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999

MEDEIROS, Ana Rafaela. **O Abuso do Poder de Controle nas Sociedades Anônimas Abertas: Análise das decisões da CVM** *apud* COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macroempresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MISES, Ludwig Von. **Human Action: A Treatise on Economics**. Auburn: Yale University Press, 2010

NERY, Nelson Jr. **Soluções Práticas de Direito**. 4 vol. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014

O'NEAL, Hodge **Law and Contemporary Problems** Vol. 18 Duke University of Law USA

PACHETO e **CASTORI**, João M. e Ricardo Canguçu. Disponível em <<https://goo.gl/nHJdMg>> Acesso em 14 de set de 2018

UINE, C. LIMA, J. C. **Contrato Incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo**. Revista Direito GV 19, São Paulo, 2014

WIEDEMANN, Herbert. **Direito Societário I – Fundamentos** in **Direito Societário Contemporâneo I**. São Paulo, Quartier, 2009