



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**O ABUSO DE PODER DE CONTROLE
PELA ELEIÇÃO DE ADMINISTRADOR MORAL
OU TECNICAMENTE INAPTO**

Por

ANA CAROLINA COSTA BARBOSA MUSA

ORIENTADOR: MARCELO FERNANDEZ TRINDADE

2017.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO
RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22451-900
RIO DE JANEIRO - BRASIL

O ABUSO DE PODER DE CONTROLE PELA ELEIÇÃO DE ADMINISTRADOR MORAL OU TECNICAMENTE INAPTO

por

ANA CAROLINA COSTA BARBOSA MUSA

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro
(PUC-Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Marcelo Fernandez Trindade

2017.2

*Aos meus pais, ao Pedro, à
Duda e ao Paçoca.*

À Maria.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, primeiramente, ao meu orientador, Marcelo Trindade, cuja trajetória me serve de inspiração. Agradeço também ao Marcelo Barbosa e ao Felipe Hannszman, pelos poucos (porém bons) meses de ensinamento e trabalho e, principalmente, por terem me ajudado a descobrir no contencioso societário uma paixão.

Agradeço também à minha equipe no escritório Sergio Bermudes, em especial ao Caetano e ao Fabiano, por me ensinarem a excelência na advocacia e por me motivarem a me tornar uma profissional melhor a cada dia. Agradeço aos amigos e colegas do direito, em especial, à Vivi, Paola, Sophia, Helena, Renata e Taciane pelos fundamentais momentos de leveza na correria do dia-a-dia.

Um especial obrigado à Rapha, Nanda, Joue, Bela, Carol e Vico, minhas amigas de vida, por todo o companheirismo e pela enorme paciência com os meus atrasos e ausências neste atarefado ano de 2017.

Agradeço à Giovanna, minha terapeuta, por toda a ajuda ao longo dessa constante e trabalhosa jornada, que é o processo “descobrir-se”.

Gostaria de agradecer muitíssimo à minha família, aos meus avós, à Luciana, à minha madrinha, e aos meus irmãos, pelo amor e carinho que nunca faltaram e por terem tornado possíveis esses últimos seis anos.

Um imenso obrigado ao GEADICI, primeiro, por ter sido a melhor experiência da faculdade. Segundo, por ter me dado grandes amigos que muito admiro e que levarei pra vida toda, e, por último, por todo o aprendizado, pelo crescimento pessoal e profissional e, principalmente, por ter me proporcionado conquistas de valor inestimável.

Um obrigado especial ao Lauro e ao Matheus, por toda a ajuda e pelos valiosos ensinamentos que me ofereceram.

Agradeço ao Pedro, por ter estado ao meu lado nesses seis longos e cansativos anos, sempre me incentivando; muito obrigado por nunca ter

duvidado do meu potencial, mesmo nos momentos em que eu mesma duvidei.

Ao Bruno, obrigada por absolutamente tudo. Obrigado por ter me ajudado a me tornar a profissional que sempre quis ser. Obrigado por ter me ajudado a enxergar que, verdadeiramente, não existem limites para os nossos sonhos.

Por último, agradeço aos meus pais, por todo o apoio, investimento, admiração e, é claro, pelo amor incondicional.

“On ne peut abuser que des choses qui sont bonnes”

(MONTAIGNE, Essais, De l'exercitation)

RESUMO

MUSA, Ana Carolina C. B. **A Responsabilidade do Acionista Controlador pela Eleição de Administrador Moral ou Tecnicamente Inapto**. Rio de Janeiro: 2017: 83p. Monografia de final de curso. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

A figura do acionista controlador é, sem dúvidas, de importância singular no campo do direito societário e do mercado de capitais. Nos casos de um mercado em que, como o Brasil, o controle acionário encontra-se extremamente concentrado, essa realidade é ainda mais relevante. Apesar de a presença de um controlador ser benéfica à companhia em muitos casos, ela também pode ser extremamente prejudicial em certas situações, na medida em que o controlador pode praticar abusos e passa a agir em nome dos seus próprios interesses e não dos interesses da sociedade. Para reduzir esses abusos, se faz necessária uma legislação e regulamentação robustas, que possibilitem limitar os chamados ‘benefícios privados do controle’, os quais podem ser usufruídos pelo acionista controlador. A lei societária brasileira regulamenta o abuso de poder de controle e impõe deveres ao acionista controlador em seus arts. 115, 116 e 117. Apesar de a importância desses dispositivos, o regime de responsabilização do acionista controlador no direito brasileiro exige, ainda, alguns aprimoramentos. O presente trabalho busca, a partir da análise de uma hipótese específica de abuso de poder de controle, qual seja, a eleição de administrador moral ou tecnicamente inapto (alínea ‘d’ do art. 117 da LSA), identificar alguns dos problemas de nosso modelo de responsabilização atual para que seja possível traçar soluções.

Palavras-Chave: Poder de Controle. Acionista controlador. Abuso de Direito. Eleição de administrador moral ou tecnicamente inapto. Reputação Ilibada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 – PODER DE CONTROLE E ACIONISTA CONTROLADOR.....	12
1.1. A dicotomia entre o interesse social e o interesse privado dos sócios .	12
1.2. O princípio do majoritário	15
1.3. A noção de controle.....	17
1.4. O acionista controlador.....	22
CAPITULO 2 – O ABUSO DE DIREITO	26
2.1. Evolução história e surgimento da teoria	26
2.2. Divergências quanto à natureza jurídica: ato lícito, ato ilícito ou categoria autônoma?.....	29
2.3. Critérios para a identificação do abuso de direito	32
2.3.1. Critérios subjetivos.....	33
2.3.2. Critérios objetivos	34
2.3.3. Afinal, qual critério aplicar?.....	36
CAPÍTULO 3 – O EXERCÍCIO DO PODER DE CONTROLE	39
3.1. A sociologia de poder na sociedade anônima	39
3.2. O exercício do poder de controle e os deveres do controlador	42
3.2.1. O dever de lealdade no direito societário alemão.....	47
3.2.2. O dever de lealdade no direito societário norte-americano.....	48
3.2.3. O dever de lealdade no direito societário brasileiro	50
CAPÍTULO 4 – O ABUSO DE PODER DE CONTROLE PELA ELEIÇÃO DE ADMINISTRADOR MORAL OU TECNICAMENTE INAPTO.....	54
4.1. O abuso de poder de controle	54
4.2. A hipótese da alínea “d” do art. 117 da LSA	59
4.3. Os requisitos para a responsabilização do controlador pela eleição de administrador moral ou tecnicamente inapto	61
4.3.1. A inaptidão moral ou técnica.....	61
4.3.2. A ciência da inaptidão	66
4.3.3. Dolo	68
4.3.4. Dano.....	70
4.3.5. Nexo causal.....	72
4.4. Algumas críticas ao modelo de responsabilização atual	73
CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79

LISTA DE ABREVIACÕES

Art. – Artigo

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*

CC/02 – Código Civil de 2002

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa

LSA – Lei das Sociedades Anônimas

Rel. – Relator (a)

INTRODUÇÃO

As sociedades anônimas e o surgimento da limitação da responsabilidade dos sócios fizeram emergir o modelo capitalista moderno, na forma como o entendemos hoje. Não é exagero afirmar, portanto, que a sociedade anônima seja talvez um dos principais — senão o principal — instituto jurídico-econômico de nossa sociedade.

Figura central da sociedade anônima é o acionista controlador, a quem compete gerir o patrimônio da companhia, atuando em nome de todos os outros sócios. O poder de controle se organiza na empresa moderna a partir da tendência que nela se observa em segregar a propriedade acionária do controle propriamente dito. Percebeu-se que, enquanto a alguns acionistas somente interessava o resultado econômico de seu investimento, a outros, cabia a direção dos negócios sociais.

O estudo do poder de controle se mostra relevante, portanto, na medida em que nos ajuda a compreender a dinâmica da vida empresarial. No Brasil, sua importância é ainda maior, dado que os índices de nossa concentração acionária atingem, historicamente, patamares altíssimos.

A eficiência de um modelo de controle acionário concentrado, tal qual o brasileiro, será sempre medida a partir do equilíbrio entre a possibilidade de o controlador auferir os ditos benefícios do controle (*private benefits of control*) e a existência de normas regulamentadoras que limitem a atuação desse poder, protegendo a minoria contra abusos. Veja-se, nesse sentido, a valiosa lição de Ronald Gilson:

“Because there are costs associated with holding a concentrated position and with exercising the monitoring function, some private benefits of control may be necessary to induce a party to play that role. Thus, from the public shareholders' point of view, the two facets of the agency problem present a tradeoff. The presence of a controlling shareholder reduces the managerial agency problem, but at the cost of the private benefits agency problem. Non-controlling shareholders will prefer the presence of a controlling shareholder so long as the

*benefits from reduction in managerial agency costs are greater than the costs of private benefits of control*¹.

Nesse sentido, são intermináveis aos aplausos ao legislador pátrio que fez por bem institucionalizar a figura do acionista controlador, dando-lhe a devida importância e, impondo-lhe deveres fiduciários para com a companhia, os acionistas, e a comunidade. Com efeito, os arts. 115, 116 e 117 da LSA se ocupam por regular o exercício do poder de controle, definindo em que consiste o exercício abusivo desse poder, e quais são as sanções aplicáveis nesses casos.

Em que pese o enorme brilhantismo do legislador de 76, há que se reconhecer, contudo, que nosso sistema de responsabilização do acionista controlador é, ainda, extremamente falho. No presente trabalho, a partir da análise de uma hipótese específica de abuso de poder de controle, se pretende identificar os principais sujeitos do nosso mercado de capitais, além de identificar as fragilidades do nosso sistema de responsabilização societária.

O primeiro capítulo trata, assim, de conceituar elementos básicos, tais como o interesse social, o princípio majoritário, o poder de controle e o acionista controlador. Ver-se-á, em primeiro lugar, além das naturais dificuldades na definição de cada um desses elementos, qual a sua importância e forma de organização no direito brasileiro.

O segundo capítulo parte de uma perspectiva civilista e narra a origem histórica do surgimento da teoria do abuso de direito. Discute a respeito das diversas possibilidades de classificação jurídica do abuso de direito, o seu conceito e a determinação dos critérios para a sua identificação. O objetivo é demonstrar as dificuldades de se identificar o abuso de direito na prática.

No terceiro capítulo, tratar-se-á do exercício do poder de controle e de sua organização sob as mais diversas perspectivas. Alguns esclarecimentos a respeito da sociologia de poder na sociedade anônima se

¹ GILSON, Ronald J. *Controlling controlling shareholders*. In “*University of Pennsylvania Law Review*”, vol. 152, 2003, p. 785.

fazem necessários, eis que seu estudo é fundamental para que se compreenda a dimensão e importância do acionista controlador.

Por fim, o último capítulo trata, de modo mais específico, de uma das hipóteses elencadas na lei. A hipótese da alínea ‘d’ do §1º art. 117 da LSA busca responsabilizar o controlador que elege administrador ou fiscal que sabia inapto, moral ou tecnicamente. Como demonstrará, essa hipótese de responsabilização impõe tarefa hercúlea ao acionista que se pretende ver ressarcido, o que acaba por prejudicar a eficácia do modelo.

A partir do estudo dessa hipótese concreta, será possível partir para uma visão global do sistema de responsabilização do acionista controlador em nosso ordenamento, avaliando as suas ineficiências e propondo soluções.

CAPÍTULO 1 – PODER DE CONTROLE E ACIONISTA CONTROLADOR

1.1. A dicotomia entre o interesse social e o interesse privado dos sócios

Qualquer sistemática de proteção contra abusos de poder de controle partirá, invariavelmente, da premissa irrefutável de que há um interesse social, i.e., um interesse da sociedade, que deve guiar e dirigir a orientação dos negócios sociais. É somente quando há um descolamento entre esse interesse e o exercício do controle, que se pode falar em abuso de direito, ou abuso de poder.

É antiga e interminável a discussão doutrinária acerca da natureza jurídica do interesse social. Durante anos a doutrina tentou defini-lo, ponderando quais as variáveis e quais os elementos necessários à composição de seu conceito.

Os contratualistas italianos sempre defenderam que o interesse social seria, na verdade, o interesse comum dos sócios, traduzido na finalidade comum que os levou a associarem-se. Para Tullio Ascarelli a sociedade consiste em contrato *plurilateral*², no qual coexistem diversos interesses e vontades distintas. Esses interesses, contudo, concatenam-se a partir de um intuito comum. A esse “intuito comum” poderia chamar de *interesse social*.

Em contraposição ao contratualismo italiano, surge, na Alemanha, em meados do século XX, a teoria *institucionalista*, que defende, em apertada síntese, que a empresa, instituição que é, possui deveres e responsabilidades para com a comunidade em que atua. O propósito da sociedade passa a ser visto, então, como algo muito maior do que o mero

² “ (...) a pluralidade corresponde à circunstância de que os interesses contrastantes de várias partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum; os contratos plurilaterais aparecem como contratos de comunhão de fim. Cada uma das partes obriga-se, de fato, a para com todas as outras, e para com todas as outras adquire direitos; é natural, portanto, coordená-los, todos, em torno de um fim comum, de um escopo comum” (ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 394).

interesse comum dos sócios. O interesse social seria, portanto, algo transcendente, próprio da sociedade. A lógica, extremamente condizente com o contexto histórico daquele momento, defendia uma empresa que não mais se preocupava exclusivamente com o “*shareholders oriented model*” de Adolf Berle, mas com os interesses de outros agentes, que também atuam e se relacionam com a sociedade, os chamados *stakeholders*.

Ao longo do tempo as teorias contratualista e institucionalista do interesse social muito evoluíram e modificaram-se. Afirma Comparato que ambos, o contratualismo e o institucionalismo depreenderam-se de suas origens e saíram em busca de novos consensos³. Se no institucionalismo surge um novo modelo empresarial, muito baseado em estruturas de poder concentrado, fruto de um corporativismo nazista, o contratualismo consolidou a ideia de que o interesse social estaria atrelado ao conceito de maximização do valor das ações. Em nenhum dos casos, todavia, chegou-se a uma solução definitiva.

Não parecem justas ou mesmo inteligentes as polarizações entre um extremo e outro.

Não há nenhuma dúvida de que, na medida em que evoluiu a sociedade, evoluiu também o conceito de empresa, passando a sociedade a enxergá-la como algo mais que uma mera potencialidade de gerar lucros. Enxergou-se, acertadamente, que as companhias e, por conseguinte, seus acionistas, possuem responsabilidades que vão além da proteção de seus interesses societários particulares.

Essa constatação não significa, no entanto, que a empresa deve ser a mera extensão do ente público, incumbida de obrigações altruístas não comportadas por seu perfil capitalista. Desconsiderar a lógica econômica por trás da criação de qualquer empresa — o interesse de seus sócios de auferir lucros — geraria desincentivos indesejados à iniciativa empresarial e à inovação tecnológica.

³ Ibid. p. 324.

Atento a estes perigos, Milton Friedman, já em 1988, criticou o distanciamento excessivo entre as teorias institucionalistas e o interesse comum dos sócios de distribuir dividendos. Segundo o economista “há poucas coisas mais capazes de minar tão profundamente as bases de uma sociedade livre do que a aceitação por parte dos dirigentes das empresas de uma responsabilidade social que não seja fazer tanto dinheiro quanto possível para seus acionistas”⁴.

Nosso ordenamento jurídico, ao que parece, buscou conciliar os interesses de ambos os pontos de vista. Para Joaquim Muniz, o legislador brasileiro atrelou a noção de interesse social aos dois objetivos básicos de uma sociedade: o imediato, que consistiria na exploração de atividade econômica, e o mediato, que se resume à busca constante pelo lucro⁵.

Em verdade, embora parte da doutrina não hesite em afirmar que a legislação pátria seguiu a teoria *contratualista* do interesse social⁶, há que se reconhecer que, em diversos pontos, nossa legislação societária externa preocupações com ideários institucionalistas, os quais não devem ser perdidos de vista (*vide* art. 170 CF/88 e art. 116, caput, LSA).

O interesse social, no que parece ser uma de suas melhores definições até hoje, consiste no objetivo comum que leva os sócios a associarem-se:

“Os sócios reúnem-se para a realização de um objetivo comum. O interesse social consiste, pois, no interesse dos sócios à realização desse escopo (...). Em matéria societária, esse escopo comum decompõe-se em dois elementos: o objetivo final e o modo de sua realização. O objetivo final é a produção de lucros, com a sua repartição entre os sócios”⁷.

Assim, conclui-se que o interesse social deve consistir na comunhão dos interesses de seus sócios, afinal, é essa comunhão que justifica o ânimo

⁴ FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 120.

⁵ MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Poder de Controle, Conflito de Interesses e Proteção aos Minoritários e Stakeholders*. In “*Revista de Direito Brasileiro e Mercado de Capitais*”, vol. 28, abril-junho, 2005, pp. 77/78.

⁶ ADAMEK, Marcelo Von. *Abuso de Minoria no Direito Societário (abuso das posições subjetivas minoritárias)*. São Paulo. 2010. 436 p. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da USP.

⁷ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. Cit.*, p. 330.

de associar-se⁸. Não obstante, o objetivo de maximizar lucros deve delimitar-se também por outros interesses de fundamental relevância, tal como o de investir na exploração de uma atividade econômica a longo prazo, respeitando os interesses de outros acionistas, funcionários, e da sociedade como um todo.

1.2. O princípio do majoritário

Em sendo a sociedade uma reunião de interesses e vontades distintas e, sendo o interesse social a comunhão desses interesses, entrelaçados por uma finalidade comum, faz-se extremamente relevante que as sociedades tenham um mecanismo capaz de atingir essa vontade comum. Em outras palavras, qualquer sociedade precisa possuir um mecanismo eficaz apto a atingir o tão perseguido interesse social.

É com esse objetivo que as sociedades se organizam a partir de uma estrutura hierarquizada, que permite o funcionamento e a organização da grande empresa⁹. Soma-se a esta estrutura hierarquizada, a regra do princípio majoritário, que possibilita a tomada de decisões no âmbito intra-empresarial. O princípio majoritário consiste na regra imposta aos órgãos colegiados da sociedade de que todas as deliberações serão tomadas de acordo com a vontade da maioria. A regra prevê que essa deliberação valerá para todos os sócios, independentemente da existência de acionistas ausentes ou dissidentes.

Kelsen, em uma esfera mais ampla, defendia a aplicação do princípio majoritário afirmando que o ordenamento social deve sempre estar de acordo com o maior número de sujeitos possível, e em desacordo com o menor número possível, a fim de se atingir o necessário equilíbrio na execução das normas. A lógica do positivista, se transmutada para o direito

⁸ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Op. Cit., p. 121.

⁹ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Direito das Companhias*. 2ª ed., atual e ref., Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 586.

societário, nos leva a concluir que é o princípio do majoritário que permite à sociedade atingir o seu interesse social.

Sem dúvidas, o ideal em qualquer contexto que envolva a associação de múltiplas vontades é sempre buscar pela unanimidade e participação de todos. No entanto, no campo das sociedades empresariais, exigir a unanimidade em cada decisão implicaria no engessamento da administração e inviabilizaria, por completo, a gestão dos negócios sociais.

O princípio do majoritário não deve, portanto, ser compreendido a partir de um “senso de justiça”, mas a partir de um sentido prático, como aponta Ludovico Barassi:

“(...) é necessário abandonar a tentativa de justificar o princípio na lógica jurídica, ele é uma pura exigência prática, não lógica: é, portanto, direito singular, determinado pela necessidade de prover uma gestão de um estado de comunhão.

(...) o princípio do majoritário é uma exigência do interesse social, que não pode ser prejudicado pelos egoísmos individuais; e é natural e lógico que a vontade do maior número (especialmente dos interessados, segundo o critério objetivo do interesse real) venha a prevalecer; se uma vontade deve decidir, e a unanimidade não é possível, é melhor a de muitos do que a da minoria”¹⁰.

A *ratio* de imputar a deliberação coletiva a todo um grupo é a natureza unitária do ato coletivo criado pelo procedimento de deliberação. Segundo Marcelo Von Adamek “[a] opção pelo princípio majoritário revela a preocupação do legislador em buscar tutelar a própria capacidade funcional destas sociedades: procura viabilizar a formação coletiva da vontade e, por efeito, assegurar a sua capacidade de agir, superando o imobilismo que pode decorrer da exigência de unanimidade”¹¹.

Não se trata, portanto, de calar a minoria, mas de adotar uma solução jurídica e prática para os possíveis conflitos inerentes à formação da vontade coletiva, qualquer que seja esta. O fato de a deliberação se tornar ato comum de todos só é possível se todo o grupo, ao menos no momento

¹⁰ BARASSI, Ludovico. *Il principio Maggioritario nel Diritto Privato*. In “*Studi in Onore di Alfredo Ascoli*”. Messina, Casa Editrice Giuseppe Principato, p. 92/95 Apud LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Op. Cit., p. 588.

¹¹ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Op. Cit., p. 29.

inicial, aceitar essa regra fundamental do jogo¹². Com razão, afirmam Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho que o princípio do majoritário “*pressupõe, necessariamente a unanimidade, pelo menos uma vez, no momento de constituição da sociedade, como postulado da razão social*”¹³.

Importa ressaltar que o sistema de coibição de abusos no âmbito das sociedades anônimas não se contrapõe, de forma alguma, ao princípio majoritário. A proteção das minorias não pode e não deve ser vista como algo que contrarie a vontade da maioria e contrarie, por conseguinte, o interesse social.

O princípio do majoritário e proteção às minorias são conceitos que conversam perfeitamente entre si, e que, sobretudo, se equilibram e permitem o desenvolvimento da atividade empresarial. Enquanto levar ao extremo o princípio do majoritário tornaria a vida em sociedade próxima à tirania, desprezá-lo, para dar voz a todo e qualquer acionista, terminaria por inviabilizar o desenvolvimento¹⁴.

1.3. A noção de controle

Bulhões Pedreira afirma que “*poder significa a capacidade de um agente intencionalmente fazer algo ou produzir um resultado*”¹⁵. A definição, apesar de demasiado genérica, é capaz de auxiliar na conceituação jurídica do poder de controle.

Indubitavelmente, há, no campo do direito societário, enorme dificuldade em classificar o poder de controle. Como alertado por Claude

¹² COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. Cit., pp. 51-52.

¹³ Ibid. p. 51. Nesse sentido, também se posiciona Waldemar Ferreira: “*Ao ingressar para a sociedade, seja de que tipo for (...) o indivíduo aliena parte da sua independência: renuncia a alguns direitos em benefício da pessoa jurídica, para cuja formação contribui ou de que coparticipa*” (FERREIRA, Waldemar. *O direito insurrecional do acionista*, São Paulo: RT, 1939, pp. 6-7).

¹⁴ Nas palavras de J.X. Carvalho de Mendonça “exigir a unanimidade seria expor a sociedade à inação, seria cair no absurdo de atribuir a um só acionista a qualidade de representante ou árbitro da vontade social” (MENDONÇA, J.X. Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. IV, 5ª ed.. RJ: Freitas Bastos, 1954, nº 1.122, p. 11 *Apud* ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Op. Cit., nota de rodapé nº 34, p. 29).

¹⁵ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, vol. 2, p. 238.

Champaud¹⁶, esse fenômeno consiste em verdadeiro *domaine du fait*, de modo que o seu reconhecimento só pode ser feito a partir de indícios e presunções, e a partir de casos concretos, não sendo possível estabelecer regras fixas e imutáveis à sua regulação. Para o autor francês, o controle, na acepção mais simples do termo, significa “o poder efetivo de direção dos negócios sociais”¹⁷.

Ascarelli¹⁸ também constatou as dificuldades em conceituar o controle *a priori*, especialmente por consistir em poder *de fato*, e não em poder jurídico. E isso porque, o poder de controle não se encontra garantido, ou assegurado em lei; nem mesmo o acionista controlador se pode dizer sujeito ativo deste poder, eis que só o detém enquanto se mantiver titular de direito de voto em número suficiente para obter a maioria nas decisões assembleares, e enquanto exercer efetivamente esse direito de voto para orientar a companhia a cumprir o seu fim social.

Lembre-se que, à conceituação de acionista controlador nunca bastará a mera titularidade da maioria do capital votante, sendo necessário, que o acionista efetivamente faça uso do poder que detém para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia em caráter permanente¹⁹.

Segundo Fábio Konder Comparato o poder de controle possui características específicas, que auxiliam em sua classificação. Trata-se de um poder (i) jurídico, porque reconhecido no mundo do direito, (ii) originário, eis que independente de qualquer outro, (iii) uno, pois não admite concorrências ou disputas internas de poder, e (iv) geral, porque se

¹⁶ CHAMPAUD, Claude. *Le pouvoir de concentration de la société par actions*. Paris: Sirey, 1962. Apud Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. Cit.*, p. 40.

¹⁷ *Ibid.* p. 40

¹⁸ ASCARELLI, Tullio. “*Riflessioni in Tema di Titoli Azionari e Società tra Società*” in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1952, I, p. 385 Apud COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. Cit.*, p. 40.

¹⁹ LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas – comentários à lei (arts. 1º a 12)*, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 1.074.

estende por todos os órgãos sociais, entranhando-se nas diversas estruturas de poder da sociedade²⁰.

A classificação do controle, vale dizer, só se torna possível, ao menos no âmbito da empresa moderna, a partir da importante separação entre as noções de propriedade acionária e controle. Esse fenômeno só foi melhor compreendido a partir do famoso estudo elaborado por Aldolf Berle e Gardiner Means em 1932, em trabalho denominado “*A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*”²¹.

A separação entre controle e propriedade acionária leva, inevitavelmente, à conclusão de que as sociedades, em especial as de capitais, organizam-se ao redor de ao menos duas espécies de acionistas. São elas: o “acionista-empREENDEDOR”, que na definição de Alfredo Lamy e Bulhões Pedreira “cria e expande a empresa”²²; e o investidor que unicamente pretende aplicar seu capital esperando obter algum retorno, sem que lhe interesse ter qualquer participação na gestão da companhia²³.

É essa separação e o fato de existirem, dentro de um mesmo universo jurídico complexo, dois tipos de interesses tão distintos, que permite a existência do poder de controle e do acionista controlador.

Veja-se, nesse sentido, a esclarecedora lição de Rodrigo Costernaro Cavali:

“A própria estrutura societária, portanto, fundada no princípio majoritário, acarreta a separação, em maior ou menor medida, entre as prerrogativas de apropriação dos lucros e o controle (...). Em termos jurídicos, nas sociedades empresárias essa separação opera-se pela dissociação entre propriedade societária (i.e., titularidade de participações societárias) e controle da sociedade.

A dissociação entre propriedade societária e poder de controle empresarial tende a ser diretamente proporcional ao tamanho da empresa e ao capital investido nas suas atividades. Enquanto as pequenas empresas têm seu capital formado pela riqueza de poucos indivíduos, que concentram a propriedade e a

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. Cit., p. 41.

²¹ BERLE, Adolf Augustus. MEANS, Gardiner Coit. *The modern Corporation and private property*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1991.

²² LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Op. Cit. 2017, p. 568.

²³ Luiz Gastão de Paes Barros Leães fala em três categorias: “há o acionista-rendeiro, que pretende das ações apenas a constituição de um patrimônio rentável; há o acionista-especulador, mais preocupado com as variações de mercado, onde pretende fazer lucros; e há o acionista-empresário, que pretende o domínio da empresa” (Comentários à Lei das sociedades anônimas – arts. 52 a 120, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 251).

gestão do capital investido e assumem o risco inerente ao exercício da atividade empresarial, as grandes empresas agregam a riqueza de inúmeros indivíduos, que possuem cada qual a propriedade de frações do capital investido na atividade empresarial. Conquanto tenham, em razão do capital investido, parcelas do risco da atividade empresarial, esses indivíduos são alijados da gestão da empresa, detida por um indivíduo ou grupo determinado, total ou parcialmente alheio a esse risco (...).

O poder de controle surge da possibilidade fática de comandar a atividade empresarial e dispor dos bens destinados ao escopo produtivo da empresa”²⁴.

Enquanto a uns acionistas interessa apenas investir o seu capital, confiando os poderes de gestão a outrem, aos acionistas empreendedores compete orientar os negócios sociais para a exploração de uma determinada atividade econômica. Esses últimos, interessados no poder gerencial, é que serão os controladores da sociedade.

A partir dessas conclusões, Berle e Means identificaram 5 tipos de poder de controle: o controle com quase completa propriedade acionária, o controle majoritário, o controle obtido mediante expedientes legais, o controle minoritário e o controle administrativo ou gerencial.

A partir dos tipos de controle identificados por Berle e Means, Fábio Konder Comparato defende existirem 4 modalidades de controle interno no âmbito do direito brasileiro, as quais merecem ser estudadas com mais atenção. São elas: (i) o controle totalitário; (ii) o controle majoritário; (iii) o controle minoritário e; (iv) o controle gerencial²⁵. Somam-se a essas quatro modalidades, o controle externo, que, assim como o controle gerencial, encontra-se inteiramente desvinculado de direitos de propriedade acionária.

O controle totalitário é aquele que, como o próprio nome indica, é exercido por quem detém a totalidade, ou a quase totalidade, do capital social. Na visão de Berle e Means, essa modalidade de controle muito se aproxima das chamadas sociedades unipessoais (*wholly owned companies*). Comparato critica a posição defendida pelos autores americanos e prefere

²⁴ CAVALI, Rodrigo Costenaro. A função da empresa no direito societário. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, pp. 46-48.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. Cit., pp. 67-68.

definir o controle totalitário como aquele em que “*nenhum acionista é excluído do poder de dominação na sociedade*”²⁶.

Já o controle majoritário, o que mais comumente se vê no Brasil, é aquele exercido por quem detém a maioria das ações com direito a voto. O controle minoritário, em contrapartida, se dá quando exercido por quem detém menos da metade de ações com direito a voto, denotando uma situação de grande dispersão acionária.

O controle gerencial não está fundado na propriedade acionária, e decorre de prerrogativas de gestão. Esse fenômeno é característico de companhias em que o capital se encontra muito disperso e o controle acaba sendo exercido pelos administradores. É forçoso concluir que os interesses dos acionistas desse tipo de sociedade tendem a estar mais alinhados com objetivos especulativos, ou de investimento. Do contrário, qualquer dos acionistas com uma participação minimamente relevante poderia se organizar e passar a exercer um controle minoritário.

Por fim, o controle externo se dá quando fatos exteriores à vida da sociedade acabam por interferir no andamento de seus negócios. São exemplos, segundo elenca Marcelo Bertoldi “*o caso da existência de contratos firmados entre a companhia e terceiros que acabem por reduzir significativamente o seu âmbito de atuação*” e “*contratos de ‘know-how’, onde se verifica em muitos casos a grande dependência entre o fornecedor da tecnologia e a sociedade*”²⁷.

Outro exemplo comum de controle externo decorre da emissão de debêntures ou de títulos de dívida da companhia, a partir de quando determinado credor passa a deter posição de destaque na tomada de decisões negociais, interferindo diretamente nas políticas internas da companhia devedora.

²⁶ Ibid. p. 50.

²⁷ BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos*. In “*Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*”, São Paulo, v. 39, n. 118, 2000, p. 56.

1.4. O acionista controlador

Feitas essas breves explicações a respeito das modalidades de controle, passa-se agora a esmiuçar a definição, segundo a legislação societária brasileira, de acionista controlador.

O conceito de acionista controlador, não pode, sob nenhuma hipótese, escapar à lógica das deliberações da Assembleia Geral. Afinal, é em razão da preponderância de votos nesta última que o controlador tem poderes para decidir sobre os negócios relativos ao seu objeto social, tomando decisões para o desenvolvimento das atividades empresariais, elegendo e destituindo, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia (arts. 121 e 122 da LSA).

Não por coincidência, Bulhões Pedreira define o poder de controle como “*o poder supremo da estrutura hierárquica da companhia exercido pelo acionista controlador — titular da maioria pré-constituída de votos na Assembleia Geral*”²⁸.

O art. 116 da LSA inovou em nosso ordenamento jurídico ao institucionalizar, pela primeira vez, a figura do titular do controle. Da redação do *caput* do referido artigo se percebe 3 tipos diferentes de acionista controlador. Essa visão foi confirmada pela a CVM, quando do julgamento do Processo Administrativo RJ 2001/10329 de relatoria do Diretor Marcelo Trindade:

*“a lei trata de três possibilidades de controle da sociedade (i) o controle detido isoladamente por pessoa física ou jurídica, (ii) o detido por grupo de pessoas unidas por acordo de acionistas, e (iii) o exercido diretamente por um grupo de pessoas jurídicas, controladas por um controlador comum, que então controlará a sociedade indiretamente”*²⁹.

Quanto aos requisitos necessários para a identificação do controle, nota-se que a lei exige, a um só tempo, que a pessoa natural ou jurídica (a)

²⁸ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Op. Cit., 2017, p. 598.

²⁹ Colegiado CVM, Proc. RJ 2001/10329, Reg. n. 3528/02, Rel. Diretor Marcelo Trindade, j. em 19-02-2002.

seja 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; e (b) use efetivamente esse poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento da companhia³⁰.

Ressalte-se aqui um ponto de especial relevância: os direitos de sócio do controlador precisam assegurar-lhe a maioria de votos de modo **permanente**. Isso ignifica dizer que a prevalência meramente eventual não é o suficiente para configurar o controle. Assim já se pronunciou a CVM:

“O art. 116 da Lei n.º 6.404/76, ao caracterizar a figura do acionista controlador, remete não apenas à capacidade de influenciar de forma determinante a tomada de decisões na companhia, mas também a uma consistência temporal no exercício de tal capacidade. Não é por outro motivo que a alínea ‘a’ do citado artigo fala em direitos de sócio que assegurem ‘de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia’”³¹.

Interessa notar que não apenas o legislador definiu e reconheceu a figura do controlador, como também, optou por enquadrar a esfera de sua atuação jurídica, ditando os limites em que o exercício desse poder será legítimo. Para que o exercício do poder de controle esteja em conformidade com a lei, tem o seu titular que cumprir com duas finalidades específicas: realizar o objeto social da companhia e fazê-la cumprir com sua função social.

Esses objetivos (que funcionam como verdadeiros balizadores da atuação responsável do controlador) estão elencados de forma muito clara na Exposição de Motivos da lei do anonimato:

“O princípio básico adotado pelo Projeto, e que constitui o padrão para apreciar o comportamento do acionista controlador, é o de que o exercício do poder de controle só é legítimo para fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e enquanto respeita e atende lealmente aos direitos e interesses de todos aqueles vinculados à empresa - o que nela trabalham, os

³⁰ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Op. Cit., 2017, p. 591. A Comissão de Valores Mobiliários também já decidiu no mesmo sentido: Colegiado CVM, PAS CVM RJ 2001/9.8686, Rel. Diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos, j. em 12-08-2004. No mesmo sentido, Colegiado da CVM, Proc. CVM RJ 2005/4.069, Reg. n. 4.788/2005, Rel. Pedro Marcilio, j. em 11-04-2006.

³¹ Colegiado da CVM, Proc. RJ 2009/0471, Reg. n. 6357/2009, Rel. Diretor Otávio Yazbek, j. em 03-03-2009.

acionistas minoritários, os investidores do mercado e os membros da comunidade em que atua”.

Quanto à obrigação do acionista controlador de realizar o objeto social da companhia, entende-se que significa, em última análise, explorar a atividade econômica a que a sociedade se predispôs, sempre tendo em mente o fim de obter resultados e distribuí-los aos outros acionistas.

Tema mais polêmico diz respeito à obrigação de fazer com que a companhia cumpra com sua função social. A leitura do art. 116 da LSA deixa claro que o legislador brasileiro optou por imputar o dever de respeitar os interesses de outros agentes, que não apenas os demais sócios. Isso repercute de forma extremamente relevante na esfera de responsabilidade civil do controlador, que, ao tomar decisões que digam respeito ao andamento dos negócios sociais, aos investimentos da companhia, e à própria eleição de administradores, deverá atentar não apenas para o objetivo de maximizar lucros, mas também, para os interesses de todos aqueles que participam da vida social.

O poder empresarial nas companhias, como afirma Bulhões Pedreira, *“não se exerce apenas interna corporis, mas se projeta sobre a comunidade na qual vive a empresa”*³². Isso não significa, como já se adiantou, esperar que o controlador aja como se funcionário público fosse, agindo unicamente em benefício da coletividade. O que se espera é que os acionistas controladores enxerguem que políticas de proteção aos minoritários, políticas protetivas ao meio ambiente, o respeito aos direitos de funcionários e trabalhadores, o respeito às normas do mercado consumidor e da livre-concorrência não diminuem o patrimônio da companhia, mas, ao contrário, lhe agregam valor.

Em outras palavras, ao impor no art. 116 da LSA a obrigação ao controlador de dirigir à companhia para que cumpra com a sua função social, o legislador pretendeu criar incentivos para que os negócios sociais sejam pensados a longo prazo, entendendo que o objetivo da maximização

³² LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Op. Cit., 2017, p. 608.

de lucros não se opõe, necessariamente, aos interesses dos *stakeholders*. Ao revés, são conceitos que se harmonizam e se complementam, e que permitem a atuação responsável da empresa.

CAPITULO 2 – O ABUSO DE DIREITO

2.1. Evolução história e surgimento da teoria

Diversos doutrinadores sustentam que a dogmática do abuso de direito surge a partir do desenvolvimento da teoria medieval dos atos emulativos. Apesar das inegáveis semelhanças entre os institutos, a conclusão não parece acertada por algumas razões. Em primeiro lugar, enquanto a teoria medieval dos atos emulativos pressupõe uma análise altamente subjetiva da conduta do agente, a teoria do abuso de direito se pauta por critérios objetivos, buscando atingir aquilo que alguns autores denominam *finalidade* ou *espírito* do direito³³.

Se na teoria dos atos emulativos é necessário demonstrar que o exercício do direito se dá (i) sem trazer utilidade ao seu titular; e (ii) na intenção de causar dano a outrem, na teoria do abuso de direito, como se demonstrará mais a frente, basta que o exercício tenha se dado de forma contrária à finalidade que lhe prevê o ordenamento.

A não coincidência entre os institutos fica mais evidente quando buscamos compreender o contexto em que surge a teoria do abuso de direito.

Para tanto, há que se fazer referência ao cenário histórico, político e jurídico posterior à revolução francesa, em meados do século XVIII. Naquele momento, os ideais de liberdade e igualdade, pilares da nova estrutura de poder que se instalou com a ascensão da burguesia, se traduziram, no campo do direito, em uma supervalorização da autonomia da vontade. Como se sabe, esse redimensionamento do indivíduo e a valorização de sua liberdade acabaram, eventualmente, por escapar também ao campo do direito contratual.

Naquele momento, passa-se a dar mais força às vontades individuais e a enxergar o homem como senhor de seus direitos e obrigações,

³³ JOSSERAND. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. 2ª ed., Librairie Dalloz, Paris, 1939.

absolutamente livre para contratar e dispor de suas liberdades. O contrato se torna lei entre as partes, e o exercício dos direitos subjetivos começa a ser tratado de forma absoluta, sem admitir flexibilizações ou temperamentos.

Com razão, Guilherme Valdetaro Mathias afirma que há, naquele momento, “*um superdimensionamento do indivíduo e de sua vontade (...) que encontrava na lei o respaldo ao exercício da autonomia de sua vontade*”.³⁴

Simultaneamente à valorização dos direitos individuais e do arbítrio, ganha força o pensamento positivista, o qual surge como verdadeira garantia aos indivíduos de que seus interesses estariam protegidos frente ao poder de império do Estado. A desconfiança na imparcialidade dos juízes e no arbítrio estatal torna a lei verdadeiro instituto, o qual passa a se sobrepor a todos os outros.

No campo da análise normativa, passa-se a não mais admitir qualquer forma de interpretação ou moralismo. A intenção não era a de exterminar, por completo, esse tipo de reflexão; mas segregá-la do estudo prático do direito, que passara a ser visto como “ciência pura e objetiva”, impassível de subjetivismos. Nesse sentido, Miguel Reale afirma que esse modelo — o qual ele mesmo denominou “parnasianismo jurídico” — agravou a natureza absolutista e individualista do direito³⁵.

O fracasso desse modelo, que coincide com o surgimento da teoria do abuso de direito, vem de forma gradual, na medida em que os avanços técnico-científicos e econômicos tornam as relações interpessoais mais íntimas e complexas. O exercício ilimitado e absoluto dos direitos começa a conflitar com a própria noção de direito *per se*, de modo que o positivismo, antes visto como garantia, se torna algo inconveniente³⁶.

O conflito constante entre direitos e liberdades transforma o pensamento jurídico e fortalece o estudo da responsabilidade civil, fazendo

³⁴ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. *O abuso do direito*. In “*Transformações contemporâneas do direito*”. MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (organizadores). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 134.

³⁵ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 2ª ed.. Saraiva, São Paulo, 1979, p. 17.

³⁶ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. Op. Cit., p. 136.

surgir nesse campo novas teorias. Faz-se necessário, portanto, promover uma verdadeira reformulação do ideário filosófico do direito privado, como confirma Orlando Gomes:

“os acontecimentos que desencadearam a crise espiritual dos nossos dias, destruindo parcialmente o sistema de valores a que se condicionava a cultura jurídica determinavam, não apenas a substituição das matrizes filosóficas do Direito Privado, dos seus fundamentos e finalidades, senão, também, de sua dogmática”³⁷.

É nesse momento de reformulação e de reestruturação do direito obrigacional que surge, de forma mais nítida, a teoria do abuso de direito.

O caso paradigma das primeiras aplicações dessa teoria pelos tribunais é o caso “Clément-Bayard”, julgado em 1912, primeiramente, pela Corte de Amiens, e depois confirmado, em 1915, pela Corte de Cassação francesa. Em brevíssima síntese, o tribunal entendeu abusiva a construção de torres de ferro pontiagudas em propriedade próxima ao campo de pouso de dirigíveis. Isso pois, as torres pontiagudas, conforme se verificou, não traziam qualquer utilidade ao seu proprietário e eram destinadas, unicamente, a danificar os dirigíveis que por ali passavam.

Posteriormente, muitas outras decisões seguiram essa mesma linha, reconhecendo limites aos direitos subjetivos, em especial ao direito de propriedade, o qual, durante séculos, fora tratado pelos tribunais como intocável.

Seguindo os avanços da jurisprudência, a doutrina começou a trazer significantes colaborações à teoria do abuso do direito. Em 1927 Louis de Josserand, francês, publica sua famosa tese “*L’esprit des droits et de leur relativité*”, a qual é por muitos vista como o marco do surgimento da teoria do abuso de direito. Nesta célebre obra, Josserand defende a existência de uma finalidade social e econômica intrínseca aos direitos, que deve ser respeitada e atendida por seus titulares. Segundo o autor:

³⁷ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, São Paulo, 1980, p. 5.

“Ils doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit; l’acte abusif est l’acte contraire au but de l’institution à son spirit et à sa finalité”³⁸.

A partir desta obra e da publicação de outras tantas a teoria do abuso de direito ganha cada vez mais força. Não demorou para que diversos ordenamentos jurídicos passassem a contemplar a ideia do abuso em suas legislações. No Brasil, o abuso de direito é pela primeira vez definido, de forma mais robusta, no Código Civil de 2002, em seu art. 187 que dispõe que *“também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede os limites impostos por seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*.

2.2. Divergências quanto à natureza jurídica: ato lícito, ato ilícito ou categoria autônoma?

Desde a publicação da obra de Josserand, diversos autores e juristas elaboraram críticas a respeito do instituto. Todas essas críticas — há que se dizer — giram em torno da enorme dificuldade, ao menos em um primeiro momento, de se classificar sob que categoria jurídica se encontra o abuso de direito.

O mais famoso desses críticos fora Marcel Planiol, jurista francês, que, em várias de suas obras, oferece críticas ferrenhas ao pensamento de Josserand e outros. Os atos jurídicos, segundo defendia Planiol, somente podem ser lícitos ou ilícitos, não havendo espaço para uma figura híbrida tal qual o abuso de direito, que, a depender do ânimo do agente, se enquadraria em uma, ou outra categoria. Segundo Planiol, sempre deveria valer a máxima *“le droit cesse où l’abus commence”³⁹*.

O ponto levantado pelo autor é de inegável importância e recebeu, durante muito tempo, a atenção dos estudiosos. É possível, inclusive, que

³⁸ JOSSERAND. Op. Cit., p. 395.

³⁹ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Tomo II, 3ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1905, p. 284.

tenha sido a problemática levantada por Planiol que tenha desencadeado uma série de estudos profundos sobre do abuso de direito, os quais, certamente, contribuíram para sua evolução e maturação.

A solução encontrada para a problemática suscitada por Planiol fora enquadrar o abuso de direito em categoria jurídica autônoma, aparte aos atos lícitos e aos atos ilícitos. Essa forma de pensar, ao que parece, é a mais acertada e prevalece entre a maior parte dos doutrinadores que se debruçaram sobre o tema.

Os defensores da tese de que o abuso de direito seria um *ato lícito* acreditam que o direito exercido pelo agente é permitido pelo ordenamento, estando, portanto, sempre em conformidade com o direito. O problema residiria, assim, no ânimo do agente, que exerceria seu direito subjetivo excedendo os limites a ele impostos.

Como é perceptível, a tese apresenta alguns problemas. O primeiro deles diz respeito justamente à crítica feita por Planiol, afinal, se assim fosse, o abuso do direito estaria sendo, a um só tempo, ato lícito e ilícito, o que por certo, não parece possível. O segundo problema está no fato de a teoria exigir uma profunda investigação do ânimo do titular do direito, o que acaba por inviabilizar, muitas vezes, a condenação dos atos abusivos por dificuldades de prova. Por fim, a teoria parece problemática pelo fato de que, ao se valer de critérios estritamente subjetivos, deposita a classificação do abuso, de forma quase integral, na subjetividade dos intérpretes das situações jurídicas.

De forma semelhante, se a classificação do abuso de direito como ato lícito não parece acertada, tampouco o é a tentativa de classificá-lo como um ato ilícito propriamente dito. Os filiados a essa teoria defendem que, por se encontrar expressa ou implicitamente permitido nos diversos ordenamentos jurídicos mundo a fora, o abuso de direito somente poderia ser ato ilícito, eis que diretamente contrário à lei.

Essa forma de pensar ganhou força a partir da iniciativa de uma série de países de inserir em suas legislações a menção expressa à proibição ao

abuso de direito. Em breve síntese, os que defendem a teoria do ato ilícito sustentam que, existindo norma que proíba o abuso de direito, somente seria possível classificá-lo como ato ilícito.

O pensamento possui alguma razão. Contudo, enxergar o abuso de direito como ato ilícito significaria reduzi-lo à figura de ilícito comum, sanável a partir dos conhecidos critérios de responsabilidade civil de culpa e dolo, o que também não parece correto.

Com efeito, a despeito de todos os avanços que as duas correntes trouxeram ao estudo do tema, a melhor solução, ao que parece, é classificar o abuso de direito como figura autônoma. Como alerta Guilherme Valdetaro Mathias, o dualismo entre as duas teses acima apresentadas leva a conclusões por demasiado reducionistas, incompatíveis com a complexidade e relevância do instituto do abuso de direito:

“Encerrada no dualismo estrito que considera que ato lícito equivale ao ato em consonância com o direito, ou seja, permitido; e o ilícito aquele que é contrário ao direito, isto é, não permitido, a teoria do abuso do direito se reduz a um mero jogo de palavras, inócuo e incapaz de fazer provar o seu mister, ou porque ela esbarrará em um óbice lógico intransponível (caso se reputar lícito o ato abusivo), ou porque será de flagrante inutilidade (na hipótese de se considerar ilícito puro e simples um ato abusivo)”⁴⁰.

Seguindo essa lógica, a doutrina passou a defender a classificação do abuso de direito em uma terceira categoria, propondo a sua inclusão no universo dos atos não permitidos, i.e., proibidos pelo ordenamento. Os ditos atos proibidos subdividem-se em (i) atos ilícitos; e (ii) atos abusivos. Estes últimos seriam, portanto, atos que embora aparentemente adequados às normas jurídicas, são exercidos em dissonância de suas funções, fins e limites sociais. Nota-se que a tese que saiu vitoriosa muito se aproxima da forma inicial de pensar, proposta por Josserand, segundo a qual o abuso ocorre sempre que o titular do direito o exercer para além de sua finalidade.

O que se conclui, portanto, é que não será nunca o direito a ser considerado como abusivo, ou ilícito, mas unicamente o seu exercício,

⁴⁰ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. Op. Cit., p. 161.

quando escapar da finalidade que o ordenamento lhe confere. Mais uma vez, é válida a lição de Guilherme Valdetaro Mathias:

“A abusividade não atinge, nem interfere, no direito em si, que sempre permanecerá lícito. Ela (a abusividade) se refere, exclusivamente, ao exercício do direito. É ele (o exercício) – e somente ele – que será abusivo e, consequentemente antijurídico”⁴¹.

Parece que o mais acertado, portanto, não é nem considerar o abuso de direito como ato lícito, e nem como ato ilícito propriamente dito. O abuso de direito se insere no grupo dos atos proibidos e consiste, assim, categoria jurídica autônoma.

2.3. Critérios para a identificação do abuso de direito

A discussão doutrinária acerca dos critérios aplicáveis para a identificação do abuso de direito é tão ou mais polêmica que a discussão acerca de sua natureza jurídica. Diferentemente da discussão anterior que, como vimos, parece ter sido solucionada a partir da classificação do abuso de direito como figura jurídica autônoma, o debate em torno dos critérios para a identificação do abuso parece ainda estar longe de se pacificar.

A dificuldade em estabelecer critérios fixos e pré-determinados acabou por retardar, em muitos ordenamentos, a evolução da teoria do abuso do direito. Este parece ser o caso do Brasil, cuja jurisprudência ainda não foi capaz de desenvolver-se de forma significativa no que diz respeito a esse tema⁴². Alguns autores chegam até mesmo a falar em “subutilização” do instituto do abuso de direito em nosso ordenamento⁴³, concluindo que essa postura impede avanços mais significativos nesse campo.

Não obstante o cenário incerto, as correntes já desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência a respeito dos critérios utilizados na identificação do abuso são de extrema valia para uma maior compreensão do instituto.

⁴¹ Ibid. p. 163.

⁴² Ibid. p. 178.

⁴³ Ibid. p. 178.

2.3.1. Critérios subjetivos

Os critérios subjetivos, como o próprio nome já indica, partem de uma análise altamente introspectiva da vontade do titular do direito. Em geral, tais critérios partem da premissa — que já se demonstrou ser equivocada — de que o abuso de direito se enquadra na classificação dos atos lícitos. Para que o abuso reste configurado, segundo essa lógica, basta que um determinado sujeito pratique algum ato jurídico, ou exerça o seu direito com uma *intenção*, i.e., um ânimo subjetivo, contrário ao direito.

O primeiro dos critérios de classificação subjetiva é o da verificação da chamada “intenção de prejudicar”. Esse critério, muito defendido por Ripert, reconhece a existência de abuso de direito quando o seu titular o exerce no único objetivo de causar dano a outrem. Como se pode imaginar, o alto grau de subjetividade do critério dificulta muito a sua aplicação. Note-se que, a maior parte da doutrina e jurisprudência que fazem uso desse parâmetro, exige, além da demonstração da intenção de causar dano, a demonstração de que o exercício do direito não traz qualquer resultado útil ao seu titular⁴⁴.

Por óbvio, esse critério não parece ser o mais adequado para identificar todas as situações de abuso. Em primeiro lugar, pelo seu altíssimo grau de subjetividade, que cria para o intérprete da norma a difícil tarefa de invadir as profundezas do pensamento humano. Em segundo, pois a prova a ser feita pela vítima consiste em prova quase impossível, eis que o interesse do agente que pratica abusos pode ser facilmente escondido por detrás de uma simulação ou transação societária.

Outro critério subjetivo da identificação do abuso de direito é o da contrariedade à moral e aos bons costumes. Como resta evidente, esta teoria também não tem lugar no campo do direito privado. E isso por uma razão muito simples: aplicar o critério da contrariedade à moral e aos bons costumes significa reduzir um instituto jurídico ao campo exclusivo da

⁴⁴ Ibid. pp. 147 e ss..

moral e da filosofia jurídica. Estar-se-ia, portanto, confiando a classificação de um fenômeno jurídico relevante a dados inteiramente mutáveis e extremamente subjetivos, os quais dificilmente refletem a realidade prática⁴⁵.

O terceiro critério subjetivo merecedor de destaque é o da “gravidade da culpa”, segundo o qual a definição da abusividade passa por uma análise valorativa do grau, i.e., da intensidade da culpa; se em uma intensidade baixa, não há que se falar em abuso. Já no caso em que os níveis de negligência e a imperícia forem elevados, poder-se-á falar em abuso.

Everaldo da Cunha Luna define o critério da gravidade da culpa como uma questão “*de puramente grau de quantidade*”, de modo que “*por uma maior ou menor gravidade da culpa o ato é abusivo ou perfeitamente jurídico*”⁴⁶. Esse critério, bastante criticado pela doutrina, também não encontra aplicação em nosso direito, em especial diante de sua pouca utilidade prática. Afinal, em verdade, ao aplicar este critério se estaria reduzindo a noção de abuso de direito a uma análise qualitativa e quantitativa da culpa, o que, por certo, acaba por esvaziar a tese.

Por último, há que se tecer breves comentários a respeito do critério da “falta de interesse legítimo”, o qual fora diretamente influenciado pelas ideias de Jhering, conforme nos elucida Guilherme Valdetaro Mathias⁴⁷. Segundo esta linha, o abuso de direito está presente sempre que um determinado direito for exercido sem utilidade para o seu titular e acabar, por conseguinte, gerando danos a outros indivíduos. Este critério, assim como todos os outros subjetivos, também não logrou êxito e é pouco aplicado nos dias atuais.

2.3.2. Critérios objetivos

Acompanhando a tendência jurídica moderna — em especial no campo da responsabilidade civil — de conferir mais objetividade aos

⁴⁵ Ibid., p. 341 e ss.

⁴⁶ LUNA, Everaldo da Cunha. *Abuso de direito*. 2ª ed.. Forense, Rio de Janeiro, 1988, pp. 87-88.

⁴⁷ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. Op. Cit., pp. 150-151.

conceitos e institutos jurídicos, desenvolveram-se critérios objetivos para a identificação do abuso de direito.

O primeiro deles é o que podemos chamar de critério da “ruptura do equilíbrio dos interesses em conflito”. Basicamente, segundo esta tese, o abuso de direito pode ser reconhecido quando se nota um desequilíbrio nas relações interpessoais. Sempre que do exercício de um direito resultarem consequências desproporcionais às partes de uma determinada relação (excessivas vantagens pra uma e desproporcionais prejuízos à outra), se estará diante de um caso de abuso de direito.

O problema na aplicação deste critério parece estar na mistura de conceitos que não necessariamente estarão relacionados a alguma hipótese de abuso de direito. Por exemplo, pode ser que se esteja diante de um caso de lesão, ou de teoria das bases do negócio, em que haja um desequilíbrio na relação jurídica, sem, contudo, que se possa falar em abuso⁴⁸.

O critério do “fim econômico e social dos direitos”, pensado pelo também francês Raymond Saleilles, possui maior aceitação. Esta teoria também se enquadra no universo de critérios objetivos e propõe uma reflexão acerca do conteúdo econômico dos direitos subjetivos e de sua teleologia. Para essa corrente de pensamento, o ato abusivo é aquele praticado sem o atendimento do fim econômico e social para o qual fora pensado. Esse critério, também falho, torna difícil a aplicação do instituto do abuso de direito, uma vez que os seus próprios idealizadores não são capazes de indicar onde se poderiam encontrar os tais fins econômicos e sociais que devem nortear o exercício dos direitos.

O problema dessa teoria, segundo leciona Guilherme Valdetaro Mathias, é que a finalidade econômica de um mesmo direito pode ser enxergada de diferentes formas, a depender dos valores e convicções do sujeito que a analisa⁴⁹. Deixa-se, inegavelmente, um enorme vazio para a

⁴⁸ MATHIAS, Guilherme, Op. Cit., p. 152.

⁴⁹ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. Op. Cit., p. 152-153.

subjetividade daquele que precisará determinar a finalidade econômica do direito de que se estará tratando.

O último dos critérios objetivos, e talvez o mais importante deles, é o critério do “espírito dos direitos”, também denominado por Josserand como critério “funcional” ou “finalista”. Como já afirmado, em sua obra, o autor francês defende que todo e qualquer direito é inserido no ordenamento jurídico com uma finalidade, um espírito específico. Essa finalidade pode ser encontrada no próprio ordenamento jurídico, através de uma interpretação conjunta das normas e regras aplicáveis àquela situação jurídica.

Para Josserand, é abusivo o exercício de um direito quando este não se dá em conformidade com o propósito para o qual este direito foi pensado. Esse critério, apesar de mais difundido, também não passou ileso a críticas e é visto pela maior parte dos doutrinadores modernos como insuficiente para a identificação do abuso de direito.

2.3.3. *Afinal, qual critério aplicar?*

Em que pese ainda haver grande debate a respeito de qual o critério (ou combinação de critérios) seria o mais adequado para tratar da temática do abuso de direito, atualmente, parece tranquilo afirmar que nosso ordenamento se filia à corrente dos critérios objetivos.

Isso significa dizer que, na ótica do direito brasileiro, para que haja o reconhecimento do abuso não se faz necessária a demonstração de que o sujeito ativo, titular do direito, teria a intenção de causar prejuízo a outrem. Essa conclusão se extrai, muito claramente, da redação do art. 187 do CC/02, ao dispor que, o que está contrário ao ordenamento não é o direito em si, ou o caráter amoral da conduta de seu titular. O que o legislador pátrio considerou ilícito⁵⁰ fora, justamente, o exercício do direito, desvirtuado de sua finalidade, e não o direito em si.

⁵⁰ Como explicado no capítulo acima, a classificação do abuso de direito como um ato ilícito parece ter sido uma imprecisão do legislador. O termo mais adequado parece ser “ato proibido” ou “não permitido” pelo ordenamento.

Inobstante essas importantes considerações, permanece a dúvida: afinal, qual dos critérios objetivos deve ser utilizado para a identificação de uma situação jurídica de abuso de direito? A resposta, infelizmente, ainda não é clara.

A melhor forma para a sua caracterização tem se mostrado ser a combinação dos critérios objetivos, em especial o da finalidade econômica e social de Saleilles e o finalístico de Josserand, os quais, apesar de conterem diferenças importantes, parecem caminhar na mesma direção. Isso porque, ambas as teses enxergam o abuso de direito, como um desvio, um desvirtuamento praticado no exercício do direito. Faz-se referência, uma vez mais, ao pensamento de Josserand, segundo o qual todos os direitos do ordenamento possuem um propósito que deve ser respeitado por seu titular.

Note-se que essa conclusão só é possível a partir do entendimento de que nenhum direito, seja ele subjetivo ou potestativo, é absoluto ou ilimitado. Ao contrário, apesar de exprimirem prerrogativas e liberdades individuais, os direitos devem obedecer a certas restrições e limites impostos ao seu exercício. O principal destes limites estará relacionado com a finalidade pensada pelo legislador, razão pela qual o direito fora inserido no ordenamento jurídico.

Veja-se, nesse sentido, a lição de Ronnie Preuss Duarte:

“Perante cada direito subjetivo, há de indagar quais os seus fins econômicos-sociais. Sempre que o seu exercício exceder de maneira clara os limites por ele impostos, o exercício será ilegítimo (ilícito, segundo o art. 187). Ocorre o abuso de direito quando o exercício de determinada posição jurídica, apesar de aparentemente legítima, afasta-se da realização dos interesses pessoais do agente que foram o objetivo da norma que o confere, ocasionando prejuízo a outrem”⁵¹.

Conclui-se, assim, que a análise do abuso de direito precisará sempre ser feita caso a caso, analisando-se a finalidade econômica e social do direito em questão, e analisando os limites que o próprio ordenamento jurídico impôs ao seu exercício. Quando estes forem excedidos, ou quando

⁵¹ DUARTE, Ronnie Preuss. *Boa-fé e abuso de direito no novo código civil brasileiro*. In “*Revista Direito Mackenzie*”, São Paulo, ano 4, nº 2, 2003, p. 174.

o exercício do direito se der por outra finalidade que não a relativa ao seu propósito original (como, por exemplo, causar dano a outrem, obter uma vantagem indevida e etc.), haverá abuso de direito.

Importa reconhecer que o fato de ainda não termos, de forma suficientemente clara, a definição de critérios para a identificação do abuso de direito traz grandes dificuldades práticas à aplicação do instituto. A falta de segurança quanto a que critérios aplicar, ou, por vezes, a aplicação de critérios excessivamente rígidos ou subjetivos faz com que a coibição de abusos acabe prejudicada.

Para que consigamos criar mecanismos efetivos contra as situações jurídicas de abuso, é mister que o tema em questão seja ainda mais debatido. Somente a partir da estabilização desses critérios, é que se poderá falar em mecanismos eficientes de coibição de abusos.

CAPÍTULO 3 – O EXERCÍCIO DO PODER DE CONTROLE

3.1. A sociologia de poder na sociedade anônima

“O poder é um fato que se oculta e esconde, fato refratário à luz e dissimulado por estruturas jurídicas armadas justamente para organizá-lo do ponto de vista formal, mas que terminam por subtraí-lo à incidência da normatividade”⁵² (José Alexandre Tavares Guerreiro) .

Ao estudo do poder de controle não pode escapar a análise sociológica das estruturas de poder na sociedade anônima. Isso porque importantes contribuições ao direito positivo podem advir da perspectiva sociológica, muito mais atenta à realidade fática do que às formas e regramentos jurídicos.

Como visto, a sociedade anônima funciona como um complexo sistema sobre o qual operam diversas forças e vontades, as quais, não raro, se mostram incompatíveis entre si. Justamente para operacionalizar essas forças e permitir a gestão empresarial, a sociedade anônima estrutura-se de forma hierarquizada. *“O funcionamento das sociedades comerciais”*, leciona Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *“depende sempre de uma organização dos seus polos de poder”⁵³*.

Essa organização se dá sob a forma de estrutura hierarquizada, a qual se divide sob um sistema de competências privativas, alinhadas a um mecanismo de subordinação e fiscalização entre seus órgãos. A Assembleia Geral funciona como o órgão soberano, titular das mais importantes decisões da vida da sociedade. A Assembleia tem a competência de eleger os membros do Conselho de Administração, tendo, também, poderes para destituí-los a qualquer tempo. O Conselho de Administração elege os Diretores, a quem compete representar a companhia, em juízo e fora dele, exteriorizando a sua vontade perante terceiros.

⁵² GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociologia do poder na sociedade anônima*. In *“Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro”*. São Paulo: Ed. Malheiros, Ano XXIX, nº 77, Janeiro-Março 1990, p. 51.

⁵³ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Op. Cit., p. 250.

A divisão do poder societário em órgãos que se relacionam harmonicamente confere à sociedade, segundo leciona Waldemar Ferreira, “a configuração de pessoa, ente vivo, a movimentar-se por volição própria no mundo do direito e dos negócios”⁵⁴.

Essa estrutura hierarquizada consiste na “pedra de toque” da “racionalização do poder”⁵⁵. Nota-se que a estrutura jurídica, inicialmente pensada para dispersar o poder, é justamente aquilo que permite a sua concentração.

Apesar de a lei ter definido foro específico para o exercício do poder de controle, qual seja, a Assembleia Geral, é certo que o exercício efetivo do poder empresarial extrapola, muitas vezes, os limites das deliberações assembleares. A organização racional do poder na sociedade anônima se dá, portanto, através de um sistema de administração burocratizado, desenvolvido para instrumentar o exercício efetivo do poder de dominação⁵⁶.

É nesse sentido a conclusão de José Alexandre Tavares Guerreiro:

“o aparato estatutário, apoiado no modelo legal, corresponde a um meio instrumental da organização do poder do acionista controlador. Nem mesmo a discriminação de competências exclusivas, como a competência de representar a companhia, que pertence unicamente aos diretores, é capaz de disfarçar convenientemente a realidade do poder de controle”⁵⁷.

A constatação é perfeitamente lógica e fica ainda mais clara se pensarmos, que as sociedades anônimas existem para possibilitar um gerenciamento eficiente de recursos, gerando lucro aos seus acionistas. Por assim ser, a sociedade anônima depende de uma estrutura racional e de um

⁵⁴ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de sociedades Mercantis*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito. 1958, vol. V, nº 208, p. 1.411.

⁵⁵ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Op. Cit., 1990, p. 52.

⁵⁶ Paillusseau chega a, inclusive, defender que a assembleia geral existiria para facilitar o exercício de poder pelo controlador: “É mesmo permitido perguntar se a extensão dos poderes da assembleia geral não foi feita para facilitar a tarefa dos acionistas controladores. Eles podem impor, dessa forma, mais facilmente a sua vontade”. (PAILLUSSEAU, Jean. *La société anonyme – technique d’organisation de l’entreprise*, Paris, Sirey, 1999, p. 247 Apud Modesto Carvalhosa, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, 2º volume: artigos 75 a 137. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014).

⁵⁷ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Op. Cit., 1990, p. 53.

formalismo jurídico que servem de aparato e propiciam a segurança e estabilidade necessárias ao desenvolvimento capitalista.

Em sendo a figura do acionista controlador essencial para o funcionamento da empresa – eis que é ele (o controlador) quem promove a estabilidade de gestão necessária ao sucesso dos negócios sociais⁵⁸ —, nada mais lógico, em um ambiente capitalista jovem, como o brasileiro, que as estruturas legais e jurídicas convirjam, cada vez mais, para a consolidação do poder de controle.

Conclui-se, portanto, que o exercício do poder de controle extrapola os limites da assembleia o seu núcleo central, que é o direito de voto. Com efeito, Bulhões Pedreira afirma que o poder de controle é exercido através da maioria “pré-constituída” da Assembleia, que permite o exercício da dominação dentro e fora das reuniões, tornando o controlador um “administrador supremo”:

“Na companhia em que a maioria da Assembleia é pre-constituída, o poder de controle é exercido pelo acionista ou grupo controlador dentro e fora das reuniões da Assembleia. Sua ação configura, portanto, cargo de administrador supremo, que se sobrepõe aos órgãos formais da companhia, e que dirige os órgãos administrativos⁵⁹”.

Nota-se, portanto, que o exercício efetivo do poder de controle se dá diretamente, através dos vários órgãos da companhia, e, em especial, através da atuação dos administradores e diretores, responsáveis por efetivamente tomar as decisões negociais. É inegável, portanto, a influência exercida pelo controlador sobre os administradores. Para Paolo Cecchi é normal que, na dinâmica da vida societária, os administradores mantenham contato direto com acionistas, sendo verdadeiramente “*ilusório admitir que as relações entre administradores e o grupo majoritário dos sócios devam ser mantidas em uma total e recíproca indiferença*”⁶⁰.

⁵⁸ LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. Op. Cit., 2017, p. 591.

⁵⁹ Ibid. p. 594.

⁶⁰ CECCHI, Paolo. *Gli Amministratori di Società di Capitali*. Milano, Giuffrè. 1999, p. 342 Apud LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Op. Cit., 2017, p. 595.

Por essas razões, não é possível levar ao extremo a ficção jurídica de que os administradores, eleitos pelo controlador, após tomarem posse, passam a agir exclusivamente no interesse da companhia e não mais no interesse dos sócios. Concordar com tal afirmação seria negar a realidade prática, que se mostra muitíssimo mais complexa. Não há dúvidas, portanto, que o poder de controle e a vontade do controlador se projetam para além da Assembleia, tendo participação direta e ativa na gestão da companhia. O poder de controle imprime verdadeira força coativa de caráter permanente a todos os órgãos da sociedade e, em especial, aos administradores, condicionando a sua gestão.

Ao que parece, ao menos do ponto de vista sociológico, a noção de poder de controle — e, conseqüentemente, a noção de abuso de poder de controle — não escapa a uma análise detida dos atos da administração e da gestão dos negócios sociais. O fato de limitarmos a atuação de controlador — e, eventualmente, a extensão de seus abusos —, unicamente à letra da lei e ao foro das decisões assembleares pode levar a um reducionismo perigoso.

A criação de um sistema eficiente contra os abusos do acionista controlador somente será possível quando enxergarmos o poder de controle como fenômeno complexo que é. Vê-se, assim, que o estudo sociológico do poder na sociedade anônima se mostra essencial ao exame do exercício abusivo do poder de controle e da eventual responsabilização do acionista titular deste poder.

3.2. O exercício do poder de controle e os deveres do controlador

O poder de controle estará sempre pautado no interesse social. É o interesse da sociedade — o qual, frise-se, não se confunde com o de seus

sócios — que irá determinar se é ou não legítimo o exercício de poder de controle⁶¹.

Como visto no capítulo acima, o exercício do poder de controle não se resume ao exercício do direito de voto, mas se manifesta através de diferentes situações, notadamente (a) nas deliberações da Assembleia Geral; (b) quando o controlador acumula as funções de controlador e administrador; e (c) quando o controlador orienta os administradores ou participa de forma ativa na gestão.

Discorda-se, portanto, da posição defendida por Fran Martins de que o exercício do poder de controle se limita à fiscalização dos atos da administração⁶². Ao contrário, a lógica da sociologia do poder na sociedade anônima demonstra que o acionista controlador é, em verdade, administrador de fato, que interfere, ativamente, na gestão dos negócios sociais. Não é a toa que Fábio Konder Comparato fala no acionista controlador como um “órgão” da companhia:

*“Na economia da nova sociedade anônima o controlador se afirma como seu mais recente órgão, ou, se preferir a explicação funcional, mecanismo societário, como o titular de um novo cargo social. Cargo em sua vasta acepção jurídica, designa um centro de competência, envolvendo uma ou mais funções”*⁶³.

A primeira constatação importante é, assim, a de que o exercício de poder de controle ultrapassa os limites da assembleia geral, para atingir uma multiplicidade de atos e, inclusive, mecanismos e canais informais sobre os quais se exerce esse poder. Nesse sentido recentemente se manifestou a

⁶¹ Nesse sentido, sustenta Luiz Gastão Paes de Barros Leães: “o princípio básico adotado pelo legislador é o de que o exercício do poder de controle só é legítimo quando leva a companhia a realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, e enquanto atente lealmente aos direitos e interesses de todos aqueles vinculados à empresa (...). A função social do poder econômico, corolário da função social da propriedade, se exterioriza, no âmbito da sociedade anônima, na atribuição de deveres e responsabilidades ao titular do poder econômico, que é o acionista controlador” (Op. Cit., p. 254).

⁶² “Sendo o acionista controlador um fiscal dos atos da administração, por ter voz decisiva na assembleia geral, deve exercer os seus poderes no sentido de que a administração social seja realizada de modo a serem atingidos os fins da sociedade” (MARTINS, Fran. Comentários à lei das sociedades anônimas. 4ª ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 405).

⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 107.

CVM, através do julgamento do PAS RJ 2012/1131, de relatoria da Diretora Luciana Dias⁶⁴.

Ao acionista controlador foi conferido regime diferenciado de direitos e deveres, tendo optado o legislador por exigir do titular do controle uma postura pró-ativa frente à companhia, aos acionistas e à comunidade em que atua.

Aos acionistas não controladores o legislador estabeleceu, unicamente, deveres gerais. A eles somente se aplicam os deveres de integralizar as ações subscritas (art. 106 da LSA), de exercer o direito de voto no melhor interesse da companhia (art. 115 da LSA) e de informar à CVM a respeito de eventuais alterações de sua participação societária, (no caso de acionista que elege membro do Conselho de Administração - art. 116-A da LSA).

Ao controlador, diferentemente, uma série de deveres próprios lhe são aplicáveis. O parágrafo único do art. 116 da LSA estabelece um feixe de obrigações ao acionista titular do controle. Esse feixe de obrigações é entendido pela maior parte da doutrina como um conjunto de “deveres fiduciários”. Essa constatação se justifica a partir do entendimento de que o acionista controlador nada mais é do que *agent*, figura que no direito brasileiro muito se aproxima do mandatário.

Lembre-se que o acionista controlador funciona para a sociedade anônima como se agente fiduciário fosse. O poder de controle, afinal, não deixa de conferir ao seu titular a possibilidade de dispor dos bens da sociedade, como seu proprietário, tornando-se o senhor de suas atividades⁶⁵. Por essa razão, Calixto Salomão Filho vê, no parágrafo único do art. 116, a existência de verdadeiros deveres fiduciários:

⁶⁴ “O reconhecimento de que a atuação do acionista controlador não se limita à atuação em assembleias gerais aproxima a norma da realidade econômica, tal como almejado pelo legislador quando da edição da Lei nº 6.404, de 1976. Essa atuação de forma mais ampla passa a ser esperada do controlador, incorporando o dever ativo de fazer com que a companhia realize o seu objeto social, enquanto atende aos interesses das pessoas e grupos indicados em lei, dentre os quais o dos acionistas minoritários” (Colegiado CVM, PAS CVM RJ 2012/1131, Rel. Diretora Luciana Dias, j. em 26-05-2015).

⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. Cit., p. 124.

“a ideia de deveres fiduciários encontra-se no trecho final do dispositivo que faz referência à obrigação do controlador para com os minoritários, trabalhadores e comunidade em que atua ‘cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender’. Respeitar e atender lealmente interesses dos minoritários é nada mais nada menos do que a formulação clássica dos deveres fiduciários”⁶⁶.

Em sendo o controlador verdadeiro *agente*, que gere o patrimônio dos outros sócios e da sociedade, natural que haja aquilo que os economistas definem por custos de agência (“*agency costs*”). Os custos de agência são inerentes a qualquer relação econômica em que um indivíduo recebe poderes para administrar o patrimônio alheio. Na ótica da relação controlador-minoritários-sociedade, os custos de agência refletem o risco econômico de o agente fiduciário afastar-se dos interesses de seus agenciados e passar a gerir o patrimônio alheio em benefício próprio. Uma das formas de minimizar esses riscos indesejáveis do ponto de vista da maximização da eficiência, é estabelecendo deveres fiduciários ao controlador.

Mas, afinal, quais são esses deveres?

Modesto Carvalhosa fala em dever lealdade, dever de diligência e de dever de transparência⁶⁷. A maior parte da doutrina, contudo, enxerga no parágrafo único do art. 116 da LSA uma verdadeira “cláusula geral”, a qual exprime as finalidades que devem ser perseguidas pelo controlador no exercício de seu poder-dever.

Com efeito, Comparato fala na existência de dois tipos de finalidade que devem ser buscadas pelo controlador para conferir legitimidade ao exercício de seu poder. São elas: as de ordem intra e extra-empresariais. As primeiras correspondem ao atendimento dos interesses de todos os participantes na empresa como outros acionistas, empregados e administradores. Já as finalidades extra-empresariais, se resumiriam no respeito à sociedade como um todo, ao meio ambiente, ao mercado

⁶⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 169-170.

⁶⁷ CARVALHOSA, Modesto. Op. Cit., p. 666.

consumidor e à economia do local em que a sociedade se encontra inserida⁶⁸.

Não obstante, parece unânime a voz da doutrina no sentido de que o parágrafo único do art. 116 contém, verdadeiramente, um dever de lealdade, o qual se exige do controlador. Esse dever de lealdade, na lição de Erasmo Valladão França decorre da relação de sujeição em que a minoria se encontra frente à maioria:

“Da constatação de que uma maioria estável impõe a sua vontade à minoria, que por sua vez se acha em uma situação jurídica de sujeição, surgiu a ideia, correlata, de que aquela tem um dever de lealdade para com esta⁶⁹”.

O dever de lealdade da maioria foi reconhecido pelas cortes inglesas pela primeira vez em 1900, no julgamento do caso *Allen v. The Gold Reefs of West Africa, Ltd.* Na ocasião, se reconheceu o dever de *bona fides* dos controladores perante os acionistas minoritários no exercício de seu direito de modificar o estatuto social da companhia:

“The power thus conferred on companies to alter the regulations contained in their articles is limited only by the provisions contained in the statute as a condition contained in the companies memorandum of association. Wide, however, as the language of s. 50 is, the power conferred by it must, like all other powers, be exercised subject to those general principles of law and equity which are applicable to all powers conferred on majorities and enabling them to bind minorities. It must be exercised, not only in the manner required by law, but also bona fide for the benefit of the company as a whole, and it must not be exceeded. These conditions are always implied, and are seldom, if ever, expressed⁷⁰”.

A despeito da importância do dever de lealdade aplicável ao acionista controlador, nem a doutrina e nem a jurisprudência chegam a um consenso quanto à sua exata definição. Assim, antes de mais, faz-se necessário se aprofundar no estudo do conceito do dever de lealdade do

⁶⁸ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. Cit., p. 316.

⁶⁹ FRANÇA, Erasmo Valladão. *Dever de lealdade do acionista controlador por ocasião da alienação do controle – Dever de maximização do valor das ações dos acionistas não controladores – interpretação do estatuto de companhia aberta – possibilidade de cumulação de OPAs.* In “Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro”, São Paulo: Malheiros, vol. 158, abr./jun. 2011, pp. 251-266.

⁷⁰ J.R. Bisacre. *Casebook on Company Law*. Pitman Publishing, 1992, Londres, pp. 79-80 Apud Erasmo Valladão, Op. Cit., p. 255.

acionista controlador, eis que só então será possível compreender quais os limites que o ordenamento impõe ao exercício do poder de controle.

3.2.1. O dever de lealdade no direito societário alemão

Marcelo Vieira Von Adamek, estudioso da problemática do dever societário de lealdade no direito alemão, afirma que três principais teorias explicam os fundamentos desse dever naquele ordenamento jurídico. São elas: (i) a teoria da persecução do fim social (Zweckförderungstheorie); (ii) a teoria da condensação (Verdichtungstheorie) e; (iii) a teoria do aperfeiçoamento jurídico (Rechtsforbildungstheorie)⁷¹.

A primeira, parte do pressuposto de que o dever de lealdade seria o resultado do “*duty to promote the achievement of a common purpose*”⁷² imposto às partes que se associam através de um acordo de parceria societária (§ 705 BGB). A teoria da condensação, por sua vez, parte da ideia de que o dever de lealdade estaria previsto no § 242 do BGB, o qual impõe um dever geral de boa-fé no cumprimento das obrigações⁷³.

Por último, os defensores da teoria do aperfeiçoamento jurídico sustentam que o dever de lealdade estaria fundamentado em diversas normas esparsas, e que a sua consolidação teria se dado a partir de seu aperfeiçoamento jurídico, tornando o dever de lealdade verdadeira cláusula geral⁷⁴.

A lógica dos tribunais alemães para a aplicação do dever de lealdade ao titular do controle é, em geral, enxergar o controlador como o administrador do patrimônio alheio. Para Herbert Wiedemann importa o binômio *influência* (*Einfluss*) e *responsabilidade* (*Verantwortung*). Ambos os conceitos, na visão do autor, devem corresponder-se. O dever de

⁷¹ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Op. Cit., p. 92.

⁷² German Civil Code – BGB, 2009, Tradução por Langenscheidt Translation Service. Disponível em <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em 03.11.17.

⁷³ “An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration”. Disponível em <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em 03.11.17.

⁷⁴ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Op. Cit., p. 93.

lealdade do controlador seria, portanto, mais que mero artifício limitador de direitos, mas algo que “*conforma intrinsecamente o seu poder jurídico*”⁷⁵.

O julgamento do caso *Victoria Urteil* pelo Tribunal do Reich em 1931, marca a aplicação do dever de lealdade pelas cortes alemãs. Na ocasião se decidiu:

“Da autorização de se deliberar também para a minoria por via da deliberação majoritária, e, dessa forma, dispor mediatamente sobre os seus direitos patrimoniais ligados à sociedade, resulta, sem ressalvas, o dever societário da maioria de proteger também os legítimos interesses da minoria e de não restringir indevidamente os seus direitos no quadro do interesse comum”⁷⁶.

Para a doutrina alemã, percebe-se que o dever de lealdade possui caráter dúplice que impõe, ao mesmo tempo, um dever positivo de zelar pelos interesses da sociedade e da coletividade, e um dever negativo, de abster-se de tudo o que possa lesar os interesses da sociedade e dos que dela participam ativamente⁷⁷.

3.2.2. O dever de lealdade no direito societário norte-americano

O dever de lealdade fora aplicado a um acionista controlador norte-americano pela primeira vez em 1919, no julgamento do caso *Southern Pacific Co. v. Bogert*⁷⁸ pela Suprema Corte. O caso se desenvolveu no âmbito da Houston & Texas Railway Company, companhia que administrava uma rede ferroviária do Texas, e que era controlada pela Southern Pacific Co.

A acionista controladora da Houston & Texas, ao decidir alienar suas ações, privou os acionistas minoritários dos benefícios econômicos auferidos com a venda do controle da sociedade. A Suprema Corte, então,

⁷⁵ WIEDEMANN, Herbert. *Gesellschaftrecht I – Grundlagen*, Beck, Munique, 1980, p. 432 *Apud* FRANÇA, Erasmo Valladão. Op. Cit., p. 256.

⁷⁶ *Apud*. VALLADÃO FRANÇA, Erasmo. Op. Cit., p. 255. Tradução livre do autor. (RGZ 132, p. 149 = JW 1931, p. 2.951).

⁷⁷ Eugen Klunziger, *Grundzüge des Gesellschaftsrechts*, 15ª ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2009, § 5, nº 3, p. 74 *Apud* ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Op. Cit., p. 100.

⁷⁸ *Southern Pacific Co. v. Bogert* 250 U.S. 488 (1919).

entendeu que a distribuição dos frutos deveria se dar *pro rata*, sendo os benefícios do controle divididos entre todos os acionistas. Isso porque, a relação entre o controlador e o acionista minoritário tem natureza fiduciária:

“The majority has the right to control; but when it does so, it occupies a fiduciary relation toward the minority, as much so as the corporation itself or its officers and directors. If, through that control, a sale of the corporate property is made and the property acquired by the majority, the minority may not be excluded from a fair participation in the fruits of the sale”.

Como se vê do trecho da decisão, assim como a alemã, a jurisprudência norte-americana aplica o dever de lealdade ao acionista controlador partindo da premissa de que ele atua como agente fiduciário, gerindo os negócios sociais e operando a propriedade alheia.

A jurisprudência americana mais recente⁷⁹ também tem reconhecido a existência de dever fiduciário entre o acionista titular do controle, os acionistas minoritários da companhia e a comunidade como um todo⁸⁰. Em alguns estados, como é o caso de Delaware e Califórnia, a noção de dever de lealdade do acionista controlador engloba não apenas o dever de lealdade propriamente dito, mas também, o dever de diligência. No caso *Stephenson v. Dreyer*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia, entendeu-se que ao controlador aplicavam-se, além do dever de lealdade, o dever de diligência, o dever de boa-fé, o da justiça inerente e o da igualdade de oportunidades aos minoritários⁸¹.

As cortes americanas muito debateram a respeito de se o dever de lealdade aplicável ao acionista controlador seria o mesmo aplicável aos administradores. A conclusão a que lá se chegou, segundo confirma Jens Dammann, é a de que se tratam, na verdade, de deveres de lealdade distintos:

⁷⁹ A título de exemplo: *Hollinger International, Inc. v. Black* (Del. 2004) 844 A. 2d 1022, 1061, fn. 83; *In re Summit Metal, Inc.* (D. Del. 2004) Westlaw 1812700, *12).

⁸⁰ GARTENBERG, Edward. *A Review of Fiduciary Duties in California and Delaware Corporations*. In “*State Bar of California: Business Law News*”, 2006, p. 7.

⁸¹ *Stephenson v. Dreyer*, (Cal. 1997) 16 Cal.4th 1167, 1178.

“The notion, however, that directors and controlling shareholders have identical fiduciary duties is squarely in conflict with Delaware's case law on the controlling shareholder's duty of loyalty. Delaware courts have long acknowledged that the duty of loyalty imposed on controlling shareholders is a very different constraint from the duty of loyalty imposed on corporate directors”⁸².

Conclui-se, assim, que as cortes americanas aplicam aos acionistas controladores o dever de lealdade e de diligência perante outros acionistas, perante a companhia e à comunidade. Não obstante, os deveres de lealdade e diligência aplicáveis aos controladores em nada se confundem com os deveres exigidos dos membros da administração.

3.2.3. O dever de lealdade no direito societário brasileiro

Assim como no direito alemão, no direito brasileiro o dever de lealdade decorre do “*princípio da correlação ou coordenação entre poder e responsabilidade*”⁸³. O fundamento normativo do dever de lealdade no direito pátrio está distribuído por uma série de normas esparsas, mas, de forma mais imediata, no primado da boa-fé objetiva (arts. 187 e 422, CC/02).

A doutrina brasileira também parece caminhar na clara direção de aplicar, também aos controladores, o dever de lealdade. Nas palavras de Norma Jonsen Parente, o dever de lealdade é “*princípio geral de conduta*”, e encontra-se expressamente previsto no parágrafo único do art. 116 da LSA:

“Necessário lembrar que, mutatis mutandis, deve também o acionista controlador respeitar lealmente os interesses da companhia. O dever de lealdade para com a companhia é princípio geral de conduta, igualmente consagrado no parágrafo único do art. 116 da Lei n. 6.404/76, que dispõe que ‘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’⁸⁴.

⁸² DAMMANN, Jens. *The controlling shareholder's general duty of care: a dogma that should be abandoned*, In “University of Illinois Law Review”, vol. 2015, nº 2. p. 504.

⁸³ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Op. Cit., p. 136.

⁸⁴ PARENTE, Norma Jonsen. *O dever de lealdade do administrador e a oportunidade comercial*; in “*Temas essenciais de direito empresarial: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa*”. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 919. No mesmo sentido, Erasmo Valladão França: “*O acionista*

A CVM, por diversas vezes, já reconheceu a aplicabilidade do dever de lealdade ao acionista controlador. O primeiro caso merecedor de destaque é o Processo Administrativo CVM RJ nº 2005/1443, de relatoria do Diretor Pedro Marcilio. Na ocasião, a CVM aplicou multa ao acionista controlador que era o então presidente do Conselho de Administração da companhia, por aplicação da alínea “c” do art. 117 da LSA. Entendeu-se que o controlador, assim como os administradores, tem o dever de agir lealmente para com os outros acionistas e para com a comunidade⁸⁵.

Em outro julgamento, a Comissão de Valores Mobiliários aplicou o dever de lealdade ao titular do controle, entendendo que sua natureza seria idêntica ao dever de lealdade aplicável aos administradores. Em seu voto, o relator Eli Lória concluiu que:

“(...) pela especialidade da função de controlador, pela sua relação intrínseca com o próprio desenvolvimento da companhia, bem como com os interesses dos sócios, compreende-se que se aplicam também a ele controlador o mesmo dever e lealdade desvelado pelo diploma societário aos administradores”⁸⁶.

Apesar de esta posição ser defendida por alguns autores, não parece, contudo, a mais adequada. Ao que tudo indica, não teve o legislador a intenção de equiparar o acionista controlador à figura do administrador para fins de seus deveres e responsabilidades. Ao contrário, no § 3º do art. 117 da LSA o legislador dispôs que *“o acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo”*.

controlador – extrai-se de nosso direito positivo, não apenas de nossa jurisprudência – tem deveres de lealdade para com a minoria (‘cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender’, diz o preceito legal). E esse dever de lealdade é amplo, tendo por objetivo não somente direitos, mas também interesses” (FRANÇA, Erasmo Valladão. Op. Cit., p. 256).

⁸⁵ *“Deixando de lado as questões da função social da empresa e a de quem é primordialmente responsável (se o acionista controlador ou os administradores), o disposto na segunda parte do § único tem importantes consequências jurídicas. Ele fala em ‘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’. Ou seja, estabelece a necessidade de o acionista controlador ser leal para com acionistas, trabalhadores e comunidade. Além disso, determina que a atuação do acionista controlador respeite e atenda direitos dessas pessoas”* (Colegiado CVM, Proc. CVM RJ 2005/1443, Rel. Pedro Oliva Marcilio de Sousa, j. em 10-06-2006).

⁸⁶ Colegiado CVM, PAS CVM RJ 2008/1815, Rel. Diretor Eli Lória, j. em 28-04-2009.

Ora, se a LSA pretendesse estender ao controlador todos os deveres aplicáveis aos administradores, o dispositivo acima não teria razão para existir. Parece evidente, portanto, a intenção da lei de criar diferenciações entre as duas figuras. Vale dizer, inclusive, que em decisões mais recentes a CVM demonstrou ter alterado o seu entendimento.

Mais recentemente, a autarquia tem aplicado o dever de lealdade aos controladores, mas fazendo a válida distinção de que o dever de lealdade a eles aplicável não se confunde com o previsto no art. 155 da LSA. Nos termos do trecho do voto da relatora Luciana Dias no julgamento do PAS CVM RJ 2012/1131, o dever de lealdade aplicável ao controlador é mais amplo do que aquele aplicável aos administradores⁸⁷. Na mesma ocasião, a relatora afirmou, ainda, que além do dever de lealdade, o parágrafo único do art. 116 da LSA abrange, também, o dever de diligência:

“A análise da conduta do controlador diante de uma situação concreta, que envolve tanto aspectos de diligência quanto de lealdade, deve ser pautada pelos mecanismos existentes à sua disposição – como dito acima, não se resume à atuação em assembleias gerais, mas engloba também sua reação diante da atuação da administração por ele indicada e suas funções de orientação geral da companhia, exercidas, muitas vezes, por mecanismos informais de comunicação e controle”.

Essa posição também é defendida por Modesto Carvalhosa:

“A regra fundamental que decorre do parágrafo único do art. 116 é, portanto, que não poderão os controladores buscar os seus interesses pessoais na condução da companhia em detrimento dos interesses desta e de seus acionistas em geral. Trata-se do dever de lealdade que constitui princípio normativo de ampla aplicação aos casos concretos e de fácil ajustamento às situações factuais de antijuridicidade, detectáveis, a todo tempo, no exercício do controle societário. E esse dever de lealdade, ínsito ao dever fiduciário do controlador, mede-se, sobretudo, pelo princípio da boa-fé objetiva (arts. 113-422 do Código Civil). E esse mesmo dever de lealdade embute o dever de diligência”.

É indubitável, portanto, a aplicabilidade do dever de lealdade ao acionista controlador no direito brasileiro. Esse dever, previsto no parágrafo

⁸⁷ “Creio que o art. 116 contém aquilo que tipicamente é chamado de dever de lealdade, em especial porque emprega a própria expressão “lealmente”. Entretanto, gostaria de ressaltar que, com base nesse artigo, o dever identificado pela SEP me parece tratar de uma categoria ainda mais ampla, que de fato abrange um dever de lealdade, mas vai além” (Colegiado CVM, PAS CVM RJ 2012/1131, Rel. Luciana Dias, j. em 26-05-2015).

único do art. 116 da LSA, não se confunde, contudo, com aquele previsto no art. 155 da LSA, o qual se impõe aos administradores. Ao contrário, trata-se de dever ainda mais amplo que, associado ao dever de diligência e aos deveres de fazer a companhia cumprir com seu objeto e com sua função social, atua como balizador do exercício do poder de controle. Apenas quando atendidos os deveres previstos neste dispositivo é que se poderá falar em exercício legítimo do poder de controle.

A *contrario sensu*, como veremos, quando algum desses deveres é violado, temos a hipótese de abuso de poder de controle, a qual torna o acionista passível de responsabilização pelos prejuízos a que tiver dado causa (art. 117 da LSA).

CAPÍTULO 4 – O ABUSO DE PODER DE CONTROLE PELA ELEIÇÃO DE ADMINISTRADOR MORAL OU TECNICAMENTE INAPTO

4.1. O abuso de poder de controle

Dos capítulos anteriores é possível concluir, em primeiro lugar, que o acionista controlador nada mais é do que um agente fiduciário — verdadeiro administrador de fato —, gestor do patrimônio alheio. Justamente porque ocupa tal posição, a ele são asseguradas as prerrogativas do controle, notadamente, as de tomar as decisões negociais e dirigir as atividades da companhia. Como a segunda face de uma mesma moeda, além dessas prerrogativas, ao titular do controle também são estipulados deveres fiduciários, capazes de responsabilizá-lo por eventuais prejuízos que venha a causar. Esses deveres fiduciários encontram-se positivados no parágrafo único do art. 116 da LSA, e servem de limites balizadores ao exercício do poder de controle. Descumpridos qualquer dos encargos ali previstos, estar-se-á diante de uma hipótese de desvio ilegítimo no exercício do controle.

Muitos autores afirmam que são nítidas as semelhanças entre os institutos do abuso de poder e do abuso de direito⁸⁸. Este último, figura pertencente ao direito privado, consiste no exercício desvirtuado de um determinado direito por seu titular. Josserrand, principal idealizador da teoria do abuso de direito, como já mencionado *supra*, enxerga o instituto a partir da premissa de que todos os direitos possuem um *espírito*, uma finalidade precípua, prevista pelo ordenamento jurídico.

⁸⁸ “A figura do abuso de poder, que teve especial desenvolvimento no direito administrativo, é, como se sabe, filha da noção de abuso de direito, que provocou longa polêmica no campo estrito do direito privado e que, expurgada de todas as nuances teóricas, nada mais quer significar que o sujeito, que tem o poder de realizar o seu direito (*facultas agendi*), deve ser contido dentro da limitação, a qual consiste em coibir todo o exercício anormal que possa causar dano a outrem (*neminem laedere*).” LEÃES; Luiz Gastão Paes de Barros. Op. Cit., p. 256.

De forma semelhante, o abuso de poder consiste, nas palavras de Comparato, em um afastamento “*não da forma, mas do espírito da lei, representando ato típico de *fraus legi*, e não contra *legem**”⁸⁹.

A figura do abuso de poder remonta aos primórdios do direito administrativo, ao período em que se reuniam os Conselhos de Estado franceses para anular decisões administrativas tidas como abusivas⁹⁰. Naquela época, a doutrina subdividiu o abuso de poder em duas hipóteses mais recorrentes: *excès du pouvoir* (excesso de poder) e *détournement du pouvoir* (desvio de poder). Ao que tudo indica, a clássica doutrina nacional de direito administrativo importou esses conceitos e também enxergou o conceito de abuso de direito a partir dessa dicotomia, entendendo ser o abuso gênero, do qual seriam espécies, o excesso e o desvio de poder⁹¹.

Se no direito administrativo, contudo, a tese do abuso de poder vem perdendo força, o mesmo não se pode dizer do direito societário, em que o instituto recebeu singular importância com o advento da Lei 6.404/76. No campo das sociedades por ações, o desvio de poder de controle é — novamente fazendo referência aos dizeres de Comparato — “*anomalia sempre ligada à opressão dos não controladores*”. Para descrever esta anomalia o direito norte-americano cunhou o termo *intracorporate oppression* ou *freezing out* ou *squeezing out minority shareholders*. No direito inglês, fala-se em *fraud on the minority*⁹².

Neste ponto, é válida a lição de L. B. Gower que, ao conferir ao termo “fraude” a sua devida dimensão, conclui que o abuso de poder de controle é nada mais que um mau uso dos deveres fiduciários pelo controlador:

⁸⁹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO, Calixto. Op. Cit., p. 316.

⁹⁰ Nessa época, Georges Vedel classificou o abuso de poder no direito administrativo francês: “*O desvio de poder existe, não somente quando o agente não persegue um fim de interesse público, mas ainda quando ele persegue um fim de interesse público estranho àquele que a lei lhe impunha perseguir*”. VEDEL, Georges. *Droit Administratif*, Paris, 1980, p. 772 Apud LUCENA, Waldecy. Op. Cit., p. 1095.

⁹¹ CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Forense, vol. II, n. 149, 1966, p. 243.

⁹² COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO, Calixto. Op. Cit., p. 331.

“‘Fraud’ here connotes an abuse of power analogous to its meaning in a court of equity to describe a misuse of a fiduciary position. Nor is it necessary that those who are injured should be a minority; indeed, the injured party will normally be the company itself, though sometimes those who have really suffered will be a class or section of members not necessarily a numerical minority, who are outvoted by the controllers”.

Vê-se assim, que tanto no direito inglês, como no norte-americano, como no brasileiro, as noções de abuso de poder de controle em muito se assemelham. Trata-se, em última instância, do uso pelo titular do controle, dos poderes que tem sobre o patrimônio alheio em benefício próprio, em detrimento das finalidades impostas pela lei para o exercício deste poder. No caso da lei brasileira, como já mencionado, estas finalidades consistem no dever de fazer a companhia cumprir com seu objeto (produzindo lucros e distribuindo-os aos seus acionistas), e com a sua função social (atendendo lealmente aos interesses de todos os indivíduos que participam da vida da sociedade).

Ao acionista que exerce o poder de controle em desvio, ou com abuso, a lei prevê algumas sanções.

A primeira delas é a possibilidade de anular-se o ato abusivo, quando se tratar de matéria votada em assembleia geral. Anula-se o conclave, nos termos do § 4º do art. 115 da LSA. Esta solução, apesar de ter pouca aplicabilidade prática, será preferível sempre que for possível retornar os *status quo ante* à deliberação abusiva. Essa hipótese é, contudo, pouco frequente, como alerta Comparato:

*“Constituindo a vida societária uma atividade e não uma sucessão desencadeada de atos, uma série de institutos processuais perdem sentido. Um julgamento de um ato do passado, sendo um ato humano, além de (ou talvez antes que) jurídico, acaba por ter em conta os efeitos da reversão do ato sobre a situação presente. Daí a pouquíssima frequência de anulação de atos societários ou de jurisprudência consistente nessa matéria. A dificuldade em alterar um ato vários anos depois, consumadas várias de suas consequências, é evidente. Não mais isolável, o ato já se conjugou à atividade, sendo impossível aplicar-lhe a disciplina dos atos.”*⁹³⁻⁹⁴

⁹³ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO, Calixto. Op. Cit., p. 334.

⁹⁴ Modesto Carvalhosa ressalta que a anulação ou invalidade da assembleia pode acabar por causar danos ainda maiores à companhia: “Pode ocorrer o dano e, mesmo assim, os atos aproveitarem à sociedade, em determinadas circunstâncias. E, com efeito, dada a natureza da companhia,

Outra espécie de sanção possível à conduta abusiva do controlador é a sanção administrativa, que pode ser aplicada pela Comissão de Valores Mobiliários, a quem compete fiscalizar, investigar e punir os abusos praticados no âmbito do mercado de capitais. Além da pena de multa, a CVM poderá aplicar penas pessoais ao controlador. Exemplos de penalidades pessoais são o afastamento da gestão da sociedade, a impossibilidade de atuar como membro do Conselho de Administração, dentre outras.

Além desses remédios, a lei também prevê a responsabilidade civil do controlador. O titular do controle responderá pelos prejuízos que causar à companhia e a outros acionistas (art. 117 da LSA). O dispositivo em comento elenca algumas modalidades de exercício abusivo do poder de controle em seu parágrafo primeiro. Tratam-se, nitidamente de hipóteses exemplificativas, como confirma a doutrina unânime.

Diferente não poderia ser, eis que não se pode exigir do legislador, no momento de edição da lei, a previsão de todas as hipóteses de aplicação e incidência da norma. A realidade se mostra, sempre e sempre, muito mais complexa do que a teoria. Por essa razão, estabeleceu o legislador a competência da CVM para fixar novas modalidades de abuso de poder de controle (art. 4º Lei 6.385/76)⁹⁵.

É válido lembrar, ainda, que a norma do art. 117 atinge tanto o controlador direto, quanto o indireto, desde que seja possível demonstrar que o ato abusivo dele emanou. Nesse sentido, já se posicionou a CVM no julgamento do PAS CVM 07/05, de relatoria de Marcelo Trindade:

“Assim, em tese, me parece possível que se possa acusar o controlador indireto por abuso do poder de controle na forma do art. 117 da Lei das S.A. Contudo, creio que somente se deve fazê-lo quando a imputação ao controlador direto for insuficiente para alcançar os agentes que deram causa à violação. Em outras palavras: é preciso estar provado que as decisões ou políticas indevidas emanaram do controlador indireto.”

marcada pela sucessividade dos atos sociais, a anulação, v.g., de determinada assembleia realizada no passado pode acarretar danos suplementares que convém evitar, não obstante nesta se tenha dado o abuso do controlador” (CARVALHOSA, Modesto. Op. Cit., p. 668).

⁹⁵ A Instrução CVM 323/2000 define outras hipóteses de exercício abusivo de poder de controle.

Das modalidades listadas no parágrafo primeiro nota-se que todas envolvem uma postura comissiva do controlador e todas tratam de casos de desvio (e não excesso) de poder. Em se tratando o abuso de poder — que por tudo e em tudo se assemelha da figura do abuso de direito — não se exige, via de regra, a prova da intenção do agente para a sua configuração, salvo quando a lei assim expressamente exigir. O mesmo não se pode dizer da necessidade de comprovação de dano efetivo, patrimonialmente ressarcível.

Tanto a doutrina, quanto os tribunais, são firmes no entendimento de que o dano é um requisito essencial para ensejar a responsabilidade do controlador⁹⁶⁻⁹⁷. Waldecy Lucena é peremptório no sentido de que a demonstração do prejuízo efetivo é exigida em todas as hipóteses de abuso de poder elencadas no art. 117:

“As modalidades de exercício abusivo do poder, constantes das oito alíneas que integram o parágrafo 1º, hão de ser interpretadas em conjunto com o caput do artigo ora comentado. E este é expresso em somente responsabilizar o acionista controlador quando o ato abusivo deste causar danos. (...) Exige-se, em suma, um resultado danoso para a vítima — seja pessoa natural, pessoa jurídica ou instituição”⁹⁸.

Conclui-se, portanto, em regras gerais, que são basicamente três os elementos necessários à responsabilização do controlador nas hipóteses de do §1º do art. 117 da LSA: (i) o exercício efetivo do poder de controle; (ii) que este exercício tenha se dado com desvio de poder, isto é, sem atender às finalidades para as quais o controle foi pensado (parágrafo único, art. 116

⁹⁶ STJ, RESp nº 798.264-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 06.02.2007; STJ, RESp nº 10.863, Rel. Min. Cláudio Santos, j. em 04.02.1992; TJSP, Embargos Infringentes nº 29.481-1, Rel. Des. Marcos Bonilha, j. em 28.03.1985; TJRJ, Apelação Cível nº 2001.001.10296, Rel. Des. Mauro Fonseca Pinto Nogueira, j. em 28.08.2001.

⁹⁷ Infelizmente, a CVM parece não seguir o mesmo movimento. Nelson Eizirik pontua: “Os membros do Colegiado da CVM, em alguns processos sancionadores, analisam os danos concretos ou “potenciais” causados pela conduta do controlador; em outros, não consideram necessários demonstrar os danos, passando ao largo da questão. Embora o abuso de poder de controle seja invocado em vários processos sancionadores, a jurisprudência administrativa da CVM sobre a matéria ainda não possibilita a identificação de orientações consistentes e uniformes”. EIZIRIK, Nelson. *A lei das S.A. comentada – artigos 80 a 137*. Volume II, 2ª ed.. São Paulo: Quartier Latin, 2015, nota de rodapé nº 14, p. 247.

⁹⁸ LUCENA, Waldecy. Op. Cit., p. 1.105.

da LSA); e (iii) a existência de prejuízo efetivo, concreto e atual, decorrente diretamente do ato abusivo praticado.

4.2. A hipótese da alínea “d” do art. 117 da LSA

A hipótese de abuso de poder de controle prevista na alínea ‘d’ do art. 117 da LSA é de rara aparição. Isso não altera, contudo, a sua importância e a extrema gravidade do abuso de poder praticado nestes termos. A eleição de administrador, diretor ou fiscal é, possivelmente, uma das mais claras formas de exercício do controle, e, certamente, a mais evidente ingerência do controlador nos negócios sociais e na política empresarial.

A alínea ‘d’ do art. 117 se propõe a regular as hipóteses em que há abuso no direito de voto do controlador, mais especificamente, em que há abuso na eleição de membros para os cargos de conselheiro, diretor ou fiscal. No caso de companhias que possuam Conselho de Administração, a despeito de a competência de eleger os diretores caber exclusivamente a este órgão, é possível responsabilizar o acionista controlador, desde que reste demonstrado que a eleição se deu por orientação sua.

Perdoe-se aqui pelo truísmo, mas, para que se possa responsabilizar o controlador pela eleição de administrador, é necessário que se faça prova de que foi o próprio controlador quem indicou (ou deu ordem para indicar) o indivíduo inapto, moral ou tecnicamente. Assim, requer-se, antes de qualquer coisa, o exercício efetivo do poder de controle na eleição ou indicação do administrador, diretor ou fiscal.

Nota-se que a *ratio* dessa hipótese de responsabilização decorre, justamente, da importância do ato de eleição do gestor ou fiscal que irá controlar os negócios da companhia. É o administrador quem dita as políticas empresariais, é o diretor quem representa sociedade perante terceiros, e é o fiscal quem supervisiona as atividades de todos os órgãos

sociais. É angular, portanto, a importância do ato de indicação para esses cargos.

Com efeito, o Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa IBGC dispõe que: “o processo de indicação dos diretores é de extrema importância para o sucesso na implementação da estratégia da organização”⁹⁹.

Uma vez que a escolha dos membros que irão ocupar cada um desses cargos de é fundamental importância para o sucesso ou não da companhia, é mister que tal decisão seja sempre tomada em estrita observância ao interesse social. Veja-se, nesse sentido, a lição de Marcelo Adamek:

“Quando a lei societária assegura aos minoritários o direito de eleição em separado de membros para compor os órgãos sociais (CC, art. 1.066, § 2º; e LSA, arts. 141 § 4º, e 161, § 4º), exige a contrapartida do poder, isto é, exige que a escolha se faça de forma responsável. Leal. Honesta. Séria. Bem intencionada. Pautada pelo interesse social.

Assim como o controlador comete abuso de poder quando elege ou mantém no cargo administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente, ou quando deixa de apurar responsabilidade pelos desvios cometidos por tais indivíduos (LSA, art. 117 § 1º, d e g), também a minoria, na situação em que lhe cabe o direito de eleição em separado de membro para o órgão social, comete o mesmo ilícito e se expõe às mesmas sanções”¹⁰⁰.

Vê-se, assim que o caráter raro dessa hipótese de abuso de poder certamente não decorre de uma inferior importância. Ao que parece, há na hipótese da alínea ‘d’ do § 1º do art. 117 da LSA, um problema de ordem prática. Há, como se demonstrará, um *standard* de prova altíssimo ao interessado, o que acaba por tornar inabitual a sua ocorrência.

Diferentemente das outras hipóteses exemplificadas, a alínea ‘d’ exige para a responsabilização a prova de requisitos de difícil acesso na prática, como é o caso da demonstração da ciência do controlador acerca da inaptidão do indicado. Como se verá, além da prova da inaptidão do administrador, ao minoritário cabe comprovar também a ciência do

⁹⁹ Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 5ª ed.. São Paulo, SP: IBGC, 2015.

¹⁰⁰ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Op. Cit., p. 171.

controlador acerca dessa inaptidão, sem a qual não há que se falar em abuso de poder.

Somados a esses pontos, faz-se necessário demonstrar, também (i) que houve prejuízo efetivo à companhia; e (ii) que esse prejuízo foi direta e imediatamente causado pelo ato abusivo.

Nota-se, assim, que é árdua a tarefa do minoritário que decide impugnar a indicação de um administrador ou conselheiro fiscal, com base no disposto na alínea ‘d’, do § 1º do art. 117 da LSA. Possivelmente em razão dessa dificuldade ainda não se tem notícia de caso em que o controlador tenha sido responsabilizado nestas circunstâncias.

Toma-se essa hipótese de abuso como ponto de partida para enxergar, de uma forma mais global, algumas das falhas dos mecanismos de tutela da minoria, previstos em nossa lei societária. Essas falhas, como se demonstrará, permitem a perpetuação de certos abusos e dificultam o desenvolvimento do nosso mercado de capitais.

4.3. Os requisitos para a responsabilização do controlador pela eleição de administrador moral ou tecnicamente inapto

4.3.1. A Inaptidão moral ou técnica

Antes de qualquer coisa, para fins da responsabilização do controlador com base na alínea ‘d’ do art. 117, importa compreender o significado dos termos “inaptidão moral” e “inaptidão técnica”. O dispositivo deve sempre ser interpretado em conjunto com o art. 147¹⁰¹ e

¹⁰¹ “Art. 147. Quando a lei exigir certos requisitos para a investidura em cargo de administração da companhia, a assembleia-geral somente poderá eleger quem tenha exibido os necessários comprovantes, dos quais se arquivará cópia autêntica na sede social.

§ 1º São inelegíveis para os cargos de administração da companhia as pessoas impedidas por lei especial, ou condenadas por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, contra a economia popular, a fé pública ou a propriedade, ou a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos.

§ 2º São ainda inelegíveis para os cargos de administração de companhia aberta as pessoas declaradas inabilitadas por ato da Comissão de Valores Mobiliários.

§ 3º O conselheiro deve ter reputação ilibada, não podendo ser eleito, salvo dispensa da assembleia-geral, aquele que: I - ocupar cargos em sociedades que possam ser consideradas

162¹⁰² do mesmo diploma, que contém os impedimentos legais para o exercício dos cargos de administrador e membro do conselho fiscal, respectivamente.

A lei fala que são inelegíveis (i) as pessoas impedidas por lei especial; (ii) as condenadas por crime falimentar, crime de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, crime contra a economia popular, crime contra a fé pública, contra a propriedade, ou condenado por pena criminal que vede o acesso aos cargos públicos; (iii) os agentes que forem declarados inabilitados pela CVM e (iv) que não tenha reputação ilibada (art. 147 da LSA).

No que tange à inaptidão moral, apenas interessam os itens (ii), (iii) e (iv). Quanto à inaptidão técnica, cabe dizer que, como a lei não definiu nenhum critério objetivo que ajude a compreender o termo, seu significado se dará no caso concreto, a depender das circunstâncias particulares de cada situação.

Note-se, ainda, que todos os impedimentos previstos no art. 147 da LSA, aplicáveis aos administradores e diretores, são também aplicáveis aos membros do conselho fiscal, por força do § 2º do art. 162 da LSA.

O administrador, diretor ou fiscal será considerado moralmente inapto quando tiver sido condenado por algum dos crimes listados no § 1º

concorrentes no mercado, em especial, em conselhos consultivos, de administração ou fiscal; e II - tiver interesse conflitante com a sociedade.

§ 4º A comprovação do cumprimento das condições previstas no § 3º será efetuada por meio de declaração firmada pelo conselheiro eleito nos termos definidos pela Comissão de Valores Mobiliários, com vistas ao disposto nos arts. 145 e 159, sob as penas da lei”.

¹⁰² *“Art. 162. Somente podem ser eleitos para o conselho fiscal pessoas naturais, residentes no País, diplomadas em curso de nível universitário, ou que tenham exercido por prazo mínimo de 3 (três) anos, cargo de administrador de empresa ou de conselheiro fiscal.*

§ 1º Nas localidades em que não houver pessoas habilitadas, em número suficiente, para o exercício da função, caberá ao juiz dispensar a companhia da satisfação dos requisitos estabelecidos neste artigo.

§ 2º Não podem ser eleitos para o conselho fiscal, além das pessoas enumeradas nos parágrafos do artigo 147, membros de órgãos de administração e empregados da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo, e o cônjuge ou parente, até terceiro grau, de administrador da companhia.

§ 3º A remuneração dos membros do conselho fiscal, além do reembolso, obrigatório, das despesas de locomoção e estada necessárias ao desempenho da função, será fixada pela assembleia-geral que os eleger, e não poderá ser inferior, para cada membro em exercício, a dez por cento da que, em média, for atribuída a cada diretor, não computados benefícios, verbas de representação e participação nos lucros”.

do art. 147. Como se vê, o legislador fez uso expresso, nestes casos, do termo “condenado”. Não basta, portanto, para a inelegibilidade, e consequentemente, para a inaptidão moral, a mera existência de inquérito, investigação, ou mesmo, a mera existência de processo criminal em curso. Exige-se sentença condenatória, transitada em julgado. É essa a lição de J.C. Sampaio Lacerda:

*“A inelegibilidade prevista, entretanto, decorre da condenação por decisão transitada em julgado, definitiva. O simples fato de estar respondendo a processo por quaisquer dos crimes apontados pela lei, out até mesmo o de já haver sido denunciado, não tornará o candidato inelegível”*¹⁰³.

A precisão do legislador e a preferência pelo termo “condenado” não se dá ao caso. Muito ao contrário, é fruto do princípio da presunção da inocência, que veda a aplicação de qualquer tipo de pena ao indivíduo que ainda não tem contra ele uma sentença condenatória em caráter definitivo.

No caso de a condenação ocorrer em momento posterior à eleição, surge para a companhia e, em especial, para o acionista que o elegeu, a obrigação de destituí-lo¹⁰⁴. Inexiste, no entanto, qualquer responsabilidade do acionista pela eleição quando a causa da inelegibilidade (inaptidão moral) somente se revelar em momento posterior.

Também será considerado inapto moralmente o administrador que for considerado inelegível pela Comissão de Valores Mobiliários. Por força do art. 11 Lei nº 6.385/76, a CVM tem competência para impor aos infratores das normas de proteção ao mercado de capitais a pena de “*suspensão do exercício do cargo de administração de companhia aberta*” (inciso III), e a pena de “*inabilitação*” para exercício dos cargos de conselheiro (inciso IV)¹⁰⁵. Nos termos do §3º do art. 11 dessa Lei¹⁰⁶, essas

¹⁰³ LACERDA, J.C. Sampaio. *Comentários à Lei das sociedades anônimas – arts. 121 a 165*, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 173.

¹⁰⁴ Ibid. p. 173.

¹⁰⁵ “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:
(...) 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

penalidades somente serão aplicáveis nos casos de infração grave, ou de reincidência¹⁰⁷.

Para que essas penas sejam aplicáveis pressupõe-se, por razões óbvias, a observância do devido processo legal administrativo, a apuração das ditas irregularidades por inquérito antecedente, e o respeito à ampla defesa e ao contraditório. Não bastará a prática de ato arbitrário da Comissão de Valores Mobiliários, ou a mera declaração de inabilitação do administrador para que reste caracterizada a sua inaptidão¹⁰⁸.

Por fim, diga-se que também poderá ser considerado inapto moral o administrador que não tiver reputação ilibada (art. 147§ 3º). O conceito de reputação ilibada, contudo, está longe de ser claro, seja na doutrina, seja na jurisprudência da Comissão de Valores Mobiliários.

4.3.1.1. “Reputação ilibada” segundo a jurisprudência da CVM

A despeito de a autarquia ainda não ter se manifestado acerca do conceito de reputação ilibada para fins dos impedimentos de posse e inelegibilidade dos administradores, é possível fazer uma análise do conceito a partir dos precedentes existentes no âmbito de credenciamento de agentes autônomos de investimento e administradores de carteira.

No julgamento do Processo Administrativo CVM RJ nº 2002/4677¹⁰⁹, seguindo o voto vencedor do então Presidente Marcelo Trindade, a CVM consagrou o entendimento de que, para que restasse maculada a reputação ilibada do administrador, não bastaria a pena de inabilitação aplicada no âmbito de processo administrativo do Banco

autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários; IV - inabilitação temporária, até o máximo de vinte anos, para o exercício dos cargos referidos no inciso anterior”.

¹⁰⁶ “§ 3º Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, as penalidades previstas nos incisos III a VIII do caput deste artigo somente serão aplicadas nos casos de infração grave, assim definidas em normas da Comissão de Valores Mobiliários”.

¹⁰⁷ A CVM editou a instrução nº 08/1979, na qual define os casos de infração grave.

¹⁰⁸ J.C. Sampaio Lacerda corrobora essa visão (Op. Cit., p. 177).

¹⁰⁹ Colegiado CVM, Proc. CVM RJ 2002/4677, Rel. Diretor Sergio Weguelin, j. em 24-05-2005.

Central. Entendeu-se ser necessária a confirmação dessa decisão pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN).

Decisão interessante foi também proferida no âmbito do Processo Administrativo CVM RJ nº 2009/12425, em que o Colegiado da autarquia reconheceu que o ônus da prova para demonstrar o maculo da reputação do administrador cabe, sempre, a quem o alega¹¹⁰. Em julgamento mais recente (Proc. CVM RJ nº 2011/8272¹¹¹), a CVM fixou, ainda, alguns critérios capazes de auxiliar na definição do conceito “reputação ilibada”:

“Dentre os parâmetros utilizados, vale destacar os seguintes: (i) o fato de que a decisão deve ser proferida caso a caso, analisando-se as características e peculiaridades de cada caso concreto; (ii) a ocorrência de trânsito em julgado de decisões administrativas que representam máculas à reputação ilibada do interessado (sendo que nos dois precedentes mais recentes o Colegiado decidiu pela desnecessidade de trânsito em julgado de tais decisões para caracterização de mácula à reputação do interessado); (iii) a gravidade das infrações, violações e penas imputadas ao interessado; e (iv) a relação de pertinência entre as referidas infrações e violações e a atividade de administração de carteira de valores mobiliários”.

Já no julgamento do Processo Administrativo CVM RJ nº 2013/7179, a autarquia entendeu que a reputação ilibada do administrador poderia ser caracterizada mesmo antes do trânsito em julgado da condenação administrativa¹¹². Em outro processo, entendeu-se, contudo, que a inexistência de processos administrativos ou judiciais é um bom indício da reputação imaculada do administrador. Nessa ocasião, a

¹¹⁰ “Apesar de subjetiva, a análise da reputação ilibada não deve se pautar em impressões ou análises pessoais do avaliador (neste caso a CVM). Assume-se que qualquer indivíduo possui reputação ilibada, não lhe cabendo demonstrar tal fato. O maculo da reputação é que deve ser demonstrado por quem assim alega. Tal ofensa à reputação deve ser baseada em fatos reais, concretos, que possuem o efeito de macular a reputação do indivíduo. A análise do julgador reside na avaliação imparcial dos efeitos dos fatos demonstrados na reputação dos julgados. Os fatos em si devem ser incontroversos” (Colegiado CVM, Processo Administrativo CVM RJ nº 2009/12425, Rel. Diretor Alessandro Broedel Lopes, j. em 25-05-2010).

¹¹¹ Colegiado CVM, Processo Administrativo CVM RJ nº 2011/8272, Rel. Diretora Luciana Dias, j. em 04-09-2012.

¹¹² “Quanto à discussão sobre a descaracterização da reputação ilibada antes do trânsito em julgado da decisão entendendo ser pacífica a posição desse Colegiado ao longo dos últimos anos no sentido de que as condenações administrativas, mesmo passíveis de recurso, têm o condão de macular a reputação do administrado” (Colegiado CVM, Processo Administrativo CVM RJ nº 2013/7179, Rel. Diretora Ana Novaes, j. em 07-01-2014).

autarquia deixou claro, ainda, que notícias de jornal não são provas suficientes para descaracterizar a reputação do agente¹¹³.

Diante da breve análise desses precedentes, podemos concluir que: (i) presume-se que todo administrador é dotado de reputação ilibada, admitindo-se, no entanto, prova em contrário; (ii) cabe ao interessado demonstrar a macula na reputação do administrador; (iii) a opinião pública e a existência de notícias de jornal, em geral, não são consideradas provas suficientes para descaracterizar a reputação ilibada do sujeito; (iv) não é necessário trânsito em julgado de decisão condenatória em processo administrativo ou judicial para que se descaracterize a reputação ilibada do agente; e (v) a inexistência de qualquer processo contra o administrador serve de indício útil à demonstração da reputação ilibada.

Apesar de ainda não ser possível definir critérios fixos e objetivos para a definição do termo reputação ilibada, as últimas decisões da Comissão de Valores Mobiliários dão bons indícios a respeito do que pode ser por ela entendido como administrador moralmente inapto.

4.3.2. A ciência da inaptidão

Da redação da alínea ‘d’ do art. 117 da LSA se extrai que se faz necessária a prova de que o controlador tinha ciência da inaptidão do sujeito, quando o indicou para o cargo de administrador. Lembre-se que eleger administrador ou fiscal é atividade corriqueira ao exercício do poder de controle. A presunção, nesse caso, será sempre de legitimidade da indicação, admitidas, por óbvio, provas em sentido contrário.

Para que haja o desvio na indicação, é preciso que o controlador tenha conhecimento de que o administrador ou fiscal não cumpria com os

¹¹³ “(...) embora reputação não se confunda com primariedade, a mera presença de notícias de jornais não me parece suficiente para que se decida pela reputação não ilibada. Pelo contrário, no caso concreto, a ausência de qualquer processo administrativo ou judicial contra o Sr. Guilherme [requerente] reforça a tese de sua reputação ilibada. Há a investigação nos processos instaurados para averiguar o caso da Porto Forte Fomento Mercantil e seu FIDC, que envolve o Sr. Guilherme. Não há ainda nenhuma conclusão das investigações” (Colegiado CVM, Processo Administrativo CVM RJ nº 2011/12024, Rel. Diretora Ana Novaes, j. em 15-01-2013).

requisitos legais no momento em que o elegeu. Vale ressaltar que o controlador nunca poderá ser responsabilizado pela eleição de administrador que se mostrou inapto *ao longo* de seu mandato. Ainda que o sujeito venha a causar prejuízos à companhia, ou que sua inaptidão se torne de conhecimento público, sem a comprovação de que o controlador dela tinha ciência quando o elegeu, não há se falar em responsabilidade. É a lição de Fran Martins:

“(...) se no exercício de suas funções, esses administradores ou fiscais se mostrarem inaptos, digamos tecnicamente, para as mesmas, se o acionista controlador não sabia do fato, não poderá ser responsabilizado pela má escolha, iludido que foi na sua boa-fé.”¹¹⁴¹¹⁵.

Ponto de inegável relevância é o fato de que não se exige, para a reponsabilidade do titular do controle, a prova de sua ciência inequívoca acerca da inaptidão. Ao contrário, entende-se que a intenção do legislador foi determinar um critério mais objetivo; a redação do artigo contempla, não apenas o controlador que “sabe” da inaptidão, mas também, aquele que dela deveria saber, se empregasse os mínimos esforços de diligência para tanto. Veja-se, nesse sentido, o que afirma Nelson Eizirik:

“O acionista controlador responde por eleger membro do conselho de administração ou da diretoria, assim como membro do conselho fiscal, que sabe, ou deveria saber, se exercesse um mínimo de diligência, incapacitado, por razões técnicas ou morais, para o exercício de tais cargos”¹¹⁶.

Mister, assim, que a falta de aptidão seja conhecida, ou ao menos, passível de ser descoberta a partir de uma pesquisa minimamente diligente¹¹⁷. É que a lei pressupõe, principalmente ante a importância dessa indicação, que o acionista, antes de fazê-la, terá o cuidado de pesquisar e se

¹¹⁴ MARTINS, Fran. Op. Cit., p. 410.

¹¹⁵ Esse também é o entendimento de Waldecy Lucena: “se revelada, ao depois, a inaptidão do eleito para o cargo, o acionista controlador, que dela não sabia, não poderá ser responsabilizado pela má escolha, iludido que foi em sua boa-fé” (Op. Cit., p. 1.105).

¹¹⁶ EIZIRIK, Nelson. Op. Cit., p. 255.

¹¹⁷ “A falta de aptidão deve ser conhecida, ou passível de ser descoberta, para que se caracterize a responsabilidade do controlador em indenizar os prejuízos decorrentes de sua culpa in elegendo” (Ibid., p. 255).

informar a respeito da reputação e da capacitação técnica do sujeito que pretende ver eleito.

Isso não significa dizer, contudo, que o titular do controle tem o dever de conduzir uma investigação aprofundada acerca de todos os fatos relacionados à vida presente e passada de seu indicado. Pretende a lei, tão somente, que o controlador se certifique de que o sujeito possui as condições mínimas exigidas por lei para exercer o cargo de diretor, conselheiro ou fiscal.

4.3.3. Dolo

O dolo, nos casos de abuso de poder, consiste na demonstração, pelo acionista minoritário, de que o controlador agiu na intenção de cometer desvios.

Via de regra, conforme enunciado *supra*, não se exige do minoritário a prova da intenção do controlador, por entender se tratar de verdadeira “prova diabólica”, como enuncia Comparato¹¹⁸. De fato, a tendência da doutrina do abuso de direito — e, na mesma linha, a do abuso de poder — vem se revelando cada vez mais objetiva, buscando evitar qualquer relação entre a constatação do abuso e o *animus* do sujeito. Para a maior parte da doutrina, portanto, basta que fique demonstrado o desvio de finalidade no exercício do direito (ou do poder de controle), para que reste configurada a necessidade de indenizar.

Nessa linha, Luiz Gastão Paes de Barros Leães defende que “*para a caracterização da ilicitude de tais atos abusivos, não é mister provar que o agente teve a intenção de prejudicar ou de fraudar a aplicação da lei*”¹¹⁹. Modesto Carvalhosa, na mesma toada afirma que:

“abuso de poder de controle não deve ser psicologicamente perquirido, na medida em que dificilmente se pode configurar, na espécie, a intenção subjetiva do agente. Trata-se, com efeito, de prova diabólica, cuja exigência, como

¹¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. Cit., p. 339.

¹¹⁹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Op. Cit., p. 257.

requisito para configurar a infração, seria um obstáculo aos objetivos colimados pela lei”¹²⁰.

Concorda-se, em teoria, que para que reste demonstrado o abuso de poder de controle não se faz necessária a demonstração do dolo, salvo nos casos em que a lei expressamente assim exigir. No entanto, seguindo a linha defendida por Konder Comparato, entendemos que todas as modalidades elencadas no parágrafo primeiro do art. 117 da LSA são modalidades dolosas de abuso de poder¹²¹.

No caso da alínea ‘d’ essa realidade é ainda mais evidente. Trata-se de hipótese de abuso de direito de voto pela eleição de administrador inapto ao cargo de administrador, diretor ou fiscal. O ato de eleição de administrador, como tantas vezes já se disse, é ato regular de gestão, i.e., é expressão normal do exercício do controle e é dotado, portanto, de presunção relativa de legitimidade.

Para que reste demonstrada a irregularidade no exercício desse direito — que, frise-se, tem caráter excepcional — é necessário comprovar o dolo do controlador. O minoritário terá de demonstrar, portanto, que havia a intenção, pelo controlador, de desviar o exercício do poder de controle de sua finalidade legítima. Pouco importa qual a finalidade que, ao final, o moveu; se seu objetivo era causar danos à companhia ou aos acionistas, se era favorecer o administrador, a si próprio ou a outrem, pouco importa. Basta que se demonstre a intenção de cometer o abuso.

Por isso não caberá, nunca, a responsabilidade o acionista que acreditou legitimamente estar realizando uma indicação no melhor interesse da companhia. Não haverá desvio de finalidade e, portanto, não haverá abuso de poder de controle nesse caso. O controlador, assim como os administradores, não responde pelos atos que praticar no regular exercício da gestão da companhia e que acredita estar sendo praticado em defesa dos

¹²⁰ CARVALHOSA, Modesto. Op. Cit., p. 689.

¹²¹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. Cit., p. 339.

interesses desta última¹²². Apenas quando se demonstrar que houve a violação de dispositivo de lei ou do estatuto é que será permitido afastar a presunção legitimidade que paira sob os atos de gestão.

Justamente por isso é que Modesto Carvalhosa afirma que “*o uso regular do poder de controle não é questionável, mesmo que o seu resultado econômico seja a involuntária destruição de valor empresarial*”¹²³.

Assim, somente quando o acionista minoritário demonstrar que houve a quebra de algum dever fiduciário pelo controlador (violação de lei ou estatuto), é que se admitirá a revisão do mérito de sua indicação. Restando demonstrado que a indicação foi feita de boa-fé e que o controlador empenhou seus melhores esforços, não há, a menos *a priori*, que se falar em abuso.

4.3.4. Dano

O dano — como bem coloca José de Aguiar Dias —, “*é dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia*”. É que, na visão do ilustre civilista:

*“a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há a reparar”*¹²⁴.

A conclusão, de fato, não pode ser outra. O dano é elemento indispensável à configuração da responsabilidade civil, servindo não apenas de parâmetro para a extensão da indenização, mas também, de sua primeira e mais importante justificativa. Sem o dano e sem a demonstração da

¹²² É o que ensina Modesto Carvalhosa: “*o acionista sempre corre o risco de sofrer efeitos patrimoniais de uma errônea condução societária e de uma defeituosa política empresarial por parte do controlador. Nesse caso, não pode o acionista responsabilizar o controlador por uma decisão lícita que lhe acarrete um prejuízo econômico, senão demonstrar que lhe foi causada pela conduta ilícita ou prática de atos ilícitos*”. (Op. Cit., pp. 690-691).

¹²³ CARVALHOSA, Modesto. Op. Cit., p. 689.

¹²⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, vol. 2, 10ª ed., São Paulo: Ed. Forense, 1997, p. 712.

diminuição do patrimônio, não haverá obrigação de ressarcir, sob pena de se criar uma situação de enriquecimento ilícito.

Se sob a ótica do direito civil o dano é indispensável, diferente não pode ser no campo do direito das sociedades por ações que, em última instância, não deixa de ser mais uma hipótese de direito privado obrigacional.

Mais especificamente, no que diz respeito à hipótese de exercício abusivo do direito de voto pela eleição de administrador ou fiscal inaptos para o cargo, a conclusão é idêntica. Se a eleição do incapacitado moral ou técnico não causar prejuízos à companhia ou aos seus acionistas, mas, ao contrário, lhe trazer proveitos, não há abuso. E isso, até mesmo porque, seria extremamente difícil, senão impossível, aferir e quantificar o valor da indenização, sem que fosse possível conhecer o valor do prejuízo efetivo. É o que pontuam Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro:

“na esfera civil, ao contrário do que sucede no campo penal, o pressuposto de qualquer responsabilização é, tradicionalmente, a ocorrência concreta de prejuízos aos interessados. Se não resultam danos efetivos da eleição do administrador inapto, será difícil, senão impossível, apurar e quantificar a indenização que a lei parece impor ao acionista controlador”¹²⁵”.

Diga-se, ainda, que para a responsabilidade do controlador nessa hipótese, não basta que se demonstre uma lesão futura, incerta, ou uma expectativa de que a lesão irá se concretizar num futuro próximo. O dano deve ser efetivo, concreto, atual e economicamente quantificável (art. 403, CC/02)¹²⁶. O dano indenizável poderá ser, no entanto, de qualquer natureza, conforme leciona Agostinho Alvim:

¹²⁵ TEIXEIRA; Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. José Bushatsky, 1979, vol. I, n. 103, p. 300.

¹²⁶ É a lição de Nelson Eizirik: “Para que fique caracterizada a atuação abusiva do acionista controlador, seja na esfera civil, seja na esfera administrativa, no curso do processo administrativo sancionador instaurado pela Comissão de Valores Mobiliários, deve haver prova do dano efetivo por ele causado à sociedade ou a seus acionistas, devendo a lesão ser concreta e atual, não meramente possível ou hipotética” (Op. Cit., p. 246).

“o termo dano, em sentido amplo, vem a ser lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral; mas, em sentido estrito, dano é a lesão do patrimônio: e o patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro”¹²⁷.

Admite-se, assim, o ressarcimento de toda e qualquer diminuição de patrimônio que a companhia ou o acionista minoritário possam vir a sofrer. Em se tratando de perdas já incorridas, se estará a falar de danos emergentes. É possível imaginar também que os efeitos da eleição de um administrador inapto prolonguem-se no tempo, se estendendo por vários exercícios seguintes. Caso isso ocorra e caso os prejuízos afetem também as receitas futuras da sociedade ou de seus acionistas, caberá ao controlador indenizar os lucros cessantes.

Diga-se, por fim, que não há dúvidas de que a indenização pela eleição de administrador ou fiscal inapto abrange também o dano moral. Caberá ao acionista interessado, nesses casos, comprovar os danos causados à imagem da sociedade. Essa prova, de difícil aferição, por vezes encontra auxílio em matérias de jornal, reportagens, em perícias técnico-econômicas, ou, até mesmo, na desvalorização do valor das ações em bolsa, se esta desvalorização puder ser diretamente atrelada à atuação do administrador inapto.

4.3.5. Nexo Causal

Elemento de fundamental relevância e que também deve ser demonstrado pelo acionista minoritário é o nexo causal entre a conduta dolosa do controlador e o prejuízo causado. Há que se demonstrar a relação de causalidade e efeito entre a conduta dita abusiva e o prejuízo que se busca ver ressarcido¹²⁸. Essa causalidade, como se sabe, deve ser direta e

¹²⁷ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 3ª ed..Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1975, p. 171.

¹²⁸ Veja-se, nesse ponto, o que leciona Waldecy Lucena: “Definido o agente — o acionista controlador interno — a norma complementada (art. 117, caput) exige, para sua responsabilização, a existência comprovada de nexo causal entre a conduta abusiva e o resultado danoso, comando normativo esse que alcança obviamente todas as modalidades de abuso de poder descritas no parágrafo 1º” (Op. Cit., p. 1.099).

imediate, ou seja, o prejuízo deve necessariamente ter sido causado pela conduta abusiva do controlador, não podendo originar-se de outros fatores exclusivamente.

Na hipótese de que aqui se trata, o dano causado deve ter sido ocasionado de forma direta e imediata pela eleição do administrador inapto. Se o prejuízo causado à companhia, ou aos outros acionistas, tiver também outra origem (crise econômica, dificuldades do mercado, perda de oportunidade comercial), não se poderá responsabilizar o controlador, a menos não sem antes fazer as devidas separações.

Não se exige, contudo, que a eleição do administrador inapto seja a única causa do prejuízo cujo ressarcimento se pleiteia. Exige-se, tão somente, que a eleição do administrador seja a causa principal, a causa direta e imediata do prejuízo, ainda que outras tenham também contribuído para o seu acontecimento. O importante é constatar que, mesmo que não existissem outras causas, o prejuízo, ainda, sim adviria, por conta da eleição abusiva feita pelo controlador¹²⁹.

4.4. Algumas críticas ao modelo de responsabilização atual

Poucas coisas são unanimidade quando se trata de estudo no campo do direito societário. O reconhecimento da genialidade dos autores de nossa lei é, certamente, uma delas. O modelo brasileiro, pensado em 1976, mantém-se perfeitamente atual até os dias de hoje, e isso sem que tenham sido necessárias muitas mudanças legislativas ou de interpretação.

Não obstante, importa reconhecer que, no que diz respeito aos mecanismos de proteção às minorias e, em especial nos mecanismos de coibição de abusos do controlador, certa atualização se faz necessária.

¹²⁹ “Assim, a cassação do dano dever ser, preponderantemente, a conduta do controlador. Sem esse nexo principal, ou seja, quando ocorrem outros fatores que produzem o mesmo fato danoso, deve-se verificar se a conduta foi o principal fator a acarretar o dano. Ou, em outras palavras, o nexos somente existe quando o dano não teria ocorrido se não tivesse havido a conduta abusiva do controlador. Essa conduta antijurídica deve ser a causa principal, embora possa não ser a única a causar o dano” (CARVALHOSA, Modesto. Op. Cit., p. 689).

A partir unicamente do estudo da alínea ‘d’ do art. 117 da LSA, foi possível identificar algumas falhas estruturais no nosso sistema de controle do acionista controlador. A primeira delas decorre, na verdade, da dificuldade que é inerente à teoria do abuso de direito. Como se pode ver, até hoje não se foi possível chegar a um consenso acerca de quais critérios devem ser aplicados na prática. Essa insegurança, por certo, reduz a eficácia do instituto e acaba por facilitar a ocorrência de abusos.

Soma-se a essa dificuldade o fato de que, apesar de, em geral, as hipóteses de abuso de poder de controle não exigirem a demonstração da intenção maliciosa do agente (dolo), todas as hipóteses listadas no art. 117 da LSA são modalidades dolosas do abuso de poder de controle. Isso acaba por criar um *standard* de prova altíssimo ao minoritário ou à companhia. Muitas vezes, mesmo diante de uma certeza de prejuízo, não é possível atingir o ânimo do controlador, de modo que não será possível, assim, responsabilizá-lo.

Isso sem falar no fato de que a doutrina e jurisprudência estão longe de estar pacificadas no que diz respeito aos deveres aplicáveis ao controlador, nos termos do parágrafo único do art. 116 da LSA. A utilização pelo legislador de conceitos demasiado genéricos, apesar de permitir a atualidade da lei mesmo tantos anos depois, também dificulta a construção de um entendimento doutrinário e jurisprudencial uniforme, capaz de oferecer segurança jurídica ao minoritário.

Além de ser alto o *standard* de prova, são ainda mais altos os custos com os quais o minoritário precisará arcar para ingressar com a ação de responsabilidade. A começar pelo fato de que, nos termos do art. 246 da LSA — aplicável mesmo no caso de acionistas controladores pessoas físicas —, o minoritário que decidir ingressar com ação de responsabilidade em substituição processual da companhia e que detiver menos de 5% do capital social precisará oferecer caução (§ 1º, ‘b’).

Soma-se a isso, o fato de que, no caso de a ação vir a ser julgada improcedente, o acionista precisará arcar com os custos e honorários de

sucumbência de todas as partes envolvidas. A depender do prejuízo sofrido pelo acionista ou pela companhia, tais valores podem chegar a patamares altíssimos. Principalmente nos dias atuais, em que é comum as grandes companhias possuírem cláusula arbitral estatutária, esses custos são, muitas vezes, desproporcionais ao tamanho e à participação do acionista¹³⁰.

Outro problema do nosso sistema está na ausência de regulamentação específica para a ação individual do acionista minoritário em face do controlador. Como alerta Felipe Hanzmann, a insuficiência dos mecanismos de proteção do minoritário resulta:

*“da inexistência de regime legal específico para responsabilização dos acionistas controladores pelos danos causados aos acionistas minoritários” e da “equivocada equiparação feita pela jurisprudência dessas situações à hipótese de responsabilidade civil do administrador prevista no art. 159 da Lei de S.A.”*¹³¹.

É que, segundo o autor, apesar de o art. 117 da LSA estabelecer a responsabilidade do controlador pelos atos praticados com abuso de poder, ela não estabelece o tratamento específico para a forma de responsabilização e para o exercício do direito de ação do minoritário.

Vale dizer que a jurisprudência da CVM tampouco é elucidativa nesse ponto. Em trabalho monográfico realizado em 2012¹³², no qual se faz uma análise de todos os processos de abuso de poder de controle julgados pela CVM de 2004 até 2011, a única conclusão a que se pode chegar é que inexistente qualquer posição uniforme por parte da autarquia.

Conclui-se, assim, que o sistema de responsabilidade dos acionistas controladores a partir da LSA precisa ser aprimorado, buscando-se mais clareza e definição, seja com relação aos conceitos (cuja definição ainda é

¹³⁰ CHEDIAK, Julian Fonseca Peña. *Reflexões sobre a efetividade do regime de responsabilização do acionista controlador*. In “Lei das S.A. em seus 40 anos”. ROSMAN, Luiz Alberto Colonna [et al.] – organizadores – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

¹³¹ HANSZMANN, Felipe. *Notas sobre o sistema legal brasileiro de reparação de danos sofridos por acionistas minoritários em virtude de atos ilícitos praticados por acionistas controladores*. In “Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais”. Felipe Hanzmann (organizador) [et al.] – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 145.

¹³² MEDEIROS, Ana Rafaela. *O abuso de poder de controle nas sociedades anônimas abertas: análise das decisões da CVM*. Brasília, 2012, 121 p. Tese (Monografia de Graduação em Direito). Universidade de Brasília.

insatisfatória), seja com relação aos requisitos necessários à responsabilidade do acionista controlador, que também não são claros. É mister que se crie, também, algum mecanismo que estimule os minoritários a tutelarem mais os seus direitos e a exercerem um papel fiscalizatório mais ativo — seja desenvolvendo mecanismos de auxílio de custas, seja a partir de uma melhor distribuição dos honorários ao final dos litígios, ou a partir de uma redução do *standard* de prova que hoje se exige.

CONCLUSÃO

No modelo de controle concentrado brasileiro, como vimos, é relevantíssima a posição ocupada pelo acionista controlador. Devido a essa importância, é indispensável que o direito societário se ocupe cada vez mais de compreender e estudar o fenômeno do poder de controle.

Felizmente, a doutrina evoluiu no sentido de não mais limitar-se a pugnar pela aplicação de modelos societários e regras de governança corporativa baseadas em regras típicas do controle disperso, o qual ainda não é (e talvez nunca seja) uma realidade do mercado brasileiro e do mercado mundial. Lembre-se que a concentração do poder de controle nas mãos de um só acionista ainda é o modelo societário de preferência da maioria dos países, à exceção somente da Inglaterra e dos Estados Unidos¹³³.

E isso, logicamente, tem uma razão de ser econômica. O modelo de controle acionário concentrado traz inegáveis vantagens às companhias, as quais não devem ser desprezadas. A concentração de poder em um só agente reduz custos transacionais e reduz a necessidade de fiscalização constante da atuação dos administradores, como se faz necessário no modelo de controle gerencial.

A preocupação do direito societário não se deve concentrar, portanto, em tentar alterar o modelo de controle acionário no Brasil, fazendo aplicar ao nosso sistema os regramentos dos modelos inglês e norte-americano. Ao contrário, os estudiosos do tema devem ocupar-se de compreender o fenômeno do controle concentrado no Brasil, entendendo as suas particularidades e forma de organização. Apenas assim é que se poderá caminhar para construir um modelo mais eficiente para o nosso mercado de capitais.

¹³³ MUNHOZ, Eduardo. *Desafios do direito societário brasileiro na disciplina da companhia aberta: avaliação dos sistemas de controle diluído e concentrado*. In: *Direito Societário: Desafios Atuais*. CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord). São Paulo: Quartier Latin, 2009.

Não se tem dúvidas de que um modelo mais eficiente, ao menos no caso do Brasil, passará, necessariamente, por um fortalecimento do sistema de responsabilização do acionista controlador, sem o qual não é possível coibir abusos e atrair a confiança do mercado investidor.

Não se trata de tentar eliminar os benefícios privados do controle, os quais são, em certa medida, eficientes, eis estimulam o controle — que, como vimos, pode ser benéfico. A manutenção do poder de controle e a capacidade de o controlador extrair benefícios particulares é, assim, uma questão de grau¹³⁴. Tentar modificar um fenômeno fático, social e econômico, que é a concentração acionária, é verdadeira perda de tempo. A solução mais adequada parece ser encontrar o equilíbrio eficiente entre o livre exercício do poder de controle e a limitação da capacidade de o controlador extrair benefícios particulares desse controle a um ponto ótimo¹³⁵.

Apesar de ainda ser difícil estabelecer qual seria esse “ponto ótimo” e como lá chegaremos, não há dúvidas de que o primeiro passo a ser dado deve ser no sentido de robustecer o nosso sistema de proteção às minorias, fortalecendo, antes de qualquer coisa, o nosso modelo de responsabilização do acionista controlador.

¹³⁴ MUNHOZ, Eduardo. Op. Cit., p. 137.

¹³⁵ Ibid. p. 137.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de Minoria no Direito Societário (abuso das posições subjetivas minoritárias)*. São Paulo. 2010. 436p. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da USP.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 3ª ed..Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1975.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.

BERLE, Adolf. *From Whom Corporate Managers Are Trustees: a Note*. In “*Harvard Law Review*”, vol. 45, jun. 1932.

BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos*. In “*Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*”, São Paulo, v. 39, n. 118, 2000.

CAVALI, Rodrigo Costenaro. *A função da empresa no direito societário*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

CHEDIAK, Julian Fonseca Peña. *Reflexões sobre a efetividade do regime de responsabilização do acionista controlador*. In “*Lei das S.A. em seus 40 anos*”. ROSMAN, Luiz Alberto Colonna [et al.] – organizadores – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 5ª ed.. São Paulo, SP: IBGC, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed.. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Forense, vol. II, n. 149, 1966.

DAMMANN, Jens. *The controlling shareholder’s general duty of care: a dogma that should be abandoned*, In “*University of Illinois Law Review*”, vol. 2015, nº 2.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, vol. 2, 10ª ed., São Paulo: Ed. Forense, 1997.

DUARTE, Ronnie Preuss. *Boa-fé e abuso de direito no novo código civil brasileiro*. In “*Revista Direito Mackenzie*”, São Paulo, ano 4, nº 2, 2003.

EIZIRIK, Nelson. *A lei das S.A. comentada – artigos 80 a 137*. Volume II, 2ª ed.. São Paulo: Quartier Latin, 2015, nota de rodapé nº 14.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de sociedades Mercantis*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito. 1958, vol. V, nº 208.

FERREIRA, Waldemar. *O direito insurrecional do acionista*, São Paulo: RT, 1939.

FRANÇA, Erasmo Valladão. *Dever de lealdade do acionista controlador por ocasião da alienação do controle – Dever de maximização do valor das ações dos acionistas não controladores – interpretação do estatuto de companhia aberta – possibilidade de cumulação de OPAs*. In “*Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*”, São Paulo: Malheiros, vol. 158, abr./jun. 2011.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

GARTENBERG, Edward. *A Review of Fiduciary Duties in California and Delaware Corporations*. In “*State Bar of California: Business Law News*”, 2006.

German Civil Code – BGB, 2009, Tradução por Langenscheidt Translation Service. Disponível em <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em 03.11.17.

GILSON, Ronald J. *Controlling controlling shareholders*. In “*University of Pennsylvania Law Review*”, vol. 152, 2003.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, São Paulo, 1980.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociologia do poder na sociedade anônima*. In “*Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*”. São Paulo: Ed. Malheiros, Ano XXIX, nº 77, Janeiro-Março 1990.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociedade Anônima: Poder e Dominação*. In “*Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*”. São Paulo: Ed. Malheiros, Ano XXIII nº 53, Janeiro-Março 1984.

HANSZMANN, Felipe. *Notas sobre o sistema legal brasileiro de reparação de danos sofridos por acionistas minoritários em virtude de atos ilícitos praticados por acionistas controladores*. In “*Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais*”. Felipe Hanszmann (organizador) [et al.] – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

JOSSERAND. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. 2ª ed., Librairie Dalloz, Paris, 1939.

LACERDA, J.C. Sampaio. *Comentários à Lei das sociedades anônimas – arts. 121 a 165*, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1978.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* 2ª ed.. vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Direito das Companhias*. 2ª ed., atual e ref., Rio de Janeiro, Forense, 2017.

LEÃES, Luiz Gastão de Paes Barros. *Comentários à Lei das sociedades anônimas – arts. 52 a 120*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1978.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas – comentários à lei (arts. 1º a 12)*, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LUNA, Everaldo da Cunha. *Abuso de direito*. 2ª ed.. Forense, Rio de Janeiro, 1988.

MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 4ª ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MATHIAS, Guilherme Valdetaro. *O abuso do direito*. 2000. 144f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

MEDEIROS, Ana Rafaela. *O abuso de poder de controle nas sociedades anônimas abertas: análise das decisões da CVM*. Brasília, 2012, 121p. Tese (Monografia de Graduação em Direito). Universidade de Brasília.

MUNHOZ, Eduardo. *Desafios do direito societário brasileiro na disciplina da companhia aberta: avaliação dos sistemas de controle diluído e concentrado*. In: *Direito Societário: Desafios Atuais*. CASTRO, Rodrigo R.

Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord). São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MUNHOZ, Eduardo. *Influência do patrimonialismo na sociedade anônima — importância dos mecanismos privados de efetivação dos deveres do acionista controlador e dos administradores*. In “*Lei das S.A. em seus 40 anos*”. ROSMAN, Luiz Alberto Colonna [et al.] – organizadores – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Poder de Controle, Conflito de Interesses e Proteção aos Minoritários e Stakeholders*. In “*Revista de Direito Brasileiro e Mercado de Capitais*”, vol. 28, abril-junho, 2005.

PARENTE, Norma Jonsen. *O dever de lealdade do administrador e a oportunidade comercial*; in “*Temas essenciais de direito empresarial: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa*”. São Paulo: Saraiva, 2012.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Tomo II, 3ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1905.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 2ª ed.. Saraiva, São Paulo, 1979.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEIXEIRA; Egberdo Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. José Bushatsky, 1979, vol. I, n. 103.

MATHIAS, Guilherme Valdetaro. *O abuso do direito*. In “*Transformações contemporâneas do direito*”. MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (organizadores). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 134.

Jurisprudência:

STJ, RESp nº 10.863, Rel. Min. Cláudio Santos, j. em 04.02.1992.

STJ, RESp nº 798.264-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 06.02.2007.

TJRJ, Apelação Cível nº2001.001.10296, Rel. Des. Mauro Fonseca Pinto Nogueira, j. em 28.08.2001.

TJSP, Embargos Infringentes nº 29.481-1, Rel. Des. Marcos Bonilha, j. em 28.03.1985.

Jurisprudência CVM:

Colegiado CVM, PAS CVM RJ 2001/9.8686, Rel. Diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos, j. em 12-08-2004.

Colegiado CVM, PAS CVM RJ 2008/1815, Rel. Diretor Eli Lória, j. em 28-04-2009.

Colegiado CVM, PAS CVM RJ 2012/1131, Rel. Diretora Luciana Dias, j. em 26-05-2015.

Colegiado CVM, PAS CVM RJ 2012/1131, Rel. Luciana Dias, j. em 26-05-2015.

Colegiado CVM, Proc. CVM RJ 2002/4677, Rel. Diretor Sergio Weguelin, j. em 24-05-2005.

Colegiado CVM, Proc. CVM RJ 2005/1443, Rel. Pedro Oliva Marcilio de Sousa, j. em 10-06-2006.

Colegiado CVM, Proc. RJ 2001/10329, Reg. n. 3528/02, Rel. Diretor Marcelo Trindade, j. em 19-02-2002.

Colegiado CVM, Processo Administrativo CVM RJ nº 2009/12425, Rel. Diretor Alexsandro Broedel Lopes, j. em 25-05-2010.

Colegiado CVM, Processo Administrativo CVM RJ nº 2011/12024, Rel. Diretora Ana Novaes, j. em 15-01-2013.

Colegiado CVM, Processo Administrativo CVM RJ nº 2013/7179, Rel. Diretora Ana Novaes, j. em 07-01-2014.

Colegiado CVM, Processo Administrativo CVM RJ nº 2011/8272, Rel. Diretora Luciana Dias, j. em 04-09-2012.

Colegiado da CVM, Proc. CVM RJ 2005/4.069, Reg. n. 4.788/2005, Rel. Pedro Marcilio, j. em 11-04-2006.

Colegiado da CVM, Proc. RJ 2009/0471, Reg. n. 6357/2009, Rel. Diretor Otávio Yazbek, j. em 03-03-2009.