

"A QUARTIER LATIN teve o mérito de dar início a uma nova fase, na apresentação gráfica dos livros jurídicos, quebrando a frieza das capas neutras e trocando-as por edições artísticas. Seu pioneirismo impactou de tal forma o setor, que inúmeras editoras seguiram seu modelo."

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Editora Quartier Latin do Brasil

Empresa Brasileira, fundada em 20 de novembro de 2001

Rua Santo Amaro, 316 - CEP 01315-000

Vendas: Fone (11) 3101-5780

Email: vendas@quartierlatin.art.br

Site: www.quartierlatin.art.br

FLÁVIO LUIZ YARSELL
GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA

Coordenadores

PROCESSO SOCIETÁRIO

VOLUME II

Alberto Barbosa Jr.	Luciano B. Timm
Alexandre Pinheiro dos Santos	Luís André N. De Moura Azevedo
Ana Beatriz Martucci Nogueira	Luis Vasco Elias
André Antunes Soares de Camargo	Luiz Guilherme Marinoni
André Fernando Reusing Namorato	Manoel de Queiroz Pereira Calças
André Grünspun Pitta	Marcelo Fernandez Trindade
Arnoldo Wald	Mariana Martins-Costa Ferreira
Cristiano Rodrigo Del Debbio	Miguel Tornovsky
Daniel de Andrade Levy	Modesto Carvalhosa
Elias Marques de Medeiros Neto	Nancy Andrichi
Erik Frederico Oioli	Nelson Eizirik
Fábio Ulhoa Coelho	Otávio Yazbek
Felipe dos Santos Ronco	Paulo Henrique dos Santos Lucon
Fernanda Dias de Almeida	Rafael Helou Bresciani
Fernanda Marques Dal Mas	Renato Vilela
Flávio Luiz Yarshell	Ricardo Dalmaso Marques
Gabriel Nogueira Dias	Ricardo Alexandre da Silva
Gabriel Saad Kik Buschinelli	Rodrigo Nacarato Stênico
Giovanni Bonato	Rodrigo Tellechea
Guilherme Setoguti J. Pereira	Rui Pereira Dias
Heitor Vitor Mendonça Sica	Sergio Zahr Filho
Igor Bimkowski Rossoni	Sheila C. Neder Cerezetti
Ivo Waisberg	Tasso Duarte de Melo
João Paulo Hecker da Silva	Thiago Saddi Tannous
José Afonso Leirião Filho	Tiago Asfor Rocha Lima
José Marcelo Martins Proença	Viviane Muller Prado
José Romeu Garcia do Amaral	Walfrido Jorge Warde Jr.
Julya Sotto Mayor Wellisch	

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, primavera de 2015
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

à sociedade que a solução adotada no âmbito administrativo é mesmo a mais correta de acordo com a Lei⁷⁴.

11. OBSERVAÇÕES FINAIS

Como mencionado na largada, muitas questões, processuais ou de mérito, gravitam em torno dos processos administrativos do CADE e, cedo ou tarde, poderão ser levadas ao Judiciário. Quanto mais atuante e severo for o CADE – e é bom que assim seja –, maior será, porém, a possibilidade de que suas decisões sejam levadas ao crivo jurisdicional. A perfeita compreensão dos caminhos e modos pelos quais se pode desenvolver a revisão judicial das decisões do CADE (i.e., *quem pode ir a Juízo, como, com que ferramentas e de que modo se dará a decisão final*) facilita o acesso, maduro e técnico, a essa importante e insubstituível via de controle dos atos da Administração. Não se trata, portanto, de banalizar as decisões do CADE, mas, ao contrário, de conferir-lhe *status* e possibilidade de aprimoramento cada vez maior através do controle externo pelo Judiciário. Com a declarada pretensão de fustigar, pois, a discussão em torno do relacionamento do Judiciário perante as decisões CADE, tanto quanto da Autarquia perante as decisões das Cortes, haja vista seus comandos cassatórios e/ou confirmatórios, acredita-se piamente na máxima de que somente através deste movimento reflexivo, calcado no diálogo franco e azeitado entre essas duas esferas de poder, é que teremos instituições cada vez mais prontas ao exercício pleno de suas competências, em benefício do bem comum.

A defesa do recurso ao Judiciário, posta abertamente nesse artigo, não como tese, mas como constatação prática, não deve ser entendida, destarte, como uma crítica fácil ao trabalho diário do CADE – sua reputação e seriedade restam longe de dúvidas. Trata-se, tão somente, de uma singela contribuição à discussão ao aprimoramento de nossas próprias incertezas e lapsos, pois mostra-se conhecido o pensamento *freudiano* de que é de erro em erro que se vai descobrindo toda a verdade.

74 Conquanto sejam de todo concebíveis as considerações acima sobre a revisão judicial de decisões do CADE de ordem preponderantemente técnica, não merece agasalho a tese de que ao Judiciário é vedado examinar o mérito do julgamento prolatado pelo referido órgão, até porque, conforme acentuado em passagem deste escrito, ainda quando se trate de decisão técnica, ela ingressa no rol dos atos vinculados, sendo pertinente, por conseguinte, nesses casos, no exercício do controle judicial, a pesquisa quanto a sua validade (Nunes da Silva Junior, Revisão judicial das decisões do CADE in <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/4/43/Walter_Nunes.pdf>).

Aspectos Processuais da Ação de Responsabilidade do Controlador movida por Acionista Titular de Menos de 5% do Capital Social (art. 246, § 1º, “b” da Lei 6.404/76)

Gabriel Saad Kik Buschinelli

Rafael Helou Bresciani

1. INTRODUÇÃO

Sempre que a sociedade anônima sofre dano, compete à sua administração buscar a respectiva indenização (LSA, art. 144). Essa medida pode se inscrever exclusivamente na competência ordinária da diretoria, se o dano foi causado por terceiro, aí incluída a sociedade controladora (cf. *infra* item 4), ou pressupor autorização assemblear, como no caso da responsabilidade dos administradores (LSA, art. 159, *caput*). Em ambos os casos, um problema comum permeia a efetivação do direito da sociedade à reparação dos danos que sofrer em decorrência da atuação de administradores ou controlador. É possível que a administração mantenha-se inerte e não tutele o interesse da companhia.¹ Quando está em questão a responsabilidade do administrador, o risco de inatividade pode derivar de fatores diversos, como a dispersão do capital entre acionistas que não conseguem coordenar esforços² ou a tentativa de o acionista controlador acobertar atos ilícitos praticados por uma administração que apoiou.³

Quando está em jogo a responsabilidade do acionista controlador, contudo, essa tendência é potencializada. Os administradores são nomeados pela assembleia geral e, nas companhias com controlador, são por ele escolhidos (LSA, art. 122, II). O controlador poderá igualmente destituí-los a qualquer

1 RIBEIRO, Maria de Fátima. “A função da acção social ‘ut singulí’ e a sua subsidiariedade”. In: *Direito das Sociedades em Revista*, v. 6, 2011, p. 155-189, p. 158.
2 REISBERG, Arad. “Theoretical Reflections on Derivative Actions in English Law: The Representative Problem”. In: *European Company and Financial Law Review*, v. 3, 2006, p. 69-108, p. 78; LATELLA, Dario. “Shareholder Derivative Suits: A Comparative Analysis and the Implications of the European Shareholders’ Rights Directive”. In: *European Company and Financial Law Review*, v. 6, 2009, p. 307-323, p. 308.
3 GIUDICI, Paolo. “Representative Litigation in Italian Capital Markets: Italian Derivative Suits and (if ever) Securities Class Actions”. In: *European Company and Financial Law Review*, nº 2-3, 2009, p. 246-269, p. 248; REISBERG, Arad. “Theoretical Reflections on Derivative Actions in English Law: The Representative Problem”, *op. cit.*, p. 78.

tempo (LSA, art. 122, II). Os conselheiros de administração, ademais, poderão ter seus votos vinculados a acordos de acionistas, hipótese em que deverão se manifestar em consonância com a orientação proferida pelos acionistas (LSA, art. 118, §§ 8º e 9º)⁴. É certo que a doutrina ressalta que os administradores não seriam obrigados a seguir a orientação dos acionistas que contrariasse a lei ou o estatuto social⁵ e há pronunciamento judicial no sentido de que somente declarações de vontade, e não declarações de verdade poderiam ser determinadas por força do acordo de acionistas⁶. De toda forma, tendo em vista o grau de sujeição hierárquico-estrutural presente na sociedade anônima, é pouco provável que os administradores indicados direta ou indiretamente pelo controlador promovam uma ação de responsabilidade contra seu eleitor.

As ações sociais *ut singuli* buscam mitigar essa problemática. Elas permitem que o acionista atue em benefício da sociedade, na condição de substituto processual (cf. *infra* item 3), agindo em nome próprio, mas tutelando o interesse da companhia. Trata-se de uma exceção ao princípio segundo o qual cabe à maioria conduzir a administração da sociedade. No direito continental, concede-se, em geral, pouco espaço para que os minoritários tomem a frente dos assuntos sociais, chegando Yves Guyon a afirmar que a ação social *ut singuli* traria consigo o “fermento da anarquia”, pois permitiria que o minoritário pretendesse julgar o interesse social melhor do que os órgãos sociais encarregados pela maioria de promovê-lo⁷. Nos Estados Unidos, por outro lado, a ação social *ut singuli* representa uma das manifestações do que a doutrina

denomina “promotor privado” (*private attorney general*)⁸, alguém que persegue interesses particulares, mas tutelando indiretamente um interesse público, prática fundamental no sistema privado de efetivação de direitos norte-americano (*private enforcement*)⁹. Reconhece-se, assim, com maior largueza o papel do acionista para a concretização da ordem jurídica e para a garantia de que os preceitos de Direito Societário sejam observados¹⁰.

Quando se tem presente a função desempenhada pela ação social *ut singuli*, percebe-se que a fixação das condições de direito material e processual para que a ação seja movida pressupõe a ponderação de interesses diversos. De um lado, não se pode estimular uma litigiosidade abusiva e sem base jurídica. De outro, é fundamental encorajar o acionista a tomar a frente e perseguir os interesses da companhia, se há risco de imobilidade da administração. Trata-se de função relevante não apenas para a reparação dos prejuízos efetivamente sofridos (efeito *ex post*), mas para que administradores e controladores sejam constritos a respeitar a integridade patrimonial da sociedade (efeito *ex ante*)¹¹.

Os mecanismos de responsabilização do acionista controlador, nessa medida, são fruto de uma avaliação realizada pelo legislador, a qual estabelece o nível de estímulo para que os acionistas ingressem em juízo tutelando o interesse da companhia. No caso concreto da Lei nº 6.404/76¹², foram empregados dois instrumentos principais para balizar o nível de litigiosidade. Por um lado, foi previsto como incentivo o pagamento de prêmio de 5% ao acionista que obtenha a condenação do controlador e o pagamento de honorários sucumbenciais de 20%, ambos calculados sobre o montante da indenização. Trata-se de importante

4 Dentre outros doutrinadores, esse é o posicionamento de EIZIRIK, Nelson. “Acordo de Acionistas – Arquivamento na Sede Social – Vinculação dos Administradores de Sociedade Controlada”. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico*, v. 129, 2003, p. 45-53, p. 52; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. “Acordo de Acionistas sobre controle de grupo de sociedades. Validade de estipulação de que os membros do Conselho de Administração devem votar em bloco segundo orientação definida pelo grupo controlador”. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 15, 2002, p. 226-248; ARAGÃO, Paulo César. “A disciplina do acordo de acionistas na reforma da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 10.303, de 2001)”. In: LOBO, Jorge (org.). *A Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 367-384; TORNOVSKY, Miguel. “Acordos de Acionistas sobre o Exercício do Poder de Controle”. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 127, 2002, p. 93-106, p. 103.

5 Cf., entre outros, ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as Ações Correlatas*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 146; ARAGÃO, Paulo César. “A disciplina do acordo de acionistas na reforma da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 10.303, de 2001)”, *op. cit.*, p. 378.

6 STJ, REsp. nº 1.152.849-MG, 3ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 07.11.2013. No mesmo sentido, cf. COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*, v. 2, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 327.

7 GUYON, Yves. *Droit des affaires*, v. 1, 11ª ed., Paris: Economica, 2001, p. 497.

8 Sobre o assunto, cf. RUBENSTEIN, William B. “On What a ‘Private Attorney General’ Is - And Why It Matters”. In: *Vanderbilt Law Review*, v. 57, 2004, p. 2129-2173, p. 2154 (note-se que a expressão “Private Attorney General” pode ser empregada também para referência a advogados que atuam como assistentes da promotoria, com função diversa da mencionada no texto).

9 CARRINGTON, Paul D., “The American Tradition of Private Law Enforcement”. In: *German Law Journal*, v. 5, 2004, p. 1413-1429.

10 AAKEN, Anne Van. “Shareholder Suits as a Technique of Internalization and Control of Management”. In: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 68, 2004, p. 288-327, p. 325 (concluindo que há mais incentivos para o acionista nos Estados Unidos do que na Alemanha). COX, James; THOMAS, Randall. “Mapping the American Shareholder Litigation Experience: A Survey of Empirical Studies of the Enforcement of the U.S. Securities Law”. In: *European Company and Financial Law Review*, 2009, p. 164-203, p. 165.

11 REISBERG, Arad. “Shareholders’ Remedies: The Choice of Objectives and the Social Meaning of Derivative Actions”. In: *European Business Organization Law Review*, v. 6, 2005, p. 227-268, p. 249-252.

12 Todos os dispositivos legislativos citados ao longo do texto referem-se à Lei nº 6.404/76, a menos que haja indicação expressa em sentido diverso.

e original inovação brasileira¹³, fruto de ponderações de ordem eminentemente pragmática¹⁴, cuja adoção vem sendo sugerida no cenário europeu¹⁵. Por outro lado, foram impostos requisitos restritivos de legitimação que limitam o número de potenciais litigantes. Para a propositura de ação de responsabilidade do controlador, os acionistas devem ser titulares de ao menos 5% do capital social, ou depositar caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de a ação vir a ser julgada improcedente. Dessas duas hipóteses de legitimação extraordinária (cf. *infra* item 3), o presente artigo propõe-se a analisar a segunda. Há bons motivos para tanto.

A primeira alínea do art. 246, § 1º, autoriza a atuação dos acionistas minoritários que detenham participação correspondente a cinco por cento ou mais do capital social. A regra guarda paralelismo com o art. 159, § 4º, da Lei nº 6.404/76, que prevê a legitimação extraordinária de acionistas titulares de, no mínimo, 5% do capital social para propositura de ação de responsabilidade de administradores. Ambos se referem a uma ação social movida no interesse da companhia, cuja legitimidade pertence a titulares de certo percentual do capital social. Dada a semelhança, as conclusões da doutrina e da jurisprudência a respeito do art. 159, § 4º para determinar quando um acionista pode atuar

13 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade: Por um Critério Unitário do "Conflito de Grupo"*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 568, nota 1782 ("Interessante, a este respeito, é o contributo original da lei brasileira que atribui à sociedade diretora a obrigação de pagar até 20% da ação de reclamação, e, além disso, um prêmio pelo seu emprego").

14 Ao ser questionado pelo Dr. Marcos Paulo de Almeida Salles se não seria exagerada a estipulação de um prêmio ao autor da ação de responsabilidade do controlador, Bulhões Pedreira respondeu: "A razão disso é muito simples. Em princípio todo acionista que promove a ação não ganha nada, porque o resultado da ação é em benefício da companhia. Se ele é um acionista pequeno, ele participa nesse resultado praticamente com nada. Pode ter um por cento da sociedade, ou menos, ele é obrigado a fazer um esforço para promover, e se aborrecer, para promover a responsabilidade do acionista controlador e dos administradores, e no final não tem recompensa nenhuma. Isto parte do reconhecimento de que não adianta nada definir melhor os direitos dos acionistas minoritários se esses direitos não forem exercidos. Se não, toda lei fica letra morta. Não é razoável se esperar que algum acionista pretenda gastar anos numa ação, discutindo com o acionista controlador, e no final não recebe nada, quando muito o reembolso das despesas." Cf. ABRASCA. *Simpósio Sobre o Anteprojeto de Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo, abril, 1976, p. 83-84.

15 Embora sem mencionar a contribuição do direito brasileiro, cf. KALSS, Susanne. "Shareholder Suits: Common Problems, Different Solutions and First Step towards a Possible Harmonisation by Means of a European Model Code". In: *European Company and Financial Law Review*, v. 6, 2009, p. 324-347, p. 343 (indicando o baixo incentivo à promoção de ações sociais *ut singuli* na Europa por não haver previsão de um prêmio ao acionista que propõe a ação que resulta na responsabilização do controlador); e SCHMOLKE, Klaus Ulrich. "Die Aktionärsklage nach § 148 AktG". In: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, v. 40, 2011, p. 398-442, p. 434-437 (sugerindo a instituição de prêmio no âmbito da ação de responsabilidade dos administradores no direito alemão).

no interesse da companhia são aplicáveis, *mutatis mutandi*, à hipótese do art. 246, § 1º, "a"¹⁶.

A alínea subsequente traz a segunda hipótese de substituição processual, autorizando qualquer acionista detentor de menos de cinco por cento do capital social a propor ação de responsabilidade em face da sociedade controladora. Para tanto, exige-se o depósito de caução por custas e honorários de advogados na hipótese de a ação vir a ser julgada improcedente. Diferente da hipótese da alínea "a" do art. 246, § 1º, a propositura de ação mediante depósito de caução não encontra preceito análogo no corpo da lei e não vem recebendo atenção equivalente por parte da doutrina¹⁷, não obstante o seu interesse prático evidenciado pelas diversas decisões judiciais mencionadas ao longo do presente estudo. Este artigo busca, portanto, contribuir para sua melhor compreensão.

A esta primeira seção introdutória, seguem-se outras dez. A segunda aborda os fundamentos da caução e pondera o risco de que sejam movidas ações abusivas por minoritários (*strike suits*). A terceira distingue, dentro do gênero legitimação extraordinária, a espécie em que se enquadra a ação do art. 246 da LSA, esclarecendo tratar-se de hipótese de representação ou de substituição processual. A quarta enfrenta a suposta necessidade de prévia deliberação assemblear para propositura de ação de responsabilidade contra o controlador. A quinta analisa a legitimidade ativa na ação do art. 246, incluindo a possibilidade de intervenção dos demais acionistas da sociedade controlada e suas consequências. A sexta dedica-se ao exame daqueles que podem figurar no polo passivo da ação. A sétima volta-se à determinação da causa de pedir e do pedido na ação de responsabilidade do acionista controlador. A oitava cuida exclusivamente da caução às custas da lei societária, discutindo desde a sua quantificação até a sua constitucionalidade. A nona investiga a definição do valor da causa na ação do art. 246 da LSA, que tem sido objeto de grande confusão na jurisprudência. A décima examina reflexos sobre verbas sucumbenciais, honorários advocatícios e prêmio devido ao acionista, a partir

16 Cf. ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as Ações Correlatas*, *op. cit.*, p. 435-464 (com vasta indicação de bibliografia e jurisprudência).

17 Não se tem conhecimento de nenhum trabalho especificamente destinado a analisar a hipótese do art. 246, § 1º, "b". Há monografia de Fernando Boiteux dedicada à responsabilidade de acionista e de sociedade controladora, a qual, todavia, não explora aspectos processuais relacionados à substituição processual por acionista titular de menos de 5% do capital social. Cf. BOITEUX, Fernando Netto. *Responsabilidade Civil do Acionista Controlador e da Sociedade Controladora*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

das perspectivas de procedência ou improcedência do pedido e de ausência de sucumbência. O artigo é encerrado com considerações finais e conclusão.

2. AVALIAÇÃO CRÍTICA DO ALEGADO RISCO DE AÇÕES ABUSIVAS (STRIKE SUITS)

Afirma-se que o depósito de caução previsto no art. 246, § 1º, “b”, teria por objetivo evitar que ações judiciais fossem movidas com vistas à obtenção de uma vantagem pessoal indevida pelo acionista-autor (as chamadas *strike suits*).¹⁸ Essa observação é de tal forma repetida que se assemelha a um truísmo em direito societário considerar que o prêmio garantido aos minoritários atrairia acionistas “aventureiros” caso não fosse exigida uma quantidade mínima de ações ou a prestação de caução. Acredita-se, porém, que o risco de que acionistas utilizem abusivamente o direito de ação possa ter sido superestimado pelo legislador. Mesmo com a promessa de prêmio e mesmo que não fosse exigida uma quantidade mínima de ações ou a prestação de caução, estima-se que o risco de que fossem propostas ações abusivas em face do controlador seria inferior ao que normalmente se imagina presente, tendo em vista outras restrições impostas aos potenciais litigantes e, em geral, negligenciadas pela doutrina.

A ação de responsabilidade do controlador insere-se no quadro de mecanismos de que os minoritários dispõem para tutelar o interesse social. No

¹⁸ Cf., por exemplo, na doutrina: EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, v. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 370; CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 465-467; LIMA, Tiago Asfor Rocha. “A Legitimidade Ativa e Passiva nas Ações de Responsabilidade Civil contra o Administrador e o Controlador na Lei das S/A”. In: YARSELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti (orgs.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 711-724, p. 723; VIO, Daniel de Avila. *Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*. Tese de Doutorado. USP, Faculdade de Direito, 2014, p. 226; BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 505 (afirmando que, com a imposição de requisitos de legitimidade no art. 246, buscou-se afastar “ações temerárias ou irresponsáveis”). Referindo-se ao risco das ações abusivas (*strike suits*) como fundamento para a imposição de requisitos de legitimidade no âmbito das ações de responsabilidade dos administradores, cf. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 375 (“seria temerário franquear ação a qualquer sócio com participação ínfima no capital social, facilitando a chicana”). ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de Minoria em Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 243-244 (citando Gonçalves Neto, afirma que a exigência de percentual mínimo foi fixada para limitar aventuras forenses e considera que, apesar de as condições para o ajuizamento da ação serem bastante estritas, haveria possibilidade de abuso por conta dos reflexos que gera à sociedade); CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. “Deveres e Responsabilidades”. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. (orgs.). *Direito das Companhias*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1244; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. “Ação Social Derivada de Responsabilidade Civil dos Administradores”. In: *Pareceres*, v. 1. São Paulo: Singular, 2004, p. 705-714, p. 714.

Brasil, atualmente, diversos fatores restringem naturalmente a propositura de ações sociais *ut singuli*, aí incluída a ação de responsabilidade contra o controlador.

Um acionista que atue racionalmente não irá processar a sociedade controladora em benefício da controlada (cf. *infra*, item 3), a menos que aquilo que tenha a receber multiplicado pela possibilidade de êxito supere o que terá de investir¹⁹. Sabe-se que nem sempre a decisão de litigar é racional, sendo muitas vezes pautada por outros critérios²⁰. De toda forma, ainda que se adote o referencial estritamente econômico, a decisão de litigar somente ocorrerá se os custos forem inferiores ao possível retorno. Este último pode ser calculado de forma simples: trata-se da valorização potencial das ações pela reparação paga à companhia por sua controladora somada ao prêmio de 5% obtido pelo acionista e de 20% para seu advogado (cf. *infra*, item 10). As outras variáveis que interferem na decisão são o custo e a possibilidade de êxito, cuja estimativa pode ser mais imprecisa.

Primeiramente, tendo em vista que a procedência da ação conduziria a uma reparação patrimonial da companhia, fato que beneficiaria todos os seus acionistas indiretamente, institui-se um problema do que a economia denomina “bem comum” (*public good*). A ação favorece toda a classe, mas aquele que a conduzir estará exposto a mais riscos e permitirá que outros assumam a postura de “tomadores de carona” (*free riders*).²¹ Assim, a despeito da promessa legislativa de um prêmio ao acionista que efetivar a responsabilidade do controlador, há tendência a que o acionista espere que outro tome a dianteira. Com a passividade, o acionista terá a certeza de que não será prejudicado por eventual decisão de improcedência, e certamente será beneficiado (mesmo que não receba um prêmio) com uma decisão de procedência.

O acionista, ademais, deverá ponderar o fato de que litigará em favor da companhia, mas em nome próprio (cf. *infra*, item 3). Isso significa que deverá prover as despesas dos atos que realizar, requerer, ou que forem determinados pelo juiz de ofício, antecipando seu pagamento desde o início do processo até sentença final (CPC/73, art. 19, *caput* e § 2º; Novo CPC, art. 82, *caput* e § 1º); adiantar

¹⁹ SHAVELL, Steven. “Suit, Settlement and Trial: a Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs”. In: *The Journal of Legal Studies*, v. 11, 1982, p. 55-81, p. 59.

²⁰ LEMON, Margaret. “Special Incentives to Sue”. In: *Minnesota Law Review*, v. 95, 2011, p. 782-845, p. 798 (notando que a decisão de litigar pode ser afetada por uma aversão a risco ou, ainda, por motivos emocionais, como o objetivo de levar a juízo aquele que desrespeitou a legalidade, mas que não há dados empíricos suficientes a respeito).

²¹ AAKEN, Anne Van. “Shareholder Suits as a Technique of Internalization and Control of Management”, *op. cit.*, p. 298.

outras custas processuais, que serão tanto maiores quanto maior o dano causado pelo controlador; e arcar com os honorários do advogado que contratar, a menos que este aceite o risco de ser remunerado apenas em caso de procedência do pedido com honorários *ad exitum*. Em caso de improcedência, por fim, o acionista será condenado a arcar com a sucumbência (cf. *infra*, item 10.2).

A possibilidade de êxito, por sua vez, dependerá da capacidade de o acionista comprovar a ocorrência de dano. Pode não ser simples para o autor desincumbir-se desse ônus²² e é incontroverso o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) a respeito da necessidade de prova do dano para caracterização do abuso de poder.²³ Normalmente, o acionista não tem acesso às informações confidenciais da companhia²⁴, fundamentais para que se possa demonstrar a ocorrência de variação adversa de seu estado patrimonial e o nexo de causalidade com a interferência detrimental e propositadamente velada do acionista controlador.²⁵

Uma forma de se afastar esse obstáculo previamente à propositura da ação seria a formulação de pedido de exibição judicial dos livros sociais (LSA, art. 105), cuja utilidade é restrita. A ação de exibição de livros só pode ser movida por titulares de, pelo menos, 5% do capital social e desde que sejam apontados atos violadores da lei ou do estatuto, ou se houver fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por órgãos da companhia. Ademais, o acionista pode somente ter acesso aos livros contábeis da companhia, e não a outros documentos empresariais por meio dos quais eventual ato ilícito perpetrado pelo controlador poderia ser descoberto. Igualmente reservada aos titulares de

22 Sobre o assunto, cf. Daniel de Avila Vio, “Prova Difícil e Inadimplemento da Obrigação de Contratar em Condições Equitativas nos Termos da Lei das S.A.”. In: *Revista de Direito Privado*, v. 55, 2013, p. 233-237.

23 Cf. STJ, REsp. nº 10.836-SP, 3ª T., rel. Min. Cláudio Santos, j. 04.02.1992; STJ, REsp. nº 798.264-SP, 3ª T., rel. p/ac. Min. Nancy Andrigli, j. 06.02.2007. No mesmo sentido: TJRJ, Ap. Cív. nº 5740/92, 2ª Câm. Cív., rel. Des. Lindbergh Montenegro, j. 18.05.1993.

24 OLIVEIRA, Ana Perestrello de. *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade: Por um Critério Unitário do “Conflito de Grupo”*, *op. cit.*, p. 570.

25 A positivação da carga dinâmica do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil pode vir a alterar substancialmente esse quadro. De acordo com o artigo 373, § 1º do Novo CPC, o juiz poderá, de forma fundamentada e considerando as peculiaridades da causa e do fato a ser provado, atribuir o ônus da prova à parte que estiver em melhores condições de produzi-la, observado o contraditório. Todavia, vale ressaltar que a redação do dispositivo pode gerar dificuldades práticas na sua interpretação e aplicação. Não foram adequadamente delimitados seus pressupostos e nem se fixou a atribuição do ônus a quem a produção da prova for mais fácil. Nesse sentido, cf. LEONEL, Ricardo de Barros. “Anotações a Respeito do Ônus da Prova”. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; RODRIGUES, Walter Piva; AMADEO Rodolfo da Costa Manso Real (orgs.). *Processo Civil: Homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 46-58.

mais de 5% do capital social é a possibilidade de obter informações por meio de solicitação ao conselho fiscal acerca de matérias de sua competência (LSA, art. 163, § 6º). Na ação proposta por minoritário em face do controlador da companhia mediante depósito de caução, porém, está-se, por definição, diante de acionista que não atende aos requisitos de legitimação previstos nos arts. 105 e 163, § 6º, da LSA, por não ser titular de ao menos 5% do capital social.

Resta, nesta hipótese, a possibilidade de requerer exibição judicial, ou, no curso da ação, provocar incidente de exibição de documento ou coisa (respectivamente, CPC/73, art. 844 e art. 355 ss., matéria atualmente regrada no Novo CPC, art. 396 e ss.)²⁶. Contudo, o pedido em tais casos deverá individualizar o documento a que se busca ter acesso, a finalidade da prova e as circunstâncias em que se funda o acionista para afirmar que o documento existe e se encontra em poder do controlador ou da companhia (CPC/73, arts. 356 e 845; Novo CPC, arts. 397) – elementos muitas vezes desconhecidos daqueles que não se encontram na direção das atividades sociais. Dessa forma, o titular de menos de 5% das ações provavelmente enfrentará sérios óbices para obter informações e produzir provas “fortes”, o que repercute na probabilidade de êxito do autor na ação de responsabilidade.

Outra forma de superar o obstáculo informacional poderia ser a eleição de conselheiro de administração ou fiscal pela minoria. Entretanto, esses administradores encontram-se sujeitos ao dever de sigilo (LSA, arts. 154, § 1º, e 155, § 1º). Mesmo que seja comum a verificação de fluxo informativo entre administrador e acionistas, a prova obtida por esse meio não será válida e não poderá ser utilizada em juízo²⁷.

No curso do processo, fatos externos poderão impedir a obtenção de sentença condenatória. A companhia poderá celebrar acordo com o controlador e, mesmo contra a vontade do acionista, extinguir o processo (cf. *infra*, item

26 Na jurisprudência, ressaltando que o art. 105 da Lei nº 6.404/76 refere-se tão somente à exibição integral de livros, podendo o acionista iniciar procedimento de exibição de documentos certos e individualizados independentemente de participação social mínima, cf.: TJRJ, Ap. Cív. nº 21872/04, 16ª Câm. Cív., rel. Des. Mario Robert Mannheimer, j. 31.05.2005; TJSP, AI nº 0087766-77.2012.8.26.0000, 1ª Câm. Res. Dir. Emp., rel. Des. Maia da Cunha, j. 28.08.2012; TJSP, Ap. nº 0216971-58.2009.8.26.0100, 6ª Câm. Dir. Priv., rel. Des. Ana Lucia Romanhole Martucci, j. 11.09.2014; TJSP, Ap. nº 0133843-38.2012.8.26.0100, 1ª Câm. Res. de Dir. Emp., rel. Des. Maia da Cunha, j. 25.11.2014. Na doutrina, no mesmo sentido, vide SILVA, João Paulo Hecker da. *Processo Societário – Tutelas de Urgência e da Evidência*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 310.

27 É nesse sentido o entendimento da doutrina italiana, Cf. GIUDICI, Paolo. “Representative Litigation in Italian Capital Markets: Italian Derivative Suits and (if ever) Securities Class Actions”, *op. cit.*, p. 257.

10.3.1). O controlador poderá reconhecer a procedência do pedido no curso do processo, afastando um provimento jurisdicional condenatório (cf. *infra*, item 10.3.2). Poderá, ainda, incorporar a companhia controlada, hipótese em que ocorrerá confusão entre ambos, fato que igualmente conduzirá à extinção do processo antes de uma possível condenação (cf. *infra*, item 10.3.3).

Não se tem notícia de trabalho empírico examinando a efetividade de ações de responsabilidade do controlador no Brasil. Isso não obstante, o conjunto de empecilhos impostos ao acionista minoritário em ação social *ut singuli* correspondem, em boa medida, àqueles existentes e encontrados na Europa. Em países como Alemanha, Itália e França, por exemplo, o ônus probatório recai sobre o autor da ação, não é possível obter documentos por meio de um procedimento cooperativo para a obtenção de provas similar ao *pre-trial discovery* norte-americano, há obrigação de adiantar o pagamento de custas e, em caso de improcedência, o autor é condenado ao pagamento de verbas sucumbenciais.²⁸ O resultado é que, nesses países, a efetividade das ações sociais *ut singuli* em face dos administradores ou controladores é consideravelmente reduzida.²⁹ Não há razões para crer que o cenário no Brasil seja radicalmente diverso, até porque raramente se tem notícia de ação condenatória transitada em julgado com ganho de causa ao minoritário.

Adicionalmente, o sempre ressaltado perigo de que sejam movidas ações abusivas (*strike suits*) pelos minoritários merece ser tratado de forma diversa no caso de uma ação de responsabilidade em face de administradores ou em face do controlador. No caso de ação proposta contra administradores, pode ser que a ação retire da administração a possibilidade de se concentrar na gestão, além do eventual risco de que a mera propositura prejudique a reputação da companhia, ou torne mais difícil atrair executivos talentosos para

administrá-la³⁰. No caso de uma ação de responsabilidade proposta em face do controlador, o custo reputacional também pode estar presente, mas a gestão social não é afetada, já que compete ao controlador somente a orientação e supervisão da administração.

Ultrapassaria o escopo do presente artigo avaliar em que medida seria necessária uma reforma do sistema previsto atualmente na Lei nº 6.404/76. Para tanto, acredita-se que seria proveitoso analisar as ações movidas no Brasil para verificar empiricamente qual resultado vem sendo obtido por meio delas, o que não foi objeto desta pesquisa. Mas não há dúvidas de que os diversos entraves que podem ser enfrentados pelo minoritário que decida agir em benefício da companhia justificam uma interpretação que prestigie a integridade do prêmio garantido ao acionista e permita o acesso à Justiça, postura que, como se verá ao longo deste trabalho, nem sempre vem sendo adotada pela doutrina e pela jurisprudência.

3. SUBSTITUIÇÃO OU REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL?

Originariamente, a propositura de ação para buscar a reparação de danos causados à companhia cabe a ela própria e deve ser movida pela diretoria (LSA, art. 144). O titular do direito, em regra, é legitimado para deduzi-lo em juízo de forma exclusiva (CPC/73, art. 6º; Novo CPC, art. 18, *caput*). A companhia, assim, é parte legítima para propositura de qualquer ação tendente a manter incólume sua esfera jurídica, seja em face de terceiros, seja em face de seus administradores ou mesmo de seus próprios acionistas. O direito da companhia à reparação de danos decorrentes de atos praticados com infração aos deveres do acionista controlador (LSA, arts. 116 e 117) não foge a essa regra.

Em vista da presunção de que os diretores, orientados pelo acionista controlador³¹, provavelmente não provocariam contra ele a jurisdição estatal³², confere-se aos acionistas da companhia controlada legitimidade para a

28 GELTER, Martin. "Why Do Shareholder Derivative Suits Remain Rare In Continental Europe?". In: *Brooklyn Journal of International Law*, v. 37, 2012, p. 843-892, p. 856-880.

29 GRECHENIG, Kristoffel; SEKYRA, Michael. "No Derivative Suits in Europe: a Model of Percentage Limits and Collusion". In: *International Review of Law and Economics*, v. 31, 2011, p. 16-20; GIUDICI, Paolo. "Representative Litigation in Italian Capital Markets: Italian Derivative Suits and (if ever) Securities Class Actions", *op. cit.*, p. 249 (afirmando que ações sociais *ut singuli* na Itália existiriam apenas no papel, não na realidade); SCHMOLKE, Klaus Ulrich. "Die Aktionärsklage nach § 148 AktG", *op. cit.*, p. 403 (apontando que, mesmo após o direito societário alemão ter sido reformado em 2005, foram raras as ações sociais *ut singuli* propostas); SCHMIDT, Dominique. "De quelques règles procédurales régissant l'action en responsabilité civile contre les dirigeants de sociétés 'cotées' in bonis". In: FOYER, Jean (org., et. al.). *Études de Droit Privé - Mélanges offerts à Paul Didier*. Paris: Economica, 2008, p. 383-392, p. 391 (indicando que o número de ações *ut singuli* concluídas na França seria insignificante).

30 KRAAKMAN, Reinier; PARK, Hyun; SHAVELL, Steven. "When are Shareholder Suits in Shareholder Interests". In: *The Georgetown Law Journal*, v. 82, 1994, p. 1733-1779, p. 1738-1739.

31 Cf. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. "Estrutura da Companhia". In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. (orgs.). *Direito das Companhias*, v. 1, *op. cit.*, p. 820 (defendendo que o controlador teria direito a validamente orientar a ação dos administradores).

32 TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, v. 2. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 711 (apontando que a regra do art. 246 da Lei nº 6.404/76 parte do pressuposto de que o controlador não orientará a administração a mover ação contra si próprio).

propositura da ação que vise à indenização de atos praticados pela sociedade controladora com abuso do poder de controle (LSA, art. 246).

Modesto Carvalhosa defende que, nessa hipótese legal, a companhia seria representada pelos próprios minoritários. Segundo tal entendimento, a hipótese não seria de legitimação extraordinária, mas de legitimação ordinária em que os acionistas minoritários circunstancialmente corporificariam a vontade da controlada em juízo e a representariam organicamente. Nessa linha, o autor afirma que os minoritários em juízo constituiriam um "órgão social com poderes legais para representar legitimamente a controlada na propositura da ação social *ut universi*"³³.

Para a doutrina majoritária, por outro lado, a hipótese seria de substituição processual. O titular do direito material seria a companhia, ao passo que o acionista teria legitimidade para deduzi-lo em juízo³⁴. Os minoritários litigariam em nome próprio, figurando no polo ativo da relação processual como parte, mas atuando em tutela dos interesses da sociedade.

A razão nesse debate parece assistir àqueles que entendem tratar-se de hipótese de substituição, e não de representação da companhia. Primeiramente, as pessoas jurídicas só podem ser representadas em juízo por quem seus estatutos designarem ou por seus diretores, em caso de silêncio de seus estatutos (CPC/73, art. 12, VI; Novo CPC, art. 75, VIII). Dessa forma, os minoritários não têm capacidade para agir em nome da companhia e não têm capacidade para formar a sua vontade processual, postulando em juízo validamente em seu nome. Se o minoritário atuasse como órgão social,

33 Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 4, t. 2. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 68 e p. 74.

34 DINAMARCO, Cândido Rangel. "Sociedades anônimas e legitimidade dos minoritários - questões processuais". In: *Processo Civil Empresarial*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 602-656, p. 607-608; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. "Atuação por Via Processual dos Direitos Decorrentes da Nova Lei das Sociedades Anônimas". In: *A Nova Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: AASP, 1978, p. 63-76, p. 75; ARAGÃO, Paulo César. "Aspectos Processuais da Legislação Societária". In: *Revista dos Tribunais*, v. 641, a. 78, 1989, p. 61-71, p. 71; ELZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, *op. cit.*, p. 369; TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, v. 2, *op. cit.*, p. 710-711 ("Não agem eles [os acionistas], aqui, em nome próprio, mas *nomine alieno*, ou seja, substituindo-se à própria sociedade."); LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S.A.*, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 408 (em referência ao art. 159, indica que sempre que o acionista exerce a ação social o faz como substituto processual); CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 724 (apesar de não explicitar tratar-se de caso de substituição processual, afirma que a ação é movida pelos acionistas e em benefício da companhia); ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as Ações Correlatas*, *op. cit.*, p. 407-412; VIO, Daniel de Avila. *Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*, *op. cit.*, p. 224-225; BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*, *op. cit.*, p. 505.

ademais, ele não estaria pessoalmente obrigado a pagar eventuais custas ou despesas processuais na hipótese de improcedência, desde que os atos fossem regulares (LSA, art. 158, *caput*, I e II). Os minoritários, contudo, não podem obrigar a companhia por meio de decisão não corroborada pela administração ou pela maioria dos acionistas. Caso contrário, a companhia seria obrigada a correr os riscos de ação, para que depois, em caso de procedência, o prêmio fosse vertido exclusivamente ao minoritário. Por fim, se todas as verbas recaíssem sobre a companhia, não faria sentido que o minoritário fosse obrigado a prestar caução pessoalmente, pois a responsabilidade na hipótese de improcedência normalmente não seria sua, mas da companhia³⁵. Trata-se, portanto, de hipótese de substituição processual, na qual o acionista atua em nome próprio, mas defendendo interesse material da companhia.

4. É NECESSÁRIA PRÉVIA DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR COMO CONDIÇÃO DE LEGITIMIDADE ATIVA E INTERESSE DE AGIR?

Para propositura de ação de responsabilidade do administrador por acionista minoritário, a lei pressupõe que a assembleia geral tenha deliberado não propor ação indenizatória (LSA, art. 159, *caput*) e que o acionista ou grupo de acionistas seja titular de, no mínimo, 5% do capital social (LSA, art. 159, § 4º), ou que tenha ocorrido deliberação favorável à propositura, hipótese em que qualquer acionista poderá se substituir à companhia (LSA, art. 159, § 3º)³⁶. Assim, a prévia assembleia geral é pressuposto tanto para haver interesse de agir, sob a ótica interesse-adequação, quanto para que seja obtida legitimidade extraordinária ativa pelo acionista ou pelo grupo de acionistas, já que é a partir da deliberação que se firmam as condições para que seja proposta a ação social na forma dos §§ 3º ou 4º do art. 159 da Lei nº 6.404/76.

Não há regra semelhante para a propositura de ação de responsabilidade em face do controlador (LSA, art. 246). Há, na jurisprudência e na doutrina, posições divergentes a respeito dessa ausência de regramento. Para alguns, tratar-se-ia de lacuna a ser suprida por meio de aplicação analógica dos

35 Nesse sentido, cf. VIO, Daniel de Avila. *Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*, *op. cit.*, p. 224-225.

36 PARENTONI, Leonardo Netto. "Ônus da Sucumbência em Ação de Responsabilidade contra Administrador de Sociedade Anônima". In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 151/152, 2009, p. 114-124 (examinando a diferença entre as hipóteses dos §§ 3º e 4º).

requisitos do art. 159 da Lei nº 6.404/76; para outros, representaria opção deliberada do legislador de dispensar a assembleia como requisito para a propositura de ação em face do controlador.

Em precedente relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo, entendeu-se que a exigência de prévia deliberação acerca da propositura de ação em face da controladora seria desnecessária, pois tal assembleia “além de impregnada por absoluto contrassenso, teria resultado certo e indubitado, pelo que sem sentido a sua realização”, notando-se, ademais, que “a lei não faz exigência de prévia deliberação de assembleia geral (art. 246)”³⁷.

Em duas oportunidades mais recentes, todavia, defendeu-se posicionamento diverso no âmbito do STJ, ainda que, em ambas as ocasiões, a matéria tenha sido apreciada incidentalmente. Em 2007, a Min. Nancy Andriighi sustentou que a ação de responsabilidade prevista no art. 246 sujeitar-se-ia ao regramento previsto no art. 159, pois em ambas as situações estaria em disputa o interesse da companhia em obter indenização, razão pela qual o acionista somente poderia ingressar com ação de responsabilidade caso a assembleia se manifestasse contrariamente à propositura. Em seu voto, a Ministra considerou que “[o] que se deve examinar aqui é se essa ação dos artigos 245 e 246 estão subordinadas (*sic*) ao disposto no art. 159, *caput*, ou seja, se é necessário haver prévia autorização da assembleia geral. Com o devido respeito à tese esposada pelo precedente, tenho que é”³⁸. Em 2014, esse mesmo posicionamento foi adotado pelo Min. João Otávio de Noronha, embora igualmente em *obiter dictum*³⁹.

A posição de que seria necessária deliberação assemblear, porém, não contempla a circunstância de que o sistema de responsabilização do controlador previsto no art. 246 da Lei nº 6.404/76 é diverso e específico em relação àquele delineado para o administrador no art. 159, razão pela qual a ação em face do controlador pode ser proposta diretamente pelo acionista minoritário sem pressupor conclave dos acionistas.

Primeiramente, não há previsão legal específica exigindo prévia deliberação para a propositura de ação em face do controlador, motivo

que deveria ser suficiente para afastar qualquer interpretação em sentido contrário⁴⁰. Ademais, a lei deve ser lida de forma sistemática e o art. 159 não é exceção. Determina-se nesse dispositivo que o titular de, no mínimo, 5% do capital social poderá ingressar com ação de responsabilidade caso a companhia delibere não propor ação de responsabilidade contra o administrador. Mas a lei exige a deliberação ao mesmo tempo em que concede ao titular de ao menos de 5% do capital social um mecanismo para obter a deliberação – positiva ou negativa – de que necessita. Com efeito, os titulares de 5% ou mais do capital social podem convocar assembleia geral quando a administração não atender, no prazo de 8 (oito) dias, a pedido fundamentado de convocação (LSA, art. 123, § único, “c”). Essa correlação entre o quórum exigido para a convocação de assembleia e o quórum exigido para a propositura de ação deve ser respeitada até como pressuposto lógico para que o mecanismo de responsabilização possa ser efetivado⁴¹. O acionista titular de menos de 5% do capital social, por conseguinte, não pode convocar assembleia geral, exceto nos casos previstos em lei ou no estatuto (LSA, art. 123, § único, “b”), como seria o caso da assembleia geral ordinária anual a respeito das contas e da gestão. Não pode, ademais, ingressar com ação de responsabilidade contra os administradores se a assembleia geral decidir não promovê-la (LSA, art. 159, § 4º). Mas pode ingressar com ação de responsabilidade contra o controlador prestando caução (LSA, art. 246, § 1º, “b”). Se a deliberação positiva ou negativa fosse pressuposto da existência do interesse de agir e da legitimidade ativa extraordinária, o acionista não teria meios de provocar sua realização e ficaria impossibilitado de exercer o direito de ação.

Em segundo lugar, a propositura de ação de responsabilidade em nome da companhia em face de qualquer terceiro é matéria afeita à competência da administração, por essa atribuição não ser conferida por lei a outros órgãos (LSA, art. 144). Em outras palavras, a competência da administração é regra, a necessidade de deliberação é exceção. Na ação de responsabilidade contra o administrador, a lei expressamente exige a deliberação (LSA, art. 159) e afasta o preceito geral. Mas há razões específicas para que exista tal previsão no caso de ação movida contra o administrador e não no caso de ação movida em face do controlador. A primeira delas é intuitiva: o administrador responsável

37 STJ, REsp. nº 16.410-SP, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 14.12.1992.

38 STJ, REsp. nº 798.264-SP, 3ª T., rel. p/ ac. Min. Nancy Andriighi, j. 06.02.2007.

39 STJ, REsp. nº 1.214.497-RJ, 4ª T., rel. p/ ac. Min. Raul Araújo, j. 23.09.2014. No mesmo sentido, cf. TRF-2ª Região, 4º JEF do RJ, Processo nº 16196-66.20134025151, Juiz Federal Adriano Saldanha Gomes de Oliveira, j. 23.09.2014.

40 Nesse sentido, EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, v. 3, *op. cit.*, p. 369.

41 RIBEIRO, Maria de Fátima. “A função da acção social ‘ut singuli’ e a sua subsidiariedade”, *op. cit.*, p. 180.

pela propositura da ação pode ser justamente o acusado, razão pela qual é necessário que um órgão distinto e sobreposto à administração avalie a questão. Ademais, a deliberação favorável à propositura de ação em face do administrador terá por efeito torná-lo impedido (LSA, art. 159, § 2º), decisão com efeitos graves que o legislador confia aos acionistas, competentes que são para indicar e destituir administradores (LSA, art. 122, II). Essas razões não estão presentes no âmbito da ação de responsabilidade do controlador.

Em terceiro lugar, a administração pode mover ação de responsabilidade em face de qualquer acionista. Se um acionista minoritário solicita a exibição de livros (LSA, art. 105), por exemplo, e utiliza as informações que obteve para fins ilícitos causando dano à companhia, a administração poderia propor contra ele ação de responsabilidade sem que fosse necessária deliberação assemblear. Se fosse admitida a argumentação dos acórdãos referidos, no entanto, chegar-se-ia à contraditória conclusão de que uma ação de responsabilidade poderia ser proposta pela diretoria contra um acionista minoritário, mas que seria necessária deliberação da assembleia geral para propositura de ação em face do controlador. Um tal tratamento desigual entre os acionistas não seria compatível com o princípio da igualdade de direitos conferidos pelas ações ordinárias (LSA, art. 110).⁴²

Em quarto lugar, a desnecessidade de deliberação assemblear é justificada pela circunstância de que o controlador, por definição, é aquele que “é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral” (LSA, art. 116, “a”). Parte-se, dessa forma, da realista suposição de que o controlador não buscará a sua própria condenação.⁴³ Nessa hipótese, o legislador sequer deixou espaço para questionamentos quanto a um eventual impedimento de voto ou anulação do voto do controlador (por conflito de interesses ou benefício particular) e simplesmente tornou a propositura independente de prévia deliberação.

Dessa forma, diverge-se do entendimento exposto de forma incidental nos acórdãos referidos. A propositura de ação de responsabilidade do controlador independe de prévia deliberação assemblear.

42 TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, v. 1, São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 280.

43 TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, v. 2, *op. cit.*, p. 711; BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*, *op. cit.*, p. 506 (“a ação contra o controlador, por razões óbvias, não se sujeita, como a que é dirigida contra os administradores, à prévia manifestação da assembleia geral”).

5. LEGITIMIDADE ATIVA

A ação de responsabilidade do controlador nos termos do art. 246, § 1º, “b” pode ser proposta isoladamente por um único acionista, ou em litisconsórcio originário por grupo de acionistas, em ambos os casos desde que sejam titulares de menos de 5% do capital social, mediante a prestação de caução (cf. *infra*, item 5.1). Ademais, após o início do processo, poderá haver intervenção de outros acionistas (cf. *infra*, item 5.2).

5.1. ACIONISTAS TITULARES DE MENOS DE 5% DO CAPITAL SOCIAL

A caução deve ser prestada pelo titular de menos de 5% (cinco por cento) do capital social. Apesar de relativamente baixo no contexto da legislação acionária, o quórum pode ser expressivo e de difícil atendimento, justamente pela existência de acionista majoritário. Foi essa dificuldade à formação de blocos minoritários em companhias com controlador que motivou o legislador alemão, por exemplo, a permitir que qualquer acionista movesse ação de responsabilidade contra a empresa controladora no âmbito dos grupos de fato (*faktischer Konzern*)⁴⁴. Igualmente, nos Estados Unidos, não se exige uma quantidade mínima de ações para ingressar com ação social *ut singuli* em face do controlador (ou de administradores)⁴⁵.

Há, ademais, quem defenda que o melhor caminho seria correlacionar o quórum mínimo à dispersão acionária. Segundo Dario Latella, a legitimação deveria ser conferida de acordo com a distribuição das ações, de tal forma que, quanto maior o número de acionistas, menor fosse o percentual exigido⁴⁶. O legislador brasileiro tomou outro caminho e atribuiu à Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) o poder de reduzir a participação acionária mínima prevista no art. 246 mediante fixação de escala em função do valor do capital social (LSA, art. 291). A regra é criticável, pois o valor do capital social é pouco relevante para a potencialidade efetiva de obtenção do *quórum* previsto na lei. O capital social pode ser elevado, mas haver grande concentração acionária; ou pode ser reduzido, mas haver alto número de acionistas com participação

44 ALTMETPPEN, Holger. In: GOETTE, Wulf; HABERSACK, Mathias (orgs.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 5, 3ª ed., München: C. H. Beck/Franz Vahlen, 2010, § 309, Rnº 121, p. 824.

45 COX, James D.; THOMAS, Randall S. “Common Challenges Facing Shareholder Suits in Europe and the United States”. In: *European Company and Financial Law Review*, 2009, p. 348-357, p. 353.

46 LATELLA, Dario. “Shareholder Derivative Suits: A Comparative Analysis and the Implications of the European Shareholders’ Rights Directive”, *op. cit.*, p. 320.

societária expressiva. Há, portanto, incongruência entre o objetivo de permitir o atingimento do percentual de participação societária em companhias com muitos acionistas e o meio escolhido para tanto, consistente em vincular a discricionariedade administrativa à cifra do valor nominal do capital social. De toda forma, a competência regulatória não foi exercida pela CVM até o momento para redução do quórum previsto no art. 246.

Dessa maneira, para a propositura de ação de responsabilidade do controlador sem a prestação de caução é necessária a titularidade de, pelo menos, 5% (cinco por cento) do capital social, ressaltando-se que o quórum não diz respeito ao capital votante, razão pela qual também os titulares de ações preferenciais têm legitimidade ativa para promover a ação⁴⁷.

Hipótese peculiar é a de acionista controlador titular de mais de 95% do capital social. Nessa circunstância, o percentual de 5% claramente não poderá ser obtido por nenhum acionista minoritário. Pode-se argumentar, com base em leitura teleológica da regra, que esse posicionamento levaria a uma consagração fática da irresponsabilidade do controlador. Isso não obstante, e apesar de se concordar que a configuração societária em questão restringe a atuação do acionista minoritário, o objetivo da regra foi o de impor ônus adicional ao acionista que presumivelmente considerou não ter comprometimento financeiro e alinhamento de interesses similares ao dos detentores de maior fatia do capital social. Há motivos para criticar essa regra, que se considera incompatível com a Constituição Federal (cf. *infra* item 8.1). Mas, se o entendimento for de que a regra seria constitucional, não se pode afastá-la topicamente. Na jurisprudência, há precedentes seguindo esta orientação⁴⁸.

5.2. LITISCONSÓRCIO ATIVO E DISTRIBUIÇÃO DO PRÊMIO

A relação de direito substantivo que fundamenta a ação do art. 246 circunscreve-se à sociedade controlada e ao controlador. Todavia, a legitimidade extraordinária atribuída pela lei societária aos acionistas projeta reflexos para além das duas partes da relação material. Todos os acionistas são colegitimados para propositura da ação social simultaneamente, com exceção do acionista controlador, que deverá figurar necessariamente no polo passivo. Trata-se, portanto, de ação que comporta litisconsórcio (i) ativo, pois todos os

acionistas são legitimados para atuar em juízo defendendo o interesse único e incidível da companhia (Novo CPC, art. 113, I); (ii) de caráter facultativo, pois as hipóteses de substituição processual contidas no art. 246, § 1º, dispensam a presença da totalidade dos acionistas e permitem que qualquer acionista figure no polo ativo (Novo CPC, art. 114, *contrario sensu*); e (iii) unitário, pois a decisão deve ser uniforme, já que a companhia cujo interesse é protegido é apenas uma (Novo CPC, art. 116).

O litisconsórcio ativo pode ser originário ou posterior ao início do processo. No litisconsórcio originário, todos os acionistas que integram o polo ativo deduzem em juízo a mesma pretensão. Apesar de nenhum deles ter poderes para dispor da situação de direito material, cuja titularidade é da controlada, cada um deles pode renunciar à sua própria ação, uma vez que foi proposta em seu próprio nome. Ademais, a todos incumbe o ônus de prestar caução. Caso os litisconsortes tenham êxito em sua demanda, deve-se delimitar a forma de atribuição do prêmio de 5%. O Código de Processo Civil determina que a sentença deva distribuir entre os litisconsortes, de forma expressa, a responsabilidade proporcional pelo pagamento das verbas de sucumbência (CPC/73, art. 23; Novo CPC, art. 87, § 1º), mas não oferece regra para a repartição no caso de êxito. Nessa hipótese, há quem defenda que o prêmio deveria ser rateado entre os acionistas-autores a partir de sua participação no capital social da controlada⁴⁹. Dinamarco, por outro lado, defende que o prêmio seja distribuído igualmente entre todos os acionistas autores⁵⁰.

A proposta de rateio entre os autores proporcional à participação no capital social não parece adequada. Os custos e os riscos atrelados ao processo não são proporcionais à participação no capital (cf. *infra* item 8), razão pela qual o prêmio também não deve ser assim distribuído. Reputa-se adequada, portanto, a proposta de Dinamarco, com a divisão igualitária do prêmio entre os litisconsortes originários, em vista da comunhão de esforços de tais acionistas para a formação do processo. Ademais, pressupõe-se que, se ingressaram em juízo conjuntamente, tiveram a possibilidade de disciplinar contratualmente entre si como se daria a repartição do prêmio em caso de êxito.

47 STJ, REsp. nº 745.739-RJ, 3ª T., rel. Min. Massami Uyeda, j. 28.08.2012.

48 STJ, REsp. nº 16.410-SP, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 14.12.1992; TJSP, Ap. Civ. nº 233.731-4/5-00, 10ª Câm. Dir. Priv., rel. Des. Ruy Camilo, j. 04.02.2003.

49 LIMA, Tiago Asfor Rocha. "A Legitimidade Ativa e Passiva nas Ações de Responsabilidade Civil contra o Administrador e o Controlador na Lei das S/A", *op. cit.*, p. 719 (apontando que os acionistas teriam legitimidade individual correspondente à sua participação no capital social para executar o prêmio).

50 DINAMARCO, Cândido Rangel. "Sociedades anônimas e legitimidade dos minoritários - questões processuais", *op. cit.*, p. 644.

O litisconsórcio, ademais, pode ser posterior ao início do processo com o ingresso voluntário de outros acionistas. Na ação de responsabilidade do controlador, as principais questões que se colocam dizem respeito aos poderes do litigante ulterior e a eventual direito desse acionista a dividir igualmente o prêmio com aquele que originou o processo.

A posição jurídica e os poderes processuais assumidos do litisconsorte ulterior dependem da modalidade de intervenção do ingressante no processo de responsabilização do controlador, que pode ocorrer sob a forma de intervenção ou de assistência litisconsorcial⁵¹. Tradicionalmente, o momento do ingresso é o que distingue as duas categorias⁵². Ocorrendo previamente ao despacho saneador, há intervenção litisconsorcial, em que o ingressante ocupa posição idêntica (a “mesmíssima”⁵³) à do acionista que iniciou o processo. Se a intervenção for posterior ao despacho, caracteriza-se a assistência litisconsorcial (CPC/73, art. 54; Novo CPC, art. 124).

No caso de assistência litisconsorcial, não se concede aos assistentes o prêmio que a lei defere à parte principal autora. Na qualidade de meros coadjuvantes do autor da ação, o assistente litisconsorcial não poderia ser contemplado, juntamente com o assistido, com uma condenação pleiteada originalmente apenas por este último⁵⁴.

Questão mais complexa diz respeito à intervenção litisconsorcial ulterior. Na tentativa de auferir ganhos sem esforço, grande número de acionistas poderia se juntar ao acionista-autor original posteriormente à apresentação da tese jurídica constante da petição inicial e que pode ter exigido investimentos para a prévia obtenção de provas e elaboração de estratégia argumentativa. Uma divisão igualitária do prêmio-nesses termos consubstanciaria desincentivo a que o acionista minoritário, que assume custos para a apresentação da ação (honorários advocatícios, caução, custos para reunião de evidências), propusesse-a antes dos demais. O perigo do “efeito carona” (cf. *supra* item 2) seria potencializado, pois haveria a possibilidade de que o prêmio fosse apropriado por aqueles que

51 PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio. *Impugnação de Deliberações de Assembleia das S/A*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 312-316.

52 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 398-401.

53 *Ibidem*, p. 64.

54 Nesse sentido, cf. COELHO, Gláucia Mara. *Sistematização da Assistência Litisconsorcial no Processo Civil Brasileiro: Conceituação e Qualificação Jurídica*. Tese de Doutorado. USP, Faculdade de Direito, 2013, p. 62-67 (corroborando o entendimento da doutrina majoritária de que o assistente litisconsorcial não adquire plenamente a mesma condição do demandante ou do demandado originais).

posteriormente ingressassem na causa. Deve-se atentar, sob outra perspectiva, para a circunstância de que os demais acionistas podem ser relevantes para a procedência do pedido e serão proporcionalmente responsáveis pelo pagamento de custas e despesas sucumbenciais em caso de improcedência (CPC/73, art. 23; Novo CPC, art. 87), o que justificaria sua participação no prêmio.

Há dois entendimentos sobre o assunto. Por um lado, Tiago Asfor Rocha Lima sustenta que também na hipótese de litisconsórcio ulterior o prêmio deveria ser rateado entre os acionistas-autores a partir de sua participação no capital social da controlada⁵⁵. Dinamarco, por sua vez, defende que, *a priori*, não caberia prêmio aos acionistas ingressantes após a propositura da ação, uma vez que o processo já estaria instaurado, seu objeto estaria definido e não haveria ampliação do valor a ser pago pela controladora-ré. Apesar disso, defende que o juiz poderia examinar as circunstâncias do caso e determinar ou não a divisão do prêmio com os litisconsortes ulteriores⁵⁶.

Apesar de se concordar parcialmente com o resultado alcançado por Dinamarco, entende-se inadequada sua fundamentação por estar aparentemente amparada em considerações de exclusiva equidade. Acredita-se que o juiz deva determinar, de forma fundamentada,⁵⁷ a divisão do prêmio aplicando o disposto no Novo CPC, art. 87, § 1º (que regra a sucumbência) analogicamente para a hipótese de condenação do réu, distribuindo o prêmio em proporção à contribuição efetiva de cada um dos autores para o sucesso da demanda.

6. LEGITIMIDADE PASSIVA

A legitimidade passiva da sociedade controladora decorre do próprio texto da lei societária. A sociedade controladora é a alegada causadora do dano e que, portanto, terá a obrigação de repará-lo. Apesar de a lei referir-se apenas

55 LIMA, Tiago Asfor Rocha. “A Legitimidade Ativa e Passiva nas Ações de Responsabilidade Civil contra o Administrador e o Controlador na Lei das S/A”, *op. cit.*, p. 719.

56 DINAMARCO, Cândido Rangel. “Sociedades anônimas e legitimidade dos minoritários – questões processuais”, *op. cit.*, p. 644.

57 A fundamentação da decisão sobre a divisão do prêmio entre os acionistas, especificando os critérios utilizados para sua repartição, além de cumprir o mandamento constitucional do art. 93, IX – também contido no Código de Processo Civil –, pode não só coibir decisões arbitrárias, ilógicas e contaminadas de subjetivismo, mas também evitar uma avalanche de recursos ao Judiciário. Raciocínio semelhante é defendido na doutrina com relação à necessidade de fundamentação das decisões que fixam honorários sucumbenciais: vide GOMES, Magno Federici; SOARES, Bianca Boroni. “A Motivação nas Decisões que Fixam os Honorários Advocatícios de Sucumbência: Análise Sob a Ótica do Código de Processo Civil Atual e do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010”. In: SILVA, José Anchieta da (org.). *O Novo Processo Civil*. São Paulo: Lex, 2012, p. 541-578.

a “sociedade controladora”, tal expressão deve ser entendida de forma ampla, englobando qualquer “titular do poder de controle” (cf. *infra*, item 6.1), bem como o controlador indireto (cf. *infra*, item 6.2). Ademais, a ação do art. 246 busca reparar o dano causado pelo acionista pelo exercício abusivo do poder de controle, podendo também ser proposta em face de administradores que tenham com ele colaborado (cf. *infra*, item 6.3).

6.1. ACIONISTA CONTROLADOR: ABRANGÊNCIA DE PESSOA FÍSICA E PESSOA JURÍDICA NÃO SOCIETÁRIA

A legitimidade *ad causam* é espelho da própria legitimação de direito material⁵⁸. Os problemas surgem, contudo, quanto à legitimidade extraordinária que, apesar de não prescindir da relação material⁵⁹, é verificada a partir de autorização especial da lei (CPC/73, art. 6º; Novo CPC, art. 18, *caput*). Na ação de responsabilidade em face de acionista controlador, essa legitimidade não foi concedida em termos gerais, mas apenas para a propositura de ação em face da “sociedade controladora” (LSA, art. 246, *caput*). Na topografia da lei societária, o art. 246 situa-se no capítulo atinente às sociedades coligadas, controladoras e controladas, inserindo-se na disciplina dos grupos societários chamados “de fato” e “de direito” (LSA, art. 276, § 3º)⁶⁰. Diante disso, seria possível questionar se os acionistas teriam legitimidade extraordinária para propositura de ação de responsabilidade em face de controlador pessoa física ou que se revista de forma não societária, como a de fundação ou de associação.

A doutrina processualista tende a considerar que a substituição processual sempre pressuporia *expressa* previsão legal para que alguém pleiteasse direito de outrem, refutando qualquer forma de interpretação extensiva ou analógica⁶¹. Todavia, tal concepção tradicional é enfraquecida a partir do sutil aprimoramento de redação no Novo Código de Processo Civil, que esclarece o cabimento da substituição processual quando autorizada pelo

58 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo - Influência do Direito Material sobre o Processo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 117.

59 Idem.

60 Cf. BULGARELLI, Waldírio. *Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 140 (apontando que a lei silenciou a respeito da responsabilidade do acionista controlador que não revista a forma societária); ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as Ações Correlatas*, *op. cit.*, p. 407 (indicando que um dos desafios atuais do direito societário consistiria em transportar soluções aplicadas aos grupos societários para a disciplina das sociedades isoladas).

61 Cf. ARRUDA, Alvim. “Notas atuais sobre a figura da substituição processual”. In: *Revista do Advogado*, v. 65, a. 21, 2001, p. 58-63, p. 59.

ordenamento jurídico (Novo CPC, art. 18).⁶² Ademais, no âmbito societário, debruçando-se sobre o artigo 246 da Lei nº 6.404/76, há entendimentos favoráveis à admissibilidade de substituição processual em ação movida contra o controlador que não seja sociedade. Para Paulo Aragão, a lei exige quórum de 5% e caução para a propositura de ação em face da sociedade controladora, mas confere prêmio ao acionista em caso de procedência. Em seu ponto de vista, caso o controlador não se revestisse da forma societária, seria ainda possível a substituição, mas, por um lado, a ação não estaria sujeita aos requisitos de legitimidade (5% do capital ou caução) e, por outro, em caso de procedência, o minoritário não teria direito a prêmio, devendo contentar-se com a valorização mediata de suas ações por meio do pagamento indenizatório feito à companhia⁶³. A doutrina e a jurisprudência majoritárias, porém, consideram que há lacuna quanto ao regramento da forma de responsabilização do acionista que não é sociedade, mas que, não obstante, é destinatário de deveres previstos no art. 117. A Exposição de Motivos do Anteprojeto da Lei nº 6.404/76 parece corroborar esse entendimento ao enunciar que “o conceito de sociedade controladora corresponde ao de acionista controlador, do parágrafo único do artigo 116”⁶⁴. Em vista disso, defende-se a integral aplicação analógica do art. 246 à espécie, com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42)⁶⁵.

62 Enquanto o Código de Processo Civil de 1973, arraigado no contexto formalista em que foi concebido, previa em seu art. 6º a possibilidade de que alguém pleiteasse direito alheio apenas quando “autorizado por lei” – o que permitia sustentar a necessidade de uma lei especificamente prevendo a possibilidade de substituição processual em certo caso –, o Novo Código de Processo Civil alarga o campo de incidência do instituto, que deve ser agora “autorizado pelo ordenamento jurídico” – admitindo-se, portanto, substituições processuais que decorram das normas e princípios que integram o sistema jurídico.

63 ARAGÃO, Paulo César. “Aspectos Processuais da Legislação Societária”. In: *Revista dos Tribunais*, v. 641, a. 78, 1989, p. 61-71, p. 71.

64 MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Exposição de Motivos nº 196*, de 24 de junho de 1976.

65 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 332; BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*, *op. cit.*, p. 506; MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 3, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 270-271 (afirmando que a lei equipara a sociedade controladora ao acionista controlador pessoa física, fazendo o art. 246 remissão aos arts. 116 e 117 da LSA); VIO, Daniel de Avila. *Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*, *op. cit.*, p. 222-223. Na jurisprudência, cf. STJ, REsp nº 784-RJ, rel. Des. Barros Monteiro, j. 24.10.1989 (afirmando que a lei equipara a sociedade controladora ao acionista controlador); LOPES, José Reinaldo Lima. “O Acionista Controlador na Lei das Sociedades por Ações”. In: WALD, Arnoldo. *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 761-772 (considerando a perspectiva do art. 246 extensiva aos arts. 116 e 117, mesmo quando o controlador é pessoa natural); TJSP, Ap. Cív. nº 448.309-4/2-00, 4ª Câmara. Dir. Priv. rel. Des. Teixeira Leite, j. 01.03.2007 (julgando que o prêmio do art. 246, § 2º também se aplica à ação intentada em face de controlador pessoa física, já que o art. 246 não se limitaria exclusivamente à sociedade controladora); TJRJ, Ap. Cív. nº 2001.001.10.401,

A autorização legal para a substituição processual, efetivamente, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma possível intervenção sobre a esfera jurídica do substituído. Isso não significa, contudo, que a interpretação das hipóteses deva ser gramatical e sem consideração pela função da atribuição de legitimidade. No caso do artigo 246, o que se tem em vista é a atuação do minoritário em tutela da companhia contra o exercício abusivo do poder de controle, que foi previsto tendo por referência a sociedade controladora, mas que pode ser exercido de forma igualmente detrimental por entes não societários (LSA, art. 116 c/c art. 117). Nessa hipótese, a negação da legitimidade aos acionistas para ingressar com ação de responsabilidade representaria atribuição de tratamento diverso ao controlador que não fosse sociedade, não obstante a semelhança da situação jurídica de abuso do poder de controle. Trata-se de conclusão que colide com o princípio da igualdade (CF/88, art. 5º, *caput*) e que não merece ser acolhida.

Por outro lado, uma vez que se admita a aplicação analógica, deve ela ser integral, e não seletiva. Na ação proposta em face do controlador que não seja sociedade, os requisitos de legitimidade são aplicáveis (LSA, art. 246, § 1º) e, em caso de procedência, o acionista minoritário e seu advogado fazem jus, respectivamente, ao prêmio e aos honorários previstos em lei (LSA, art. 246, § 2º).

6.2. CONTROLADOR INDIRETO

Supondo a existência de um grupo hierarquizado, a leitura do *caput* do art. 246 da Lei nº 6.404/76 suscita dúvida quanto a quem poderia integrar o polo passivo. Imaginando-se a hipótese mais simples de estrutura piramidal, em que uma *Sociedade A* controla a *Sociedade B* que controla a *Sociedade C*, pode-se questionar quem deveria integrar o polo passivo: somente a *Sociedade A*, somente a *Sociedade B*, ou ambas.

O controlador indireto (no exemplo, a *Sociedade A*) pode integrar o polo passivo. O art. 243, § 2º claramente reconhece essa possibilidade ao definir como “controlada” a sociedade na qual “a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”. Se o controle é exercido por meio de outras

14ª Câm. Cív., rel. Des. Mauro Fonseca Pinto Nogueira, j. 28.08.2001 (reputando que a *mens legis* do artigo 246 legitima passivamente para a causa os controladores, sejam eles sociedades controladoras ou acionistas controladores).

controladas, portanto, reconhece-se que a sociedade controladora indireta (novamente, no exemplo, a *Sociedade A*) seria sociedade controladora.⁶⁶

Questão mais complexa diz respeito à possibilidade de a ação ser proposta também em face dos elos intermediários da estrutura societária (no exemplo, a *Sociedade B*). Para Fábio K. Comparato, nas situações de poder exercido em cadeia, controlador seria somente aquele que detém a prerrogativa de mando em última instância, sendo todas as demais sociedades do grupo igualmente controladas, seja direta, seja indiretamente.⁶⁷ Segundo Daniel Vio, por outro lado, tanto a controladora indireta quanto as sociedades que se interpõem entre a controladora e a controlada deveriam figurar no polo passivo, respondendo solidariamente, pois não seria correto permitir que uma sociedade atuasse “acriticamente como canal de passagem de instruções abusivas e lesivas dos interesses de suas próprias controladas, sem com isso incorrer em nenhuma responsabilidade”.⁶⁸

O conceito estreito de sociedade controladora proposto por Comparato nesse contexto não parece o mais adequado para a definição dos possíveis sujeitos passivos da ação de responsabilidade. Em uma estrutura grupal hierárquica, as sociedades intermediárias são controladas direta ou indiretamente, como aduz Comparato, mas, ao mesmo tempo, são controladoras das outras sociedades que a elas se subordinam. A assunção das duas posições cumulativamente não é contraditória. Não faria sentido, por exemplo, afirmar que somente a aquisição do controle societário da sociedade que está no topo da pirâmide geraria o dever de lançar a oferta pública de aquisição prevista no art. 254-A, e que a aquisição do controle de companhia situada em elo intermediário não geraria o mesmo dever. Em ambos os casos, haveria a aquisição do controle indireto da companhia controlada. Essa constatação evidencia que o fato de uma sociedade ser controlada por outra não exclui a possibilidade de que controle outras que se situam em posição hierárquica inferior no grupo de fato. São abarcados pelo conceito de sociedade controladora, portanto, tanto as sociedades direta quanto as sociedades indiretamente controladoras da companhia.

66 Nesse sentido, cf. TJRJ, AI nº 71.940-06/2012-0000, 16ª Câm. Cív., rel. Des. Lindolpho Moraes Marinho, j. 05.03.2013; VIO, Daniel de Avila. *Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*, op. cit., p. 233.

67 COMPARATO, Fábio Konder. “Abuso de Controle em Grupo Societário de Fato: Remédio Jurídico Cabível”. In: *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 292-316, p. 311.

68 VIO, Daniel de Avila. *Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*, op. cit., p. 233.

Isso não significa afirmar que a ação de responsabilidade do controlador deverá ser sempre proposta em face de todos os integrantes da cadeia de comando, como propõe Daniel Vio. A legitimidade passiva depende da imputação de responsabilidade formulada pelo acionista. É possível que ocorra abuso em deliberação assemblear da controlada que foi aprovada pelos administradores da controladora direta seguindo orientação da controladora indireta. Nessa hipótese, o ilícito teria como autor a controladora direta (no exemplo, a *Sociedade B*) e como coautor a controladora indireta (no exemplo, a *Sociedade A*), instituindo-se responsabilidade solidária entre elas (CC, art. 942, par. único). Diversa é a hipótese de ilícito cometido pela administração da companhia sob influência informal do controlador indireto, como no caso de a administração (no exemplo, da *Sociedade C*) celebrar contrato com a companhia controladora indireta (no exemplo, a *Sociedade A*) que prejudique a companhia controlada. Nessa hipótese, não há acusação formulada em face dos elos intermediários do organograma do grupo societário, razão pela qual somente o controlador indireto deve integrar o polo passivo da ação.

6.3. ADMINISTRADORES E FISCAIS CÚMPLICES

É possível que o ato ilícito imputado ao controlador tenha sido cometido em conjunto com outra pessoa, especialmente administrador ou fiscal da sociedade controlada. Se o controlador induzir ou tentar induzir o administrador ou fiscal a praticar o ato ilegal, ou, descumprindo deveres definidos na Lei das S.A. e no estatuto, promover contra o interesse da companhia sua ratificação pela assembleia geral, o controlador e os administradores ou fiscais envolvidos respondem solidariamente perante a companhia (LSA, art. 117, § 2º, c/c art. 117, § 1º, "e"). Para o acionista titular de menos de 5% do capital social, a questão que se impõe, contudo, é a de saber se poderá incluir no polo passivo também os administradores solidariamente responsáveis pela prática de ilícito em face da companhia.

A resposta não é evidente. São distintos os pressupostos e as consequências da propositura de ação de responsabilidade em face do administrador (aí incluídos diretores, conselheiros de administração e conselheiros fiscais) e do controlador. Entre as diferenças, pode-se destacar (i) a necessidade de deliberação prévia da assembleia para a responsabilidade do administrador, desnecessária para o controlador (cf. *supra* item 4); (ii) a possibilidade de propositura de ação em face do controlador por titular de menos de 5% do

capital social mediante depósito de caução, sem previsão análoga no art. 159; e (iii) o prêmio ao acionista e ao advogado na ação de responsabilidade do controlador, sem previsão na ação de responsabilidade do administrador. Assim, é necessário analisar a possibilidade de cumulação dos pedidos e, ademais, quais pressupostos deveriam ser atendidos pelos acionistas – somente os do art. 246, ou, conjuntamente, também os do art. 159.

A cumulação de pedidos de condenação de administradores e da sociedade controladora é plenamente aceitável no caso, pois as ações têm a mesma causa de pedir remota. Questão mais complexa diz respeito à necessidade de atender conjuntamente aos requisitos dos artigos 159 e 246. Seria possível argumentar que, não tendo o acionista titular de menos de 5% o poder de ingressar com ação de responsabilidade em face dos administradores mesmo prestando caução, tampouco poderia ingressar com ação de responsabilidade cumulando pedidos contra o administrador e o controlador.

No entanto, tendo em vista a previsão especial de solidariedade constante do art. 117, § 2º, ao qual o artigo 246, *caput*, refere-se expressa e textualmente, parece mais adequado compreender que a ação de responsabilidade prevista no art. 246 pode ser proposta contra acionista controlador e administrador conjuntamente, com aplicação exclusiva do regramento previsto no art. 246 e afastamento do regime mais restritivo do art. 159⁶⁹.

7. CAUSA DE PEDIR E PEDIDO

A descrição dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, bem como a formulação de pedido certo e determinado (CPC/73, art. 286; Novo CPC, arts. 322 e 324), são requisitos da petição inicial (CPC/73, art. 282, III e IV; Novo CPC, art. 319, III e IV) e sua não especificação conduz ao indeferimento por inépcia (CPC/73, arts. 284, § único, e 295, I; Novo CPC, arts. 321, § único e 330, I). Mais do que isso, *causa petendi* e pedido são os elementos objetivos que identificam a demanda, assegurando condições mínimas e necessárias para que o réu possa exercitar seu direito de defesa, ao mesmo

69 Nesse sentido, LIMA, Tiago Asfor Rocha. "A Legitimidade Ativa e Passiva nas Ações de Responsabilidade Civil contra o Administrador e o Controlador na Lei das S/A", *op. cit.*, p. 721; VIO, Daniel de Ávila. *Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*, *op. cit.*, p. 233. Seguindo a mesma orientação, cf. STJ, REsp. nº 16.410-SP, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 14.12.1992; STJ, REsp. nº 78.580-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 24.03.1998; TJRJ, Ap. Cív. nº 1.174/87, 4ª Câm. Cív., rel. Des. Antônio Assumpção, j. 24.05.1989.

tempo em que vinculam a atuação jurisdicional e definem seus limites. Para a sua individuação, cumpre atentar aos dados da relação substancial⁷⁰.

Nesse quadro, a determinação de quem experimentou diretamente o dano causado pelo controlador é de extrema importância. Na ação que tem por fundamento legal o art. 246, os acionistas não buscam indenização de dano a eles diretamente causado, mas apenas de forma reflexa, por serem detentores de participação no capital da sociedade controlada. Atuam como substitutos da controlada em juízo e pleiteiam em favor desta o pagamento de indenização pelo controlador. Assim, na ação social do art. 246, a petição inicial deverá especificar o dano direto causado à controlada, a conduta do controlador com infração aos arts. 116 e 117, bem como o nexo causal entre conduta e dano.

A formulação do pedido determinará o provimento jurisdicional pretendido. Pelo princípio da congruência, o julgador fica adstrito aos limites do pedido, tanto quanto ao provimento jurisdicional pretendido quanto ao bem da vida a lhe ser concedido por tal provimento, não podendo ser proferida decisão *citra, ultra* ou *extra petita* (CPC/73, arts. 128 e 460; Novo CPC, arts. 141 e 492). Diante da pretensão do acionista-autor em obter a reparação do dano causado à controlada por ato do controlador, a sentença que julgar procedente o pedido será condenatória, ordenando o pagamento de determinada quantia pecuniária.

Ainda que não estejam expressamente contidos na petição inicial os pedidos de pagamento do prêmio de 5% ao acionista-autor e dos honorários advocatícios de 20% do montante da indenização concedida, admite-se que a condenação proferida pelo juiz também os abarque sem violar o princípio da congruência. Trata-se de exceção à estrita interpretação do pedido, pois tais pedidos são *implícitos* em caso de procedência da ação por decorrerem diretamente da dicção do art. 246, § 2º. Para Tiago Asfor Rocha Lima, seria também admissível a condenação implícita do controlador ao pagamento de prêmio e honorários, mesmo que o dispositivo da decisão silenciase a respeito.⁷¹ Discorda-se, porém, desse posicionamento. Nesta hipótese, cabe à parte impetrar embargos de declaração (CPC/73, art. 535, II; Novo CPC, art.

70 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório”. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (orgs.). *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 13-52, p. 28-34.

71 LIMA, Tiago Asfor Rocha. “A Legitimidade Ativa e Passiva nas Ações de Responsabilidade Civil contra o Administrador e o Controlador na Lei das S/A”, *op. cit.*, p. 719.

1.022, II) para que seja suprida a omissão. Se a decisão transitar em julgado sem mencionar a condenação do controlador nas verbas acessórias, será cabível ação autônoma para a definição e cobrança dos honorários (Novo CPC, art. 85, § 18), regra que se considera analogicamente aplicável à definição e cobrança do prêmio.

8. A CAUÇÃO DO ART. 246, § 1º, “B”

A caução prevista no artigo 246, § 1º, “b” é excepcional no corpo da lei societária. Mais do que isso, ela se diferencia de outras hipóteses de caução previstas na lei processual e substantiva, pois, em geral, não há exigência de caução para início de processo de conhecimento. A caução societária foge a essa regra e há razões para considerar que o art. 246, § 1º, “b” não tenha sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, já que o depósito obrigatório como condição de acesso ao Judiciário previsto em dispositivos da lei tributária e previdenciária foi considerado inconstitucional, além do mais a caução do art. 246, – diferente das outras cauções às custas no direito brasileiro – tem pressupostos e finalidades que não se harmonizam com o sistema jurídico moderno. De toda forma, caso se a repete constitucional e tendo em vista a inexistência de decisão do Supremo Tribunal Federal (“STF”) declarando-a incompatível com a Constituição Federal, deve-se analisar qual o montante da caução, se poderá ser dispensada nas hipóteses em que o autor for beneficiário da Lei de Assistência Judiciária (Lei nº 1.060/50) e quais as espécies de caução admitidas.

8.1. INCONSTITUCIONALIDADE DA CAUÇÃO PREVISTA NO ART. 246, § 1º, “B”

A Constituição Federal de 1988, assim como grande parte das Constituições estrangeiras,⁷² garante expressamente o direito de ação. Ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o art. 5º, XXXV da Constituição garante mais do que simples direito de ingresso ou direito à obtenção de provimento jurisdicional.⁷³ O direito de acesso à justiça repele a interposição de óbices ilegítimos ao exercício de pretensões jurídicas.

72 MARINONI, Luiz Guilherme. “Direito Fundamental de Ação”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 357-368, p. 358.

73 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “O Direito Constitucional à Jurisdição”. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 31-51, p. 34.

É das mais difíceis a distinção entre regras que delimitam o exercício da atividade jurisdicional com intuito de aprimorar a qualidade da tutela a ser concedida e que configuram possíveis óbices, mas legítimos, à atuação em juízo, daqueles outros óbices que restringem indevidamente a promessa da tutela jurisdicional, configurando, portanto, óbices ilegítimos.⁷⁴ Essa diferenciação é complexa, pois, entre os óbices jurídicos ilegítimos, podem incluir-se empecilhos impostos pela própria legislação infraconstitucional, escondidos sob o manto da técnica processual⁷⁵. A caução societária constitui um óbice ilegítimo ao exercício do direito de ação.

Normalmente, para que a tutela jurisdicional seja útil em face da pretensão formulada pelo autor e para que o processo atinja seu escopo, dentre os requisitos necessários para admissibilidade de julgamento de mérito, o legislador infraconstitucional subordina a ação à necessidade de verificação dos pressupostos processuais⁷⁶ e das condições da ação⁷⁷.

A doutrina e a jurisprudência discutem a respeito da caracterização da natureza da prestação de caução. Ora é caracterizada como pressuposto processual⁷⁸, ora como condição especial da ação⁷⁹, ora como fiança processual⁸⁰, ou mesmo como uma condição de procedibilidade da ação⁸¹, mas o fato é que a sua não prestação implica um mesmo resultado, qual seja, a extinção do processo sem resolução do mérito (CPC/73, art. 267, IV e VI; Novo CPC, 485, IV e VI)⁸².

74 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, v. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 403.

75 Ibidem, p. 411. No mesmo sentido, cf.: GRINOVER, Ada Pellegrini. "Do depósito nas rescisórias trabalhista". In: _____ (org.). *O Processo em sua Unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 143-156, p. 150-151; MARINONI, Luiz Guilherme. "Direito Fundamental de Ação", *op. cit.*, p. 361-362.

76 Conforme sistematização de Bülow, os pressupostos processuais ganham importância por delimitarem a própria relação jurídica processual, distinta da relação material objeto da controvérsia, sobre a qual deverá também o Estado-juiz se manifestar. Cf. BÜLOW, Oskar von. *Excepciones procesales y presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 4-9.

77 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 203-211 (ressaltando as condições da ação como condições essenciais para o exercício da jurisdição com relação à situação substancial deduzida em juízo).

78 STJ, REsp. nº 910.039-RS, 3ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 22.02.2011; TJSP, AI nº 203.439-4/8-00, 5ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Boris Kauffmann, j. 02.08.2001; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, v. 4. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 259.

79 Cf. TJRJ, AgRg. na Ap. Civ. nº 0105707-08.2007.8.19.0001, 17ª Câmara. Civ., rel. Des. Elton M. C. Leme, j. 18.04.2012 (afirmando que a exigência de caução constituiria condição específica para o exercício do direito de ação contra o controlador).

80 STJ, REsp. nº 999.799-DF, 4ª T., rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 25.09.2012.

81 MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 168.

82 STJ, REsp. nº 1.479.051-RJ, 3ª T., rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 26.05.2015 (constatando que, não obstante a divergência quanto à natureza da caução, a sua consequência de sua não prestação é uma só).

Tradicionalmente, a imposição do depósito de caução como ônus processual traz consigo uma tensão entre o direito de acesso à justiça e a segurança do demandado. Não é de se estranhar que haja diversas manifestações discutindo a constitucionalidade de sua exigência nesses casos. A análise de tal jurisprudência ganha relevância à medida em que permite extrair parâmetros para averiguar a compatibilidade do art. 246 com a Constituição. Antes de se proceder a tal análise, contudo, convém precisar qual a natureza jurídica da caução contida no art. 246, tendo em vista que a lei identifica por caução institutos heterogêneos e com pressupostos distintos.

As modalidades de caução podem ser classificadas conforme sua função e sua derivação.⁸³ *Grosso modo*, distinguem-se cauções que decorrem do poder de cautela do magistrado e cuja determinação depende do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, das cauções não-cautelares, decorrentes da lei.⁸⁴ A caução do art. 246 inclui-se entre as cauções não-cautelares, constituindo ônus do caucionante,⁸⁵ já que a sua não prestação conduz à extinção do processo sem resolução de mérito (CPC/73, art. 267, IV; Novo CPC, art. 485, IV).

No âmbito de procedimentos em que se exija caução para que seja conferida tutela de urgência ou cautelar entre privados, *a priori*, não se vislumbra nenhuma inconstitucionalidade. Nesses casos, o Estado-Juiz será chamado a intervir na esfera jurídica do réu sem que este tenha tido a possibilidade de exercer ampla defesa no âmbito de processo de conhecimento e sem que haja sentença transitada em julgado. É natural, portanto, que o legislador permita a concessão da tutela provisória, mas exija a caução para o caso de a ação vir a ser julgada improcedente. Por outro lado, a exigência de caução para que seja suspenso ato que motive a impetração de mandado de segurança (Lei

83 Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, t. 2: arts. 813 a 889. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 103-116.

84 Embora haja certa divergência na classificação das cauções, há consenso que "cauções legais" são não-cautelares e se caracterizam por ser de "direito completo" e fundarem-se exclusivamente no fato de terem sido impostas pela lei. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 12. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 185; MARINS, Victor Alberto Azi. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 12 - Do Processo Cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 229; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1998, p. 250; SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 334; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 226; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 103-116.

85 Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 112.

12.016/2009, art. 7º, III) é objeto de controvérsia ainda indefinida⁸⁶. O que se quer analisar, nesse estudo, são outras hipóteses em o início de um processo de conhecimento, no qual o réu tem ampla possibilidade de defesa, fica condicionado à prestação de caução.

A caução pelas despesas processuais (*cautio pro expensis*), como é o caso da caução prevista no art. 246, mantém um caráter excepcional entre nós⁸⁷. A regra geral de atribuição de custas é a imposição ao vencido da obrigação de arcar com a sucumbência ao final do processo (CPC/73, art. 20; Novo CPC, art. 82, § 2º, e art. 85, *caput*), além de suas próprias custas⁸⁸. Mas aquele que busca uma sentença condenatória não precisa, como regra, prestar caução à contraparte. As únicas exceções são as hipóteses de autor residente ou domiciliado no exterior (CPC/73, art. 835; Novo CPC, art. 83 e Lei 11.101/05, art. 96, § 2º) e de minoritário atuando em substituição processual na ação de responsabilidade do controlador (LSA, art. 246, § 1º, “b”).

No caso de autor residente ou domiciliado no exterior, o fundamento para a caução às custas e aos honorários é facilitar a cobrança de tais valores por parte do réu indevidamente chamado a juízo.⁸⁹ Presume-se que a cobrança de um devedor no exterior é mais difícil, razão pela qual a lei acautela o réu demandado, obrigando o autor fora do Brasil a garantir o juízo⁹⁰. Esse fundamento não está presente na hipótese do art. 246, § 1º, “b”. Trata-se, com efeito, da única hipótese de que se tem notícia no direito brasileiro na qual alguém vai a juízo buscando uma sentença condenatória ao final de um processo de conhecimento e, para tanto, é obrigado a prestar caução, sem que tenha praticado ato que tolhesse sua presunção de boa-fé⁹¹.

Seria possível argumentar que o autor com menos de 5% de participação social potencialmente teria menos recursos para fazer frente a uma condenação

86 STF, ADI nº 4296-DF, relatada pelo Min. Marco Aurélio.

87 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 204.

88 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, op. cit., p. 665-667.

89 MARINS, Victor Alberto Azi. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit. p. 241.

90 MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 217 (analisando a caução às custas prevista no CPC/39: “Quem se abalançaria, em verdade, a promover a onerosa expedição de carta rogatória e a processá-la no estrangeiro para cobrar um ou dois contos de custas?”).

91 Não estão sendo consideradas, portanto, outras hipóteses de caução sancionadoras, como aquela prevista no art. 92 do Novo CPC, em que se exige depósito de caução para início do processo quando o autor tiver dado causa à perempção. Isso porque, nessa hipótese, claramente busca-se reprimir o comportamento do autor que não deu andamento à causa por mais de um ano. O depósito das despesas e honorários a que o autor foi condenado serve, portanto, como obstáculo a que o autor inicie processos para os quais não tenha intenção de dar andamento.

ao pagamento de verbas sucumbenciais, o que justificaria a exigência da caução. Ainda assim, no Direito brasileiro, a regra é a de que qualquer um – mesmo alguém com patrimônio negativo – possa iniciar um processo de conhecimento sem demonstrar que tem recursos para pagar eventuais verbas sucumbenciais, muito menos caucionar o juízo. Pode-se, ademais, argumentar que o objetivo seria evitar demandas fúteis por acionistas sem comprometimento com a sociedade. Mas a realidade é que todas as pessoas estão sujeitas a serem demandadas fútilmente pelos mais variados motivos. Qualquer um, inclusive aquele que não é titular do poder de controle sobre uma sociedade anônima, pode se tornar réu contra sua vontade, em uma ação movida sem fundamento, por um autor que não tenha condições de arcar com eventuais verbas sucumbenciais. O legislador processual não obsta que isso aconteça; o legislador societário, para a hipótese de ação movida contra a sociedade controladora, obsta. Percebe-se, dessa forma, que o art. 246, § 1º, “b” insere-se de forma desarmônica no tecido processual, concedendo um tratamento desigual e favorecido ao controlador sem que se vislumbre um motivo suficiente para tanto. Passa-se, com isso, ao exame de outras hipóteses de caução cuja compatibilidade com a Constituição foi rejeitada pela doutrina ou jurisprudência.

A primeira dessas hipóteses é a mencionada exigência de caução pelo autor situado no exterior (Novo CPC, art. 83; CPC/1973, art. 835). Doutrinariamente, questionou-se se o art. 835 do CPC/73 seria compatível com a Constituição Federal de 1988. A imposição do dever de prestar caução ao residente no estrangeiro inspirou-se em regramento similar constante do art. 98 do *Codice di Procedura Civile* de 1940. Referido artigo, contudo, foi o primeiro dispositivo do código processual italiano a ser declarado incompatível com a Constituição Italiana de 1948⁹². Em linha com o entendimento peninsular, Ada Grinover, Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci consideraram que a exigência da caução pelas custas (*cautio pro expensis*) constante do art. 835 do CPC/73 seria inconstitucional⁹³. Uma segunda

92 Cf. *Corte cost.* 29 novembre 1960, nº 67, in *Giur. cost.*, 1960, p. 209 ss. Sobre o assunto, cf. CIPRIANI, Franco. “La cauzione per le spese tra codice fascista e costituzione repubblicana”. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 29, 2000, p. 435-459; GRINOVER, Ada Pellegrini. “Do depósito nas rescisória trabalhista”, op. cit., p. 151 (alinhando-se à decisão da Corte italiana e reputando que não cabe ao legislador aniquilar o direito de ação ou restringi-lo desarrazoadamente, sob pena de se infringir o texto constitucional).

93 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 63-65; TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo: Regramentos e Garantias Constitucionais do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 54. Embora não tenham indagado a respeito de sua constitucionalidade, também viram

corrente da doutrina entendeu que o art. 835 não restringiria a pretensão à tutela jurídica, não ofendendo o princípio constitucional⁹⁴. Uma terceira corrente, por fim, descartou uma resposta *a priori* para o problema, avaliando necessário determinar se a exigência da prestação da caução inviabilizaria, no caso concreto, o acesso à Justiça⁹⁵. Não há, contudo, posição jurisprudencial firmada a respeito da constitucionalidade do art. 835 do CPC/73.

Outro dispositivo legal em que se exige depósito como ônus da parte é o art. 1.021, § 5º do Novo CPC (CPC/73, art. 557, § 2º). Na hipótese de agravo manifestamente inadmissível ou infundado, o agravante deverá ser condenado a pagar ao agravado multa entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa. A interposição de qualquer recurso, nessa hipótese, fica condicionada ao depósito da multa. O depósito, assim, é erigido à condição de admissibilidade do recurso, classificando-se na mesma categoria que a caução *pro expensis*, i.e., ônus da parte para evitar prejuízo processual. Instado a se manifestar a respeito de eventual violação ao acesso à justiça, o STF considerou o dispositivo compatível com a Constituição Federal de 1988, porque, por meio dele, seria conferida efetividade ao postulado da lealdade processual, além de ser sancionada a atuação daquele que promove atos atentatórios à dignidade da Justiça⁹⁶.

Tiveram sorte diversa, porém, dispositivos que previam a obrigatoriedade de depósito no âmbito tributário e previdenciário. No âmbito tributário, o art. 38 da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80) estabelece que a ação anulatória do ato declarativo da dívida só será admissível em juízo caso seja previamente depositado o valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido de juros, multa e demais encargos. Ainda sob a égide da Constituição de 1969, tal dispositivo foi analisado pelo STF⁹⁷, que considerou que a obrigatoriedade de

na caução às custas uma limitação ao acesso à justiça e propuseram sua extinção: BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. 1. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1916, p. 152 ("o instituto não deixa de ser um estorvo à consecução da justiça, e destoa do espírito liberal da nossa legislação"); OCTAVIO, Rodrigo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, Introdução (arts. 8 a 21), v. 1, t. 2. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1932, p. 394-395; ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., 1926, p. 25-26.

94 Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 210; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 173.

95 Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 233; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 133.

96 STF, EDecl. nos EDIV. nos EDecl. no AR no AI nº 567.171-4-SE, Plenário, rel. Min. Celso de Mello, j. 03.12.2008.

97 STF, RE nº 103.400-9-SP, 1ª T., rel. Min. Rafael Mayer, j. 10.12.1984; STF, RE nº 105.552-9-SP, 2ª T., rel. Min. Djaci Falcão, j. 02.08.1985.

depósito prévio para propositura da ação seria inconstitucional por violação ao art. 153, § 4º da Constituição então vigente, decidindo-se pela facultatividade do depósito⁹⁸. O mesmo entendimento foi esposado pelo então Tribunal Federal de Recursos, que editou a Súmula 247 no sentido de que "[n]ão constitui pressuposto da ação anulatória do débito fiscal o depósito de que cuida o art. 38 da Lei 6830, de 1980".

No campo previdenciário, o art. 19, *caput*, da Lei nº 8.870/94, determinou que as ações judiciais que tivessem por objeto a discussão de débito para com o INSS seriam, obrigatoriamente, precedidas de depósito preparatório do valor equivalente, monetariamente corrigido até a data de efetivação, acrescido dos juros, multa de mora e demais encargos. A justificativa para essa regra seria assegurar a execução e evitar o uso abusivo de ações judiciais por parte dos contribuintes para protelar a cobrança⁹⁹.

A questão foi levada à análise do STF na ADI nº 1.074-3 interposta pela Confederação Nacional da Indústria, que sustentou que a exigência do depósito prévio cercearia o acesso ao Judiciário. Em 1994, o STF decidiu de forma unânime, em sede liminar, pela suspensão dos efeitos do *caput* do art. 19. Nessa oportunidade, o Min. Relator Francisco Rezek manifestou-se no sentido de que seria especialmente grave a circunstância de que o dispositivo em questão seria singularizado pela "restrição vestibular e ponderável do acesso ao Poder Judiciário", pois a obrigatoriedade de depósito limitaria "o próprio acesso à primeira instância"¹⁰⁰. Em 2007, a questão foi definitivamente resolvida pelo STF, que declarou inconstitucional tal preceito por violar o art. 5º, XXXV da Constituição. Na sequência, foi aprovada a Súmula Vinculante 28 com o seguinte enunciado: "É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário".

Há uma relevante diferença entre o art. 1.021, § 5º, do Novo CPC e os artigos julgados inconstitucionais da Lei de Execução Fiscal e da Lei nº

98 O art. 153, § 4º da Constituição de 1969, à semelhança do atual art. 5º, XXXV da Constituição de 1988, dispunha: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual."

99 Para justificar a importância da exigência do depósito imposto pelo art. 19 da Lei nº 8.870/94, o Senado Federal indicou que ele deveria coibir uma prática abusiva comum entre grandes e médios contribuintes "de fazer uso de ações judiciais para protelar, com o objetivo de financiar seus negócios, a cobrança de tributos devidos ao INSS". Cf. STF, ADI nº 1.074-3-DF, Plenário, rel. Min. Eros Roberto Grau, j. 28.03.2007.

100 STF, MC na ADI nº 1.074-3-DF, Plenário, rel. Min. Francisco Rezek, j. 30.06.1994.

8.870/94 acima indicados. O primeiro deles admite o curso regular do processo de conhecimento e presume a boa-fé da parte, como é regra no processo civil¹⁰¹; somente após verificação de ato atentatório à lealdade processual é que se determina o depósito de multa como condição de admissibilidade do recurso, com o intuito de inibir a perpetuação da litigância de má-fé, que prejudica o atingimento dos escopos da tutela jurisdicional. Nos dispositivos da legislação tributária e previdenciária, porém, condicionava-se o acesso à Justiça ao depósito, sendo, portanto, considerados inconstitucionais.

A análise dos precedentes constitucionais mencionados permite afirmar que o direito de provocar o início de um processo de conhecimento no qual o réu terá plena possibilidade de defesa insere-se no cerne do direito de acesso à Justiça. Sujeitar o exercício do direito de ação ao prévio depósito de caução configura limitação incompatível com a Constituição Federal. O exercício legítimo do direito de ação é garantido por meio da imposição de condenação ao pagamento de verbas sucumbenciais em caso de improcedência, ou mesmo por meio da condenação por litigância de má-fé (Novo CPC, art. 80, III; CPC/1973, art. 17, III), em caso de demanda proposta com o intuito de alcançar objetivo ilegal, mas não preliminarmente por meio da exigência de depósito prévio.

Percebe-se, dessa forma, que não há motivo para que se limite o início de ação em face do controlador em descompasso com o que ocorre em todas as demais ações de conhecimento. Pelas razões expostas, considera-se que a exigência de caução do art. 246, § 1º, “b”, da LSA não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Entretanto, tendo em vista a inexistência de manifestação judicial a respeito, continua-se a análise do dispositivo no pressuposto de que se o entenda constitucional.

8.2. MONTANTE DA CAUÇÃO

A caução deve ser depositada para cobrir despesas processuais e honorários advocatícios caso a ação venha a ser julgada improcedente. Assim, a determinação do montante a ser caucionado impõe que se antecipe a perspectiva jurídica do autor na hipótese de ser declarado sucumbente. Mais tecnicamente, a caução abrangerá despesas processuais (taxas e custas judiciárias, emolumentos, custo de certos atos e remuneração de auxiliares eventuais, como peritos, avaliadores etc.) e honorá-

¹⁰¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 256 (defendendo que a boa-fé dos litigantes sempre deve ser presumida).

rios advocatícios¹⁰². A caução, dessa forma, não pode ser estendida para abranger qualquer outro elemento que não custas processuais e honorários advocatícios¹⁰³.

Em referência à determinação da caução, Modesto Carvalhosa sustentou que seu montante deveria ser razoável e, preferencialmente, fixado na proporção das ações possuídas pelo acionista-autor.¹⁰⁴ Depreende-se de tal leitura a intenção de se reduzir o montante a ser prestado como forma de compatibilizar a exigência de caução com o direito constitucional de acesso à Justiça. Discorda-se, contudo, da interpretação conferida pelo autor ao dispositivo. Já se afirmou a posição de que a exigência de caução seria incompatível com a Constituição Federal (cf. *supra* item 8.1). Mas se a exigência for considerada constitucional, posição assumida pelo doutrinador, então será preciso que se a fixe de forma consentânea com a sua função de garantia do réu. Seguindo a proposta de fixação de caução proporcional ao valor das ações, seria necessário multiplicar o valor da potencial condenação do autor pela sua participação no capital social. No limite, um acionista titular de uma única ação poderia ingressar com ação prestando caução de valor irrisório. Tal resultado não poderia ser aceito, pois, nesse caso, o réu não seria acautelado minimamente e a caução não faria sentido¹⁰⁵.

O valor a ser caucionado corresponde àquele que seria devido pelo autor em caso de improcedência (LSA, art. 246, § 1º). Em caso de improcedência, as verbas honorárias devem ser fixadas de acordo com apreciação discricionária do juiz em vista do grau de zelo do advogado do réu, do lugar de prestação do serviço, da natureza e da importância da causa, do trabalho realizado pelo advogado e do tempo exigido para o seu serviço (CPC/73, art. 20, § 4º; Novo CPC, art. 85, § 8º). Esse valor deve ser depositado pelo autor.

Pode-se questionar, porém, se haveria um montante máximo a ser depositado como caução. O Tribunal de Justiça de São Paulo manifestou o enten-

¹⁰² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, *op. cit.*, p. 650-655.

¹⁰³ STJ, REsp. nº 443.445-SP, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 15.10.2002 (decisão tomada tendo por base o art. 835 do CPC/73, mas que pode ser aplicada ao art. 246, § 1º, “b” da Lei nº 6.404/76 pela similaridade entre os dispositivos); e TJRJ, AI nº 71.940-06/2012-0000, 16ª Câm. Cív., rel. Des. Lindolpho Moraes Marinho, j. 05.03.2013 (decisão tendo por base o próprio art. 246, § 1º, “b”, ressaltando que a caução deve abranger apenas a garantia de custas e honorários e não eventuais prejuízos de terceiros acionistas).

¹⁰⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 3, *op. cit.*, p. 476.
¹⁰⁵ TJRJ, AI nº 9.032/85, 5ª Câm. Cív., rel. Des. Narcizo Pinto, j. 26.02.1985 (“em se tratando de caução para garantia de eventual pagamento de custas e honorários, o arbitramento deve ser feito em quantia que possa satisfazer àquele ônus, sob pena de frustrar-se a garantia”).

dimento de que não haveria um teto quantitativo para seu valor¹⁰⁶. Tal visão, contudo, parece equivocada tendo em vista uma leitura sistemática do art. 246.

Como já se apontou, a instituição da caução *pro expensis*, além de buscar resguardar o princípio da causalidade, presta-se a, em tese, garantir a existência e a suficiência de bens do autor para serem executados em caso de improcedência da demanda. Para acionistas titulares de, no mínimo, 5% do capital social, a lei societária dispensou a caução. Partiu, portanto, do pressuposto de que esses acionistas ofereceriam segurança suficiente ao juízo, pois em caso de improcedência poderiam ter executadas suas ações na companhia controlada. Se essa assunção legislativa é correta, pode-se admitir com coerência que o valor da caução não deve ultrapassar o valor de ações correspondentes a 5% do capital social da companhia¹⁰⁷. Se a companhia conta com ações listadas em bolsa de valores, o cálculo do valor de 5% do capital social pode ser realizado por meio do curso acionário. No caso de companhia sem ações negociadas na bolsa, esse cálculo pode ser realizado dividindo-se o patrimônio societário apresentado no último balanço pela quantidade de ações emitidas, multiplicando-se referido valor pelo percentual de 5%.

Na hipótese de haver sentença de improcedência em primeiro grau condenando o réu ao pagamento de honorários de advogado em valor superior ao caucionado, discute-se a necessidade de imediato reforço da caução para que o autor recorra da decisão. Essa questão se colocou em precedente no qual havia sido depositada caução no valor de R\$ 300 mil e, em primeira instância, houve condenação do autor ao pagamento de honorários de advogados do réu no montante de R\$ 6 milhões. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nessa circunstância, considerou que a exigência de prévio depósito de complemento à caução para que alcançasse o montante de R\$ 6 milhões limitaria o direito de recorrer do autor¹⁰⁸. A solução é correta e compatível com o princípio de que a apelação devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, aí incluído o próprio valor da fixação dos honorários (CPC/73, art. 515; Novo CPC, art. 1.013).

106 TJSP, AI nº 203.439-4/8-00, 5ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Boris Kauffmann, j. 02.08.2001.

107 Cf. MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 273-274 (sustentando que a caução deverá sempre corresponder a menos de 5% do capital social). No mesmo sentido, cf.: TJMG, AI nº 485.073-5, 10ª Câmara. Cív., rel. Des. Pereira da Silva, j. 31.05.2005; TJMG, AI, nº 491.982-6, 10ª Câmara. Cív., rel. Des. Pereira da Silva, j. 23.08.2005; TJMG, AI nº 2.0000.00.488709-2/000, 10ª Câmara. Cív., rel. Des. Pereira da Silva, j. 18.10.2005.

108 TJRJ, AgRg. na Ap. Cív. nº 0105707-08.2007.8.19.0001, 17ª Câmara. Cív., rel. Des. Elton M. C. Leme, j. 18.04.2012.

8.3. DISPENSA DE CAUÇÃO EM RAZÃO DA LEI DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

O art. 5º, LXXIV, da CF/88 garante ao cidadão direito à assistência jurídica integral e gratuita, desde que comprovada a insuficiência de recursos. A Lei nº 1.060/50, que trata da assistência judiciária gratuita, permite a isenção da caução (LAJ, art. 3º, VII e Novo CPC, art. 98, § 1º, VIII) para os necessitados, assim considerados aqueles cuja situação econômica não lhes permita pagar as custas do processo e os honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (LAJ, art. 2º, § único).

Quanto ao art. 835 do CPC/73 – correspondente ao art. 83 do Novo CPC, razão pela qual as conclusões aplicáveis ao primeiro podem ser estendidas ao segundo –, a doutrina e a jurisprudência aplicam o dispositivo harmonicamente, dispensando autores necessitados que se enquadrem no suporte fático de tal norma de prestar caução¹⁰⁹. Quanto ao art. 246, § 1º, “b” da LSA, apesar de a questão não ter sido suscitada até o momento, ambas as situações estão em pé de igualdade; não há na Lei nº 1.060/50 autorização para tratamento desigual e, portanto, é aplicável a dispensa da caução societária para beneficiários da justiça gratuita.

Além de pessoas físicas, a Lei nº 1.060/50 aplica-se a pessoas jurídicas, conforme entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula STJ 481¹¹⁰, e positivado no artigo 98, *caput*, do Novo CPC. Para isso, além de afirmar sua condição econômica precária, como o faz a pessoa física, o acionista pessoa jurídica deve comprovar o fato de se encontrar em situação que inviabilize a assunção dos ônus decorrentes da ação¹¹¹, sendo que os benefícios da Lei nº 1.060/50 podem ser deferidos inclusive em razão de “forte crise administrativa e financeira”¹¹².

109 Na doutrina, cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 210; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 133; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 233. Na jurisprudência, cf. TJSP, EDecl. nº 9069178-05.2008.8.26.0000/50001, 6ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Francisco Loureiro, j. 01.03.2012; TJSP, AI nº 2027065-82.2013.8.26.0000, 20ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Correia Lima, j. 04.11.2013; TJSP, AI nº 0137939-71.2013.8.26.0000, 8ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Silvério da Silva, j. 19.02.2014.

110 Súmula STJ 481: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.

111 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segue essa orientação. Cf.: STF, AgRg nos EDecl. na Recl. nº 1.905-5-SP, Plenário, rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.08.2002; STF, EDecl. no AI nº 716.294-7-MG, 2ª T., rel. Min. Cezar Peluso, j. 31.03.2009; STF, AgRg no AI nº 673.934-2-SP, 2ª T., rel. Min. Ellen Gracie, j. 23.06.2009.

112 TJSP, Ap. nº 0034541-08.2012.8.26.0562, 12ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. 23.01.2015.

Ressalte-se que o recurso à Lei nº 1.060/50 não desfigura o princípio da causalidade na atribuição da sucumbência. Conquanto não se possa exigir do beneficiário da assistência judiciária gratuita qualquer adiantamento, caso venha a ser vencido, será obrigado ao pagamento de todas as despesas processuais e honorários de advogado da parte vencedora (LAJ, art. 12, e Novo CPC, art. 98, § 2º).

8.4. ESPÉCIES DE CAUÇÃO

Não obstante a revogação do art. 826 do CPC/73, sem similar no Novo CPC, a caução poderá ser da espécie fidejussória ou real. A garantia fidejussória tem caráter pessoal; exemplos tradicionais são a fiança e o aval (este último de natureza cambiária, razão pela qual resta inaplicável no caso). A caução real abrange a hipoteca, o penhor, a alienação fiduciária e a anticrese.¹¹³ Diante do silêncio da Lei nº 6.404/76, a escolha da caução a ser prestada nos termos do art. 246, § 1º, "b" pertence ao acionista-caucionante. Sob a vigência do art. 827 do CPC/73 já se entendia que o rol de espécies ali previstas era exemplificativo¹¹⁴. De toda forma, a caução prestada deverá ser sempre suficiente e idônea.

A Lei nº 6.404/76 permite, ademais, a instituição de uma série de gravames sobre as ações, que deverão ser averbados no Livro de Registro de Ações Nominativas ou no registro da instituição financeira escrituradora, conforme o caso. Assim, é admissível que os minoritários titulares de menos de 5% do capital social prestem caução para fins do art. 246, § 1º, "b", com suas próprias ações na companhia controlada.

Caso a ação seja julgada improcedente, a caução deverá ser vertida para o pagamento de custas e honorários advocatícios. Garantia idônea não é somente aquela com valor suficiente para cobrir eventual condenação do autor, mas aquela que possa ser convertida em recursos pecuniários. Por essa razão, ações podem ser recusadas como garantia idônea caso não sejam líquidas¹¹⁵.

113 Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 116 (ressaltando que depósitos feitos em dinheiro ou em outros bens também são considerados como cauções reais).

114 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 119. No mesmo sentido, cf. STJ, REsp. nº 858.489-RS, 4ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.06.2010 (afirmando que o autor residente no exterior e com ônus a prestar caução nos termos do art. 835 do CPC/73 poderia optar por oferecer cotas de fundo de investimento imobiliário como garantia).

115 TJSP, AI nº 1.138.334-5, 2ª Câmara do 1º TAC, rel. Des. Cerqueira Leite, j. 16.10.2002 (recusando a prestação de caução consistente em quotas de sociedade limitada em razão da ausência de liqui-

No caso específico do art. 246, § 1º, "b", contudo, é possível argumentar que a falta de liquidez não seria impeditivo à garantia do juízo por meio de ações da companhia. Como se viu, o acionista titular de mais de 5% do capital social pode propor ação de responsabilidade sem prestar caução, qualquer que seja o grau de liquidez de suas ações (cf. *supra*, item 5.1). Ademais, as ações que o autor detém podem não contar com liquidez justamente por a companhia em questão contar com um controlador a quem são imputados atos de abuso do poder de controle. Essa mesma participação societária, por outro lado, pode ter um valor econômico diferenciado justamente para o réu, que é o próprio controlador da companhia e que, na hipótese de sucumbência do autor, poderá requerer a penhora das ações e sua adjudicação (CPC/73, art. 685-A; Novo CPC, art. 876). Dessa forma, ainda que a caução vise também a garantir os honorários de advogado do réu em caso de sucumbência, deve-se, em regra, admitir que as próprias ações na companhia sejam dadas em garantia (ainda que parcial) do juízo, mesmo na hipótese de não contarem com liquidez em geral.

8.5. TEMPO DA PRESTAÇÃO DA CAUÇÃO

O art. 246, § 1º, "b", impõe ao acionista detentor de menos de 5% do capital a obrigação de prestar caução, mas não fixa o momento em que o autor deve se desincumbir desse ônus e quais as consequências de eventual omissão. Há dois entendimentos na jurisprudência acerca do assunto.

Há quem considere que a caução representaria condição específica da ação¹¹⁶ ou pressuposto da constituição válida e regular do processo.¹¹⁷ Defende-se, com isso, que a caução deveria ser prestada desde logo, antes mesmo do despacho inicial de conteúdo positivo. Quer como condição específica, quer como pressuposto processual, a não prestação da caução no início implicaria na extinção do processo sem resolução de mérito. Por outro lado, há quem

dez imediata); TJSP, AI nº 7.214.223-3, 12ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Cerqueira Leite, j. 20.02.2008 (recusando a caução real oferecida por não ter liquidez imediata ou a curto prazo); TJSP, AI nº 2014138-50.2014.8.26.0000, 24ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Plínio Novaes de Andrade Júnior, j. 13.03.2014 (ressaltando a importância da liquidez na caução); TJSP, AI nº 1.324.936-4, 12ª Câmara do 1º TAC, rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 28.09.2004 (julgando descabida a pretensão de caucionar bens de difícil alienação).

116 TJRJ, AI nº 2007.002.17361, 17ª Câmara. Civ., rel. Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira, j. 08.08.2007; TJRJ, AgRg. na Ap. Civ. nº 0105707-08.2007.8.19.0001, 17ª Câmara. Civ., rel. Des. Elton M. C. Leme, j. 18.04.2012.

117 TJSP, AI nº 203.439-4/8-00, 5ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Boris Kauffmann, j. 02.08.2001 (ordenando a sustação do andamento da ação movida com base no art. 246 da LSA até que fosse definido o montante da caução e que fosse efetivamente prestada).

sustente que, mesmo se consubstanciando como pressuposto processual, a caução não seria um requisito da inicial, podendo ser efetivada posteriormente sem contaminar com nulidade o processo¹¹⁸.

A técnica processual serve à finalidade da pacificação de conflitos sociais por meio da aplicação do direito material. Não se pode, dessa forma, prestigiar um formalismo processual exacerbado¹¹⁹. O entendimento de que a caução representaria condição específica da ação ou pressuposto de sua constituição válida levaria à extinção do processo sem julgamento do mérito caso esta não fosse depositada. A consequência seria a de que o autor teria de ingressar com nova demanda, sem que o réu tenha sido caucionado, nem antes, nem depois da decisão terminativa. É de se preferir o entendimento de que a prestação da caução constitui pressuposto processual, cujo atendimento pode se efetivar em momento posterior à petição inicial, inclusive em razão das possíveis discussões acerca do montante a caucionar. Ademais, em linha com a jurisprudência do STJ acerca da caução prevista no art. 835 do CPC/73, supondo que seja proposta ação em face do controlador e que o juiz tenha admitido seu prosseguimento até o provimento jurisdicional favorável aos acionistas, não há que se falar em nulidade do processo, já que a caução aproveitaria à controladora apenas na hipótese de improcedência¹²⁰. Por fim, ainda que se verifique a ausência de caução no curso do processo, antes de proferir sentença terminativa, deverá o juiz dar a oportunidade para que os acionistas procedam ao seu depósito em vista do princípio da economia processual.

9. VALOR DA CAUSA

O valor da causa é um dos requisitos da petição inicial (CPC/73, art. 282, V; Novo CPC, art. 319, V) e deve ser atribuído valor certo mesmo às causas sem conteúdo econômico. O valor da causa corresponde à “expressão monetária do significado econômico dos benefícios procurados pelo

autor através do processo”¹²¹. Em ação de indenização, o valor da causa é determinado consoante o art. 292, V, do Novo CPC (CPC/73, art. 259, I), abrangendo o valor total do pedido de indenização. Contudo, na ação prevista no art. 246 dos acionistas minoritários atuam como substitutos processuais: agem em nome próprio e são partes da relação de direito processual, mas buscam a reparação em benefício direto da companhia e, só indiretamente, em seu próprio benefício. Diante disso, colocam-se três posições a respeito da determinação do valor da causa na ação do art. 246, § 1º.

A primeira, inicialmente sustentada em *obiter dictum* em antiga decisão do STF, foi no sentido de que a causa teria para o autor-acionista um valor inestimável, hipótese em que seu valor deveria ser arbitrado pelo magistrado com base no art. 20, § 4º, do CPC/73 (correspondente ao art. 85, § 8º, do Novo CPC)¹²².

Uma segunda corrente defende que o valor da causa corresponderia ao montante dos danos atribuídos à controladora-ré, i.e., ao valor integral deduzido no pedido, pois “não se busca o valor da causa no valor reflexo que a procedência da demanda poderá projetar no patrimônio do autor ou de cada um dos autores, ou mesmo de todos eles em conjunto, simplesmente porque eles nada pedem para si, mas, todos conjuntamente, para a companhia”¹²³.

A terceira posição, por fim, sustenta que o valor da causa deve ser fixado não em função do montante total a ser reparado, mas do proveito econômico indireto que advirá ao autor em caso de procedência do pedido. Assim, sobre o montante total do pedido de indenização, aplicar-se-ia a porcentagem de participação do autor no capital social da controlada; o resultado corresponderia ao valor da causa. Essa posição foi acatada pelo STJ¹²⁴. Dinamarco, igualmente, defendendo uma interpretação teleológica para atender à garantia constitucional do acesso à justiça, considera que o valor da causa corresponderia ao valor econômico da indenização pleiteada em favor da companhia multiplicado pelo valor da participação do acionista¹²⁵.

A divergência parece derivar de uma implícita e inadequada assunção de que o valor da causa teria relevância para a fixação da caução. Indevidamente

118 STJ, REsp. nº 331.022-RJ, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 07.03.2002; STJ, REsp. nº 307.104-DF, 4ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 03.06.2004; STJ, REsp. nº 1.125.739-SP, 3ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 03.03.2011; STJ, REsp. nº 1.027.165-ES, 3ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 07.06.2011 (apesar de ter por referência o art. 835 do CPC/73, é aplicável à caução societária pela semelhança entre as hipóteses).

119 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 75.

120 STJ, REsp. nº 331.022-RJ, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 07.03.2002; STJ, REsp. nº 307.104-DF, 4ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 03.06.2004; STJ, REsp. nº 1.125.739-SP, 3ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 03.03.2011; STJ, REsp. nº 1.027.165-ES, 3ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 07.06.2011.

121 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 379.

122 STF, RE nº 94.720-5-RJ, 1ª T., rel. Min. Rafael Mayer, j. 06.10.1981.

123 Nesse sentido, cf. TJRJ, AI nº 0060521-18.2014.8.19-0000, 21ª Câmara Cív., rel. Des. André Ribeiro, j. 09.12.2014.

124 STJ, REsp. nº 1.220.272-RJ, 4ª T., rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 14.12.2010.

125 DINAMARCO, Cândido Rangel. “Sociedades anônimas e legitimidade dos minoritários – questões processuais”, *op. cit.*, p. 628-629.

tem-se vinculado o valor da causa ao da caução¹²⁶ e, a partir daí, determinado a redução daquele em vista do percentual de participação do autor, o que implicaria a redução do valor a caucionar.

Ocorre que o valor da causa não é imediatamente relevante para a fixação do valor a caucionar. A caução deve corresponder às possíveis verbas sucumbenciais a que o autor poderia ser condenado em caso de improcedência, com base no art. 85, § 8º, c/c § 2º do Novo CPC (art. 20, § 4º, c/c § 3º do CPC/73) (cf. *supra* item 8.3). Em outras palavras, o valor da causa pode ser baixo (como pretendeu o STJ), e ainda assim ser elevado o valor da sucumbência em caso de improcedência.

Por outro lado, o valor da causa exerce funções relevantes no âmbito do processo civil, razão pela qual a correspondência entre interesse econômico e valor da causa não pode ser deturpada. Ele serve como base de cálculo de taxas judiciárias (no Estado de São Paulo, por exemplo, Lei Estadual nº 11.608/03, arts. 4º e 8º), determinou a admissibilidade do procedimento sumário sob a égide do CPC/73 (art. 275, I), delimita a competência no caso dos juizados especiais cíveis (Lei nº 9.099/95, art. 3º, I) e é também parâmetro para a quantificação de multas no curso do processo (Novo CPC, arts. 77, § 2º; 81, *caput*; art. 1.026, § 2º; art. 1.021, § 4º).

Por meio de um exemplo pode-se perceber as repercussões sistêmicas que a posição do STJ traria consigo. Imagine-se que um acionista pretenda uma indenização para a companhia no valor de R\$ 1 bilhão, que a companhia tenha patrimônio da ordem de R\$ 30 bilhões, e que a participação do acionista se resuma a uma ação, representativa de uma parte em um bilhão no capital social, com valor de mercado de R\$ 30,00. Seguindo-se a orientação do STJ, o valor da causa seria de R\$ 1,00. Isso significaria, primeiramente, que a ação poderia ser proposta perante um juizado especial cível, com isenção de custas, taxas ou despesas em primeiro grau de jurisdição (Lei nº 9.099/95, art. 54), ou ser objeto de procedimento sumário sob a égide do CPC/73 quando foi proferida, em que o Judiciário teria de apreciar causa com considerável envergadura, mas em que seriam recolhidas taxas em valor irrisório e desproporcionais ao tempo despendido pelo magistrado para sua apreciação. Caso o autor ou o réu controlador agissem com deslealdade processual, a maior multa que lhes poderia ser imposta seria na ordem de R\$ 0,20 de acordo com

o diploma processual vigente à época em que a decisão foi proferida (CPC/73, art. 14, par. único).¹²⁷ Trata-se, claramente, de consequências que seriam incompatíveis com o vulto de uma causa de R\$ 1 bilhão, o que demonstra o equívoco da posição jurisprudencial.

Acredita-se que as orientações doutrinárias e jurisprudenciais referidas sejam motivadas por uma nobre intenção de permitir maior acesso à Justiça, evitando que custos exagerados impeçam a efetividade da atuação do acionista. Entretanto, a interpretação segundo a qual o valor da causa deveria resultar da multiplicação da participação societária pelo montante em disputa teria consequências sistêmicas sérias, sem resultar em benefício ao acionista. Tampouco seria melhor a antiga posição expressa pelo STF em *obiter dictum*, segundo a qual o valor da causa para o acionista seria inestimável, pois ainda assim teria de ser determinado pelo juiz. Por essa razão, acredita-se que o posicionamento adequado a respeito da matéria é o de que o valor da causa corresponde ao valor da condenação pretendida pelo autor em benefício da companhia.

10. VERBAS SUCUMBENCIAIS, HONORÁRIOS DE ADVOGADO E PRÊMIO

A fixação de verbas sucumbenciais, honorários de advogado e prêmio depende do resultado da demanda. Vale analisar, separadamente, o cenário nos casos em que: (i) são vencedores os minoritários (procedência do pedido); (ii) é vencedor o controlador (improcedência do pedido); e (iii) não há vencedores ou vencedores (ausência de sucumbência).

10.1. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Em caso de procedência da ação, o acionista faz jus ao ressarcimento das custas adiantadas, bem como a prêmio de 5% sobre o valor da indenização, e o advogado do acionista-autor tem direito a honorários de 20% sobre o valor da indenização (LSA, art. 246, § 2º).

Apesar da clareza da dicção legal, recentemente o STJ adotou entendimento que diminui o incentivo para que sejam propostas ações de responsabilidade

126 Cf. STJ, REsp. nº 1.220.272-RJ, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14.12.2010.

127 Para hipóteses como essa em que o valor da causa se mostra irrisório para a fixação da multa, andou bem o Novo CPC em permitir que tal multa fosse fixada em até dez vezes o salário mínimo (Novo CPC, art. 77, § 5º) - o que hoje corresponderia ao montante máximo de R\$ 7.880,00 -, sem afastar, porém, a grande desproporção entre o valor efetivamente em discussão e o valor da multa pela deslealdade processual.

contra o controlador. Em decisão já referida, proferida tendo em vista o cálculo do valor da causa (cf. *supra*, item 9), considerou-se que esta deveria ser fixada em função do proveito indireto que o acionista teria por meio da indenização e que consistiria no incremento de valor de suas ações em montante correspondente à multiplicação de sua participação no capital social pela condenação imposta¹²⁸. Entretanto, a participação acionária não seria relevante apenas para as custas, senão igualmente para o cálculo do prêmio a que o acionista faria jus em caso de procedência. Foi nesse sentido que se manifestou o Min. Aldir Passarinho Júnior, ressaltando que “não será cabível, em hipótese de um êxito na demanda, querer calcular a sucumbência sobre o valor da condenação em relação ao universo dos acionistas beneficiados que não sejam estritamente os autores da ação”. O motivo para tanto seria evitar “o absurdo que seria, por exemplo, entrar com a ação, ganhar como acionista, substituindo a empresa, mas, como o resultado reflexo é para todo mundo da empresa, os honorários advocatícios serem fixados sobre o valor da condenação considerando o todo”. Afirmou, então, o ministro, que “Nem lá nem cá. Essa via tem mão dupla”¹²⁹.

Já se apontaram as razões pelas quais o entendimento não parece acertado quanto à fixação do valor da causa (cf. *supra* item 9). Mas, para além disso, deve-se ter em vista que o posicionamento somente seria coerente se todos os possíveis benefícios e todas as possíveis desvantagens fossem multiplicados pela participação acionária (ou seja, não houvesse vantagem ou desvantagem “nem lá nem cá”). Isso não ocorre, porém. Mesmo que se admitisse que a participação acionária fosse o multiplicador comum para a fixação do valor da causa e da caução (influenciando, portanto, alguns dos ônus processuais), nem todos os custos associados ao processo poderiam ser reduzidos dessa forma. Caso o magistrado determinasse a realização de perícia, por exemplo, o autor teria o ônus de adiantar as despesas relativas ao ato (CPC/73, art. 19, § 2º; Novo CPC, art. 82, § 1º). Essas despesas não seriam diminuídas em proporção à participação acionária. Igualmente, em caso de improcedência, o juiz fixa honorários ao réu controlador equitativamente e, para tanto, não está vinculado ao valor da causa (CPC/73, art. 20, § 4º; Novo CPC, art. 85, § 8º) (cf. *infra* item 10.2). Dessa forma, o autor, em diversas oportunidades no curso do processo, estaria obrigado a se desincumbir de ônus que não seria

128 Voto do Min. Aldir Passarinho Júnior. In: STJ, REsp. nº 1.220.272-RJ, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14.12.2010.

129 Id.

calculado em função de sua participação societária, razão pela qual a redução proporcional do prêmio se revelaria injustificada.

Adicionalmente, como já se acentuou em precedente da Justiça paulista, a fixação de prêmio proporcional à participação implicaria “inaceitável discriminação”, pois seja qual for a quantidade de ações detidas, a atuação jurisdicional do acionista tem um mesmo sentido e finalidade, qual seja, obter a reparação de dano sofrido pela sociedade por atos ilegítimos do acionista controlador¹³⁰.

Esse entendimento, ademais, diminuiria substancialmente o interesse de acionistas em perseguir a efetivação do direito da companhia em face do controlador, reduzindo o efeito dissuasório da ação sobre acionistas controladores de companhias (efeito *ex ante*) e diminuindo a possibilidade de obtenção de reparação de prejuízos sofridos (efeito *ex post*) (cf. *supra* item 2).

Dessa forma, mesmo que se admitisse, com Dinamarco, que o valor da causa deveria ser proporcional à participação societária (com o que não se concorda, como visto *supra* no item 9), seria forçoso reconhecer, como o fez o doutrinador, a singular função de sanção premial à conduta do minoritário¹³¹, razão pela qual o acionista vencedor deve recebê-lo em sua integralidade, independentemente de sua participação no capital social¹³².

No que diz respeito aos honorários de advogado, a lei determina que esses sejam fixados no teto legal de 20% calculado sobre o valor da indenização concedida, medida que visa a incentivar o ingresso em juízo dos minoritários agindo no interesse da companhia. No entender de Nelson Eizirik, contudo, a despeito da estipulação expressa de que os honorários de advogados seriam de 20% sobre a condenação, este percentual representaria apenas uma referência para o julgador, podendo o magistrado fixar montante

130 TJSP, Ap. Civ. nº 69.230.4/9, 9ª Câm. Dir. Priv., rel. Des. Ruyter Oliva, j. 23.06.1998.

131 Cf. MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, p. 274 (sustentando que o prêmio tem por fim “estimular o acionista no exercício dos seus direitos quando houver violação, por parte da sociedade controladora, de dispositivo legal, ou prática de atos que redundem em danos para os ditos acionistas”); BULGARELLI, Waldírio. *A proteção às minorias na sociedade anônima*. São Paulo: Pioneira, 1977, p. 105 (destacando a importância do prêmio como um “reembolso às canseiras da minoria para apurar danos contra a companhia, praticados pela controladora e fazê-la ser punida por isso – servindo, a *contrario sensu*, de desestímulo para a prática de tais atos.”); DINAMARCO, Cândido Rangel. “Sociedades anônimas e legitimidade dos minoritários – questões processuais”, *op. cit.*, p. 643; CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 3, *op. cit.*, p. 476; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as Ações Correlatas*, *op. cit.*, p. 410.

132 DINAMARCO, Cândido Rangel. “Sociedades anônimas e legitimidade dos minoritários – questões processuais”, *op. cit.*, p. 643.

diverso mediante aplicação dos critérios previstos no art. 85, § 2º, do Novo CPC (CPC/73, art. 20, § 3º)¹³³.

Respeitosamente, discorda-se desse entendimento¹³⁴. Primeiro, sem superestimar a função da interpretação gramatical, não se pode ignorar que o texto da lei é bastante claro ao fixar um percentual fixo e ao não conferir nenhuma discricionariedade ao magistrado. Segundo, tal conclusão não observaria a regra hermenêutica pela qual a norma especial afasta a aplicabilidade da norma geral e, nesse sentido, o § 2º do art. 246 traz dispositivo específico aplicável às ações de responsabilidade de sociedade controladora, que se sobrepõe à prescrição genérica constante do art. 85 do Novo CPC (CPC/73, art. 20). Terceiro, tal tese não leva em conta o fato de que a pré-fixação legal de honorários no teto legal busca incentivar a atuação dos minoritários em defesa do interesse social, pois a perspectiva de obtenção de honorários elevados facilita a contratação de advogado com o grau de *expertise* necessário para promover uma defesa técnica dos interesses da companhia. Por esses motivos, acredita-se que os honorários de advogado devem ser sempre fixados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação¹³⁵.

10.2. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Estando em juízo na qualidade de substituto processual, o acionista-autor age em nome próprio, e não da companhia. O acionista é, assim, titular das situações jurídicas processuais ativas e passivas, aí incluída eventual obrigação definitiva de pagar as verbas de sucumbência. Portanto, além dos custos com seus próprios assessores jurídicos, em caso de improcedência deve arcar com as custas processuais e com os honorários advocatícios da parte contrária.

Na ausência de condenação do réu, o juiz deve fixar honorários consoante apreciação equitativa com atenção ao grau de zelo do profissional, ao lugar da prestação do serviço, à natureza da causa, à sua importância, ao trabalho realizado pelo advogado e ao tempo exigido para o seu serviço (CPC/73, art. 20, § 4º, c/c art. 20, § 3º, "a" a "c"; Novo CPC, art. 85, § 8º c/c § 2º, I a III).

Cândido Rangel Dinamarco, porém, sustenta que "sucumbindo os

133 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, op. cit., p. 370.

134 Também discordando da tese de não vinculação dos honorários sustentada por Nelson Eizirik, cf. VIO, Daniel de Avila. *Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*, op. cit., p. 229.

135 Nesse mesmo sentido, cf. TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, v. 2, op. cit., 712.

substitutos processuais autores, manda a superior garantia constitucional de isonomia (Const., art. 5º, *caput*) que também ali os honorários de sucumbência se fixem no mesmo valor que prevaleceria em caso de procedência (LSA, art. 246, § 2º – vinte por cento sobre o valor da causa)¹³⁶. Em outras palavras, o advogado do réu controlador teria direito a receber honorários de 20%.

Diverge-se desse posicionamento. O artigo 246, § 2º, é claro ao determinar que somente se a "sociedade controladora" for condenada deverá ela pagar honorários de advogado de 20% (vinte por cento). O mandamento de isonomia invocado por Dinamarco impede a discriminação imotivada ou arbitrária, mas não o tratamento fundamentadamente distinto daqueles que são desiguais. No caso, o ônus mais grave imposto à sociedade controladora representa uma vantagem prometida ao advogado do acionista para facilitar a persecução do interesse da companhia. O que não seria compatível com o princípio da isonomia seria que o advogado da sociedade controladora recebesse honorários fixados no teto legal, enquanto são fixados de acordo com as regras do Código de Processo Civil os honorários de advogado de réus em quaisquer outras ações, inclusive de acionistas minoritários processados por suas próprias companhias. Por conta disso, acolhendo o entendimento que vem prevalecendo em sede jurisprudencial¹³⁷, considera-se que, em caso de improcedência, os honorários devem ser arbitrados pelo juiz tendo em vista o regramento previsto no art. 85, § 8º, do Novo CPC (CPC/73, art. 20, § 4º).

10.3. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA

O processo pode ser encerrado sem um provimento jurisdicional quanto ao mérito propriamente dito, seja por conta de ocorrência de transação ou reconhecimento do pedido, ou ainda por confusão entre a companhia controlada e a companhia controladora. Ainda que alguns desses casos enquadrem-se nos incisos do art. 487 do Novo CPC (CPC/73, art. 269), não é em todos eles que o julgamento de mérito existe¹³⁸. A fixação de verbas sucumbenciais nessas hipóteses suscita dificuldades relevantes.

136 DINAMARCO, Cândido Rangel. "Sociedades anônimas e legitimidade dos minoritários – questões processuais", op. cit., p. 630.

137 TJRJ, AI nº 2007.002.17361, 17ª Câm. Cív., rel. Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira, j. 08.08.2007; TJSP, AI nº 203.439-4/8-00, 5ª Câm. Dir. Priv., rel. Des. Boris Kauffmann, j. 02.08.2001; Voto-vista do Min. Clóvis Ramalhe. In: STF, RE nº 94.720-5-RJ, 1ª T., rel. Min. Rafael Mayer, j. 06.10.1981.

138 Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, op. cit., p. 263 ss. (versando sobre as falsas sentenças de mérito do art. 269 do CPC/73).

10.3.1. TRANSAÇÃO

Nas hipóteses de transação, há resolução do processo com julgamento do mérito (CPC/73, art. 269, III; Novo CPC, art. 487, III, “b”). Para a fixação das custas, determina o Código de Processo Civil que, se as partes nada dispuserem a respeito das despesas, estas devem ser divididas igualmente (CPC/73, art. 26, § 2º; Novo CPC, art. 90, § 2º). Referido regramento, contudo, não pode ser aplicado à hipótese de transação entre a companhia controlada e a controladora.

No âmbito da ação de responsabilidade do controlador, o acionista autor assume a qualidade de substituto processual e detém apenas o direito de ação, mas não o poder de disposição das situações de direito substancial de que a própria companhia continua a ser titular¹³⁹. A controlada, assim, permanece, durante o curso do processo, titular do poder de transigir a respeito de seus próprios direitos e interesses. Dessa forma, mesmo contra a vontade do acionista-autor, a companhia controlada pode celebrar com o controlador acordo extinguindo o direito de indenização, razão pela qual o processo movido pelo acionista seria extinto por carência de ação (CPC/73, art. 267, § 3º; Novo CPC, art. 485, § 3º)¹⁴⁰.

Nesse caso, porém, a regra do art. 90, § 2º, do Novo CPC (CPC/73, art. 26, § 2º) não é aplicável, pois a companhia controlada e a companhia controladora não podem dispor a respeito das custas, impondo ao acionista um dever de arcar com elas. Sem ser parte de eventual transação, o acionista tampouco ficará a ela sujeito, em linha com o princípio da relatividade contratual. Dinamarco defende, assim, que na hipótese de substituição processual, o acordo entre a companhia controlada e controladora não deve ser entendido como a transação de que fala o Código de Processo Civil, mas como fato posterior ao início da demanda extintivo do direito e que retira do autor o interesse de agir, uma vez extinto o conflito de interesses à base do processo (CPC/73, arts. 267, VI, e 462; Novo CPC, arts. 485, VI e 493)¹⁴¹. Em razão disso, as verbas sucumbenciais não deveriam ser fixadas de acordo com o art. 90, § 2º, senão em conformidade com o art. 85, § 8º, ambos do Novo CPC, ou seja, os honorários deveriam ser fixados por apreciação equitativa do juiz.

139 DINAMARCO, Cândido Rangel. “Sociedades anônimas e legitimidade dos minoritários – questões processuais”, *op. cit.*, p. 633.

140 *Ibidem*, p. 647.

141 *Ibidem*, p. 646-647.

De toda forma, ocorrendo acordo entre a companhia controlada e a sociedade controladora, e deixando de lado a discussão de possível conflito de interesses dos administradores em relação à respectiva negociação, não haveria condenação da companhia controladora. Para a lei societária, porém, tal condenação seria pressuposto para a obtenção do prêmio pelo acionista e por seu advogado (LSA, art. 246, § 2º: “a sociedade controladora, se condenada...”). Pode-se questionar, portanto, se o prêmio seria devido pelo controlador nessas hipóteses.

No entender da jurisprudência, o direito do acionista e do advogado ao prêmio seria um direito expectativo cujo *iter* formativo apenas se completaria com a sentença condenatória que reconhecesse a procedência do pedido. Sem sentença, nenhum prêmio seria devido pelo controlador, razão pela qual já se decidiu que o advogado não poderia pretender o pagamento de honorários proporcionais a 20% do valor de acordo obtido¹⁴².

A possibilidade de transação entre a companhia controlada e o controlador, contudo, autoriza o encerramento de ações sem que se tenha clareza quanto à obtenção de adequada compensação pela companhia controlada, ao mesmo tempo em que pode frustrar o esforço do acionista. Tal cenário fragiliza o sistema de tutela judicial dos acionistas e merece críticas tanto sob o aspecto legislativo quanto jurisprudencial.

Sob o aspecto legislativo, a possibilidade de acordo entre companhia controlada e controlador para encerrar ação indenizatória proposta por acionista deveria ser precedida de deliberação assemblear na qual os minoritários contassem com poder de veto. É nesse sentido a legislação da maioria dos países europeus a respeito das ações sociais *ut singuli* em face dos administradores. No âmbito de ações de responsabilidade do administrador em outros países, um acordo com a companhia depende sempre de deliberação da assembleia geral e da não oposição de acionistas representativos de fração do capital social, como é o caso da Alemanha¹⁴³ e de Portugal¹⁴⁴, em que não pode haver oposição por mais de 10% do capital social; ou da Itália, em que há regra semelhante, mas a oposição máxima tolerada é de titulares de 20% do capital social¹⁴⁵. Preceito

142 STJ, REsp nº 715.067-SP, 3ª T., rel. p/ ac. Min. Ari Pargendler, j. 02.02.2006.

143 AktG, § 93 (4).

144 Código das Sociedades Comerciais, art. 74, 2.

145 *Codice Civile*, art. 2393 (6).

análogo poderia ser proveitosamente inserido no sistema brasileiro de responsabilização dos administradores e controladores.

Quanto ao entendimento jurisprudencial de que o prêmio só seria devido se houvesse sentença condenatória, deve-se notar que uma transação entre a controlada e a controladora ocorrida no curso do processo possibilita a obtenção de benefício para a companhia controlada que presumivelmente deriva do empenho do acionista. Esse esforço não deve deixar de ser recompensado. Foi tendo isso em vista que a jurisprudência norte-americana desenvolveu a teoria dos benefícios materiais (*substantial benefits*)¹⁴⁶. Nas hipóteses de ações derivadas (*derivative suits*) em que a atuação do advogado não culmina com a condenação do réu a ressarcir a companhia, mas é celebrado acordo favorável, ou é obtido benefício não pecuniário como o aprimoramento da estrutura de governança, é devido ao advogado pagamento de honorários¹⁴⁷.

No direito brasileiro, ainda que o artigo 246 refira-se à condenação da sociedade controladora, o elemento que justifica a obtenção de prêmio pelo acionista e seu advogado consiste na versão de patrimônio do controlador à companhia controlada. Ocorrendo esse resultado após o início de ação de responsabilidade, mesmo que por meio de um acordo entre a companhia controlada e o controlador, terá sido obtido o resultado visado pelo legislador ao conceder aos acionistas a legitimidade extraordinária. Em razão disso, verificando-se acordo entre a controlada e a controladora, acredita-se que custas e honorários do processo devem ser integralmente arcados pelo controlador, com pagamento de prêmio de 5% ao acionista e de 20% ao patrono da causa calculados sobre o valor pago à companhia.

10.3.2. RECONHECIMENTO DO PEDIDO

O reconhecimento do pedido depende única e exclusivamente de ato do controlador-réu em abrir mão da resistência que opunha à satisfação da pretensão deduzida pelo autor e declarar sua submissão a ela. O juiz extingue o processo com resolução do mérito (CPC/73, art. 269, II; Novo CPC, art. 487, III, "a"), mas não condena o réu. Há previsão no Código de Processo Civil de que, com o reconhecimento do pedido, a parte que reconheceu deve pagar as despesas e os honorários (CPC/73, art. 26, *caput*). Novamente, não há nessa

hipótese condenação em sentido estrito e, seguindo a literalidade do art. 246, § 2º, o prêmio ao autor e os honorários ao seu advogado não seriam devidos. Os interesses em jogo aproximam a problemática à da transação (cf. *supra* item 10.3.1), com o agravante de que o ato de reconhecimento pode ser praticado unilateralmente pelo réu. Não se pode, nessa medida, excluir a possibilidade de que, após longo processo, vislumbrando iminente potencial de perda, a controladora opte por reconhecer o pedido antes da sentença final para não ser condenada adicionalmente ao pagamento do prêmio de 5% devido aos autores e de 20% aos advogados (LSA, art. 246, § 2º). Aplicando-se a teoria dos benefícios materiais (*substantial benefits*), contudo, deve-se reconhecer também nessa situação o direito ao prêmio e honorários pré-fixados na lei (cf. *supra*, item 10.3.1).

O Novo CPC introduz alteração a esse cenário. Se o controlador reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade (Novo CPC, art. 90, § 4º). Apesar dessa inovação afetar também os honorários do advogado do acionista, que passaria a ser de 10% sobre o valor reconhecido, considera-se que o prêmio devido ao próprio acionista continua a ser integralmente devido e correspondente a 5% do mesmo valor.

10.3.3. CONFUSÃO ENTRE CONTROLADA E CONTROLADOR

No curso da demanda podem ocorrer atos que projetem efeito reflexo significativo sobre o processo, como, por exemplo, a incorporação da sociedade controlada pelo controlador, réu da ação. Foi o que se verificou no Recurso Especial nº 745.739¹⁴⁸. Acionista minoritário da companhia Petrobrás Química S.A. ("Petroquisa") propôs ação de responsabilidade em face da sociedade controladora Petróleo Brasileiro S.A. ("Petrobras") e sagrou-se vencedor no Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro. A Petrobras foi condenada ao pagamento de indenização em favor da Petroquisa no valor de US\$ 2.360.000.000,00 (dois bilhões, trezentos e sessenta milhões de dólares estadunidenses), de prêmio ao minoritário equivalente a 5% e de honorários advocatícios de 20%, ambos calculados sobre o valor da indenização¹⁴⁹. No curso do processo o controlador

146 *Mills v. Elec. Auto-Lite Co.*, 396 U.S. 375, 392 (1970).

147 GELTER, Martin. "Why Do Shareholder Derivative Suits Remain Rare In Continental Europe?", *op. cit.*, p. 862.

148 STJ, REsp. nº 745.739-RJ, 3ª T., rel. Min. Massami Uyeda, j. 28.08.2012.

149 TJRJ, EI nº 2003.005.00333, 4ª Câm. Civ., rel. Juiz de Direito Substituto Horácio dos Santos Ribeiro Neto, j. 18.05.2004.

promoveu a incorporação da Petroquisa, sucedendo-a em todos seus direitos e obrigações (LSA, art. 227).

O STJ considerou que teria ocorrido confusão entre credor e devedor da indenização, hipótese que levaria à extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC/73, art. 267, X; Novo CPC, art. 485, VI, por representar hipótese superveniente de falta de interesse processual). Não foi essa, porém, a decisão tomada. Afirmou-se que “embora se pudesse aplicar o disposto no art. 267, inciso X, do Código de Processo Civil e julgar extinto o feito, sem a resolução do mérito, tal procedimento, entretanto, não deve ser aplicado *in casu*, dada a importância e relevância da matéria aqui tratada, sendo de todo recomendável e oportuno que se adentre no exame do mérito do recurso especial”.¹⁵⁰ Noticiou-se que o motivo para essa decisão teria sido a ponderação de que um julgamento sem resolução do mérito poderia permitir a propositura de nova ação em face da controladora¹⁵¹. De toda forma, decidiu-se que nenhuma das partes teria dado causa à confusão, razão pela qual se determinou que cada parte arcaria com os honorários advocatícios de seus patronos e com metade das custas e despesas processuais.

O acórdão pode ser criticado. A confusão não autoriza resolução de mérito, em atenção à literalidade do código processual (CPC/73, art. 267, X). Referido dispositivo foi afastado inicialmente por conta da “importância e relevância da matéria”, motivação inapta a justificar a decisão, pois não se trata de juízo discricionário do magistrado adentrar ou não na avaliação do mérito. Em casos de confusão entre controlador e controlada, portanto, deve ser extinto o processo sem julgamento do mérito, com honorários fixados equitativamente pelo juiz (CPC/73, art. 20, § 4º).

Por outro lado, não se poderia exigir do julgador em um caso como o que se apresentou outra atitude que não a extinção do feito. Por mais que o sentimento seja de que a manobra possa ter sido motivada pela intenção de extinguir o processo em prejuízo do minoritário, caberia aos sócios da Petroquisa impugnar a deliberação que aprovou a incorporação caso considerassem que a relação de troca foi fixada inadequadamente, ou ainda

caso julgassem que a própria incorporação foi abusiva justamente para eximir o controlador de sua responsabilidade.

11. CONCLUSÃO

A ação de responsabilidade em face do controlador oferece um prêmio ao acionista minoritário e a seu advogado por agirem na tutela do interesse social. Os benefícios dessa atuação não se resumem à própria sociedade e deve-se reconhecer que nada adianta definir melhor os direitos dos minoritários se esses direitos não foram exercidos. Nas companhias fechadas, um sistema efetivo de responsabilização do controlador diminui a possibilidade de ocorrência de abusos e permite a congregação de recursos e esforços; na constituição da sociedade anônima, o sócio não sofrerá o temor de que, no futuro, não terá como exigir o cumprimento daquilo que contratou com o controlador. Nas companhias abertas, a importância dos mecanismos de fiscalização é ainda maior. A ação de responsabilidade do controlador mostra-se essencial para maior credibilidade e desenvolvimento do mercado de valores mobiliários.

Não basta, contudo, que a lei tenha fixado o prêmio do minoritário. Para que o sistema de fiscalização do controlador seja efetivo, é necessário que doutrina e jurisprudência atuem para que a ação de responsabilidade seja alternativa viável ao acionista de companhia lesada pela atuação indevida do controlador. Se isso não ocorrer, não será uma escolha racional para o acionista ingressar com ação de responsabilidade na tutela do interesse social, mesmo diante de graves situações de abuso do poder de controle. Nesse caso, o modelo da companhia tende a perder sua atratividade enquanto mecanismo para a congregação de recursos para o exercício de empresa em sociedade.

¹⁵⁰ STJ, REsp. nº 745-739-RJ, 3ª T., rel. Min. Massami Uyeda, j. 28.08.2012.

¹⁵¹ AGÊNCIA ESTADO, publicado em 29.08.2012, disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,petrobras-ganha-processo-bilionario-no-caso-petroquisa,124708e>> (afirma-se que quatro ministros teriam sido favoráveis a decisão sem julgamento do mérito, mas teriam alterado seu posicionamento após ponderação da Min. Nancy Andrichi a respeito do risco de propositura de nova ação pelo minoritário).