

VOLUME I

RODRIGO ROCHA MONTEIRO DE CASTRO
LUIS ANDRE AZEVEDO
MARCUS DE FREITAS HENRIQUES

COORDENAÇÃO

DIREITO SOCIETÁRIO, MERCADO DE CAPITAIS, ARBITRAGEM E OUTROS TEMAS

HOMENAGEM A NELSON EIZIRIK

ALEX S. HATANAKA • ALEXANDRE CHEDE TRAVASSOS • ALEXANDRE WALD • ALIÇE EIZIRIK • ANA LUISA FUCCI • ANDRÉ ANTUNES S. DE CAMARGO
ANDRÉ DE GODOY FERNANDES • ANDRÉ GRÜNSPUN PITTA • ANTONIO CORRÊA MEYER • ANTONIO PAULO KUBLI VIEIRA • ARNOLDO WALD
BERNARDO F. B. DE VASCONCELLOS • BRUNO MIRANDA GONTIJO • CARLOS AUGUSTO J. DE SIQUEIRA • CECILIA EIZIRIK • CLAUDIO GUERREIRO
CLÁUDIO LAKS EIZIRIK • EDUARDO SECCHI MUNHOZ • ELIANA BARALDI • ELISEU MARTINS • ERASMO VALLADÃO A. E. N. FRANÇA
FELIPE HANSZMANN • FLÁVIA PARENTE • GIOVANNA RENNÓ DUQUE • GUSTAVO MACHADO GONZALEZ • HENRIQUE CUNHA BARBOSA • IGOR MUNIZ
IVO WAISBERG • JOÃO MARCELO PACHECO • JOÃO PAULO HECKER DA SILVA • JOÃO PEDRO SCALZILLI • JORGE LOBO • JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES
JOSÉ DAVID MARTINS JÚNIOR • JOSÉ FERREIRA GOMES • JOSÉ GABRIEL ASSIS DE ALMEIDA • JOSÉ ROMEU GARCIA DO AMARAL • JULIA EIZIRIK
JULIAN CHEDIAK • KEVIN ALTIT • LAURA AMARAL PATELLA • LEONARDO BARÉM LEITE • LUCIANA DIAS • LUIS ANDRE AZEVEDO • LUIS FELIPE SPINELLI
LUIZ ALBERTO COLONNA ROSMAN • MARCELO VIEIRA VON ADAMEK • MARIA RITA DRUMMOND • MARIANA EIZIRIK • ROBERTO PAPINI
RODRIGO TELLECHEA • SIMONE LAHORGUE NUNES • THIAGO JOSE DA SILVA

QUARTIER LATIN

XXIX. RESPONSABILIDADE DO ACIONISTA CONTROLADOR POR OMISSÃO

LAURA AMARAL PATELLA

1. INTRODUÇÃO

As referências aos deveres e responsabilidades do acionista controlador no regime societário brasileiro vêm com frequência acompanhadas da afirmação de que o controlador pode ser responsabilizado por omissão. Comparato, embora mencione uma “completa ausência de previsão do abuso por omissão”, constata que “a fórmula genérica do art. 116, parágrafo único, comporta, evidentemente, um dever ativo do controlador”¹. Na mesma linha, Nelson Eizirik *et al.* afirmam que “pode ficar caracterizado o abuso de poder de controle por omissão”, sustentando que “ao dispor a Lei das S.A., no artigo 116, que ‘o acionista controlador deve usar o poder para o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social’, imputou-se ao controlador um dever ativo, daí decorrendo que sua conduta omissiva pode caracterizar abuso de poder de controle, se prejudicial à companhia”². Lamy e Bulhões, fazendo um paralelo entre o exercício do voto pelos acionistas e o do controle, entendem que o controlador pode ser responsabilizado por omissão, ao passo que a omissão no exercício do voto não gera responsabilidade ao seu titular³.

Contudo, a doutrina sobre o assunto não vai muito além dessas breves referências, as quais foram suficientes para acender, em uma primeira reação, uma dúvida de como se daria essa responsabilidade do controlador por omissão. As reflexões a partir dessa questão acabaram por gerar outra dúvida, maior e anterior àquela: se é de fato possível responsabilizar o acionista controlador por omissão.

- 1 COMPARATO, Fábio K.; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 339.
- 2 EIZIRIK, Nelson; GALL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de F. *Mercado de Capitais - Regime Jurídico*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 400. No mesmo sentido foi a posição da Comissão de Valores Mobiliários no âmbito do Processo Administrativo Sancionador CVM n. RJ2012/1131, voto da Diretora-Relatora Luciana Dias, em 26.05.2015. Por suas particularidades, o tema do Estado como acionista controlador, enfrentado no precedente referido, não será aqui examinado em detalhes.
- 3 LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luís. *Direito das Companhias*, 2ª ed. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 609.

Na prática, e de maneira cada vez mais frequente, há situações que de alguma maneira provocam interferências negativas no exercício do poder de controle, podendo resultar em verdadeiras omissões do controlador. Um exemplo recorrente se verifica em companhias sujeitas ao controle do tipo conjunto, ou seja, em que o controle é exercido por grupos de pessoas vinculadas por acordo de voto. Os laços contratuais que conferem unidade ao chamado grupo de controle, mesmo quando estabelecidos de forma rígida e permanente, não estão imunes a situações de crise⁴, próprias de formações plurissubjetivas como são os acordos de controle, e que não se verificam da mesma forma no controle individual⁵. Quando há impasses ou litígios entre os controladores, por exemplo, pode se verificar uma omissão da parte do grupo controlador, do que poderão resultar danos à companhia, aos demais acionistas e a terceiros.

Importante desde logo reconhecer que este breve ensaio não tem qualquer pretensão de exaurir o tema, ao mesmo tempo complexo e instigante. O propósito aqui será, em primeiro lugar, prestar justa homenagem ao Prof. Nelson Eizirik, cujos estudos em matéria de controle das companhias muito contribuíram e contribuem aos avanços do direito societário brasileiro; e, também, trazer à mesa questão relevante do ponto de vista teórico e prático, para movimentar os debates em busca de boas soluções.

2. RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO: BREVES CONSIDERAÇÕES

Sabe-se que “a abstenção, omissão, ou ato negativo, também pode ser causa de dano”⁶. O artigo 186 do Código Civil, ao definir os atos ilícitos, refere-se expressamente à *omissão voluntária*, considerando-a ilícita toda vez que dessa

4 “Com efeito, a existência de sérias desavenças entre os signatários, particularmente quando versa o acordo sobre o exercício do poder de controle, pode trazer consequências negativas para a gestão da companhia, atuando a sua permanência contra o interesse social, não em seu favor. Quando se constata que o acordo não mais cumpre o seu objetivo de regular, harmonicamente, o controle compartilhado entre os signatários, trazendo a discórdia, com efeitos danosos para a companhia, cabe a sua dissolução”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada - Volume II*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 283.

5 Segundo Eduardo Munhoz, nas hipóteses de controle conjunto identifica-se a possibilidade de surgir “eventual instabilidade do controle”, uma vez que a pluralidade de pessoas importa em uma reunião de “interesses potencialmente divergentes” (*Empresa Contemporânea e Direito Societário - Poder de Controle e Grupos de Sociedades*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 302). Ascarelli, examinando o prazo dos contratos plurilaterais, enquadra tais contratos na classificação de “contratos de execução continuada” e, em vista disso, identifica “o problema da adequação da disciplina contratual a uma situação econômica que, durante a vigência do contrato, pode modificar-se profundamente”, numa lógica que se pode estender aos acordos de controle (O contrato plurilateral. In _____. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 264).

6 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo 22, § 2720, p. 277.

omissão decorrer violação a direito e dano a outrem. Essa voluntariedade representa a subjetividade que marca a disciplina da responsabilidade por ato ilícito prevista no diploma civil brasileiro, fundada na consciência do agente que pratica ato ilícito por um comportamento voluntário⁷.

Em comentário ao referido artigo, a doutrina ensina que “a omissão pura e simples não pode ser havida como ato jurídico ilícito. Só adquire relevância jurídica e enseja a configuração do ato ilícito quando quem se omite tem o dever jurídico de agir, isto é, de praticar um ato que impediria o resultado danoso”⁸. Dito de outra forma, a omissão antijurídica, capaz de caracterizar ato ilícito, decorre necessariamente de um dever que, se observado, teria evitado o prejuízo decorrente da omissão.

Os deveres de agir, de um modo geral, são raros, sendo muitas vezes de ordem moral, e não deveres jurídicos. Quando decorrentes de lei ou de relação contratual, podem se apresentar como um dever de agir *geral*, pelo qual se estabelece diretrizes voltadas a uma ação ou um comportamento; ou *específico*, como um dever de cuidado, um dever de proteção ou um dever de aviso.

Se muitas vezes é difícil caracterizar um ato comissivo para que a partir dele se aplique determinadas sanções; a verificação do ato omissivo tende a ser ainda mais. Especialmente se a omissão decorrer de um dever geral de agir, cuja concretização por si só apresenta dificuldades. A prova de que alguém deveria fazer algo e *não fez*, ou deveria observar determinado padrão de conduta e *não observou*, esbarra justamente na ausência de atos ou fatos que a constituam. O desafio probatório se acentua quando o ordenamento exige a demonstração de elementos subjetivos, como dolo ou culpa, sendo de difícil demonstração a intenção subjetiva de quem deixa de fazer algo que deveria⁹.

7 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizador Gustavo Tepedino 10 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 48. Na ocasião, o autor esclarece que “a voluntariedade do ato não se confunde com a intenção de causar o dano ou a consciência dele, que é elementar no dolo [...]”. No mesmo sentido: “Voluntariedade e injuridicidade, nessa ordem de ideias, são os pressupostos do comportamento do agente que o tornam responsável pelo dever de indenizar o prejuízo derivado de seu ato ilícito. Não há ato ilícito *stricto sensu* se não houver prejuízo para a vítima, mas também não haverá o dever de indenizar se o dano sofrido pelo ofendido não estiver conectado a um comportamento voluntário do agente”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil, volume 3, t. 2: dos atos jurídicos ilícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 32.

8 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil, volume 3, t. 2: dos atos jurídicos ilícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 32.

9 “Observa-se, ainda, que todas as modalidades abusivas descritas no §1º do art. 117 são dolosas, sendo que algumas delas (alíneas b e c) exigem do agente dolo específico. Em certos casos, o intento fraudulento ou predatório do controlador é facilmente dessumível dos fatos. Em outras hipóteses, porém, a prova do elemento subjetivo revela-se diabólica, a não ser recorrendo a presunções *hominis*, fundadas em indícios e circunstâncias; ou então admitindo, para efeitos civis, que a culpa grave ao dolo se equipara. COMPARATO, Fábio K.; SALOMÃO FILHO, Calix-

Diante disso, para que se chegue à responsabilidade por omissão convém iniciar pela identificação dos deveres atribuídos pelo ordenamento a uma determinada pessoa, a partir dos quais ela deve amoldar a sua conduta. Se o agir – ou não agir – é por definição livre, os limites a essa liberdade decorrem precisamente dos deveres postos pelo sistema legal como um todo. Nessa ordem de ideias, a omissão será ilícita apenas quando o sujeito que se omite tiver o *dever* de praticar um ato ou de agir ou proceder em determinado sentido.

No regime da Lei n. 6.404/76, a omissão aparece quando, por exemplo, a lei permite o direito de voto, pela parte prejudicada, com as ações pertencentes ao *acionista omissor*, quando signatários de acordo de acionistas (conforme previsão do artigo 118, parágrafo nono). Nesse caso haveria um dever de votar (em determinado sentido) assumido contratualmente, cujo não exercício autoriza os demais acordantes prejudicados a exercer o voto pelo acionista omissor. Trata-se de prerrogativa decorrente de um vínculo contratual específico, que nesse caso se forma muito em função dos objetivos políticos estabelecidos pelas partes, podendo a omissão ser prejudicial aos acordantes. Em matéria de responsabilidades, o artigo 165 da mesma lei, ao atribuir deveres aos membros do conselho fiscal, determina expressamente a sua responsabilização no caso de *omissão* no cumprimento desses deveres. Neste caso, a omissão decorre da falha no cumprimento de deveres atribuídos pela lei aos conselheiros fiscais.

Essas previsões não contribuem muito para a análise da omissão para fins de responsabilização do acionista controlador. Omissão essa que não vem expressamente prevista¹⁰, nem regulada, na lei do anonimato. Assim, a sua construção e a busca de respostas às questões postas no início devem partir do exame dos deveres atribuídos pela lei ao acionista controlador, e do próprio conceito de controle nas sociedades anônimas brasileiras.

Antes, porém, de passar a esse ponto, cabem algumas considerações sobre determinadas configurações do poder de controle nas sociedades anônimas que se mostram mais propícias à verificação de omissões no exercício do controle. Embora ainda se tenha dúvida sobre se essas omissões podem mesmo ser consideradas abusivas ou ilícitas, a ponto de gerar responsabilidade, a análise de algumas especificidades do controle conjunto parece contribuir para essa investigação, e por isso será feita a seguir.

to. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 339.

10 Salvo pela hipótese da alínea 'g' do parágrafo primeiro do artigo 117 da Lei n. 6.404/76, examinada mais adiante.

3. A OMISSÃO ABUSIVA E O CONTROLE CONJUNTO

O regime legal de responsabilidades do acionista controlador deve ser aplicado, indistintamente, ao controle individual¹¹ e ao controle conjunto¹², ambos previstos no artigo 116 da Lei n. 6.404/76. No entanto, como já se sustentou, o regime de responsabilidades estampado no artigo 117 tem sua aplicação mais evidente em relação ao controle individual, requerendo certa adaptação para apreender também os casos de controle conjunto¹³.

Quando agindo concertadamente, os acionistas integrantes de determinado grupo de controle, especialmente quando formado por acordo de voto, gozam de poderes maiores do que os correspondentes às ações com voto de que são titulares individualmente¹⁴. Isso porque o titular do poder de eleger a maioria dos administradores e de dirigir as atividades sociais e o funcionamento dos órgãos da companhia, nesses casos, é o próprio *grupo*, ou todos os seus membros votando em conjunto e em um determinado sentido por eles determinado. Justamente pela formação grupal, cada um de seus integrantes é alçado a um patamar de poder não atingido senão por uma ação conjunta.

Se por um lado pode ser mais simples a tarefa de imputar aos membros do grupo de controle os deveres estabelecidos em lei, o que pode ser feito considerando-os um a um, essa facilidade tende a não se repetir quanto o tema é a responsabilização do controlador por abuso no exercício do controle. Neste ponto, a questão que se põe diante de uma estrutura plural de poder é como amoldar a correspondência entre poder e responsabilidade, pretendida pelo legislador, nos casos de controle conjunto.

Ao formarem um grupo de controle de forma voluntária, os seus integrantes assumem o *status* de acionista controlador. Com isso, cada um deles

11 É o poder de controle exercido por uma só pessoa, natural ou jurídica, tal como previsto no *caput* do artigo 116 da Lei n. 6.404/76.

12 É o poder de controle exercido por um grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto ou sob controle comum, também previsto no *caput* do artigo 116 da Lei n. 6.404/76.

13 Cf. PATELLA, Laura Amaral. *Controle conjunto nas companhias brasileiras: disciplina normativa e pressupostos teóricos*. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. Tese de Doutorado em Direito Comercial – parte III, capítulo 11. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-11112015-105422/pt-br.php>>. Acesso em 09.02.2020.

14 Essa constatação fica relativizada no caso dos chamados acordos de controle individual (entre um acionista majoritário e um ou mais minoritários), nos quais, a depender do grau de influência que os minoritários exercerem, pelo acordo, sobre o majoritário pode haver apenas uma limitação ao poder individual do controlador ou pode-se chegar a uma situação de controle conjunto. Sobre o tema, cf. PATELLA, Laura Amaral. *Controle conjunto nas companhias brasileiras: disciplina normativa e pressupostos teóricos*. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015, pp. 99 e ss. Tese de Doutorado em Direito Comercial – parte III, capítulo 11. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-11112015-105422/pt-br.php>>. Acesso em 09.02.2020.

passa a gozar de determinados poderes e, em contrapartida, assume deveres e responsabilidades atribuídos pela lei. Não obstante esses deveres e responsabilidades possam não coincidir, perfeitamente, com aquilo se poderia conceber como sua *parcela de poder* na companhia. Significa dizer que, embora a titularidade do controle seja conjunta, cada um e todos os membros do grupo controlador são tidos como controladores. Logo, a vinculação estabelecida contratualmente pelos membros do grupo de controle para o exercício de poderes empresariais levaria a um agrupamento desses sujeitos inclusive para fins da sua responsabilização.

Essa construção decorre da necessidade, antes mencionada, de se adaptar a disciplina da responsabilidade do acionista controlador, estabelecida na Lei n. 6.404/76, ao controle conjunto, tendo-se constatado ter sido ela delineada considerando apenas o controle individual.

Não se duvida que, “[o]nde há poder, existe sempre a possibilidade de sua degeneração, do seu desvirtuamento, do seu emprego disforme a caracterizar o abuso”¹⁵. Assim também quando o poder está configurado de forma conjunta, quando há associação de múltiplos sujeitos para o exercício do controle em uma determinada companhia. Quiçá até com maior probabilidade, em razão do maior número de pessoas potencialmente sujeitas a praticar tais abusos.

A necessária unidade do poder de controle¹⁶ impede que o controle, mesmo quando conjunto, seja considerado de maneira fracionada, de forma que cada parcela de poder seja atribuída a um membro do grupo e, dessa forma, lhe seja imputada a correspondente *fatia* de responsabilidade. Dito de outra forma, a correspondência entre poder e responsabilidades no controle conjunto só é possível quando considerado o poder de controle em sua *unidade*, e o grupo controlador como um ente único e coletivo, embora não personalizado.

Ocorre que o abuso de poder¹⁷, no controle conjunto, pode decorrer de conduta de um único membro do grupo controlador, de alguns ou de todos

15 ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de Minoria em Direito Societário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 30.

16 O poder de controle é “originário, uno ou exclusivo, e geral” (COMPARATO, Fábio K.; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 41). No mesmo sentido, Motta afirma ser o poder de controle um poder “soberano, por definição”, e “necessariamente único e exclusivo” (MOTTA, Nelson C. *Alienação e titularidade do poder de controle nas companhias abertas – notas sobre a transferência de ações entre participantes do grupo controlador e sobre a interpretação do art. 254 da Lei das S.A.* *Revista Forense*, vol. 324, pp. 81-87, out./nov./dez., 1993).

17 Comparato entende ser mais adequado falar em “abuso de funções, e não de poderes, em matéria de controle societário”, haja vista ser o controlador “titular de uma função legal determinada”. O mesmo autor entende por função o “poder atribuído pela ordem jurídica para a realização de interesses alheios ao seu titular” (COMPARATO, Fábio K. *Controle conjunto, abuso no exercício*

deles. A imputação da responsabilidade nesses distintos cenários dependerá sempre da natureza do abuso, sendo certo que tal natureza pode ser mais ou menos fácil de ser detectada.

Perante a companhia, uma vez que a vontade do grupo se manifesta de forma unificada e sempre no mesmo sentido, em regra eventual abuso alcançará o ente social dessa maneira, *como um só ato atribuível ao grupo*. A assunção, aqui, é a de que se trata de abuso exercido em virtude dos poderes *do grupo*, e não de um sujeito apenas, ainda que dele integrante. Sendo assim, a todos e a cada um dos acionistas controladores, integrantes do acordo de controle conjunto, se poderá imputar eventual abuso devidamente caracterizado e provado, e as correspondentes responsabilidades. Sempre de forma conjunta.

Essa solução consiste, pois, em atribuir, como regra, eventual responsabilidade ao grupo controlador, que passaria a figurar em um dos polos da linha imaginária da causalidade traçada para conectá-lo ao evento danoso, por sua unidade. Para isso, deve ser rigorosamente caracterizado o controle do tipo conjunto e examinada a natureza do abuso praticado em cada caso, sendo imputável ao grupo somente os casos em que o abuso decorrer da atuação conjunta dos controladores perante a companhia.

A par dessa solução, aplicável ao grupo em sua perspectiva externa, internamente, a forma como organizado o processo decisório no âmbito do grupo de controle poderá permitir, em cada caso, o direcionamento do nexos causal para quem efetivamente praticou o abuso e deu causa ao dano. Veja-se o caso dos abusos relacionados ao direito de voto. Pela face externa de atuação do grupo controlador, o exercício desse direito se apresenta em um só sentido, na medida em que o acordo de controle estabelece o exercício do voto por todos os acordantes em sentido único, sendo que, como regra, se poderia imputar a responsabilidade por eventual abuso ao grupo. No seu interior, todavia, por vezes será possível perseguir o caminho da tomada de decisões de forma a identificar, com precisão, quem efetivamente tomou a decisão abusiva, eximindo os demais das responsabilidades. Para isso é importante o registro em ata de reunião prévia, caso exista, ou por qualquer outro instrumento das eventuais absenções e dissidências, justamente para que se possa demonstrar esse caminho e proceder com esse direcionamento das responsabilidades de maneira adequada.

Toda essa linha de raciocínio destina-se a viabilizar, pela via interpretativa, a aplicação do regime de responsabilidades dos controladores às situações

do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial. In _____. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 92).

em que conformado o controle conjunto. Essa conclusão, naturalmente, comporta exceções, notadamente aquelas em que, pela natureza do abuso, sua imputação, mesmo externamente, deve ser feita diretamente a um ou alguns dos membros do grupo controlador apenas. É o caso, por exemplo, das hipóteses de exercício abusivo do controle previstas nas alíneas 'e', 'f' e 'h' do parágrafo primeiro do artigo 117 que, por não decorrerem de deliberações dos acionistas, podem muito bem ser praticadas por um só dos integrantes do grupo de controle.

A mesma lógica deveria se aplicar nos casos de omissão. No controle conjunto, as circunstâncias fáticas parecem tornar o cenário mais propício a abstenções ou à não ação. Isso porque, por ser esse tipo de controle caracterizado pela titularidade do poder por um grupo de pessoas, na medida em que haja qualquer sorte de desentendimento, ou de impasses – muito próprios de formações coletivas como essa –, aumentam as chances de os envolvidos deixarem de praticar algum ato ou de tomar determinadas decisões, em uma atitude que pode gerar prejuízos à companhia e aos demais acionistas.

Se por um lado a formação plural do controle pode criar um sistema de freios e contrapesos intragrupo, na medida em que, exceto nos casos em que todos os integrantes estão imbuídos do mesmo espírito abusivo, e engajados na prática ilícita, pode-se esperar dos não envolvidos que de alguma forma controlem ou fiscalizem os abusos praticados ou pretendidos pelos demais; por outro, o só fato de se tratar de um conjunto de pessoas faz surgir um ambiente favorável a impasses capazes de provocar uma inação no âmbito do controle, que se mostre lesiva.

Uma primeira questão que surge dessa constatação é se tal inação, ou as omissões decorrentes de impasses ou desavenças no grupo de controle, podem ser consideradas *voluntárias*, ou se seriam decorrências indesejadas de uma determinada conjuntura litigiosa. Lembrando que essa voluntariedade é fundamental para que a omissão possa caracterizar um ato ilícito passível de reparação, tal como prescreve o regime legal vigente¹⁸.

A outra questão que se segue a essa é se, assumindo a verificação dessa voluntariedade, a omissão poderia ser considerada abusiva. Especialmente porque a responsabilidade do acionista controlador, no regime da Lei n. 6.404/76, decorre do exercício abusivo do poder de controle. Eventuais dissidências ou desentendimentos no grupo de controle podem levar a um travamento na to-

¹⁸ Em vista do disposto no artigo 186 do Código Civil cc. o artigo 117 da Lei n. 6.404/76 que, como ensina Comparato, são todas hipóteses dolosas (COMPARATO, Fábio K.; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 339).

mada de decisões, ou mesmo a maior descuido no cumprimento das funções e deveres pelos acionistas controladores, podendo de tal omissão resultar prejuízos à companhia, aos não controladores e a terceiros. Estariam os controladores *abusando do seu poder* quando, nesses casos, deixarem de praticar atos próprios do controlador, em cumprimento aos deveres que a lei lhes impõe? O só fato de, dessa omissão, resultar um dano, combinado com a atribuição de deveres pela lei ao controlador, bastaria para caracterizar a abusividade enquanto pressuposto da responsabilidade do acionista controlador?

É interessante a observação da doutrina segundo a qual “[...] se o controle é comum, deve ser ele exercido, nas diferentes instâncias deliberativas da companhia, de maneira adrede organizada. Permitir que a existência de dissídio no seio do bloco de controle traga uma conturbação na vida societária, com grave e irreversível prejuízo para o interesse social, será um contrassenso, dada a grave responsabilidade imposta pela lei aos controladores na condução do processo societário, demandando, destarte, uma uniformidade de orientação entre os participantes do grupo”¹⁹. Nessa linha, está parecendo que, ou bem se admite que a só omissão decorrente de um dissídio no grupo de controle pode ser considerada em alguma medida voluntária e abusiva, se dela decorrer um prejuízo que possa ser demonstrado e conectado à omissão em questão, permitindo-se a reparação; ou bem as situações a essa semelhantes ficarão todas à margem da disciplina da responsabilidade do acionista controlador, devendo ser solucionadas com outros remédios.

Examinando-se a questão por outra perspectiva, pode-se constatar que, no controle conjunto, de forma semelhante com o que acontece na sociedade controladora, o propósito ou o fim para o qual foi formado o grupo controlador é, precipuamente, o próprio exercício do poder de controle, o qual deve ser sempre conduzido respeitando o interesse da companhia. Com efeito, o não exercício do controle, desde que pontual²⁰, representaria a *falência* da organi-

¹⁹ LEÃES, Luiz Gastão P. de B. *Novos Pareceres*. São Paulo: singular, 2018, p. 266.

²⁰ Diz-se pontual pois o não exercício permanente levaria, no limite, à perda do controle, vez que a alínea 'b' do artigo 116 da Lei n.6.404/76 estabelece como requisito para qualificação do acionista controlador enquanto tal o uso efetivo dos poderes para orientar a empresa e os seus órgãos. E, não havendo controle, por imposição lógica, não há que se falar em abuso de controle, embora, naturalmente, possa se cogitar de outras formas de abuso, associadas, então, ao papel de acionista. Em sentido contrário, há quem entenda que as alíneas do artigo 116 seriam alternativas, ou que bastaria a titularidade permanente da maioria do capital votante e o poder de eleger a maior parte dos administradores para que se verifique o controle. Veja-se, nesse sentido, a advertência de Comparato: “A exigência do uso efetivo do poder ‘para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia’ somente se compreende, como elemento integrante da definição do controlador, em se tratando de controle minoritário. Neste, com efeito, o titular de direitos de sócio que lhe assegurariam a preponderância nas deliberações sociais, em razão da dispersão acionária, pode manter-se ausente

zação para o controle conjunto, resultante da incapacidade ou ineficiência dos membros do grupo na formação e implementação da vontade coletiva dos controladores, e na condução efetiva das atividades sociais. Nesses casos se poderia considerar a omissão intencional, mesmo que a intenção inicial dos controladores seja a de exercer o controle, para bem de cumprir com o seu objetivo ao vincular-se por um acordo de controle, assumindo que essa intencionalidade decorreria justamente dos desentendimentos ou das falhas no processo decisório interno do grupo.

Nessas situações ter-se-á que apurar, em cada caso, se essa falência, total ou parcial, na formação do grupo de controle e no seu funcionamento resultam em uma efetiva perda de controle, quando não mais forem preenchidos os requisitos das alíneas 'a' e 'b' do artigo 116 da Lei n. 6.406/76; ou apenas no descumprimento, por omissão, dos deveres que a lei atribuiu ao acionista controlador, caracterizando portanto uma omissão lesiva ou abusiva, passível de reparação na medida em que dela resultar um dano.

4. OS DEVERES E AS RESPONSABILIDADE DO ACIONISTA CONTROLADOR

O reconhecimento do controlador como uma “categoria jurídica formal”²¹, inaugurado pela lei de 1976, decorre da escolha do princípio majoritário como regra geral da formação da vontade social. À maioria do capital foi conferido o poder deliberativo no plano mais elevado da estrutura orgânica hierarquizada das sociedades anônimas, uma vez que as decisões de maior relevância são tomadas em assembleia de acionistas pela maioria de votos dos presentes, sendo que a cada ação ordinária²² a lei atribuiu um voto.

A figura do controlador surge na medida em que se constata uma maioria constante, que acaba por revelar uma nova instância decisória, formada por uma só pessoa, natural ou jurídica, ou por um grupo de pessoas vinculadas por

das assembleias gerais, perdendo com isso, de fato, o comando da empresa. Já no controle do tipo majoritário, porém, o desuso ou mau uso do poder não é elemento definidor do status, pois ainda eu o controlador afete desinteressar-se dos negócios sociais, não pode arrear o fato de que o poder de comando se exerce em seu nome, ou por delegação sua, o que a tanto equivale”. COMPARATO, Fábio K.; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 74.

21 TEIXEIRA, Egberto L.; GUERREIRO, José Alexandre T. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, vol. 1. São Paulo: Bushatsky, p. 293.

22 Também as ações preferenciais possuem direito de voto, conforme previsto no artigo 111 da Lei n. 6.404/76, sendo que a lei permite que estatuto deixe de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias, inclusive o de voto, ou conferi-lo com restrições, desde que mediante a conferência de outras vantagens aos seus titulares.

acordo de voto ou sob controle comum. Essa realidade foi descrita no artigo 116 da Lei n. 6.404/76 que, justamente por retratar um *poder de fato*, refere a *permanência* e o *uso efetivo* como elementos caracterizadores do poder de controle. Quer dizer, o controlador é a pessoa ou o grupo de pessoas que, permanentemente, elege a maior parte dos administradores e faz uso do poder que a titularidade da maior parte do capital lhe confere para efetivamente dirigir a companhia.

Essa instância, enquanto nascente do poder decisório, é assim apreendida pelo legislador para que tal poder seja devidamente disciplinado, protegendo-se a estrutura societária e empresarial como um todo, especialmente em virtude da multiplicidade de interesses. Como bem dito na Exposição de Motivos, “é de todos sabido que as pessoas jurídicas têm o comportamento e a idoneidade de quem as controla, mas nem sempre o exercício desse poder é responsável”. Eis a razão e o objetivo dos deveres e responsabilidades do acionista controlador.

Para o tema da responsabilidade por omissão, é importante ter presentes os deveres e as responsabilidades atribuídos pela lei ao acionista controlador, com a intenção de relacioná-los com os casos de omissão no exercício do poder de controle, para estabelecer os seus contornos.

4.1. DEVERES DO ACIONISTA CONTROLADOR

Está claro na Lei n. 6.404/76 que o acionista controlador *deve* usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem *deveres e responsabilidades* para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses *deve lealmente* respeitar e atender (artigo 116, parágrafo único). Trata-se de um poder cujo uso, por seu titular, foi enquadrado em determinados limites, uma vez que o seu exercício produz efeitos sobre a própria companhia, os demais acionistas e *stakeholders* de um modo geral, a quem a lei conferiu especial proteção.

A regra do parágrafo único do artigo 116 estabelece, assim, um *dever geral* ao acionista controlador²³. Com isso, ao mesmo tempo em que confere a elasticidade necessária para apreender distintas realidades empresarias e diversas configurações do poder de controle, apresenta dificuldades para sua concretização, típicas de comandos legais indeterminados como esse.

23 “Diferentemente da técnica adotada em relação aos administradores (artigos 153 a 157), Lei n. 6.404, de 1976, não especificou categorias e deveres fiduciários atribuídos ao controlador. O dispositivo que trata dos padrões de conduta desse acionista é uma cláusula geral que comporta uma série de obrigações”. Processo Administrativo Sancionador CVM n. RJ2012/1131, voto da Diretora-Relatora Luciana Dias, em 26.05.2015.

A regra inicia prescrevendo um *dever de usar o poder* com determinadas finalidades por ela estabelecidas. Em seguida, elenca os destinatários desse dever e das responsabilidades que dele decorrem – os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e a comunidade em que atua. Por fim, determina um dever de *lealmente* respeitar e atender os *interesses* desses destinatários.

Alguns doutrinadores, partindo dessa previsão, identificam o que seriam verdadeiros deveres fiduciários do acionista controlador²⁴, originados em teorias baseadas na separação da propriedade e do controle e na gestão de bens e direitos alheios, a partir dos quais o controlador assumiria uma posição fiduciária, de confiança, perante os demais envolvidos na atividade empresarial²⁵.

Segundo Calixto Salomão Filho, “nos sistemas societários, em geral, é o administrador que tem seus deveres qualificados como fiduciários. É ele que administra o patrimônio alheio, assumindo, portanto, funções semelhantes às do credor fiduciário nos negócios fiduciários. Daí porque ser assemelhado, em especial nos sistemas de *common law*, ao *trustee*. Ocorre que, em função da realidade societária acima descrita [de controle concentrado], o controlador é o administrador por excelência do patrimônio alheio. Em especial no direito brasileiro, onde, além de determinar seu destino último, também o administra na prática. É natural, portanto, que a lei cerque o exercício de funções de deveres fiduciários”²⁶.

Os deveres baseados na confiança são mais evidentes na relação entre administradores e acionistas, exemplo clássico das chamadas *relações de agência*. Não obstante também entre acionistas controladores e não controladores esse

24 Nesse sentido, cf. CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial III – Sociedades Anônimas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, pp. 547 e ss.

25 “Conforme indicado na exposição de motivos da lei, a atribuição ao controlador de um status diferente daquele dos demais acionistas buscou aproximar a norma então instituída à realidade econômica subjacente, reconhecendo como um centro de poder aquele acionista capaz de, nos termos do caput do art. 116, ‘dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia’. Esse reconhecimento é acompanhado da imposição de deveres fiduciários ao titular do poder de controle que, ao exercê-lo e ao determinar os rumos das atividades sociais, acaba por dispor do patrimônio de terceiros investidores”. Processo Administrativo Sancionador CVM n. RJ2012/1131, voto da Diretora-Relatora Luciana Dias, em 26.05.2015 (grifos no original).

26 SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*, 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 170. Wiedemann, examinando o conteúdo dos deveres fiduciários (*fiduciary duties*) nos Estados Unidos, refere a tripartição desses deveres em *duty of care*, *duty of loyalty* (que seria o dever fiduciário em sentido estrito) e *duty of good faith*. WIEDEMANN, Herbert. *Vinculos de lealdade e regra de substancialidade: uma comparação de sistemas* (trad. Do texto original ‘Treibundungen und Sachlichkeitsgebot: ein Systemvergleich’ de Otto Carlos Vireira Ritter von Adamek) In ADAMEK, Marcelo V. v. (coord). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos. Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 147.

tipo de relação se desenvolva e tenha sido reconhecida, assim como os problemas dela decorrentes (os chamados *agency problems*)²⁷.

Há, no entanto, uma distinção importante, especialmente para fins da análise da responsabilidade do controlador por omissão. Pela lógica do direito das companhias, os administradores são eleitos, empossados, assumem funções por determinado período, tem obrigações e responsabilidades impostas pela lei. Ao passo que o controlador, ainda que de fato administre patrimônio alheio, podendo ser considerado *agente* em relação aos acionistas não controladores, assume essa posição por sua vontade, ao exercer determinados poderes que decorrem da titularidade permanente de um número mínimo de ações com voto.

Neste ponto, indaga-se se, ao assumir essa posição, o acionista controlador assume efetivamente um *dever ativo* ou um *dever de agir*. Justamente em virtude da assunção da condição de controlador de bens alheios, cujas decisões poderão gerar efeitos sobre a esfera jurídica de outros acionistas, da própria companhia e de terceiros, surgiria para o controlador um dever de ação. Nesse sentido, Comparato lembra que “na verdade, controle não é apenas poder sobre bens, mas também sobre homens, sobre a atividade ou a esfera de interesses de empregados, de outros acionistas, titulares de valores mobiliários emitidos pela companhia, de credores sociais, fornecedores e consumidores”²⁸. Essa noção parece ser precisamente aquela alcançada pela disposição do parágrafo único do artigo 116. Nessa linha, o alcance dos efeitos decorrentes do exercício do poder de controle seria capaz de gerar, sim, um dever ativo do controlador.

Os chamados deveres fiduciários do acionista controlador poderiam ser considerados, pois, a nascente desse dever ativo, base para que os atos omissivos passem a ter relevância jurídica, podendo gerar responsabilização. Ao adquirir o *status* do controlador, e titular um poder-função, com efeitos sobre diversos outros sujeitos e interesses que estarão, direta ou indiretamente, sob as influências do seu poder de comando, surge de parte desses sujeitos uma con-

27 “[...] three generic agency problems arise in business firms. The first involves the conflict between the firm’s owners and its hired managers. Here the owners are the principals and the managers are the agents. The problem lies in assuring that the managers are responsive to the owners’ interests rather than pursuing their own personal interests. The second agency problem involves the conflict between, on one hand, owners who possess the majority or controlling interest in the firm and, on the other hand, the minority or noncontrolling owners [...]”. ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *Agency problems and legal strategies*. In KRAAKMAN, Reinier; ARMOUR, John; DAVIES, Paul; ENRIQUES, Luca; HANSMANN, Henry; HERTIG, Gerard; HOPT, Klaus; KANDA, Hideki; PARGENDLER, Mariana; RINGE, Wolf-Georg; ROCK, Edward. *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*. 3rd Ed. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 29-30.

28 COMPARATO, Fábio K. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 104.

fiança e determinadas expectativas em relação ao controlador²⁹. De modo que não controlar, ou omitir-se no exercício de suas funções, por representar uma quebra de confiança, além do descumprimento dos deveres atribuídos ao acionista controlador pela lei, poderia gerar responsabilidade pelos danos causados.

Com isso não se quer dizer que quem seja titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maior parte dos administradores (artigo 116, *caput*, alínea 'a') está obrigado a usar efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia (artigo 116, *caput*, alínea 'b'). Ou, em outras palavras, que esteja obrigado ser controlador e a exercer o controle³⁰. O que a lei prevê é a atribuição do *status* de acionista controlador a quem, sendo titular dos referidos direitos de sócio, por sua vontade efetivamente use seus poderes para orientar o funcionamento da companhia.

O surgimento de um dever ativo do controlador mencionado acima tem como premissa a assunção voluntária desse *status* por uma pessoa ou um grupo de pessoas. Vale dizer, àquele que preenche os requisitos do artigo 116 da Lei n. 6.404/76 e, portanto, é considerado acionista controlador, por gerar uma relação de confiança e legítimas expectativas em terceiros, relativamente à posição e às funções que assume, se pode exigir um *dever ativo de controle*, conforme as finalidades e em respeito aos interesses dos destinatários protegidos pela lei.

Se isso é verdade, então se dá um passo adiante no sentido da possibilidade de responsabilização do acionista controlador por omissão. Isso porque, se há esse dever ativo, a omissão no exercício do controle pode ser considerada ilícita, sendo passível de reparação na medida em que dela decorrerem prejuízos à companhia ou a terceiros.

29 “O poder de controle, segundo autoriza a doutrina, é uma espécie de poder-dever, de direito-função, e pressupõe o exercício das prerrogativas de controlador segundo a obrigação da consecução de algumas finalidades. A noção de poder-dever foi desenvolvida pelos estudiosos do direito público. Por tal categoria se pode compreender que o exercício do poder não é uma faculdade, mas sim um atuar segundo um imperativo legal, é o exercício de uma prerrogativa, com fundamento legal, dirigida a concreção de uma finalidade. A principal obrigação atinente ao exercício do poder de controle está lastreada na redação do parágrafo único do art. 116 da LSA”. Processo Administrativo Sancionador CVM RJ n. 2008/1815, voto do Diretor-Relator Eli Loria, em 28.04.2009.

30 Nesse sentido: “Sobre a questão do abuso de controle, é de se notar que, no Brasil, da titularidade de mais de 50% das ações com direito a voto, não resulta a obrigação de exercício do controle. Aliás, a caracterização do acionista controlador exige não só a titularidade dessa quantidade de ações com direito a voto, mas o exercício dos direitos de sócio respectivos, de modo a orientar os negócios sociais”. Processo Administrativo Sancionador CVM n. 28/03, voto do Diretor-Relator Wladimir Castelo Branco Castro, em 24.10.2006. Em sentido contrário, cf. COMPARATO, Fábio K.; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 74.

Ainda assim, se o controlador tem apenas a faculdade de atuar como tal, afigura-se legítima e admissível eventual decisão por não exercer o controle, daí não decorrendo qualquer responsabilidade. Dito de outra forma, a omissão em controlar a companhia não se identifica com a omissão no exercício do controle, só desta última podendo decorrer uma responsabilidade.

Outro cuidado, talvez ainda mais flagrante, que se deve ter ao tratar do assunto decorre do fato de que, não obstante desempenhe um poder-função, e diferentemente dos administradores, o controlador não tem atribuições ou competências específicas estabelecidas em lei ou mesmo no estatuto. A função exercida decorre justamente do poder de eleger a maior parte dos administradores e de influenciar na condução das atividades sociais. Disso decorre enorme dificuldade em concretizar esse dever ativo e, por conseguinte, identificar os casos de omissão ilícita.

4.2. RESPONSABILIDADE DO ACIONISTA CONTROLADOR

O poder de controle, enquanto *poder de fato*, se manifesta de maneira complexa, por uma série de atos praticados pelo acionista controlador no exercício de suas funções, no mais das vezes em diversas frentes e instâncias da atividade empresarial. Seja no âmbito das assembleias gerais de acionistas, quando exerce o direito de voto; seja na direção das atividades sociais ou na orientação do funcionamento dos órgãos da companhia, como bem apreende o artigo 116 da Lei 6.404/76. As decisões e interferências do acionista controlador podem ser cotidianas, mais ou menos frequentes, mas raramente isoladas ou pontuais, variando conforme o caso. Como não há propriamente funções ou competências atribuídas pela lei ao controlador, este atua conforme a sua vontade e disposição para participar do processo decisório em virtude dos poderes de que é titular, podendo interferir inclusive do dia a dia da empresa.

Essas variações naturais das manifestações de poder nas sociedades anônimas e no papel do controlador desafiam constantemente os limites impostos pela lei, da mesma forma como dificultam a caracterização dos abusos. A identificação de um determinado ato abusivo, ou conjunto de atos, e da sua conexão com determinados prejuízos, nessa realidade de manifestações contínuas e variantes de poder, pode ser muito difícil, senão impossível. Especialmente a um acionista que não integra a estrutura de controle, a quem via de regra interessa perseguir tal responsabilização, e que naturalmente está distante dos fatos a ponto de não conseguir colher provas suficientes para caracterizar o abuso que por vezes saltam-lhe aos olhos.

A par dessa dificuldade, que se poderia remediar com eventual inversão do ônus probatório, o artigo 117 da Lei n. 6.404/76 apresenta, em seu parágrafo primeiro, um elenco não exaustivo do que seriam manifestações de exercício abusivo do poder de controle, consoante entendimento pacífico entre os doutrinadores³¹. A ideia por trás da lista demonstrativa é justamente garantir uma disciplina elástica, que ao invés de restringir a responsabilização a determinadas condutas previamente listadas e consideradas ilícitas, deixa o campo aberto à identificação de outras situações que resultem do exercício abusivo do controle praticado das mais diversas formas. Trata-se de claro esforço do legislador de tentar, assim como faz com a definição de acionista controlador prevista no artigo 116, apreender uma realidade dinâmica, acomodando diversas combinações de estruturas e poderes e ampliando o campo de aplicação dos remédios legais.

Não obstante os reiterados anúncios de que se trata de um rol exemplificativo, na prática são raros os esforços para caracterização do abuso no exercício do controle a partir da construção de hipóteses distintas das elencadas na lei. Inclusive, na maioria dos casos, os argumentos, tanto de autores como de réus (ou acusação e defesa, nos casos administrativos), giram em torno de alegações sobre as hipóteses do parágrafo primeiro do artigo 117, por vezes tentando a qualquer custo enquadrar condutas que parecem, à primeira vista, reprováveis, mas que não coincidem com nenhuma dessas previsões do artigo em questão. Quando isso, como se sabe, não é um requisito para a reparação do dano, desde que a conduta seja devidamente descrita e provada, individualizando-se e identificando-se com rigor o seu autor, o nexos causal e o dano.

No que concerne à responsabilidade do controlador por omissão, invariavelmente uma situação fática dessa ordem deveria ser enquadrada em hipótese outra de exercício abusivo do controle que não aquelas previstas no parágrafo único do artigo 117. Isso porque tais hipóteses são, todas elas, comissivas³², à exceção da previsão da alínea 'g', segundo a qual o ato de *deixar de apurar* denúncia que saiba ou devesse saber precedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade, é considerado modalidade de exercício abusivo do poder

31 Nesse sentido, cf. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada – Volume II*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 248.

32 Comparato refere que não há hipóteses omissivas, com o que concorda Carvalhosa, nos seguintes termos: "As práticas enunciadas no art. 117 da Lei Societária são comissivas, não contemplando as omissivas. Estas devem ser identificadas com base no dever de diligência, que é o próprio fundamento do exercício do poder-dever de controle". CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial III – Sociedades Anônimas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 561. No entanto, parece claro que a previsão da parte final da alínea 'g' do parágrafo primeiro do artigo 117 em exame refere, sim, uma omissão abusiva do controlador.

de controle. A previsão parece referir-se à situação em que o controlador deixa de agir, representando claramente uma omissão³³. Do que se pode concluir que o legislador teria admitido que outras hipóteses de responsabilidade por omissão, como essa, poderiam ser consideradas abuso de controle para fins de reparação. Elas devem, contudo, ser claramente identificadas e descritas por quem pretenda alegá-las, além de provadas.

A dificuldade, no caso de omissão, está em "se caracterizar precisamente o momento a partir do qual a omissão do acionista controlador é repreensível"³⁴, o que deve ser feito caso a caso, podendo se identificar desde logo alguns instrumentos para tanto, como se verá a seguir.

5. A RESPONSABILIDADE DO ACIONISTA CONTROLADOR POR OMISSÃO: PRIMEIRAS CONCLUSÕES

À primeira vista, a lógica do poder de controle, enquanto poder de fato, poderia levar à conclusão de que determinado acionista ou grupo de acionistas tem plena liberdade para decidir controlar ou não uma empresa, desde que tenha os atributos para tanto. Sendo que, toda vez o fizesse, ou seja, que decidisse exercer o controle, deveria observar os deveres prescritos no parágrafo único do artigo 116 da Lei n. 6.404/76. Essa exegese, no entanto, permitiria ao controlador um *não agir* indiscriminado.

Nessa linha, o controlador que porventura não exercesse o controle em realidade correria apenas o risco de perder o controle, uma vez que a condição de acionista controlador depende do uso efetivo e permanente do poder de comando. É claro que isso só ocorreria se a omissão se propagasse no tempo, ocasionando a perda do requisito da permanência e do uso efetivo dos poderes, previstos no artigo 116 e já examinados.

Essa conclusão não resolveria boa parte das questões associadas à responsabilidade por omissão, na medida em que, sob essa perspectiva, não são solucionados os casos – talvez os mais frequentes na prática – em que a omissão se dá de maneira pontual, sem o condão de descaracterizar de modo definitivo o poder de controle.

33 Nesse sentido, cf. Processo Administrativo Sancionador CVM n. 18/2010, voto da Diretora-Relatora Ana Dolores Moura C. de Novaes, em 26.11.2013. Cf. também EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada – Volume II*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 259.

34 Cf. Processo Administrativo Sancionador CVM n. RJ2015/10677, voto do Diretor-Relator Henrique B. Machado Moreira, em 07.02.2017. No mesmo sentido, cf. Processo Administrativo Sancionador SEI n. 19957.004309/2016-73 (Reg. Col. 0463/16), voto da Diretora-Relatora Flávia Perlingeiro, em 02.12.2019.

Para esses casos, a existência de um dever ativo do controlador, já examinada, leva a crer que se poderia esperar e exigir uma *ação* do controlador, ao que corresponderia a prática de um ilícito no caso de omissão. Mas o que seriam atos esperados ou exigíveis do acionista controlador? Não tendo este um rol de competências ou atribuições estabelecidas em lei ou no estatuto social, como identificar o que ele *deveria fazer* enquanto controlador? Se poderia dele exigir tudo o quanto for necessário para a realização do objeto social ou para que a companhia cumpra a sua função social, ou o quanto necessário à preservação dos interesses dos demais acionistas e dos trabalhadores?³⁵

A vagueza dessas indagações é perigosa, na medida em que poderia gerar exigências desmedidas do acionista controlador, tolhendo-se excessivamente a sua autonomia no exercício do poder de controle, sem qualquer justificativa.

Não fosse pela função desempenhada pelos controladores e pelos deveres a que estão sujeitos, a mesma liberdade segundo a qual poderiam livremente decidir usar ou não o poder de controle, da qual já se tratou, poderia levar à constatação de que caberia ao próprio controlador, no exercício de seus poderes, a avaliação sobre quando agir e quando não agir no exercício dos seus poderes. De fato, se o acionista controlador é incumbido de exercer seus poderes “com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social”, não há como se ignorar que a esse sujeito ou ao conjunto de sujeitos que figuram como controladores são atribuídos poderes para a satisfação de interesses que não são necessariamente coincidentes com os seus. Bem por isso que o exercício do controle, parafraseando Lumia, não é confiado ao mero arbítrio daqueles que assumem o papel de controlador, mas à sua prudente discricionariedade³⁶. Em uma palavra, não há propriamente liberdade de controlar uma companhia, mas um *dever* que, nos termos da lei, respeita aos demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender (artigo 116, parágrafo único).

É certo que, aos controladores, não é imposta uma obrigação de resultado e, menos ainda, de garantia, para aqueles que enxergam essa categoria de maneira autônoma. Nas palavras de Comparato, “Não há dúvida de que o poder de apreciação e decisão sobre a oportunidade e a conveniência do exercício da

35 Outras questões trazidas em precedente da Comissão de Valores Mobiliários sobre o tema, complementares a estas, são: “[...] (i) quando o ‘não fazer’ é reprovável e quando ele é simplesmente uma conduta de respeito às instâncias internas de decisão da companhia?; e (ii) se um ‘não fazer’ é reprovável, o que deveria ter sido feito?”. Processo Administrativo Sancionador CVM n. RJ2012/1131, voto da Diretora-Relatora Luciana Dias, em 26.05.2015.

36 LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 115.

atividade empresarial, em cada situação conjuntural, cabe ao titular do poder de controle, e só a ele”³⁷. Nesse sentido, pode haver casos – e sem dúvida que os há à exaustão – em que a omissão no exercício do controle é lícita e aceitável.

Resta, sob essa perspectiva, estabelecer os critérios para discernir as hipóteses em que a omissão é efetivamente ilícita e, nessa medida, representa abuso no exercício (ou no não exercício) do poder de controle.

Atentando para essa preocupação, uma importante chave para destravar as questões sobre a responsabilidade do controlador por omissão pode estar no dever de *lealdade* atribuído pela lei societária brasileira ao acionista controlador. O já mencionado parágrafo único do artigo 116, em sua parte final, expressamente atribui ao controlador um *dever de lealmente respeitar e atender os direitos e os interesses* dos acionistas não controladores e de determinados terceiros ligados à companhia. Dever esse que, embora fortemente relacionado ao aspecto fiduciário do poder-função do controlador³⁸, tem contornos próprios que podem contribuir para a qualificação do dever ativo de controle³⁹.

A doutrina portuguesa, examinando a lealdade no direito privado, em seus aspectos mais basilares, decompõe-na em dois elementos: a previsibilidade da conduta e a sua correção⁴⁰, que parecem estar bastante alinhados com o

37 COMPARATO, Fábio K.; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 334.

38 Segundo Menezes Cordeiro, “A lealdade enquanto atributo esperado do gestor de bens alheios tem um conteúdo fiduciário”. Mais adiante, o jurista afirma que “[...] a lealdade traduz, por tradição, o papel da boa-fé (do sistema jurídico) no domínio societário” (*Direito das Sociedades I – Parte Geral*. 3ª ed. ampl. e atual. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 453 e 468).

39 Nesse sentido: “A teoria acerca do abuso de poder afirma que este acontece na hipótese em que o titular de uma prerrogativa legal utilizá-la de maneira a lesar interesse de terceiros, objetivando causar-lhe prejuízo, cerceando-lhes direitos ou buscando vantagens indevidas. A partir dessa concepção tem-se claro que o abuso do poder de controle, para além das hipóteses estabelecidas no art. 117, alcança a hipótese de quebra do dever de lealdade e de confiança imposto ao titular do poder de controle, segundo a já referida genérica dicção do parágrafo único do art. 116. Assim, na medida em que o controlador tenha exercido seu poder de modo a privilegiar determinados interesses, em detrimento dos demais interesses legalmente impostos; ou, especificamente, quando deixa de conduzir a empresa de acordo com o interesse social, fica caracterizado o abuso de poder de controle”. Processo Administrativo Sancionador CVM RJ n. 2008/1815, voto do Diretor-Relator Eli Loria, em 28.04.2009. No mesmo julgamento, ao examinar os deveres fiduciários do controlador, o então Diretor Marcos Barbosa Pinto refere que “Esse dever de fidúcia não é um contraponto à lógica do mercado, mas uma pré-condição para que o mercado de capitais funcione de maneira adequada. Nenhum investidor colocaria seu dinheiro sob o controle de terceiros desconhecidos se esses terceiros não fossem obrigados a perseguir, primordialmente, o interesse dos investidores”, finalizando por concluir que é exatamente isso o que prescreve o parágrafo único do artigo 116 da Lei n. 6.404/76.

40 “A previsibilidade está na base da confiança. Justamente por o interessado poder, subjetivamente, prognosticar a atuação futura de uma outra pessoa, surge, da parte dele, a convicção que permite a preferência, a entrega e o investimento. A pessoa imprevisível não é leal. O elemento subjetivo da prognose deve, todavia, ser completado com um fator objetivo: o da correção da conduta na qual se confia. Não se deve dizer que o criminoso compulsivo seja leal: e isso embora se possam prever os seus atos futuros. A verdadeira lealdade envolve a obser-

ordenamento societário brasileiro. De fato, a previsibilidade pode decorrer justamente do atributo de permanência no exercício do controle, de que trata a alínea “a” do artigo 116 da lei acionária, e que fornece uma base fática a partir da qual se pode delinear as condutas esperadas do controlador. Ao lado disso, pode-se dizer que a correção decorre dos deveres legais do controlador, assim como daqueles contratualmente estabelecidos, especialmente relevantes quando se está diante de controle conjunto por acordo de voto.

Esse dever de lealmente respeitar e atender direitos e interesses alheios, atribuído ao controlador pela lei brasileira de maneira explícita, se traduz pelo dever do controlador de, no exercício dos poderes de que é titular, levar em conta os interesses legítimos dos não controladores e de terceiros, e não apenas os seus⁴¹. Não é dizer que os interesses próprios não podem de alguma forma orientar a atuação do acionista controlador. Mas, sim, que este, no exercício do voto e do controle, tem deveres e interesses a tutelar, não podendo sacrificá-los em benefício próprio, sob pena de estar exercendo abusivamente a posição de comando e ter que reparar os danos causados.

A doutrina alemã também contribuiu para esse entendimento ao ensinar que “o dever de lealdade encontra-se de dois modos: uma vez como dever fiduciário típico de não desapontar a confiança nele depositada e, de outro lado, como dever típico de administrador de bens de não usar sua posição para perseguir interesses patrimoniais próprios. Os deveres se sobrepõem parcialmente, mas deveriam ser tratados separadamente, em razão das consequências jurídicas distintas”⁴². Embora se refira aos órgãos perante a sociedade, a lição se aplica ao controlador, por muitos considerado, na realidade empresarial brasileira, verdadeiro órgão social.

vância de bitolas corretas de atuação”. CORDEIRO, António M. *Direito das Sociedades I – Parte Geral*. 3ª ed. ampl. e atual. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 451-452.

41 Em um dos casos de responsabilidade do controlador examinados pela Comissão de Valores Mobiliários, em situação que se reconheceu haver controle conjunto por acordo de acionistas, foi dito que “O abuso de poder é frequente, sutil e prejudicial à minoria. Os acionistas controladores, ao deterem o comando da companhia, por meio da maioria absoluta dos votos nas assembleias e nos conselhos de administração, podem transformar interesses próprios e individuais em deliberações do conselho e da assembleia. O acionista controlador, pelas facilidades que tal poder propicia, pode confundir o interesse próprio com o da companhia que domina. E esse é o caso deste PAS. Assim entendo, pois me parece evidente que os controladores estavam agindo com o fim de atender interesses particulares, como se fossem ‘donos únicos’ da companhia [...]”. Processo Administrativo Sancionador CVM n. 18/2010, voto da Diretora-Relatora Ana Dolores Moura C. de Novaes, em 26.11.2013.

42 WIEDEMANN, Herbert. *Vínculos de lealdade e regra de substancialidade: uma comparação de sistemas* (trad. Do texto original ‘Treubindungen und Sachlichkeitsgebot: ein Systemvergleich’ de Otto Carlos Vireira Ritter von Adamek) In ADAMEK, Marcelo V. v. (coord). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos. Liber Amicorum* Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 149.

Mesmo que se conclua, por ora, que a responsabilidade do controlador por omissão advenha do dever de lealdade⁴³ a ele imputado expressamente pela lei, por se tratar de dever amplo, que não vem acompanhado da prescrição de condutas, segue sendo de difícil aplicação e especialmente pautado pelas particularidades de cada caso concreto.

À despeito disso, se se puder exigir do controlador esse comportamento leal relativamente a direitos e interesses de terceiros, e a Lei n. 6.404/76 não parece deixar dúvida quanto a isso, confirmar-se-ia o dever ativo do controlador e, mais do que isso, a possibilidade de responsabilizá-lo por omissão no exercício do controle. Pelas razões trazidas, a voluntariedade e a abusividade decorreriam da própria omissão no exercício do controle, sendo em alguma medida relativizadas em virtude das particularidades desse poder, e dos deveres atribuídos ao controlador. O mesmo não se pode dizer sobre (i) a caracterização da omissão, (ii) a individualização do seu autor, (iii) a demonstração do nexo de causalidade e (iv) a prova do dano. Esses requisitos, conforme o regime legal vigente, tanto no Código Civil quanto na Lei n. 6.404/76, devem ser rigorosamente demonstrados, sob pena de não se reconhecer a responsabilidade do controlador por omissão. Até porque qualquer sorte de relativização nesse sentido deveria ser tratada com muito cuidado, uma vez que, como regra, teria o controlador liberdade para exercer o controle e decidir quando agir e quando não agir, desde que observados os limites da lei⁴⁴.

43 Foi com base na identificação do dever de lealdade do acionista controlador que a Comissão de Valores Mobiliários, em voto da lavra da então Diretora Luciana Dias, entendeu que “[...] diferentemente de outros acionistas cuja responsabilidade por conduta omissiva me parece mais remota, tendo em vista a limitação dos mecanismos de que eles dispõem, quando se está tratando de conduta do acionista controlador, cujas ferramentas de atuação na condução do negócio social são mais amplas que o exercício do direito de voto, parece-me possível a configuração de responsabilidade por condutas omissivas”. Processo Administrativo Sancionador CVM n. RJ2012/1131, voto da Diretora-Relatora Luciana Dias, em 26.05.2015.

44 Neste ponto, outro aspecto do tema se apresenta, a partir da dúvida sobre se caberia, no tema da omissão do controlador, aplicar a regra da decisão empresarial. Mas como adequar essas noções, e a posição da Comissão de Valores Mobiliários sobre o tema, a um caso de omissão no exercício do controle? Pelas limitações deste artigo, essa questão não será aqui explorada, não obstante a sua relevância prática e teórica, a exigir posterior investigação.