

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 27

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2020

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Ana Frazão (UNB), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmen Tiburcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Monsèrié-Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto e Mariana Pinto (coordenadores). Guilherme Vinseiro Martins, Leonardo da Silva Sant'Anna, Livia Ximenes Damasceno, Mariana Campinho, Mariana Pereira, Mauro Teixeira de Faria, Nicholas Furlan Di Biase e Rodrigo Cavalcante Moreira.

PARECERISTAS DESTES NÚMERO: Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-Rio), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), Gerson Branco (UFRGS), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Fernanda Valle Versiani (UFMG), Jacques Labrunie (PUC-SP), Marcelo Féres (UFMG), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Rafael Vieira de Andrade de Sá (FGV-SP) e Raphaela Magnino Rosa Portilho (UERJ).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 27 (julho/dezembro 2020)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicado no segundo semestre de 2021.

AÇÕES SOCIETÁRIAS NA LEI Nº 6.404/76¹

CORPORATE SUITS IN BRAZILIAN CORPORATION LAW

*Gustavo Tavares Borba**

Resumo: O artigo analisa as principais características das ações de anulação de deliberação assemblear e de responsabilização de controladores ou administradores, focando especialmente nas externalidades desses tipos de ação, tendo em vista as disposições legislativas e a evolução da jurisprudência, bem como as características estruturais da relação societária e suas repercussões no direito processual.

Palavras-chave: Ações societárias. Ação de anulação de assembleia. Ação de responsabilização de controlador e administrador. Class actions.

Abstract: The paper analyzes the main characteristics of actions to annul resolutions passed in the general shareholder's meeting and civil liability actions against controllers, executive officers, and board members, particularly focusing on the consequences and externalities of these types of lawsuit, in view of the legislative provisions and the evolution of case law, as well as the structural characteristics of the corporate relationship and its repercussions on procedural law.

Keywords: Corporate class actions. Actions to annul resolutions passed in the general shareholder's meeting. Civil liability actions against controllers executive officers and board members. Class actions.

¹ Artigo recebido em 07.10.2021 e aceito em 19.11.2021.

* Doutorando e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Sócio do Escritório Tavares Borba Advogados Associados. E-mail: gustavo@tavaresborba.com.br

Sumário: Introdução. 1. Regras Gerais sobre Anulação de Atos Societários. Acertos da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. Recomendação de Redução dos Prazos de Prescrição da LSA. 3. Necessidade de Anulação da Deliberação de Aprovação de Contas para Propositura de Ação de Responsabilidade contra Administrador. Análise Crítica das Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 4. Do Caráter Peculiar da Definição dos Polos Passivo e Ativo da Ação Anulatória de Deliberação Assemblear – Proposta de Lege Ferenda. 5. Ação Proposta pelo Acionista da Controlada, como Substituto Processual Desta, Contra a Sociedade Controladora – Art. 246 da LSA. 6. Ação de Responsabilidade Contra Administrador – Art. 159 da LSA. 7. Class Action Societária – Breves Referências. Conclusão.

Introdução.

As ações societárias mais tradicionais são aquelas em que se pleiteia a anulação de deliberações assembleares ou a responsabilização de controladores (art. 117 e 246, da LSA) ou administradores (arts. 159 e 245, da LSA). Também se encontram muito em voga, pela influência da experiência americana, as ações coletivas pelas quais os acionistas buscam o ressarcimento de prejuízos que sofreram em decorrência de falhas da administração da companhia, especialmente informacionais.²

2 O estudo dessa ação coletiva, contudo, em virtude do espaço disponível, não será aprofundado no presente artigo, sendo apenas feitas breves considerações genéricas sobre o tema no último capítulo, antes da conclusão.

Praticamente todas as ações propostas por acionistas contra a sociedade, para discutir questões anulatórias ou de responsabilização de controlador, administrador ou da própria companhia, possuem consequências diferenciadas (quando comparadas às ações sobre relações contratuais de natureza cível ou empresarial não societária) e uma estrutura peculiar que demanda cuidados especiais. Afigura-se, aliás, altamente recomendável uma reforma legislativa para atribuir maior eficiência para essas modalidades de ações societárias, uma vez que a legislação atual é rarefeita no que se refere às ações anulatórias, e, quanto às ações de responsabilidade, embora as normas legais tenham sido muito bem elaboradas, constata-se uma evolução defeituosa da jurisprudência.

O caso mais emblemático dessa distorção na aplicação das regras da Lei nº 6.404/76 ocorreu no julgamento do processo conhecido como “Caso Petroquisa” (REsp nº 745.739/RJ), em que o acionista minoritário, como substituto processual da companhia (art. 246), propôs ação de responsabilidade contra o controlador em virtude de supostas irregularidades que teriam sido cometidas em prejuízo da companhia controlada, investindo, por conseguinte, seu tempo e o seu dinheiro para corrigir a situação disfuncional que teria prejudicado a sociedade da qual era acionista.

Nesse caso, como será melhor analisado no Capítulo 6, embora o autor da ação tenha obtido sucesso em 1ª e 2ª instâncias, o seu direito de receber o “prêmio” pecuniário previsto no § 2º do art. 246 da LSA³ foi obstado pela decisão do STJ, que entendeu que a incorporação promovida entre as companhias envolvidas no litígio (controladora e controlada) geraria confusão entre credor e devedor e, além disso (aí vem o problema!), obstaria o direito do acionista que ingressou com a ação e

3 “Art. 246. A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117 [...] § 2º A sociedade controladora, se condenada, além de reparar o dano e arcar com as custas, pagará honorários de advogado de 20% (vinte por cento) e prêmio de 5% (cinco por cento) ao autor da ação, calculados sobre o valor da indenização”.

o advogado que a patrocinou de receberem, respectivamente, o “prêmio” de 5% e os “honorários especiais de 20%”, tal como previsto na Lei nº 6404/76, com o que foi destruído por completo os incentivos à propositura da ação que estão previstos no art. 246 da LSA, cujo objetivo seria promover um ambiente mais saudável no mercado de capitais brasileiro, por meio do estímulo à propositura de ações contra irregularidades praticadas nesse ambiente.

Por outro lado, convém ressaltar que, no que se refere às nulidades societárias, a Jurisprudência caminhou muito bem, uma vez que, seguindo as clássicas lições de Miranda Valverde e Alfredo Lamy Filho, vêm se posicionando, desde a última década do século passado, de forma bastante consistente e técnica sobre o assunto, no sentido de que as nulidades no ambiente societário são sempre (ou quase sempre) relativas e sujeitas aos prazos de prescrição e decadência previstos nos arts. 285, 286 e 287 da LSA.

Nesse contexto, a importância do estudo do tema decorre de que, na apreciação em Juízo dessas questões societárias, impõem-se uma análise mais profunda sobre as peculiaridades relativas à dinâmica societária (e conseqüentemente ao direito societário), em especial quanto à influência dessas características especiais nas soluções juridicamente adequadas para resolver as intrincadas questões processuais correspondentes.

O direito processual não foi engendrado e idealizado tendo como parâmetro as relações societárias. Especificamente no que se refere às relações contratuais, o arcabouço teórico geral teve como base os contratos bilaterais, em que há interesses contrapostos. O direito societário, por sua vez, possui certos princípios e peculiaridades que não se amoldam perfeitamente ao direito contratual puro, disso decorrendo que o direito processual (civil) nem sempre acomoda soluções perfeitas para as questões processuais surgidas em ações judiciais que envolvam temas societários, o que demandaria adaptações para evitar possíveis conseqüências disfuncionais derivadas das decisões judiciais.

Nada obstante a similitude que se possa traçar entre o direito societário e o direito contratual clássico, parece estar clara e pacificada a existência de grandes diferenças estruturais, como já há muito demonstrado por Tullio Ascarelli por meio da ideia, hoje predominantemente aceita, do contrato plurilateral,⁴ assim como da perspectiva da companhia como instituição orgânica que se seguiu na evolução do estudo do tema.

Assim, em decorrência das características próprias e particulares do direito societário, surge a necessidade de que a jurisprudência evolua para adotar interpretações que estejam atentas às características peculiares dessa espécie diversa de relação, sem o que se chegará, inevitavelmente, a soluções jurídicas distorcidas e inábeis para pacificação dos litígios.

Diante desse cenário, impõe-se uma visão interdisciplinar do tema, porquanto as soluções processuais para as questões societárias nem sempre podem ser embasadas em raciocínios usualmente utilizados para as soluções adotadas nas relações de natureza cível.

4 Eis a clássica lição do referido Jurista: “A sociedade nasce, a meu ver, de um contrato e mais precisamente de uma subespécie, talvez ainda descuidado de contratos, que propus chamar de plurilateral. As várias peculiaridades da constituição conciliam-se, parece-me com o conceito fundamental de contrato (pois que há, na sociedade, um contraste de interesses que o contrato visa resolver, diversamente do que ocorre nas hipóteses de ato complexo), embora evidenciem a existência de uma subespécie particular, da do contrato plurilateral (cujas peculiaridades já aparecem, no processo de constituição, na regra de que o vício de uma adesão não vicia o contrato inteiro, e assim por diante). Tal contrato, entretanto (e também sob este aspecto se revela a sua peculiaridade) visa a disciplina de uma atividade ulterior em relação a um fim que unifica os vários interesses das diversas partes; tem por isso um caráter instrumental. Já deste fato decorrem peculiaridades que, afinal, se relacionam com a tutela de terceiros. Ademais, resulta do contrato um patrimônio separado, uma pessoa jurídica e é por isso que se faz possível distinguir o que respeita à própria validade do contrato (e que concerne à teoria da nulidade ou da anulabilidade da sociedade) e o que respeita à formação do patrimônio separado (e que concerne, afinal, à publicidade e à teoria da sociedade irregular). Visa, o contrato, à constituição de uma organização, a disciplina de uma atividade ulterior para a consecução de determinado escopo e, portanto, mister se faz organizar a gestão da sociedade” (ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 156-157).

Além disso, considerando a origem consuetudinária do direito comercial, fortemente influenciada pela prática, afigura-se necessário, tanto sob a perspectiva material como na processual, o conhecimento das consequências efetivas das decisões judiciais sobre a vida da sociedade e da relação desta com terceiros e sócios, a fim de que se possa aquilatar de forma ampla e adequada os efeitos benéficos ou deletérios de certas posições.

O jurista italiano Francisco Galgano aborda com perfeição a questão da necessidade de tratamento jurídico diferenciado no campo das atividades empresariais, afirmando que o Código Civil Italiano “não hesita, [...], em derogar as normas do direito comum, quando a aplicação de tais normas se traduz em embaraço à atividade empresarial, em um obstáculo à eficiência empresarial [...]”.⁵

Por meio do presente trabalho, pretende-se fazer uma breve análise da necessidade de um esforço interpretativo e, até mesmo, em alguns pontos, de uma revisão da legislação, para que o processo judicial no ambiente societário possa fluir de forma mais eficiente e harmônica.

Considerando o espaço disponível, o artigo, após análise panorâmica das possíveis ações judiciais ressarcitórias e anulatórias previstas na LSA, focará em duas questões específicas: as peculiaridades do regime prescricional no ambiente societário e a necessidade de adaptação das regras processuais para as ações societárias. Como o objetivo do presente estudo é o de apresentar ideias para aprimorar o regime vigente, serão apresentadas tanto possibilidades interpretativas para as regras existentes como propostas de alteração legislativa, tudo com vistas à obtenção de uma maior eficiência nesse ambiente.

5 GALGANO, Francisco *apud* LAMY FILHO, Alfredo. Vícios ou defeitos de deliberações de órgãos sociais. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1996. v. II, p. 699.

1. Regras Gerais sobre Anulação de Atos Societários. Acertos da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A Lei nº 6.404/76 consolidou toda a evolução no que se refere à invalidade dos atos societários, mantendo disposições semelhantes às do Decreto-Lei nº 2.627/40,⁶ como os prazos reduzidos de prescrição, a função de verificação de requisitos legais objetivos pelo Registro de Comércio e a possibilidade de saneamento do vício ou defeito de constituição, mesmo depois de proposta ação anulatória.

Pequenos ajustes com relação à legislação anterior foram realizados pela Lei nº 6.404/76, como foi o caso do encurtamento, de três para dois anos, do prazo para anulação das “deliberações tomadas em assembleia geral ou especial, irregularmente convocada ou instada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo ou simulação”.

Lamy Filho, após fazer uma análise da legislação e da doutrina de diversos países da Europa continental, concluiu, com a precisão que lhe é peculiar, que as legislações modernas, em linhas gerais, restringem “os casos de nulidade absoluta, transformando-os, tanto como possível, em anulabilidades”, admitem “a eficácia do ato, mesmo que viciado por alguma irregularidade, prevaleça até que seja anulado por decisão judicial”, bem como a “convalidação ou ratificação do ato a fim de que, sanada a irregularidade, adquira a certeza de validade indispensável ao funcionamento da companhia”.⁷

Diante da evolução legislativa e doutrinária sobre a matéria, pode-se concluir que o regime das invalidades aplicável às sociedades possuem as seguintes peculiaridades:⁸ a) prazos de prescrição

6 Projeto de lei de autoria de Miranda Valverde.

7 LAMY FILHO, Alfredo. Vícios ou defeitos de deliberações de órgãos sociais. *In*: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1996. v. II, p. 699-700.

8 Registre-se que a justificativa para essa diferença de regime encontra-se no princípio da continuidade da empresa, na necessidade estabilidade das relações sociais (entre acionistas e

bem mais curtos; b) irretroatividade dos efeitos da invalidade, que acarretarão apenas a liquidação da sociedade (não há o pleno retorno ao *status quo ante*); c) ampla possibilidade de “sanação” do vício, a qualquer tempo, ainda que se trate de vício que segundo o direito comum acarretaria a nulidade do ato; e d) diverso enfoque para os atos nulos e anuláveis.

Após intensas discussões travadas nas últimas décadas sobre o tema, a Jurisprudência se consolidou nesse sentido, como se pode verificar, a título de ilustração, na ementa do REsp nº 1.330.021/SP julgado pela 4ª Turma do STJ, de Relatoria do Min. Luís Felipe Salomão:

DIREITO SOCIETÁRIO E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE NÃO APRECIA O MÉRITO DA CAUSA. INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. DESCABIMENTO. INCORPORAÇÃO DE COMPANHIA. A DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR CONSTITUI-SE A VONTADE DA SOCIEDADE ANONIMA, EM SUA FORMA MAIS GENUÍNA E SOBERANA, TENDO O PODER DE AFETAR AS PESSOAS QUE ESTÃO INSTITUCIONALMENTE VINCULADAS À COMPANHIA. HÁ DISTANCIAMENTO DA NULIDADE EM DIREITO SOCIETÁRIO DA TEORIA CLÁSSICA DAS NULIDADES. TENDÊNCIA NO DIREITO NACIONAL E COMPARADO DE ENTENDER AS NULIDADES NO ÂMBITO SOCIETÁRIO COMO RELATIVAS, RELEGANDO-SE A NULIDADE ABSOLUTA PARA SITUAÇÕES REALMENTE EXCEPCIONAIS, PRESERVANDO-SE OS EFEITOS JÁ PRODUZIDOS. A LEI ESTABELECE

destes com a companhia) e na proteção do ambiente econômico e dos terceiros que se relacionam com a sociedade, confiando na presunção de regularidade dos atos societários arquivados nas Juntas Comerciais.

PRAZOS DE PRESCRIÇÃO REDUZIDOS PARA MITIGAR A INSTABILIDADE E INSEGURANÇA DECORRENTE DA POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DE ATOS SOCIETÁRIOS POR UM LONGO PERÍODO. REEXAME DE PROVAS, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. [...] 2. A assembleia geral é o órgão máximo de deliberação da sociedade anônima, que pode tratar sobre quaisquer assuntos que digam respeito ao objeto social da sociedade empresária. Por um lado, dispõe o art. 121 da Lei de Sociedades Anônimas que a assembleia geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir sobre todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento. 3. Embora existam correntes diversas defendidas por doutrinadores de renome, prevalece hodiernamente o entendimento - inclusive, com amparo na Lei n. 6.404/1976, no direito comparado e em precedentes das duas turmas de direito privado do STJ - que impõe certo distanciamento da nulidade em direito societário da teoria clássica das nulidades, sendo reconhecido os seguintes traços peculiares: a) prazos de prescrição bem mais curtos; b) irretroatividade dos efeitos da invalidade, que acarretam apenas a liquidação da sociedade (não há o pleno retorno ao status quo ante); c) ampla possibilidade de o vício ser sanado a qualquer tempo, ainda que se trate de vício que, segundo o direito comum, acarretaria a nulidade do ato; d) diverso enfoque, quando comparado à teoria geral das nulidades, para os atos nulos e anuláveis, havendo "tendência nacional e mundial de entender as nulidades do âmbito societário como relativas, relegando-se a nulidade

absoluta para situações realmente excepcionais", preservando-se os efeitos já produzidos.⁹) [...] 6. Recurso especial não provido.¹⁰

Esse entendimento, cumpre ressaltar, consolidou as clássicas decisões da relatoria do saudoso Min. Sálvio de Figueredo (v.g., REsp nº 35.230, de 10/04/1995),¹¹ a partir das quais o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar de forma consistente a posição de que o regime das nulidades no direito societário não coincide com a teoria geral das nulidades do direito civil, em virtude das peculiaridades já indicadas.

2. Recomendação de Redução dos Prazos de Prescrição da ISA.

Embora a jurisprudência tenha caminhado bem nessa matéria, percebe-se que a legislação tratou do tema “invalidade” de forma muito breve e rarefeita, tanto que a Lei nº 6.404/76 apenas aduz que a anulação de constituição teria que ser proposta em 1 ano (art. 285), que a ação anulatória de deliberação de assembleia prescreveria em 2 anos (art. 286) e que diversos outros prazos prescricionais no ambiente societário seriam de 3 anos (art. 287).¹²

9 BORBA, Gustavo Tavares. COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). *Tratado de direito comercial: tipos societários, sociedade limitada e sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 371, 386-387.

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.330.021/SP. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. São Paulo 2016. *Revista Eletrônica de Jurisprudência*, Brasília, 17 mar. 2016.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 35.230. Relator: Ministro Sálvio de Figueredo. Brasília 1995. *LEXSTJ – Vol 80*, São Paulo, 10 abr. 1995.

12 Além disso, pela reforma realizada em 2011 (Lei nº 10.303/2011), o prazo geral de prescrição de 3 anos no âmbito societário foi estendido para qualquer a ação, independentemente do o seu fundamento, proposta pelo acionista contra a companhia (art. 287, II, “g”, da Lei nº 6404/76). Por razões óbvias, essa regra se aplica às ações propostas pelo acionista em virtude de sua posição de acionista, não para outras ações desvinculadas dessa posição.

Não houve, portanto, qualquer norma mais específica sobre a ação anulatória de deliberações societárias, tudo sendo extraído da regra geral que prevê os prazos para propositura das ações e de outras normas esparsas.¹³

Apesar de a LSA não ser realmente clara sobre as características peculiares das invalidades no âmbito societário, os prazos prescricionais originais da Lei nº 6.404/76, em conjunto com outros dispositivos específicos,¹⁴ evidenciam essa forte diferenciação em relação às regras da teoria geral das nulidades, uma vez que, enquanto a LSA prevê, desde 1976, prazos de prescrição de 1, 2 e 3 anos, as regras do Código Civil de 1916 estipulavam, à época,¹⁵ prazos prescricionais longos, de até 20 anos.

Com a redução geral dos prazos prescricionais promovida pelo “novo” Código Civil de 2002, tornou-se imperiosa a necessidade de também haver a revisão dos prazos prescricionais societários, para que eles sejam atualizados diante da dinâmica mais célere do mundo atual.

Submeter a anulação da constituição de uma sociedade ao prazo de 1 anos e a anulação das deliberações ao prazo de 2 anos, mostra-se, face à velocidade própria da economia e do mercado atuais, bastante inadequado, uma vez que esse tipo de ação promove uma grande insegurança que se propaga tanto para o âmbito interno da sociedade (relações societárias) como para as diversas relações,

13 Como, por exemplo, o art. 206, II, a, da Lei nº 6404/76, que determina que a anulação da constituição de uma sociedade tem como consequência a sua dissolução e liquidação (art. 207), o que é um resultado bem diverso daquele que ocorreria na hipótese de retorno ao *status quo ante*, conforme teoria geral das nulidades.

14 Para um maior aprofundamento no tema, sugerimos a leitura do artigo “Invalidação da Assembleia Geral e de suas Deliberações” (BORBA, Gustavo. Invalidação da Assembleia Geral e de suas Deliberações. *In*: ULHOA COELHO, Fábio (Coord.). *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 2).

15 De 01/01/1917 (vigência do Cód. Civil 1916) até 11/01/2003 (vigência do Cód. Civil de 2002).

cada vez mais intensas, que são formadas entre sociedade e os diversos terceiros que com ela se relacionam.

Erasmu Valladão Azevedo e Novaes França, analisando as regras vigentes em diferentes países ocidentais, deixa bastante evidente o caráter excessivo dos prazos atualmente vigentes no Brasil para invalidação das deliberações societárias:

Mesmo assim, todavia, o direito societário brasileiro está, nessa matéria, em dessintonia com o mundo atual, onde os prazos – *de decadência*, ressalta-se – para anulação das deliberações são significativamente mais abreviados ainda. Para ficar em alguns exemplos: a *AktG* alemã de 1937 previa um prazo de *1 mês*; a *AktG* de 1965, idem (§ 264, 1); o Código das Obrigações suíço de 1911, o prazo de *2 meses* (art. 706, n. 4); o Código Civil italiano de 1942, o prazo de *3 meses* (art. 2.377); o Código de Sociedade Comerciais portugueses de 1986 estabelece o prazo de *30 dias* (art. 59º); a Lei de Sociedades Comerciais argentina de 1972, o prazo de *3 meses* (art. 251); o Código Comercial boliviano de 1977, o prazo de *60 dias* (art. 302); o Código Comercial venezuelano de 1955, o prazo de *15 dias* (art. 290); a Lei de Sociedades equatoriana de 1977, o prazo de *30 dias* (arts. 229 e 291, 1º); e assim por diante.¹⁶

Ademais, para além da mera comparação com diplomas legais estrangeiros, temos muito claro que a redução dos prazos prescricionais promovida pelo CC/02 demonstra uma inegável tendência, o que deve ser refletido na proporcional redução dos prazos prescricio-

16 NOVAES FRANÇA, Erasmu Valladão Azevedo. Anulação de Assembleia de Transformação de Sociedade Anônima. In: NOVAES FRANÇA, Erasmu Valladão Azevedo (Coord.) *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 261.

nais societários, de modo a que esses continuem sendo substancialmente menores do que aqueles que vigoram para as relações cíveis.

Marcelo Vieira Von Adamek assim se manifestou sobre o tema em exposição de motivos que precede esboço de anteprojeto de lei para aprimoramento da Lei nº 6.404/76:

Com referência ao prazo de anulação das assembleias e suas deliberações, insta registrar que a LSA se acha também em completa dissintonia com as leis acionárias da grande maioria, senão talvez da totalidade dos países que editaram disposições semelhantes. O prazo de 2 (dois) anos para a anulação daqueles atos acha-se em total contraste com o princípio da *estabilidade* das deliberações assembleares, que deve reger essa matéria. Os nossos vizinhos, Argentina (Lei das Sociedades Comerciais, art. 251) e Uruguai (Lei das Sociedades Comerciais, art. 366), por exemplo, preveem o prazo de 90 dias para a anulação. A Alemanha, o prazo de um mês (Lei das Sociedades por Ações, § 246, 1) e Portugal, o prazo de 30 dias (Código das Sociedades Comerciais, art. 59, 2). A Itália, o prazo de 90 dias (Código Civil, art. 2.377). E é compreensível que assim seja: a anulação de uma deliberação traz efeitos deletérios não só para os acionistas, mas também para terceiros, sobretudo nos casos de aumento de capital.¹⁷

Seria recomendável, portanto, reduzir, no mínimo, à metade os prazos previstos dos arts. 284 a 286 da LSA, para que o limite temporal para anulação da constituição da sociedade ficasse reduzido a

17 O trabalho de Marcelo Vieira Von Adamek, cujo título é “Sugestões para Aprimoramento da Lei das S/A: Um Esboço de Anteprojeto de Lei”, ainda se encontra para ser publicado (o autor autorizou a referência no presente artigo antes da publicação).

6 (seis) meses e o de anulação de deliberações a no máximo 1 (um) ano. Com isso se aumentaria a segurança jurídica em um ambiente especialmente sensível como o societário, permitindo uma mais rápida estabilização das relações internas e externas, o que proporcionaria ganhos de eficiência e segurança jurídica para as relações societárias, o mercado de capitais e os negócios empresariais em geral.

3. Necessidade de Anulação da Deliberação de Aprovação de Contas para Propositura de Ação de Responsabilidade contra Administrador. Análise Crítica das Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Não obstante os bons precedentes dos tribunais superiores, acima referidos, sobre o tema “anulação de deliberações assembleares”, as discussões sobre invalidades societárias não acabam por aí.

Ao analisar a questão da interrelação entre o prazo decadencial de 2 anos para anulação de deliberação assemblear de aprovação de contas (art. 286 da LSA) e o prazo de 3 anos para ação de responsabilidade contra administradores (art. 159, § 3º, da LSA), o Superior Tribunal de Justiça¹⁸ vem decidindo que a não propositura da ação anulatória da deliberação no prazo de 2 anos inviabilizaria a proposi-

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 950.104/DF. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 mar. 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701988987&dt_publicacao=30/03/2009. Acesso em: 01 nov. 2021; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 640.050/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 19 maio 2009. Disponível em: scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200401037543&dt_publicacao=01/06/2009. Acesso em: 01 nov. 2021; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Regime Especial nº 1.313.725/SP. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. São Paulo 2012. *Revista do Superior Tribunal de Justiça – Vol 227*, Brasília, 26 jun. 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.515.710/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília 2015. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 02 jun. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403278369&dt_publicacao=02/06/2015. Acesso em: 01 nov. 2021; etc.

tura da ação de responsabilidade, uma vez que a aprovação de contas exoneraria de responsabilidade os administradores (art. 134, § 3º, da LSA), de modo que a ação de responsabilidade não poderia prescindir da prévia ou concomitante anulação da deliberação.

Essas decisões vêm sofrendo fortes críticas na doutrina especializada,¹⁹ uma vez que teria atribuído ao *quitus* do § 3º do art. 134 da LSA uma força que dele não se deveria extrair, pois a regra de exoneração de responsabilidade consistiria mera presunção relativa de regularidade de atuação, que poderia, como sói correr nessa mo-

19 Jose Edwaldo Tavares Borba entende que, mesmo não sendo proposta ação anulatória da deliberação de aprovação das contas, haveria de ser permitida a propositura de ação de responsabilidade contra os administradores, desde que observado o prazo de 3 anos da do art. 159, § 3º, da LSA: “Reafirme-se, portanto, que a aprovação das contas conduz tão somente a uma presunção relativa, genérica e abstrata de regularidade dessas contas. A prova do ilícito, produzida na ação de responsabilidade civil, afasta a presunção de inocência que favorece o administrador. [...] Cabe, pois, estabelecer a assertiva de que, mesmo depois de esgotado o prazo para desconstituição genérica da presunção de exoneração de responsabilidade dos administradores, que é de dois anos contados da data da assembleia geral que aprovou as respectivas contas (art. 286), ainda remanesceria o prazo, que é de três anos contados da publicação da ata que aprovou essas contas (art. 287, II, “b”, 2), para a desconstituição específica e concreta dessa presunção, a ser promovida, mediante prova do ilícito.” (TAVARES BORBA, Jose Edwaldo. *In*: VENANCIO FILHO, Alberto; SILVERIA LOBO, Carlos Augusto; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna (Coord.). *Lei das SA em seus 40 anos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 532-533). Jose Gabriel Assis de Almeida, por sua vez, após analisar cada um dos acórdãos do STJ sobre o tema, e constatar a falta de aprofundamento dos vários detalhes que a questão comportaria, conclui que a propositura da ação de responsabilização dos administradores prescindiria da anulação da decisão assemblear de aprovação de contas, uma vez que a própria assembleia que aprovar a propositura de ação de responsabilidade poderia rever a decisão anterior de aprovação de contas: “De tudo o que fica exposto, perece que o STJ não trilhou o bom caminho ao referir a necessidade de prévia ação judicial de anulação de deliberação de aprovação de contas, para a propositura de ação de responsabilidade em face de administrador da companhia. Na verdade, as regras da Lei 6.404/79 merecem uma outra interpretação que lhes dê todo o sentido útil [...] O primeiro caminho é o da anulação por ato da própria sociedade, mediante nova deliberação. Este caminho deve ser trilhado sempre que haja maioria social a favor dessa anulação e da subsequente propositura de ação de responsabilidade em face do administrador. É normal que havendo vontade da maioria, esse caminho seja o mais fácil, dispensando-se a ação judicial para anular a exoneração dos administradores” (ALMEIDA, Jose Gabriel Assis de. *In*: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; AZEVEDO, Luis Andre; HENRIQUES, Marcus de Freitas (Coord.). *Direito Societário, Mercado de Capitais, Arbitragem e Outros Temas – Homenagem a Nelson Eizirik*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 685-686).

dalidade de presunção, ser desconstituída na própria ação de responsabilidade ou por meio de uma nova decisão assemblear, em especial porque o referido dispositivo ressalva expressamente os casos de “erro, dolo, fraude ou simulação”. Acrescentam, os críticos dessa jurisprudência, que a presunção absoluta de exoneração de responsabilidade, tal como interpretada em vários acórdãos do STJ, não encontra precedente em nenhum regime estrangeiro.²⁰

Parece-me que, nesse ponto, as críticas são embasadas, vez que não faria sentido que se perdesse 1/3 do prazo previsto em lei para a propositura de responsabilidade contra os administradores em virtude da necessidade de anulação da decisão assemblear de aprovação de contas. Desta forma, levando em conta que a presunção de regularidade poderia ser desconstituída, de forma embasada, na própria ação de responsabilidade,²¹ não haveria fundamento para reduzir, por vias transversas, o prazo de três anos do art. 159, § 3º, da Lei nº 6.404/76.

Ademais, qualquer um que conhece a dinâmica de uma aprovação de contas em assembleia tem a clara compreensão de que as irregularidades, quando existentes, não ficam explícitas nas demonstrações financeiras e demais informações disponibilizadas aos acionistas, razão pela qual conferir força exagerada ao *quitus* decorrente da aprovação de contas não seria o caminho mais adequado.²²

20 Registre-se que existe projeto de lei de autoria do jurista Marcelo Vieira Von Adamek que busca resolver esse problema através de uma regra que restringe a regra de exoneração de responsabilidade decorrente do *quitus*, limitando-o “apenas com relação aos fatos expressamente revelados aos acionistas que aprovaram a quitação na assembleia-geral, e bem assim perante a sociedade, sem de qualquer modo obstar a propositura da ação referida no art. 159, § 4º, desta Lei pelos demais acionistas” De fato, seria uma interessante forma de equacionar o problema gerado pela jurisprudência.

21 Até mesmo porque o “erro” a que aduz o art. 134, § 3º, da LSA, deve ser entendido em sua concepção mais genérica, que seria equiparada à ignorância sobre as irregularidades cometidas.

22 Nesse sentido, como aduz, no já referido artigo, José Edwaldo Tavares Borba, citando a legislação da Espanha, Argentina, Itália, França e Portugal, não é comum a adoção de interpre-

Registre-se que a análise dessa questão não deve ser contaminada pela percepção de que o prazo de 3 anos para a ação de responsabilidade ser exagerado. Como já exposto no capítulo anterior, os prazos societários precisam realmente ser reduzidos, mas, enquanto isso não ocorrer, jamais se poderia enviesar a interpretação para redução dos prazos prescricionais e decadências previstos na LSA, o que geraria consequências catastróficas para a segurança jurídica que se exige nessa seara.

4. Do Caráter Peculiar da Definição dos Polos Passivo e Ativo da Ação Anulatória de Deliberação Assemblear – Proposta de Lege Ferenda.

Em regra, toda deliberação assemblear cria uma nova situação para a sociedade, pois, da conjugação dos votos, forma-se a vontade da própria sociedade, de modo que a deliberação passa a integrar a esfera jurídica da pessoa jurídica, modificando de alguma forma o seu *status*.

Além disso, em certos casos, as deliberações assembleares podem criar ou extinguir direitos em relação aos acionistas, como ocorre na hipótese de deliberação sobre distribuição de dividendos,²³ que necessariamente importa na constituição do direito ao recebimento dos valores correspondentes pelos acionistas.

A ação proposta para anulação da deliberação assemblear, seja por violação da lei ou estatuto ou porque está eivada de vício de consentimento, terá natureza constitutiva negativa.²⁴ Em tese, nada

tação extensiva ao efeito exoneratório da responsabilidade decorrente da decisão assemblear que aprova as contas (TAVERS BORBA, *Op. Cit.*, p. 525-527).

23 Sobre o tema: PACHECO, João Marcelo; DA SILVA, Thiago Jose. Dividendos. Teoria e Prática. *In*: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; AZEVEDO, Luis Andre; HENRIQUES, Marcus de Freitas (Coord.). *Direito Societário, Mercado de Capitais, Arbitragem e Outros Temas* – Homenagem a Nelson Eizirik. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 495-517.

24 O jurista português José Nuno Marques Estaca assim afirma: “A acção de anulação em

impede que essa ação de natureza constitutiva seja cumulada com uma ação condenatória.

Convém ressaltar, contudo, que a maioria das decisões assembleares não afeta de forma direta os acionistas, mas apenas indiretamente, sendo, portanto, desnecessária sua participação na ação (não há litisconsórcio necessário). Ainda assim, como a ação anulatória poderia ser proposta por diversos acionistas, não se pode falar que cada pretensão judicial seria totalmente independente em relação às dos demais, uma vez que tal interpretação geraria caos processual e insegurança jurídica.²⁵

A questão adquire particular complexidade quando a deliberação a ser anulada confirma, direta ou indiretamente, direito aos acionistas ou algum grupo de acionistas, como no caso de deliberação sobre distribuição de dividendos ou que afete algum grupo de acionistas (*v.g.*, exclua os votos de certa classe de acionistas ou a altere os seus direitos).

Nesses casos, seria um sofisma sustentar que a deliberação não afetaria a esfera jurídica de qualquer acionista, pois, em realidade, haveria inegável afetação da esfera de direito particular dos acionistas em decorrência da anulação da deliberação.²⁶

questão assume a natureza de ação declarativa constitutiva” (ESTACA, José Nuno MARQUES. *O interesse da sociedade nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 155). No mesmo sentido é a lição de Pinto Furtado: “A sentença que decreta a anulação é uma sentença constitutiva, nos termos do artigo 4º - 2 do Código de Processo Civil, porque altera a ordem jurídica até aí existente, fundada na validade (resolúvel) da deliberação” (PINTO FURTADO *apud* ALMEIDA, L. P. Moitinho de. *In: Anulação e suspensão de deliberações sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 62).

25 Imagine-se uma situação hipotética e exagerada na qual, em uma sociedade com 300 acionistas, cada um desses propusesse uma ação diferente pleiteando a anulação de uma mesma deliberação. Certamente haveria conexão entre as ações, para evitar decisões contraditórias, mas ainda assim seria caótica e ineficiente a situação de ter que se defender de 300 ações diferentes, em especial quando algumas delas podem estar em diferentes estágios processuais.

26 Luiza Carlos Piva, na obra coletiva “Direito das Companhias”, explica o direito ao dividendo de forma bastante clara: “O direito do acionista a dividendo só se torna exigível a partir da

A rigor, por uma leitura estrita das regras do CPC, sempre que a deliberação criasse, extinguisse ou afetasse direito dos acionistas haveria necessidade de que eles participassem da ação anulatória, uma vez que, considerando a incindibilidade do objeto da ação (anulação da assembleia), eles seriam necessariamente afetados por eventual sentença que julgasse procedente o pedido, pois não faria sentido que a deliberação fosse anulada em relação a alguns e não anulada em relação a outros acionistas (litisconsórcio unitário).²⁷ Nem se poderia alegar, nesses casos, que a anulação da assembleia só afetaria a sociedade, uma vez que estamos tratando exatamente da hipótese específica em que a deliberação criaria ou extinguiria direito de acionistas.

Como já alertado ao início do artigo, o processo envolvendo matéria societária precisa de uma especial atenção sobre questões cujo tratamento não pode ser idêntico àquele aplicado nas relações contratuais de natureza contratual clássica. Nesse contexto, a solução mais “tradicional”, sob a perspectiva do Direito Processual Civil, seria a obrigatoriedade de citação de cada um dos acionistas que pudesse

aprovação do balanço pela Assembleia Geral, e da deliberação de destinar os lucros, ou parte deles, ao pagamento de dividendos: até que isso ocorra inexistente a exigibilidade dos lucros” (PIVA, Luiz Carlos. *In*: FAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luis (Coord.). *Direito das Companhias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1.252).

27 Cândido Rangel Dinamarco analisa com perfeição as características do litisconsórcio unitário: “A ineficácia da sentença proferida sem que no processo estivessem todos os co-legitimados necessários é, nesse sentido, *ineficácia absoluta*: ela não só carece de irradiação de efeitos aos terceiros legitimados não participantes do processo, como também fica sem produzir os efeitos típicos sobre as próprias partes. Por isso mesmo é que a doutrina tradicionalmente diz, de modo enfático, que essa sentença *inutiliter datur*: ela é dada *inutilmente*, no sentido literal da palavra e em consideração da total e absoluta inutilidade social do processo em face do objetivo que o motivava. [...] as situações jurídicas que dão lugar ao litisconsórcio necessário *ex art. 47 do Código de Processo Civil* (litisconsórcio necessário unitário: v. supra, n. 27) são situações que não comportam dualidade ou heterogeneidade de tratamentos: elas são *incindíveis*. Da incindibilidade da situação deflui que ou ela é disciplinada (e de modo uniforme) quanto a todos os titulares, ou não pode ser objeto de provimento algum”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio: um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário, facultativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 221-222).

ter sua esfera de direitos afetada pela eventual decisão a ser proferida na ação, uma vez que se estaria diante de um litisconsórcio obrigatório em razão da incindibilidade do seu objeto (litisconsórcio unitário necessário).

Essa, contudo, não me parece uma solução eficiente, considerando as peculiaridades da dinâmica societária, uma vez que o investidor, ao adquirir uma ação, muitas vezes não pretende participar dessas questões internas da companhia, mas apenas receber seus dividendos.

Ademais, essas anulações de deliberações podem gerar reflexos que, pela dinâmica societária, beneficiarão os futuros adquirentes das ações, e não aqueles que seriam “citados” no início da ação judicial. Por exemplo, se há uma deliberação assemblear para distribuir 10% dos lucros e essa deliberação é suspensa liminarmente por decisão judicial, para, após 5 anos, ser reformada (permitindo a distribuição), não há dúvida de que, em especial quando se tratar de companhia aberta, a composição do quadro de acionistas já estaria muito diferente daquela que existia quando da propositura da ação, do que se conclui que quem se beneficiaria da reforma da decisão liminar e consequente distribuição atrasada de dividendos seriam os novos acionistas, e não aqueles que eram acionistas no início da ação, pois a ação carrega os direitos dela decorrentes até o momento de sua efetivação.

Afigura-se provável, portanto, que muitos acionistas não tenham qualquer interesse em participar dessa demanda, razão pela qual a citação de todos seria desproporcional e pouco produtiva, além de gerar riscos relacionados aos ônus sucumbenciais que são totalmente estranhos à posição de investidor de mercado.

Nesse cenário, fica muito claro que a sistemática processual clássica seria inábil para solucionar essa situação de forma adequada no âmbito societário. Assim, parece-me que a melhor solução, *de lege ferenda*, seria prever uma regra de divulgação de ação pela mesma sistemática que vigorasse para as convocações das assembleias gerais

(art. 124 da LSA), quando então todos os acionistas que quisessem participar da ação poderiam nela ingressar²⁸ (observados os critérios de legitimidade que viessem a ser previstos em lei e o período de habilitação que seria fixado pelo juízo), em virtude de aquisição das ações, sendo certo que a ação faria coisa julgada para todos os acionistas, presentes e futuros, que pudessem ser afetados pela ação, impedindo, com isso, a propositura de novas ações para discutir o mesmo tema.

Embora possa haver receio de tumulto processual, em virtude do ingresso excessivo de acionistas na ação, não me parece que esse seja um risco real, considerando a dinâmica societária e os interesses ordinários da maior parte dos investidores de mercado.²⁹

Ademais, parece-se a solução mais harmônica e adequada para lidar com a mutações do quadro societário, do que decorre que o beneficiado ou prejudicado por uma decisão judicial nem sempre será aquele que figurava no quadro societário quando da propositura da ação, o que demanda uma regra processual que seja apta para lidar com essa dinâmica particular.

Desta forma, entendo que seria bastante propícia uma reforma legislativa para prever regra específica para formação aberta da relação processual em ações anulatórias societárias, de modo a permitir que os acionistas fossem convocados para fins de participação no processo (por regras equivalentes à da convocação para assembleia), desde que cumpridos certos requisitos definidos pelo julgador com base em critérios legais e observado o período de habilitação, a partir do que os acionistas poderiam ou não participar da ação, esco-

28 Já existe no nosso ordenamento jurídico, em relação às ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos, regra com estrutura parecida, com publicação de edital para eventuais intervenções como se pode verificar no art. 94 do CDC (Lei nº 8079/90).

29 Temor semelhante ocorreu com a ampliação da permissão para participação remota em assembleias gerais (novas redações atribuídas pela Lei nº 14.030/20 aos parágrafos dos arts. 121 e 124, da Lei nº 6.404/76), quando se pensava que poderia haver um incremento gigantesco da participação de pequenos acionistas, o que não se confirmou.

lhendo, no primeiro caso, o polo da ação em que ingressariam, e ficando todos (acionistas presentes, passado e futuros), submetidos aos efeitos da decisão que viesse a ser proferida.³⁰ Essa regra, ao que me parece, seria mais adequada à realidade societária e geraria maior segurança jurídica.

5. Ação Proposta pelo Acionista da Controlada, como Substituto Processual Desta, Contra a Sociedade Controladora – Art. 246 da LSA.

Como já adiantado no capítulo I, o art. 246 da LSA previu um sistema de incentivos à propositura de ações contra condutas irregulares de controladores que viessem a causar prejuízo às suas sociedades controladas.

Importante ressaltar, logo de início, que, na ação derivativa (diferentemente da *class action* do sistema americano), o benefício buscado é direcionado para a sociedade, não para o acionista que ingressasse com a ação como substituto processual da companhia. Assim, sem que se engendre um mecanismo de incentivo para a pro-

30 Cumprir registrar que Peter Christian Sester, em artigo recentemente publicado, analisa, sob a perspectiva do processo arbitral societário, “a necessidade do efeito *erga omnes* e da concentração” em decisões sobre anulações de deliberações societárias. O autor, no desenvolvimento do artigo, cita a legislação alemã sobre a matéria, a qual determina a divulgação da ação e a possibilidade de que todos os acionistas tenham a opção de ingressar, no prazo de 1 mês, como assistentes. Prevê, ainda, a lei germânica, que a decisão terá eficácia contra todos os acionistas e membros e órgãos da sociedade. Transcreve-se, por esclarecedor, as traduções livres dos § 246 (4) e § 248 (1), da *Aktiengesetz* (LSA alemã), realizadas no referido artigo: “§ 246 (4) O conselho executivo deverá publicar imediatamente a comunicação do ajuizamento da ação anulatória no Diário Oficial [...]. Um acionista poderá intervir no processo como assistente no prazo de um mês a contar da data da publicação”. “§248 (1) Na medida em que a deliberação for anulada em sentença que tenha trânsito em julgado, tal sentença tem efeito a favor e contra todos os acionistas e membros do conselho de administração e diretoria, mesmo caso eles não tenham sido partes do processo [...]” (SESTER, Peter Christian. A Necessidade de um Subsistema de Arbitragem Societária. In: MONTEIRO, Andre Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (Coord.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 518-519).

positura dessa ação, seria muito improvável, senão irracional sob a ótica econômica, que um acionista ingresse nessa aventura.

A lógica da regra legal é a seguinte: a sociedade controlada, sujeita à vontade do controlador em virtude do princípio majoritário, dificilmente autorizaria a propositura da ação de responsabilidade contra sua controladora, razão pela qual os acionistas que juntos detivessem 5% do capital social teriam legitimidade extraordinária para ingressar com ação judicial, contra a controladora, em nome da controlada, revertendo essa tendência de não apuração de eventuais irregularidades.

Essa regra representa um avanço conceitual para o mercado de capitais, gerando externalidades extremamente positivas, tanto que, por um lado, seria apta a reverter atos expropriatórios executados pelos controladores, e, por outro, teria efeito dissuasório em relação a novas condutas irregulares, uma vez que sempre haveria o risco de que os minoritários propusessem a ação como substitutos processuais da controlada.

Entretanto, propor uma ação agrega riscos (sucumbência) e demanda dispêndio de recursos (advogados, perícia, custas judiciais etc.), razão pela qual a tendência natural seria a não propositura de ação pelos minoritários, uma vez que os riscos de perda seriam grandes e os possíveis benefícios, em caso de vitória, seriam indiretos e dissipados por todos os acionistas, uma vez que a indenização seria paga à sociedade controlada (substituída processualmente). Haveria, portanto, uma situação de concentração de riscos e dispersão de benefícios, como expões com perfeição Bulhões Pedreira:

A razão disso é muito simples. Em princípio todo o acionista que promove a ação não ganha nada, porque o resultado é em benefício da companhia [...]. 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.³¹

Para reverter esse quadro de pouco estímulo à propositura da ação, previu a LSA (art. 246) regra de que o acionista que ingressasse com a ação como substituto processual da sociedade controlada receberia, em caso de sucesso da ação, um prêmio de 5% do valor da indenização e, ainda, que o advogado que atuasse na causa receberia honorários no percentual prefixado de 20%.

Por meio dessa regra, haveria estímulo para o advogado patrocinar a causa e para o acionista propor a ação. Por um lado, estimula-se a propositura da ação contra o controlador que agiu irregularmente para corrigir o prejuízo já sofrido pela controlada e, por outro, desestimula-se novas condutas irregulares, pois, nesse caso, surgirá o risco de o controlador, além de recompor o prejuízo, pagar um plus de 25% (20% de honorários e 5% de prêmio).

Tal regra, é bom salientar, existe em diversos outros regimes jurídicos, tendo como foco, por vezes, o prêmio para os advogados (que em muitos lugares patrocinam esse tipo de ação)³² e, em outras, aos acionistas. No Brasil, a Lei optou por dividir o prêmio entre acionista (5%) e advogado (20%), o que nos parece uma estratégia inteligente, pois conseguiria engajar investidores e advogados em prol da mesma causa.

31 BULHÕES PEDREIRA, José Luiz *apud* BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik; BRESCIANI, Rafael Helou. Aspectos Processuais da Ação de Responsabilidade do Controlador movida por Acionista Titular de menos de 5% do Capital Social. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. II, p. 252.

32 Sobre o tema, assim se manifestam Andreas Cahn e David C. Donald a respeito do regime americano de ações derivativas: “While derivative action may be an ‘ingenious accountability mechanism’, when combined with contingent fees, as in the US, it shifts the incentive to bring corporate wrongs to court from the person who are injured [...] to the lawyer prosecuting the case (who will receive a percentage of any damage paid to the corporation)” (CAHN, Andreas; DONALD, David C. *Comparative Company Law*. Cambridge University Press UK, 2011. p. 603).

O art. 246 da Lei nº 6.404/76, portanto, teria o papel de conseguir estimular minoritários a ingressarem com ações contra condutas supostamente irregulares do controlador, para com isso corrigir ou evitar malfeitos no mercado de capitais.

Ocorre que, embora o dispositivo legal tenha sido muito bem elaborado pelos autores da Lei nº 6.404/76, Lamy Filho e Bulhões Pedreira, a aplicação da norma, como já adiantado, deixou muito a desejar, uma vez que, desde o julgamento pelo STJ do Recurso Especial nº 745.739-RJ, todos os estímulos previstos no art. 246 foram transformados em cinzas por meio da interpretação de que bastaria a incorporação da controlada pela controladora como estratégia para impedir o pagamento da indenização e dos prêmios previstos na lei.

Explicando melhor: acionista minoritário da Petroquisa (subsidiária) ingressou, como substituto processual desta, utilizando-se da regra do art. 246 da LSA, para pleitear indenização contra atos da Petrobras (controladora) que teriam causado danos à controlada/Petroquisa. Sem ingressar no mérito da pretensão, verifica-se que o pedido da ação foi julgado procedente em primeira e segunda instâncias, mas a 3ª Turma do STJ reformou a decisão no julgamento, em 28/08/2012, do REsp nº 745.739-RJ, quando, em questão preliminar, entendeu que a ação poderia ser extinta sem julgamento de mérito em virtude da confusão entre a credora (subsidiária, substituída processual na ação) e a devedora (controladora, ré na ação), em decorrência da operação de incorporação realizada após a decisão de segunda instância que manteve a sentença condenatória.

Ressalve-se que será aqui analisada apenas a preliminar de confusão analisada no REsp nº 745.739/RJ, que assim definiu a questão:

RECURSO ESPECIAL – PRIVATIZAÇÃO – LEI 8.031/90 – INDENIZAÇÃO DO ART. 246 DA LEI 6.404/76 – ALEGAÇÃO DE ABUSO DE PODER DO CONTROLADOR (ART. 117 DA LEI 6.404/76) – ILEGITIMIDADE ATIVA - NÃO-OCORRÊNCIA -

FATO NOVO - POSTERIOR INCORPORAÇÃO DA COMPANHIA PELO CONTROLADOR – CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR – ART. 381 DO CÓDIGO CIVIL – [...]

IV - Com a noticiada incorporação (fato novo), a alegada credora (empresa controlada) e a suposta devedora (empresa ou acionista controlador) confundem-se numa mesma pessoa jurídica. Eventuais créditos da empresa controlada, assim como eventuais obrigações, passaram a ser créditos ou obrigações da própria controladora.

V - Portanto, as qualidades de credor e devedor se confundem, e, embora ainda não haja título judicial transitado em julgado conferindo o direito ou definindo a obrigação, não há possibilidade jurídica para o prosseguimento da demanda, diante da inexorável confusão.

VI - Opera-se, então, no presente caso, o que o Código Civil, nos artigos 381 e seguintes, denomina de confusão e, embora se pudesse aplicar o disposto no art. 267, inciso X, do Código Processo Civil e julgar-se extinto o feito, sem a resolução do mérito, dada importância e relevância da matéria aqui tratada, é de todo recomendável e oportuno que se adentre no exame do mérito do recurso especial. [...]

XII - Dadas as circunstâncias dos autos, não há condenação, vencido ou vencedor. Assim, cada parte arcará com os honorários advocatícios de seus patronos e responderão por metade das custas e despesas processuais dos autos, não sendo devido o pagamento do prêmio previsto no § 2º do art. 246 da Lei 6.404/76, liberando-se o levantamento da ação, pela recorrida.³³

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 745.739/RJ. Relator: Ministro Massami Uyeda. Rio de Janeiro 2021. *Revista Eletrônica de Jurisprudência*, Brasília, 28 ago. 2021.

Esse acordo, ao admitir que a incorporação da subsidiária extinga não apenas a indenização da substituída processual (o que já seria discutível pois afetaria as “relações de substituição” das ações em virtude da operação, conforme art. 264 da LSA), mas, para além disso, obste também o pagamento do prêmio ao acionista minoritário (que ingressou com a ação) e dos honorários especiais de 20% ao advogado (art. 246, § 2º, da LSA), acabou por destruir todos os incentivos previstos em lei para a propositura da ação.

Como esse tipo de ação envolve sempre sociedades controladora³⁴ e controlada, e levando em conta que a controladora sempre tem a opção discricionária de incorporar a controlada (pois controlaria as duas assembleias de aprovação da operação, tratando-se de típica *self-dealing transaction*), a consequência é que a ação de responsabilidade do art. 246 da LSA poderia ser sempre extinta por decisão unilateral da controladora que supostamente teria agido de forma irregular.

A consequência dessa jurisprudência é a aniquilação de todos os incentivos previstos em lei para propositura da ação de responsabilidade contra o controlador, uma vez que nenhum minoritário, a partir da decisão, investiria tempo e dinheiro em uma ação que poderia ser totalmente inviabilizada por meio de uma operação de incorporação entre as companhias, que pode ser decidida discricionariamente pelo controlador que é Réu da ação.

A reversão dessa Jurisprudência, portanto, afigura-se imperiosa para que o art. 246 da Lei nº 6.404/76 não se torne um dispositivo inócuo, que não cumpre a sua função.

O problema, contudo, é que, após a decisão do REsp nº 745.739/RJ não se vê mais a propositura de qualquer ação com fulcro

34 Note-se que o controlador pode ser também ser pessoa natural, o que certamente não impede a propositura de ação com base no art. 246 da LSA, uma vez que, nesse caso, embora a lei faça referência a “sociedade controladora”, o dispositivo deve ser igualmente aplicado, por analogia, na hipótese de controlador pessoa física, pois justificativa alguma haveria para diferenciação das duas situações.

no art. 246 da LSA, o que torna muito improvável a reforma dessa Jurisprudência, uma vez que nenhum investidor racional iria embarcar em aventura judicial, com o risco de que, após décadas de ação, ver a ré incorporar sua controlada e assim extinguir a ação sem julgamento de mérito.

Nesse contexto, acredito que o melhor caminho, para alterar o quadro e conseguir atribuir alguma eficiência ao art. 246 da LSA, seria uma alteração legislativa para dizer que operações societárias realizadas após a propositura da ação, mesmo que venham a inviabilizar a indenização da controlada, não obstarão, em caso de procedência dos argumentos originais, o recebimento do prêmio de 5% pelo acionista minoritário autor da ação e dos honorários de 20%, sem o que os incentivos para propositura da ação do art. 246 tornar-se-iam totalmente inexistentes.

Observe-se, por fim, que nos EUA, onde esse tipo de ação é bem comum e cumpre efetivamente o papel de dissuadir irregularidades no mercado e sanear irregularidades já realizadas, existem diversos precedentes no sentido de garantir o “prêmio” da ação (que no sistema americano vai para o advogado)³⁵ seja recebido mesmo quando, em virtude de alguma circunstância, a indenização se torne inviável apesar da constatação da conduta irregular do réu da ação.

A título de exemplo, podemos citar o caso *Mills v. Electric Auto Lite Co.* (396 U.S. 375), julgado pela Suprema Corte dos EUA em

35 Nesse sentido, Melvin Aron Eisenberg e James D. Cox explicam que, no regime americano, os incentivos são concentrados no advogado, que receberá vultosos benefícios (“fee”) em caso de procedência ou acordo, mas, em contrapartida, arcará com os custos da ação: “As a practical matter, the engine that normally drives a derivative action involving a publicly held corporation is not the plaintiff, but the plaintiff’s attorney. The plaintiff typically makes little or no investment in the action and stands to gain very little benefit. His attorney, on the other hand, makes a very substantial investment (in the form of his time and disbursements) and stands to reap a very substantial benefit (in the form of a fee)” (EISENBERG, Melvin Aron; COX, James D. *Business Organizations – Case and Materials*. 11. ed. Thomson Reuters/Foundation Press, 2014, p. 1.113). No Brasil, diferentemente, optou-se por repartir o benefício/incentivo entre autor da ação (5%) e advogado (20%).

1970,³⁶ quando ficou decidido que, diante da comprovada violação de regras da *Section 14(a)* da *Security and Exchange Act of 1934* (omissões relevantes em procuração/*proxy* sobre as relações dos administradores da Electric Auto-Lite Co. com a outra sociedade que participou da fusão), as taxas ao advogado seriam devidas independentemente de existência de prejuízo, ou seja, mesmo sendo considerada “justa” a transação (*fair transaction*) e, portanto, incabível a indenização. O pequeno trecho a seguir explica o racional da condenação ao pagamento do *counsel fee* mesmo no caso de inexistência de prejuízo:

In many suits under § 14 (a), particularly where the violation does not relate to the terms of the transaction for which proxies are solicited, it may be impossible to assign monetary value to the benefit. Nevertheless, the stress placed by Congress on the importance of fair and informed corporate suffrage leads to the conclusion that, in vindicating the statutory policy, petitioners have rendered a substantial service to the corporation and its shareholders. Cf. *Bakery Workers Union v. Ratner*, 118 U. S. App. D. C. 269, 274, 335 F. 2d 691, 696 (1964). Whether petitioners are successful in showing a need for significant relief may be a factor in determining whether a further award should later be made. But regardless of the relief granted, private stockholders' actions of this sort "involve corporate therapeutics," and furnish a benefit to all shareholders by providing an important means of enforcement of the proxy statute. To award attorneys' fees in such a suit to a

36 UNITED STATES SUPREME COURT. *Mills v. Electric Auto Lite Co.* (396 U.S. 375), 1970. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar_case?case=12493769403275984331&q=mills+v.+electric+auto-lite+co&hl=en&as_sdt=2006&as_vis=1. Acesso em: 01 nov. 2021.

plaintiff who has succeeded in establishing a cause of action is not to saddle the unsuccessful party with the expenses but to impose them on the class that has benefited from them and that would have had to pay them had it brought the suit.

Como se vê, mesmo em casos em que a ação seja improcedente em relação ao pleito indenizatório (pois a transação seria considerada com preço “justo”), ainda assim os precedentes americanos entendem serem devidas as taxas do advogado (“prêmio da ação”), desde que comprovada a irregularidade da conduta, sob pena de ficarem inviabilizados os objetivos da norma.

6. Ação de Responsabilidade Contra Administrador – Art. 159 da LSA.

O art. 159 da Lei nº 6.404/76 trata da ação de responsabilidade contra os administradores em virtude de supostos atos irregulares que possam causar prejuízo à companhia.

O caminho natural, diante de um quadro de suspeita de conduta irregular de administrador, seria a submissão da matéria à assembleia geral de acionistas, para que houvesse deliberação sobre o tema. Em sendo aprovada a propositura da ação, seguir-se-ia o ingresso da ação judicial pela própria companhia.

A Lei nº 6404/76, no entanto, atenta à realidade da vida societária, não poderia desconsiderar a forte influência dos administradores nesse ambiente, uma vez que a administração poderia, mesmo havendo deliberação da assembleia geral em favor do ingresso da ação, não propor ou protelar a propositura de ação de responsabilidade contra eles mesmos ou seus pares. Ademais, o controlador, que é quem escolhe os administradores, poderia dominar a assembleia geral e votar contra a propositura da ação de responsabilidade, mesmo estando presente evidências de irregularidade.

Para corrigir essas distorções, o § 3º do referido dispositivo permite que qualquer acionista ingresse com a ação como substituto processual da companhia quando a sociedade protelar por mais de três meses a propositura da ação já aprovada em assembleia geral, enquanto que o §4º permite que, nada obstante a rejeição da propositura da ação pela assembleia geral, acionistas que representem, pelo menos, 5% (cinco por cento) do capital social da companhia proponham a ação social *ut singuli* contra os administradores.

Os §§ 3º e 4º tentam, por meio do fenômeno da substituição processual, viabilizar o ingresso de ação de responsabilidade pela sociedade (substituída processualmente) contra os seus administradores, para fins de indenização dos prejuízos sofridos, mesmo quando a administração protela a propositura da ação ou o controlador protege os administradores que faltam com seus deveres.

O problema, contudo, é que a Lei, diferentemente da regra do art. 246, não previu no § 4º do art. 159 qualquer estímulo efetivo à iniciativa dos acionistas minoritários.

Em que pese a ação derivada permitir ao acionista detentor de 5% do capital social promover ação de responsabilidade em face do administrador quando a deliberação da assembleia for contrária à propositura da ação, verifica-se que, na prática, os acionistas não possuem incentivos efetivos para ingressar em juízo como substitutos processuais da companhia, uma vez que, atuando na defesa dos interesses sociais, arcariam a princípio com todas as despesas decorrentes das custas processuais e dos honorários advocatícios despendidos para a propositura da ação, bem como estariam submetidos ao risco da sucumbência (suportados individualmente pelo acionista/substituto processual), enquanto os benefícios auferidos em caso de sucesso da ação seriam destinados à companhia, beneficiando apenas indiretamente os autores da ação, de forma dissipada e idêntica para todos os acionistas. Além disso, caso a indenização seja insuficiente para ressarcir todos os gastos com a ação judicial, o ressarcimento do acio-

nista substituto processual seria parcial mesmo no caso de sucesso da ação (§5º).

Afigura-se nítido, portanto, que os acionistas não têm incentivos efetivos para a propositura dessa ação, o que fica evidenciado pela baixa utilização desse tipo de ação judicial. Nesse sentido, convém transcrever a análise do tema realizada por Erik Frederico Oioli e José Afonso Leirão Filho:

Este é um dos empecilhos ao ativismo societário, dado que, dos ganhos obtidos, apenas uma fração (muitas vezes, pequena) se dirige ao acionista ativo, conforme visto acima. Afinal, o comportamento racional do acionista, como o de qualquer investidor, pauta-se pela análise risco versus retorno, concluindo-se que pode ter pouco a ganhar e muito a perder.³⁷

Conclui-se, portanto, que seria importante uma alteração legislativa para prever algum tipo de “prêmio” ao autor e/ou advogado da ação (conforme opção do legislador), sem o que a ação de responsabilidade contra administradores proposta pelos minoritários continuará a existir quase que exclusivamente no papel.

7. Class Action Societária – Breves Referências.

A ação coletiva do mercado de capitais que existe no ordenamento brasileiro é aquela prevista na Lei nº 7.913/89 (“ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao investidores no mercado de valores mobiliários”), pela qual o Ministério Público, de ofício ou por solicitação da CVM, poderá ingressar com a ação judicial para “evi-

37 OIOLI, Erik Frederico; FILHO, José Afonso Leirão. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J (Coord.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. II, p. 172.

tar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado”, nos casos de operações fraudulentas em suas diversas modalidades (ICVM 08/79), negociação com base em informações privilegiadas por *insider* primário e omissão de divulgação de informação relevante.

Conforme prevê o art. 2º da referida Lei, as condenações reverterão em favor dos investidores lesados na proporção de seus prejuízos, que poderão se habilitar, no prazo de 2 anos, para o recebimento desses valores.

Seja por falta de *expertise* do Ministério Público, seja pela dificuldade intrínseca a esse tipo de ação, o fato é que são raríssimas,³⁸ senão inexistentes, ações dessa natureza que tenham sido propostas pelo parquet.³⁹ Ademais, a lei não especificou se a ação seria contra a companhia ou contra os administradores responsáveis pelos equívocos, o que sempre configura a maior discussão nesse tipo de ação.

Diante da inoperância, sob o aspecto empírico, desse tipo de ação civil pública, o que vem se discutindo atualmente no Brasil, tan-

38 Arnoldo Wald e Alberto Camiña Moreira assim se manifestam sobre a questão em artigo publicado no Valor Econômico de 27/12/2019: “Com a ressalva de iniciativas individuais de alguns agentes do Ministério Público (MP) que se interessam pela matéria, deve ser dito que a instituição não está com os olhos voltados a essa temática. Preocupado com a improbidade administrativa, com o meio ambiente e outros relevantes bens jurídicos, o MP tem se descurado dessa atuação que lhe foi conferida [...] Há, aliás, um descompasso entre a repressão penal (a cargo do Ministério Público) e a repressão cível. O STJ já examinou questão criminal relativa ao insider trading. Porém, até aqui, não teve o ensejo de examinar o aspecto cível, relativo à indenização. No site do TRF da 3ª Região encontra-se, com a expressão insider trading, nove decisões, sendo seis apelações e três habeas corpus. Somente dois casos discutem a anulação do processo administrativo sancionador levado a efeito pela CVM. No campo da indenização cível, não se encontrou precedente [...]” (WALD, Arnoldo; MOREIRA CAMIÑA, Alberto. A Lei nº 7.913/89 e o mercado de capitais. *Valor Econômico*, 27 dez. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2019/12/27/a-lei-no-7-913-89-e-o-mercado-de-capitais.ghtml>. Acesso em: 01 nov. 2021).

39 Para dar maior efetividade a essa ação civil pública, seria importante alterar a lei deixar clara a legitimidade da CVM para a propositura da ação, com o que se pode obter uma maior eficiência nessa seara.

to na seara judicial como arbitral, é a propositura de ação coletiva pelos próprios acionistas, no molde da *class action* americana, em que os titulares dos valores mobiliários ingressam com ação contra a companhia buscando indenização em virtude de atos irregulares, em especial divulgação de informação equivocada.

Tratando-se de importação de uma ação própria de sistema diferente (EUA), seriam imprescindível uma criteriosa análise de compatibilidade com o nosso ordenamento jurídico, bem como das externalidades positivas e negativas desse instrumento processual, que, cumpre ressaltar, já vem sofrendo sérias críticas no seu próprio país de origem.⁴⁰

Diante da complexidade do tema, que demandaria uma análise ampla que seria incompatível com a extensão do presente artigo, deixaremos esse tema para ser desenvolvido em outra oportunidade, sendo essas breves referências feitas apenas para que a importante discussão sobre a *class action* não ficasse totalmente esquecida no presente artigo.

40 Conforme apontado por John C. Coffee em sua análise das *class actions* americanas como mecanismos de compensação de danos e de dissuasão de práticas irregulares: “Deterrence works best when it is focused on the culpable, but there is little evidence that securities class actions today satisfy this standard. Rather, because the costs of securities class actions – both the settlement payments and the litigation expenses of both sides – fall largely on the defendant corporation, its shareholders ultimately bear these costs indirectly and often inequitably”. (COFFEE JR., John C. *Reforming the Securities Class Action: On Deterrence and Its Implementation*, Columbia Law Review, 2006. p. 1.536). Semelhante é o entendimento de William Bratton e Michael Wachter, ao analisarem as “*fraud-on-the-market (FOTM)*” actions baseadas nas disposições da Section 10(b) do Securities and Exchange Act e na Rule 10b-5 da Securities and Exchange Commission: “FOTM came forth making two promises: (1) it would compensate present fraud victims, and (2) it would operate as a deterrent against future fraud. FOTM is now generally seen to have altogether failed to deliver on the first promise [...] As to the deterrent promise, FOTM is thought to deliver, but only a little. Enterprise liability causes the problem once again: if FOTM were serious about deterrence, the funding would come from individual miscreants.” (BRATTON, William W; WACHTER, Michael L. *The Political Economy of Fraud on the Market*. Philadelphia: Faculty Scholarship, 2011. p. 72-73).

Conclusão.

O Brasil possui, desde a década de 70, um arcabouço legal processual sofisticado e teoricamente apto para corrigir condutas irregulares, praticadas pelo controlador, que gerem prejuízo à controlada, o que inclui prêmios para estimular a propositura da ação pelo autor (substituto processual) e honorários especiais para o advogado que patrocinar a causa, mas a interpretação adotada pelo STJ no REsp nº 745.739/RJ acabou por obstar os incentivos à propositura da ação, o que tornou de pouca utilidade prática o art. 246 da LSA.

A ação contra os administradores (art. 159 da LSA) carece de estímulos no próprio ordenamento legal, o que demandaria, para fins de aprimoramento, alguns ajustes na norma, no que se refere à criação de estímulos adequados para a propositura da ação, com o que se poderia atingir o objetivo de criar um mercado de capitais mais saudável e regular.

Já em relação à ação de anulação de assembleia ou de decisões assembleias, embora a lei seja bastante rarefeita sobre o tema, a jurisprudência caminhou bem sobre o assunto, reconhecendo o caráter peculiar da teoria das nulidades no ambiente societários e as diversas consequências daí decorrentes. De qualquer forma, seria de todo conveniente alterações legislativas específicas para positivar pontos importantes sobre o tema, reduzir os prazos prescricionais (definidos na década de 70) e equacionar algumas questões processuais sensíveis relacionadas à matéria.

Como já foi aduzido no capítulo inicial, buscou-se com o presente artigo apenas apontar problemas existentes no âmbito processual societário, bem como sugerir algumas reflexões sobre as melhores interpretações para as normas existentes e eventuais aprimoramentos que poderiam ser feitos na legislação, sem, de forma alguma, apresentar respostas totalmente prontas para essas delicadas e difíceis questões.

