

GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA

ENFORCEMENT E TUTELA
INDENIZATÓRIA NO
DIREITO SOCIETÁRIO E NO
MERCADO DE CAPITAIS

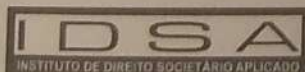
IDSA
INSTITUTO DE DIREITO SOCIETÁRIO APLICADO

QUARTIER LATIN

ENFORCEMENT E TUTELA
INDENIZATÓRIA NO
DIREITO SOCIETÁRIO E NO
MERCADO DE CAPITAIS

COLEÇÃO IDSA DE DIREITO SOCIETÁRIO E MERCADO DE CAPITAIS

VOLUME 9



QUARTIER LATIN

COLEÇÃO IDSA DE DIREITO SOCIETÁRIO E MERCADO DE CAPITAIS

Volume 1

Oferta Pública de Aquisição do Controle de Companhias Abertas
Erik Frederico Oioli

Volume 2

Controle Gerencial
Rodrigo Rocha Monteiro de Castro

Volume 3

A Construção da Cota de Sociedade Empresária Limitada
Marcos Andrey de Sousa

Volume 4

A Teoria Jurídica da Empresa no Direito Brasileiro:
Do Comércio à Atividade Empresária, Empresa e Estabelecimento, Empresário Individual, EIRELI, Sociedades Empresárias e o Regime Jurídico do Empresário
Ana Lúcia Alves da Costa Arduin

Volume 5

O Regime de Informação das Companhias Abertas
André Grünspun Pitta

Volume 6

Impugnação de Deliberações de Assembleia das S/A
Guilherme Setoguti Julio Pereira

Volume 7

Administradores e Acordo de Acionistas: Limites à Vinculação
Thiago José da Silva

Volume 8

Controle Minoritário: Dissociação entre Voto e Participação Econômica na Companhia Aberta
Luís André N. de Moura Azevedo

Volume 9

Enforcement e Tutela Indenizatória no Direito Societário e no Mercado de Capitais
Guilherme Setoguti J. Pereira

GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA

*Advogado. Doutor, Mestre e Bacharel pela Faculdade
de Direito da USP. Professor do INSPER e do IBMEC.*

***ENFORCEMENT E TUTELA
INDENIZATÓRIA NO
DIREITO SOCIETÁRIO E NO
MERCADO DE CAPITAIS***

COLEÇÃO IDSA DE DIREITO SOCIETÁRIO E MERCADO DE CAPITAIS

VOLUME 9

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, outono de 2018
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA

*Enforcement e Tutela Indenizatória no Direito Societário e
no Mercado de Capitais*

São Paulo: Quartier Latin, 2018.

ISBN 85-7674-924-6

1. Mercado de Capitais. 2. Processo Societário. 3. Arbitragem Societária.
4. *Enforcement*. I. Título

Editor

Vinicius Vieira

Produção editorial

José Ubiratan Ferraz Bueno

Diagramação

Anderson dos Santos Pinto

Revisão gramatical

Ronaldo Santos Soares

Capa

Anderson dos Santos Pinto

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua General Flores, 508

Bom Retiro – São Paulo

CEP 01129-010

Telefone: (11) 3222-2423

Email: quartierlatin@globo.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

SUMÁRIO

Prefácio por Flávio Luiz Yarshell.....	11
Apresentação por Nelson Eizirik.....	15
Agradecimentos.....	19

Considerações Introdutórias, 21

1. Delimitação do Objeto: a Hipótese e a Tese.....	23
2. Acesso à Justiça (Admissão em Juízo e Modo de ser do Processo) ...	28
3. A Solução Proposta: a saída pela via Contratual.....	30
4. A Contribuição Original à Ciência Jurídica Brasileira.....	33
5. Observações Terminológicas.....	34
6. Plano do Estudo	35

CAPÍTULO 1

A Correlação entre Mercado de Valores Mobiliários e Cumprimento Forçado de Normas, 37

7. Relevância da Efetividade do Sistema de Cumprimento Forçado de Normas para o Mercado de Valores Mobiliários.....	39
7.1. O Risco do Excesso de Enforcement: a Busca do Ponto Ótimo.....	41
8. O Debate a Respeito dos Modelos de <i>Enforcement</i> : Público, Privado ou Misto?	44
9. A Importância do Direito Processual na Implementação de um Modelo Adequado de <i>Enforcement</i>	48
10. Interesses Tutelados: Individuais e Transindividuais.....	51
10.1. Unitariedade e “Molecularização” dos Interesses: Necessidade de Mecanismos de Litigância Agregada e Substituição Processual	55
11. A Efetividade do Sistema Brasileiro de <i>Enforcement</i>	59

CAPÍTULO 2

Acesso à Justiça: Óbices Processuais à Consecução da Tutela Indenizatória no Direito Societário e no Direito do Mercado de Capitais Brasileiros, 69

12. Ações Indenizatórias Previstas pela Lei das S/A	71
---	----

12.1. Cabimento de Ação Indenizatória Contra Acionista Controlador?	75
12.2. Pisos de legitimação: o temor de ações abusivas (<i>strike suits</i>)	81
12.3. Caução (Lei das S/A, art. 246, § 1º, "b")	84
13. Ação Direta contra a Companhia?.....	87
13.1. O Problema da Circularidade	90
14. Tutela Coletiva: a Lei 7.913/89.....	92
14.1. Legitimidade Ativa.....	93
14.1.1. Ministério Público	93
14.1.2. Associações	94
14.1.3. CVM.....	98
14.1.4. A Ausência de Legitimidade do Particular	102
14.1.5. Controle da Representatividade Adequada.....	105
14.2. Liquidação da Sentença Coletiva.....	106
14.3. Destinação da Indenização Residual: o Fundo de Defesa de Direitos Difusos.....	109
14.4. Coisa Julgada Coletiva.....	112
14.5. Transação e Compromisso de Ajustamento de Conduta	115
15. Regime Financeiro do Processo	119
15.1. Despesas Processuais: Ônus de Antecipação.....	124
15.2. O Regime Financeiro das Ações Derivadas da Lei das S/A.....	128
15.3. Honorários de Advogado.....	130
15.4. Prêmio.....	134
15.5. Financiamento por Terceiros.....	136
16. Arbitragem.....	139
16.1. Arbitragem, Direito Societário e Direito do Mercado de Capitais: as Alegadas Vantagens da Arbitragem	139
16.2. A Peculiaridade do Sistema Brasileiro: o art. 136-A da Lei das S/A e a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM)	142
16.3. Barreiras de Entrada	148
16.4. Custo	149
16.5. Confidencialidade	151
16.5.1. Os Problemas da Confidencialidade	154
16.5.1.1. Assimetria de Informações	154
16.5.1.2. Formação do Direito.....	158
16.6. Instrumentalidade da Arbitragem.....	159

16.6.1. Confidencialidade Atenuada.....	163
16.6.2. Comunhão de Interesses e Litisconsórcio Unitário	165
16.6.3. Facilitação da Intervenção de Terceiros	167
16.3.4. Formação do Tribunal Arbitral	169
16.7. Arbitragem e Litigância Agregada:	
Meio Adequado? Arbitragem Coletiva	172
17. A Função Indenizatória Desempenhada pela CVM	174
17.1. Função Sancionadora.....	176
17.2. Função Reparatória: o Calcanhar de Aquiles.....	177
17.2.1. Termo de Compromisso	179
17.2.1.2. Obstáculos à Celebração de Termos de Compromisso.....	181
17.2.1.3. Identificação e Comunicação dos Prejudicados.....	183
17.1.2.4. Quantificação dos Danos.....	184
18. Ferramentas Indenizatórias Previstas na Autorregulação:	
o Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos (MRP).....	186
19. Prova.....	188
19.1. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova	
(CPC, art. 373, § 1º)	190
19.2. Hipóteses já Previstas de Inversão do Ônus da	
Prova em Litígios Societários e de Mercado de Capitais.....	193
20. Especialização e Juízos Empresariais	200
20.1. A CVM e as Associações Civas como <i>Amici Curiae</i>	204

CAPÍTULO 3

A Saída Contratual: o Horizonte Aberto pela Cláusula Geral de Convenção Processual, 209

21. A Cláusula Geral de Convenção Processual (CPC, art. 190).....	211
22. Autorregulação processual e a experiência com o	
Novo Mercado: melhores práticas processuais?	214
23. O Estatuto Social como Veículo das Convenções Processuais	216
24. Duas Perspectivas: Vantagens e Restrições a Direitos.....	221
25. Validade das Convenções Processuais	224
26. Situações Concretas	227
26.1. Legitimidade Ativa <i>ad causam</i> Extraordinária:	
a <i>Class Action</i> Contratual	228

26.1.1. Legitimidade Ativa Extraordinária na Arbitragem.....	231
26.2. Produção da Prova	232
26.3. Incentivos Econômicos.....	234
26.4. Financiamento do Processo	235
26.5. Informação e Comunicação	237
26.6. Celeridade: Redução de Prazos e Supressão de recursos.....	238
26.7. Juízos Empresariais e Eleição de Foro	239

Conclusão, 241

Referências Bibliográficas, 247