

GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA

Coordenação

# LITIGATION FINANCE E SPECIAL SITUATIONS

FINANCIAMENTO DE LITÍGIOS,  
AQUISIÇÃO DE DIREITOS  
CREDITÓRIOS E OUTRAS OPERAÇÕES

Ana Luiza Tesser Arguello  
André Ericsson de Carvalho  
Anna Carolina Simões Abrantes  
Bárbara Dias Cipriano  
Bruna Ferreira Marengoni  
Bruno Tostes Corrêa  
Camila Du Plessis Lang  
Cláudia Gruppi Costa  
Débora Carrara  
Debora Visconte  
Eduardo Augusto Mattar  
Fabio Caparroz Ferrante  
Flávio Luiz Yarshell  
Gabriel José de Orleans e Bragança  
Guilherme Setoguti J. Pereira  
Gustavo Machado Gonzalez  
Isac Costa  
João Gabriel Volasco Rodrigues  
João Mendes de Oliveira Castro  
João Victor Carvalho de Barros  
Karina Ferraz Deorio

Leonardo Viveiros de Castro  
Marcelo Barbosa Sacramone  
Márcio Calil de Assumpção  
Márcio Souza Guimarães  
Marianna Falconi Marra  
Nuno Trigo dos Reis  
Paula Costa e Silva  
Pedro Renato de Souza Mota  
Rafael Motta e Correa  
Rafael Stefanini Auilo  
Rafaela de Oliveira Duarte Dias  
Rafaella Ueda Rodrigues  
Renata Martins de Oliveira Amado  
Renata Szczerbacki Setton  
Renato G. R. Maggio  
Solano M. D. Neiva

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

## 6.

# A AÇÃO DE RESPONSABILIDADE DE ACIONISTA CONTROLADOR E O FINANCIAMENTO DE LITÍGIOS

GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA<sup>1</sup>

CLÁUDIA GRUPPI COSTA<sup>2</sup>

DÉBORA CARRARA<sup>3</sup>

RAFAELLA UEDA RODRIGUES<sup>4</sup>

SUMÁRIO: 1. Delimitação do objeto do artigo. 2. A ação do art. 246 da LSA. 3. A importância do financiamento de terceiros para a ação do art. 246 da LSA. 4. Desnecessidade de prévia deliberação assemblear para a ação do art. 246 da LSA. 5. A posição da companhia na ação do art. 246 da LSA. 6. Conclusão.

### 1. Delimitação do objeto do artigo<sup>5</sup>

É corrente na doutrina a assertiva de que a eficiência e o grau de desenvolvimento de um dado mercado de capitais dependem diretamente da efetividade

1. Sócio de Monteiro de Castro, Setoguti Advogados. Professor do Insper. Doutor, Mestre e Bacharel pela USP.
2. Sócia de Monteiro de Castro, Setoguti Advogados. Bacharela em Direito e Mestranda em Direito Civil pela USP.
3. Sócia de Monteiro de Castro, Setoguti Advogados. Bacharela em Direito pela PUC-SP. Especialista em Direito Societário pela FGV-SP.
4. Sócia de Monteiro de Castro, Setoguti Advogados. Bacharela em Direito pela USP.
5. Este artigo repete alguns trechos dos seguintes trabalhos anteriores de um dos coautores: (i) Guilherme Setoguti J. Pereira. *Enforcement e tutela indenizatória no direito societário*

de seu sistema de cumprimento forçado de normas.<sup>6</sup> Além disso, chega a ser um truísmo afirmar que as normas processuais desempenham um papel importante na construção de um sistema jurídico efetivo.<sup>7</sup>

e no mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2018; e (ii) Guilherme Setoguti J. Pereira, capítulo de *Private Enforcement of Shareholder Rights: A comparison of selected jurisdictions and policy alternatives for Brazil*, 2020, p. 86. Disponível em: <http://www.oecd.org/corporate/shareholder-rights-brazil.htm>.

6. Cf. Guilherme Setoguti J. Pereira. *Enforcement...*, pp. 23 e seguintes; Mark Gillen e Pittman Potter, "The convergence of securities law and implications for developing securities markets". *North Carolina Journal of International Law*, v. 24, 1998-1999, p. 123; Ziven Scott Birdwell, "The key elements for developing a securities market to drive economic growth: a roadmap for emerging markets". *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v. 39, 2011, p. 544 e 545; John Coffee Jr., "Law and the market: the impact of enforcement". *University of Pennsylvania Law Review*, v. 156, n. 2, dez. 2007, p. 232-234; Ronald Gilson, "Controlling shareholders and corporate governance: complicating the comparative taxonomy". *Harvard Law Review*, v. 119, abr. 2006, p. 1.674 e 1.675; Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer e Robert Vishny. "Legal determinants of external finance". *The Journal of Finance*, v. 52, jul. 1997, p. 1.131-1.150 e "Investor protection and corporate valuation". *The Journal of Finance*, v. 57, jun. 2002, p. 1.147-1.170; Rafael La Porta, Florencio Lopez-De-Silanes e Andrei Schleifer, "What works in securities laws?". *The Journal of Finance*, v. LXI, n. 1, fev. 2006, p. 5; Érica Gorga, "A cultura brasileira como fator determinante na governança corporativa e no desenvolvimento do mercado de capitais". *Revista de Administração*. v. 39, out./dez. 2004, p. 311; Viviane Muller Prado e Renato Vilela, "Indenização de investidores por termo de compromisso". In: *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 623; Eduardo Secchi Munhoz, "A importância do sistema de solução de conflitos para o direito societário: limites do instituto da arbitragem". In: *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin: 2012, p. 78; Sheila Neder Cerezetti. *Comentários à Lei do Mercado de Capitais – Lei nº 6.385/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 122; Lionel Zaclis. *Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais*. São Paulo: RT, 2007, p. 197; Ana Novaes, "Mercado de capitais: lições da experiência internacional". In: *Mercado de capitais e crescimento econômico. Lições internacionais, desafios brasileiros*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2005, p. 108; Jairo Saddi, "Qual é o melhor sistema jurídico para o mercado de capitais?". In: *Direito societário – desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 223; Luiz Felipe Amaral Calabro. *Regulação e autorregulação do mercado de bolsa*. São Paulo: Almedina, 2011, p. 156; Gabriel Saad Kiki Buschinelli e Rafael Helou Bresciani, "Aspectos processuais da ação de responsabilidade do controlador movida por acionista titular de menos de 5% do capital social (art. 246, § 1º, 'b' da Lei 6.404/76)". In: *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 303; e Vinícius Krüger Fadanelli e Lucas Braun. *Comentários à Lei do Mercado de Capitais – Lei nº 6.385/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 243.
7. Cf. Theodor Baums e Kenneth Scott, "Taking shareholder protection seriously? Corporate governance in the United States and Germany". *ECGI Law Working Paper*, n. 17, nov. 2003, p. 10; Robin Hui Huang, "Private enforcement of securities law in China: a ten-year retrospective and empirical assessment". *The American Journal of Comparative*

É também frequente na doutrina a assertiva de que o sistema brasileiro de cumprimento forçado (*enforcement*) das normas societárias e do direito do mercado de capitais é pouco efetivo.<sup>8</sup> Há inúmeros trabalhos acadêmicos que demonstram serem pouco efetivos os mecanismos privados de tutela de interesses das companhias e de acionistas minoritários frente a condutas do acionista controlador e de administradores.<sup>9</sup>

Tal diagnóstico, somado à afirmação contida no parágrafo introdutório acima, preocupa, uma vez que a ausência de efetividade de tais mecanismos privados de *enforcement* prejudica o próprio desenvolvimento e a evolução do mercado de capitais e do direito societário brasileiros. Dificilmente haverá um mercado de capitais maduro se ilícitos praticados nesse âmbito não sofrerem as devidas sanções e os lesados não forem indenizados.

A ausência de sanção à prática de ilícitos cria um círculo vicioso: diante da ausência de responsabilização, quem pratica o ilícito é incentivado a continuar agindo dessa forma. O investidor, receoso de que seus direitos não serão respeitados, deixa de aplicar sua poupança no mercado de capitais e lhe dá outra destinação, como o sistema bancário ou mercados de capitais de outros países. Com isso, também são penalizadas as companhias em razão do aumento do custo de capital, pois têm de recorrer a fontes de financiamento mais custosas do que o mercado de capitais (bancos, por exemplo). E, mesmo no mercado de capitais, a taxas serão maiores por conta da insegurança jurídica que é precificada pelos investidores.

Feitas essas considerações, este artigo se deterá sobre um dos elementos centrais do microsistema de proteção de interesses no âmbito societário, que é a demanda indenizatória movida contra acionista controlador por prejuízos causados à sociedade controlada, prevista no art. 246 da Lei 6.404/76 (“LSA”).

Como se verá abaixo, as regras que preveem os deveres do acionista controlador e os meios de sua responsabilização em caso de descumprimento de tais

---

Law, v. 61, 2013, p. 758; e Guido Ferrarini e Paolo Giudici, “Financial scandals and the role of private enforcement: The Parmalat case”. ECGI Working Paper Series in Law, n. 40, maio 2005, p. 3. Nesse sentido é a afirmativa de Eduardo Secchi Munhoz de que a circunstância de que o mercado de capitais brasileiro é de capital concentrado, com ampla possibilidade de extração de benefícios privados da companhia pelo acionista controlador, decorre menos de deficiências materiais da Lei 6.404/76 (“Lei das S/A”) e mais da ausência de mecanismos adequados de cumprimento de suas regras (cf. Eduardo Secchi Munhoz. *Alienação de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99).

8. Cf. Bruno Salama e Viviane Muller Prado, “Legal protection of minority shareholders of listed corporations in Brazil: brief history, legal structure and empirical evidence”. *Journal of Civil Law Studies*, v. 4, 2011, p. 184; e Viviane Muller Prado e Vinícius Correa Buranelli, “Relatório da pesquisa de jurisprudência sobre direito societário e mercado de capitais no Tribunal de Justiça de São Paulo”. *Caderno Direito GV*, n. 9, jan. 2006, p. 4.
9. Com citação de bibliografia, v. Guilherme Setoguti J. Pereira. *Enforcement...*, pp. 59-68.

deveres apresentam papel de protagonismo na LSA e são um dos seus pilares, como reconhecido pelos próprios autores do anteprojeto de lei que redundou nessa legislação. Com efeito, segundo Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira as regras que estipulam a responsabilização do controlador são “a pedra angular do conjunto de normas que regem as sociedades por ações”.<sup>10</sup>

É nesse contexto que este artigo defende a visão de que tanto (i) a correta aplicação dos incentivos econômicos legitimamente previstos pelo art. 246 da LSA (como o pagamento de honorários advocatícios e prêmio ao acionista que se sagrar vencedor) e (ii) o fortalecimento de um mercado de financiamento de litígios podem contribuir para superação do diagnóstico inicial e, conseqüentemente, para desenvolver e amadurecer o mercado de capitais e o direito societário brasileiros.

Em junho de 2022 o Superior Tribunal de Justiça julgou o conflito de competência nº 185.702/DF, ocasião em que decidiu a respeito de alguns aspectos relacionados à ação do art. 246 da LSA.<sup>11</sup> Este capítulo pretende abordar algumas das – e não todas – questões jurídicas que foram apreciadas no referido julgamento, e tecer conclusões sobre os impactos de tais entendimentos para o desenvolvimento do direito societário e do mercado de capitais brasileiro, bem como para o crescente mercado de financiamento de disputas societárias.

## 2. A ação do art. 246 da LSA

A leitura da Exposição de Motivos da LSA mostra que seus idealizadores quiseram consagrar um modelo em que o acionista controlador e os administradores – por ele eleitos e orientados – gozam de ampla liberdade e, em contrapartida, sujeitam-se a um regime de regras estritas de responsabilidade.<sup>12-13</sup> Optou-se por atribuir-lhes autonomia e, por outro lado, exigir-lhes deveres rigorosos, estipulando-se em caso de desrespeito a tais preceitos a invalidade de atos (Lei das S/A, arts. 115, § 4º e 156, § 2º) e um regime típico de responsabilização (art. 116, 117,

10. Cf. “Abuso do poder de controle em aumento de capital social de banco comercial”. In: A Lei das S/A, v. 2, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 244.

11. Brasil, STJ. Conflito de Competência nº 185.702/DF. Ministro Relator: Marco Aurélio Bellizze. Órgão Julgador: Segunda Seção. Data de Julgamento: 22.06.2022.

12. Cf. Item 5, letras “a” e “b” da Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda.

13. Cf. Guilherme Setoguti J. Pereira. Enforcement..., pp. 71 e seguintes; Calixto Salomão Filho, “Organização interna: estrutura orgânica tríplice”. In: O novo direito societário, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 84 e “Deveres fiduciários...”, p. 169; Jorge Lobo, “Reforma da Lei das S.A.”. In: A reforma da Lei das S.A. São Paulo: Atlas, 1998, p. 28; e Eduardo Secchi Munhoz. Aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 88, nota 59, e p. 303.

153 a 158 e 245), que lista em caráter exemplificativo condutas que caracterizam abuso de poder de controle e violação a deveres fiduciários.<sup>14</sup>

Para efetivar tais deveres a lei prevê algumas demandas típicas, como a (i) ação de responsabilidade contra administradores (art. 159) e a (ii) ação de responsabilidade contra acionista controlador (art. 246),<sup>15</sup> peças fundamentais na engrenagem que é o sistema da LSA.

Essas demandas podem ser movidas pela própria companhia, já que nelas se busca tutelar a sua própria esfera jurídica. Contudo, considerando o fato de que a companhia é representada (ou apresentada) por seus administradores (LSA, art. 144) – que, por sua vez, são eleitos pelo controlador –, atribui-se legitimidade extraordinária para que o acionista pleiteie a tutela do patrimônio social. Caso contrário, estaria aberto um evidente caminho à *tiranía do controlador*.<sup>16</sup> Dizendo de outro modo: como a sociedade é capitaneada pelo controlador e representada pelos administradores que aquele elege, dificilmente seriam tomadas medidas contra eles se não se outorgasse essa legitimidade aos demais acionistas.<sup>17</sup> Tais ações

- 
14. A LSA prevê também a responsabilidade do acionista minoritário, pelo descumprimento dos deveres que lhe impõe. O *caput* do seu art. 115 estabelece que o acionista deve exercer seu direito de voto de acordo com o interesse da companhia, ao passo que o § 3º fixa a responsabilidade do acionista, inclusive minoritário, pelo voto abusivo (cf. Alfredo Lamy Filho, “O acionista controlador e a nova Lei de S.A.”. In: *Temas de S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 157).
15. A submissão do interesse da companhia a outro interesse (da controladora) só é admitido nos grupos de direito e, ainda assim, nos limites exatos da convenção grupal, que estabelece o interesse comum do grupo. Fora dessas situações, aquela submissão é ilegal, por abuso de poder de controle (cf. José Alexandre Tavares Guerreiro, “Conflito de interesse entre sociedade controladora e controlada e entre coligadas, no exercício do voto em assembleias gerais e reuniões sociais”. *RDM*, n. 51, 1963, p. 32). De acordo com Calixto Salomão Filho, o art. 246 instrumentaliza uma espécie de “responsabilidade extracontratual societária”, em favor da sociedade (cf. “Alienação de controle: vaivém da disciplina e seus problemas”. In: *O novo direito societário*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 131).
16. Daí dizer Cândido Rangel Dinamarco, a respeito do art. 246, § 1º da Lei das S/A, que “foi nítida a intenção do legislador obstar aos males de uma *tiranía do controlador*, o qual, dispondo dos cargos de diretoria da sociedade anônima, tem na prática o comando das ações e omissões dos diretores, seus subordinados; sem a legitimidade concedida aos minoritários e sem o efetivo exercício da ação por eles, estaria aberto um caminho muito fácil à impunidade da sociedade controladora, de nada valendo as normas de direito substancial que definem sua responsabilidade civil por atos abusivos” (cf. “Sociedades anônimas e legitimidade dos minoritários – questões processuais”. In: *Processo civil empresarial*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 643).
17. Cf. Dario Latella, “Shareholder derivative suits: a comparative analysis and the implications of the European Shareholders’ Rights Directive”. *European Company and*

movidas por acionistas como substitutos processuais da companhia são chamadas de *ações derivadas* (*derivative suits*).

As ações derivadas são essenciais para o funcionamento de um sistema de imputação de deveres e responsabilidades atribuídos ao controlador e aos administradores, e, conseqüentemente, de proteção dos interesses da companhia frente aos danos causados por tais agentes. São mecanismos de tutela da minoria, por meio dos quais os acionistas demandam (em nome próprio, mas em defesa da sociedade) o controlador e os administradores da sociedade, em razão da violação aos deveres a que se sujeitam.<sup>18</sup> Ao empregá-las, o acionista *veste os sapatos da companhia*.<sup>19</sup>

A hipótese prevista no art. 246 da LSA trata, sem dúvida, de substituição, e não de representação processual.<sup>20</sup> O acionista que vai a juízo e propõe a demanda é

---

Financial Law Review, v. 6, n. 2, 2009, p. 313; e Gabriel Saad Kik Buschinelli e Rafael Helou Bresciani, "Aspectos processuais...", p. 249.

18. Cf. Rui Pereira Dias, "Tutela da minoria social e convenções relativas às ações de responsabilidade". In: Processo societário II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 697. Tais ações, de acordo com John Coffee Jr., tiveram seu pico nos Estados Unidos após a Grande Depressão de 1929, e desde então declinaram em importância, embora recentemente tenham voltado a ser mais frequentes nas cortes norte-americanas (cf. Entrepreneurial litigation – its rise, fall, and future. Cambridge: Harvard Press, p. 45-28). A respeito da infrequência de tais ações em países europeus, cf. Martin Gelter, "Why do shareholder derivative suits remain rare in continental Europe?". Brooklyn Journal of International Law, v. 37, n. 3, 2012, p. 843-892.
19. Cf. Alexandre Couto Silva. Responsabilidade dos administradores de S/A. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, n. 2.5.1.5, n. 4.16.1, p. 232. É por isso que se diz que, tradicionalmente, há duas categorias de medidas que procuram exigir o cumprimento forçado de direitos do administrador e do controlador: ações derivadas, propostas por acionistas em benefício da companhia, e ações diretas (individuais ou coletivas), propostas por acionistas em seu próprio benefício (cf. Roberta Romano, "The shareholder suit: litigation without foundation?". The Journal of Law, Economics & Organizations, v. 7, n. 1, 1991, p. 57; e Robert Clark, Corporate law. Boston: Little, Brown & Company, 1986, p. 639).
20. Cf. José Luiz Bulhões Pedreira, "Responsabilidade civil do diretor de S.A.". In: A Lei das S/A, v. 2, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 408; Cândido Rangel Dinamarco, "Sociedades anônimas e legitimidade...", n. 389 e 400, p. 606 e 623, e "Sociedades anônimas e responsabilidade civil do administrador – legitimidade dos acionistas minoritários. Processo Civil Empresarial. São Paulo: Malheiros, 2010, n. 431, p. 667; José Alexandre Tavares Guerreiro, "Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas". RDM, n. 42, abr./jun. 1981, p. 82 e "Conflito de interesse entre sociedade controladora e controlada e entre coligadas, no exercício do voto em assembleias gerais e reuniões sociais". RDM, n. 51, 1963", p. 31; Fran Martins "Ação individual de responsabilidade civil contra administradores de sociedades anônimas". In: Novos estudos de direito societário. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 144; Leonardo Parentoni, "Ônus da sucumbência nas ações de responsabilidade civil contra o administrador de sociedades empresárias". In: Sociedades anônimas e mercado de capitais – homenagem ao Prof. Osmar Brina Corrêa-Lima. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 367. É por esse motivo que Modesto

parte, titular de todas as situações processuais inerentes a essa condição. Enquanto tal, suporta os encargos financeiros do processo,<sup>21</sup> de modo que há *concentração de custos e dispersão de benefícios*.<sup>22</sup> os custos com o litigar são suportados integralmente pelo acionista (autor da ação), mas, não houvesse a previsão de prêmio (LSA, art. 246, §2º), eventual benefício seria por ele aproveitado apenas indireta e proporcionalmente à sua participação no capital, na medida do que for acrescido ao patrimônio da sociedade. Além disso, mesmo que ao final o acionista possa ser reembolsado e receber o prêmio, bem como seu advogado os honorários advocatícios, isso só ocorrerá ao final do processo e se a demanda for julgada procedente, de modo que ao autor da ação cabe antecipar as despesas com o processo.

Sob essa ótica, o sistema de incentivos econômicos estabelecido pela legislação para a propositura de ações derivadas pode ser visto como um empecilho ao ativismo societário, na medida em que, se o acionista for vencedor na ação indenizatória (LSA, art. 246, § 1º), a indenização reverterá para a companhia e ele será beneficiado, indiretamente, apenas por uma fração da indenização, proporcional à sua participação no capital da sociedade. Também será reembolsado por parte das despesas e receberá um prêmio proporcional à indenização principal. Por outro lado, se for vencido, suportará integralmente os ônus financeiros consistentes na imposição de verba sucumbencial, sem partilhá-los com a companhia.<sup>23</sup> O acionista assume riscos no plano individual, mas, em caso de procedência, deve repartir o benefício com a coletividade.<sup>24</sup>

Ademais, como os ganhos de uma medida em defesa da coletividade são auferidos por todos os acionistas, mas os custos arcados apenas por quem tomou a

---

Carvalhosa afirma que ao proporem a ação prevista pelo art. 246, os acionistas minoritários agem como órgão da sociedade, em defesa do patrimônio social (cf. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, v. IV, t. II. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36 e 41).

21. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, "Sociedades anônimas e legitimidade...", n. 402 e 407, p. 625, 626 e 633.
22. Expressões de Eduardo Secchi Munhoz (cf. Alienação de controle..., p. 90).
23. Cf. Erik Oioli e José Afonso Leirião Filho, "Os empecilhos à tutela judicial dos investidores no mercado de capitais e a class action no Brasil". In: Processo Societário II. São Paulo: Quartier Latin, 2015 p. 172; e Bruno Salama e Viviane Muller Prado "Legal protection...", p. 174.
24. Cf. Érica Gorga, "Is US law enforcement stronger than of a developing country? The case of securities fraud by Brazilian corporations and lessons for the private and public enforcement debate". Columbia Journal of Transnational Law, v. 54, n. 3, 2016, p. 656 e 657; e Ana Carolina Rodrigues, "A responsabilidade civil dos administradores de companhias abertas não financeiras por danos causados à sociedade e aos acionistas e o desenvolvimento do mercado de valores mobiliários brasileiro" (dissertação de mestrado). São Paulo: Escola de Direito da FGV. 2011, p. 20.

iniciativa de propor a medida, ocorre o fenômeno que a teoria econômica nomeia de *free ride*, que pode levar a uma passividade coletiva dos acionistas.<sup>25</sup>

Justamente por conta desse desbalanceamento entre os riscos e os benefícios da ação movida contra o acionista controlador que o art. 246 da LSA estabelece incentivos econômicos para que ao acionista tome tal iniciativa, como o prêmio de 5%, os honorários advocatícios de 20% e o reembolso de despesas em caso de procedência. Contudo, para que não haja abusos a lei também estabelece requisitos para litigar. Existem incentivos e limites à atuação do acionista que age como substituto processual.<sup>26</sup> Para que a ação do art. 246 da LSA seja efetiva, mas não seja empregada abusivamente, deve haver um equilíbrio entre os incentivos e os requisitos para o exercício do direito de ação.

É mirando esse equilíbrio que o legislador brasileiro estabeleceu uma complexa teia de requisitos (exigências a serem cumpridas) e incentivos (estímulos para a tomada de medidas). No caso da ação prevista pelo art. 246 da LSA, a lei estabelece requisitos como titularidade de pelo menos 5% do capital social ou caução de custas e honorários (§ 1º), e incentivos, como reembolso de custas, pagamento de honorários de 20% e prêmio de 5% sobre a condenação (§ 2º).

Como se trata de substituição processual, o acionista autor age em nome próprio e, portanto, é parte na demanda. Enquanto tal, é ele quem custeia o processo e assume despesas com advogado, taxas judiciais ou arbitrais, honorários de perito e de assistente técnico, honorários de árbitro, dentre outras. Além disso, como de modo geral no resto do mundo, vigora no país a regra do “loser pays” – também chamada de regra inglesa (*English rule*) –, segundo a qual a parte perdedora paga à vencedora os custos em que incorreu para litigar, nisso incluídos os assim chamados honorários advocatícios de sucumbência. Essa regra se fundamenta em políticas

25. Cf. Dario Latella, “Shareholder derivative suits: a comparative analysis and the implications of the European Shareholders’ Rights Directive”. *European Company and Financial Law Review*, v. 6, n. 2, 2009, p. 317; e Luis André Negrelli de Moura Azevedo, “Ativismo dos investidores institucionais e poder de controle nas companhias abertas de capital pulverizado brasileiras”. In: *Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010 p. 243.

26. Cf. Rui Pereira Dias, “Tutela da minoria social e convenções relativas às ações de responsabilidade”. In: *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 698 e 699. Na mesma direção, Gabriel Buschinelli e Rafael Bresciani notam que “quando se tem presente a função desempenhada pela ação social *ut singuli*, percebe-se que a fixação das condições de direito material e processual para que a ação seja movida pressupõe a ponderação de interesses diversos. De um lado, não se pode estimular uma litigiosidade abusiva e sem base jurídica. De outro, é fundamental encorajar o acionista a tomar a frente e perseguir os interesses da companhia” (cf. “Aspectos processuais...”, p. 251).

públicas de desencorajar demandas infundadas e no senso de justiça de reparação da parte vencedora.<sup>27</sup>

A obrigatoriedade de oferecimento de caução foi a forma concebida pelo legislador para desincentivar as chamadas *strike suits* (ações de combate)<sup>28</sup>, medidas temerárias propostas por minoritários que não estão alinhados ao interesse social.<sup>29</sup> A caução é imposta pela lei aos minoritários que detêm menos de 5% da participação societária, de modo que, além da antecipação das taxas e despesas processuais e honorários para contratação de advogados, deverá ser prestada a caução. Parte da doutrina defende a inconstitucionalidade da regra, por representar óbice ao acesso à justiça.<sup>30</sup>

Em recente julgado, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a necessidade de diminuição do valor da caução diante dos entraves causados ao acesso à justiça. O recurso é oriundo de litígio proposto por acionista minoritário contra a Odebrecht S/A e a Odebrecht Participações e Serviços S/A com fundamento no art. 246 da LSA. A parte demandante busca a indenização por conta de ilícitos cometidos pelas sociedades controladoras e danos causados à Braskem S/A.

Em 1º grau, a caução foi fixada em R\$ 27.402.945,00, montante correspondente a 15% do valor do prêmio eventualmente recebido caso a ação fosse julgada procedente (o prêmio é de 5% do valor da causa, nos termos do art. 246, § 2º, da Lei das S/A). O agravo de instrumento interposto pelo acionista foi provido, reduzindo-se a caução para 2% do valor da causa. A ementa do julgado ressalta a relevância da caução para o sistema de responsabilização, mas que ela não pode constituir óbice ao acesso à justiça, ao consignar que a “[g]arantia que tem dupla

27. Cf. Neil Andrews, *O moderno processo civil* (trad. Teresa Arruda Alvim Wambier), 2ª ed. São Paulo: RT, 2012, n. 9.9, p. 313 e 314.

28. O termo *strike suits* começou a ser usado por cortes de Nova Iorque e Nova Jérsei, nos Estados Unidos, no começo dos anos 1900, para designar ações cuja finalidade era forçar, à extorsão, a celebração de um acordo. São *ações de combate*, que, na lição de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira von Adamek, têm como propósito imediato “paralisar ou dificultar o bom andamento dos negócios sociais para, de forma mediata, conseguir o sócio hostil uma vantagem indevida qualquer”. (Cf. Marcelo Vieira von Adamek, “Algumas notas sobre o exercício abusivo da ação de invalidação de deliberação assemblear”. In: *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 157-158).

29. “Criticável – e criticada que tem sido – a exigência dessa caução, a intenção do legislador foi clara: contrabalançar aqueles incentivos e, por esse modo, exigir probidade e responsabilidade no manejo dos instrumentos processuais; evitar ações meramente de combate (ou extorsionárias); coarctar demandas infundadas ou desprovidas de seriedade.” (cf. Marcelo Vieira von Adamek, “Temas Atuais e Controvertidos da Ação de Responsabilidade Civil contra Sociedade Controladora (LSA, art. 246)”. In: *Processo Societário IV*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 943)

30. Cf. Gabriel Saad Kik Buschinelli e Rafael Helou Besciani, “Aspectos processuais...”, p. 277-284.

função: a) assegurar realização de eventual crédito por sucumbência do autor e b) assegurar a seriedade de propósitos do acionante, dissuadindo, por conta do encargo, aventuras jurídicas. Limites que não podem impedir o acesso do minoritário à justiça.”<sup>31</sup>

Conquanto os casos ainda sejam raros, o julgado está em linha com o que já havia sido decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em situação semelhante, no sentido de que “embora a caução se destine a impedir o ajuizamento de lides temerárias, seu valor deve fixado em montante que não inviabilize o exercício do direito de ação, sob pena de violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal”.<sup>32</sup>

Quanto às despesas processuais, os ônus são também significativos e devem ser antecipados. No Judiciário, são devidas as despesas processuais necessárias ao ajuizamento da ação, além de custos com atos e diligências e com eventuais auxiliares do juízo, como peritos etc. Na arbitragem, as despesas são igualmente antecipadas e costumam ser ainda mais altas, considerando as taxas exigidas pelas câmaras arbitrais e os honorários dos árbitros. É verdade que, ao final do processo judicial ou do procedimento arbitral, esses custos poderão ser ressarcidos pelo vencido, mas há um ônus de antecipação desses valores.

O art. 246, § 2º da LSA também dispõe que, em caso de procedência da ação indenizatória, o controlador será condenado a pagar um prêmio de 5% ao autor da ação e honorários de advogado de 20%, calculados sobre o valor da indenização. A intenção do legislador é clara: estimular os minoritários a seguirem com as medidas por meio de incentivos financeiros, na medida em que, sem o prêmio, o acionista nada receberia diretamente pela propositura da ação e dos riscos assumidos.<sup>33</sup>

31. “Direito Societário. Agravo de Instrumento. Conflito em torno do valor de caução previsto no art. 246, § 1º, letra b, da Lei 6.004/76. Taxatividade mitigada do art. 1.015 do CPC. Aplicação do REsp 1.686.396. Recurso conhecido. Direito Societário. Conflito em torno do valor de caução previsto no art. 246, § 1º, letra b, da Lei 6.004/76. Garantia que tem dupla função: a) assegurar realização de eventual crédito por sucumbência do autor e b) assegurar a seriedade de propósitos do acionante, dissuadindo, por conta do encargo, aventuras jurídicas. Limites que não podem impedir o acesso do minoritário à justiça. Valor arbitrado parcialmente reduzido. Recurso conhecido e parcialmente provido.” (TJSP, Agravo de Instrumento 2261583-41.2018.8.26.0000, Rel. Araldo Telles, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, J. 07.12.2021)
32. “Responsabilidade civil. Sociedade anônima. Caução prevista no art. 264, § 1º, b, da LSA, que visa garantir o pagamento das custas e honorários advocatícios em caso de improcedência da ação. Valor que não pode inviabilizar o exercício do direito de ação. Parâmetro a ser utilizado que não se atrela ao valor da causa, visto que os honorários serão fixados com base no art. 20, § 4º, do CPC. Redução para R\$200.000,00 que se mostra adequada. Recurso provido para tanto.” (TJSP, Agravo de Instrumento 2038909-58.2015.8.26.0000, Rel. Maia da Cunha, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, J. 08.04.2015)
33. Para Cândido Rangel Dinamarco trata-se de “peça de uma política legislativa voltada à proteção dos minoritários” (“Sociedades anônimas e legitimidade...”, n. 405, p. 630).

### 3. A importância do financiamento de terceiros para a ação do art. 246 da LSA

É nesse contexto, em que de um lado pode haver benefícios econômicos (em caso de eventual e futuro sucesso na demanda), e em que de outro há pesados custos financeiros e riscos com o litigar, que o *financiamento de litígios por terceiros* tem se desenvolvido e se mostrado uma importante ferramenta de acesso à justiça e viabilização dessas demandas.

Litigar importa em gastos e, por isso, questões relacionadas ao regime financeiro do processo podem dificultar o acesso à justiça. Uma alternativa para superar tais dificuldades é atribuir o financiamento do processo a terceiros especializados, como ocorreu inicialmente na Austrália e posteriormente em outros países, como Reino Unido, Canadá e África do Sul. Essa alternativa tem se tornado cada vez mais popular, inclusive em outros países.<sup>34</sup> O conceito de financiamento por terceiros é amplo, mas pode ser definido da seguinte forma:

“The term “third-party funding” refers to an agreement by an entity that is not a party to the dispute to provide a party, an affiliate of that party or a law firm representing that party,

a) funds or other material support in order to finance part or all of the cost of the proceedings, either individually or as part of a specific range of cases, and

b) such support or financing is either provided in exchange for remuneration or reimbursement that is wholly or partially dependent on the outcome of the dispute, or provided through a grant or in return for a premium payment.”<sup>35-36</sup>

34. Cf. Guilherme Setoguti J. Pereira. *Enforcement...*, pp. 136 e seguintes; Cento Teljanovski, “Third-party funding in Europe”. *Journal of Law, Economics & Policy*, v. 3, 2012, p. 405-449; Victoria Shannon, “Harmonizing third-party litigation funding regulation”. *Cardozo Law Review*, v. 36, 2015, p. 861-912; Maya Steinitz, “Whose claim is this anyway – third-party litigation funding”. *Minnesota Law Review*, v. 95, 2011, p. 1.268-1.338; Ronen Avraham, “Third-party litigation funding – a signaling model”. *DePaul Law Review*, v. 63, 2014, p. 233-264; e Rafael Francisco Alves e Lígia Veronese, “Arbitragem e empresas em crise: o acesso à Justiça e o cumprimento da convenção de arbitragem em vista da incapacidade financeira de uma das partes”. *Revista do Advogado*, n. 131, out. 2016, p. 178.

35. Conforme estabelecido pelo ICCA-Queen Mary no Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration. Disponível em [https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/Third-Party-Funding-Report%20.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Third-Party-Funding-Report%20.pdf)

36. Em sentido similar: “Em linhas gerais, pode-se conceituar o financiamento por terceiros como o investimento feito por um terceiro em um ou mais litígios com os quais ele não possui qualquer outra ligação, por meio da qual parcela (ou a totalidade) dos custos da demanda (e, conseqüentemente, dos riscos) é repassada ao financiador, cuja remuneração está vinculada ao sucesso da demanda. A rigor, qualquer auxílio financeiro que

É importante dizer que o financiamento de litígios por terceiros é adequado não apenas para as situações em que a parte apresenta dificuldades financeiras. Essa é uma das situações em que o financiamento é adequado, mas não é a única. O financiador é profissional especializado e, por isso, tem melhores condições de avaliar o mérito da disputa e o prazo de retorno do investimento. Por isso, em razão de sua expertise, a sua contribuição vai além de fornecer recursos a quem se encontra em dificuldades financeiras, e se revela em muitas outras situações.

O financiamento é estabelecido em um contrato, que pode assumir estruturas jurídicas diversas e que usualmente prevê o dever de reembolso e a remuneração do investidor quando do recebimento do crédito pela parte financiada. Há diversos formatos possíveis, mas em caso de perda o investidor pode nada receber, motivo pelo qual esse financiamento é via de regra precedido por uma criteriosa avaliação da probabilidade de êxito da parte que o pleiteia.<sup>37</sup>

A antecipação de despesas processuais e de honorários advocatícios contratuais importa gastos, que são ainda mais significativos por conta do acréscimo da caução prevista no §1º, “b”, do art. 246 da LSA. E esses gastos são ainda maiores quando se está em frente de litígios societários complexos, que demandam a atuação de advogados especializados, contratação de pareceres e profissionais técnicos. Isso sem contar nos casos em que se está diante de litígio submetido à arbitragem, onde os custos de largada são ainda maiores.

Embora ainda haja muito espaço para evolução, o financiamento de litígios por terceiros tem se mostrado uma ferramenta cada vez mais utilizada no Brasil. O financiamento nos casos relativos à ação de responsabilidade prevista no art. 246 é geralmente estabelecido por meio de um contrato que prevê o dever de reembolso pelos valores investidos pelo financiador, além da remuneração quando do recebimento do prêmio pela parte financiada. Há outros formatos possíveis, em que parte do valor financiado pode vir a ser devolvido, mas, via de regra, em caso de perda o financiador nada receberá, motivo pelo qual esse tipo de financiamento depende sempre de rigorosa avaliação dos riscos envolvidos. Trata-se de um mercado ainda em desenvolvimento,<sup>38</sup> mas que tem se mostrado um relevante instrumento para

---

se dê ao litigante, cujo retorno esteja atrelado ao resultado de uma demanda, pode ser considerado *third-party funding*.” (cf. Marcel Carvalho Engholm Cardoso. *Arbitragem e Financiamento por Terceiros*, São Paulo, Almedina, 2020, p. 49).

37. Cf. Napoleão Casado Filho. *Arbitragem comercial internacional e acesso à justiça: o novo paradigma do third party funding* (tese de doutorado). São Paulo: PUC-SP, 2014, p. 133-134.

38. “O financiamento de terceiro é um fenômeno já consolidado em arbitragens internacionais, denominado *third party funding*, ou simplesmente “TPF”. Surgido em relação a processos judiciais, o TPF encontra campo fértil em sede de arbitragens internacionais. No Brasil, ainda não há registro sobre a intensidade e a forma de aplicação do TPF, sendo,

a concretização do acesso à justiça.<sup>39</sup> Apesar disso, a jurisprudência ainda é incipiente.

A ausência de regulação sobre o tema no Brasil gera insegurança jurídica, a ensejar o aprimoramento e desenvolvimento desse sistema. Basta ver recente discussão travada no Tribunal de Justiça de São Paulo sobre a necessidade de divulgação pela parte financiada dos contratos celebrados com os financiadores do litígio, no mesmo caso mencionado acima relativo ao oferecimento da caução. Um acionista minoritário ajuizou ação contra sociedades do Grupo Odebrecht com fundamento no art. 246 da LSA. A parte demandante informou que o litígio estava sendo financiado por terceiros e indicou o nome do financiador. O magistrado de 1º grau determinou a exibição dos contratos celebrados, contra o que o acionista interpôs recurso.

Tribunal reverteu a decisão de 1º grau, consignando que o financiamento de litígio por terceiros é admitido no ordenamento jurídico brasileiro e que tal fato não impacta a legitimidade da parte financiada em propor a ação em questão. O tribunal entendeu que seria “*totalmente irrelevante a perquirição sobre a identidade dos financiadores das despesas processuais*” e reverteu a ordem de exibição dos contratos.

O entendimento que prevaleceu parece correto. Contudo, a questão deve ser vista com cuidado. Conquanto seja verdade que o financiamento deva ser admitido e não deva se transformar em um óbice ao acesso à justiça, não se deve perder de vista que a abertura de informações pode, a depender do caso concreto, ser adequada, dada a necessidade de análise de potenciais conflitos de interesse ou mesmo para a aferição da imparcialidade do julgador. Tanto assim que o CAM-CCBC editou a Resolução Administrativa n. 18/2016,<sup>40</sup> que disciplina a questão.

---

porém, tão certo quanto a morte e os impostos, que, em breve, o tema frequentará as arbitragens domésticas, não somente pela atualidade da sua aplicação, mas também em razão dos expressivos valores em disputa, notadamente em casos envolvendo matéria societária e de infraestrutura” (cf. Marcelo Roberto Ferro, “O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro”. In: Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro, São Paulo, Quartier Latin, 2013, p. 623).

39. “The fact that third-party funding promotes the right of access to justice, in addition to its crucial role in guaranteeing such right, leads to the emergence of a fundamental cover for each and every right: the cloak of legal-ethical and social-economic relevance. Indeed, every right must be exercised in accordance with its legal-ethical and social-economic significance, and the right of access to justice provides such relevance to the investments made by third-party funders” (cf. Duarte Gorjão Henriques, “Third-party funding: a protected investment?”. In: Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 15, n. 57, p. 109-158, abr./jun. 2018.)
40. [https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-18-2016-financiamento-de-terceiros-em-arbitragens-](https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-18-2016-financiamento-de-terceiros-em-arbitragens)

Em qualquer cenário, considerando que o financiamento privado de litígios busca fomentar o *enforcement* de regras e da responsabilidade relacionadas ao controlador, parece-nos que sua utilização na hipótese do art. 246 da LSA deve seguir o mesmo entendimento aplicável à interpretação do dispositivo. Isto é, deve-se “repelir interpretações que suprimam os efeitos práticos daqueles incentivos ou – ainda pior – criem novos desincentivos ou obstáculos, dissuasórios da atuação dos minoritários”.<sup>41</sup> Afinal, por vezes o financiamento por terceiros dará chances para “nivelar o terreno de jogo”<sup>42</sup> entre o controlador demandado e o minoritário demandante, fomentando assim o acesso à justiça.

O financiamento de litígios por terceiros é uma importante ferramenta para a superação das barreiras existentes no acesso à justiça e na viabilização de ações indenizatórias contra acionistas controladores (e muitas outras). Possibilitar e aprimorar esse sistema de financiamento parece-nos fundamental ao desenvolvimento do mercado de capitais.

#### 4. Desnecessidade de prévia deliberação assemblear para a ação do art. 246 da LSA

No julgamento do CC nº 185.702 o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o requisito do art. 159 da LSA acerca da necessidade de prévia deliberação assemblear se aplicaria também à ação de responsabilidade movida contra o acionista controlador, a despeito da inexistência de regra legal que assim disponha. Com todo o respeito que é devido àquele egrégio Tribunal, o entendimento não se coaduna com o texto legal.

Aquele julgado cuidou de um conflito de competência entre dois tribunais arbitrais. Em resumo, em 2017 e 2018 acionistas minoritários da “J.” S/A iniciaram arbitragens contra os acionistas controladores, “por condutas ilícitas confessadas em acordo de colaboração premiada e de leniência celebrado com o Ministério Público Federal, que teriam causados prejuízos à Companhia”,<sup>43</sup> com fundamento nos

-cam-ccbc/#:~:text=Artigo%205%C2%BA%20%E2%80%93%20De%20posse%20desta,-ser%C3%A1%20fornecida%20%C3%A0%20parte%20contr%C3%A1ria.

41. Cf. Marcelo Vieira von Adamek, “Temas Atuais...”, p. 942

42. “Com efeito e como se disse acima, por vezes as partes encontram-se numa situação em que pura e simplesmente não possuem capacidade financeira para iniciar ou prosseguir uma ação. A intervenção dos terceiros financiadores permitirá, desse modo e nessa perspectiva, “nivelar o terreno de jogo” e fomentar o acesso ao direito.” (cf. Duarte Gorjão Henriques, “Third Party Funding ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal. Revista da Ordem dos Advogados, vol. 75, n. 3, 2015, p. 573-624).

43. Cf. STJ. Conflito de Competência nº 185.702/DF. Ministro Relator: Marco Aurélio Bellizze. Órgão Julgador: Segunda Seção. Data de Julgamento: 22.06.2022.

arts. 117 e 246 da LSA. Inicialmente a companhia foi incluída no polo passivo dos procedimentos arbitrais e posteriormente, por iniciativa sua, passou a figurar como mera interveniente.

Em 2020, quando as arbitragens iniciadas pelos acionistas já estavam em estágio avançado, diante da realização de assembleia de acionistas que aprovou a propositura de ação de responsabilidade contra os acionistas controladores e contra ex-administradores da companhia (cuja realização ficou suspensa por alguns anos, aguardando decisão final de uma terceira arbitragem iniciada por outro acionista minoritário, o BNDES Participações S/A, na qual pretendeu o reconhecimento de que os controladores estavam impedidos de votar em razão do conflito de interesses), a "J." S/A requereu a instauração de um novo procedimento arbitral, com fundamento nos art. 159 e 246 da LSA. Na ocasião, a companhia requereu a extinção das arbitragens anteriores, movidas pelos acionistas minoritários, alegando que houve perda superveniente do interesse de agir e da legitimidade extraordinária dos acionistas, e pleiteando a prevalência da demanda da legitimada ordinária, a companhia.

Em julgamento realizado em 22.06.22, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça extinguiu os procedimentos arbitrais movidos pelos acionistas minoritários, sob o entendimento de que tais acionistas seriam partes ilegítimas, uma vez que a companhia (legitimada ordinária) instaurou arbitragem para responsabilização dos acionistas controladores e ex-administradores dentro do prazo de três meses previsto na lei acionária e com a devida autorização assemblear. De acordo com tal entendimento, a ação de responsabilidade contra o controlador deve ser proposta, em princípio, pela própria companhia, por ser ela a prejudicada direta pelos atos ilícitos praticados, assim como na demanda de responsabilização de administrador.

De acordo com o que foi decidido, por se tratar de legitimidade extraordinária subsidiária, a ação de responsabilidade contra o controlador só poderia ser promovida pelos acionistas minoritários no caso de inatividade da companhia em ajuizar a demanda contra o controlador dentro do prazo de três meses da deliberação autorizativa ou, no caso de deliberação pela não propositura da ação, conforme dispõem os §§ 3º e 4º do art. 159 da LSA.<sup>44</sup>

A despeito do acórdão se fundar em outros dois julgados para defender a aplicação extensiva do art. 159 à ação social de responsabilidade do controlador, quais sejam, o REsp 1.214.497 e o REsp 1.207.956<sup>45</sup>, essa foi a primeira vez em que o Superior Tribunal de Justiça esposou esse entendimento. Referidos julgados foram

44. "(...) por ser subsidiária, depende, necessariamente, da inércia da companhia, titular do direito lesado, que possui legitimidade ordinária e prioritária no ajuizamento da ação social" (Pg. 54 do acórdão do CC 187.702/DF).

45. Ambos os julgados decorrem da mesma causa do REsp 1.214.497/SP, julgados inclusive em conjunto com este.

equivocadamente invocados para justificar a aplicação dos requisitos do art. 159 da LSA à ação do art. 246. Isso porque o que fora lá aplicado analogamente foi apenas a diferenciação que o art. 159 da LSA enuncia entre as ações individual e social, e os distintos legitimados para cada.<sup>46</sup> Em nenhum momento aqueles julgados exigiram prévia deliberação para o ajuizamento da ação contra o controlador.

Sempre respeitada a posição daquele egrégio Tribunal, o entendimento firmado no conflito de competência destoa do que prevê a nossa legislação societária e pode representar um desmonte do sistema de controle dos atos do acionista controlador. Se mantido tal entendimento, não é exagero dizer que não teremos mais ações do art. 246 da LSA e que isso representará um grande estímulo à prática de ilícitos pelos acionistas controladores. O entendimento contraria o que objetiva a lei, que é justamente a proteção dos interesses da companhia por aquele que não é influenciado pelo controlador.

As disciplinas acerca da responsabilidade civil do administrador e do controlador são reguladas por diferentes dispositivos na lei acionária. Enquanto a ação de responsabilidade contra o administrador é prevista no art. 159 da LSA, o art. 246 do mesmo diploma legal trata da ação indenizatória a ser ajuizada por acionistas contra o acionista controlador.<sup>47</sup>

A ação indenizatória movida contra o administrador por prejuízos causados ao patrimônio da companhia pode ser proposta por meio de três espécies de ações sociais. Em regra, a ação é movida pela própria companhia e é conhecida como ação social *ut universi*, uma vez que a companhia age em seu nome e na defesa de seus interesses (LSA, art. 159, *caput*). Nas outras duas hipóteses, os acionistas poderão, sob a forma de substituição processual, demandar contra os administradores e na defesa dos interesses da companhia (ação social *ut singuli*), caso a assembleia delibere por: (i) propor a ação, mas não a ajuíze no prazo de três meses (LSA, art. 159, § 3º), ou (ii) não ajuizar a ação, hipótese em que a demanda poderá ser proposta por acionistas que representem pelo menos 5% do capital social (LSA, art. 159, § 4º).

Independentemente da hipótese incidente no caso concreto, o legislador foi expresso ao condicionar o ajuizamento da ação de responsabilidade contra o

46. Erasmo Valladão A. e N. França e Marcelo Vieira von Adamek, “Notas à ação de responsabilidade civil contra acionista controlador”. In: Processo Societário IV. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 404.

47. A despeito da lei acionária fazer menção expressa apenas à “sociedade controladora”, a doutrina entende que o art. 246 da Lei das S/A aplica-se à figura do acionista controlador *in genere*. (Cf. Marcelo Vieira von Adamek, “Temas Atuais e controvertidos da ação de responsabilidade civil contra sociedade controladora”. In: Ensaios de direito empresarial: estudos em homenagem ao professor Ivanildo Figueiredo. Olinda: Livro Rápido, 2021, p. 37; Fábio Konder Comparato. O poder de controle na sociedade anônima, 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 332; Alfredo Sérgio Lazzareschi Neto. Lei das sociedades por ações anotada, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 602).

administrador à prévia deliberação da assembleia geral<sup>48</sup>. No caso da ação social *ut singuli* prevista no art. 159, § 3º, da LSA, além da prévia aprovação em assembleia, deve haver inércia da companhia para que os acionistas possam ajuizar a ação contra o administrador. Ou seja, a prévia deliberação da matéria em assembleia geral é requisito legal e imprescindível para que haja tanto interesse de agir, quanto legitimidade extraordinária ativa por parte dos acionistas<sup>49</sup>.

Por outro lado, na ação que pretende imputar responsabilidade ao acionista controlador por atos praticados em violação ao disposto nos arts. 116 e 117 da LSA, o art. 246 estabeleceu como requisitos apenas (i) que os acionistas representem pelo menos 5% do capital social<sup>50</sup> ou (ii) prestem caução de custas e honorários, no caso de não atenderem ao referido percentual, hipótese em que a demanda poderá ser ajuizada por qualquer acionista, independentemente da prática de qualquer ato anterior. Esses são os únicos requisitos previstos pela lei para legitimar o acionista minoritário a buscar indenização pelos danos sofridos pela companhia.<sup>51</sup>

A lei não exigiu como requisito à legitimação dos acionistas a prévia aprovação da matéria em assembleia geral ou a inatividade da companhia, como o fez expressamente no regime de responsabilidade do administrador. Esse é o entendimento

48. Caso o período pelo qual o administrador será responsável estiver abarcado pelo *quitus*, a doutrina majoritária e a jurisprudência entendem necessário que outro requisito seja atendido: a prévia (ou concomitante) propositura de ação de anulação da assembleia de aprovação das contas do administrador a ser responsabilizado, no prazo decadencial de dois anos previsto no art. 286 da Lei das S/A. (Cf. Marcelo Vieira von Adamek e Carlos Vieira von Adamek, “O alcance extintivo do ‘quitus’ diante da recente decisão do Superior Tribunal de Justiça: comentários ao Recurso Especial 1.741.338-SP”. In: *Processo Civil Empresarial e o Superior Tribunal de Justiça*, 1ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2021, p. 489; José Luiz Bulhões Pedreira e Luiz Alberto Colonna Rosman, “Aprovação das demonstrações financeiras, tomada de contas dos administradores e seus efeitos”. In: *Sociedade anônima: 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 62-63; Alfredo Lamy Filho, “Responsabilidade civil dos administradores; atas aprovadas por assembleia geral; prescrição; ação proposta contra administrador”. In: *Temas de S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 285-292; José Waldecy Lucena. *Das sociedades anônimas*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 199).

49. Cf. Gabriel Saad Kik Buschinelli e Rafael Helou Besciani, “Aspectos processuais...”, p. 261-264.

50. Para as companhias abertas, a Instrução CVM nº 627/2020 fixou escala, reduzindo, em função do capital social, as porcentagens mínimas de participação acionária necessárias para a iniciativa prevista no art. 246, §1º, “a”, da Lei das S/A sem a necessidade de que seja prestada caução.

51. Cf. Marcelo Vieira von Adamek, “A Legitimação Extraordinária Concorrente do Acionista para Propositura de Ação de Responsabilidade contra Controlador: Modo de Lidar com a Superveniente Iniciativa da Companhia”. In: *Direito Empresarial e suas Interfaces*. São Paulo: Quartier Latin, 2022. Vol. II, p. 535.

consolidado da doutrina<sup>52</sup> e trata-se de temática inclusive consagrada no Enunciado nº 88 da III Jornada de Direito Comercial promovida pelo Conselho Federal de Justiça<sup>53</sup>.

A interpretação extensiva dada ao art. 246 da LSA, com base nas premissas do art. 159, parte do pressuposto de que o regramento de responsabilização do acionista controlador seria lacunoso, uma vez que o legislador teria tratado de forma pormenorizada a responsabilização dos administradores, diferentemente do quanto o fez no que se refere ao controlador. Por esse motivo, segundo o entendimento consignado no julgamento do CC nº 185.702, a legitimidade do acionista minoritário estaria condicionada à prévia deliberação assemblear e eventual inércia da companhia após a sua realização ou não aprovação da matéria pelos acionistas.

No entanto, tal exigência inexistente quanto ao art. 246<sup>54</sup>. Quando quis impor tal condição, a LSA o fez de forma clara e objetiva. A ausência de estipulação nesse sentido para a responsabilização do acionista controlador é exemplo de *silêncio eloquente* do legislador.<sup>55</sup> A previsão não existe, não por erro ou esquecimento, mas porque ela não foi querida e não se faz necessária.<sup>56-57</sup>

52. Cf. Erasmo Valladão A. e N. França e Marcelo Vieira von Adamek, “Notas à ação...”, p. 425-426; Alfredo Sérgio Lazzareschi Neto. Lei das sociedades por ações anotada, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 602; Tiago Asfor Rocha Lima, “A legitimidade ativa e passiva nas ações de responsabilidade civil contra o administrador e controlador na Lei das S/A”. In: Processo Societário. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 718; Guilherme Setoguti J. Pereira. Enforcement..., p. 79; Modesto Carvalhosa. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, vol. 4, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71; Nelson Eizirik. A Lei das S/A comentada – Volume IV. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 305.
53. “ENUNCIADO 88 – A ação de responsabilidade contra controlador (LSA, art. 117) ou sociedade controladora (LSA, art. 246) não pressupõe a prévia deliberação assemblear.”
54. Cf. Guilherme Setoguti J. Pereira. Enforcement..., p. 79.
55. Cf. Renato Berger, “A participação da companhia em ação de responsabilidade contra o seu próprio controlador”. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 73. Ano 19. p. 25-41. São Paulo: Ed. RT, abr/jun. 2022.
56. Cf. Eduardo Secchi Munhoz, a exigência de prévia deliberação assemblear para a propositura de ação para responsabilização do acionista controlador “não deriva da disciplina da ação contra o controlador, prevista no art. 246, nem poderia resultar de aplicação analógica, pela ausência de lacuna a ser integrada e pela manifesta diferença entre as situações” (“Influência do patrimonialismo na sociedade anônima – importância dos mecanismos privados de efetivação dos deveres do acionista controlador e dos administradores”. In: Lei das S/A em seus 40 anos. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 142.
57. Cf. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro. Das sociedades anônimas no direito brasileiro. São Paulo: Bushatsky, 1979. v. 2. p. 711; Erasmo Valladão A. e França e Marcelo Vieira von Adamek, “Notas à ação...”, p. 404; Nelson Eizirik. A Lei das S/A comentada. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. IV. p. 261; Daniel de Avila Vio. Grupos societários. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 281; Guilherme Setoguti

Entender de forma diversa é desconsiderar as distinções entre as situações que justificam a exigência de deliberação no caso da responsabilidade do administrador e a sua desnecessidade no caso do controlador.

O art. 246 da LSA é importantíssimo instrumento processual de proteção à minoria e, para que cumpra com a função para a qual foi positivado, deve ser aplicado em linha com os interesses tutelados e com os fins a que se destina.<sup>58</sup> Ao exigir a deliberação assemblear prévia no caso do art. 159 da LSA, a lei acionária buscou evitar justamente que o próprio administrador decidisse acerca de sua responsabilização ou de seus pares, outorgando ao órgão superior da companhia esse encargo<sup>59</sup>. O mesmo raciocínio foi usado no caso da responsabilização do controlador ao dispensar a prévia deliberação assemblear.

Por definição, o controlador, por prevalecer nas deliberações sociais, é quem direciona e influencia as atividades sociais e o funcionamento dos órgãos da companhia, bem como elege a maioria dos administradores e possui poder para destituí-los, nos termos do art. 116 da LSA<sup>60-61</sup>. Ao dispensar a prévia deliberação como requisito no caso do art. 246 da LSA, o legislador pressupôs racionalmente que os administradores eleitos pelo acionista controlador e sujeitos à sua influência

J. Pereira. *Enforcement...*, p. 79; Gabriel Saad Kik Buschinelli e Rafael Helou Besciani, "Aspectos processuais..." p. 261-264.

58. "Por isso – e por mais intuitivo que seja dizê-lo – não é possível que, na compreensão do art. 246 da Lei das S/A, se possa prestigiar interpretações que, em termos práticos, reduzam a eficácia da ação de responsabilidade civil, *descurem* dos interesses tutelados, isentem o controlador de responder pelos seus atos ou faticamente *impeçam* a efetivação de suas responsabilidades. Fazê-lo seria negar a própria razão de ser da lei" (cf. Marcelo Vieira von Adamek, "Temas Atuais...", p. 939).
59. Cf. Erasmo Valladão A. e N. França e Marcelo Vieira von Adamek, "Notas à ação...", p. 425-426.
60. "(...) a desnecessidade de deliberação assemblear é justificada pela circunstância de que o controlador, por definição, é aquele que é 'titular de direito de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral' (LSA, art. 116, 'a'). Parte-se, dessa forma, da realista suposição de que o controlador não buscará a sua própria condenação. Nessa hipótese, o legislador sequer deixou espaço para questionamentos quanto a um eventual impedimento de voto ou anulação de voto do controlador (por conflito de interesses ou benefício particular) e simplesmente tornou a propositura da ação independente de prévia deliberação" (cf. Gabriel Saad Kik Buschinelli e Rafael Helou Besciani, "Aspectos Processuais...", p. 264).
61. "Aqui não se passa previamente pela assembleia geral. O legislador dispensou, por razões óbvias, esse passo preliminar, posto que a assembleia geral, sendo dominada pelo controlador, não seria fórum adequado para julgamento de seus atos". (cf. José Edwaldo Tavares Borba, "A Ação de Responsabilidade Civil contra a Sociedade Controladora". In: *Direito Empresarial e suas Interfaces*. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 474).

não ajuizariam demanda contra ele, muito menos que o controlador aprovaria a propositura de ação acerca de sua própria responsabilidade<sup>62</sup>.

E ainda que o controlador não participe da deliberação sobre o ajuizamento da ação, a condução da demanda pela companhia, controlada por aquele mesmo controlador, seria inviável. Mesmo que o controlador não participe da deliberação que aprova o ajuizamento de ação contra si, ele continua a controlar a sociedade controlada e, portanto, a influenciar as decisões nela tomadas. E por isso pode influenciar (i) decisão de contratar advogados e assistentes técnicos menos ou mais qualificados ou em situações de conflito de interesses, (ii) decisões de estratégia processual tomadas no curso da demanda, (iii) apresentação de provas, (iv) decisões sobre quais recursos interpor, dentre outras.

Mesmo que o acionista controlador se dê por impedido e não participe da deliberação pela propositura da ação, a sua influência sobre a sociedade controlada impede que a demanda seja conduzida em sua melhor forma. Que administradores irão fazer tudo o que está ao seu alcance para processar o acionista controlador, que os elegeu para o cargo e que pode destitui-los *ad nutum*?

O regramento do art. 246 da LSA não possui lacunas que ensejem a aplicação dos requisitos do art. 159 da LSA. Trata-se de mecanismo intencionalmente previsto pelo legislador para proteção dos interesses da companhia por meio de agentes que não estejam sob influência do controlador. Caso contrário o legislador estaria desestimulando a atuação do acionista em fiscalizar a companhia e favorecendo eventuais abusos, já que o controlador estaria submetido à sua própria fiscalização.

Nesse sentido, e renovada a vênia, é equivocada a conclusão a que se chegou no julgamento do CC nº 185.702. Ao aplicar os requisitos do art. 159 ao art. 246 da LSA (não previstos em lei, repita-se) para exercício do direito de ação por parte dos acionistas minoritários, criaram-se novos obstáculos para o exercício de direitos e a proteção da companhia e dos acionistas minoritários, o que contraria a lógica da lei acionária que, para equilibrar o princípio majoritário e o eventual abuso do controlador, previu instrumentos de defesa e incentivos aos minoritários, a fim de resguardar seus interesses e os interesses da companhia.

## 5. A posição da companhia na ação do art. 246 da LSA

A legitimação extraordinária do acionista foi medida efetivamente estimulada pelo legislador, que, ciente das dificuldades e dos entraves para que a vítima dos danos (companhia) postule reparação, autorizou e conferiu aos acionistas

62. Cf. Erasmo Valladão A. e N. França e Marcelo Vieira von Adamek, "Notas à ação..."; p. 426; Eduardo Secchi Munhoz. "Influência do patrimonialismo...", p. 142.

legitimação para demandarem por um interesse alheio.<sup>63</sup> Daí se pode extrair que os acionistas minoritários são típicos substitutos processuais da companhia,<sup>64</sup> conforme prevê o art. 18 do CPC: “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

O art. 246 da LSA não prevê qualquer outro requisito para além da titularidade de ações e eventual caução para a legitimação do acionista. Trata-se, portanto, de legitimidade extraordinária *autônoma e concorrente*. Tal se justifica porque a lei não fixa prazo mínimo de precedência para a atuação da companhia (na sua legitimação ordinária) e, por isso, não subordina ou condiciona a atuação do acionista à inação da companhia, como faz, por exemplo, na hipótese de ação para responsabilização de administradores (LSA, art. 159, § 3º). Da mesma forma, a legitimação extraordinária independe de qualquer ato prévio da companhia, como deliberação assemblear, novamente ao contrário do que prevê para a ação contra o administrador (LSA, art. 159, § 1º).

Portanto, é possível afirmar que trata-se de legitimidade extraordinária *concorrente* desde o início, e não de legitimidade condicionada (à existência de deliberação que não aprovar a ação) ou subsidiária (em caso de omissão da companhia de ajuizar a ação aprovada), como ocorre para a responsabilização dos administradores (art. 159 da LSA).<sup>65</sup> Nas palavras de Eduardo Secchi Munhoz, tal

63. “Em termos bastante simples, o minoritário que se vale da legitimidade extraordinária instituída no art. 246 da Lei das Sociedades Anônimas e vai a juízo buscar a condenação do controlador a indenizar, está prestando um *serviço à companhia*. Como acontece na generalidade dos casos de substituição processual, ele atua motivado pela perspectiva de um *ganho próprio indireto*, aqui consistente na valorização de suas próprias ações (supra, nn. 392 e 399). Mas a lei societária, querendo motivar ainda mais os minoritários, promete também um *prêmio* àquele que, tendo ido a juízo em nome próprio e no interesse da companhia, obtiver a condenação da sociedade controladora e, com isso, proporcionar um ganho efetivo àquela, a bem da universalidade dos acionistas. Essa recompensa está inserida no sistema, como me parece muito claro, na qualidade de peça de uma política legislativa voltada à *proteção dos minoritários*” (cf. Cândido Rangel Dinamarco. Processo Civil Empresarial, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 642-643).

64. “A conclusão do presente capítulo é que os sócios minoritários, autorizados pelo art. 246, §1º, da Lei das Sociedades Anônimas a estar em juízo para postular a condenação da sociedade controladora por danos causados à companhia (LSA, arts. 117 e 246, *caput*), ali figuram como típicos substitutos processuais e não como representantes desta” (cf. Cândido Rangel Dinamarco. Processo Civil..., p. 623).

65. A esse respeito, Marcelo Vieira von Adamek: “Trata-se, pois, de *legitimação extraordinária autônoma e concorrente*, como por excelência o é a resultante da substituição processual (CPC, art. 18), em mais do que isso, cuida-se de hipótese de legitimação *originária*, ou *primária* (adotando-se, para tanto, a tradicional classificação prevalente no estudo dessa matéria). Tal se justifica porque *a lei não fixa prazo de precedência para a atuação da companhia* e, portanto, não subordina ou condiciona a atuação dos acionistas à inação

exigência “não deriva da disciplina da ação contra o controlador, prevista no art. 246, nem poderia resultar de aplicação analógica, por ausência de lacuna a ser integrada e pela manifesta diferença entre as situações”.<sup>66</sup>

Isso não significa excluir a companhia de qualquer direito de resguardar seus interesses.<sup>67</sup> Pelo contrário, ela pode colaborar com o acionista na busca de seus interesses, por meio da intervenção no processo existente. Nessa linha, o parágrafo único do art. 18 do CPC prevê que “havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial”.

Em casos em que o acionista minoritário toma a dianteira e inicia demanda visando a responsabilização do acionista controlador, o julgador deve ordenar a ciência da companhia (enquanto substituída) sobre a ação e lhe facultar a participação no processo. Caso a companhia opte por não integrar a lide, como ocorreu na situação objeto do CC n° 187.702, em que a “J.” S.A optou por figurar nos procedimentos arbitrais na qualidade de mera interveniente e de não participar da formação do tribunal arbitral, não deve haver prejuízo ao acionista minoritário que iniciou a demanda enquanto substituto processual. Conforme deixa clara a redação do parágrafo único do já mencionado art. 18 do CPC, a participação do substituído enquanto assistente litisconsorcial é uma *faculdade*, e não um pressuposto para a legitimação do substituto.

Essa conclusão fica ainda mais evidente quando se considera que, durante a tramitação do projeto de lei que viria a se tornar o atual CPC, o texto do parágrafo único do art. 18 aprovado pelo Senado Federal continha redação diferente, que previa que “*Havendo substituição processual, o juiz determinará que seja dada ciência ao substituído da pendência do processo; nele intervindo, cessará a substituição*”.<sup>68</sup> Em revisão do texto pela Câmara dos Deputados, a redação foi alterada para a atualmente vigente, que prevê que o substituído *poderá* intervir no processo iniciado

---

da companhia, como o faz para a ação contra o administrador (LSA, art. 159, § 3º).” (“A Legitimação Extraordinária...”, p. 535/537).

66. Cf. Eduardo Secchi Munhoz, “Influência do patrimonialismo...”, p. 142.

67. “No art. 246, § 1º, da Lei das S/A, não foi feita referência à própria legitimação ordinária da companhia. Pouco importa, pois, sendo ela a titular da relação jurídica afirmada em juízo, está, ipso facto, legitimada a propor a ação de indenização. Nenhuma disposição legal permite inferir tenha o legislador pretendido instituir legitimação extraordinária exclusiva, e isso, aliás, constituindo restrição de direito, nem poderia ser somente presumido, mas sim expressamente instituído. É preciso reconhecer, não obstante, que a possibilidade de alguma sociedade filiada processar a sua controladora é muitíssimo remota, mas, ao menos no plano teórico, não pode ser excluída; poderá, com efeito, sobrevir à mudança de controle” (cf. Marcelo Vieira von Adamek. Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 408).

68. [www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pls-166-2010](http://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pls-166-2010). Acesso em: 05.11.2022.

pelo substituto, sendo que, nesse caso, sua intervenção não afetará a substituição, do que se extrai que não há hierarquia entre a legitimação ordinária e a extraordinária, e que caso o substituído opte por não intervir na demanda já iniciada, isso em nada afetará o seu curso.<sup>69</sup>

Não há na lei societária ou na lei processual regra que determine a extinção do processo iniciado pelo substituto processual ou a cessação da substituição com o ajuizamento de nova ação pelo substituído. Também não há regra que determine que a posterior ação do substituído gere litispendência acarretando a extinção da demanda do substituto ou a perda superveniente de sua legitimidade extraordinária.<sup>70</sup> A regra positivada no art. 18 do CPC é a de que o substituído deverá ser chamado a participar enquanto assistente litisconsorcial, se assim o quiser, de forma a preservar os interesses de todos os envolvidos. A adoção de entendimento diverso acarretaria o esvaziamento da norma societária, que legitimou o acionista a buscar, independentemente de qualquer ato prévio da companhia, o ressarcimento por danos causados a ela pelo controlador.

Seria de pouca utilidade que o legislador regulasse a ação dos substitutos processuais no art. 246 da LSA, conferindo-lhes incentivos para que liderem a demanda social, e, ao mesmo tempo, permitisse que a demanda iniciada por eles ficasse à mercê de iniciativas da companhia.<sup>71</sup>

Também não há que se dizer que a lógica do art. 18 do CPC não seria aplicável os processos arbitrais. Lembre-se que a regra que prevê a legitimação extraordinária dos acionistas minoritários está insculpida na lei societária e é regra de direito material. A consequência da iniciativa do minoritário há de ser a mesma, seja em

69. Cf. Renato Berger, "A participação da companhia em ação de responsabilidade contra o seu próprio controlador". Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 73. Ano 19. p. 25-41. São Paulo: Ed. RT, abr/jun. 2022.

70. Cf. Marcelo Vieira Von Adamek: "Por outro lado, a levar-se mesmo a sério a tese da legitimação extraordinária sob condição resolutiva, isso significaria afirmar, sem mais, que simplesmente não há litispendência ou continência possível entre a ação proposta por um substituto processual e outra posteriormente aforada pelo substituído, dado que, no confronto, sempre prevaleceria a deste. Ocorre, no entanto, que uma tal construção tampouco tem eco algum na doutrina – sendo corrente entre os processualistas de expressão que a litispendência e continência constituem fenômenos plenamente verificáveis no âmbito da substituição processual; que, por isso, ainda que o substituído não perca sua legitimação ordinária e possa intervir como assistente litisconsorcial na demanda em curso (CPC, art. 18, par. ún), evidentemente não pode repetir e repropor a causa já em curso iniciada pelos substitutos (CPC, art. 337, § 1º), sob pena de ver extinta a sua demanda proposta por último (CPC, art. 485)" ("A Legitimação Extraordinária...", p. 544-545).

71. Cf. Renato Berger, "A participação da companhia em ação de responsabilidade contra o seu próprio controlador". Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 73. Ano 19. p. 25-41. São Paulo: Ed. RT, abr/jun. 2022.

jurisdição estatal ou arbitral, sob pena de comprometer a efetividade (ou mesmo inviabilizar) a própria regra de direito material de responsabilização do controlador prevista no art. 246 da LSA. Como já asseverou Cândido Rangel Dinamarco, a arbitragem, embora distinta do processo judicial, está sujeita a determinados imperativos comuns de ordem processual, motivo pelo qual, independentemente da jurisdição, a legitimidade extraordinária do acionista minoritário deve ser considerada autônoma e concorrente à da companhia.<sup>72</sup>

Feitas essas ponderações, não nos parece ser acertado condicionar a legitimação extraordinária do acionista à inércia da companhia. Pelo contrário, como já se disse, a LSA incentiva a atuação do acionista, na figura de substituto processual da companhia, independentemente de prévia deliberação assemblear a esse respeito. A consequência do ajuizamento de nova demanda (judicial ou arbitral) pela companhia, posterior à já iniciada por acionista, com mesmo pedido e causa de pedir, deve ser a extinção da demanda posterior da companhia em razão de litispendência, e não o contrário, assegurada a faculdade de a companhia intervir no processo como assistente litisconsorcial (CPC, art. 18).

Caso os pedidos e a causa de pedir não sejam iguais, as demandas poderão ser reputadas conexas e, assim, tramitar conjuntamente, mas sempre (i) assegurando-se ao acionista o pagamento do prêmio e dos honorários advocatícios em caso de procedência da sua demanda e, no caso de arbitragens, (ii) a prevalência do tribunal arbitral que foi constituído na demanda movida por acionistas. Em nenhuma hipótese se pode extinguir a demanda inicial e afastar o autor da ação do recebimento do prêmio e dos honorários.

A manutenção do referido entendimento tem potencial de causar efeitos bastante negativos sobre o direito societário e o mercado de capitais brasileiros. Se já há consenso doutrinário de que as medidas privadas de proteção de direitos nesse âmbito são inefetivas, com destaque para as ações fundamentadas no art. 246 da LSA, a propagação de tal entendimento seguramente tornará ainda pior esse diagnóstico.

Sem bases sólidas e concretas sobre sua legitimação e sobre os incentivos econômicos decorrentes de sua atuação, os acionistas minoritários seguramente

72. “A própria Lei de Arbitragem, ao proclamar que ‘serão sempre respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento’ (art. 21, § 2º), está a explicitar a consciência que teve o legislador de que o processo arbitral, sendo um processo, se sujeita aos ditames do direito processual constitucional, no qual reside o comando supremo do exercício da jurisdição e da realização de todo processo, jurisdicional ou não. E também tenhamos nós a consciência de que essa inserção proposta pelo legislador não significa equiparar o processo arbitral ao processo estatal, desconsiderando seu espírito diferenciado ou as peculiaridades dos modos pelos quais se exerce a jurisdição” (cf. Cândido Rangel Dinamarco. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 17.)

reduzirão suas iniciativas. O mesmo se diz com relação aos terceiros dispostos a financiar esse tipo de demanda: é necessário que haja segurança jurídica na interpretação e aplicação do regime previsto no art. 246 da LSA para que se crie ambiente favorável ao financiamento de litígios.

Por isso, e mais uma vez de maneira respeitosa, interpretação conferida ao tema pelo Superior Tribunal de Justiça no CC nº 187.70 merece ser revista ou, no limite, observada com muita cautela, como uma interpretação casuística e pontual da lei societária, sob o risco de que entendimento reforce, como já pontuado por Marcelo Vieira von Adamek, a “*desconcertante passividade e a monolítica inércia de acionistas diante de graves e recorrentes desvios cometidos por acionistas controladores*”.<sup>73</sup>

## 6. Conclusão

Mecanismos de *enforcement* privado de regras societárias que protegem a companhia e seus acionistas frente a ilícitos praticados pelo acionista controlador são, como afirmado por Alfredo Lamy Filho e Bulhões Pedreira, a *pedra angular* do sistema da LSA.<sup>74</sup> Se tais mecanismos não forem efetivos, isto é, se não levarem à repreensão de condutas irregulares e à reparação dos prejudicados, o direito societário e o mercado de capitais serão severamente prejudicados. Não haverá investimento no mercado de capitais se os investidores não confiarem que condutas ilícitas serão repreendidas e que serão ressarcidos.

A ação do art. 246 da LSA, portanto, é uma peça-chave nesse cenário, o que mostra ser fundamental criarmos condições legais, regulatórias e institucionais para que tal demanda possa florescer. É por isso que o legislador estabeleceu uma teia de requisitos e incentivos econômicos para a propositura dessa demanda. De um lado, exige a prestação de caução, mas a dispensa diante de participação societária mínima. De outro, fixa uma *cenoura* para o acionista que se dispõe a correr os riscos de litigar em benefício da própria companhia: prêmio de 5%, honorários advocatícios de 20% e reembolso de despesas.

Esse cenário em que há custos certos, riscos altos e benefício futuro e eventual faz com que haja poucos interessados em adotar tais medidas. E é justamente por isso que o financiamento por terceiros se apresenta como uma saída. Entes profissionais e especializados nessas disputas têm não apenas o capital necessário para investir em tais ações, mas também expertise e condições técnicas para escolher as demandas meritórias e custeá-las até o final.

73. Cf. Marcelo Vieira von Adamek, “Temas Atuais...”, p. 941.

74. Cf. Alfredo Lamy Filho e Bulhões Pedreira, “Abuso do poder de controle em aumento de capital social de banco comercial”. In: *A Lei das S/A*, v. 2, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 244.

O financiamento por terceiros é uma importante ferramenta para que haja exercício de tais direitos e, conseqüentemente, viabiliza o acesso à justiça e contribui para a evolução e o amadurecimento do mercado de capitais e do direito societário brasileiros.

Mas para que esse amadurecimento possa ocorrer é necessário que a disciplina e os incentivos econômicos previstos na LSA sejam respeitados. Nesse contexto é que as questões recentemente julgadas no conflito de competência discutido neste artigo causam preocupação.

Ao aplicar analogamente os requisitos art. 159 da LSA ao art. 246, o STJ impôs requisitos não previstos em lei para o exercício do direito de ação por parte dos acionistas e criou, também, novos obstáculos para o exercício de seus direitos e a proteção da companhia. Se se mantiver tal entendimento, a consequência será o desmonte e a inviabilização da demanda do art. 246 da LSA.

A LSA não exige deliberação assemblear prévia e tampouco inércia da companhia para que o acionista possa propor a ação do art. 246. E há razões para isso, expostas acima. Da mesma forma, a legitimidade do acionista é concorrente com a companhia, de modo que o ajuizamento de demanda (judicial ou arbitral) pela companhia não deve levar à extinção do processo ajuizado pelo acionista, mas, a depender das circunstâncias do caso concreto, extinção da demanda da companhia por litispendência ou tramitação conjunta em razão de conexão ou continência. Em qualquer situação devem ser respeitados os direitos do acionista ao recebimento do prêmio e dos honorários advocatícios, bem como respeitado o tribunal arbitral constituído na primeira demanda, caso se trate de processo arbitral. Em qualquer situação (judicial ou arbitral), se a companhia quiser participar da primeira demanda, poderá ingressar como assistente litisconsorcial, como prevê o art. 18 do CPC, racional que se aplica também às arbitragens.

O entendimento fixado no mencionado conflito de competência cria ainda mais empecilhos do que os já existentes para a responsabilização do acionista controlador, e, com o máximo respeito e acatamento, merece ser revisto, sob pena de inviabilizarmos por completo a possibilidade de se responsabilizar o acionista controlador pela prática de atos ilícitos e, conseqüentemente, inviabilizar também o mercado de financiamento de disputas dessa natureza. Caso esse entendimento se perpetue, perdem as companhias e o mercado de capitais brasileiro, ganham os acionistas controladores que agem irregularmente.