

A RELAÇÃO DE PODER E AS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE DO CONTROLADOR NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

Thales Janguê Silva Diniz¹

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar as relações de poder e a responsabilidade do acionista controlador, conjuntamente com suas ações correlatas, nas sociedades anônimas. Serão analisados quais são os tipos de controle na sociedade anônima, os deveres e responsabilidades do acionista controlador e quais os tipos de ação para sua responsabilização em caso de abuso do poder de controle. Conclui-se com a análise de um caso em que foi discutida a responsabilidade do controlador por possível abuso na companhia.

Palavras-chave: Direito comercial. Poder de controle. Responsabilidade do controlador.

Abstract: The present study aims to analyze the power relations and the responsibility of the controlling shareholder together with their related lawsuits in joint-stock companies. It will be analyzed what are the types of control in corporations, the duties and responsibilities of the controlling shareholder and what are the types of lawsuits to be held responsible in case of abuse of the control power. It concludes with an analysis of a case in which the controller's responsibility for possible company abuse was discussed.

Keywords: Business law. Control power. Controlling shareholder responsibility.

Sumário: 1. Introdução. 2. O poder de controle na sociedade anônima (separação entre a propriedade e controle nas companhias). 2.1. Controle interno e externo. 2.2. Controle societário e empresarial. 2.2.1. Controle totalitário. 2.2.2. Controle majoritário e minoritário. 2.3. Controle gerencial. 3. O controlador. 3.1. Os deveres e responsabilidades do controlador. 3.2. As ações de reponsabilidade do controlador. 4. Análise de caso envolvendo o abuso do poder de controle na companhia. 5. Conclusão.

¹ Mestrando em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, pós-graduado em Direito Societário pelo Insper. Advogado.

1. Introdução

O tema das relações de poder de controle nas sociedades anônimas é de inegável relevância, não só jurídica, mas também social e econômica,² para o Direito Societário pátrio e para o mundo empresarial como um todo. Sua discussão vem desde a apresentação da obra “O poder de controle na sociedade anônima” de Fábio Konder Comparato, onde foi apresentado os tipos de poder de controle nas companhias.

Não obstante este tema ser de muita importância e relevância para os estudiosos do Direito Societário e para as sociedades empresárias, algumas discussões sobre a responsabilidade do acionista controlador e suas ações de responsabilização continuam em debate, devido ao relevante número de ações envolvendo a responsabilidade do acionista controlador e questões de abuso de poder de controle. Além disso, é notório o grande número de companhias nacionais que ainda possuem um acionista controlador, que é presente na operação empresarial, o que faz que essas empresas dependam quase inteiramente das decisões deste tipo de acionista.

Isto posto, o presente estudo tem como objetivo analisar as relações de poder de controle nas sociedades anônimas e os deveres e responsabilidades do acionista controlador, bem como as ações de responsabilização deste tipo de acionista presentes na Lei n. 6.404/1976 (“Lei das S.A.”). Serão demonstrados os tipos de poder controle na sociedade anônima e sua relação com o acionista controlador, de que forma se dá a responsabilização deste tipo de acionista e os tipos de ações de responsabilidade, tal como a ação por abuso de poder de controle. Conclui-se com a análise de um caso em que se discutiu a responsabilidade do acionista controlador por possível abuso do poder de controle.

O método utilizado foi o dedutivo, através da análise da doutrina e da legislação societária, obras de comentários à lei, obras sobre o poder de controle nas companhias, e o empírico, a partir da coleta e análise de casos em que ocorreu a responsabilização do acionista controlador ou abuso do poder de controle.

² CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *Controle Gerencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 28.

2. O poder de controle na sociedade anônima (separação entre a propriedade e controle nas companhias)

A questão do controle nas sociedades anônimas ainda se apresenta como um tema de vital importância para a vida societária devido às relações de autoridade que o acionista controlador, detentor do poder social, impõe nas companhias, o que faz com que os acionistas minoritários sofram os efeitos das decisões deste tipo de sócio.

Para se valer deste poder na companhia, o acionista, ou grupo de acionistas controladores, fazem valer suas decisões na assembleia geral, órgão imediato da corporação e de última instância decisória.³ Apesar da assembleia ser um órgão que há possibilidade de participarem não só os acionistas, como também terceiros como administradores ou auditores independentes, se houver (Lei n. 6.404/1976, art. 134, §1º), é apenas o acionista que possui o direito de votar nas decisões da sociedade,⁴ o que faz com o que o controlador exerça seu poder através deste órgão.

Esta relação de poder pode ser explicada através de diferentes perspectivas como, por exemplo, através da quantidade de ações que um acionista possui ou através de imposições que um grupo de acionistas minoritários, que exercem o controle⁵ através de um instrumento como um acordo de sócios, fazem valer na companhia. Apesar destes tipos de controle serem os mais conhecidos outros merecem o devido exame.

A característica do poder de controle na empresa moderna foi abordada primeiramente na obra “*The Modern Corporation and Private Property*”, dos economistas Adolf A. Berle e Gardiner C. Means,⁶ onde foi separada a propriedade do controle da sociedade⁷ e identificado

³ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 43.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. cit., p. 43.

⁵ Rodrigo Rocha Monteiro de Castro citando Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira explica que a principal característica do controle é: “tratar-se de um poder de fato, no que se distingue do poder jurídico, pois este ‘é conferido ou assegurado por sistemas jurídicos, e seu titular pode obter a tutela do Estado para fazer com que o outro sujeito da relação de poder a ele se submeta’”.(CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *O controlador*. In: COELHO, Fábio Ulhoa Coelho (Coord.). *Tratado de direito comercial, volume 4: relações societárias e mercado de capitais*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 22).

⁶ BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos*. In: *Revista da faculdade de Direito da UEL – Scientia Iuris, volume 7. 2003/2004*. p. 53.

⁷ Calixto Salomão Filho argumenta que “É conclusão pacífica da investigação societária moderna a dissociação operada pela economia capitalista entre propriedade e controle. Na medida em que a organização societária

cinco tipos de poder de controle possíveis numa sociedade: o controle fundado na posse da quase totalidade de ações da companhia; aquele controle fundado na posse da maioria dessas ações; o obtido por meio de expedientes legais; o minoritário e controle gerencial ou administrativo.⁸ Fábio Konder Comparato em sua célebre obra “O poder de controle na sociedade anônima” reduziu estas espécies a quatro: o controle totalitário, majoritário, minoritário e gerencial⁹ e também classificou o poder de controle a partir das relações internas e externas da companhia, que se tornou a clássica concepção de controle interno e externo. Deter-nos-emos a estas classificações expostas adiante.

2.1. Controle interno e externo

A clássica concepção de controle interno e externo foi exposta na aludida obra de Comparato. Para o autor, pode-se definir o controle interno, à primeira vista, como aquele que se funda, unicamente, na propriedade acionária dependendo sua legitimidade e intensidade no número de ações ou votos de que se é titular, proporcionalmente à totalidade dos sufrágios possíveis.¹⁰

Dessa noção, podemos concluir que o controle interno tem relação direta com a propriedade de participação societária. Não obstante esta relação, Comparato também alerta sobre a dissociação entre propriedade acionária e o poder de comando empresarial no controle interno. Na lição do referido autor:

(...) um dos fenômenos básicos da sociedade -anônima moderna, já anunciado *ante litteram* por Karl Marx e largamente demonstrado, pela primeira vez, na célebre obra de Berle e Means no Estados Unidos, com base em dados estatísticos de 1929, é a possibilidade de dissociação entre propriedade acionária e poder de comando empresarial, fenômeno que constituirá um tema recorrente desta nossa exposição. Foi, justamente, à luz dessa realidade fundamental que aqueles autores americanos propuseram uma classificação de controle interno em cinco espécies, que nos parece um valioso ponto de partida para a nossa discussão.¹¹

torna-se mais complexa e profissional, tanto menor torna-se a influência do acionista individual, transformando em mero investidor, nas decisões societárias.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 141).

⁸ BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos*. cit., p. 54.

⁹ BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos*. cit., p. 54.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. cit., p. 43.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. cit., p. 44.

Desta passagem, podemos concluir que a classificação dos quatro tipos de poder de controle de Comparato são tipos de poder controle interno.

No que se refere ao controle externo, o referido autor o define como uma “influência dominante” exercida de forma diversa do voto social.¹² O controlador, no caso, não é necessariamente membro de qualquer órgão social, mas exerce um poder de dominação *ab extra*.¹³

Marcelo Bertoldi, em artigo sobre os aspectos do poder de controle na sociedade anônima, explica como se dá o controle externo:

A doutrina aponta várias hipóteses em que se dá o controle externo. É o caso da existência de contratos firmados entre a companhia e terceiros que acabem por reduzir significativamente o seu âmbito de atuação, conforme ocorre nos contratos de “franchising”, em que os franqueados são compelidos a aderirem a cláusulas rígidas quanto a sua atuação. O mesmo ocorre em relação ao contrato de “know-how”, onde se verifica em muitos casos a grande dependência entre o fornecedor da tecnologia e a sociedade. Hoje não é raro que a sociedade esteja de tal forma comprometida economicamente que acabe por submeter-se às exigências de seus credores, especialmente bancos, que geralmente condicionam manutenção do relacionamento creditício à uma série de providências de natureza administrativa e organizacional, exercendo um verdadeiro controle administrativo e financeiro sobre a companhia.¹⁴

Da passagem supracitada conclui-se então, que o controle externo é aquele exercido não pelos acionistas ou administradores da companhia, mas sim por terceiros estranhos ao capital social. Podemos verificar também a grande influência externa do Estado, compreendendo os diversos entes da Federação (União, Estados e Municípios), bem como suas autarquias como, por exemplo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) responsável por prevenir e combater as infrações à ordem econômica ou também as agências reguladoras como a Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”), responsável por regular e fiscalizar o setor de telecomunicações, o que influencia companhias do ramo de telecomunicações.^{15 16}

¹² COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. cit., p. 76.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. cit., p. 76.

¹⁴ BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos*. cit., p. 56.

¹⁵ BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos*. cit., p. 57.

2.2. Controle societário e empresarial

Analisadas as devidas definições sobre o controle interno e externo passemos para o exame dos tipos de poder de controle interno.

A princípio, se faz mister repensar a tradicional classificação, pois para alguns estudiosos do poder de controle a clássica classificação de Berle e Means é pouco criteriosa no que se trata a quem exerce o poder de controle e “como” ele é exercido.¹⁷ Na lição de Rodrigo R. Monteiro de Castro podemos compreender esta posição:

Trilhando esta linha de raciocínio, parece que os autores norte-americanos (Adolf A. Berle e Gardiner C. Means) são poucos criteriosos ao listar o que, na opinião deles, consistia nas únicas formas pelas quais o poder pudesse se manifestar. Ao reunirem situações que indiquem quem exercer o poder com outras que revelam o “como” é exercido, confundem controle societário e controle empresarial, situações fáticas inegavelmente distintas. Aquele tem origem na propriedade, na probabilidade de domínio da empresa. Sugere-se, assim, que o controle societário seja classificado e analisado segundo critério de causalidade entre sujeito e objeto, ou sejam controlador e “coisa” controlada: a sociedade.¹⁸

Da leitura do trecho acima percebemos a necessidade de se diferenciar o controle societário do empresarial.

O controle societário,¹⁹ ou da sociedade, é uma situação privativa do acionista que atua direta ou indiretamente na sociedade e pode ser compreendida através da definição de acionista controlador contida no artigo 116 da Lei n. 6.404/1976 manifestando-se em três formas distintas: totalitária, majoritária ou minoritariamente.²⁰ Já o controle empresarial,²¹ não

¹⁶ O professor Waldírio Bulgarelli já nos alertava que no Brasil uma série de controles foram criados, independentemente de ser restrito à ordem organizacional da sociedade quanto estrutura de atuação da empresa. Para ele, os casos de fiscalização governamental não seriam um poder de controle, mas sim um “controle de poder”, sendo uma forma velada de se manter as sociedades sob o domínio do Estado. (BULGARELLI, Waldírio. *O conselho fiscal nas companhias brasileiras*. São Paulo: RT, 1988. p. 49 a 52).

¹⁷ CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *Controle Gerencial*. cit., p. 72 e 73.

¹⁸ CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *Controle Gerencial*. cit., p. 72 e 73.

¹⁹ Para Pedro Lavacchini Ramunno o controle societário é “um poder do sócio e que envolve as atribuições descritas no artigo 116, *caput*, da Lei nº 6404/1976, sujeitando seu titular aos deveres (art. 116, parágrafo único da LSA) e às responsabilidades (art. 11 da LSA) atinentes ao acionista controlador.” (RAMUNNO, Pedro Alves Lavacchini. *Controle societário e controle empresarial: uma análise da influência sobre o controle empresarial pelo Estado brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 31).

²⁰ CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *Controle Gerencial*. cit., p. 73.

²¹ Pedro Lavacchini Ramunno define o controle empresarial como “um poder de titularidade da companhia e que encerra o poder de destinação (em sentido amplo) dos bens e direitos de sua titularidade, os quais normalmente integram o estabelecimento comercial (ou empresarial). Essa concepção relaciona-se à própria separação, ao

se trata de uma manifestação do poder societário, mas refere-se à dominação da empresa deslocando-se as decisões do âmbito dos sócios para o dos órgãos, negando àqueles a dominação (formal) da empresa.²² Não obstante serem formalmente os controles societário e empresarial tipos de poder de controle diferentes, em algumas situações eles irão se confundir quando, por exemplo, o acionista controlador exerce uma função administrativa na companhia o que faz ele atuar em âmbitos distintos.²³

Feitas as devidas considerações sobre o controle societário e empresarial analisaremos adiante os tipos de poder controle societário.

2.2.1. Controle totalitário

A primeira espécie de controle societário interno, identificado por Berle e Means, refere-se ao controle totalitário,²⁴ que, para estes autores, pode ser caracterizado como o controle exercido por um sócio ou um pequeno grupo de sócios detentores de todas as ações emitidas.²⁵ Não obstante esta classificação ser perceptível para todos, ela carece de precisão pois os referidos autores confundem o controle totalitário do quase totalitário.²⁶

Pode-se classificar o controle totalitário como aquele que é identificado pela própria propriedade absoluta (seja ela singular ou conjunta) do controle acionário de uma companhia. Este controle acionário compreende todas as ações da sociedade, independentemente de espécie ou classe, podendo ser sem direito a voto.²⁷

No Direito Societário pátrio, o controle totalitário pode ser identificado com a sociedade unipessoal, onde é admitido em duas raras hipóteses: (i) quando ocorre de modo permanente a sociedade subsidiária integral (Lei n. 6.404/1976, art. 251), ou (ii) de modo

menos formal, entre os interesses da companhia e os individuais de seus sócios, guardando relação com as matérias relacionadas à gestão da companhia.” (RAMUNNO, Pedro Alves Lavacchini. *Controle societário e controle empresarial: uma análise da influência sobre o controle empresarial pelo Estado brasileiro*. cit., p. 34 e 35).

²² CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *Controle Gerencial*. cit., p. 75.

²³ CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *Controle Gerencial*. cit., p. 75.

²⁴ Para Marcelo Bertoldi o controle totalitário é aquele em que “nenhum acionista é excluído do poder de dominação na sociedade”. (BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos*. cit., p. 54).

²⁵ CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *Controle Gerencial*. cit., p. 76.

²⁶ CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *Controle Gerencial*. cit., p. 76.

²⁷ CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *O controlador*. cit., p. 27.

temporário, pela unipessoalidade superveniente, onde há a necessidade de consolidação de todas as ações ou quotas em único sócio, que deverá, dentro de prazo determinado, reconstituir a pluralidade de sócios (Lei n. 6.404/1976, art. 206, I, “d” e Código Civil, art. 1.033, IV).^{28 29}

Já o controle quase totalitário ocorre na hipótese do sócio remanescente, no caso de unipessoalidade superveniente, encontrar um novo sócio para adquirir uma ação ou quota do capital social da sociedade para não ocorrer a dissolução prevista em lei. Este sócio, que “empresta” seu nome para a sociedade, quando pratica certos atos exerce um poder “quase totalitário”.³⁰

Apesar destas hipóteses de poder de controle totalitário não ocorrem demasiadamente elas merecem também a devida análise em virtude de seus aspectos práticos.

2.2.2. Controle majoritário e minoritário

Os controles majoritário e minoritário são as espécies de controle mais comum nas companhias.

O controle majoritário é o tipo de poder de controle que mais aparece em nosso país, devido a grande quantidade de companhias familiares que possuem um fundador que é sócio majoritário ou aos descendentes deste tipo sócio ganharem o controle devido à sucessão familiar. Não obstante, também encontramos várias companhias abertas com esta característica, o que demonstra como o nosso mercado de capitais não é tão desenvolvido em comparação a outros ordenamentos.

Isto posto, podemos classificar o controle majoritário como aquele que é exercido por um acionista que é titular de, pelo menos, metade, mais uma, das ações com direito a voto até

²⁸ CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *O controlador*. cit., p. 27.

²⁹ Rodrigo Rocha Monteiro de Castro esclarece a diferença da subsidiária integral e da unipessoalidade superveniente em sua obra sobre o controle gerencial. Para o autor: “(...) enquanto a subsidiária integral traduz uma técnica de organização societária e empresarial, mediante a qual se agregaram atividades e responsabilidades – facilitando, inclusive, atos de fusão e incorporação, e que permite ao sócio único decidir, solidariamente, todas as matérias de interesse da sociedade e, inevitavelmente, da empresa –, a unipessoalidade superveniente, por outro lado, gera consequências muitas vezes não desejadas pelo socio remanescente, que se vê, inclusive, obrigado a aceitar o ingresso de novo sócio mesmo que inexista, entre eles, a chamada *affectio societatis*. (CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *Controle Gerencial*. cit., p. 77).

³⁰ CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *Controle Gerencial*. cit., p. 77.

a totalidade das ações votantes, menos uma.³¹ Qualquer quantidade que se encontre neste intervalo configurará este tipo de controle que será mais ou menos estável em função da maior ou menor possibilidade de resistência dos demais acionistas ou tenderá a certa instabilidade quanto mais a participação se aproximar do extremo inferior.³²

Apesar da possibilidade de maior estabilidade, na hipótese em que apenas uma ação não integrar seu patrimônio, não poderá o controlador votar em certas matérias em que está impedido por lei, como, por exemplo, no caso de deliberação de assembleia-geral que trata sobre o laudo de avaliação dos bens em que ele concorrer para a formação de capital social da companhia (Lei n. 6.404/1976, art. 115, §1º, primeira parte).³³

Já o controle minoritário³⁴ pode ser classificado como aquele que se exerce com a metade, menos uma das ações votantes, podendo cair até uma ação votante, sendo qualquer número deste intervalo considerado este tipo de poder de controle.³⁵ Nesta espécie de poder é comum o uso de acordo de sócios para o exercício do controle.

Analisando a obra de Fábio Konder Comparato podemos entender como se dá o controle minoritário na assembleia, que, como já se disse alhures, é o órgão onde é exercido o poder de controle:

A existência de um controle minoritário está implicitamente reconhecida na lei, ao fixar regras de *quórum* e maioria no funcionamento da assembleia-geral. A norma geral é que a reunião se instala, em primeira convocação, com a presença de acionistas que representem no mínimo um quarto do capital social com direito de voto – que normalmente pode constituir apenas metade do capital total (Lei nº 6.404, art. 15, §2º), salvo exceções – e, em segunda convocação, com qualquer número (art. 125).³⁶

Também se faz mister diferenciar como o controle minoritário pode surgir nas grandes companhias, podendo ele ser espontâneo ou induzido. Considera-se o controle minoritário como espontâneo quando não se cria mecanismo artificial para que nenhum acionista detenha

³¹ CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *O controlador*. cit., p. 28.

³² CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *O controlador*. cit., p. 28.

³³ CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *O controlador*. cit., p. 28.

³⁴ Para Marcelo Bertoldi o controle o minoritário é aquele que “está nas mãos de alguém que detém menos da metade das ações com direito a voto, tendo em vista a grande dispersão acionária.” (BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos*. cit., p. 54).

³⁵ CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *O controlador*. cit., p. 28.

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. cit., p. 55.

mais da metade das ações com direito a voto, como, por exemplo, através de um acordo de sócios.³⁷ Já o controle minoritário é induzido quando se impuser limitações ao exercício do voto, ou quando se exigir que o acionista que acumula certo percentual de ações com direito a voto faça uma oferta pública para adquirir as demais ações em circulação da companhia.³⁸

2.3. Controle gerencial

O controle gerencial ou administrativo, última espécie de poder controle da classificação de Berle e Means, é o tipo de poder que não se funda na participação acionária, mas unicamente nas prerrogativas da diretoria da companhia.³⁹ Segundo Comparato, é um tipo de poder de controle interno totalmente desligado da titularidade das ações em que se divide o capital social, pois, devido a grande dispersão acionária, os administradores assumem o controle empresarial, transformando-se num órgão social que se autoperpetua por cooptação.⁴⁰

Este tipo de poder de controle, por ser empresarial, não se insere na modalidade de controle societário por não ser exercido através da assembleia geral, mas sim fora dela, inexistindo qualquer relação com a titularidade de ações.⁴¹

Na lição de Rodrigo R. Monteiro de Castro podemos compreender esta característica do controle gerencial:

Em outras palavras, a concentração da propriedade acionária conduz à identidade dos controles societário e empresarial, em decorrência da participação direta ou indireta do acionista controlador na atividade empresarial, enquanto a diluição reforça a natureza de ambos os controles, propiciando o surgimento do controle gerencial (ou outras formas de domínio da empresa). Ou seja, o controle gerencial resulta, normalmente, da dominação da formação volitiva da sociedade, a partir dos órgãos da administração.⁴²

³⁷ CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *O controlador*. cit., p. 95.

³⁸ CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *O controlador*. cit., p. 96.

³⁹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. cit., p. 60.

⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. cit., p. 60.

⁴¹ CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *O controlador*. cit., p. 31.

⁴² CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *O controlador*. cit., p. 33.

Pode-se então considerar o controle gerencial como aquele onde ocorre a dominação da empresa pelos administradores, sem resistência por parte dos acionistas.⁴³ Este tipo de poder de controle é muito comum em ordenamentos, onde o capital social das companhias é muito pulverizado como o mercado de capitais americano.

3. O controlador

Apreciados sucintamente nos itens anteriores as espécies de poder de controle nas sociedades anônimas, passemos agora para a análise da responsabilidade do acionista controlador e suas ações correlatas.

De início, se faz mister trazer a definição dogmática de acionista controlador presente no artigo 116 de nossa lei societária:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Diante do artigo supracitado, podemos concluir que o acionista controlador em nosso Direito Societário é aquele que, cumulativamente possui os 3 requisitos de: (i) maioria de votos nas deliberações sociais; (ii) poder de eleger a maioria dos administradores da companhia e (iii) uso efetivo do poder de controle para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.⁴⁴

Como visto no presente estudo, o controle também pode ser “externo”, que é um tipo de controle não acionário, exercido mediante uma influência dominante, o qual não está

⁴³ CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *O controlador*. cit., p. 31.

⁴⁴ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 223.

previsto em nossa lei societária. Dessarte, o controle externo não decorre do direito de voto, mas de fatores exógenos, como, por exemplo, relações contratuais.⁴⁵

Não obstante, não pode ser caracterizado como controlador, para efeitos da lei, a pessoa que, embora possua uma quantidade de ações que lhe assegure a maioria de votos em assembleia geral, não utiliza tal poder para impor sua vontade na condução dos negócios da companhia e na eleição dos administradores.⁴⁶ Diante disso, será considerado controlador apenas quem exercer cumulativamente os 3 requisitos do artigo 116 da Lei das S.A., podendo ser caracterizado como este tipo de acionista quem exercer os tipos de poder de controle conforme os analisados no presente estudo.

3.1. Os deveres e responsabilidades do controlador

O acionista controlador quando exerce a soberania societária através da assembleia geral exerce o poder de forma lícita e legítima e, com isso, expressa a vontade da companhia.⁴⁷ Apesar desta expressão de vontade da sociedade ser exercida muitas vezes pelo acionista controlador, algumas considerações devem ser analisadas.

Inicialmente, é essencial esclarecer que o poder de controle na sociedade anônima é atribuído ao seu titular para consecução de determinadas finalidades, como, por exemplo, do interesse social⁴⁸ da companhia, constituindo assim um “direito-função”.⁴⁹ Dessarte, não há um poder absoluto, pois o legislador ao elaborar a lei societária procurou estabelecer determinadas regras visando prevenir e reprimir eventuais abusos que o controlador possa cometer no exercício do poder.⁵⁰ Este tipo de regra pode ser encontrada, por exemplo, no parágrafo único do artigo 116 da Lei das S.A., que é enfático ao estabelecer que o controlador

⁴⁵ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II.* cit., p. 224.

⁴⁶ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II.* cit., p. 226 e 227.

⁴⁷ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II.* cit., p. 238.

⁴⁸ Calixto Salomão Filho esclarece o que é o interesse social a partir da teoria do “contrato-organização”. Para o autor: “Identificando-se o interesse social ao interesse à melhor organização possível do feixe de relações envolvidas pela sociedade, esse jamais poderá ser identificado com interesse à maximização dos lucros ou com interesse à preservação da empresa. Distingue-se, portanto, do contratualismo e institucionalismo clássico, mas aproxima-se do institucionalismo integracionista, que tem nítido caráter organizativo.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário.* cit., p. 45).

⁴⁹ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II.* cit., p. 239.

⁵⁰ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II.* cit., p. 239.

“deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa”.⁵¹

Não só com a empresa o acionista controlador possui responsabilidades, pois não se pode reduzir o interesse social ao interesse dos acionistas, mas sim ao seu interesse comum de realização do escopo social⁵² e função social da empresa⁵³.

Nelson Eizirik, em sua obra sobre a lei societária, explica como se dá esta relação da empresa e sua função social.

A empresa, como unidade de produção, não congrega apenas os interesses dos sócios da companhia, mas também os dos fornecedores, empregados, consumidores e de toda a comunidade na qual exerce as suas atividades. A função social implica, portanto, em um poder-dever do acionista controlador de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.⁵⁴

Isto posto, caso seja caracterizado que o acionista controlador utilizou de seu poder na companhia para atender a fins pessoais ou qualquer interesse que não seja o da companhia ou demais interesses que ele tem o dever de preservar, como o de atingir sua função social, será configurado o abuso do poder de controle.⁵⁵

3.2. As ações de reponsabilidade do controlador

Como visto, o poder de controle na sociedade anônima por ser tratar de um “direito-função” é atribuído ao seu titular para a consecução de determinadas finalidades e, sendo assim, não se trata de um poder absoluto, pois a própria lei traz mecanismos para prevenir e

⁵¹ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II.* cit., p. 239.

⁵² EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II.* cit., p. 240.

⁵³ Ana Frazão em obra sobre a função social da empresa esclarece como se dá este princípio em relação aos demais princípios constitucionais da ordem econômica. Para a autora: “Consequentemente, a função social da empresa, embora não se dissocie dos demais princípios da ordem econômica, não se restringe ao menos, diante do compromisso maior e mais amplo que assume com a justiça social. Não é sem razão que o próprio *caput* do art. 170 da Constituição, deixa claro que a ordem econômica tem por objetivo ‘assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social’. A função social não tem, como foi dito, a finalidade de aniquilar as liberdades e os direitos dos empresários nem de tornar a empresa um simples meio para os fins sociais. Afinal, os direitos e liberdades têm uma função social, mas não se reduzem a ela. O objetivo da função social é, sem desconsiderar a autonomia privada, reinserir a solidariedade social na atividade econômica, tal como já entendeu o Supremo Tribunal Federal.” (FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/as.* Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 199 e 200).

⁵⁴ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II.* cit., p. 240.

⁵⁵ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II.* cit., p. 241.

reprimir possíveis desvios de poder e abusos do controlador.⁵⁶ Para Comparato, este desvio pode ser entendido como “uma via direta que deixou de ser seguida, para se atingir um alvo ou se chegar a um resultado”, e que “consiste, assim, num afastamento não da forma mas do espírito da lei, representando ato típico de *fraus legi*, e não *contra legem*”.⁵⁷

Dessarte, além do parágrafo único do artigo 116 da Lei das S.A. que determina expressamente que o controlador deve usar seu o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social e possui deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade, a lei societária traz em seu artigo 117⁵⁸ as hipóteses de abuso do poder controle que irão ensejar em ação de responsabilidade do acionista controlador.

Apesar do poder controle ser exercido através da assembleia, os atos elencados no parágrafo primeiro do artigo 117, que ensejam as ações de responsabilidade do controlador, podem ser realizados fora desta reunião acionária, como, por exemplo, através de orientações informais ao conselho de administração ou diretoria.⁵⁹ Isto posto, se o controlador exercer seu poder através de orientações para membros do conselho de administração ou da diretoria que se desviem do objeto da sociedade ou seu interesse social comete abuso do poder de controle.

⁵⁶ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II.* cit., p. 245.

⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima.* cit., p. 316.

⁵⁸ Lei 6.404/1976, art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional; b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente; e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia-geral; f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas; g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade. h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. § 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador. § 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

⁵⁹ BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos.* cit., p. 59.

Não obstante os atos que ensejam abuso por parte do controlador estarem elencados no artigo 117 da Lei das S.A., entendemos que outras práticas podem configurar também tal ilegalidade, pois o parágrafo primeiro do *caput* do referido artigo fala em “modalidades de exercício abusivo de poder” e não que “são” exercícios abusivos de poder.⁶⁰ Diante disso, algumas dessas expressões podem trazer dificuldades ao julgador para reconhecer tal abuso em possíveis casos em que esteja envolvido a responsabilidade do acionista controlador, pois, de acordo com Marcelo Bertoldi: “quando verificamos estes standards de comportamento mencionados pelo legislador estamos diante dos chamados conceitos vagos, que devem ser preenchidos pelo aplicador da norma levando em conta o senso comum”.⁶¹

Este tipo de confusão para se configurar o abuso do poder de controle no caso concreto deve ser solucionado de acordo com a discricionariedade e bom senso do julgador. Novamente na lição de Marcelo Bertoldi podemos compreender como se dá esta forma de solução do conflito societário:

Quando é levado ao Poder Judiciário, por exemplo, um fato cometido pelo controlador tido como desleal, o juiz não está diante de duas ou mais soluções, todas válidas, como pode ocorrer em relação a atuação do administrador, mas sim, está ele incumbido de interpretar a lei abstratamente posta e subsumi-la ao caso concreto de forma a subtrair desta atividade apenas uma solução, a justa, a melhor, pois “por meio da função jurisdicional expressa-se assim podemos dizer – a “verdade legal”, a “verdade jurídica” no caso concreto. Não há espaço para duas “verdades do direito” em uma mesma lide, tanto mais quando antinômicas.⁶²

Em relação aos legitimados para a ação de responsabilização, a própria lei societária é expressa. No polo passivo, serão legitimados para responder à providência jurisdicional tanto o acionista controlador pessoa física (artigo 117 da Lei das S.A.), quanto a pessoa jurídica que controla a companhia (artigos 238 e 246 da Lei das S.A.).⁶³ Em relação a legitimidade ativa, o parágrafo primeiro, alíneas “a” e “b” do artigo 246⁶⁴ da lei societária, que trata do controlador

⁶⁰ “Tanto a Lei das S.A. como a regulação expedida pela Comissão de Valores Mobiliários estabelecem o princípio básico de que constitui abuso de poder de controle qualquer decisão que não tenha por finalidade o interesse social, mas que vise a beneficiar exclusivamente o acionista controlador, em detrimento da sociedade, dos acionistas minoritários e de terceiros”. (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II.* cit., p. 245).

⁶¹ BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos.* cit., p. 59.

⁶² BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos.* cit., p. 59 e 60.

⁶³ BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos.* cit., p. 61.

⁶⁴ Lei 6.404/1976, Art. 246, §1º: A ação para haver reparação cabe: a) a acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social; b) a qualquer acionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de vir a ação ser julgada improcedente.

pessoa jurídica, estabelece que podem entrar com ação os acionistas não detentores do poder de controle, ou seja, são os acionistas minoritários que entram com a ação de reparação de danos como representantes da própria companhia e, sendo assim, no caso de condenação do controlador a indenização será para a sociedade, o que beneficiará indiretamente os acionistas não controladores.⁶⁵

A legitimação dos acionistas não detentores do poder de controle para a ação de responsabilização do controlador independe de autorização prévia de qualquer órgão da companhia, pois não se trata de legitimação extraordinária ou substituição processual, mas sim de ação que a própria companhia ingressa em nome próprio através de seus acionistas minoritários.⁶⁶ Também os minoritários podem ingressar com a ação de reparação através dos parágrafos terceiro e quarto do artigo 159 da Lei da S.A., que traz as hipóteses de responsabilização dos administradores da companhia. Esta ação não exclui o direito do acionista individualmente vir a pleitear contra o controlador.⁶⁷

Caso o controlador não seja outra sociedade, mas sim pessoa física, não incidirão as regras alíneas “a” e “b” do artigo 246, mas sim a regra geral do artigo 117 e, nesse caso, qualquer acionista não controlador terá condições de ingressar com a ação de responsabilização.⁶⁸

Também se faz mister realçar que como o parágrafo único do artigo 116 da lei societária estabelece que o controlador possui responsabilidades não só com os demais acionistas não controladores, mas também perante detentores de valores mobiliários, funcionários e a comunidade, estes também são legitimados para propor medida judicial em face do acionista controlador, sendo os funcionários representados por meio de sindicatos de classe e a comunidade através dos entes da federação como a União, Estados e Municípios.⁶⁹

⁶⁵ BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos*. cit., p. 62.

⁶⁶ BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos*. cit., p. 63.

⁶⁷ BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos*. cit., p. 63.

⁶⁸ BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos*. cit., p. 63.

⁶⁹ BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos*. cit., p. 64.

4. Análise de caso envolvendo o abuso do poder de controle na companhia

Feitas as devidas considerações e análises sobre o poder de controle nas sociedades anônimas, os deveres e responsabilidades do controlador e suas ações correlatas, será analisado um caso em que foi discutida a responsabilidade do acionista controlador por possível abuso de poder.

O caso, “Caso Sudameris”, (Resp. 1.337.265 – SP, terceira turma do Superior Tribunal de Justiça) tratou-se de uma ação em que os acionistas minoritários do antigo Banco Sudameris Brasil S.A. entraram contra o controlador do banco, o Banque Sudameris S/A, outra sociedade empresária e estrangeira, por possível abuso de poder de controle. Os minoritários, com menos de cinco por cento do capital social da companhia, alegaram que o controlador agiu com abuso do poder de controle (246, § 1º, alínea “b” da Lei 6.404/1976) quando adquiriu outra instituição financeira. Na fundamentação, argumentaram que a empresa de auditoria contratada pelo controlador usou de situações contábeis hipotéticas para “maquiar” o real estado do passivo da instituição que viria a ser adquirida, que o controlador não informou ao mercado nem os acionistas minoritários a verdadeira data de apuração do patrimônio da instituição e que a aquisição ocorreu através de uma subsidiária do banco, uma sociedade de capital fechado, apenas para não haver a apresentação de fato relevante ao mercado. Este abuso de poder, afirmaram os autores, teria o único intuito de diluí-los no capital social do banco.

O réu, acionista controlador, rebateu as alegações dos autores com o argumento que agiu em conformidade com o interesse e estratégia empresarial da companhia, pois a aquisição de outra instituição financeira era de vital importância estratégica na época. Alegaram que desconheciam o fato de que a instituição adquirida estava passando por dificuldades financeiras na época da aquisição e que por isso houve os diversos ajustes patrimoniais que levaram à diluição dos minoritários. Também informaram que o próprio governo federal impôs que a condição para aberturas de novas agências do Banco Sudameris Brasil seria através da aquisição da instituição financeira ora adquirida.

No decorrer da ação, os autores perderam em todas as instâncias judiciais, do primeiro grau até o Superior Tribunal de Justiça, tendo as decisões acatado o argumento do controlador

de que a aquisição da instituição financeira foi de acordo com o interesse e estratégia empresarial da companhia e que a diluição dos minoritários foi justificada por tal interesse social, o que não configurava o abuso do poder de controle.

Deste caso, podemos concluir que para a configuração do abuso do poder de controle é necessário que seja realmente demonstrado o desvio de poder para se atender a fins próprios ou para não consecução do interesse social, pois, de acordo com a autonomia da decisão empresarial, não compete ao Poder Judiciário adentrar no mérito das decisões tomadas por acionista controlador nas conduções dos negócios da companhia.⁷⁰

5. Conclusão

O poder de controle e as responsabilidades do acionista controlador continuarão em voga, na medida em que o mercado de capitais e a economia nacional se desenvolvem e mais companhias, tanto abertas como fechadas, aparecem. Diante disso, é notório que as ações de responsabilização por abuso de acionista controlador continuarão a ocorrer.

Não obstante os muitos avanços que a lei societária trouxe, é necessário que ela evolua para acompanhar o direito empresarial atual. Artigos como o 116 e o 117 podem ser aperfeiçoados para uma melhor interpretação dos operadores do direito, evitando assim disputas societárias longas e desnecessárias.

Em conclusão, através do presente estudo, pode-se compreender a utilidade e importância de uma boa legislação societária no que se refere às garantias e prerrogativas do poder de controle nas companhias e os direitos dos acionistas minoritários.

Referências

BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos*. In: Revista da faculdade de Direito da UEL – Scientia Iuris, volume 7. 2003/2004.

BULGARELLI, Waldírio. *O conselho fiscal nas companhias brasileiras*. São Paulo: RT, 1988.

⁷⁰ STJ. *Resp.* 1.337.265 – SP. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 23 de outubro de 2020.

- CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *Controle Gerencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- _____. *O controlador*. In: COELHO, Fábio Ulhoa Coelho (Coord.). *Tratado de direito comercial, volume 4: relações societárias e mercado de capitais*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/as*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- RAMUNNO, Pedro Alves Lavacchini. *Controle societário e controle empresarial: uma análise da influência sobre o controle empresarial pelo Estado brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- STJ. *Resp. 1.337.265 – SP*. Disponível em www.stj.jus.br, acessado em 23 de outubro de 2020.