

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**



PAULO ANDRADE DE SOUZA PINTO NETO

Abuso de Poder de Controle

Rio de Janeiro, junho/2010.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO



PAULO ANDRADE DE SOUZA PINTO NETO

Abuso de Poder de Controle

Trabalho de Conclusão de Curso, sob a orientação do professor Juan Luiz Vasquez, apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, junho/2010.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO



Abuso de Poder de Controle

Elaborado por: PAULO ANDRADE DE SOUZA PINTO NETO

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à FGV DIREITO RIO como
requisito parcial para obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Comissão examinadora:

Nome do orientador: Juan Luiz Vasquez

Nome do Examinador1:

Nome do Examinador2:

Assinaturas:

Juan Luiz Vasquez

Examinador 1

Examinador 2

Nota Final:

Rio de Janeiro, de Junho de 2010

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família, em especial meu pai Paulo Andrade de Souza Pinto Neto e a minha mãe, Telma Therezinha Dantas de Souza Pinto, que tanto contribuíram para minha formação jurídica, acadêmica, profissional e pessoal.

Aos meus amigos da Fundação Getúlio Vargas que me incentivaram nos momentos mais difíceis, em especial Bernard Girundi, Ciro Rangel e Pedro Freitas.

A minha namorada Maíra Medeiros Bucar por ter me apoiado, incentivado e tido compreensão durante todo o período da graduação.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Juan Luiz Vasquez, pelos ensinamentos, atenção e por toda a colaboração para o desenvolvimento do estudo.

Aos meus amigos que conquistei ao longo do curso de Direito na FGV, que sempre estimularam meu amadurecimento como pessoa e profissional e espero que estejam sempre por perto, em especial, Felipe Herdem Lima, Pablo Sá Domingues, Frederico Moreno, Laís Sverberi e Lara Lebreiro.

“Grandes poderes envolvem grandes responsabilidades”

(Autoria da MARVEL COMICS)

RESUMO

Em virtude da ocorrência do fenômeno da globalização inúmeras sociedades passaram a ter seu controle exercido por outras pertencentes ao mesmo grupo econômico. Com o surgimento destas estruturas societárias hierarquizadas foi constatado um significativo crescimento no número de atos realizados com desvio ou abuso de poder por parte do detentor deste poder de comando, os quais dão ensejo, *a priori*, a caracterização do abuso de poder de controle. Os atos realizados com as características supracitadas podem ser encontrados em contratos de empréstimos celebrados entre sociedades pertencentes ao mesmo grupo econômico. Entretanto, cabe salientar que nem todos os contratos desta natureza devem ser vistos como sendo abusivos, ou seja, existem contratos envolvendo estes pares que podem ser considerados lícitos e legítimos. Diante desta constatação, serão analisadas através de um caso gerador as peculiaridades que um contrato de empréstimo envolvendo sociedades do mesmo grupo econômico necessita apresentar para que o mesmo seja considerado lícito, e com isso o ato realizado pelo detentor do poder de controle não seja considerado abusivo. Por fim, poderemos diferenciar os contratos de empréstimos envolvendo sociedades do mesmo grupo econômico que deverão ser considerados como sendo lícitos e legítimos, dos contratos que acarretam prejuízos aos acionistas minoritários, ao mercado, bem como toda a sociedade, e que, portanto, deverão ser considerados abusivos.

Palavras-chave: Globalização, abuso de poder, contrato de empréstimo.

ABSTRACT

Due to the occurrence of the phenomenon of globalization many companies have been given their control exercised by others within the same economic group. With the emergence of these hierarchical corporate structures was observed a significant increase in the number of acts performed with misuse or abuse of power by the holder of the power of command, which give rise, in principle, the characterization of the abuse of power control. The acts performed with the aforementioned characteristics can be found in loan agreements concluded between companies within the same economic group. However, I note that not all such contracts should be viewed as being abusive, that is, there are contracts involving these pairs can be considered lawful and legitimate. Given this finding will be reviewed by a generator if the peculiarities that a loan agreement involving companies in the same economic group needs to present it to be considered lawful, and that the act performed by the holder of power of control is not considered abusive . Finally, we differentiate the loan agreements involving companies in the same economic group to be considered as lawful and legitimate contracts that were prejudicial to minority shareholders, the market and the whole society, and thus should be considered abusive.

Keywords: Globalization, abuse of power, the loan agreement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. APRESENTAÇÃO DO CASO GERADOR	10
2. ACIONISTA CONTROLADOR	14
2.1 Deveres do Controlador	15
2.2 Modalidades de Controle	17
2.3 Abuso de Poder de Controle	19
2.3.1 Conflito de Interesse	20
2.3.2 Prova do Dano	21
3. RESOLUÇÃO DO CASO GERADOR	25
CONCLUSÃO	28
REFERÊNCIAS	29

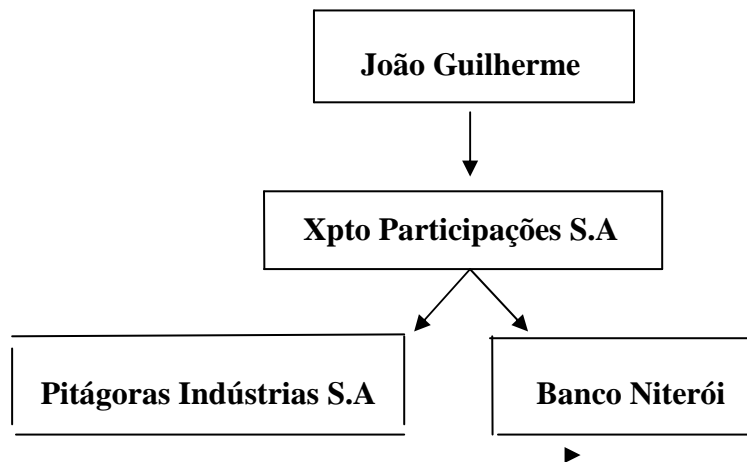
INTRODUÇÃO

O Trabalho de conclusão de curso que será apresentado a seguir terá como objetivo analisar o uso abusivo do poder de controle nos contratos de empréstimos celebrados entre o acionista controlador e a sociedade controlada, conforme disciplina o artigo 117, parágrafo primeiro, alínea “F”, da Lei 6.404/76.

Através da análise minuciosa do caso gerador que será apresentado a seguir, no qual as peculiaridades foram extraídas do Processo Administrativo Sancionador n. RJ 2001/4474 julgado pela Comissão de Valores Mobiliários no dia 30 de março de 2005, conseguiremos distinguir os contratos de empréstimos que deverão ser vistos como sendo lícitos legítimos e comutativos, dos contratos que contenham práticas abusivas por parte do acionista controlador sobre suas respectivas sociedades controladas.

1. APRESENTAÇÃO DO CASO GERADOR

João Guilherme, renomado acionista controlador de um grande grupo econômico controla de forma direta a sociedade XPTO PARTICIPAÇÕES S.A, na qual figura como sendo, unicamente, uma *holding* pura controladora de duas subsidiárias, a COMPANHIA PITÁGORAS INDÚSTRIAS S.A e o BANCO NITERÓI.

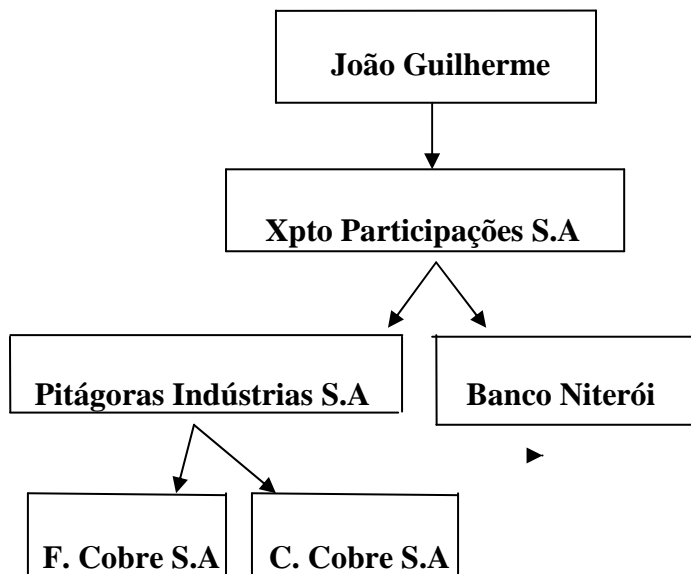


A COMPANHIA PITÁGORAS INDÚSTRIAS S.A explora a atividade de industrialização de sucatas de fios e cabos de cobre e o BANCO NITERÓI S.A. atua na aquisição de créditos de difícil recuperação.

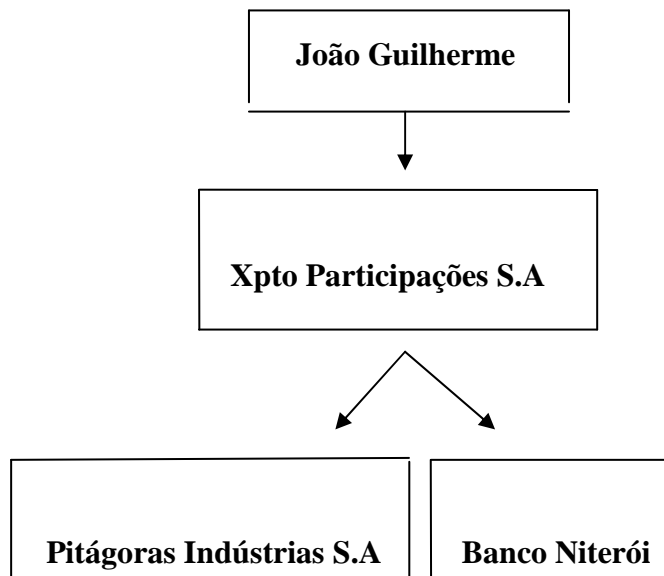
João Guilherme, motivado em realizar uma reorganização societária em seu grupo econômico, resolveu, no dia 20/10/1999, cindir a COMPANHIA PITÁGORAS INDÚSTRIAS S.A, mediante a constituição de uma subsidiária denominada FIOS DE COBRE S.A, sendo certo, que este recebeu como ativo a linha produtiva de fios derivados de sucata.

No dia 01/02/2000, dando continuidade ao processo de reorganização societária, a COMPANHIA PITÁGORAS INDÚSTRIAS S.A instituiu uma nova subsidiária denominada CABOS DE COBRE S.A., tendo a mesma recebido como ativo toda linha produtiva relacionada a fabricação de cabos.

Após terem sido realizadas as duas cisões supracitadas, podemos constatar que a COMPANHIA PITÁGORAS INDÚSTRIAS S.A. transformou-se numa empresa improdutiva, visto que a mesma tornou-se uma sociedade despida de qualquer tipo de operação.



No dia 31/07/2001, as sociedades recém constituídas foram alienadas para um grupo de investidores chineses pelo valor de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de dólares), tornando sua controladora, a sociedade PITÁGORAS INDÚSTRIAS S.A., uma companhia demasiadamente capitalizada, porém despida de atividade, conforme pode ser observado no organograma abaixo.



No ano de 2003, João Guilherme, controlador indireto e administrador da COMPANHIA PITÁGORAS INDÚSTRIAS S.A., iniciou a realização de constantes empréstimos, de longo prazo, da companhia supracitada para sua controladora, a XPTO PARTICIPAÇÕES S.A., com taxas de juros anuais inferiores a 7% (sete por cento).

O dinheiro captado na subsidiária era utilizado para compra de créditos podres do BANCO NITERÓI S.A., sociedade que também era controlada e administrada pelo referido empresário. Ocorre que no decorrer do tempo, a XPTO PARTICIPAÇÕES S.A. passou a contratar empréstimos junto a sua subsidiária com taxa de 4 % (quatro por cento) ano, lastreados nestes títulos considerados como sendo podres.

Ao final da reorganização societária, o BANCO NITERÓI S.A. gozava de uma liquidez corrente invejável, entretanto, a sociedade XPTO PATICIPAÇÕES S.A detinha em seu balanço patrimonial um conjunto de créditos considerado pelo mercado como de difícil recuperação. Já a saúde financeira da COMPANHIA PITÁGORAS INDÚSTRIAS S.A não ficou nada boa, tendo em vista que 99 % (noventa e nove por cento) do seu patrimônio líquido encontrava-se engessado nestes contratos de empréstimos, nos quais possuíam como garantia créditos despídos de valor de mercado.

Diante das informações apresentadas no caso gerador, é possível afirmar que João Guilherme violou os artigos 116 e 117, parágrafo primeiro, alínea “F”, da lei 6404/76, ou seja, exerceu de forma abusiva seu poder de controle?

Caso a conduta de João Guilherme seja considerada abusiva, o mesmo poderá ser responsabilizado por esta infração?

Antes de nos atermos diretamente ao caso prático, se faz necessário apresentar, preliminarmente, todos os conceitos que serão abordados na resolução do problema, bem como todos os elementos indispensáveis para a caracterização do abuso de poder de controle e sua responsabilização por parte do acionista controlador.

2. ACIONISTA CONTROLADOR

A definição de acionista controlador adotada pela doutrina, bem como pela jurisprudência encontra-se prevista no artigo 116 da lei 6.404/76, no qual apresenta a seguinte redação:

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

- a) É titular de direitos de sócio que lhe assegure, 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.

Para que um acionista possa figurar como sendo controlador de uma companhia se faz necessário que o mesmo atenda, de forma cumulativa, os dois requisitos previstos nas alíneas do artigo supracitado. Todavia, cabe salientar que a doutrina entende como sendo “permanente” a supremacia nas últimas 3 (três) assembléias gerais.¹

Ademais, cabe mencionar que a lei das S.A. em seu artigo 243, parágrafo 2º da Lei 6.404/76, equipara como acionista controlador previsto no artigo 116 da mesma lei, as sociedades que exercem o controle de forma direta, bem como indireta sob outra sociedade.

De acordo com o entendimento de Nelson Eizirik², a definição de poder de controle deve ser observada a luz do caso concreto, visto que para o doutrinador, controlador é aquele que detém a titularidade das ações que lhe asseguram eleger a maioria dos membros do conselho de administração nas assembleias. Caso o acionista perca esta condição em um determinado momento, o mesmo perderá a condição de exercer tal poder.

¹ EIZIRIK, Nelson. **Temas de Direito Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 232-235.

² EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariadna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Regime Jurídico do Mercado de Capitais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 232-235.

... constitui um poder de fato, não um poder jurídico, visto que não há norma que o assegure. O acionista controlador não é sujeito ativo do poder de controle, mas o tem enquanto for titular de direitos de voto em número suficiente para obter a maioria nas deliberações assembleares...³

O professor José Edvaldo Tavares Borba⁴ vai mais além ao defender que o acionista controlador não é necessariamente aquele que detém a maioria das ações que possuem direito a voto, mas sim aquele que determina as diretrizes a ser tomadas pela sociedade e elege a maioria dos conselheiros.

... Quem tem a maioria e não a utiliza é sócio majoritário, mas não é controlador... Em suma, pode-se concluir que acionista controlador é todo aquele que tem o poder e o exerce efetivamente, imprimindo a sociedade a marca de sua atuação ...⁵

2.1 Deveres do Controlador

A fim de impor limites ao uso do poder de controle sob uma sociedade controlada, a lei das S.A. estabeleceu em seu artigo 116, parágrafo único os seguintes deveres a estes acionistas.

Art. 116. 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.

Buscando atender o mesmo objetivo perseguido no artigo supracitado, o legislador através do artigo 245 da lei das S.A. limitou a conduta dos administradores ao exigir a presença de condições comutativas nas questões que envolvam sociedades pertencentes ao mesmo grupo societário.

³ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariadna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. op. cit., p. 233.

⁴ BORBA, J.E. Tavares. **Direito Societário**. 10. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 356 e 358.

⁵ BORBA, J.E. Tavares. op. cit., p. 358.

De acordo com o entendimento de Márcio Souza Guimarães⁶ o acionista detentor do poder de controle deve exercê-lo em consonância com a função social da companhia, tendo em vista que os atos praticados pelo mesmo podem resultar em reflexos para os acionistas, os empregados, bem como para toda a sociedade.

... Os chamados conflitos externos da sociedade – relação da sociedade com a comunidade – geram conseqüências sociais, não estando restrita, portanto, às relações privadas das sociedades: os conflitos societários internos (relações societárias propriamente ditas) e externos (relações da sociedade com a comunidade), há muito, não mais se afiguram como uma controvérsia situada em apenas dois pólos, gerando conseqüências privadas, mas sim com um feixe de retas convergente gerador de um interesse metaindividual ou transindividual societário, atingindo interesses, algumas vezes, de pessoas indeterminadas e indetermináveis. Esses interesses podem ser divididos em difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo possível, de forma eficaz, pela moderna sistemática processual, a tutela das três espécies...⁷

Dissertando acerca da função social sustenta o Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau⁸ a existência de dois deveres ao acionista controlador, o primeiro consiste em promovê-lo em benefício de outrem, já o segundo dever direciona-se no sentido do controlador observar os atos a serem realizados no sentido de não causar danos a outrem.

... a função social da propriedade impõe ao seu proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem, e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não puramente de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade...⁹

Neste diapasão, podemos concluir que o acionista controlador além do dever de votar com o propósito de fazer com que a companhia alcance seu objeto, o mesmo deve no mesmo ato deliberativo, buscar atender a função social que a companhia está destinada sem que acarrete danos a terceiros interessados.

2.2 Modalidades de Controle

⁶ GUIMARÃES, Márcio Souza. **O Controle difuso das Sociedades Anônimas pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 13.

⁷ GUIMARÃES, Márcio Souza. op. cit., p. 13.

⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 245

⁹ GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 245.

O doutrinador americano Berle e Means, citado por Fabio Kornder Comparato em sua obra “*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*” representou um marco para o direito empresarial ao apontar diferenças existentes entre propriedade acionária e controle societário, bem como classificar diferentes modalidades de controle.¹⁰

O controle não necessariamente é exercido pelo detentor das ações que representam a maioria do capital votante de uma sociedade. Destaca-se que o controle sobre uma sociedade pode ser exercido de forma interna, de diferentes maneiras, tais como:

- a) através do acionista que se utiliza da situação de detentor da maioria das ações com direito a voto para determinar as diretrizes a ser seguidas pela sociedade;
- b) administradores, empregados.

O controle de uma sociedade também pode ser exercido de forma externa, seja através de fornecedores, de credores, ou até mesmo clientes.

Desta forma, tornou-se evidente que o titular da maioria da propriedade acionária de uma sociedade não deve ser, necessariamente, classificado como sendo detentor do poder de controle de uma sociedade.¹¹

A doutrina societária local, utilizando como premissa as modalidades de poder de controle interno apontadas por Berle e Means (majoritária, minoritária e gerencial),¹² buscou adequá-las as mudanças sociais e a realidade brasileira para classificar-las sob a forma de controle majoritário, compartilhado, minoritário e pulverizado.¹³

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO, Calixto Filho. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 51 e ss.

¹¹ PRADO, Roberta Nioac. Desconcentração do Poder de Controle e Posion Pills: evolução no Mercado de Capitais Brasileiro. Coord. CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; MOURA AZEVEDO, Luis André N. de. (Coord). **Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

¹² BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. **The modern corporation and private property**. New York: Hartcourt, Brace & World, 1968.

¹³ Eizirik, Nelson; Gaal, Ariádna B.; Parente, Flávia; Henriques, Marcus de Freitas. op. cit., pp. 378 e ss. Neste mesmo sentido sustenta GUIDUGLI, João Henrique. **Controle Externo Contratual – O Desenvolvimento da Empresa e os Grupos de Contratos Sob o Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 19-44. COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO, Calixto Filho. op. cit., pp.51 e ss.

O Controle majoritário é a modalidade de controle mais utilizada no Brasil. Pode ser observado nas hipóteses em que um acionista exerce o controle de uma sociedade com uma parcela representativa de mais da metade das ações que possuem o direito de voto. Esta forma de controle predomina no Brasil, visto que as sociedades brasileiras são tidas como sendo de natureza familiar, em sua grande maioria.

Diferentemente da modalidade acima apresentada, o controle compartilhado é visto nas hipóteses em que duas ou mais pessoas possuam, reunidas sob um acordo de acionista, a maioria das ações com direito a voto. Esta modalidade de controle é muito utilizada por companhias que possuem seu capital aberto. Entretanto, não basta apenas a existência do acordo de acionista para definir o controle de uma companhia como sendo compartilhado, se faz necessário que os termos do acordo assegurem aos acionistas minoritários o direitos de exercer, de forma conjunta, o controle da companhia.

Já o controle minoritário pode ser observado nas hipóteses em que um acionista controle uma companhia com uma participação que represente menos da metade das ações que possuam direito de voto.

Por fim, o controle pulverizado, também conhecido como gerencial, pode ser observado nas hipóteses em que o capital votante de uma companhia é tão disperso que a torna a figura do acionista controlador não aparente. Cabe salientar que nesta modalidade de controle as diretrizes da sociedade são tomadas por administradores independentes.

Cabe salientar para fins de complementação que as modalidades de controle interno acima apresentado são exercidas de forma direta ou até mesmo indireta.

A doutrina liderada pelo professor José Luiz Bulhões Pedreira define estas formas de exercício de controle da seguinte forma:

O controle é direto quando a controladora é titular de direitos de sócios que lhe asseguram o poder de controle desta. O controle direto não pressupõe maioria absoluta de votos (metade mais um do total), mas pode ser exercido com menos da metade das ações com votos se as ações dos acionistas não controladores são de propriedade de dois ou mais acionistas. O controle é indireto quando a controladora tem o controle direto de uma ou mais

sociedades que lhe, por sua vez, possuem – em conjunto - a maioria dos votos em uma sociedade controlada¹⁴.

Neste diapasão, pode-se concluir como sendo cabível uma sociedade exercer o controle, de forma indireta, sobre outra com apenas 25,1% das ações que lhe atribuem o direito de voto.

2.3 Abuso de Poder de Controle

O Abuso do Poder foi um termo incorporado do direito administrativo, o qual vem sendo utilizado pelo direito societário com o propósito de identificar condutas realizadas pelo acionista controlador que se encontram em conformidade com a legislação societária, embora origine danos aos agentes protegidos pelo artigo 116, parágrafo único da lei das S.A., ou seja, os acionistas minoritários, investidores ou empregados da empresa.¹⁵

O Direito Administrativo fragmenta o abuso de poder em dois tipos. O primeiro tipo corresponde uma conduta do agente fundada no “excesso de poder” e no segundo tipo, com “desvio de poder”.¹⁶

Fundada nestes conceitos é que a doutrina societária atribuiu a definição de abuso de poder de controle para os atos que afrontam os dispositivos legais no mento em que o infrator encontra-se no exercício do poder de controle.¹⁷ Mais precisamente, a caracterização do abuso de poder de controle está vinculada a utilização por parte do acionista controlador de seus poderes para atingir, de forma exclusiva, seus objetivos pessoais em detrimento do prejuízo de agentes relacionados direta ou indiretamente a sociedade.¹⁸

¹⁴ LAMY FILHO, Alfredo, PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direitos das Companhias**. Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1931.

¹⁵ EIZIRIK, NELSON. **Aspectos Modernos do Direito Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 114.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 40.

¹⁷ BULGARELLI, Waldírio. **A Proteção das Minorias na Sociedade Anônima**. São Paulo: Pioneira, 1977. p. 95 e ss.; COMPARATO, Fabio Konder. op. cit.

¹⁸ BORBA, José Edwaldo Tavares. op. cit., p. 352.

Desta maneira, pode-se concluir que basta que o ato praticado pelo agente afronte a finalidade pretendida no artigo 116, parágrafo único da lei 6404/76 para que a conduta do controlador seja considerada como sendo abusiva.

Todavia, em virtude do surgimento de estruturas societárias hierarquizadas mais complexas, como a do caso gerador, a caracterização do abuso de poder de controle, muitas vezes, vem apresentando grandes dificuldades, o que resulta na necessidade de realização de um procedimento passo a passo, conforme será apresentado a seguir para apurar a existência ou não do conflito de interesses entre os anseios do controlador e os da sociedade.

2.3.1 Conflito de Interesse

A análise do abuso de poder de controle se inicia a partir do momento em que são constatadas evidências de existência de conflito de interesses envolvendo acionista controlador, administradores e outros agentes amparados pelo artigo 116, parágrafo único da Lei 6.404/76.

Os julgadores dos casos desta natureza, bem como a doutrina predominante utilizam, basicamente, dois testes para apurar a existência ou não do conflito de interesse no caso concreto, ou seja, verificar se a conduta do agente fora despida ou não de legitimidade e equidade.

O primeiro teste funciona através de uma análise comparativa, na qual é observada a conduta praticada pelo agente com relação a uma conduta desempenhada por outra pessoa distinta, de forma imparcial, no campo da abstração. Já o segundo teste é feito através de uma análise comparativa com operações similares ocorridas no mercado.¹⁹

No primeiro teste poderá ser apurada a existência do conflito de interesses caso a conduta desempenhada pelo controlador, comparada à abstrata, represente um menor retorno para a sociedade controlada. Com relação ao segundo teste, pode-se concluir que a conduta

¹⁹ CLARK, ROBERT. **Corporate Law**. Boston, Little: Brown an Company, 1986, p. 147 e ss.

seria despida de legitimidade caso a operação analisada fosse desvantajosa comparada as corriqueiramente realizadas no mercado.

Para o doutrinador Fábio Konder Comparato citado na obra “Direito Das Companhias” o conflito de interesses é visto nas seguintes situações.

“Ocorre quando o interesse pessoal do acionista ou do administrador choca-se com o interesse comum de um resultado lucrativo na exploração empresarial”.²⁰

Neste diapasão, constatada a presença do conflito de interesses se faz necessário analisar a existência ou não do dano no caso prático para que o acionista controlador possa ser responsabilizado com base no artigo 117 da Lei 6.404/76.

2.3.2 Prova do Dano

A constatação do dano é um elemento considerado como sendo de suma importância para a responsabilização do acionista controlador pela pratica abusiva de seu poder de controle. Caso o dano não venha a ser constatado, o acionista controlador não poderá ser responsabilizado com fulcro no artigo 117 da Lei 6.404/76.

Entretanto, a necessidade de se constatar a presença do elemento dano não é tão simples quanto parece. Conforme será visto a seguir, a doutrina e a jurisprudência na esfera civil adotam uma posição predominante, enquanto que a Comissão de Valores Mobiliários não se utiliza de um comportamento uniforme.

Na esfera judicial, conforme poderá ser observado se exige que seja comprovada a ocorrência do dano concreto e atual para que um agente possa ser responsabilizado pelo uso abusivo do poder de controle.

²⁰ LAMY FILHO, Alfredo, PEDREIRA, José Luiz Bulhões. op. cit., p. 1.157.

A orientação do Superior Tribunal de Justiça pode ser constatada, neste sentido, conforme os recursos especiais apresentados abaixo:

Recurso Especial nº 10.836/92:

Para a caracterização do abuso de poder de que tratam os arts. 116 e 117 da Lei de Sociedades por Ações é indispensável a prova do dano.²¹

Recurso Especial nº 556.265/2006:

SOCIEDADE ANÔNIMA. TRANSFERÊNCIA DO PODER DE CONTROLE. CONTEÚDO ECONÔMICO. SOBREVALOR PRETENDIDO EM FAVOR DE *HOLDINGS* ABERTAS, SOB A ALEGAÇÃO DE QUE LHE FOI USURPADA A OPORTUNIDADE COMERCIAL DE ALIENAR O CONTROLE DIRETAMENTE AO COMPRADOR. CONTROLE INDIRETO. EXERCÍCIO REGULAR DA FUNÇÃO DE CONTROLADOR. INEXISTÊNCIA DE DANOS. REPARAÇÃO INDEVIDA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7-STJ.

– Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou por meio de outras controladas, é titular de direitos de sócios que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

– Ao controlador indireto é permitido apropriar-se do sobrevalor correspondente ao seu poder de controle, bem de conteúdo econômico autônomo e independente. Inexistência no caso de venda a *non domino*, tampouco da alegada subtração de oportunidade comercial, de que seriam titulares das *holdings* abertas. Exercício regular da função de controlador.

– **Não ocorrência de dano, quer das holdings abertas, quer dos acionistas minoritários. Sem a prova da existência de prejuízo, não há lugar para a indenização pretendida.**

– Existência dos danos alegados a depender do reexame de matéria ático-probatório (Súmula n. 7.-STJ).

Recurso especial não conhecido.

O mesmo entendimento é defendido pelo doutrinador Modesto Carvalhosa, o qual atribui como sendo indispensável a existência do dano concreto e atual para a caracterização e responsabilização por prática de abuso de poder de controle, conforme pode ser observado abaixo.

²¹ Recurso Especial nº 10.836/92. *Revista dos Tribunais*, vol. 684, p. 188.

Em primeiro lugar, deve o acionista, para incidir na responsabilidade, ser efetivamente o controlador interno da companhia, tal como definido pelo artigo 116 da lei. Não se trata de matéria propriamente de prova, pois a posição do controlador interno da companhia torna-se evidente ou não, ao se aplicar os padrões claramente estabelecidos pela própria lei (art. 116).

Para a responsabilização, exige-se a prova do dano efetivo patrimonialmente ressarcível, razão por que deve a lesão ser concreta e atual, e não eventual, possível, hipotética ou futura.

O terceiro requisito necessário à configuração da responsabilidade do acionista que exerce o controle é o de que o ato tenha sido praticado com abuso de poder.²²

Entretanto, tal posicionamento, predominante, não é encontrado nos Processos Administrativo Sancionadores julgados pela Comissão de Valores Mobiliários, órgão regulador do mercado de capitais. Em alguns julgados, a CVM adota como critério para a responsabilização apenas a comprovação da potencialidade do dano, em outros a entidade exige a comprovação da concretude do dano.²³

A orientação dos tribunais, assim, diversamente do que ocorre com a CVM, de cujas decisões sobre a matéria não se pode extrair um entendimento uniforme, é clara no sentido de definir o abuso de poder de controle com a conduta do acionista controlador na direção dos negócios contrária ao interesse social, da qual resultem prejuízos concretos e atuais para a sociedade, para seus acionistas ou para terceiros.

A orientação da Comissão de Valores Mobiliários pode ser constatada, neste sentido, conforme os procedimentos administrativos apresentados abaixo.

Processo Administrativo Sancionador Nº RJ2005/0097 – Voto proferido pelo ex-presidente Marcelo Trindade.

Quanto à questão da efetividade dos danos, eu acho que a lei expressamente no art. 115, embora não o repita expressamente no art. 117, **trata do dano efetivo ou potencial.** Eu acho que claramente a lei quer que o acionista exerça o voto sem colocar a companhia em risco.

Permitir o voto para depois se questionar sobre a existência de dano, ou mesmo se havia ou não conflito de interesses, só tumultuaria a vida da sociedade, com as incertezas que podem advir de discussões judiciais, que dependem de provas complexas e que terminam gerando incertezas quanto aos seus rumos. Portanto, a preservação da harmonia e da segurança da atividade empresarial, também, impunha a medida preventiva.

²² CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas.** São Paulo: Saraiva, 1998, p. 444.

²³ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. op. cit., p. 388.

Apesar da Comissão de Valores Mobiliários não possuir um posicionamento pacificado quanto à matéria, para fins didáticos, será adotado o posicionamento sustentado tanto pelo judiciário, como pela doutrina no sentido de ser necessária a comprovação do dano concreto e atual para a responsabilização do acionista controlador por danos causados a terceiros pelo abuso do poder de controle.

Diante desta premissa, conclui-se que além da comprovação do conflito de interesses envolvendo o acionista controlador, se faz necessário que o mesmo esteja investido no exercício de suas funções, que o ato praticado seja considerado abusivo e que seja comprovada a existência do dano concreto e atual para que possa ser imputada a responsabilidade prevista no artigo 117 da Lei 6.404/76 pelas afrontas realizadas aos agentes amparados pelo artigo 116, parágrafo único da mesma lei.

3. RESOLUÇÃO DO CASO GERADOR

Após ter abordado todos os conceitos que serão aplicados na resolução do caso gerador, se faz necessário reproduzir as duas indagações realizadas no início da apresentação e responde-las de forma individualizada.

- a) É possível afirmar que João Guilherme violou os artigos 116 e 117, parágrafo primeiro, alínea “F”, da Lei 6.404/76, ou seja, exerceu de forma abusiva seu poder de controle?

Para responder a indagação supracitada se faz necessário abordar os seguintes tópicos.

– João Guilherme exerce o controle da Companhia Pitágoras Indústrias S.A.?

– Sim. João Guilherme exerce o controle de forma indireta da Companhia PITÁGORAS INDÚSTRIAS S.A., por intermédio da XPTO PARTICIPAÇÕES S.A., companhia a qual detém o controle direto.

– Os empréstimos realizados pela PITÁGORAS INDÚSTRIAS S.A. a sua controladora XPTO PARTICIPAÇÕES S.A. com juros de 4% (quatro por cento) ao ano lastreado em créditos de difícil liquidez do BANCO NITERÓI apresenta algum conflito de interesse entre os anseios perseguidos pela sociedade controladora e de seus acionistas minoritários, bem como os terceiros interessados?

Realizando o primeiro teste para aferir a existência de conflito de interesse na conduta praticada pelo controlador no caso em questão, pode ser observado, no plano abstrato, que nenhum outro controlador, atuando em seu exercício legítimo realizaria contratos de empréstimos nestas condições.

No segundo teste, pode ser observado que as condições estabelecidas nos contratos são demasiadamente desvantajosas se comparadas as praticadas pelo mercado, de forma corriqueira, que giram em torno de 18% (dezoito por cento) ao ano.

Diante dos resultados encontrados, não restam dúvidas quanto à existência de conflito de interesse envolvendo o controlador João Guilherme e os acionistas minoritários da PITÁGORAS INDÚSTRIAS S.A.

Cabe salientar que a Comissão de Valores Mobiliários aplica estes testes nos Processos Administrativos Sancionadores Julgados por ela para apurar se a conduta praticada pelo acionista controlador pode ser entendida como sendo abusiva. Entende a instituição, que nas hipóteses em que estivermos diante de contratos de empréstimos envolvendo sociedades pertencentes ao mesmo grupo econômico, basta que as condições contratadas sejam inferiores as praticadas pelo mercado, ou seja, não comutativas para que a conduta seja considerada ilegítima com fulcro nos artigos 116 e 117, parágrafo primeiro, alínea F, da Lei 6.404/76.

A orientação da Comissão de Valores Mobiliários pode ser constatada, neste sentido, conforme a apreciação por parte da instituição do Inquérito Administrativo nº 30/98.

Tratando-se de empréstimo à controladora, **era preciso que ele fosse realizado em condições comutativas**. Tais condições, entretanto, não estiveram presentes no negócio.

O mesmo posicionamento adota o poder judiciário que se utiliza de uma análise comparativa para aferir se os contratos desta natureza foram celebrados nas mesmas condições que são corriqueiramente realizadas pelo mercado.

Diante da presença da figura do acionista controlador, bem como dos atos praticados por ele repleto de conflito de interesses comparados os da Companhia, não restam dúvidas que os contratos de empréstimos celebrados representam uma afronta aos artigos 116 e 117, parágrafo primeiro, alínea F, da Lei 6.404/76, ou seja, a conduta prática por João Guilherme no exercício de seu poder de controle dever ser imputada como abusiva.

- b) João Guilherme poderá ser responsabilizado pela violação dos artigos 116 e 117, parágrafo primeiro, alínea F, da Lei 6.404/76?

Para que João Guilherme possa ser responsabilizado pelas violações dos artigos supracitados se faz necessário que seja comprovado a ocorrência do dano e sua direta relação

com os contratos de empréstimos celebrados entre a XPTO PARTICIPAÇÕES S.A e a PITÁGORAS INDÚSTRIAS S.A.

Tendo em vista os juros pagos pelos empréstimos, os quais comparados aos de mercado são tidos como sendo irrisório, o montante de recursos emprestados representa 99 % (noventa e nove por cento) do patrimônio líquido da sociedade controlada e a garantia é tida como sendo demasiadamente fraca, não restam dúvidas que os atos realizados por João Guilherme acarretaram danos a sociedade.

Diante da comprovação do dano e de sua relação direta com as particularidades inerentes aos contratos de empréstimos celebrados entre a XPTO PARTICIPAÇÕES S.A e a PITÁGORAS INDÚSTRIAS S.A. podemos concluir que João Guilherme deve ser responsabilizado pelos danos causados na utilização do seu poder de controle de forma abusiva.

CONCLUSÃO

Após a resolução do caso gerador, podemos concluir que os atos praticados pelos controladores no exercício de seus poderes que apresentem interesses contrários os da companhia devem ser considerados abusivos pelo mercado. Com relação a responsabilização dos controladores por estes atos considerados como sendo abusivos, conclui-se que havendo a comprovação do dano e sua direta relação com o ato analisado o acionista controlador deverá responder por todos os danos causados aos acionistas minoritários, a sociedade, bem como toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. **The modern corporation and private property**. New York: Hartcourt, Brace & World, 1968.

BORBA, J. E. Tavares. **Direito Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 10. ed., 2007.

BULGARELLI, Waldirio. **A Proteção das Minorias na Sociedade Anônima**. São Paulo: Pioneira, 1977.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CLARK, Robert. **Corporate Law**. Boston, Little: Brown an Company, 1986.

COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO, Calixto Filho. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

EIZIRIK, Nelson. **Aspectos Modernos do Direito Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. **Temas de Direito Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

EIZIRIK, Nelson; GALL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de Capitais – Regime Jurídico**. 2. ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 10. ed., 2005.

GUIDUGLI, João Henrique. **Controle Externo Contratual – O Desenvolvimento da Empresa e os Grupos de Contratos Sob o Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GUIMARÃES, Márcio Souza. **O Controle Difuso das Sociedades Anônimas pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LAMY FILHO, Alfredo, PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das Companhias**. Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PRADO, Roberta Nioac. Desconcentração do Poder de Controle e Posion Pills: Evolução no Mercado de Capitais Brasileiro. Coord. CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; MOURA AZEVEDO, Luis André N. de. (Coord). **Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.