

Tutela Coletiva dos Direitos dos Minoritários

Jorge Lobo*

De 2004 a 2009, o número de acionistas na BM&FBOVESPA foi de 85.500 para 532.000, havendo, em 2010, sua diretoria realizado ufanista campanha publicitária, inclusive com a participação do “Rei Pelé”, na qual garantia que, até o final de 2015, mais de 4.400.000 brasileiros estariam participando de companhias abertas; como era de se esperar, a “promessa” não se cumpriu, pois, hoje, apenas 585.781 pessoas físicas e jurídicas operam no mercado de ações (dados de maio de 2016).

Cientistas políticos e economistas debateriam esse retumbante fracasso à situação financeira global após a crise de 2008; à falta de confiança dos investidores internacionais (fundos de *hedge* e de pensão); à perda de credibilidade na gestão da economia pelo “governo Dilma” etc.

Inspirado nos cânones do “pragmatismo jurídico americano” e da “teoria econômica do direito”, eu acrescentaria que o estrondoso fiasco se deve, também, à deficiente estrutura e à defasagem do sistema de tecnologia da CVM, para investigar e punir fraudes dos agentes do mercado; ao desmedido uso de informações privilegiadas (em 2013, foram detectados 91.000 indícios de irregularidades na bolsa); à morosidade, complexidade, custos e despesas do processo judicial, mas, sobretudo, ao arraigado sentimento popular de que a CVM, o Poder Judiciário e os mecanismos legais de proteção dos direitos dos acionistas minoritários de companhias abertas são ineficientes, nulas as consequências práticas, insatisfatórios os resultados, o que é fácil de constatar através de simples verificação empírica, o que explica porque acionistas minoritários de grandes companhias não recorrem à CVM e ao Poder Judiciário, não lutam para obter a condenação dos responsáveis pela queda do valor de suas ações, “omitem-se” na defesa de seus direitos e interesses!

Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América e na Alemanha, o cidadão comum – o poupador que a BM&FBOVESPA buscou cooptar – não acredita que o nosso sistema jurídico possa proporcionar-lhe cabal ressarcimento dos prejuízos causados aos seus legítimos interesses por acionistas controladores e administradores inescrupulosos, o que o leva a decidir-se por considerar perdido o investimento, a desistir de propor ação individual de perdas e danos e sequer a pensar em *ação coletiva*, tão corriqueira nos EUA.

* Jorge Lobo é mestre em Direito da Empresa da UFRJ e doutor e livre-docente em Direito Comercial da UERJ e advogado.

A “ação coletiva” é, metaforicamente, uma “viagem em grupo” por um caminho tortuoso e escabroso de céticos e crentes, de desolados e esperançosos, unidos por uma causa única e solidários no infortúnio, em busca e clamando por ... Justiça!

Na América, *ações coletivas* contra gigantescas corporações americanas, com fundamento em má-fé e fraude de seus “notáveis” dirigentes, terminaram no pagamento de indenizações bilionárias (Enron, US\$ 7,2; *WorldCom*, US\$ 6,2; Tyco, US\$ 3,2), havendo, somente em 2015, sido propostas 191.

Na Alemanha, a Suprema Corte, ao julgar demandas de pessoas ilaqueadas em sua boa-fé por dados e informações falaciosos, condenou os réus a reparar-lhes os danos materiais que sofreram, o que salvou o mercado de capitais germânico da destruição, segundo declaração de Peter Sester, professor do Instituto de Lei e Finanças da Universidade de Frankfurt.

Aqui, todavia, grassa a ideia de que *ações coletivas* não são meios capazes de lograr a punição de controladores e de gestores de companhias abertas em decorrência de fraude ou de má-fé ou da divulgação de “fatos relevantes”, “comunicados ao mercado”, “balanços e demonstrações financeiras”, “notas explicativas”, “propaganda institucional” etc., contendo informações falsas ou distorcidas ou manipuladas ou artificiais com o propósito de iludir investidores e induzi-los a adquirir títulos e valores mobiliários negociados na BM&FBOVESPA.

Palmar engano! Somente o temor de “ações coletivas”, manejadas para defesa dos chamados “direitos individuais homogêneos”, é capaz de compelir maus acionistas controladores, membros de conselhos de administração e diretorias das sociedades anônimas nacionais a agirem de acordo com elementares princípios de governança corporativa, a cumprirem os deveres de diligência, lealdade e fidelidade aos interesses sociais elencados na Lei nº 6.404, de 1976, e a observarem as normas regulamentares editadas pela CVM, sob pena de severas sanções administrativas, civis e penais.

De há muito, na doutrina pátria, à frente a emérita Professora Ada Pellegrini Grinover, e, agora, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os “direitos individuais homogêneos” são considerados direitos subjetivos, divisíveis, com titular certo e determinado ou determinável, em regra disponíveis e oriundos de causa comum, conforme acórdão unânime do Tribunal Pleno no julgamento do REExt. nº 631.111 – Goiás, Rel. Min. Teori Zavascki.

Consoante assentaram, sem voz discrepante, os eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos se dá em duas fases: uma, destinada a obter sentença a respeito dos elementos que compõem o núcleo da homogeneidade dos direitos tutelados (*an debeat*, *quid debeat* e *quis debeat*); outra, julgado procedente o pedido na primeira fase, a da ação de cumprimento da sentença genérica, destinada a definir as situações individuais de cada um dos lesados (o *cui debeat* e o *quantum debeat*) e efetivar os atos executórios.

Aos que sustentam que a ação coletiva não se presta à defesa dos direitos e interesses de acionistas minoritários, respondo com categóricas afirmações do eminente Min. Teori, referendadas pelos demais integrantes do STF, das quais destaco: “... a proteção dos consumidores e dos investidores no mercado financeiro e de capitais constitui não apenas interesse individual do próprio lesado, mas interesse da sociedade como um todo” (p. 16 do v. acórdão).