

# RENATO BERGER

*Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). LL.M pela Georgetown University – Washington, DC. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) – turma de 1995. Sócio titular de Berger Advogados. Atua como árbitro e parecerista em disputas de direito empresarial.*

# AS AÇÕES DERIVADAS NO DIREITO SOCIETÁRIO

**PREFÁCIO:**

**JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO**

Editora Quartier Latin do Brasil  
São Paulo, primavera de 2023

Copyright © 2023 by Editora Quartier Latin do Brasil

---

**BERGER, RENATO**

*As Ações Derivadas no Direito Societário*

São Paulo: Quartier Latin, 2023.

*As Ações Derivadas no Direito Societário - 1.ª ed. - São Paulo: Quartier Latin, 2023.*

ISBN 978-65-5575-251-9

1. Direito Societário; 2. Ações Derivadas; 3. Teoria Econômica; 4. Responsabilidade de Controlador; 5. Ação de Responsabilidade; 6. Função Reparatória; 7. Custos do Litígio. 1. I. Título

---

**EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL**

Rua General Flores, 508

Bom Retiro – São Paulo

CEP 01129-010

Telefone e whatsapp: +55 11 9 9431 1922

[instagram.com/editoraquartierlatin](https://www.instagram.com/editoraquartierlatin)

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

## SUMÁRIO

Agradecimentos.....	11
Prefácio.....	13

### INTRODUÇÃO, 15

Considerações iniciais e delimitação do trabalho.....	15
Contribuição original para a ciência jurídica .....	22
Plano do trabalho .....	24

### 1. FUNDAMENTOS DAS AÇÕES DERIVADAS, 27

1.1. Origem e desenvolvimento .....	27
1.1.1. Surgimento em ramos paralelos.....	27
1.1.2. Inglaterra .....	27
i. O regime criado a partir de <i>Foss v. Harbottle</i> .....	29
ii. Introdução na legislação codificada e parca utilização prática.....	31
1.1.3. Estados Unidos.....	33
i. Primeiros precedentes.....	33
ii. A peculiar inclusão da companhia no polo passivo.....	35
iii. Questões federais e estaduais em <i>derivative suits</i> : o papel de destaque de Delaware .....	38
iv. Alta incidência, tanto de litígios como de polêmicas .....	40
1.1.4. Acolhimento e utilização em diferentes países .....	43
1.1.5. Previsão na legislação brasileira e recentes propostas de alteração.....	45
1.2. Características centrais.....	60
1.2.1. Definição e terminologia.....	60
1.2.2. Diferenciação .....	63
1.3. Funções das ações derivadas.....	67
1.3.1. Função reparatória .....	69
1.3.2. Função preventiva .....	71
1.3.3. Os riscos da prevenção excessiva .....	78
1.3.4. Identificação da função mais relevante (e por que isso importa) .....	79
1.3.5. Variação de relevância da função reparatória, para os acionistas, conforme a estrutura de capital.....	84

## **2. CONTRAPOSIÇÃO ENTRE ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DAS AÇÕES DERIVADAS; ALTERNATIVAS À SUA UTILIZAÇÃO, 87**

2.1. Aspectos positivos: ações derivadas como meio de se alcançar objetivos do direito societário.....	87
2.1.1. Conflitos de agência e Governança corporativa: análise geral de sua relação com as ações derivadas .....	87
2.1.2. Interesse social: análise da sua relação com as ações derivadas sob a perspectiva da Lei das S.A.....	97
i. As teorias do interesse social e a posição da Lei das S.A.....	99
ii. A tutela dos interesses previstos na Lei das S.A.: o papel das ações derivadas.....	105
iii. Eventual conflito entre interesse social <i>stricto sensu</i> e interesses extrassócios: aplicação no âmbito das ações derivadas .....	117
iv. O alargamento teórico do campo de incidência das ações derivadas .....	126
2.2. Aspectos negativos: custos e abusos das ações derivadas .....	128
2.2.1. Custos de diversas ordens e ações que não são no interesse da companhia .....	129
2.2.2. Como identificar e lidar com ações que não são no interesse da companhia.....	133
2.2.3. <i>Strike suits</i> e outras ações abusivas .....	138
i. <i>Strike suits</i> e a sua viabilidade ou não no Brasil .....	139
ii. Outras ações abusivas .....	146
2.3. Opções funcionalmente equivalentes ou similares .....	147
2.3.1. Fiscalização, punição e outras ações por meio de agentes públicos.....	147
2.3.2. Direito de voto, anulação de deliberações e temas conexos .....	153
2.3.3. Conselheiros independentes e comitês.....	156
2.3.4. Mecanismos de mercado.....	161
2.3.5. Guardiões ( <i>gatekeepers</i> ).....	165

## **3. EQUILÍBRIO, INCENTIVOS E DESINCENTIVOS ÀS AÇÕES DERIVADAS: ASPECTOS GERAIS, 169**

3.1. O conceito de equilíbrio no regime das ações derivadas.....	169
3.2. Teorização dos motivos para que acionistas ajuízem ou não ações derivadas .....	170
3.2.1. Teoria econômica .....	170
3.2.2. Críticas à teoria econômica e outros motivos para o ajuizamento de ações derivadas .....	174
3.2.3. A experiência dos dois países líderes da litigância derivada.....	176
i. Estados Unidos como exemplo de racionalidade econômica (dos advogados).....	176

ii. Japão como exemplo instigante de irracionalidade (econômica).....	181
3.2.4. Análise e posicionamento adotado.....	191

#### **4. VARIÁVEIS DO GRAU DE EQUILÍBRIO NA UTILIZAÇÃO DAS AÇÕES DERIVADAS, 201**

4.1. Variáveis independentes da regulamentação das ações derivadas .....	201
4.1.1. Estrutura de capital da sociedade.....	201
4.1.2. Tipo de violação que embasa o litígio e questões de prova.....	207
4.1.3. Regras que dificultam a responsabilização de administradores: <i>business judgment rule, quitus</i> e dispensa de responsabilidade .....	213
i. Panorama da matéria em Delaware .....	214
ii. Análise no direito brasileiro .....	222
4.1.4. Capacidade de pagamento do réu e limitações do seguro D&●.....	230
4.1.5. Valor em disputa .....	235
4.1.6. Financiamento do litígio por terceiros .....	237
4.2. Variáveis dependentes da regulamentação específica das ações derivadas.....	241
4.2.1. Questões de legitimidade .....	241
i. Exigência ou não de participação mínima no capital social .....	242
ii. Exigência ou não de participação acionária contemporânea .....	245
iii. Exigência ou não de manutenção da participação acionária e o problema da incorporação da companhia.....	248
iv. Partes que podem compor o polo passivo, especialmente na ação derivada de responsabilidade do controlador.....	257
4.2.2. Custos do litígio e respectivos modelos de responsabilidade .....	262
i. Repercussão das regras de custos na demanda de responsabilidade de administrador.....	270
ii. Repercussão das regras de custos na demanda de responsabilidade de controlador.....	274
4.2.3. Prestação de caução pelo autor.....	276
4.2.4. Prêmio para o autor em caso de sucesso da demanda.....	286
4.2.5. Incentivos financeiros para o advogado do autor.....	296
4.2.6. Mecanismos de filtro de demandas .....	299
i. Assembleia geral prévia: delimitação na legislação brasileira.....	299
ii. Procedimentos preliminares do litígio: problemas da experiência internacional e das sugestões de implementação no Brasil.....	304
iii. Provocação do conselho de administração, análise por comitê independente e revisão judicial: limitações da experiência norte-americana .....	313

4.3. Judiciário e arbitragem .....	319
4.3.1. Decisões judiciais como possível fator de distorção de incentivos ou desincentivos .....	319
4.3.2. Arbitragem como possível fator de incentivo ou desincentivo .....	326

## **5. A ELUSIVA BUSCA DO EQUILÍBRIO NO REGIME DAS AÇÕES DERIVADAS, 329**

5.1. A dificuldade (ou impossibilidade) de se alcançar o ponto ótimo de equilíbrio ..	329
5.2. A dificuldade (ou impossibilidade) de se medir a eficiência do regime .....	332
5.2.1. O falso problema do número (maior ou menor) de litígios .....	336

## **6. CONTRIBUIÇÕES SOBRE O PAPEL ESPERADO DAS AÇÕES DERIVADAS, 341**

6.1. Opções disponíveis para o grau de incentivo do regime: a necessidade de se fazer escolhas.....	341
6.2. Grau de incentivo do regime brasileiro: as escolhas da Lei das S.A. ....	345
6.2.1. A proposta do Projeto de Lei 2925/23.....	348
6.3. As escolhas carregam consequências .....	353
6.4. Não existe uma única solução correta, mas sim escolhas coerentes ou incoerentes .....	357

## **CONCLUSÃO, 371**

## **BIBLIOGRAFIA, 383**

## **ANEXO LEGISLATIVO, 401**

Trechos selecionados da Lei 6.404/76, conforme a redação em vigor:.....	401
Projeto de Lei 2925/23:.....	402
Exposição de Motivos do Projeto de Lei 2925/23:.....	411