

Atualidades

ADMINISTRADOR DE FATO NAS SOCIEDADES POR AÇÕES

LUIZ ALFREDO PAULIN

I — Introdução. II — Da administração das companhias. III — Histórico e antecedentes. IV — Conceito de administrador de fato. V — Traços característicos do administrador de fato. VI — Das várias espécies de administradores de fato. VII — Situações especiais. VIII — Conseqüências pelo exercício de poderes pelo administrador de fato. IX — Conclusão. Bibliografia.

I — Introdução

1. Em termos bastante singelos, pode-se definir *administrador de fato* como aquele que, conquanto não tenha sido regularmente investido nas funções de gestão e direção de uma dada sociedade, exerce estes misteres. Este tema vem ganhando relevância no Direito Societário. Em função disto, julgou-se produtivo proceder a um estudo sistemático a respeito do assunto. De se notar que, no presente caso, restringiu-se a análise da temática ao campo das sociedades por ações. Três foram os motivos que apontaram para a necessidade desta delimitação. Primeiramente, tomou-se em conta que nas sociedades de pessoas há vínculos estreitos entre detentores da participação societária e os administradores. Assinale-se que, muitas vezes, os primeiros e os segundos se confundem. E, na hipótese, pretendeu-se que a análise não fosse contaminada por questões relacionadas à propriedade do capital. Portanto, a sociedade de capital se mostra muito mais apta a análise que a sociedade de pessoas. Em segundo lugar, deve-se ter em conta que, em virtude de sua maior sofisticação organizacional,

o fenômeno apresenta maior riqueza nas companhias. E, por derradeiro, há de se sublinhar que as sociedades por ações são aquelas de maior porte. Por conseguinte, a administração de fato gera maiores conseqüências práticas, envolvendo, inclusive, terceiros estranhos à vida social. Estas foram os motivos que levaram o estudo a ser centrado nas sociedades por ações.

2. Com o objetivo de analisar o assunto proposto, este artigo foi dividido em sete partes, sendo precedido desta introdução. Assim, em primeiro lugar, se procurará precisar o conceito de administração e de administrador, bem como, e, especialmente, o de administrador de fato. Em seguida, serão enunciados os traços característicos deste último. Feito isto, será o momento de se examinar as várias espécies de administrador de fato, para, então, se ocupar de algumas situações especiais. Posteriormente, será imprescindível se demarcar as conseqüências jurídicas que o exercício da função de administrador de fato pode trazer. E, como se exige, o artigo será encerrado com o arrolamento das principais conclusões obtidas. Passa-se, pois, ao estudo da temática.

II — Da administração das companhias

3. É condição necessária para compreensão do fenômeno do administrador de fato, o prévio conhecimento, ainda que em caráter propedêutico, dos conceitos de *administração* e *administrador*. Para tanto, é praticamente prescindível dizer que toda a sociedade é comandada por um corpo diretivo, que a gere ou administra. Os vocábulos *gerir* e *administrar* são de uso corrente no vernáculo. Aurélio Buarque de Holanda, em seu conhecido dicionário, define o termo *gerir* como ter gerência sobre; administrar, dirigir, reger; gerenciar. Destarte, a gestão está ligada à idéia de direção ou regência. Por seu turno, a palavra *administração* tem significado bastante próximo ao de gestão. Pode-se afirmar que ambas apresentam entre si sinonímia. Neste sentido, consulte-se a obra do próprio filólogo acima mencionado. Vê-se, assim, que, com base no próprio sentido comum dos vocábulos, pode-se inferir que compete à administração da sociedade a responsabilidade de dirigir ou reger a atividade deste ente. E, sob o aspecto jurídico, não há muito que destoar do sobredito, já que, não subsiste qualquer dúvida no sentido de que a administração consiste na coordenação das atividades, objetivando que a sociedade, no exercício da atividade econômica constante de seu objeto social, aufera lucro. E, a partir disto, é possível se concluir que a atividade de administração não é feita através de um ato único, ou de poucos atos. O exercício da atividade econômica, por parte de uma sociedade, implica na consecução de atos contínuos. A tarefa de coordenar a atividade deste ente, pois, exige a prática de atos sucessivos, tendentes ao bom funcionamento da sociedade. Gastone Cottino,¹ tratadista que dispensa apresentações, resumiu de forma brilhante este assunto, nos seguintes termos: “L’amministratore è investito della gestione economico-patrimoniale della società, non del semplice

compimento di uno o piu atti giuridici”. Definido, ainda que de forma perfunctória, o termo *administração*, deve-se procurar entender o conceito de *administrador*. E, desde início, importa afirmar que um conceito está inextricavelmente ligado ao outro. Aliás, um decorre do outro. A definição do termo *administrador* é objeto de inúmeros trabalhos doutrinários. Giuseppe Ferri,² por exemplo, assim leciona: “Gli amministratori costituiscono l’organo al quale è commessa la gestione dell’impresa sociale e il potere di determinare la politica economica della stessa”. Por seu turno, Antonio Brunetti,³ ensina: “Para expresarnos con mayor tecnicismo diremos que los administradores son una parte del órgano social considerado como portador de la voluntad social y son considerados como de ‘oficio’ por su función de organización, de coordinación y de actividad administrativa. Por eso es correcto reconocer en la asamblea el órgano deliberante, en los administradores el órgano de gestión y de representación y en los censores el órgano de control”. Vê-se, pois, não existir celeuma a este respeito. Assim, pode-se dizer que os administradores são o órgão da sociedade a que está afeta a tarefa de coordenação, objetivando que a mesma, no exercício da atividade econômica constante de seu objeto social, aufera lucro.

4. Vencido estes pontos preliminares, é necessário se ocupar da administração das sociedades por ações. Até porque, este trabalho está focalizado neste tipo de sociedade. Assim, deve-se ter em mente que, no Brasil, as companhias, por força das inovações introduzidas em 1976, adotaram um sistema de duplicidade de órgãos de administração, a saber: conselho de administração e diretoria. Portanto, ordinariamente, administradores das sociedades por ações são os membros do conselho de administração e os diretores. A identificação dos administradores das sociedades por ações

2. Giuseppe Ferri, *Le Società*, p. 488.

3. Antonio Brunetti, *Tratado del Derecho de las Sociedades*, v. II, p. 450.

1. Gastone Cottino, *Diritto Commerciale*, v. I, p. 655.

não apresenta dificuldades maiores. Deveras, a Lei 6.404/1976, estabelece a forma de escolha dos administradores, os requisitos e impedimentos para exercício deste mister, forma de investidura etc. Além disso, os atos de escolha, investidura e correlatos gozam de ampla publicidade. Esta publicidade visa, precipuamente, cientificar a todos que possam, ainda que potencialmente, se relacionar com a sociedade, quem são seus administradores. Por tudo isto, os administradores das sociedades por ações são facilmente identificáveis, já que qualquer cidadão pode consultar o registro de comércio competente e verificar a composição do conselho de administração e da diretoria de uma dada companhia. Dito isto, há de se convir que, ordinariamente, a individualização dos administradores de uma companhia não apresenta nenhuma dificuldade, sendo certo que, de imediato, seria possível se dizer quem é e quem não é administrador. Contudo, na prática, o assunto apresenta outros colores. Deveras, casos há nos quais a conclusão antes exposta poderá não ser totalmente exata. É o que se procurará explicitar no parágrafo subsequente.

III – Histórico e antecedentes

5. É de conhecimento generalizado que, certas pessoas, conquanto não tenham sido investidas na função de administradores, atuam como tal. Aqueles que assim agem são denominados *administradores de fato*. Já em 1995, em texto que estudava exclusivamente o administrador de instituição financeira, foi feita alusão a esta figura.⁴ Naquele ensejo, estribava-se especialmente nas lições do autor argentino Martorelli.⁵ Tratando do assunto, sob o ponto de vista histórico, aquele tratadista remontava ao direito falimentar e ao direito falimentar penal francês, invocando o papel

pioneiro, sob o ponto de vista de direito positivo, do Decreto de 8 de agosto de 1935. Por força deste diploma legal, a responsabilidade, em caso de quebra, teria sido estendida aos administradores de fato. Porém, a jurisprudência européia já cuidava deste assunto, muito antes de o Direito Positivo o fazer. Franco Bonelli⁶ assim se expressa sobre o tema: “L’espressione ‘amministratore di fatto’ è comparsa circa de cento anni fa nella giurisprudenza penalistica per sanzionare come colpevoli di bancarotta quei soggetti che, pur non essendo formalmente degli amministratori con valida e regolare nomina, avevano di fatto esercitato poteri direttivi di gestione”. Este autor italiano, em sua obra, traz a colação jurisprudência criminal da Corte de Cassação de Torino, ainda do século XIX, a respeito do tema. E, desde logo, pode-se verificar que a criação e a consolidação da figura do administrador de fato, especialmente no que concerne às suas responsabilidades, está estreitamente ligada ao Direito Falimentar. Deveras, ao se estudar a matéria, sob o ponto de vista histórico, impossível deixar de notar que, nos mais diversos Estados, o Direito Falimentar assume a figura de proa na introdução da figura na ordem jurídica. Esta observação, note-se, é válida, inclusive, no que se refere ao direito brasileiro. Como se verá, um pouco mais adiante, parcela significativa da jurisprudência pátria sobre o assunto vincula-se, direta ou indiretamente, à área falimentar. E, saliente-se, não é muito difícil se inferir o motivo pelo qual a figura do administrador de fato encontra-se tão intimamente ligada às quebras. Com efeito, é sobejamente sabido que a decretação da falência gera uma série de responsabilidades aos administradores do ente falido. De fato, não é incomum, inclusive, o sancionamento civil e penal dos mesmos. Por conseguinte, não poucas vezes, para assumir a direção de pessoas jurídicas que se encontram em si-

4. Luiz Alfredo Paulin, “A responsabilidade do administrador de instituição financeira, em face da lei bancária”, in RDM 97/39.

5. Ernesto Eduardo Martorelli, *Los Directores de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., p. 192.

6. Franco Bonelli, *Gli Amministratori di Società per Azioni*, p. 253.

tuação econômico-financeira duvidosa, isto é, com risco de falência, alguns evitam a investidura formal na condição de administrador. Outros, vendo a possibilidade de a sociedade vir a ter a falência decretada, renunciam formalmente a seus mandatos, embora prossigam administrando o ente em dificuldades. Em casos como esses, em princípio, estas pessoas, a despeito de exercerem de fato a direção, não poderiam, formalmente, ser qualificadas como administradores. Logo, em tese, em ocorrendo a decretação da falência da entidade gerida, tais pessoas não sofreriam qualquer das consequências negativas a que, comumente, os administradores do ente quebrado se sujeitam. Contudo, como já afirmado em outras oportunidades, o direito, cada vez mais, privilegia o real ao formal, especialmente quando este último se presta a encobrir fraudes. Por conta disto, e tendo em vista a injustiça a que este estado de coisa levava, em uma série de Estados, esboçou-se uma reação, encabeçada pelos tribunais, tendendo a considerar que mesmo não eleito ou investido formalmente, aquele que exerceu de fato os misteres de gestor de ente cuja falência foi decretada, deve ser considerado como seu administrador, sujeitando-se ao mesmo regime jurídico dos dirigentes formalmente investidos. A partir daí começa a se desenvolver a figura do administrador de fato que passa a ser estendida para outras áreas da Ciência Jurídica.

6. Conforme já explicitado, o instituto do administrador de fato é conhecido e regulado em várias ordens jurídicas, muito embora cada legislação apresente peculiaridades em relação ao mesmo. Dessa forma, o direito francês contempla a existência do *dirigeant de fait*. Já no direito anglo-saxão prevê-se a figura do *shadow director*. Em Portugal, a lei das falências faz alusão ao instituto em seu art. 126. Anote-se que a figura também é conhecida no direito alemão e no direito italiano.⁷ No Brasil, pode-

se notar a existência de alguma jurisprudência sobre o assunto. Aqui, como alhures, conforme já se adiantou, parcela dos pronunciamentos dos tribunais, vincula-se à área falimentar. Neste sentido, atente-se para os recursos de *habeas corpus* conhecidos pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RHC 12.050-MG, RHC 6.977-SP e RHC 4.570-SP. A ementa do terceiro destes julgados, cujo Relator foi o Min. Edson Vidigal, é a seguinte: “*Comercial. Falência. Administrador de fato. Obrigação de falar perante o juiz. Constrangimento ilegal. ‘Habeas corpus’*. Recurso. 1. A obrigação de prestar declarações ao juiz do processo alcança o administrador de fato (Dec.-lei 7.661/1945, art. 37). 2. Não se configura constrangimento ilegal a intimação do juiz para que o administrador de fato preste declarações no processo de falência. 3. Recurso conhecido mas improvido”. Assinale-se que os tribunais já se pronunciaram a respeito de administração de fato em matéria não falimentar. Assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo, na área de responsabilidade administrativa já teve oportunidade de se ocupar do tema.⁸ Aquele mesmo Tribunal já examinou o assunto sob o ponto de vista penal.⁹ Há, ainda, manifestações do Tribunal de Justiça do Rio Grande do

8. “*Infração administrativa. Teoria da aparência aplicável ao estabelecimento cujo administrador de fato firma o auto de infração aceitando a sua responsabilidade às frente do estabelecimento e cujo o vínculo deste com aquele resta inequívoco*” (apelação cível 42.488-0—Regente Feijó, Câmara Especial, m.v., Rel. Álvaro Lazzarini, 30.7.1998).

9. “*‘Habeas corpus’*. Depositário infiel de faturamento de empresa. Pretendida revogação de sua prisão. Alegação de não se tratar o paciente de pessoa com acesso à administração da empresa-executada, resultando não poder responder pela parcela do faturamento objeto da penhora, que afirma ser nula. Alegações repelidas. Paciente que, malgrado não integre a sociedade, aceitou placidamente o encargo que lhe foi cominado pelo meirinho, não existindo dúvida quanto à existência de laços de parentesco muito próximos para com seus integrantes, a indicar sua qualidade de administrador de fato. Ordem denegada” (*habeas corpus* 160.572-5—São Paulo, 6ª Câmara de Direito Público, v.u., Rel. Coimbra Schmidt, 8.5.2000).

7. Consulte-se, a este respeito, José Luis Díaz Echegaray, *El Administrador de Hecho de las Sociedades*.

Sul,¹⁰ no âmbito tributário e do TST da 12ª Região, envolvendo, evidentemente, matéria trabalhista.¹¹

IV — Conceito de administrador de fato

7. Dito isto, é de rigor verificar como a doutrina vem conceituando o *administrador de fato*. A definição mais conhecida é aquela dada por Niccolò Abriani.¹² Em sua obra clássica, o autor italiano, assevera: "L'espressione 'amministratore di fatto' descrive in modo sintetico il fenomeno per cui un soggetto esercita le funzioni gestorie di una società senza essere regolarmente investito dei relativi poteri". Por seu turno, Cozian,¹³ baseado na jurisprudência francesa leciona: "Reste à définir le dirigeant de fait: 'La qualité de gérant de fait est caractérisée par l'immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société em cause (Paris, 11 juin 1987: Bull. Joly 1987, p. 719)'"'. José Luis Díaz Echegaray¹⁴ ensina: "Conforme se ha señalado precedentemente, el administrador de hecho es el que administra una socie-

dad sin estar formalmente legitimado para ello". Vê-se, pois, que as definições são convergentes, não havendo maior dissonância a este respeito. Patenteia-se, pois, que o administrador de fato é alguém que, a despeito de não estar formalmente titulado, gere os negócios da sociedade.

8. Grande parte da doutrina assinala que, em tese, poderia haver certa paradoxalidade no termo *administrador de fato*. Deveras, a condição de administrador está diretamente relacionada ao fato de alguém, para exercer estas funções, ter, previamente, se sujeitado a uma série de formalidades. E, como se sabe, administrador de fato é justamente aquele que não se submeteu às formalidades previstas em lei. Todavia, não existe nada de paradoxal. Isto porque, a figura do administrador de fato alicerça-se justamente nesta incongruência. Ou seja, no fato de que conquanto seja necessário se submeter aos rituais de eleição e investidura para gerir uma sociedade, há pessoas que desprezam estes requisitos e, irregularmente, passam a administrar o ente.

V — Traços característicos do administrador de fato

9. A despeito das definições acima transcritas conterem parâmetros bastante seguros para o entendimento da figura do administrador de fato, é imprescindível, para uma compreensão exata do objeto do estudo, que se decline os elementos necessários para caracterização do administrador de fato. No passado já se feriu a temática, em estudo publicado na *RDM* 97, no qual se tratava exclusivamente a figura do administrador de fato de instituição financeira. A maior parte dos pontos então colocados continua, no entender deste autor, válido. Contudo, após tanto anos, foi necessário se aprimorar algumas reflexões, o que permitiu, espera-se, tratar o tema, hodiernamente, de uma forma um pouco mais acurada. Pois bem, dito isto, impõe-se dizer que, sob este aspecto, a publicação da obra de José Luis Díaz Echegaray

10. "Direito tributário, responsabilidade por substituição. Sócio oculto e administrador. Extraindo-se da prova dos autos, com acentuada segurança que o apelante era sócio oculto e administrador de fato da executada, responde o mesmo tributariamente, nos termos do art. 135, III, ao CTN. Apelação improvida" (apelação cível 596250753, 1ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, j. 14.5.1997).

11. "Grupo econômico. Caracterização. Responsabilidade. Utilizando-se as empresas do mesmo local de trabalho, maquinários e empregados, com circunstância do administrador de fato de uma delas ser o sócio-gerente da outra, tem-se formado o grupo econômico a que alude o art. 2º, § 2º, da CLT impondo-se o reconhecimento da responsabilidade solidária das mesmas."

12. Niccolò Abriani, *Gli Amministratori di Fatto delle Società di Capitali*, p. 13.

13. Maurice Cozian e Alain Viandier, *Droit des Sociétés*, 9ª ed., p. 139.

14. Ob. cit., p. 34.

trouxe uma contribuição ímpar para boa compreensão dos elementos necessários à existência da administração de fato. Segundo aquele autor espanhol, cinco elementos caracterizam a figura do administrador de fato. Sob o aspecto negativo, diz José Luis Díaz Echegaray, que o administrador de fato é alguém que não ostenta a condição de administrador de direito da sociedade. Por seu turno, sob o aspecto positivo, seria preciso que o mesmo: a) realizasse uma atividade positiva; b) de direção, administração ou gestão; c) exercida com total independência; e d) de modo constante. Examine-se, pois, cada um destes elementos.

10. Primeiramente, afigura-se óbvio ser incompatível com a condição de administrador de fato o exercício formal da função de administrador de direito. Como já explicado, poder-se-ia argumentar que haveria um certo paradoxo na figura do administrador de fato, já que, sabidamente, a condição imprescindível para o exercício da direção de uma sociedade por ações é justamente ter sido investido, regularmente, na condição de administrador. No entanto, a contradição é apenas aparente. Deveras, a figura do administrador de fato está alicerçada em uma não conformação com a regra. Ou seja, há uma contradição entre o formal e o real. Não se está, por conseguinte, na esfera regular, mas sim, do patológico. Destarte, pode-se afirmar que o administrador de fato é aquele que não se submeteu a um processo regular e correto de eleição ou investidura.

11. Na linha traçada pelo autor ibérico já mencionado, deve-se reconhecer que além deste elemento negativo, outros quatro positivos existem a caracterizar o administrador de fato. E, sob este aspecto, para que alguém possa ser tido como tal, é forçoso o desenvolvimento de uma atividade positiva. Isto porque, como bem lembrado,¹⁵ “En efecto, la administración de hecho supone, en todo caso, a realización de una actividad positiva por parte del

‘extraneus’, ya que solo a partir del momento en que se inmiscuye en la gestión o administración de la sociedad, desarrollando una actividad positiva, se le puede considerar como administrador de hecho de la misma”. Este ponto é de importância fundamental para compreensão da figura do administrador de fato. Isto porque, muitas vezes, pretende-se qualificar alguém como tal, baseando-se, justamente, em uma ou várias condutas omissivas. Trata-se, como se pode verificar de um contra-senso. Administrar, gerir, coordenar a atividade de um ente pressupõe, inexoravelmente, condutas comissivas. Não se gere não fazendo, mas, sim, atuando. Conseqüentemente, é totalmente impróprio se pretender classificar alguém como administrador de fato, por força de condutas omissivas.

12. Porém, não é a realização de qualquer ato que transforma alguém em administrador de fato. Os atos praticados devem ter determinada importância. Nas palavras de Abriani,¹⁶ o administrador de fato deve exercer funções de gestão “riservate dalla legge agli amministratori di diritto della società”. Realmente, há inúmeras pessoas que atuam no dia-a-dia de uma companhia, praticando uma série de atos, sem que, minimamente, possam ser acusadas de serem administradores de fato. Assim, gerentes, supervisores, funcionários qualificados exercem regularmente suas funções, atuando no cotidiano do ente, sem que possam ser tidos como administradores de fato. Isto porque, os atos por estes praticados estão circunscritos àquilo que se espera de alguém que mantenha uma relação trabalhista com a companhia. Ou seja, não praticam atos cuja lei reserve aos administradores de direito.

13. Agregue-se às três características já mencionadas que o administrador de fato deve atuar com total independência. Isto porque, se houver uma subordinação deste a um outro administrador, não há efetiva gestão. É bastante provável que a pessoa a

15. Ob. cit., p. 38.

16. Ob. cit., p. 223.

que se atribua a condição de administrador de fato seja um mero colaborador da empresa. E, que se acentue, desde logo, que o grau de reprovabilidade do ato praticado não é fator relevante para determinação da condição de administrador de fato. Se a prática de um ato reprovável se deu, por terceiro, sob a orientação de um administrador de direito, é a este último que cabe a responsabilidade.

14. Por derradeiro, e nem por isso menos importante, a atividade do administrador de fato deve ser contínua. E, este ponto, merece toda a atenção. Entende-se que, na atualidade, o posicionamento dominante na doutrina apresenta-se incensurável. De certa forma, no início deste trabalho, ao se sumariar as características da administração das sociedades, este assunto já foi devidamente ventilado. No entanto, não se desconhece que, vez ou outra, alguns não resistem à tentação de classificar como administração a realização de atos únicos ou esporádicos. Com o máximo respeito, não há justificativa jurídica ou prática, a alicerçar este ponto de vista. Com efeito, as empresas não são entes estáticos. Antes pelo contrário. A atividade empresarial é, indubitavelmente, algo extremamente dinâmico. Desse modo, só se pode esperar daqueles que se dispõem a coordená-la, uma intervenção permanente e contínua. Seria inimaginável que o esforço no sentido de administrar uma atividade intensa, se desse por intervenções esporádicas. E, de se notar que estas observações são ainda mais aplicáveis na hipótese de sociedades por ações, que, como bem lembra Fábio Ulhoa Coelho,¹⁷ "(...) correspondem à forma jurídico-societária mais apropriada aos grandes empreendimentos econômicos". Ora, estes grandes empreendimentos demandam a intervenção constante daqueles que dirigem a companhia, não sendo factível considerar que a administração seja constituída de atos acidentais, mas de atos

sucessivos. Neste sentido, forçoso é se remeter às palavras de Contino, transcritas no início deste trabalho.

15. De todo já exposto, já é possível se alcançar algumas conclusões. Primeiramente, pode-se asseverar que o administrador de fato é alguém que, a despeito de não estar formalmente titulado, gere os negócios da sociedade. Para que alguém possa ser tido como administrador de fato é necessário que este não ocupe formalmente a posição de administrador de direito da sociedade. Além disso, é preciso que o mesmo: a) realize uma atividade positiva; b) de direção, administração ou gestão; c) exercida com total independência; e d) de modo constante.

VI — Das várias espécies de administradores de fato

16. Ao se observar o fenômeno dos administradores de fato, é razoável se afirmar que não se está diante de um todo uniforme. Há situações completamente díspares, envolvendo desde aqueles que se encontram nesta posição por simples problemas formais, até aqueles que, imbuídos de extrema má-fé, procuram se eximir de responsabilidades que lhes seriam atribuídas, caso investidos formalmente na condição de gestor. Não seria crível, no âmbito deste artigo, esgotar este assunto. No entanto, é factível se declinar as situações mais comuns, ainda que de forma sucinta.

17. A doutrina estrangeira aponta que um dos casos mais comuns de administração de fato vincula-se à nomeação irregular do pretense administrador. Ou seja, está-se a falar de vícios insanáveis que comprometam o ato de eleição do suposto administrador. Importa notar que, neste momento, a análise se circunscreve a aspectos procedimentais relativos ao ato de escolha. Questões relacionadas a incompatibilidade ou impedimentos serão tratadas no momento apropriado. Pois bem, retornando aos problemas existente na eleição, deve-se informar que poderão ser encontradas falhas

¹⁷ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, 5ª ed., v. 2, p. 59.

vinculadas ao ato de convocação da assembléia geral da companhia ou da reunião do conselho de administração na qual houve a eleição de uma determinada pessoa. Dependendo da extensão desta falha, os atos convocatórios não poderão produzir efeitos. Note-se que há aqueles que, como Fábio Ulhoa Coelho,¹⁸ consideram que o desatendimento a qualquer formalidade gera a invalidade do ato. Neste sentido, as palavras daquele autor: "O desatendimento à menor dessas formalidades compromete a validade da assembléia. Não há ato de convalidação admissível e deve realizar-se novamente a reunião, ainda que improvável qualquer das deliberações adotadas". Há, por outro lado, casos relacionados a regular realização da assembléia ou da reunião do conselho de administração, como, por exemplo, falta de quórum de instalação ou deliberação, reunião realizada com desrespeito ao determinado pelo art. 124, § 2º da Lei 6.404/1976. Nestas hipóteses, a validade da escolha poderá vir a ser comprometida, dependendo da espécie e da extensão da irregularidade. Porém, como é sobejamente sabido, a eleição não é condição suficiente para que alguém passe à posição de administrador de uma companhia. Para que isto ocorra, é necessário a investidura, conforme dispõe o art. 149 da Lei 6.404/1976. É certo que, se a eleição foi totalmente irregular, a investidura subsequente também o será. Desse modo, pode-se afirmar que a pessoa investida, nestas condições, não estará no exercício regular da administração da companhia. Por conta disto, poderá vir a ser considerado administrador de fato da mesma. Além de falhas no ato da eleição, vícios poderão ser constatados no próprio ato de investidura, independentemente de a eleição ter sido regular. Nesta hipótese, as consequências serão as mesmas já explicadas, a saber, a pessoa investida não estará no exercício regular da administração da companhia. Tam-

bém aqui ela poderá vir a ser considerada administradora de fato.

18. Como se pode verificar no parágrafo precedente, deixou-se muito claro que a investidura realizada em desacordo com as regras legais (seja por vícios existente no ato da eleição, seja por vícios existentes exclusivamente no ato de investidura) pode transformar o empossado em administrador de fato. Ou seja, não obrigatória e automaticamente o empossado se transformará em administrador de fato. E as razões desta afirmativa são fáceis de serem explicadas. Deveras, é certo que, em situações como as acima expostas, o pretense empossado não está regularmente ocupando o cargo de administrador. Porém, o fato de alguém ostentar irregularmente a condição de diretor ou membro do conselho de administração, não o transforma, desde logo, em administrador de fato. A administração de fato, como já deve ter ficado manifesto, não se vincula exclusivamente a aspectos externos. Assim, o denominar-se, titular-se, apresentar-se como, dizer que ocupa o posto de diretor ou membro do conselho de administração não é dado suficiente para deslinde da questão. A administração de fato está relacionada ao exercício de uma dada atividade, ou seja, a gestão da companhia. Por este motivo, é a efetiva gestão da companhia que irá transformar alguém em administrador de fato. Assim, se, por exemplo, alguém, por força de uma eleição ou empossamento inválido, passar irregularmente a ocupar o cargo de diretor ou membro do conselho de administração, porém não praticar nenhum ato de gestão, não será possível qualificá-lo como administrador de fato. Será um diretor ou um membro do conselho de administração irregularmente eleito ou empossado. Não obrigatoriamente um administrador de fato. Para que seja considerado um administrador de fato, repita-se, é de rigor que sua conduta se conforme os cinco requisitos anteriormente listados (item V). Não se desconhece que, em sua imensa maioria, aquele que é investido irregularmente no cargo de diretor ou mem-

18. Ob. cit., p. 202.

bro do conselho de administração, de imediato, passa agir como tal. Conseqüentemente, isto é, por praticar atos reservados aos membros do conselho de administração ou aos diretores, será considerado administrador de fato. Para encerrar este assunto, importa dizer que, se por um lado, ocupar irregularmente a posição de diretor ou administrador não transforma ninguém em administrador de fato, por outro lado, este dado pode ser tido como um forte indício desta prática. No entanto, sublinhe-se, a administração de fato não decorre de se estar ocupando irregularmente o cargo de diretor ou membro do conselho de administração, mas sim da prática de atos reservados aos diretores de direito ou aos membros do conselho de administração.

19. Até o momento tratou-se de assuntos relacionados à eleição e a posse. Ao se ferir esta temática, não se pode olvidar de um aspecto extremamente relevante. Como se pôde verificar, a invalidade da eleição ou na investidura acarreta problemas de monta ao administrador. Mas não só a ele, como também à companhia, aos outros administradores, aos controladores, acionistas, funcionários, pessoas que se relacionam com a companhia etc. Este é um dos motivos, mas não o único, sublinhe-se, que se deve ter certo cuidado com o excesso de formalismo. Não se põe em dúvida a necessidade de se observar requisitos de ordem formal, legalmente estabelecidos. No entanto, a interpretação de certos comandos positivados não pode conduzir a situações de invalidade em relação a atos que, conquanto não exatamente perfeitos, são capazes de subsistir, sem que isto ponha em risco qualquer bem jurídico. Vale dizer, deve-se evitar considerar que a formalidade tenha um fim em si mesma. Inobservância de providência sem maior relevância não é suficiente para criar invalidade intransponível, devendo-se, sempre, procurar a conservação do ato jurídico. No que concerne a problemas de posse ou investidura, na Espanha, por exemplo, procurou-se superar certas situações, através de uma

interpretação mais razoável das normas. Veja, por exemplo, os casos de não atendimento às formalidades publicitárias e aceitação do cargo. No que se refere à segunda hipótese, os Tribunais daquele país ibérico, entenderam que é possível haver a aceitação tácita das funções. No que tange a primeira hipótese, na Espanha, a lei não considera o ato publicitário como essencial para o exercício do cargo. Assim, mostra-se evidente que a invalidade deverá ser tomada em consideração exclusivamente para as hipóteses de vício insanável. A partir daí, isto é, a partir da ocorrência de vício insanável na eleição ou investidura, desde que haja a gestão da companhia e se perfaçam as condições listadas alguns parágrafos antes, cria-se situação que poderá ser definida como exercício das atividades de administrador de fato.

20. A literatura alienígena estuda copiosamente questão relacionada à caducidade dos mandatos. No que tange a este assunto, no Brasil, este não desperta o mesmo interesse. Isto porque, por força do art. 150, § 4º da Lei 6.404/1976, o “prazo de gestão do conselho de administração ou da diretoria se estende até a investidura dos novos administradores eleitos”. Por tal motivo, o fato de ter-se vencido o prazo de gestão de um administrador, a princípio, não interrompe o exercício regular de suas atividades, já que, enquanto os novos administradores não forem empossados, o mandato está em plena vigência. Logo, aquele cujo mandato caducou não se transforma em administrador de fato.

21. Para o exercício das funções de administrador é necessário se atender determinados requisitos. O não preenchimento destes, se existente no momento da eleição, leva a sua nulidade.¹⁹ De fato, há várias situações que fazem com que alguém esteja impedido de gerir uma companhia. Assim, este estado de coisas poderia se dar se um não acionista fosse eleito para o con-

19. Modesto Carvalhosa, *Comentário à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 3, p. 170.

selho de administração de uma companhia, ou alguém que se encontrasse impedido, por força da aplicação de sanção por parte do Banco Central do Brasil, com base no art. 44 da Lei 4.595/1964, ou pela Comissão de Valores Mobiliários, com espeque no art. 11 da Lei 6.385/1976 fosse eleito para o cargo de direção de uma instituição financeira ou de uma companhia aberta. Há, ainda, impedimentos decorrentes de sanções penais. Em todas estas hipóteses, o ato de eleição e a conseqüente investidura não poderão gerar os efeitos almejados. E, evidentemente, a investidura é nula. Neste sentido, ainda que ostentando, em tese, a condição de membros do conselho de administração ou de diretores, na medida em que estas pessoas realmente giram a companhia, estarão ocupando a condição de administrador de fato.

22. Como se viu, situações existentes no momento da eleição ou da posse podem fazer com que determinada pessoa passe a desempenhar irregularmente as funções de administrador. Entretanto, estas circunstâncias poderão surgir no curso do mandato. É o caso, por exemplo, da perda da qualidade de acionista, por parte de um membro do conselho de administração. Esta hipótese já havia sido levantada por Modesto Carvalhosa.²⁰ No entender daquele mestre, “se, no curso do mandato, o conselheiro deixar de ser acionista, perderá ele a qualidade de administrador da companhia automaticamente (...)”. Destarte, se a despeito da perda da qualidade de administrador o antigo acionista continuar exercer as funções de membro do conselho de administração, daí por diante, este será considerado administrador de fato. Existem outras situações nas quais o administrador deixa de preencher os requisitos legalmente exigidos. Modesto Carvalhosa²¹ diz que se o mandato estiver em curso “(...) será este automaticamente extinto, mediante declaração, neste sentido, do Conselho de Ad-

ministração ou da assembléia geral (...)”. Desde então, se o administrador continuar a gerir a companhia, estará atuando como administrador de fato. Note-se, a propósito, que a extinção do mandato será automática. O ato do conselho de administração ou da assembléia geral é, como ressalta Modesto Carvalhosa, exclusivamente declaratório.

23. Até o momento, foram examinados casos nos quais, de alguma forma, houve algum ato, conquanto viciado, tendente a fazer com que alguém se transformasse em administrador da companhia. Passa-se, agora, a tratar daquelas hipóteses nas quais o ato de eleição ou investidura não foi sequer cogitado. E, situações como estas são mais comuns do que se pensa. Examine-se cada uma delas. Inicie-se, pois, com um caso extremamente trivial. Trata-se do funcionário ocupando cargo de confiança que, muitas vezes, por inércia da direção da companhia, aos poucos, vai assumindo sua gestão, e, em um dado momento, reúne todas as condições de administrador. É certo que, ocorrido isto, o funcionário de confiança passa inexoravelmente à condição de administrador de fato.

24. Há, ainda, situações nas quais a pessoa se torna administrador de fato em função do interesse em se esquivar das responsabilidades que a administração de direito impõe. Estes, efetivamente, são os casos mais graves. De fato, aqui, se está diante de alguém que, ciente das conseqüências que a condição de administrador pode lhe trazer, se recusa a ser eleito, tomar posse como administrador ou se afasta formalmente deste ofício, passando ou continuando a exercer as respectivas funções, sem, em tese, ter qualquer responsabilidade sobre seus atos. É a partir destes casos que surge a jurisprudência a respeito da condição de administrador de fato. Normalmente, estas situações ocorriam motivadas pelo interesse de muitos de se esquivarem de responsabilidade ligadas à área falimentar. Contudo, atualmente, não é só a falência que leva alguns a evitar o exercício formal

20. Ob. cit., v. 3, p. 168.

21. Ob. cit., v. 3, p. 168.

das funções de administrador, preferindo a informalidade. Deveras, no caso de instituição financeira, o exercício das funções de administrador leva ao incômodo de se submeter ao draconiano regime jurídico estabelecido pela Lei 6.024/1974. Também em se tratando de instituição financeira, há o risco da aplicação, por parte do Banco Central do Brasil, das penalidades previstas no art. 44 da Lei 4.595/1964, especialmente em seu § 4º. Além disso, há sempre a possibilidade do sancionamento com base na Lei 7.492/1986. Tudo isto pode incentivar alguns a evitar a assunção das funções de administrador de instituição financeira, exercendo-as de modo informal, situação que, certamente, pode levar a caracterização da administração de fato. No que se refere às sociedades não financeiras, além, por óbvio, das questões de cunho falimentar, há, ainda, questões ligadas à área fiscal e previdenciária, que podem representar um incentivo a esta prática. Há, também, questões vinculadas a responsabilidade ecológica e perante o consumidor e assemelhadas que passam a desempenhar um papel relevante.

25. No intuito de dissimular o fato de estar dirigindo a companhia, o administrador de fato se vincula a esta, por intermédio de relações contratuais diversas. Todas, invariavelmente, procuram apresentar o administrador de fato como alguém que mantém ligações com a companhia distinta da gestão. Assim, muitos optam por serem contratados pela companhia como empregados, simulando, pois, uma relação de cunho trabalhista. Outros, no entanto, preferem o contrato de consultoria, modalidade extremamente popular na atualidade. Contudo, fórmulas mais sofisticadas estão sendo empregadas. Com efeito, evitando deixar indícios comprometedores, toda a espécie de ardil é utilizada. E, sabidamente, quanto mais anteparos forem colocados, maiores serão as chances de a fraude não ser descoberta. Desse modo, freqüentemente, e para o fim acima mencionado, ao invés das vinculações contratuais (trabalhis-

tas, consultoria etc.) se darem diretamente com a companhia, estas se dão através da *holding*, dos controladores, de sociedades ligadas aos controladores etc. Pois bem, seria uma temeridade se pensar que estas estratégias seriam capazes de elidir a responsabilidade do administrador de fato. Esta responsabilidade, insiste-se, advém da circunstância de alguém gerir a companhia, sem estar titulado para tanto. Mostra-se indiferente, para o direito, a forma utilizada para dar curso a fraude. E nem poderia ser diferente. Seria um disparate premiar aqueles que promovessem a fraude mais sofisticada, e castigar os que fossem um pouco menos criativos. E, tomando-se em conta a situação do fraudador *vis-à-vis* aqueles que acidentalmente chegam à condição de administrador de fato, injustiça maior se verificaria. Veja-se, assim, o exemplo do velho gerente que, por mecanismos já explicados, passou à condição de administrador de fato. Compare-se esta situação com a de um experimentado executivo que, conhecendo os riscos de uma companhia vir a causar inúmeros desastres ecológicos, por meio de sofisticados esquemas jurídicos, comanda de fato tal companhia, sem ser formalmente dirigente desta. Se conforme já ficou assentado, o velho gerente deveria responder como se administrador fosse, *a fortiori* o experiente executivo deve se submeter ao mesmo regime. E, neste passo, impõe-se sublinhar o que já se disse, no passado, a saber: o direito não se presta a encobrir fraudes. Destarte, a existência de mecanismos de proteção não deve conduzir à impunidade. Antes pelo contrário. Deve ser utilizado como indício na comprovação da ocorrência da administração de fato.

VII — Situações especiais

26. Neste passo, é de se notar que, no estudo da matéria ora proposta, apresentam-se vários casos particulares, que merecem uma atenção especial. O primeiro destes casos refere-se à situação do controlador.

Não é incomum que o controlador seja acusado de estar atuando como administrador de fato. Estas acusações, via de regra, mostram-se desprovidas de fundamento. Decorrem, invariavelmente, do desconhecimento da propedêutica do direito societário pátrio. Não que, em tese, seja impossível que o controlador exerça as funções de administrador de fato. A princípio, qualquer um que apresente um liame com a companhia, dependendo da conduta que implementar, pode se transformar em administrador de fato. No entanto, quando se acusa o controlador de ser administrador de fato, as condutas que se lhe atribuem são exatamente aquelas que a lei reserva a ele controlador. Explica-se com mais vagar este assunto.

27. Para bem compreender este assunto, é de rigor, preliminarmente, se estabelecer o que é um controlador e quais os atos que este pratica, para, só então, se examinar o limite de suas responsabilidades. É o que passa a ser feito. A figura do acionista controlador é introduzida no direito societário pátrio por força da Lei 6.404/1976. Este diploma, em seus arts. 116 e 117, regula exaustivamente o assunto. Recorde-se que a legislação anterior, Decreto-lei 2.627/1940, não fazia qualquer referência à figura do acionista controlador. Como bem assinalado por Modesto Carvalhosa,²² o antigo diploma fundava-se "(...) em critério diverso, qual seja, o de acionista majoritário". E, prossegue o mestre "(...) para ele não criava responsabilidade específica". Destarte, até 1976, a questão do acionista controlador era estranha ao direito positivo brasileiro. Inegável, contudo, que, desde há muito, debates doutrinários já havia a este respeito. E, desde logo, impõe-se destacar a influência universal da obra de Berle e Means. No Brasil, imprescindível se recordar o estudo da lavra do Professor Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, o qual teve e

continua tendo enorme influência na discussão desta temática.

28. A questão do controle parte da constatação óbvia de que há um núcleo de poder em toda sociedade comercial. Em se tratando de sociedades por ações, especialmente nas grandes corporações, este fenômeno apresenta nuances e características próprias, bastante distintas daquelas encontradas em uma empresa familiar. É, pois, o controle societário, a possibilidade de um ou vários acionistas imporem sua vontade sobre os demais. Realmente, o conceito de controle está ligado à idéia de domínio e de exercício de poder. Assim, o legislador de 1976 abandonou definitivamente a idéia de posição majoritária e passou a prestigiar a idéia de controle. Consequentemente, o fato de se deter um percentual de ações com direito a voto, ainda que relevante, não significa, em princípio, nada. Isto porque, o conceito de controle não está ligado exclusivamente à idéia de participação majoritária. Para que haja controle, é indispensável que o detentor destas ações utilize efetivamente o poder que esta posição lhe confere. Tal conclusão dimana da mera leitura do 116 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, *verbis*:

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.

22. Modesto Carvalhosa, *Comentário à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 2, p. 419.

29. Disto se infere que é condição para se qualificar como controlador: a) ser 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) usar efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Isto posto, deve ficar claro que o controlador não é alguém estranho à vida da sociedade. Ao contrário. Para ser considerado controlador é necessário que este interfira diretamente na vida social. Com isto, o exercício de uma série de atividades *vis-à-vis* a companhia, por parte do controlador, é algo absolutamente natural. E, ressalte-se, ao assim agir, de forma alguma, o controlador realiza ato que o afasta de suas funções. Executa, isto sim, incumbência própria à sua condição. Não se desconhece que o acionista controlador pode praticar atos em desconformidade com o que lhe é legalmente exigido. Todavia, esta prática, a despeito de poder ser contrária ao direito, é regulada pela Lei 6.404/1976, através de seu art. 117.²³ Depreende-

23. "Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º. São modalidades do 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,

se do teor daquele texto legal que a prática de atos irregulares, por parte do controlador, representa exercício abusivo de seu poder de controle. E, sublinhe-se, aquele mesmo dispositivo discrimina as sanções cabíveis, para as hipóteses de seu desrespeito. Desse modo, em ocorrendo situações que podem se configurar como exercício abusivo do poder de controle, cabe aos legitimados requererem a respectiva indenização, ou, na hipótese de companhia aberta, cabe à Comissão de Valores Mobiliários proceder às apurações necessárias. Porém, não há espaço para qualificá-lo, automaticamente, como administrador de fato.

30. Outra situação bastante interessante refere-se à realidade que se encontra entre companhias submetidas ao mesmo controle societário. Como é sabido, atualmente, os grupos econômicos constituem-se por meio de várias sociedades. Este conjunto de sociedades representa um todo com interesses comuns. Foi possibilitado que estas sociedades se organizassem como grupo, obedecendo às exigências impostas pela lei societária. A organização do grupo traz uma série de consequências para as sociedades que a este aderem, conforme dispõe a convenção. Deveras, o art. 266 da Lei 6.404/1976 estatui: "As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personali-

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."

dade e patrimônios distintos". Pela simples leitura do texto legal pode-se inferir que, por força da convenção de grupo, permite-se uma certa intromissão da controladora dentro da coordenada, facultando-se, inclusive, a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas. Disto dimana que, em havendo uma convenção de grupo, *ex-vi legis*, é tolerável, dentro de certos limites, um determinado nível de interferência dos administradores da sociedade de comando na administração das sociedades filiadas. Se a lei faculta esta intervenção, o administrador da sociedade de comando que agir dentro dos limites da lei a da convenção não pode ser qualificado como administrador de fato da sociedade filiada.

31. Entretanto, a despeito da lei prever a existência do grupo, muitos poucos optaram por se organizar como tal. Preferiu-se manter uma estrutura informal. São os chamados conglomerados. Tais conglomerados não apresentam, formalmente, uma convenção. No entanto, é sabido que, nestes, cada sociedade não age de forma isolada. Há um determinado nível de coordenação das atividades. Pode-se até dizer que, não poucas vezes, parte das sociedades estão subordinadas a *holding*, sociedade controladora ou equivalente. Vê-se, pois, repetir o mesmo fenômeno que ocorre no grupo. Neste caso, porém, os limites de atuação de cada componente do conglomerado não se encontram previamente definidos em convenção. Além disso, a lei não faculta nenhum tipo de interferência como faz para os grupos de direito, nos termos do que dispõe o art. 265 da Lei 6.404/1976. Ora, conforme o nível de interferência que haja na gestão de uma sociedade controlada, o dirigente da controladora poderá estar desempenhando o papel de administrador de fato da primeira. Tome-se, um exemplo bastante expressivo disto, a saber: o diretor financeiro da *holding*. Frequentemente, a gerência da caixa do conglomerado é centralizada e única. Enquanto o diretor financeiro da *holding* for diretor de to-

das as sociedades componentes do conglomerado, nada há de irregular. Porém, na medida em que o diretor financeiro da *holding* não for diretor das sociedades controladas e administrar-lhes o caixa, interferindo diretamente na gestão destas, pode-se estar diante de um administrador de fato, desde que se comprove presentes todos os traços característicos desta figura, conforme anteriormente explicado.

32. Uma terceira situação bastante interessante é aquela que se deparam sociedades que enfrentam situação financeira delicada. Não raro, os credores passam a interferir diretamente na vida desta sociedade. E, neste caso, conforme o nível de interferência, pode-se estar inclusive diante de um controle indireto. Entretanto, situação um pouco diferente pode ocorrer. A interferência dos credores dá-se, no mais das vezes, por intermédio da imposição de alguém, sem vínculo formal com a sociedade, que direciona alguma ou algumas atividades desta. É certo que, frequentemente, esta pessoa apresenta todos os traços característicos de administrador de fato. Sendo assim, esta deverá ser considerada como tal. No entanto, deve-se diferenciar o administrador de fato de alguém que exerça simples fiscalização. Com efeito, se uma sociedade está inadimplente com suas obrigações e seus credores concedem um prazo maior para que esta regularize suas pendências, é legítimo e apropriado que estes fiscalizem a gestão. Até porque, com certa regularidade, a sociedade se obriga a tomar uma série de medidas tendentes a sua recuperação. Contudo, a fiscalização implica em atos de simples verificação e apontamento. Logo, enquanto o preposto dos credores estiver averiguando os atos de gestão, informando-os aos credores, não há falar-se em administrador de fato. Porém, se o preposto transbordar estes limites e passar a intervir diretamente na gestão da sociedade, este pode vir a se transformar em um administrador de fato, desde que, insista-se, presentes todos os traços necessários à caracterização da figura, nos termos do já declinado.

VIII — *Consequências pelo exercício de poderes pelo administrador de fato*

33. Incumbe, neste momento, perscrutar a respeito das consequências jurídicas que a administração de fato poderá trazer. E, de clareza meridiana que o administrador de fato se equiparara, em termos de responsabilidade, ao administrador de direito. Defender-se tese diversa desta — ou seja, que o administrador de fato não teria responsabilidades próprias de administrador, cabendo estas responsabilidades exclusivamente aos administradores de direito — seria um descabimento. Em verdade, por mais que se possa defender a necessidade da observância de um determinado nível de formalismo, esta submissão não pode ser cega, conduzindo a situações absurdas. No caso em estudo, ao se adotar uma linha extremamente formalista, de sorte a se concluir que somente aqueles que forem legalmente investidos respondem como administradores, pelos seus atos, em muitos casos, se estaria premiando fraude. Mais do que isto, se estaria incentivando a que companhias passassem a ter sua administração composta por fantoches, enquanto os verdadeiros dirigentes estariam a salvo de qualquer consequência adversa da respectiva gestão. Ora, é sabido que, hodiernamente, o direito, mais e mais vem privilegiado a essência, *vis-à-vis* a aparência. E nem poderia ser diferente. A formalidade não existe por si só. Ela tem uma certa finalidade. Desse modo e dentro deste contexto que a mesma deve ser analisada. Com efeito, a lei ao atribuir responsabilidade ao administrador da companhia não pretendeu atingir exclusivamente alguém que ostenta um determinado cargo. Evidentemente, ela pretendeu conferir responsabilidades àqueles que tem o poder de determinar os destinos do ente, àqueles que, como bem assinalado por Tavares Borba,²⁴ dão vida à sociedade, fazendo-a funcionar. Desse modo, aque-

les que dirigem um determinado ente, determinando o destino deste, devem ser responsáveis pelos atos que praticam. Sublinhe-se que, para fins de responsabilidade, pouco importa se o administrador de fato foi conduzido a esta condição em virtude de atos culposos ou dolosos. Ostentando esta condição, o mesmo terá regime jurídico, em termos de responsabilidade, idêntico ao dos administradores de direito. A responsabilidade do administrador de fato, destaque-se, é reconhecida por toda a doutrina e jurisprudência. Reproduza-se, neste sentido, as palavras de Echegaray:²⁵ “Como se ha señalado precedentemente, la figura del administrador de hecho surge principalmente para extender quienes son calificados como tales la responsabilidad que la Ley establece para los administradores sociales. De otra forma, se produciría la absurda consecuencia de que quienes dirigen las sociedades con desprecio de las normas que regulan la administración de éstas, lograrían una impunidad contraria a la equidad y a los principios generales del derecho, escapando por esta vía a la sujeción al estatuto de los administradores y, conseqüentemente, a las normas que regulan la responsabilidad. (...) Si los administradores de hecho actúan en la realidad como si fueran titulares del poder que la Ley sólo confiere a los que han sido legalmente designados, administrando la sociedad y adoptando resoluciones respecto del patrimonio de la misma, debe asumir, cuando menos, la misma responsabilidad que la Ley establece para los administradores de derecho”.

34. Evidencia-se, pois, que o administrador de fato tem a mesma responsabilidade que o administrador de direito. Desse modo, no que se refere ao aspecto de responsabilidade civil haverá equivalência de regimes entre um e outro. Especialmente, no campo da falência, da Lei 6.024/1974 e legislação correlata. Indubitável, ainda, que o administrador de fato responde por infrações administrativas. Mormente no que

24. José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, 8ª ed., p. 399.

25. Ob. cit., pp. 147-148.

concerne a infrações administrativas cujo poder de polícia é exercido pelo Banco Central do Brasil, com base na Lei 4.595/1964,²⁶ e pela Comissão de Valores Mobiliários, com estribo na Lei 6.385/1976. Porém, deve ficar vincado que as conclusões aqui alcançadas não necessariamente se aplicam ao Direito Penal, ramo do Direito portador de nuances próprias. Adiante-se, tão-somente, que em países como a Alemanha ou Espanha a doutrina e jurisprudência penais ocupam-se do assunto, não havendo lá unanimidade no que concerne aos contornos do instituto, e as consequências jurídicas penais que tem sua presença no sistema de incriminação, como bem dá conta Percy García Caverro.²⁷

26. No que se refere a este assunto, há um recente acórdão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional que, conquanto não aplique sanção, visto não comprovada a ocorrência da infração, de certa forma aponta para a imputabilidade do administrador de fato. Trata-se de acórdão proferido no julgamento do recurso 2.778, cujo teor é o seguinte: "Recurso de ofício; Recte.: Banco Central do Brasil; Recdo.: Tov Corretora de Câmbio Ltda. e Fernando Francisco Brochado Heller. *Ementa*: Recurso de ofício. Outorga de procuração a pessoas físicas para a prática de atos de gestão. Administrador de fato. Irregularidade não confirmada. Apelo a que se nega provimento. Acórdão/CRSFN 2693/99: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, decidem os membros do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, por unanimidade, negar provimento ao recurso de ofício, mantendo a decisão do órgão de primeiro grau no sentido de arquivar o processo em relação aos recorridos Tov Corretora de Câmbio Ltda. e Fernando Francisco Brochado Heller, ante a circunstância de que, promovida análise detalhada de cada ato praticado pelas pessoas cujos poderes foram outorgados via a procuração em causa, verificou-se não ter restado caracterizado o exercício de fato de administrador da instituição por parte dos mandatários".

27. Percy García Caverro, *La Responsabilidad Penal del Administrador de Hecho de la Empresa: Criterio de Imputación*, p. 109, *verbis*: "En este sentido, por ejemplo, la jurisprudencia alemana se ha pronunciado sobre diversos supuestos de administración fáctica y en la doctrina penal especializada se han realizado estudios dirigidos a analizar la relevancia jurídico-penal de la figura del administrador de hecho y las consecuencias penales que tiene su presencia en el sistema de incriminación. No obstante, la mencionada variedad de los casos y la falta

IX — Conclusão

35. De todo o aqui exposto, forçoso é concluir que: a) o administrador de fato é fenômeno que se encontra nas sociedades comerciais em geral e nas sociedades por ações em particular; b) a figura do administrador de fato surge por intermédio da jurisprudência que procurava coibir a conduta daqueles que não assumiam a condição de administrador para se esquivar das consequências que este mister trazia, especialmente na órbita do Direito Falimentar; c) a jurisprudência brasileira apresenta numerosos casos relativos a esta matéria; d) para que alguém possa ser tido como administrador de fato é necessário que este não ocupe formalmente a posição de administrador de direito da sociedade. Além disso, é preciso que o mesmo: (i) realize uma atividade positiva; (ii) de direção, administração ou gestão; (iii) exercida com total independência; e (iv) de modo constante; e) várias são as possibilidades de alguém se tornar administrador de fato, dentre as quais: (i) nulidades na eleição; (ii) nulidades da investidura; (iii) não atendimento do eleito aos requisitos legalmente exigidos; (iv) funcionário de confiança que passa, paulatinamente, a exercer as funções de administrador; e (v) pessoas que, para se esquivar das responsabilidades, vinculam-se à companhia, de modo a não caracterizar, formalmente, sua condição de adminis-

de estudios sistemáticos han impedido una solución al problema que cuente con el beneplácito de todos. En el Derecho penal español esta situación de falta de acuerdo sobre la responsabilidad de los órganos fácticos ha pretendido ser zanjada por el nuevo Código Penal. En su artículo 31 que regula el 'actuar en lugar de otro' y en varios otros artículos de la parte especial — concretamente en los denominados delitos societarios —, el Código Penal recoge la dualidad conceptual administrador de fato/administrador de hecho, dándole ambos conceptos, en principio, equivalencia normológica para los supuestos regulados en estas normas. Sin embargo, esta opción legislativa no acaba con las dudas y con las diferencias interpretativas. No solo no se determina con precisión qué se entiende por administrador de hecho, sino tampoco si su contenido ha de ser interpretarse siempre en el mismo sentido para todos los delitos".

trador; f) o tema caducidade do mandato, no Brasil, não apresenta muita relevância do estudo do administrador de fato, vez que, a lei prorroga o prazo do mandato, até que empossado os novos administradores; g) o controlador é, de acordo com a lei brasileira, alguém que participa ativamente da vida da companhia. Portanto, esta participação ativa não pode ser tida como atividade própria de administrador, desde que respeitados os limites fixados pela lei; h) no caso de conglomerados, a intervenção do administrador da controladora na gestão da controlada, pode fazer com que este venha a se transformar em um administrador de fato; i) o preposto dos credores, só poderá vir a se considerado administrador de fato, na medida em que deixe de exercer suas funções de simples fiscalização e passe a intervir diretamente na gestão; j) o administrador de fato, na órbita civil e administrativa, tem idêntica responsabilidade que o administrador de direito.

Bibliografia

ABRIANI, Niccolò. *Gli Amministratori di Fatto delle Società di Capitali*. Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

BONELLI, Franco. *Gli Amministratori di Società per Azioni*. Milão, Giuffrè, 1985.

BRUNETTI, Antonio. *Tratado del Derecho de las Sociedades*. v. II, trad. Felipe de Solá Cañizares, Buenos Aires, Uteha, s/d.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentário à Lei das Sociedades Anônimas*. vs. 2 e 3, São Paulo, Saraiva, 1997.

CAVERO, Percy García. *La Responsabilidad Penal del Administrador de Hecho de la Empresa: Criterio de Imputación*. Barcelona, Bosch, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 2, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

COTTINO, Gastone. *Diritto Commerciale*. v. I, Pádua, CEDAM, 1976.

COZIAN, Maurice e VIANDIER Alain. *Droit des Sociétés*. 9ª ed., Paris, Litec, s/d.

ECHEGARAY, José Luis Díaz. *El Administrador de Hecho de las Sociedades*. Navarra, Aranzadi, 2002.

FERRI, Giuseppe. *Le Società*. Torino, Unione Tipografica, s/d.

MARTORELLI, Ernesto Eduardo. *Los Directores de Sociedades Anónimas*. 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1994.

TAVARES BORBA, José Edwaldo. *Direito Societário*. 8ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.