

Revista de Direito  
Mercantil

Industrial  
Econômico  
Financeiro

Nova Série Ano XX  
N. 42 Abril-Junho/1981



# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

*Fundador:*

**WALDEMAR FERREIRA**

*Diretor:*

**PHILOMENO J. DA COSTA**

*Diretor Executivo:*

**FABIO KONDER COMPARATO**

*Conselho Editorial:*

ANTONIO MERCADO JÚNIOR, DARCY ARRUDA MIRANDA JÚNIOR, EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, FRAN MARTINS, GEORGE COELHO DE SOUZA, GERD WILLI ROTHMANN, HERNANI ESTRELLA, J. C. SAMPAIO DE LACERDA, JOÃO NASCIMENTO FRANCO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, MAURO BRANDÃO LOPES, MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA, NELSON ABRÃO, OSCAR BARRETO FILHO, PAULO BARBOSA LESSA, PAULO ROBERTO CABRAL NOGUEIRA, RODOLFO ARAÚJO, RUBENS REQUIÃO, RUY BARBOSA NOGUEIRA, RUY JUNQUEIRA DE FREITAS CAMARGO, SÍLVIO MARCONDES, THEÓPHILO AZEREDO SANTOS, WALDÍRIO BULGARELLI, PAULO SALVADOR FRONTINI, NEWTON DE LUCCA, VERA HELENA DE MELLO FRANCO

*Coordenador:*

**WALDIRIO BULGARELLI**

*Secretários Executivos:*

NEWTON SILVEIRA  
VERA HELENA DE MELLO FRANCO

---

Registrada no Departamento de Polícia Federal sob n. 257.P.209/73.

---

Edição e distribuição da

**EDITORA**   
**REVISTA DOS TRIBUNAIS**

Rua Conde do Pinhal, 78 — Tels. (011) 37-8689 e 37-9772  
01501 — São Paulo, SP.

## SUMÁRIO

### DOCTRINA

— A divulgação de informações na aquisição do bloco substancial de valores mobiliários — Arnoldo Wald .....	9
— La sindicatura como organo intrasocietario de control. Nuevas técnicas de control — Ana Isabel Piaggi .....	17
— O contrato de câmbio — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa .....	23
— A “joint venture” — Uma perspectiva comparatista — Luiz Olavo Baptista .....	39
— O poder de controle como bem imaterial do estabelecimento comercial — José Carlos de Magalhães .....	61
— Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas — José Alexandre Tavares Guerreiro .....	69

### JURISPRUDÊNCIA

— Cambial — Letra de câmbio — Emissão em moeda estrangeira — Desobrigatoriedade do registro — Possibilidade de ser pedido o pagamento na moeda nacional ao câmbio do dia do vencimento ou do pagamento — Inteligência do art. 41 da Lei Uniforme — Comentário de Mauro Rodrigues Penteado .....	89
— Concorrência desleal — Imitação servil — Atos confusórios — Art. 178, III do Decreto-lei 7.903, de 1945 — Comentário de Newton Silveira .....	96
— Concorrência desleal — Desvio de clientela — Reprodução de produto industrial alheio não protegido por patente ou registro — Irrelevância — Condenação — Comentário de Newton Silveira .....	98
— Propriedade industrial — Registro das marcas “JW” e “Capelinha” para distinguirem, na classe 37, a prestação de serviços de assistência técnica (art. 61, 3, do Código de Propriedade Industrial), indeferido pelo INPI, com base no parágrafo único do art. 62 da Lei 5.772/71 — Comentário de Lilian de Melo Silveira .....	101
— Nota Promissória — Requisitos essenciais — Correção monetária — Unidades padrão de capital — Decreto n. 2.044/908, arts. 51 e 54 — Comentário de Newton de Lucca .....	103
— Cambial — Nota Promissória — Valor em UPC — Ineficácia para execução — Recurso provido em parte — Comentário de Newton de Lucca .....	107
— Cambial — Nota Promissória — Valor em UPC — Contrato de financiamento com o BNH — Eficácia — Apelação não provida — Voto vencido — Comentário de Newton de Lucca .....	108
— Cambial — Valor em UPC — Inadmissibilidade — Juros da mora a partir do vencimento — Recurso provido em parte — Voto vencido — Comentário de Newton de Lucca .....	111
— Cooperativa — Café — Entrega — Inexistência de ato de depósito — Ação imprópria — Carência — Apelação provida — Comentário de Waldírio Bulgarelli ..	131

### ATUALIDADES

— Co-gestão empresarial .....	139
— A responsabilidade social do advogado de empresa — Egberto Lacerda Teixeira ..	147

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO .....	149
-----------------------------------	-----

## **COLABORAM NESTE NÚMERO:**

### **ANA ISABEL PIAGGI**

Professora Adjunta de Direito Comercial da Universidade de Buenos Aires — Secretária do Instituto de Direito Comercial da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade Nacional de La Plata.

### **ARNOLDO WALD**

Catedrático de Direito das Faculdades de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, Universidade do Estado da Guanabara e Universidade Federal Fluminense e da Faculdade de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro.

### **EGBERTO LACERDA TEIXEIRA**

Advogado em São Paulo.

### **HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA**

Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### **JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO**

Advogado em São Paulo.

### **JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES**

Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Mestre em Direito pela Universidade de Yale — Presidente da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá — Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo — Advogado em São Paulo.

### **LILIAN DE MELO SILVEIRA**

Advogada em São Paulo — Coordenadora da Comissão de Legislação do Instituto Interamericano de Direito de Autor, IIDA — Assessora Jurídica da Federação Nacional dos Arquitetos e Sindicato dos Arquitetos no Estado de São Paulo.

### **LUIZ OLAVO BAPTISTA**

Doutor da Universidade de Paris, Professor Convidado da Universidade de Michigan, Conselho Federal da OAB, ex-Presidente da AASP.

### **MAURO RODRIGUES PENTEADO**

Mestre em Direito — Professor Assistente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### **NEWTON DE LUCCA**

Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### **NEWTON SILVEIRA**

Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Diretor da "Cruzeiro do Sul Newmarc", Patentes e Marcas Ltda. — Secretário Geral Adjunto do IIDA — Instituto Interamericano de Direito de Autor — Advogado e Procurador junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

### **WALDÍRIO BULGARELLI**

Bacharel, Doutor, Professor Livre-Docente e Adjunto em Direito pela Universidade de São Paulo na disciplina de Direito Comercial — Professor dos cursos de graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP — Professor Titular de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie — Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca "Tullio Ascarelli"; Instituto Paulista de Direito Agrário; do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

# RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Evolução do problema — 3. Alcance da responsabilidade — 4. Responsabilidade por culpa ou dolo — 5. Responsabilidade civil — 6. Ação social — 7. Ação individual — 8. Responsabilidade individual e responsabilidade solidária.

## 1. Introdução

Deriva a responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas de um dever geral de diligência, inerente a todos quantos têm a incumbência de gerir patrimônios alheios. Essa referência fundamental, no entanto, é insuficiente para explicar concretamente o problema em todos os seus desdobramentos e implicações, notadamente quando se considera que uma das funções do administrador é a de representar a sociedade anônima perante terceiros, em juízo ou fora dele. A doutrina formulou distinção clara entre administração em sentido estrito e representação, diferenciando os respectivos poderes. Sob a designação genérica de administração, entender-se-ia, segundo Bonelli, a direção da atividade econômica desenvolvida pela sociedade, compreendendo a administração em sentido estrito, também chamada administração interna, e a representação, ou administração externa.<sup>1</sup>

A distinção entre um e outro fenômeno estaria precisamente na espécie de relações jurídicas consideradas em cada caso. No primeiro caso, seriam os administradores responsáveis pela condução dos negócios sociais na medida em que estes envolveriam os interesses próprios dos acionistas em sua vinculação com a sociedade. Sob esse prisma, a função gestória corresponderia a uma atividade dita interna, que deveria basicamente atender ao chamado interesse coletivo, ou interesse social, originado da própria formação da personalidade jurídica, como realidade associativa voltada a um fim determinado.<sup>2</sup> O escopo da sociedade, expresso em seu objeto estatutário, teria, nessa visão do problema, o condão de determinar os poderes dos administradores e, conseqüentemente, constituiria o ponto de partida para a determinação de sua responsabilidade.

Já a representação configuraria o aspecto externo da administração, na medida em que embasaria os poderes dos administradores no tocante ao relacionamento jurídico da sociedade com terceiros, cujos interesses o ordenamento positivo tutelaria, ao consagrar uma diversa correlação de poderes e de responsabilidades.

Conquanto discutível a diferenciação doutrinária entre administração *stricto sensu* e representação,<sup>3</sup> já que ambas, em última análise, encontrariam o respec-

1. *La Società Semplice*, Giuffrè, Milão, 1947, pp. 293 e ss.

2. Sobre o conceito de interesse social, v. Jaeger, *L'Interesse Sociale*, Giuffrè, Milão, 1972.

3. Cf. Vassalli, *Responsabilità d'Impresa e Potere d'Amministrazione*, Giuffrè, Milão, 1973.

tivo fundamento no dever de diligência, tem ela o mérito de pôr em relevo duas ordens de interesses até certo ponto distintos (o interesse social e o interesse de terceiros), ao mesmo tempo em que destaca um aspecto do problema que de perto diz respeito à estrutura administrativa da sociedade anônima brasileira, tal como disciplinada pela Lei 6.404. Em nossa sistemática, a representação da companhia é privativa dos diretores (art. 138, § 1.º), o que significa que o relacionamento da sociedade com terceiros se dá através dos diretores e não dos membros do Conselho de Administração, muito embora determinadas deliberações desse órgão colegiado devam produzir efeitos perante terceiros, como é o caso, por exemplo, da própria eleição dos diretores, que lhe compete, nas sociedades que possuam dito Conselho.

Já por aí se observa a complexidade do problema, à vista, principalmente, da diversidade de interesses tutelados pelas normas que definem a responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas. O equacionamento correto da questão necessita, por isso mesmo, de prévia indagação acerca da natureza da relação jurídica estabelecida entre a sociedade e o administrador. A lei brasileira (Lei 6.404, de 15.12.76) não qualifica explicitamente o caráter dessa relação jurídica, mas do seu contexto podem se extrair elementos capazes de fornecer as características definidoras do regime de direito a que se subordinam os gestores dos negócios sociais. O recurso à experiência do direito comparado, contudo, empresta utilíssimos subsídios ao estudo da matéria, pois o fenômeno em exame tem experimentado sensível evolução no ordenamento positivo das nações civilizadas, sob o influxo construtivo da doutrina.

## 2. Evolução do problema

Durante muito tempo, enxergou-se na relação entre o administrador e a sociedade um vínculo de natureza puramente contratual, resultando desse posicionamento a noção de que as infrações aos deveres gestórios suscitaria a responsabilização dos infratores com base nas regras de direito comum, atinentes ao inadimplemento das convenções. Essa caracterização contratual da figura do administrador repousava no instituto do mandato, de tal sorte a justificar a irresponsabilidade pessoal pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, com a ressalva dos atos praticados em excesso de poderes, à semelhança do que genericamente ocorre no âmbito do direito comum.

Assim, o art. 121 do ab-rogado Código Comercial italiano de 1882, dispunha no sentido de que a sociedade anônima seria administrada por um ou mais mandatários, temporários, demissíveis, acionistas ou não. A doutrina de então, reconhecendo que ao legislador não caberia a determinar a natureza jurídica de uma dada relação, já prenunciava a inadequação do mandato para embasar o nexó gestório, uma vez que aos administradores se impunha, também, a obrigatória observância de determinados preceitos legais, cujo conteúdo transcendia os deveres próprios do mandatário.<sup>4</sup>

No mesmo sentido se orientou o direito francês, explicitando o art. 32 do Código de Comércio napoleônico que os diretores e administradores não seriam

4. Veja-se, a respeito, *Das Sociedades e Associações Comerciais*, de Navarrini e Faggella, trad. brasileira, Konfino, Rio, 1950, II/148. Cf. também as remissões de Roberto Bove, *Responsabilidade dos Gestores das Sociedades Anônimas*, São Paulo, 1958, p. 126.

responsáveis senão pela execução de seu mandato, o que posteriormente se confirmou com a Lei de 24.7.1867, cujo art. 22 terá eventualmente servido de matriz ao legislador italiano de 1882, tal a identidade do teor dos dispositivos respectivos.

Sem embargo dos prenúncios na doutrina precedente, foi a lei acionária alemã de 1937 que, do ponto de vista *jus positum*, dissociou a administração societária das concepções tradicionais, com a introdução, no cenário legislativo, da figura do gestor de sociedade anônima como titular de uma posição orgânica (*Organträger*),<sup>5</sup> veio a criar a noção do dever de diligência inteiramente destacado da normatividade do mandato e fundamentalmente resultante do dever de diligência próprio de um dirigente de empresa ordenado e consciencioso.<sup>6</sup> Idêntico preceito se contém, aliás, na lei germânica de 1956 (§ 93).

A teoria organicista, em contraste com as concepções de caráter contratual, transporta a responsabilidade dos administradores de companhias, do campo do inadimplemento contratual para a esfera dos ilícitos civis, de natureza aquiliana. Já por aí se nota quão relevante se mostram as distinções que vimos fazendo. Como observa Orlando Gomes, a vantagem de retirar-se do âmbito contratual a responsabilidade do administrador manifesta-se, entre outras conseqüências, quanto ao ônus da prova da culpa, gradação desta, ressarcibilidade do dano imprevisível e prazo da prescrição.<sup>7</sup>

Brunetti formulou com precisão o caráter orgânico da administração social, rompendo com a concepção contratualista do mandato e acentuando que as entidades diretivas atuam complementarmente à assembléia, entendida esta como órgão constitucional, atribuindo aos administradores o caráter de órgãos de gestão, aos quais incumbe dirigir e representar a sociedade.<sup>8</sup>

Na Itália, a partir do *Codice Civile*, de 1942, a concepção organicista superou a visão contratualista, tanto que as disposições pertinentes à gestão dos negócios sociais se acham inseridas na seção destinada a regular os órgãos sociais (Seção VI, do Capítulo V, do Título V, do Livro Quinto), que são, precisamente, a assembléia e os administradores.

Como bem reconheceu Frè, o órgão administrativo é previsto como um elemento necessário, constitutivo do ente social.<sup>9</sup> Impossível, efetivamente, adotar outro conceito, uma vez que a vontade social, expressa nas deliberações assembleares, necessita de meios próprios de exteriorização. Sob esse ponto de vista, a gestão social compreende, em sentido amplo, tanto a assembléia quanto a administração, atuando esta última em caráter complementar àquela e derivando de tal concepção a distinção basilar, aliás altamente relevante para o exame desta matéria, entre a administração ordinária e a extraordinária.

5. Cf. Vincenzo Allegri, *Contributo allo Studio della Responsabilità Civile degli Amministratori*, Giuffrè, Milão, 1979, p. 4.

6. "Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden".

7. "Responsabilidade dos Administradores de Sociedades por Ações", RDM (Nova Série), 8/13.

8. *Trattato del Diritto delle Società*, Milão, Giuffrè, 1948, p. 362.

9. Giancarlo Frè, *Società per Azioni*, 4.ª ed., Zanichelli, Bolonha, 1972, p. 404.

Em ensaio sobre o problema no direito francês, Berdah atribuiu aos administradores a função de representar a sociedade, e não a de se comportarem como verdadeiros mandatários. Parece-nos irrefutável sua argumentação no sentido de que a representação corresponde, no caso, a uma necessidade orgânica: meio de acesso do ente moral à capacidade jurídica. Não há, pois, confundir tal realidade com o que ocorre com relação ao mandante, que já é provido de capacidade jurídica e que apenas se vale do mandato por conveniência ou comodidade.<sup>10</sup>

No direito brasileiro, parece igualmente estar definitivamente superada a configuração jurídica do administrador como simples mandatário, habilitado à prática de atos de gestão ordinária por força do estatuto, mas dependente de poderes especiais do mandante (no caso, a assembléia geral) para a prática dos atos de gestão exorbitantes da simples administração. Para demonstrar a inadequação do mandato como vínculo entre o administrador e a sociedade, bastaria, a rigor, lembrar que a função administrativa é indelegável (art. 139 da Lei 6.404), ao passo que a delegação de poderes não repugna à essência dogmática do mandato, *ex art.* 1.300 do CC.<sup>11</sup>

Em nossa doutrina anterior à Lei 6.404, ao tempo, ainda, do Decreto 434, de 4.7.1891, Soares de Faria, em dissertação acadêmica, dizia acompanhar a corrente doutrinária que considerava os administradores como órgãos da sociedade, uma vez que a lei atribuía a esta, acertadamente, a qualidade de pessoa. Mas vacilava o professor da Faculdade de Direito de São Paulo, ao admitir que, em face do direito civil e da lei das sociedades anônimas, seriam eles mandatários, o que, a seu ver e no de Carvalho de Mendonça, não impedia que pudessem ser também considerados órgãos da sociedade.<sup>12</sup>

Já sob a égide do Dec.-lei 2.627, de 1940, Gudesteu Pires, repudiando a relação jurídica baseada no mandato, ressaltou que a vontade da sociedade se manifesta pelos próprios diretores, acentuando, a seguir, que estes não são estranhos à pessoa da sociedade, como o mandatário em relação ao mandante.<sup>13</sup> No mesmo sentido, a lição de Cunha Peixoto, no sentido de que os administradores não agem em nome da sociedade; ela própria é que manifesta sua vontade por intermédio da pessoa física do diretor.<sup>14</sup> Sintetizando ampla refutação à concepção contratualista, Valverde, em proposição lapidar, concluiu, ainda sob o regime do Dec.-lei 2.627, de 1940, que as funções de diretor ou administrador de uma sociedade anônima não se vinculam a contrato, mas decorrem do próprio aparelhamento da pessoa jurídica.<sup>15</sup>

Com o advento da Lei 6.404, esses conceitos fundamentais não sofreram modificações. Poder-se-ia questionar se a alusão do novo diploma legal, no art. 157, § 1.º, *d*, a contratos de trabalho firmados pela companhia com os diretores não infirmaria as conclusões hoje consagradas sob a égide da teoria organicista da

10. *Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions*, Sirey, Paris, 1974, p. 122.

11. Sobre esse enfoque e outros, cf. Roberto Bove, *ob. cit.*, pp. 127 e ss.

12. *Do Abuso da Razão Social*, 1933, Saraiva, São Paulo, p. 146.

13. *Manual das Sociedades Anônimas*, Freitas Bastos, Rio-São Paulo, 1942, p. 244.

14. *Sociedades por Ações*, Saraiva, São Paulo, 1973, 4/75.

15. *Sociedades por Ações*, 2.ª ed., Forense, Rio, 1953, II/278.

administração social. Em verdade, como já se escreveu, há, na espécie, duas esferas distintas de relações jurídicas a considerar: de um lado, relações internas, entre o diretor e a sociedade, reguladas pelo contrato de trabalho, e, de outro, relações externas, entre a sociedade e terceiros, nas quais o diretor assume o papel de órgão social, com a prerrogativa de representação legal da pessoa jurídica, e com a atribuição dos poderes necessários ao seu funcionamento regular.<sup>16</sup>

Pelo exposto, pode-se concluir, que a responsabilidade dos administradores tem como pressuposto sua condição de órgãos sociais, através dos quais se expressa a vontade coletiva, emanada das deliberações da assembléia geral.

### 3. Alcance da responsabilidade

A partir dessa premissa, entende-se porque a lei declara não ser o administrador responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade (art. 158). Atuando como órgão da pessoa jurídica, nada mais faz a pessoa física do administrador do que realizar a vontade do ente coletivo. No relacionamento com terceiros, é a própria sociedade anônima que se obriga, inexistindo, em consequência, qualquer razão capaz de justificar o comprometimento pessoal do administrador e de seu patrimônio particular em virtude de atos praticados como representante da companhia, ressalvadas as exceções previstas em lei, quer no diploma que rege as sociedades por ações, quer na legislação especial, que adiante se mencionará.

A irresponsabilidade do administrador pelas obrigações contraídas em nome da sociedade tem no entanto como pressuposto a prática de ato regular de gestão, conforme o teor do art. 158 da Lei 6.404. Cumpre indagar, pois, o que significa ato regular de gestão. Tal expressão, que já constava do Dec.-lei 2.627 (art. 121), não deve nem pode ser entendida com abstração do conceito de administração ordinária, antes referido. Em verdade, o art. 158, a exemplo do que ocorria no diploma revogado, parece ter incidido em manifesta tautologia, ao erigir como pressuposto da irresponsabilidade do administrador a condicionante de ter o ato por ele praticado se revestido da conotação necessária de ato regular de gestão.

Realmente, enquanto o *caput* do art. 158 a tal se refere, o seu inciso II atribui responsabilidade civil ao administrador que haja violado a lei ou o estatuto. Ora, os únicos parâmetros admissíveis para a aferição da regularidade do ato de gestão são exatamente os preceitos da lei e às disposições do estatuto. Assim sendo, não há sentido para a duplicidade de condições, confundindo-se o ato irregular de gestão com o ato praticado com violação da lei ou do estatuto.

A lei impõe deveres específicos aos administradores, deveres esses que se entroncam na ampla proposição contida no art. 153, segundo a qual o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios. A imposição de tais deveres, pela lei, apresenta conteúdo nitidamente finalístico, como se inferé do art. 154, uma vez que a atividade dos administradores só se legitima na medida em que se dirige à consecução dos fins

16. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, Bushatsky, São Paulo, 1979, 1/442.

sociais, no interesse da companhia, satisfeitas, ainda, as exigências do bem público e da função social da empresa.

Conseqüentemente, será ato irregular de gestão todo aquele que resultar da infração de dever legal do administrador, qualquer que seja. Assim, *exempli gratia*, se o diretor contrair obrigação lesiva ao interesse social, estará, *ipso facto*, infringindo o dever estatuído no art. 153, de tal sorte que, comprovada a falta de cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios bens, responderá o diretor pela obrigação contraída, configurando-se, na espécie, ato irregular de gestão. É o que pode ocorrer, por exemplo, na concessão de aval ou prestação de fiança de favor, em benefício de terceiros, quando represente obrigação contraída sem qualquer nexo com os fins e os interesses da companhia, resultando desrespeitado, na hipótese, o preceito do art. 154, cujo § 2.º, aliás, veda estritamente a prática de ato de liberalidade à custa da companhia.

A questão se coloca na mesma perspectiva, quando o ato praticado pelo administrador contraria o estatuto. Se este, *exempli gratia*, subordina a alienação de bens do ativo permanente da companhia à aprovação prévia da assembléia geral ou do conselho de administração, o diretor não pode prescindir da autorização preliminar para vender propriedades da sociedade, sob a pena de assumir o ônus da reparação civil que couber. A alienação não autorizada de bens do ativo permanente representa, a um tempo, violação do estatuto e ato irregular de gestão.

Transação dessa natureza traduz excesso de poderes, não sendo nula ou anulável, como já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal<sup>17</sup> acarreta, entretanto, a responsabilidade pessoal do diretor que a efetuou *ultra vires*. Trata-se de violação do estatuto, caracterizando, ao mesmo tempo, ato irregular de gestão.

Cabe notar, a título de ilustração, que o Código Civil italiano, ao cuidar da responsabilidade dos administradores para com a sociedade, em seu art. 2.932, erige como fonte dos deveres gestórios tão-somente a lei e o ato constitutivo da companhia.

Não se pode negar, na experiência concreta, que se defere aos administradores certa margem de discricionariedade na condução dos negócios sociais, pois nem a lei nem o estatuto poderão jamais definir, com exatidão e amplitude exaustiva, as condições específicas de legitimação dos gestores à prática dos chamados atos regulares de gestão, individualmente considerados. Na aferição da conduta dos administradores, dois fatores, porém, introduzem elementos valorativos de singular expressão. Em primeiro lugar a relativa discricionariedade da gestão tem por limite específico o objeto social, que há de ser definido no estatuto de modo preciso e completo, segundo o preceito do § 2.º do art. 2.º da lei. Além dessa limitação de caráter objetivo, outro temperamento se impõe: a liberdade de gestão somente se admite enquanto ordenada a perseguir um escopo concreto: o atendimento do interesse social.

Até certo ponto, o limite e o escopo se entrelaçam. E, também, de certo modo, a observância do objeto social e a consecução do interesse social derivam

17. RE n. 85.100, de São Paulo, julgado pela 1.ª Turma, relator Min. Cunha Peixoto, em 21.2.78, RTJ 92/183.

primariamente da própria lei, como normas imperativas que devem reger o procedimento dos administradores.

No tocante ao objeto social como fator delimitador da atividade administrativa, há que ressaltar sua íntima conexão com os poderes de representação conferidos aos diretores. Tal conexão, como assinalou Vincenzo Allegri, corresponde à exigência de harmonizarem-se dois interesses potencialmente diversos: de um lado, o objetivo de evitar que os administradores atuem além dos limites do objeto estatutário e, de outro, a necessidade de tutelar a boa fé de terceiros.<sup>18</sup>

O significado especial das precedentes considerações está em que os atos dos administradores, que violem a lei ou estatuto, não obrigam a sociedade. A hipótese do excesso de poderes estatutários bem ilustra o sentido da responsabilidade de que se trata. Pode-se dizer, em coerência com o que ficou atrás consignado, que o diretor só é órgão da sociedade na medida em que atua como tal, ou seja, subordinado ao equacionamento de suas atribuições, dentro dos limites de representação que dimanam da literalidade do objeto social estatutário, e sob o enfoque finalístico do interesse social. E ainda mais. Os poderes concretos para a prática de atos determinados devem ser aferidos por referência às disposições estatutárias, que os graduam e hierarquizam, consoante um ordenamento específico.

O regime de publicidade das sociedades anônimas, baseado no arquivamento no Registro do Comércio de atos constitutivos e suas alterações, atas de assembleias gerais e de reuniões de conselho de administração e de diretoria, associado à sua publicação, deve ser considerado a causa da irresponsabilidade da sociedade por atos praticados por administradores com violação do estatuto, pois presume-se que os terceiros contratantes conheçam a estrutura formal de poder de cada companhia, e a legitimação de seus respectivos representantes legais.

O rigor de tal conclusão não deve, todavia, ser tomado em sentido absoluto, em nome do postulado que assegura proteção à boa fé de terceiros. A própria relação orgânica entre sociedade e administrador pode induzir, em determinadas hipóteses, a aparência do direito, cuja eficácia constitui um dos mais relevantes aspectos evolutivos da teoria jurídica. Saber-se se a sociedade se obriga por ato *ultra vires* praticado por diretor tende a ser uma determinação valorativa, em cada caso concreto, porquanto o erro do terceiro contratante há que ser avaliado em relação a um padrão médio de pessoa, de conhecimentos relativos. A obrigação contraída irregularmente pela sociedade com uma instituição financeira afeita à verificação dos poderes dos administradores intervenientes não pode evidentemente prevalecer, pois a constatação do excesso *ultra vires* não refugiria à esperada diligência da contratante. Mas, como bem notou Luiz Gastão Paes de Barros Leães, a verificação dos poderes dos diretores no Registro do Comércio não é fácil, nem entrou nos hábitos do homem comum.<sup>19</sup>

Nessas condições, nem sempre se poderá sustentar que pelas obrigações contraídas por administradores em nome da sociedade, com violação do estatuto, não responde esta, mas somente aqueles arcam com a responsabilidade. A atribuição exclusiva da responsabilidade patrimonial pelo ato *ultra vires*, ao administrador que excedeu seus poderes, com a correspondente isenção da sociedade,

18. Ob. cit., p. 133.

19. Comentário, RDM (Nova Série), 2/81.

poderá, ainda, corresponder a um comprometimento do ideal de justiça, que está na base de toda regra jurídica, na medida em que os danos causados pelo administrador não possam ser por ele ressarcidos, em virtude da enorme desproporcionalidade entre o vulto de tais danos e a magnitude do patrimônio individual do mesmo administrador.

Se essa consideração é relevante quanto a dano causador à própria sociedade,<sup>20</sup> *a fortiori* se há de valorizá-la no tocante aos prejuízos suscetíveis de serem causados aos acionistas e a terceiros, cujo ressarcimento, em determinadas hipóteses é impossível e irrealizável, sem o concurso patrimonial da sociedade, o que não constituirá nenhuma heresia jurídica no caso, *verbi gratia*, de se ter ela beneficiado dos resultados do ato irregular de gestão. Em tal hipótese, manifesto seria o enriquecimento sem causa da sociedade, se ela não concorresse na providência reparatória. Para lembrar da veneranda lição de Jorge Americano, por todo o terreno do direito se encontra a infiltração do princípio da equidade.<sup>21</sup> Válida e oportuna, ainda, a observação de Paulo Afonso de Sampaio Amaral, embora inserta em comentário a aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo versando sobre o problema nas sociedades por quotas: o proveito logrado pela pessoa jurídica equivale a uma espécie de ratificação do ato, convalidando-o para efeito de vinculá-la, da mesma forma que a ratificação do mandante sana o excesso de mandato praticado pelo mandatário.<sup>22</sup>

Firma-se a jurisprudência no sentido que vimos apontando. Exemplo do entendimento pretoriano sobre a matéria deu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao proclamar que o aval dado pelo representante de sociedade comercial, embora com desobediência à proibição dos respectivos estatutos, obrigará a pessoa jurídica perante o terceiro de boa fé.<sup>23</sup> E o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão de que foi Relator o Min. Thompson Flores, já declarou que ainda que o desvio de finalidade da firma, ou a infração de seu contrato social, resulte de ato de uma única pessoa dirigente da mesma, o abuso por ela cometido não exonera a sociedade da responsabilidade em face de terceiro de boa fé. Como adverte a ementa do aresto, compete à empresa zelar e observar os atos praticados por seus sócios dirigentes, não lhe sendo lícito alegar ignorância de tais atos, em prejuízo de terceiros.<sup>24</sup>

Concluindo, temos a sintetizar, do exposto, a equivalência conceitual entre ato irregular de gestão e atos praticados por administrador com violação da lei ou do estatuto. Em princípio não se obriga a sociedade em razão da prática de tais atos; as obrigações decorrentes são da responsabilidade individual do administrador. No entanto, a irresponsabilidade da sociedade não pode, na espécie, ser tomada com absoluto rigor, sendo mister a verificação em concreto de cada caso em especial,<sup>25</sup> em atenção aos interesses de terceiros de boa fé. Registra-se, no estágio atual do direito brasileiro, nítida tendência no sentido de configurar

20. Cf. Allegri, ob. cit., p. 118.

21. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*, Saraiva, São Paulo, 1933, p. 69.

22. RDM (Nova Série), 6/99.

23. RT 447/252.

24. RT 443/345.

25. Cf. José Alexandre Tavares Guerreiro, *Comentário a decisão do STF (RE 74.913-RJ)* RDM (Nova Série), 19/90.

a responsabilidade da sociedade anônima pelas obrigações contraídas por administradores agindo com violação da lei ou do estatuto, quando o terceiro contraente se verifique estar de boa fé.

De outro lado, conforme a seguir veremos, o administrador responde civilmente pelos prejuízos que causar, quando proceder dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo, nos termos do art. 158, I da Lei 6.404.

#### 4. Responsabilidade por culpa ou dolo

Para o correto entendimento da sistemática legal referente à responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas, à luz do art. 158 da lei vigente, há que traçar necessária distinção entre as hipóteses contempladas nos dois incisos do aludido dispositivo legal. Já nos detivemos sobre a responsabilidade decorrente de violação da lei ou do estatuto, a qual se acha prevista no inciso II do art. 158. Em tal caso, as conseqüências reparatórias imputadas ao administrador prescindem da existência de culpa no seu proceder, bastando que se evidencie a causação de prejuízos, quer à sociedade, quer aos acionistas, quer ainda a terceiros.

Ocorrendo violação da lei ou do estatuto, por parte do administrador, e desde que configurado o nexos causal entre seu ato e o prejuízo sofrido, há presunção de culpa, pela própria natureza da violação.

Já na hipótese do inciso I, do art. 158, além do nexos causal, que é pressuposto necessário de todo dever reparatório, há que se demonstrar a culpa ou dolo do administrador que, com seu procedimento, tiver determinado a ocorrência de prejuízos.

Enquanto, em princípio, o procedimento do administrador, enquadrado no inciso II do art. 158, não implica em responsabilidade da companhia, no caso do inciso I, ou seja, na prática de atos com culpa ou dolo pelo administrador, concorre necessariamente a sociedade como obrigada, ressalvado, naturalmente, o seu direito de regresso contra o dirigente culpado.

Como se observa, são manifestamente diversas as situações em foco. Mesmo que o administrador aja dentro de suas atribuições e de conformidade com os poderes que a lei e o estatuto lhe conferem, pode ele desvirtuar as finalidades da gestão, procurando benefício próprio ou alheio, mas em detrimento da sociedade, de seus acionistas e de terceiros. Evidentemente, não pode a sociedade deixar de responder perante terceiros que com ela se relacionaram, *exempli gratia*, celebrando determinado contrato, porquanto a tais terceiros não se poderá exigir mais do que a normal diligência em verificar se o administrador que representa a sociedade procede, no caso, consoante as normas que lhe determinam seus poderes e atribuições. O contrato celebrado, no exemplo fornecido, permanece válido e eficaz entre as partes, ainda que ruinoso para a sociedade e seus acionistas, cabendo entretanto a estes, àquela ou a ambos, conforme o caso, promover a responsabilização do administrador culpado.

Como bem adverte Paulo Salvador Frontini, há que entender-se que a alusão da lei à culpa ou dolo não corresponde senão à culpa civil, para cuja caracterização faz-se remissão aos princípios e normas de direito privado, que regem

a matéria.<sup>26</sup> Como exemplo de culpa na gestão dos negócios sociais, Sampaio de Lacerda foi buscar em Carvalho de Mendonça, a falta de protesto, quando necessário e a não execução do devedor, quando ainda solvente; e como atos dolosos, o desvio de fundos sociais, além de várias outras hipóteses, anotadas pelo próprio Sampaio de Lacerda, como o não pagamento de impostos nos prazos legais, de forma a serem acrescidos de multa, juros e correção monetária, além de custas judiciais, se chegar à execução, bem como o fato de deixar caducar o direito à renovação da locação do imóvel onde esteja instalado algum dos estabelecimentos da companhia.<sup>27</sup>

Mais ilustrativa, no entanto, seria a hipótese de celebração de contrato em que o administrador intervisse decisivamente, motivado por interesses torpes, sabendo que a avença resultaria danosa à companhia, ou pelo menos podendo razoavelmente prever a ocorrência de eventos ruinosos ao seu patrimônio.

Muito embora o inciso I do art. 158 da lei vigente, corresponda *ipsis verbis* ao inciso I do § 1.º do art. 121 do revogado Dec.-lei 2.627, o preceito adquire conotações especiais no contexto do novo diploma legal. Aludindo a atribuições e poderes, o dispositivo sugere a observação de que, na sistemática da Lei 6.404, a administração das companhias apresenta caráter dicotômico, repartindo-se entre o Conselho de Administração e a Diretoria, conforme dispuser o estatuto, de acordo com o art. 138. Terão obrigatoriamente Conselho de Administração as companhias abertas e as de capital autorizado (art. 138, § 2.º), bem como as sociedades de economia mista (art. 239).

Cada um desses órgãos administrativos tem competência própria, e, portanto, atribuições e poderes específicos, prescrevendo a lei que a representação da companhia é privativa dos diretores (art. 138, § 1.º), enquanto que a alçada do Conselho de Administração, órgão de natureza deliberativa, se encontra definida no art. 142. Mesmo considerando a subordinação hierárquica da Diretoria ao Conselho de Administração, que a elege e destitui a qualquer tempo, as atribuições e poderes de um e outro órgão devem ser autonomamente considerados, para efeito de determinação das responsabilidades atribuíveis aos integrantes de cada qual.

Da mesma forma como o Conselho de Administração, ao tomar determinada deliberação de que decorram prejuízos pode ser responsabilizado à vista do dolo ou culpa que a viciou, e independentemente da execução ou implementação da mesma, que cabe aos Diretores, como representantes legais da companhia, estes podem, de seu lado, ser enquadrados no inciso I do art. 158, sem que lhes seja dado invocar como excludente a decisão do Conselho de Administração, pois cada administrador responde por sua própria culpa. Para a individualização das responsabilidades, recorrer-se-á ao estatuto e à própria lei, a fim de determinar os poderes e atribuições dos envolvidos e o grau de diligência exigível de cada um, em determinada situação concreta.

Assinale-se, em complemento, que o Diretor não está adstrito necessariamente à imposição indevida que lhe faça o Conselho de Administração, se esta

26. "Responsabilidade dos Administradores em Face da Nova Lei das Sociedades por Ações", RDM (Nova Série) 26/45.

27. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Saraiva, São Paulo, 1978, p. 207.

contrariar os imperativos legais e estatutários que regem sua conduta. A hierarquia dos órgãos em questão não suprime os deveres aos quais se acham jungidos *ex vi legis* os Diretores, cabendo-lhes o ônus de resistir a determinações em contrário. Da mesma forma, como sustenta a melhor doutrina, todo e qualquer administrador tem o poder-dever de impugnar ou não acatar as deliberações assembleares divergentes da lei ou discrepantes do estatuto.<sup>28</sup>

Assim como a responsabilidade civil dos administradores, que o art. 158 estabelece, tem sempre e por definição um prejuízo (e nesse ponto cabe lembrar que não há responsabilidade *ex delictu* sem a ocorrência do evento danoso), para que nela incida o administrador não se prescinde da culpa *lato sensu*. Seguindo a chamada concepção normativa da culpa, deve o agente merecer um juízo de censura ou reprovação pessoal por ter agido ilicitamente, embora pudesse ter agido conforme o direito.<sup>29</sup>

Por fim, é imperioso que se reconheça que, na apreciação da culpa do administrador de sociedade anônima, para o efeito da caracterização de sua responsabilidade civil, a aferição do cumprimento do dever de diligência afigura-se essencial e imprescindível, devendo fazer-se remissão, neste passo, ao modelo insculpido no art. 153 da Lei 6.404, que, em última análise, se inspira no *bonus pater familias* da tradição romanística. Já nos referimos ao *standard* de conduta preconizado pela lei acionária alemã, que prevê um juízo fundado no conceito do dirigente de empresa ordenado e consciencioso. No direito italiano, o art. 2.392 do *Codice Civile* de 1942 faz referência à diligência do mandatário, como padrão a ser seguido.

Muito embora, na experiência societária contemporânea, inclusive a brasileira, o dever de diligência seja definido em abstrato, pela referência a modelos fundamentais, o julgamento do administrador de companhia deve se basear, a nosso ver, não no juízo de ilicitude, mas no juízo de culpabilidade, ou seja, há de verificar-se, em concreto, se o agente poderia, à vista das circunstâncias, ter atuado conforme o direito.<sup>30</sup> Assim, *exempli gratia*, como lembram Raul Ventura e Luiz Brito Correia, a medida da diligência exigível depende, em cada caso, das dimensões e do objeto da empresa.<sup>31</sup>

## 5. Responsabilidade civil

Fixados os princípios fundamentais que regem a responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas, à luz do art. 158 da Lei 6.404, e deixando para o item 8 a discussão sobre o caráter individual ou solidário dessa responsabilidade, importa examinar, na seqüência do raciocínio, o exercício da ação de ressarcimento a que estão sujeitos os administradores, em razão da causação de prejuízos. Já deixamos consignadas, a propósito, algumas idéias introdutórias,

28. Cf. Brunetti, ob. cit., 2/363.

29. Cf., a respeito, Raul Ventura e Luis Brito Correia, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anônimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas — Estudo Comparativo dos Direitos Alemão, Francês, Italiano e Português*, Lisboa, 1970, p. 134.

30. Em contrário, Berdah, ob. cit., p. 96.

31. Ob. cit., p. 97.

a saber: a) a responsabilidade civil dos administradores opera quer em função de culpa presumida, o que ocorre no caso de violação da lei ou do estatuto, quer em função de culpa ou dolo que necessitam de comprovada demonstração, como sucede na hipótese do inciso I do art. 158; b) em ambos os casos, trata-se de culpa delitual, de caráter aquiliano, não havendo que falar-se, na espécie em responsabilidade *ex contractu*; c) de qualquer forma, a ocorrência de prejuízos, ligados por nexo de causalidade, à ação ou à omissão dos administradores é *conditio sine qua non*, para a promoção da responsabilização civil de que se trata.

Suscetíveis de sofrer prejuízos decorrentes de ilicitudes verificadas na gestão social são, primariamente, a própria sociedade, seus acionistas e terceiros com que a pessoa jurídica se tenha relacionado, entre as quais se incluem, *exempli gratia*, as partes em contratos com ela celebrados, os credores sociais e os debenturistas. Mas não se pode excluir, à vista do art. 154, a existência de terceiros prejudicados que não tenham tido relações diretas, de índole negocial, com a companhia. O público, de uma forma geral, pode ser atingido pela *mala gestio*, notadamente quando é marcante a influência econômica e social da empresa em determinada comunidade, ou na hipótese de grandes sociedades abertas, com valores mobiliários largamente difundidos no mercado.

A problemática específica da ação de responsabilidade civil de que ora nos ocupamos, e que constitui o mais saliente aspecto da questão, diz respeito à *legitimatío ad causam* para invocar a providência jurisdicional cabível para reparar os prejuízos derivados da conduta defeituosa dos gestores sociais. Interessa-nos, em suma, a pertinência subjetiva da ação (ou ações de responsabilidade civil).

Trata-se da matéria o art. 159 da Lei 6.404.

Da leitura do dispositivo infere-se, desde logo, que os interesses em jogo são de ordem pública, pelo que se mostram absolutamente inválidas quaisquer convenções limitativas ou excludentes da responsabilidade dos administradores, justamente por ser tal responsabilidade de natureza extracontratual, como vimos reiterando desde o início do trabalho. Afastada, no direito brasileiro, a noção do mandato como matriz da relação entre os dirigentes sociais e a companhia, a responsabilidade daqueles é irrecusavelmente fundada no ato ilícito, cuja obrigação de ressarcimento, como assinala Scialoja, nasce da lei. Assim sendo, diz o mesmo Scialoja, a renúncia antecipada à ação de ressarcimento por violação da lei constitui convenção nula, porque contrária à moral, à ordem pública e aos bons costumes.<sup>32</sup>

## 6. Ação social

Por prejuízos causados ao seu patrimônio, legitima-se a sociedade a promover a ação de responsabilidade civil contra o administrador. De acordo com o *caput* do art. 158 da Lei 6.404, referida legitimação é condicionada a prévia deliberação da assembléia geral que, consoante o § 1.º do dispositivo, tanto poderá ser a ordinária quanto a extraordinária. Neste último caso, porém, deverá a matéria constar da ordem do dia (vale dizer, do edital de convocação, salvo se for consequência direta de assunto nela incluída).

32. *Apud* Brunetti, ob. cit., 2/392.

A prévia autorização assemblear para que a sociedade promova a ação de responsabilidade civil contra o administrador encontra seu ponto de referência fundamental na soberania do colégio acionário, que a lei brasileira consagra, a exemplo da italiana. Esse princípio, porém, sofre exceções, como se verá logo mais, não se podendo rigorosamente falar em soberania da assembléia em sentido absoluto.

Decidida pela assembléia geral a propositura da ação, esta há de ser promovida pelos representantes legais da sociedade, ou seja, pelos diretores, aos quais cabe privativamente tal representação, nos termos do art. 138, § 1.º. Consoante o que expusemos sobre o caráter orgânico da representação, a sociedade postulará, na hipótese, direito próprio, ainda que agindo através dos diretores, que expressam a vontade coletiva. Trata-se, sem dúvida, de hipótese de legitimação ordinária, caracterizando-se esta, na lição de Donalddo Armelin, quando houver coincidência entre o direito afirmado em juízo e a figura do autor.<sup>33</sup>

A ação de que ora tratamos é chamada, pela doutrina, de ação social *ut universi* de responsabilidade, dada sua pertinência subjetiva à própria sociedade prejudicada, sem embargo de seu exercício competir aos representantes legais da companhia, já que estes se consideram seus órgãos, integrantes do ente coletivo. No direito alemão, a assembléia geral pode designar representantes especiais para esse fim (§ 147 da lei acionária de 1965), o que não ocorre sob nosso diploma legal, ressaltando-se, entretanto, que o administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta a ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembléia (art. 159, § 2.º, da Lei 6.404).

O caráter *ut universi* da ação dessa forma intentada deriva não da causa do prejuízo sofrido pela sociedade, mas da natureza de tal prejuízo, na medida em que ele afete diretamente o interesse da própria parte que ingressa em juízo.

Conquanto configurado esse mesmo dano à sociedade, e regularmente aprovado pela assembléia geral o exercício da ação social, poderão quedar-se inertes os representantes legais da companhia, em flagrante infração a um dever derivado da própria determinação assemblear. Nessa hipótese, com o fim de prevenir o interesse social, defere a lei a qualquer acionista o direito de exercer a ação, se esta não for proposta no prazo de três meses da deliberação da assembléia geral (art. 159, § 3.º). Pode suceder, por outro lado, que o conclave dos acionistas haja por bem não promover a ação, caso em que esta poderá ser proposta por acionistas que representem cinco por cento, pelo menos, do capital social (art. 159, § 4.º).

Em ambos os casos, a ação é ainda social, ou seja, visa a reparação de prejuízos sofridos pela própria sociedade. Mas terá, nessas hipóteses, como autores, os próprios acionistas, quer por inércia dos representantes legais, quer pela deliberação majoritária no sentido do não exercício do direito à tutela jurisdicional. Qualquer que seja a hipótese, estaremos diante da ação social *ut singuli* de responsabilidade. Dúvidas quanto a tal caracterização jurídica do remédio judicial em tela se levantaram, no passado, no tocante à ação exercida por acionista face

33. *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979, p. 117.

à inércia dos representantes legais da sociedade,<sup>34</sup> já que o direito de ação deferido a acionistas, contrariamente à deliberação majoritária de não promovê-la *ut universi*, constitui relevante inovação da Lei 6.404, traduzindo expressiva garantia protetiva dos interesses minoritários.

Não há, porém, sentido em se procurar descaracterizar como ação social aquelas que podem ser exercidas por acionistas, com fulcro nos §§ 3.º e 4.º do art. 159 da Lei 6.404. Basta que se atente à circunstância de que os resultados de ditas ações revertem em proveito da companhia, *ex vi* do § 5.º do art. 159 do mesmo diploma legal. Trata-se, no caso, de legitimação extraordinária, verdadeira hipótese de substituição processual, em que, como disse Antônio Carlos de Araújo Cintra, há uma dissociação entre o sujeito da lide e o sujeito do processo (sociedade e acionistas, respectivamente).<sup>35</sup>

Segundo o art. 6.º do CPC, ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Nas hipóteses examinadas, o direito material pertine à sociedade, mas o direito de ação cabe aos acionistas, conforme a lei das sociedades por ações. A nosso ver, e contrariamente ao que sustenta Hamel<sup>36</sup> no direito francês, os acionistas que exerçam a ação social *ut singuli* não podem ser considerados, à luz de nossa sistemática, como órgãos ou representantes da sociedade. Considere-se que, em caso de decisão assemblear contrária à propositura da ação, o exercício desta, pelos acionistas legitimados, não representa a expressão da vontade social, manifestada na assembléia, razão pela qual não se pode dizer que tais acionistas, ao ajuizarem a medida judicial, o façam representando a sociedade, como seus órgãos.

Na praxe anglo-saxônica, a ação social *ut singuli* de responsabilidade é denominada *shareholders derivative lawsuit*.

O direito italiano não contempla a possibilidade de ação social intentada por acionistas, nem mesmo quando constituam uma *minoranza qualificata*, admitindo tão-somente que, para a desistência da ação já iniciada, bem como para a transação, seja necessária a anuência de acionistas representando, pelo menos, um quinto do capital social. É essa a interpretação que Vincenzo Allegri empresta ao último parágrafo do art. 2.393 do *Codice Civile*.<sup>37</sup>

Importante ressaltar, em coerência, aliás, com o caráter da ação social *ut singuli*, que, perante nosso ordenamento positivo, o acionista que a intente pode pleitear o ressarcimento dos danos causados à sociedade na totalidade, e não apenas na proporção de sua própria participação no capital social. No direito francês, anterior à lei de 1966, a jurisprudência se orientava no sentido contrário, ou seja, desautorizando a indenização integral dos prejuízos sofridos pela sociedade, na hipótese de ações sociais promovidas por acionistas contra administradores faltosos, muito embora tais acionistas tivessem requerido a consignação do produto indenizatório à própria sociedade. Na nova lei de 1966, no en-

34. Cf. Cunha Peixoto, ob. cit., 4/95, criticando a opinião dos irmãos Mazeaud e aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo.

35. Palestra proferida na Associação dos Advogados de São Paulo, em 1978, sob o título "Atuação Processual dos Direitos Decorrentes da Nova Lei das Sociedades Anônimas", reproduzida em publicação da mesma associação, *A Nova Lei das Sociedades Anônimas*.

36. *Traité de Droit Commercial*, Dalloz, Paris, 1954, 1/793.

37. Ob. cit., p. 79.

tanto, explicitou-se que os acionistas estariam habilitados a exigir a reparação de todo o dano sofrido pela sociedade, beneficiária de toda a indenização (art. 245). Com tal providência, diz Berdah, o legislador preferiu restaurar a verdadeira função da ação social exercida a título individual.<sup>38</sup>

Esse é o sistema da lei brasileira, tanto no caso do § 3.º quanto no caso do § 4.º do art. 159 da Lei 6.404.

O § 5.º do mesmo artigo dispõe no sentido de que o juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa fé e visando o interesse da companhia. Pretendeu o legislador de 1976 acentuar a exclusão da culpa por força da boa fé do administrador e da conseqüente inexistência de qualquer propósito indevido na sua conduta irregular no plano objetivo. Não há dúvida de que a lei procura, com tais exceções, uma valoração concreta do procedimento do administrador na esfera psicológica, o que confere ao juízo sobre cada caso, em particular, amplitude de apreciação subjetiva, por parte do julgador que, a rigor, não necessitaria de explicitação legislativa.

## 7. Ação individual

Por fim, mencione-se que o acionista pode ser diretamente lesado pelo ato (ou omissão) do administrador. Para defesa de seu próprio direito, tem ele, como legitimado ordinário, a ação individual de reparação, revertendo-lhe a eventual indenização. O mesmo ocorre com o terceiro prejudicado (art. 159, § 7.º).

A ação individual tem por pressuposto prejuízo do acionista como tal, *ut socii*. Em relação à sociedade, o acionista é verdadeiro terceiro, em razão da própria diferenciação ontológica, criada pelo direito, entre a pessoa jurídica e a pessoa de cada sócio. Mas o que se leva em conta, na ação individual, não é tal circunstância, senão a existência de lesão a direitos do acionista enquanto partícipe da comunidade acionária. Assim, por exemplo, é individual a ação do acionista contra os administradores que infringem o dever de lealdade, dispondo de informação relevante, não divulgada ao público, para obter vantagem na venda de ações da companhia no mercado, em detrimento do acionista que, ignorando referida informação relevante, deixa de vender suas próprias ações. Se os dados reservados, de que dispõe o administrador, indicam uma tendência baixista das cotações das ações da companhia, o acionista sofre prejuízo se retém suas ações, na expectativa contrária, ou seja, na esperança de valorização das mesmas (art. 155, §§ 1.º e 3.º da Lei 6.404, que prevêem a modalidade de infração conhecida como *insider trading*).

Na hipótese, não estão em jogo interesses sociais e, por isso mesmo, não está adstrito o acionista a qualquer prazo de prioridade para promover a responsabilidade dos administradores, como ocorre na ação social *ut singuli* prevista no § 3.º do art. 159, nem se requer do prejudicado uma participação percentual mínima no capital social, como ocorre na ação social *ut singuli* a que alude o § 4.º do mesmo dispositivo legal.

A Lei 6.404 é clara ao estabelecer a total independência da ação individual em relação à ação social *ut singuli*.

38. Ob. cit., p. 190.

Também no caso da ação individual, o fundamento do pleito indenizatório do acionista é de natureza delitual, *ex lege*, não havendo sentido, em nosso direito, questionar-se sobre tal embasamento do pedido do prejudicado, à vista dos deveres legais dos administradores, enumerados pelo diploma societário. Na doutrina estrangeira, verificam-se vacilações, mas prevalece a natureza delitual de dita ação, admitida por Ripert,<sup>39</sup> no direito francês e por Fiorentino, no direito italiano,<sup>40</sup> sobre as concepções contratualistas, que supõem obrigação convencional dos administradores de não causarem prejuízos aos acionistas.<sup>41</sup> A lei alemã, porém, não comporta tal tipo de dúvidas, ao prescrever que os acionistas somente podem exigir ressarcimento direto dos administradores com fundamento em ato ilícito.

Com o desenvolvimento do mercado de títulos e valores mobiliários, a conscientização dos acionistas em relação a prejuízos pessoais que lhes possam ser infligidos pela conduta irregular dos administradores, induz a um crescente número de ações individuais, tendendo assim a resultar contrariada a assertiva de Escarra e Rault no sentido de que as *fautes de gestion* raramente dariam ensejo a tais procedimentos, uma vez que os danos reparáveis atingiriam, em princípio, o próprio patrimônio social.<sup>42</sup>

Também de natureza extracontratual é o fundamento das ações de terceiros prejudicados (não acionistas) pela violação dos deveres legais dos administradores. Trata-se, ainda aqui, de ação de ressarcimento por fato ilícito,<sup>43</sup> *exempli gratia*, ação de fornecedores ou credores baseada em dados falsos do balanço.

Resta mencionar, a esse respeito, que a aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores, salvo erro, dolo, fraude ou simulação, consoante o § 2.º do art. 134 da Lei 6.404.

## 8. Responsabilidade individual e responsabilidade solidária

Há que determinar, à luz dos dispositivos pertinentes da Lei 6.404, se a responsabilidade civil dos administradores pelos prejuízos que causarem, tem caráter individual ou, ao contrário, apresenta-se como solidária. Tanto sob a égide do Dec.-lei 2.627 quanto sob a vigente lei de sociedades por ações, o não cumprimento dos deveres legais, destinados a assegurar o funcionamento normal da sociedade anônima, determina a responsabilidade solidária dos administradores pelos prejuízos decorrentes, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles (Dec.-lei 2.627, art. 122 e Lei 6.404, art. 158, § 2.º). Assim, por exemplo, a falta de elaboração ou publicação das demonstrações financeiras anuais, que constitui fator impeditivo do funcionamento regular da companhia *ex vi legis*, tem o condão de acarretar a responsabilidade solidária dos administradores, não sendo de acolher-se pretendida escusa de um deles, a pretexto de

39. Ripert e Roblot, *Traité Élémentaire de Droit Commerciale*, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1963/1964, I/622.

40. *Gli Organi delle Società di Capitali*, Jovene, Nápoles, 1950, p. 146.

41. Cf. Giancarlo Frè, *ob. cit.*, p. 504.

42. *Traité Théorique et Pratique de Droit Commercial*, Sirey, Paris, 1954, IV/365.

43. Cf. Brunetti, *ob. cit.*, p. 399.

não lhe competir estatutariamente a obrigação descumprida. Diferente é a situação nas companhias abertas, em que a solidariedade, no tocante a deveres impostos pela lei para assegurar o funcionamento normal da sociedade, apenas ocorre entre os administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres (Lei 6.404, art. 158, § 3.º; veja-se, porém, o que dispõe o § 4.º).

Se o tratamento da matéria, nesse particular, se mostra claro e incontroverso, não ensejando maiores indagações nem suscitando dúvidas ao intérprete, o mesmo não se pode dizer quanto à fixação da responsabilidade civil dos administradores de companhias no concernente aos amplos deveres de gestão, que não digam respeito especificamente ao funcionamento normal da sociedade. Aqui, a problemática é evidente e não poucas questões se colocam sobre a correta interpretação do texto legal e sobre a aplicação prática de seus princípios.

Tendo já resultado pacífico o entendimento de que estamos, no assunto, em pleno domínio da responsabilidade civil e, conseqüentemente, de que a culpa dos gestores da pessoa jurídica é culpa extracontratual (culpa aquiliana), conforme aliás anteriormente expusemos, há que se estudar o tema à luz dos postulados do direito comum, contidos no âmbito do direito civil, sem que, entretanto, se perca de vista o conjunto de normas próprias que a Lei 6.404 dedica à matéria. Tais normas, a nosso ver, não fornecem o fundamento necessário à definição da extensão da responsabilidade dos administradores, senão apenas explicitam determinados aspectos do problema. Em sua essência normativa, entretanto, este se radica ao ordenamento do direito privado em geral.

Partamos da assertiva básica de que a ordem jurídica consagra, em termos de princípio, a incomunicabilidade da culpa.<sup>44</sup> Segundo esse postulado fundamental, cada administrador somente responderia por prejuízos decorrentes de sua própria culpa, não se lhe estendendo a imputabilidade pelos atos ilícitos praticados por outros administradores, afastando-se assim, em tese, o concurso solidário. Ocorre, contudo, que as variadas formas por meio das quais o prejuízo se determina ou se verifica, no direito societário, põem em relevo a unicidade do fato produtivo do dano, como a chamou Adriano de Cupis,<sup>45</sup> mas não escondem, de outro lado, a natureza complexa da gestão social e da exteriorização da vontade da sociedade.

A administração de qualquer pessoa jurídica pode ser singular ou plural, conforme desempenhada por um ou mais de um administrador. Nas administrações plurais, admite a doutrina várias distinções quanto à extensão dos poderes de cada administrador, mencionando-se, a respeito, a chamada administração disjunta ou separada, em que cada membro atua por si mesmo, e a administração conjunta, em que os respectivos membros devem atuar em grupos, mas independentemente de deliberação em conselho.<sup>46</sup> Diversa da administração conjunta ou separada, como notou Bolaffi, é a administração colegial. Na primeira, há pluralidade de órgãos, que agem concorrentemente. Já na segunda, o órgão é um só, de caráter unitário, contando, porém, com pluralidade de titulares, reu-

44. Veja-se a respeito, o Parecer de San Tiago Dantas, em RF 170/83.

45. *I Fatti Illeciti*, Vallardi, Milão, 1970, p. 111.

46. Cf. Raul Ventura e Luiz Brito Correia, ob. cit., pp. 30 a 33.

nidos em colégio.<sup>47</sup> As deliberações colegiais, conforme assinalou Venditti, prespõem um procedimento, que inclui a convocação do órgão colegial, sua reunião, discussão e deliberação, do qual resulta uma declaração colegial. Segundo o mesmo doutrinador, essa declaração ou ato colegial se submete a uma disciplina complexa, que se manifesta, geralmente, com uma acurada regulamentação formal.<sup>48</sup>

No sistema da lei brasileira, caracteriza-se o Conselho de Administração como órgão de deliberação colegiada (Lei 6.404, § 1.º, primeira parte), cabendo a ele, como luva, as observações de Venditti, tanto que o estatuto deve estabelecer as normas sobre convocação, instalação e funcionamento do órgão, que deliberará por maioria de votos (art. 140, IV), prevendo ainda o diploma legal a lavratura de atas das reuniões do Conselho de Administração (art. 142, parágrafo único).

Conquanto não lhe caiba, nem lhe possa caber *ex vi* do art. 138, § 1.º, a representação da companhia, é fora de dúvida que o Conselho de Administração pode ser responsável por prejuízos causados quer à sociedade, quer a seus acionistas, quer ainda a terceiros, em vista das atribuições e poderes que a lei e o estatuto lhe atribuem. Como órgão de deliberação colegiada, que é, o Conselho de Administração atua como tal, de sorte que seus titulares assumem nítida e indistarcável responsabilidade coletiva, vinculando-se, por conseguinte, pelo nexo solidário, na reparação dos danos causados em virtude da atuação do órgão.

Já a diretoria não é, necessariamente, organismo colegiado, mas o estatuto, consoante o § 2.º do art. 143, pode estabelecer que determinadas decisões, de competência dos diretores, sejam tomadas em reunião de Diretoria.

Considerada a estrutura administrativa da sociedade anônima, que toma como parâmetro básico a lei, mas se explicita concretamente no estatuto, pode-se afirmar que, nas deliberações ou decisões colegiais, existe, da parte de cada administrador, responsabilidade solidária presumida, que tanto deriva do dolo, quanto da culpa *stricto sensu*, caracterizada, esta última, fundamentalmente, pela negligência. Em sua clássica e extraordinária obra sobre a negligência na *Law of Torts* do direito inglês, Crisafulli assinala, com absoluta pertinência, a conexão entre a negligência e o dever de diligência<sup>49</sup> o que calha perfeitamente à hipótese que vimos analisando, pois o administrador, em órgão colegial, ainda que não se manifeste positivamente no sentido condenado pelo direito, solidariza-se com a maioria vencedora, se se cala e impede que se concretizem os efeitos danosos da deliberação ou decisão.

O procedimento do membro do Conselho de Administração, por lei, e do diretor, conforme a estruturação estatutária da Diretoria, há de ser avaliado, portanto, tomando-se como ponto de referência sua atitude subjetiva. Negligente será ele, para usar das palavras de Savatier, ao não advertir a terceiros sobre o

47. Ob. cit., p. 321.

48. *Collegialità e Maggioranza nelle Società di Persone*, Jovene, Nápoles, 1955, pp. 58 a 61.

49. Vincent Crisafulli, *De la 'Negligence' dans la 'Law of Torts' du Droit Anglais*, Rousseau, Paris, 1939, pp. 46 e ss.

estado de coisas que se terá criado, com o risco de causar prejuízo, ou ao não velar para que se impeça o dano.<sup>50</sup>

Em razão da violação do dever de diligência, prescrito no art. 153, caracteriza-se *ipso facto* a negligência, no sentido apontado por Crisafulli e Savatier, seguindo-se, como *consequentia juris* a responsabilidade solidária do administrador, em caráter presumido. Tal responsabilidade solidária representa exceção, aliás plenamente justificável, ao princípio da incomunicabilidade da culpa, e se acha consagrada, ainda que em termos algo equívocos e pouco harmônicos com a linguagem do direito comum, na primeira parte do § 1.º do art. 158 da Lei 6.404, que tem o sentido seguinte: o administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática.

Presume-se culpa *stricto sensu*, nesse sentido, no procedimento do administrador que integre órgão colegiado definido pela lei como tal (Conselho de Administração) ou assim caracterizado, ainda que para determinadas decisões (Diretoria, no caso do § 2.º do art. 143). Pouco importa a abstenção eventual do administrador na deliberação colegial, ou mesmo sua ausência do conclave a que lhe competia comparecer: a negligência abarca ambas as hipóteses; a culpa em ambas se caracteriza e bem assim a responsabilidade solidária.

Para eximir-se desta, entretanto, a lei indica ao administrador dissidente os meios de exoneração. Segundo a segunda parte do § 1.º do art. 158, deverá ele consignar sua divergência em ata de reunião do Conselho de Administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão de administração, ao conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia geral.

Na circunstância, porém, de o ato ilícito de outros administradores resultar ou for inerente a uma estrutura de gestão não-colegiada, como ocorre na generalidade dos casos dos atos (ou omissões), inexistente a presumida culpa do administrador que não praticou diretamente o ato ou não se omitiu em matéria alheia às suas específicas atribuições funcionais. Vigora plenamente na hipótese o postulado da incomunicabilidade da culpa, invertendo-se o *onus probandi*. Caberá ao prejudicado a prova da conivência do administrador, de sua negligência em descobrir o ilícito, ou de sua inércia no impedir a prática do ato danoso, de seu inequívoco conhecimento.

Poderá parecer sutil a distinção, mas afigura-se inafastável, à vista da sistemática em vigor. Não se pode negar a relatividade com que se deve avaliar o cumprimento do dever de diligência dos gestores sociais, para o efeito de vinculá-los solidariamente aos agentes diretos de práticas danosas. É o mesmo Savatier que afirma que a falta não comporta somente a violação de um dever, mas, no que tange ao agente, a possibilidade de observá-lo.<sup>51</sup>

Há, nesse contexto, inevitável aplicação do princípio da concepção normativa da culpa, a que já fizemos breve referência, sendo ainda de invocar-se, na apreciação concreta da negligência, a exigibilidade razoável de determinada con-

50. *Traité de la Responsabilité Civile*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951, I/216.

51. Ob. cit., p. 205.

duta. Em organizações complexas, mormente nas macroempresas, a diligência normal e razoavelmente exigível de cada administrador há que ser aferida em termos relativos, sob pena de se chegar até mesmo à objetivação indevida da culpa, e, no caso, à generalização indiscriminada da responsabilidade solidária dos administradores, o que não é desejável nem muito menos justo.

Por fim, cabe assinalar que, consoante os arts. 39 e 40 da Lei 6.024, de 13.3.74, submetem-se a regime especial os administradores de instituições financeiras, em relação aos quais se configura, *ope legis*, responsabilidade solidária. A matéria comporta amplas discussões, bem elaboradas por Arnaldo Wald com arrimo em farta jurisprudência e substanciosa doutrina.<sup>52</sup>

52. "A Culpa e o Risco como Fundamentos da Responsabilidade de Pessoal de Diretor de Banco", RDM (Nova Série) 24/29.

