

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO EMPRESARIAL I

ELOY P. LEMOS JUNIOR

MARIA DE FATIMA RIBEIRO

MARCELO ANDRADE FÉRES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito empresarial I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Eloy P. Lemos Junior, Maria De Fatima Ribeiro, Marcelo Andrade Féres – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-103-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Empresas – Legislação. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO EMPRESARIAL I

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Empresarial I, durante o XXIV CONGRESSO DO CONPEDI realizado em Belo Horizonte - MG, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, todos localizados na cidade sede.

Os trabalhos apresentados propiciaram importante debate, em que profissionais e acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas considerando o momento econômico e político da sociedade brasileira, em torno da temática central - Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade. Referida temática foi pensada para se refletir sobre a pobreza e a forma como essa condição vulnera a luta e o usufruto de direitos.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento da área jurídica e afim. Os temas apresentados do 9º GT foram agrupados por similitudes envolvendo o direito falimentar e recuperação judicial das empresas, Lei Anticorrupção, a Desconsideração da Personalidade Jurídica, assuntos relacionados à Responsabilidade Civil dos administradores, além da temática relacionada ao mercado de valores mobiliários. A doutrina dessa nova empresarialidade demonstra que a atividade empresarial deve se pautar, entre outros aspectos, em princípios éticos, de boa-fé e na responsabilidade social.

Os 28 artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com o Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Trabalho, na medida em que abordam itens ligados à responsabilidade de gestores, acionistas e controladores, de um lado, e da empresa propriamente de outro. Resgata, desta forma, os debates nos campos do direito e áreas específicas, entre elas a economia. Os debates deixaram em evidência que na

recuperação de empresas no Brasil há necessidade de maior discussão sobre o tratamento adequado dos débitos tributários. De igual modo, de forma contextualizada há a observância do compromisso estabelecido com a interdisciplinaridade.

Todas as publicações reforçam ainda mais a concretude do Direito Empresarial, fortalecendo-o como nova disciplina no currículo do curso de graduação e as constantes ofertas de cursos de especialização e de *stricto sensu* em direito.

O CONPEDI, com as publicações dos Anais dos Encontros e dos Congressos, mantendo sua proposta editorial redimensionada, apresenta semestralmente os volumes temáticos, com o objetivo de disseminar, de forma sistematizada, os artigos científicos que resultam dos eventos que organiza, mantendo a qualidade das publicações e reforçando o intercâmbio de idéias, com vistas ao desenvolvimento e ao crescimento econômico, considerando também a realidade econômica e financeira internacional que estamos vivenciando, com possibilidades abertas para discussões e ensaios futuros.

Espera-se, que com a presente publicação contribuir para o avanço das discussões doutrinárias, jurídicas e econômicas sobre os temas abordados.

Convidamos os leitores para a leitura e reflexão crítica sobre a temática desta Coletânea e seus valores agregados.

Nesse sentido, cumprimentamos o CONPEDI pela feliz iniciativa para a publicação da presente obra e ao mesmo tempo agradecemos os autores dos trabalhos selecionados e aqui publicados, que consideraram a atualidade e importância dos temas para seus estudos.

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro - Unimar

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior - Itaúna

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres - UFMG

Coordenadores

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS, CONSIDERANDO O SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO ADOTADO NO BRASIL

THE CIVIL LIABILITY OF THE CORPORATION MANAGER CONSIDERING THE MANAGEMENT SYSTEM ADOPTED IN BRAZIL

Thiago Salles Rocha

Resumo

Através de uma pesquisa que se utilizou de métodos histórico, jurídico-interpretativo, comparativo e propositivo e baseando-se no marco teórico de diversos doutrinadores entre eles Modesto Carvalhosa, Geraldo Sobral Ferreira e Paulo Fernando Salles de Toledo e o direito comparado, tendo como parâmetro as doutrinas e legislações italiana, alemã e francesa, o presente artigo objetiva demonstrar que, no atual sistema bipartido e optativo de administração de sociedades anônimas adotado no Brasil, a responsabilidade dos membros da diretoria e do conselho de administração possuem características próprias e diversas, sendo, em regra, individual e pessoal, para os membros da diretoria e solidária para os membros do conselho de administração. As exceções à regra também são apontadas no presente trabalho.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Administrador, Sociedade anônima, Sistema de administração

Abstract/Resumen/Résumé

Through a survey that used historical, interpretative, comparative and purposeful methods and based on the theoretical framework of several scholars - among them Modesto Carvalhosa, Geraldo Sobral Ferreira and Paulo Fernando Salles de Toledo - and comparative law, by the parameters of Italian, German and French doctrine and law, this paper aims demonstrate that, in the current two-tier and optional management system of corporations adopted in Brazil, the responsibility of the executive members and the board of directors members have their own and different characteristics, in general, individual and personal, for executive members and joint for the board of directors members. Exceptions are also identified in this study.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil liability, Manager, Corporation, Management system

1 INTRODUÇÃO

A sociedade anônima é notoriamente reconhecida como a forma de constituição empresarial mais complexa e mais apta à captação e circulação de grandes somas de capitais. Suas características permitem a administração de bens e capitais vultosos, um número ilimitado de sócios e grande dinamismo, possibilitando a compra e venda de ações e títulos do mercado mobiliário. Sua complexidade alude à organização do Estado idealizada por Aristóteles, Locke e Montesquieu, ficando clara a manifestação das suas decisões corporativas por órgãos diversos, incumbidos de poderes específicos, que se completam e se limitam ao mesmo tempo (“sistema de freios e contrapesos”).

Os administradores têm um papel de destaque nessa forma de organização empresarial. Por assumirem as decisões de companhias que cada vez mais atraem interesses de milhares de investidores e terceiros, os diretores e conselheiros da companhia assumem uma responsabilidade cada vez maior.

Nos ordenamentos mundiais, observa-se a existência de dois sistemas de administração, o sistema unitário e o bipartido. Os órgãos principais de administração da sociedade anônima são a diretoria e o conselho de administração, sendo conferidos àquela poderes de gestão e de representação e a este poderes deliberativos e de controle.

Percebe-se que o artigo 158, da Lei 6.404/76, ao repetir parte da norma anterior, o Decreto-Lei 2.627/40, estabeleceu os elementos da responsabilização dos administradores, em geral, sem se atentar às diferenças de atuação da diretoria e do conselho de administração. Na vigência do Decreto-Lei 2.627/40, adotava-se no Brasil o sistema unitário de administração, prevendo a norma apenas a existência da diretoria, como órgão administrativo.

Desta feita, observou-se um problema quanto à ausência de sistematização da responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas, no contexto atual do sistema bipartido e optativo de administração adotado no Brasil, no qual coexistem a diretoria e o conselho de administração.

Nesse diapasão, a justificativa do presente estudo é contribuir para essa sistematização e explicitar as características principais da responsabilidade dos administradores componentes de ambos esses órgãos.

Através de uma pesquisa que se utilizou de métodos histórico, jurídico-interpretativo, comparativo e propositivo, bem como de técnicas de pesquisa teórica, bibliográfica e documental, mediante leitura, interpretação, análise e fichamento de livros, revistas, artigos, legislações, outros documentos e coleta de dados e baseando-se no marco teórico de diversos doutrinadores – entre eles Modesto Carvalhosa, Geraldo Sobral Ferreira e Paulo Fernando Salles de Toledo – e o direito comparado, tendo como parâmetro as doutrinas e legislações italiana, alemã e francesa, o presente artigo objetiva compreender o atual sistema de administração de sociedades anônimas adotado no Brasil e caracterizar a responsabilidade dos administradores, com base nesse sistema.

2 ESTRUTURA DA ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE ANÔNIMA NO DIREITO COMPARADO E NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Segundo CARVALHOSA (2003, v.3, p. 28), “no direito societário moderno existem dois sistemas de administração: o unitário e o bipartido”.

As legislações modernas sobre sociedade por ações adotam ou um desses sistemas, ou ambos, em regime optativo, hipótese em que se faculta aos acionistas a opção, no estatuto social da companhia.

No sistema unitário, o estatuto da companhia pode prever apenas um órgão como responsável pela sua administração. CARVALHOSA cita o exemplo da Itália, como país que adota esse tipo de administração:

Esse órgão único poderá ser a diretoria ou um Conselho da Administração. Quando se tratar de órgão colegiado, este delega poderes a executivos contratados. É o que ocorre v.g., no direito italiano, cujo artigo 2.380 do Código Civil prescreve: “Quando a administração da sociedade é atribuída a mais de uma pessoa, estas constituem o conselho de administração”. E o art. 2.381 acrescenta: “O conselho de administração, se o ato constitutivo da companhia ou a assembléia geral permitirem, pode delegar suas atribuições a um *comitato esecutivo* composto de um ou mais de seus membros, determinando os limites da delegação”. Ainda de acordo com o sistema italiano, podem ser eleitos não-acionistas para o Conselho de Administração. (CARVALHOSA, 2003, v. 3, p. 29).

Ocorre que o próprio artigo 2.381 do *Codice Civile* italiano já demonstra a possibilidade de existência, pelo menos faticamente, do tipo bipartido de administração na sociedade anônima naquele país, uma vez que há autorização para a delegação de atribuições do conselho de administração a um *comitato esecutivo*.

Segundo GALGANO¹, citado por TOLEDO (1997, p. 18), na Itália, o conselho de administração, ao delegar parte de suas funções, o faz “*conservando a sé una funzione di generale sovrintendenza sull’amministrazione*”. Assim, a delegação de funções executivas ao *comitato esecutivo*, conservando as funções de supervisão ao conselho de administração, geraria, na prática, um sistema bipartido de administração, o que demonstra que o sistema italiano talvez não seja o melhor exemplo de sistema unitário puro².

Exemplo de tipo unitário de administração pode ser encontrado no Decreto-Lei 2.627/40: “Art. 116. A sociedade anônima ou companhia será administrada por um ou mais diretores, acionistas ou não, residentes no país, escolhidos pela assembléia geral, que poderá destituí-los a todo tempo.” (BRASIL, 1940).

Com o tempo, a complexidade societária e o grande porte das companhias modernas exigiram a opção pelo tipo de administração bipartido, em que se estabelece um sistema de freios e contrapesos entre órgãos societários, semelhante ao idealizado por Montesquieu para o Estado (em regra, o conselho de administração delibera e supervisiona os atos da diretoria e os diretores exercem a gestão e representam a companhia), permitindo uma maior agilidade dos atos societários, limitando-se a assembleia-geral³ à deliberação de apenas algumas matérias residuais, porém de suma importância, geralmente institucionais.

Com o crescente número de acionistas nas grandes companhias e a cada vez maior dispersão acionária, é custoso e contraproducente convocar a assembleia-geral para as matérias

¹ GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 3. ed. Pádua: Cedam. 1985. p. 719.

² Do exposto se infere que o Direito italiano reconhece, ao menos implicitamente, a existência de uma diversidade de funções na órbita administrativa, uma de natureza executiva e outra de feição supervisonal, atribuindo cada uma delas a organismos distintos. Não se pode dizer ante essa constatação, que a estrutura administrativa da sociedade anônima seja unitária. A unidade – a não ser na hipótese, economicamente pouco expressiva, do administrador único – existe apenas no plano formal. Substancialmente, ainda que pelo mecanismo da delegação de funções, o sistema é o bipartido. (TOLEDO, 1997, p. 18).

³ Art. 121 Lei 6.404/76. A assembleia-geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento. (BRASIL, 1976).

cotidianas relacionadas à administração da companhia, razão pela qual o conselho de administração se torna seu órgão representativo, por excelência, viabilizando o exercício do poder de controle e o exercício da vontade das minorias e das outras classes de ações e títulos.

TOLEDO (1997, p. 18) afirma que o regime bipartido foi adotado, por exemplo, na Áustria, Noruega e, em parte, na Argentina, tendo sido acolhido também no projeto de sociedade anônima européia. Entretanto, é consenso que o modelo societário alemão é a maior expressão do sistema bipartido puro.

O sistema bipartido alemão se baseou na teoria institucionalista da empresa. Conforme CARVALHOSA (2003, v. 3, p. 30), “contribuiu para a adoção desse sistema significativamente a teoria de Gierke sobre a pessoa jurídica como entidade real.” Afirma-se, por essa teoria, a dissociação entre os interesses da pessoa jurídica e dos sócios, prevalecendo os interesses da primeira⁴.

Citando ALLEGRI⁵, CARVALHOSA, na mesma passagem, afirma que o regime bipartido de administração alemão alcançou seu ápice na legislação de 1937, fruto da crescente dimensão das empresas e do conseqüente afastamento dos sócios do controle sobre a gestão da companhia. A assembleia-geral passa de órgão soberano a detentora de competência apenas excepcional.

A estrutura dualista da administração é perfeitamente definida no modelo alemão e o “conselho supervisor” (denominação dada ao conselho de administração naquele país) possui diversas atribuições, que em muitos países (inclusive o Brasil) são conferidas à assembleia-geral. Além disso, o direito alemão possibilita maior interação social, viabilizando a integração de empregados no conselho supervisor. TOLEDO resume as principais características desse modelo:

⁴ As grandes linhas desta nova teoria são as seguintes: uma instituição é uma idéia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente em um meio social; para a realização dessa idéia, se organiza um poder que lhe procura os órgãos necessários; por outra parte, entre os membros do grupo social interessado na realização da idéia, se produzem manifestações de comunhão dirigidas por órgãos de poder e reguladas por procedimentos. As instituições nascem, vivem e morrem juridicamente; nascem por operações de fundação que lhes subministra seu fundamento jurídico ao continuar-se; vivem uma vida ao mesmo tempo objetiva e subjetiva, graças a operações jurídicas de governo e de administração repetidas e, ademais, ligadas por procedimentos; por fim, elas morrem por operações jurídicas de dissolução ou abrogação. Deste modo, as instituições representam juridicamente a duração, e sua urdidura sólida se cruza com a trama mais frouxa das relações jurídicas passageiras. (HARIOU, citado por REQUIÃO, 1975, pág. 27).

⁵ ALLEGRI, Vincenzo. *Amministratori e consiglio direttivo, in I grandi problemi della società per azioni nelle legislazioni vigenti*. Padova: Cedam. 1976. p. 787.

O modelo germânico caracteriza-se, principalmente, por uns tantos aspectos, apontados pela Doutrina. Muitas das atribuições tradicionalmente confiadas à assembléia geral foram concedidas ao conselho supervisor, como, por exemplo, a nomeação e destituição dos diretores, e a aprovação de suas contas. Além disso, as funções da diretoria e do conselho supervisor são precisamente definidas e especificadas. A diretoria tem os poderes de gestão e de representação da sociedade, incumbindo ao conselho supervisor, nos termos do § 111, nº 1, da AktG, “superintender a administração da sociedade”. Entre as peculiaridades do modelo germânico, destaca-se, ainda, a possibilidade de participação dos empregados na gestão da empresa, integrando o conselho supervisor. [...] Cumpre ainda consignar que a participação dos empregados, no conselho supervisor, é paritária, cabendo, no regime da lei de 1976, o desempate ao presidente, escolhido entre os acionistas, o qual dispõe de voto duplo. (TOLEDO, 1997, p. 22).

Por seu turno, são exemplos de regime optativo de administração as legislações Francesa, Belga e Argentina (CARVALHOSA, 2003, v. 3, p. 31).

TOLEDO (1997, p. 16) afirma que a reforma promovida na legislação societária francesa em 1966, especificamente a Emenda Capitant-Le Douarec, introduziu uma distinção entre duas diferentes funções administrativas, “direção” e “controle”. A norma⁶ permite que se opte pelo sistema dúplice, adotando-se dois órgãos: a “diretoria” e o “conselho supervisor”.

Caso se opte pela administração dúplice, a lei determina que a denominação social deva ser indicada pelas palavras “sociedade anônima regida pelos artigos 118 a 150 da lei de sociedades comerciais”, que a doutrina francesa tem abreviado para *société anonyme à directoire* (LE CANNU⁷ citado por TOLEDO, 1997, p. 16).

A legislação brasileira atual (Lei 6.404/76) adota os sistemas dúplice e optativo de administração, conforme o tipo societário. Nos termos do artigo 139, § 2º, da referida norma, “as companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração”. As companhias fechadas que não tenham previsão de capital autorizado e que

⁶ Article 56 Décret 67.236/67. *Les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers, notamment les lettres, factures, annonces et publications diverses, doivent indiquer la dénomination sociale, précédée ou suivie immédiatement et lisiblement des mots <<société anonyme>> ou des initiales <<S.A.>> ou, le cas échéant, des mots <<société en commandite par actions>>, et de l'énonciation de montant du capital social. En outre, si la société anonyme est dotée d'un directoire et d'un conseil de surveillance, la forme sociale doit être indiquée par les mots: <<société anonyme régie par les articles 118 à 150 de la loi sur les sociétés commerciales>>.* (FRANÇA, 1967).

⁷ LE CANNU, Paul. *La société anonyme à directorie*. Paris: LGDJ, 1979. p. 26.

não sejam sociedades de economia mistas (artigo 239⁸) são as únicas sociedades anônimas sujeitas ao regime optativo⁹.

O modelo dúplice brasileiro de administração é bem definido e os órgãos (conselho de administração e diretoria) possuem atribuições nítidas e indelegáveis (artigo 139¹⁰, da Lei 6.404/76). Segundo CARVALHOSA:

É nítida a diferença de competência e funções dos órgãos obrigatórios da companhia. Essa diferença não corre em linhas paralelas, mas confluentes, na medida em que cada órgão societário tem deveres com referência aos outros.

Assim, o Conselho de Administração tem poderes deliberativos no âmbito da administração e controle corporativo sobre os atos praticados pelos diretores. Tem, outrossim, deveres de observância dos pactos societários celebrados entre acionistas, notadamente dos acordos de voto em bloco. Além disso, é colégio para a eleição dos diretores. Por sua vez, a diretoria tem deveres de observância das normas e orientações emanadas do Conselho de Administração, devendo, ademais, apresentar para a aprovação deste os relatórios sobre a execução dos atos de administração. Igualmente tem a diretoria deveres de observância dos acordos de acionistas, notadamente dos acordos de voto em bloco e de preferência na aquisição de ações (art. 118). CARVALHOSA (2003, v. 3, p. 40).

São conferidos à diretoria poderes de gestão e de representação e ao conselho de administração, poderes deliberativos e de controle. CARVALHOSA ainda cita, por fim, os poderes de controle e julgamento de contas da diretoria pelo conselho fiscal e os poderes institucionais da assembleia-geral, no complexo orgânico da companhia.

Tomando-se como base o sistema dúplice da administração adotado no direito brasileiro para a maioria das sociedades anônimas e as atribuições do conselho de administração e da diretoria aqui especificados, chegaremos às hipóteses de responsabilização dos administradores, de acordo com suas funções em ambos os órgãos.

⁸ Art. 239. As companhias de economia mista terão obrigatoriamente Conselho de Administração, assegurado à minoria o direito de eleger um dos conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo.

⁹ Se infere, portanto, que todas as sociedades anônimas brasileiras obrigatoriamente são administradas, ao menos, pela diretoria. O conselho de administração é facultativo para as sociedades anônimas fechadas que detenham as características descritas e é obrigatório para as demais companhias.

¹⁰ Art. 139. As atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto.

2 TEORIAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DOS ATOS PRATICADOS POR ADMINISTRADORES EM NOME DA COMPANHIA

Apesar de certa pacificação doutrinária a respeito, a caracterização jurídica do vínculo entre os administradores e a pessoa jurídica e a forma de expressão dos atos desta perante terceiros até os dias de hoje atrai discussões doutrinárias.

Conforme visto, é função da diretoria a representação da companhia, que geralmente se dá individualmente pelos diretores. Os atos praticados pelos mesmos, no exercício de suas funções, são a verdadeira expressão da vontade da companhia.

É imperioso o estudo acerca dos efeitos dessa “representação” para que possamos conceituar corretamente a responsabilidade civil desses administradores.

PONTES DE MIRANDA (1954) divide a “representação” quanto às suas fontes em “representação legal” e “representação voluntária”.

A representação legal “é aquela em que o poder de representação não provém da vontade do representado, mas da lei” (PONTES DE MIRANDA, 1954, t. III, p. 246). Como exemplos, cita o referido doutrinador (sob a égide do Código Civil de 1916), o titular do pátrio poder, o tutor, o curador, o marido e a mulher, o síndico e o inventariante.

Já a representação voluntária é, para PONTES DE MIRANDA (1954, t. III, p. 247), aquela que deriva de uma outorga de poder “de concluir negócios jurídicos ou praticar atos jurídicos *stricto sensu*, em nome do outorgante, fazendo-o figurante de tais atos jurídicos, com a consequente eficácia contra esse.”

A representação voluntária é externada juridicamente pela figura do mandato, negócio jurídico unilateral previsto atualmente nos artigos 653 e seguintes do Código Civil de 2002.

Na concepção de PONTES DE MIRANDA (1954, t. III, p. 235), a posição dos “figurantes” no negócio ou ato jurídico é a pedra de toque que distingue a “representação” dos demais atos do mundo jurídico. Somente haverá “representação”, se houver uma pessoa que represente e outra que se faça representada (duas pessoas diferentes) e que “seja figurante no negócio jurídico ou no ato jurídico *stricto sensu*, quem não está juridicamente presente, em vez de o ser aquele que está presente.”

Ilustrando a hipótese, em um negócio cujos efeitos jurídicos serão integralmente suportados por A e B, C figurará no instrumento formal juntamente com B, porém gerando efeitos contratuais a A, este ausente formalmente naquela avença.

Se essa equação não se configura na prática, não temos “representação”. Teremos, nesse caso, “presentação”, pois o agente A, no exemplo, é presente (PONTES DE MIRANDA, 1954, t. III, p. 231).

PONTES DE MIRANDA (1954, t. III) enumera diversos exemplos de situações que poderiam parecer “representação”, mas que se tratam de situações em que o contratante se faz presente, em hipótese de “presentação”.

Uma dessas hipóteses é o pagamento: caso A apresente um cheque emitido por B, ao banco e este não tenha saldo positivo, o Banco C poderá proceder ao pagamento, conforme limites de conta-corrente contratados previamente com B.

Essa intervenção do Banco C não faz com que ele se torne o representante ou mandatário de B naquele negócio jurídico, pelo simples fato de que a instituição financeira não figurará na relação negocial com A. A relação entre A e B se exauriu com o pagamento, que mesmo sendo feito por um terceiro, extinguiu a relação, como se B a tivesse adimplido.

A partir destes conceitos expostos de forma muito clara, podemos distinguir as teorias acerca da natureza jurídica dos atos praticados por administradores em nome da pessoa jurídica.

Segundo SOBRAL FERREIRA (1981, p. 11), duas teorias tentaram explicar a natureza desses atos. A teoria da “representação” e a teoria “orgânica”.

Inicialmente, cogitou-se que a natureza jurídica dos atos praticados pelos administradores em nome da companhia seria de representação voluntária, sob o fundamento de que estes eram nomeados pela companhia para desempenhar seu mandato.

MASAGÃO¹¹ (citado por SOBRAL FERREIRA, 1981, p. 12) critica esta corrente, tendo em vista a votação dos primeiros administradores, na assembleia de constituição da pessoa jurídica. Segundo ele, se “para outorgar o mandato, a pessoa jurídica já deve manifestar a sua vontade, como há de fazê-lo, se ainda não existe quem por ela se exprima?”.

A crítica apresentada procede. Mesmo nos primeiros atos de constituição da companhia, a aprovação do seu estatuto e a designação da primeira assembleia-geral, são os subscritores que elegem e nomeiam os primeiros administradores, ou seja, são eles que exprimem os primeiros

¹¹ MASAGÃO, Mário. **Curso de direito administrativo**. São Paulo, 1974, p. 46.

atos de vontade da companhia. Seria juridicamente impossível vislumbrar a vontade da pessoa jurídica para a constituição dos subscritores como seus mandatários, já que antes da aprovação do estatuto, a pessoa jurídica sequer existe e quem não existe não pode ter vontade e muito menos firmar contratos.

Deve-se frisar que o mandato, como contrato unilateral, pressupõe a emissão de vontade válida do mandante, que seria impossível, naquele momento.

Buscando superar essas críticas, surgiu a teoria da representação legal. O mandato outorgado aos representantes das pessoas jurídicas surgiria da lei. SOBRAL FERREIRA (1981, pág. 13) aponta como maiores críticos dessa teoria os doutrinadores administrativistas¹². Como o Estado é também uma pessoa jurídica, surgiria mais um problema de origem: se é o Estado quem institui as leis, quem teria nomeado seus primeiros representantes, que posteriormente elaborariam as demais leis e nomeariam os demais representantes? O próprio representado nomearia um representante legal a si?

Além disso, o referido doutrinador cita reflexão de BANDEIRA DE MELLO, de outra indesejada e grave conclusão que a teoria da representação legal acarretaria:

se o agente excedesse a representação (ou especialmente, o mandato), o Estado não deveria responder pelo ato, pois o representado não responde pelos atos que o representante pratique, quando exceda os poderes da representação. (BANDEIRA DE MELLO, 1971, p. 34).

Desta feita, a ausência de responsabilidade do representado pelos atos praticados com excesso de poderes pelo representante, afasta definitivamente a teoria da representação para a caracterização do vínculo entre agentes e Estado.

Essa conclusão se aplica também às sociedades anônimas. O artigo 662¹³, do Código Civil de 2002, realmente prevê a ineficácia dos atos praticados pelo mandatário com excesso de poderes, em relação ao mandante. Entretanto, nos atos praticados pelos administradores, em nome da companhia e com excesso de poderes, esta não pode opor contra terceiros de boa-fé a ineficácia desses atos, justamente porque, de acordo com a teoria da aparência, se presume estar

¹² Tendo em vista a semelhança na representação das sociedades anônimas com a representação do Estado pelos agentes estatais, é possível a interrelação entre o ramo do direito empresarial e o ramo do direito administrativo, o que contribui para o enriquecimento de ambos.

¹³ Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar. (BRASIL, 2002).

contratando validamente com a pessoa jurídica através de um preposto investido de seus poderes regularmente estabelecidos¹⁴.

Esta norma, segundo CARVALHOSA (2003, v. 3, p. 366), era prevista no artigo 1.522, do Código Civil de 1916, sem correspondência com o atual código:

Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil: [...]

III. O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião deles (art. 1.522).

[....]

Art. 1.522. A responsabilidade estabelecida no artigo antecedente, nº III, abrange as pessoas jurídicas. (BRASIL, 1916)

Vale citar os ensinamentos de CARVALHOSA, na mesma passagem de sua obra:

A responsabilidade da companhia funda-se no art. 1.522 do Código Civil de 1916 (não há dispositivo correspondente no CC de 2002), que torna a pessoa jurídica diretamente responsável pelos atos próprios que pratica, por meio de seus diretores. Estes apenas corporificam a vontade social, não havendo dualidade entre a sua vontade e a da companhia.

A responsabilidade da companhia está baseada no princípio da segurança das relações jurídicas. Consequentemente, a prática de atos ilícitos pelos administradores não pode ser argüida à frente de terceiros de boa-fé, que tenham contratado com a companhia. Não pode a sociedade eximir-se das obrigações e responsabilidades que tenha contraído com terceiros, argüindo abuso de poder ou descumprimento da lei ou do estatuto por parte de seus administradores. (CARVALHOSA, 2003, v. 3, p. 366).

¹⁴ Já o princípio da publicidade (art. 289) não prevalece diante de terceiros em geral, no que respeita aos atos ordinários de gestão. Assim, nos negócios jurídicos celebrados em massa, ou nos de adesão e mesmo nos esporádicos, praticados dentro da rotina da administração e da atividade empresarial da companhia, não se pode presumir que os terceiros contratantes de boa-fé irão examinar os atos de eleição e investidura dos diretores (art. 146), o seu arquivamento no Registro de Comércio e a sua publicidade (art. 289), para, só então, contratar. O sentido social do direito obviamente impede a aplicação do princípio da publicidade nesses negócios em massa ou realizados no estabelecimento da companhia (art. 289).

Nessas hipóteses, impõe-se a teoria da aparência, que, no direito societário, pode ser assim entendida: apresentando-se o diretor perante o terceiro contratante de boa-fé como representante da companhia em circunstâncias que induzam ao convencimento desse mesmo terceiro, não poderá a companhia eximir-se da responsabilidade. Os elementos fundamentais que vinculam a companhia ao negócio jurídico assim celebrado são: a boa-fé do terceiro; o fato de seu diretor ter-se apresentado como representante da companhia em circunstâncias (v.g., na sede social ou em estabelecimento, ou em agência) que fazem supor, por parte do terceiro de boa-fé, a efetividade desse poder de representação. (CARVALHOSA, 2003, v. 3, p. 178).

A questão independe de previsão legal e se resolve voltando aos ensinamentos de PONTES DE MIRANDA. Quando o administrador contrata com terceiros, ele contrata em nome da pessoa jurídica, assina em nome dela e não figura no negócio jurídico.

A relação é inteiramente formada entre empresa A com o terceiro B, sendo a pessoa do administrador C completamente estranha ao referido negócio jurídico. Tanto assim o é, que o administrador pode assinar um título obrigando a empresa e assinar no mesmo obrigando a si, pessoalmente, e ambos esses atos são completamente diversos e envolverão duas pessoas distintas – uma jurídica, outra natural.

Segundo PONTES DE MIRANDA, nos atos manifestados pelas pessoas jurídicas, a hipótese é de “apresentação”:

Quando o órgão da pessoa jurídica pratica o ato, que há de entrar no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, não há representação, mas apresentação. O ato do órgão não entra, no mundo jurídico, como ato da pessoa, que é órgão, ou das pessoas que compõem o órgão. Entra no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, porque o ato do órgão é ato seu. (PONTES DE MIRANDA, 1954, t. III, p. 233).

Aqueles que entendem que os prepostos das companhias, na realidade a “apresentam”, são partidários da teoria orgânica. Segundo SOBRAL FERREIRA essa teoria surgiu na Alemanha, eliminando os “dois momentos no processo de formação da vontade jurídica:

A pessoa jurídica, para esses autores, opera por si mesma, através de órgãos, partes da própria pessoa jurídica, órgãos que surgem no exato momento em que a pessoa jurídica é constituída. Não há por que distinguir dois momentos no processo de formação da vontade da pessoa jurídica. A pessoa jurídica atua através de órgãos os quais, como visto, existem como tais desde o momento de sua própria constituição. Tal posição doutrinária diverge do que, a respeito, sustentam os defensores da teoria da representação, onde a investidura do representante decorre da lei (representação legal) ou de um ato jurídico (representação voluntária). (SOBRAL FERREIRA, 1981, pág. 16).

SOBRAL FERREIRA aponta ainda três posições doutrinárias distintas na teoria orgânica: “a doutrina subjetiva”, cujos defensores seriam JELLINEK, PLANIOL e RIPERT, a

“doutrina objetiva”, cujos defensores seriam VITTA e D’ALESSIO e a “doutrina eclética”, que teriam como defensores RANELLETTI, VELASCO e BULLRICH.

Essas três teorias divergem quanto ao vínculo da sociedade com a pessoa natural componente dos órgãos de administração, denominados pela lei de “administradores”. Até aqui, é possível concluir que a sociedade se manifesta perante terceiros através de seus órgãos. Entretanto, a dúvida é sobre qual é a natureza do vínculo entre a sociedade e o indivíduo nomeado para os órgãos da administração (membros do conselho de administração e da diretoria).

A doutrina orgânica subjetiva entende que o órgão se confunde com a pessoa do preposto. É o preposto quem manifesta a vontade da companhia.

Esta doutrina é criticada porque é evidente que a saída do preposto não faz com que desapareça o órgão automaticamente. Com a saída do agente, o órgão permanece, mesmo sem qualquer agente nomeado (em vacância) e outros agentes são nomeados.

Além disso, a diretoria pode ser composta por vários diretores, e tanto não há confusão do órgão com o agente, que vários podem representar a companhia em nome do órgão “diretoria”, assinando em conjunto ou separadamente, conforme prever o estatuto.

Existe também a doutrina objetiva que, segundo SOBRAL FERREIRA (1981, p. 17), considera os órgãos como um “feixe de poderes”, que devem ser desempenhados pelo preposto. Essa eliminação da figura do preposto, considerando o órgão um conjunto abstrato de poderes, também foi combatida sob o fundamento de que uma criação abstrata não poderia manifestar vontade.

A última corrente apresentada é a doutrina eclética. Referida doutrina conjugou os conceitos das doutrinas subjetiva e objetiva, entendendo que o órgão seria o conjunto da figura do preposto conjugado com o “feixe de poderes” abstrato da doutrina objetiva.

A referida doutrina é a que prevalece, em que pese algumas alterações de nomenclatura¹⁵. Na realidade, o administrador que age em nome da pessoa jurídica tem uma

¹⁵ Alguns doutrinadores, como BANDEIRA DE MELLO e CAETANO, criticam a teoria eclética, afirmando que, na realidade, o órgão seria a conjugação do agente com “círculos de atribuições” ou um “centro institucionalizado de poderes”. Entretanto, entende-se que a alteração de “feixe” para “círculo” de poderes é de um preciosismo desmesurado e só serve para dificultar qualquer tentativa de conceituação. Se o estudioso fizer uma leitura atenta do artigo “Apontamentos sobre a teoria dos órgãos públicos” (BANDEIRA DE MELLO, 1971), verá que, apesar das críticas formuladas à teoria eclética, a sua visão, em essência, parte dos mesmos fundamentos daquela, sendo que a única alteração relevante diz respeito à nomenclatura. Assim, prefere-se ignorar essa divergência, já que ambas as opiniões, apesar de aparentar ser divergentes, são idênticas.

relação de poder-dever em relação à sociedade, semelhante ao que se observa em relação aos agentes públicos e o Estado.

BANDEIRA DE MELLO cita o conceito de órgão, expressado por CAETANO:

órgão é o elemento da pessoa coletiva que consiste num centro institucionalizado de poderes funcionais a ser exercido pelo indivíduo ou pelo colégio de indivíduos que nele estiverem providos, com o objetivo de exprimir a vontade juridicamente imputável a essa pessoa coletiva. (CAETANO, citado por BANDEIRA DE MELLO, 1971, p. 33).

Não há como se conceituar um órgão desvinculado da pessoa jurídica. Órgão não tem personalidade e não tem vontade. É um mero elemento da pessoa jurídica, assim como o é um braço em relação ao ser humano.

Verifica-se que, da mesma forma como ocorre entre Estado e seus agentes, entre a sociedade e seus administradores, pessoas naturais, existe um vínculo que nunca será contratual, mas institucional/estatutário. Os administradores têm perante a sociedade poderes-deveres, previstos no estatuto social, com o fim de satisfazer o objeto social. Inclusive, têm o direito de fazer valer esses deveres contra outros órgãos da companhia, mesmo frente a interesses da assembleia-geral e de grupos de acionistas controladores.

Assim, pode-se aplicar, no estudo da sociedade anônima, alguns conceitos a respeito da teoria do órgão, pinçados do direito administrativo:

Com efeito, inobstante os poderes que elas (competências administrativas) exprimem sejam, efetivamente seu lado mais aparente, antes que poderes as competências são *deveres*, o que é particularmente visível no caso das competências *administrativas*. Na verdade, elas são *deveres-poderes*, expressão esta, que descreve melhor suas naturezas do que a expressão poder-dever, que começou a ser utilizada, algumas vezes, no Direito Administrativo, a partir das lições de Santi Romano. É que ditas competências são atribuídas ao Estado, a seus órgãos, e, pois, aos agentes neles investidos, especificamente para que possam atender a certas finalidades públicas, consagradas em lei; isto é, para que possam *cumprir o dever legal* de suprir interesses concebidos em proveito da coletividade.

Deveras, na esfera do Direito Público os poderes assinados ao sujeito não se apresentam como situações subjetivas a serem consideradas apenas pelo ângulo ativo. É que, encartados no exercício de *funções*, implicam *dever* de atuar no *interesse alheio* – o do corpo social -, compondo, portanto, uma situação de *sujeição*. Vale dizer, os titulares

destas situações subjetivas recebem suas competências para as exercerem em *prol de um terceiro*: a coletividade que representam. (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 130).

Os administradores das sociedades, partindo do seu vínculo estatutário, têm os poderes fixados naquele documento, devendo ser exercidos de acordo com o objeto social da empresa e com o seu fim, que é o lucro. Juntamente com esses poderes, a Lei e o estatuto fixam os seus deveres. Os principais deveres legais estão previstos no artigo 153 e seguintes da Lei 6.404/76 e são o “dever de diligência”, o “dever de lealdade” e o “dever de informar”.

De acordo com as nossas conclusões, CARVALHOSA, também se utiliza desse interessante paralelo com o direito público:

Como elementos da estrutura interna da sociedade, inexistente relação intersubjetiva entre a pessoa jurídica – companhia – e seus órgãos da administração. Tais órgãos – diretoria e Conselho de Administração – são juridicamente irresponsáveis, respondendo perante terceiros a pessoa jurídica.

Por outro lado, os titulares desses órgãos da administração são responsáveis perante a companhia, tendo deveres e encargos pessoais, tanto de caráter funcional como patrimonial, na condução dos negócios sob sua responsabilidade. Existe, pois, dualidade entre os órgãos da administração da companhia e seus titulares, pessoas físicas.

Os órgãos da administração constituem aparelhos da sociedade, à semelhança dos órgãos públicos. Já os seus titulares – membros do Conselho de Administração e da diretoria – têm relação jurídica com a sociedade, no que diz respeito à eleição, investidura e termo de duração do mandato, destituição, funções estatutárias, etc. Essa relação gera deveres que acarretam responsabilidade pela estrita observância das respectivas atribuições e deveres, e da conformidade dos respectivos atos com a lei e o estatuto. São os deveres de diligência, de lealdade e de informar, e o de observar estritamente as regras, no caso de conflito de interesses com a companhia. (CARVALHOSA, 2003, v. 3, p. 350).

Vemos, portanto que, ao ser eleito, o administrador assume seu posto de acordo com os poderes instituídos pela companhia em seu estatuto e possui os deveres legais e estatutários inerentes ao cargo.

Assim, chega-se à conclusão que os administradores exercem atos em nome da empresa, “presentando” a mesma. Estão sujeitos, nessa qualidade, aos poderes-deveres previstos na lei e no estatuto da pessoa jurídica, podendo ser responsabilizados pela inobservância dos mesmos frente à sociedade e a terceiros.

A seguir, serão expostos pormenorizadamente quais são as hipóteses de responsabilização desses indivíduos.

3 HIPÓTESES E CARACTERÍSTICAS DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS

A Lei 6.404/76 prevê as hipóteses de responsabilização dos administradores de sociedades anônimas perante terceiros, em seu artigo 158, e parágrafos:

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

§ 1º 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. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral.

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembléia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

O referido artigo se baseou na norma anterior, o Decreto-Lei 2.627/40, em seus artigos 121 e 122¹⁶, mantendo boa parte de seu texto. Esta técnica legislativa se mostrou inadequada,

¹⁶ Art. 121. Os diretores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão.

§ 1º Respondem, porém, civilmente, pelos prejuízos que causarem, quando procederem:

pois aquele Decreto-Lei adotava o sistema unitário de administração da sociedade anônima¹⁷. Adotando atualmente, a Lei 6.404/76, predominantemente o sistema dúplice de administração, a regulação da matéria aparenta ser insuficiente, pois, como será exposto no tópico adiante, as características da responsabilidade pessoal são diversas, caso o administrador exerça suas funções no conselho de administração ou na diretoria.

O *caput* do artigo 158, da Lei 6.404/76, é corolário da teoria orgânica dos atos praticados pelos administradores, que foi exposta nas linhas anteriores. Em regra, “o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão”, o que demonstra que a responsabilidade é da pessoa jurídica pelos atos dos administradores, que apenas a “presentam”.

Entretanto, essa regra apresenta exceções em duas hipóteses: a prática de atos *ultra vires* e o exercício de atribuições ou poderes, com culpa ou dolo.

Os atos *ultra vires* são aqueles praticados pelo administrador, sem correspondência com o estatuto social e a lei.

Seguindo a teoria organicista dos atos dos administradores, o estatuto social e a lei prevêm as suas atribuições e competências, como se pode ver dos artigos 140, 142, 143, e 144, da Lei 6.404/76¹⁸. A atuação do administrador com excesso de poderes ou contrariamente às atribuições previstas torna-o responsável por seus atos perante terceiros.

I, dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II, com violação da lei ou dos estatutos.

§ 2º Quando os estatutos criarem qualquer órgão com funções técnicas ou destinado a orientar ou aconselhar os diretores, a responsabilidade civil de seus membros apurar-se-á na conformidade das regras deste capítulo.

Art. 122. Os diretores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados pelo não cumprimento das obrigações ou deveres impostos pela lei, a fim de assegurar o funcionamento normal da sociedade, ainda que, pelos estatutos, tais deveres ou obrigações não caibam a todos os diretores.

Parágrafo único. Os diretores que, convencidos do não cumprimento dessas obrigações ou deveres por parte de seus predecessores, deixarem de levar ao conhecimento da assembléia geral as irregularidades verificadas, tornar-se-ão por elas subsidiariamente responsáveis.

¹⁷ Art. 116, Decreto-Lei 2.627/40. A sociedade anônima ou companhia será administrada por um ou mais diretores, acionistas ou não, residentes no país, escolhidos pela assembléia geral, que poderá destituí-los a todo tempo.

¹⁸ Art. 140. O conselho de administração será composto por, no mínimo, 3 (três) membros, eleitos pela assembléia geral e por ela destituíveis a qualquer tempo, devendo o estatuto estabelecer:

I - o número de conselheiros, ou o máximo e mínimo permitidos, e o processo de escolha e substituição do presidente do conselho pela assembléia ou pelo próprio conselho;

II - o modo de substituição dos conselheiros;

III - o prazo de gestão, que não poderá ser superior a 3 (três) anos, permitida a reeleição;

IV - as normas sobre convocação, instalação e funcionamento do conselho, que deliberará por maioria de votos, podendo o estatuto estabelecer quorum qualificado para certas deliberações, desde que especifique as matérias.

Já os atos *intra vires* praticados com culpa ou dolo, ou seja, a ação ou omissão culposa ou dolosa, também geram a sua responsabilização pessoal.

A apuração da responsabilidade dos administradores é feita de duas formas diversas: no caso de atos *ultra vires*, não há sequer que se perquirir a respeito da culpa do agente. Se o administrador atua em descompasso com o previsto no estatuto da companhia ou na lei, está abusando do poder-dever conferido pela pessoa jurídica. Trata-se de hipótese de responsabilização objetiva, respondendo pessoalmente o administrador por seus atos, independentemente de culpa.

Parágrafo único. O estatuto poderá prever a participação no conselho de representantes dos empregados, escolhidos pelo voto destes, em eleição direta, organizada pela empresa, em conjunto com as entidades sindicais que os representem.

Art. 142. Compete ao conselho de administração:

- I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia;
- II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto;
- III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos;
- IV - convocar a assembléia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132;
- V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria;
- VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir;
- VII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição;
- VIII - autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros;
- IX - escolher e destituir os auditores independentes, se houver.

§ 1º Serão arquivadas no registro do comércio e publicadas as atas das reuniões do conselho de administração que contiverem deliberação destinada a produzir efeitos perante terceiros.

§ 2º A escolha e a destituição do auditor independente ficará sujeita a veto, devidamente fundamentado, dos conselheiros eleitos na forma do art. 141, § 4º, se houver.

Art. 143. A Diretoria será composta por 2 (dois) ou mais diretores, eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo conselho de administração, ou, se inexistente, pela assembléia-geral, devendo o estatuto estabelecer:

- I - o número de diretores, ou o máximo e o mínimo permitidos;
- II - o modo de sua substituição;
- III - o prazo de gestão, que não será superior a 3 (três) anos, permitida a reeleição;
- IV - as atribuições e poderes de cada diretor.

§ 1º Os membros do conselho de administração, até o máximo de 1/3 (um terço), poderão ser eleitos para cargos de diretores.

§ 2º O estatuto pode estabelecer que determinadas decisões, de competência dos diretores, sejam tomadas em reunião da diretoria.

Art. 144. No silêncio do estatuto e inexistindo deliberação do conselho de administração (artigo 142, n. II e parágrafo único), competirão a qualquer diretor a representação da companhia e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular.

Parágrafo único. Nos limites de suas atribuições e poderes, é lícito aos diretores constituir mandatários da companhia, devendo ser especificados no instrumento os atos ou operações que poderão praticar e a duração do mandato, que, no caso de mandato judicial, poderá ser por prazo indeterminado.

Já, na prática de atos *intra vires* danosos a terceiros e à companhia, como o próprio inciso dispõe, deve ser comprovada a culpa e o dolo do administrador, já que este somente será responsabilizado, se tiver agido, no mínimo, culposamente.

Neste sentido, TOLEDO:

O primeiro dos fatores de responsabilização dos administradores tem a ver com os motivos clássicos de responsabilidade por ato ilícito. Assim, a hipótese do art. 158, inciso I, da Lei das Sociedades por Ações, assemelha-se à do art. 159 do Código Civil. Tanto num caso como no outro o que se prevê é a responsabilidade do agente pelos prejuízos causados por sua conduta, sempre que tenha agido com dolo ou culpa. Imprescindível, logo se vê, a análise do elemento subjetivo, incumbindo àquele que sofreu o dano a prova da culpa (*lato sensu*) com que agiu o sujeito ativo. [...]

A outra espécie de atos pelos quais pode ser responsabilizado o administrador é a daqueles atos praticados “com violação da lei ou do estatuto”. Aqui, o administrador exorbita de suas funções. O ato não se contém dentro dos limites traçados pela lei ou pelo estatuto, sendo, apesar disso, praticado. Por exemplo: o ato *ultra vires*, que refoge ao objeto da sociedade, enquadra-se dentro dessa categoria.

A principal característica do ato agora examinado é a de que, nesses casos, o reconhecimento da responsabilidade independe do exame do elemento subjetivo. Com efeito, para se ter por descumprida uma lei ou o estatuto de uma companhia, não é preciso saber, em geral, o ânimo que presidiu a conduta do agente. Trata-se de um dado objetivo: houve lesão ao direito de alguém, ocasionada pela atuação do administrador de certa companhia, que violou norma legal ou estatutária. É o quanto basta para fazer surgir a responsabilidade desse administrador. (TOLEDO, 1997, págs. 68 e 69).

Vemos, portanto, que a responsabilização dos administradores perante terceiros depende da configuração clássica da responsabilização civil por ato ilícito. No caso do inciso I do artigo 158 da Lei 6.404/76, devem estar presentes a ação ou omissão culposa ou dolosa, o nexo causal e o dano. Já na hipótese do inciso II, do mesmo artigo, como se trata de responsabilização objetiva, fica excluído o critério subjetivo, sendo desnecessária a perquirição acerca da existência ou não de culpa ou dolo.

Tratando-se o administrador e a companhia, de pessoas diversas, esta também pode pleitear a responsabilização de seu administrador, conforme prevê o artigo 159, da mesma lei.

Nesse caso, CARVALHOSA entende que a responsabilização do administrador perante a companhia independe de prejuízo:

Mesmo que não decorra da prática abusiva, ilegal ou antiestatutária nenhum prejuízo material para a companhia, configura-se sempre a responsabilidade do administrador. A ofensa ao direito da companhia é ato ilícito, mesmo que não ocorra nenhum prejuízo ao seu patrimônio. O termo “prejuízo”, na espécie, é sinônimo de ofensa ou lesão, que pode ou não materializar-se em perdas patrimoniais.

Tem a companhia, conseqüentemente, legitimidade para argüir a responsabilidade de seus administradores sempre que estes abusarem de suas atribuições ordinárias e ofendam o seu direito, de natureza legal ou estatutária, mesmo que, em ambas as hipóteses, a infringência não possa ser traduzida, no caso concreto, em efetivo prejuízo material. (CARVALHOSA, 2003, v.3, pág. 353).

Entretanto, trata-se de entendimento minoritário¹⁹ que não pode persistir. Qual seria o efeito prático de se propor uma ação de responsabilidade civil se não há prejuízo a ser ressarcido? Se o administrador vem praticando atos temerários e estes ainda não causaram prejuízo, basta que a companhia delibere o seu afastamento, não necessitando propor uma ação de responsabilidade somente por esse motivo.

Deve-se deixar claro que a responsabilização do administrador perante a companhia por culpa no exercício de suas funções não envolve obrigação de resultado. Conforme ressalta CARVALHOSA (2003, v. 3, pág. 358), apesar de uma “tendência de se arguir a responsabilidade dos administradores pelos insucessos da companhia, decorrentes da política e dos métodos administrativos adotados, ou ainda por erro de avaliação mercadológica ou de investimentos”, a responsabilidade do administrador é de meio.

Assim, agindo de acordo com os deveres de diligência, de lealdade e de informar, e de acordo com suas atribuições estatutárias e legais, o administrador não pode ser responsabilizado pelos atos praticados no exercício de suas funções, se estes se mostrarem equivocados.

A Lei ainda prevê a hipótese de exclusão judicial da responsabilidade do Administrador, no artigo 159, § 6º, da Lei 6.404/76: “O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”.

Trata-se de equivocada hipótese de autorização de julgamento por equidade, acerca da responsabilidade do administrador perante a companhia, deixando ao arbítrio do juiz a análise da boa-fé do administrador e o que seria do interesse da companhia.

¹⁹ Em sentido contrário, por exemplo, GUERREIRO (1981), LEITE FILHO (1973), GOMES (1972), LAMY FILHO E PEDREIRA (1996, v. 2) e BULGARELLI (1998), apenas para citar alguns exemplos.

A possibilidade de exclusão judicial da responsabilidade prevista nesse parágrafo é baseada na doutrina norte-americana da *business judgment rule* considerada nos Estados Unidos da América como “um dos conceitos mais importantes e, simultaneamente, mais incompreendidos da legislação de sociedade por ações” (LIMA, 1989, p. 127).

Segundo LIMA:

A doutrina norte-americana, diferentemente da nossa, é avarenta em definições, e não apresenta nenhuma definição lapidar da regra em discussão. No *Model Business Corporation Act*, a *sedes materiae* da *business judgment rule* é o § 2 da seção 35. O referido dispositivo, depois de recomendar ao administrador diligência, lealdade, prudência, preocupação com os melhores interesses da companhia e, sobretudo, boa-fé, conclui estabelecendo que “uma pessoa que assim cumpre os seus deveres não deverá ter nenhuma responsabilidade em razão de ser ou ter sido um administrador da companhia”. (LIMA, 1989, pág. 126).

O que o referido dispositivo do *Model Business Corporation Act* faz, portanto, é positivar a obrigação de meio do administrador, dispondo que, se observados os deveres impostos pela lei e estatuto, este não será responsabilizado.

Ocorre que, nos Estados Unidos da América, a atuação dos juízes é baseada no sistema do *common law*, portanto, a previsão da *business judgment rule* é válida.

Já no Brasil, país em que o Juiz julga de acordo com a lei abstrata e geral, a autorização prevista no parágrafo 6º do artigo 159 da Lei 6.404/76 soa como permissão para a exclusão de responsabilidade, mesmo se inobservados os deveres de diligência, lealdade e de informar e as atribuições previstas no estatuto e na lei.

Entretanto, da própria leitura da Lei 6.404/76, conjugada com o artigo 186²⁰, do Código Civil de 2002, resta evidenciado que o administrador só será responsabilizado se agir extrapolando o estatuto ou seus deveres legais, ou agindo com dolo ou culpa.

Assim, a *business judgment rule* já estaria implicitamente prevista nesses artigos, pois, pelo texto dos mesmos, o administrador que age de acordo com a cautela necessária e toma decisões no interesse da companhia já é isento de responsabilidade.

²⁰ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A permissão de exclusão judicial da responsabilidade, prevista no parágrafo 6º, do artigo 159 da Lei de SAs, da forma como foi expressa, poderia equivocadamente vir a ser interpretada como uma hipótese de reconhecimento da irresponsabilidade de um administrador que sequer tenha observado esses requisitos mínimos de boa conduta, desde que tenha atuado com boa-fé e no suposto interesse da companhia. Isso porque o julgamento por equidade, exceção no direito brasileiro, autoriza ao juiz julgar o caso conforme as circunstâncias que lhe parecerem mais justas no caso concreto²¹.

É extremamente temerário autorizar tamanha faculdade aos juízes, especialmente tendo em conta a notória dificuldade dos magistrados brasileiros com matérias especializadas, como o direito societário, e a ampla margem de julgamento que a Lei 6.404/76 pode permitir, se considerarmos que várias condutas podem ser interpretadas judicialmente como de acordo com a “função social da empresa”, prevista no artigo 154²², da referida lei.

Assim, o parágrafo 6º do artigo 159 da Lei de SAs, deve ser interpretado de acordo com a *business judgment rule* americana, só devendo ser isentado de responsabilidade o administrador, após verificado que agiu de acordo com os deveres legais previstos e com as atribuições previstas no estatuto²³. Note-se, inclusive, que esta interpretação torna o parágrafo 6º, do artigo 159, praticamente inútil, já que, mesmo se este inexistisse, o administrador que proceder de acordo com a sua previsão não poderia ser responsabilizado (artigo 158, da Lei 6.404/76). Porém é a interpretação mais de acordo com a doutrina norte-americana, à qual se baseou o legislador brasileiro, e a que mais se aproxima do bom senso, devendo, por isso, prevalecer.

²¹ É tamanha a preocupação do legislador processual pela estrita legalidade, que, rompendo inclusive com prescrição mais atenuada do Código de 1939, preferiu estabelecer integral submissão do juiz: ‘só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.’

Julgar com equidade, na sua expressão mais singela, significa resolver a controvérsia rente aos valores específicos em jogo: é, conforme REALE, ‘a justiça amoldada à especificidade de uma situação real’. O juiz tem os olhos mais para o caso do que para a solução legal, atento às circunstâncias, sempre próprias, da espécie que deseja examinar.” (DALL’AGNOL, 2007, v.2, p. 127).

²² Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

²³ E não é esse a nosso ver o espírito da lei no § 6º do art. 159, em foco. A culpa exclui a admissão da boa-fé. Então para justificar o erro e exculpar o administrador da companhia com base na *business judgment rule*, o magistrado há de ultrapassar duas ordens de questionamento. Primeiro, verificar se houve o fiel cumprimento de todos os deveres que a lei atribui ao administrador. Em seguida, deverá verificar se este agiu de boa-fé. Só depois poderá eximir o administrador de responsabilidade pelo erro cometido. Observe-se, de passagem, que o erro aqui referido é um erro de julgamento, a escolha da opção errada, causadora de prejuízo ao patrimônio social. Não se trata de erro viciador da vontade nos negócios jurídicos, mas sim, de erro de julgamento, de opção, de decisão. (LIMA, 1989, pág. 137)

Com base, na análise da legislação e doutrina citadas impende destacar as diferenças na responsabilização de membros da diretoria e membros do conselho de administração.

Como exposto anteriormente, são funções precípua da diretoria a representação e a prática de atos de gestão, ao passo que são funções atribuídas ao conselho de administração a supervisão e o controle. Também restou demonstrado que os atos da diretoria são exercidos, em regra, individualmente pelos diretores.

Como os diretores assumem um poder-dever no exercício de atos de “representação” da companhia, tomando decisões individuais em favor desta, caso se configurem as hipóteses previstas no artigo 158 da Lei 6.404/76, a responsabilidade do infrator é pessoal e individual.

A solidariedade será aplicada no caso de um terceiro administrador ser conivente com tais atos ilícitos, negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir sua prática. Além disso, outros administradores podem responder solidariamente se não cumprirem deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia (art. 158, § 2º, da Lei 6.404/76).

Diferentemente dos atos dos diretores, os atos do conselho de administração são, em regra, exercidos após deliberação prévia colegiada da maioria. Assim, seus atos se manifestam no mundo jurídico de forma colegiada.

Partindo desse pressuposto, fica claro que, em geral, enquanto os diretores são responsabilizados individualmente por seus atos, os membros do conselho de administração serão responsabilizados coletivamente, de forma solidária.

Existem duas exceções a essa regra: quando, sobre certos temas, a diretoria resolver de forma colegiada, os diretores deverão também ser responsabilizados solidariamente. Por outro lado, quando membros do conselho de administração ou diretores, em decisão colegiada, manifestarem sua divergência por escrito, restarão individualmente eximidos de responsabilidade, nos termos do artigo 158, § 1º, da Lei 6.404/76. Nestes termos, o escólio de TOLEDO:

De tudo se depreende que a responsabilidade civil é uma só igual, tanto para os diretores quanto para os membros do conselho de administração. A Lei não estabeleceu tratamento diferenciado para uns e outros. É claro, no entanto, que, sendo diversos os modos de atuação, agindo individualmente os diretores (embora possam, em certos temas, deliberar em colegiado), e colegiadamente os integrantes do conselho de administração, a responsabilidade, em princípio, será individual, no caso dos primeiros, e coletiva, quanto aos segundos. Isto não impede, no entanto, que, incumbindo o dever

descumprido a todos os diretores indistintamente, sejam todos eles responsabilizados. Nem obsta a que os conselheiros, manifestando validamente sua discordância, sejam pessoalmente eximidos de responsabilidade que, de outro, modo, atingiria coletivamente a todos os competentes do conselho de administração. (TOLEDO, 1997, pág. 74).

A Lei prevê, como exceção à regra, a responsabilidade solidária de todos aqueles que concorrerem com a prática de ato com violação de lei ou do estatuto, agindo com o fim de obter vantagem para si ou para outrem (art. 158, § 5º, Lei 6.404/76). Segundo PINHO (2000, p. 312), em enumeração não exaustiva, podem responder solidariamente com o administrador: o controlador da companhia, membros do conselho fiscal, os auditores independentes, agentes técnicos e consultivos e os próprios acionistas. A análise dessa responsabilidade, evidentemente, deverá ser feita caso a caso.

Estas as características e peculiaridades principais da responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas, considerando o regime de administração adotado no Brasil.

4 CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, podemos afirmar que a legislação brasileira reguladora das sociedades anônimas (Lei 6.404/76) adota os sistemas dúplice e optativo de administração, conforme o tipo societário. Nos termos do artigo 139, § 2º, da referida norma, “as companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração”. As companhias fechadas que não tenham previsão de capital autorizado e que não sejam sociedades de economia mistas (artigo 239) são as únicas sociedades anônimas sujeitas ao regime optativo (unitário ou dúplice).

Em resumo, são conferidos à diretoria poderes de gestão e de representação e ao conselho de administração, poderes deliberativos e de controle. Os administradores das sociedades anônimas, partindo do seu vínculo estatutário, têm os poderes fixados no estatuto social da companhia, devendo ser exercidos de acordo com o objeto social da empresa e com o

seu fim, que é o lucro. Juntamente com esses poderes, a Lei e o estatuto fixam os seus deveres. Os principais deveres legais estão previstos no artigo 153 e seguintes da Lei 6.404/76 e são o “dever de diligência”, o “dever de lealdade” e o “dever de informar”.

Verificou-se que a redação do artigo 158 da Lei 6.404/76 não adotou a técnica legislativa recomendável uma vez que reproduziu em parte o Decreto-Lei 2.627/1940 que adotava o sistema unitário de administração da sociedade anônima, incubindo a administração das companhias exclusivamente à diretoria. Desta forma, não especificou de forma clara a responsabilidade dos membros da diretoria e do conselho de administração, que, como se viu, possuem suas peculiaridades e características próprias, deixando esta tarefa à doutrina.

Visando sistematizar a matéria, podemos concluir que os administradores, em geral, respondem perante a companhia e terceiros pela prática de atos *ultra vires* e pelo exercício de atribuições ou poderes, com culpa ou dolo.

No caso de atos *ultra vires*, a responsabilidade é objetiva. Já na prática de atos *intra vires* danosos a terceiros e à companhia, a responsabilidade é subjetiva.

Como, na “apresentação” da companhia, os diretores, em regra, tomam decisões individuais em favor desta, eventual responsabilidade do infrator é pessoal e individual.

Já os membros do conselho de administração, por exercerem seus atos, em regra, após deliberação prévia colegiada da maioria, são responsabilizados coletivamente, de forma solidária.

Existem duas exceções a essa regra: quando, sobre certos temas, a diretoria resolver de forma colegiada, os diretores deverão também ser responsabilizados solidariamente. Por outro lado, quando membros do conselho de administração ou diretores, em decisão colegiada, manifestarem sua divergência por escrito, restarão individualmente eximidos de responsabilidade, nos termos do artigo 158, § 1º, da Lei 6.404/76.

Com essas considerações, visa o presente trabalho contribuir para a sistematização da responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas de acordo, com a regulação jurídica da matéria no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil de 1916. Lei 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. **Diário Oficial da União**. Brasília, 05/01/1916.

_____. Código Civil de 2002. Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11/01/2002.

_____. Decreto-Lei 2.627, de 26 de Setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. **Diário Oficial da União**. Brasília, 01/10/1988.

_____. Lei 6.404 de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**. Brasília, 17/12/1976.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo. 20ª. Ed.** São Paulo: Malheiros. 2006, 1.032 pág.

_____. **Apontamentos sobre a teoria do órgão**. São Paulo: Revista de Direito Público, p. 30-37 nº 16. 1971.

BULGARELLI Waldirio. **Manual de sociedades anônimas. 10ª. Ed.** São Paulo: Atlas. 1998.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas. 3ª. Ed.** São Paulo: Saraiva. 2003, V. 3.

DALL'AGNOL, Antonio. **Comentários ao código de processo civil, v. 2: do processo de conhecimento, arts. 102 a 242.** (Coord. Ovídio A. Baptista da Silva). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

FRANÇA. *Décret 67.236/67*, de 24 de Março de 1967. *Journal Officiel de la République Française*. Paris, 24/05/67.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade dos administradores de sociedades por ações**. São Paulo: Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro, nº 8. Pág. 11 – 16, 1972.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares de. **Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas**. Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro, nº 42. Pág. 69 – 88, 1981.

LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A lei das S.A. 2ª Ed.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

LEITE FILHO, Fernando Rudge. **A responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas no direito brasileiro e no comparado**. São Paulo: Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro, nº 11. Pág. 35 – 47, 1973.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

PINHO, Luciano Fialho de. **Ação de responsabilidade civil proposta em face dos administradores de sociedades anônimas.** 2000. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Pós-Graduação de Direito, Belo Horizonte.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado. 2ª Ed.** Rio de Janeiro: Borsoi. 1954, Tomo III. 511 pág.

SOBRAL FERREIRA, Geraldo. **Diretor, sociedade anônima – relação jurídica.** 1981. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador. Rio de Janeiro: Forense.

REQUIÃO, Rubens. **A sociedade anônima como “instituição”.** São Paulo: Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro, nº 18. Pág. 25 – 29, 1975.

TOLEDO, Paulo Fernando Salles de. **O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidade dos administradores.** São Paulo: Atlas, 1997.