

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

DA ANULAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA DE DELIBERAÇÃO SOCIAL QUE APROVA  
CONTAS, SEM RESERVAS, COMO PRESSUPOSTO DA AÇÃO DE  
RESPONSABILIDADE DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS

Thiago Salles Rocha

Nova Lima

2012

THIAGO SALLES ROCHA

DA ANULAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA DE DELIBERAÇÃO SOCIAL QUE APROVA  
CONTAS, SEM RESERVAS, COMO PRESSUPOSTO DA AÇÃO DE  
RESPONSABILIDADE DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu*, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Linha de pesquisa: As sociedades empresárias e suas atividades. Projeto: Efetivação judicial dos direitos empresariais.

Orientador: Luiz Fernando da Silveira Gomes

Nova Lima  
Faculdade de Direito Milton Campos  
2012

THIAGO SALLES ROCHA

DA ANULAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA DE DELIBERAÇÃO SOCIAL QUE APROVA  
CONTAS, SEM RESERVAS, COMO PRESSUPOSTO DA AÇÃO DE  
RESPONSABILIDADE DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu*, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Linha de pesquisa: As sociedades empresárias e suas atividades. Projeto: Efetivação judicial dos direitos empresariais.

---

Prof. Dr. Luiz Fernando da Silveira Gomes – Orientador – Faculdade de Direito Milton Campos

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

Nova Lima, \_\_\_\_\_ de 2012

## RESUMO

Em pesquisa realizada nos sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Superiores, este estudo verificou que a jurisprudência brasileira se consolidou no sentido de que previamente à responsabilização do administrador seria necessária a anulação judicial da assembléia que aprovou as suas contas, sem reservas, se essa tiver ocorrido, tendo em vista que essa deliberação se constituiria em exoneração de responsabilidade, por força da previsão do artigo 134, da Lei 6.404/76. Ocorre que o artigo 159, da mesma lei prevê apenas como pressuposto processual da ação de responsabilidade de administradores de sociedades anônimas, a prévia deliberação da Assembléia Geral da companhia. O presente estudo buscou, através de uma análise do regime de invalidades aplicado às assembléias de sociedades anônimas e através de uma pesquisa histórica e de direito comparado, analisar juridicamente se é obrigatoriamente necessária a anulação judicial prévia da assembléia que aprovou as contas, ou se a própria assembléia que delibera a propositura da ação retificaria automaticamente aquela assembléia supostamente viciada. Concluiu que, apesar de não ser a melhor solução legislativa considerando-se o mercado de capitais brasileiro, a legislação e a doutrina vieram evoluindo com o intuito de que a aprovação de contas se tornasse ato jurídico perfeito em favor dos administradores, motivo pelo qual, a anulação judicial prévia da assembléia que aprova contas dos administradores é pressuposto da ação social de responsabilidade, prevista no artigo 159, e parágrafo 4º, da Lei 6.404/76.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Administrador. Sociedade anônima. Aprovação de contas. Assembléia geral.

## ABSTRACT

After a research made in Justice Courts' and Superior Courts' websites, this study found that the Brazilian judicial precedents have consolidated that, before the manager's liability civil lawsuit, it's necessary the judicial annulment of the assembly that approved their accounts, without reserves, if this occurred, once it's understood that this decision would constitute a waiver of liability, by the article 134, of Law 6.404/76. In spite of that, article 159, from the same law, only requires to the civil liability lawsuit, the General Assembly's approval. This study tried, through an analysis of the invalidity of acts, applied to corporations' assemblies, and through historical research and comparative law, know if it's absolutely necessary the judicial annulment of the previous deliberation that approved the accounts, or if the General Assembly, itself, could automatically rectify that assembly allegedly invalid. We concluded that, despite it doesn't be the best legislative solution, considering the Brazilian capital market, legislation and doctrine consolidated the understanding that the accounts' approval is a perfect juridical act in favor of the managers, and because of this, the judicial annulment of the assembly that approved the management's accounts is a prerequisite of social action, set in Article 159, and paragraph 4º, of Law 6.404/76.

Keywords: Civil liability. Manager. Corporate. Accounts approval. General assembly

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2 SOCIEDADE ANÔNIMA E PODER DE CONTROLE.....</b>	<b>10</b>
2.1 Origem da sociedade anônima no mundo.....	10
2.2 Teorias acerca do negócio jurídico de constituição da sociedade anônima.....	11
2.3 Da teoria da dissociação entre propriedade e controle nas sociedades anônimas – Espécies de poder de controle.....	16
2.4 A alta concentração do poder de controle nas empresas brasileiras e suas conseqüências.....	20
<b>3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR PELO EXERCÍCIO DE ATOS EM NOME DA EMPRESA.....</b>	<b>30</b>
3.1 Estrutura da administração da sociedade anônima no direito comparado e na legislação brasileira.....	30
3.2 Teorias acerca da natureza jurídica dos atos praticados por administradores em nome da companhia.....	34
3.3 Hipóteses e características da responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas.....	41
<b>4 AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS.....</b>	<b>50</b>
4.1 Condições da ação.....	51
4.1.1 <i>A legitimidade de agir na ação de responsabilidade de administradores de SAs – Classificação doutrinária das espécies contidas na referida ação</i> .....	51
4.1.2 <i>Possibilidade jurídica do pedido</i> .....	56
4.1.3 <i>Interesse de agir</i> .....	57
4.2 Pressupostos processuais.....	58
4.2.1 <i>Da prévia deliberação da assembléia geral</i> .....	67
4.2.2 <i>Da necessidade de propositura da ação social ut singuli, prevista no art. 159, § 4º, por 5% dos acionistas minoritários e a experiência das strike suits no direito estadunidense</i> ....	70
<b>5 DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE ACERCA DA NECESSIDADE DE PRÉVIA PROPOSITURA DE AÇÃO ANULATÓRIA DE ASSEMBLÉIA QUE APROVOU CONTAS, SEM RESERVAS, DOS ADMINISTRADORES.....</b>	<b>74</b>
<b>6 REGIME JURÍDICO DAS INVALIDADES DOS ATOS JURÍDICOS NAS DELIBERAÇÕES ASSEMBLEARES DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS.....</b>	<b>79</b>
6.1 Da evolução e da classificação das invalidades dos atos jurídicos no direito comum.....	79
6.2 Do regime das invalidades nas assembléias das sociedades anônimas.....	85
6.3 Espécies de vícios ocorridos nas deliberações das sociedades anônimas.....	93
<b>7 DOS EFEITOS DA APROVAÇÃO DE CONTAS DOS ADMINISTRADORES, SEM RESERVAS, E QUANTO À POSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO POSTERIOR DE ASSEMBLÉIA VICIADA.....</b>	<b>98</b>
<b>8 CONCLUSÃO.....</b>	<b>114</b>

<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>117</b>
-------------------------	------------

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo dos dilemas ocorridos no cotidiano das sociedades anônimas é fascinante.

Essa forma de constituição empresarial é notoriamente reconhecida como a mais complexa e mais apta à captação de grandes somas de capitais. Assim, as características das sociedades anônimas permitem a associação do dinamismo do direito empresarial e, ao mesmo tempo, uma complexidade que faz alusão à organização do Estado idealizada por ARISTÓTELES, LOCKE e MONTESQUIEU, ficando clara a manifestação das decisões da sociedade 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 vultosas somas de capitais e interesses de milhares de investidores, os diretores e conselheiros da companhia assumem uma responsabilidade cada vez maior e suas decisões atraem a atenção não só do mercado de capitais, mas também do público leigo em geral.

Os chamados de *chief executive officers*, (que no Brasil se assemelhariam aos diretores-presidentes das companhias) auferem em países estrangeiros, *status* de celebridades, cabendo citar, por exemplo, o falecido Sr. Steve Jobs, cujas decisões empresariais eram anunciadas em grandes eventos, com grande atenção da mídia global e grande ansiedade do mercado consumidor.

Assumindo as decisões empresariais que atingem interesses tão amplos e diversos, é bastante comum que esses administradores sejam processados por suas condutas pelos acionistas das sociedades.

A acionista da BP – British Petroleum, Katherine Firpo, ajuizou ação de responsabilidade contra os altos executivos da empresa, o diretor-executivo Anthony B. Hayward e outros, pleiteando indenização à empresa, pela má condução de seus atos, como reflexo do desastre ambiental ocorrido no Golfo do México, resultado do maior vazamento de petróleo da história dos Estados Unidos e talvez da história mundial<sup>1</sup>.

No conhecido episódio bancário da utilização de títulos hipotecários *subprime*, diversos acionistas processaram os executivos do Banco Goldman Sachs, pleiteando

---

<sup>1</sup> ACIONISTA da BP processa executivos por vazamento; **Último Segundo**, 18/07/2010. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/ciencia/meioambiente/acionista+da+bp+processa+executivos+por+vazamento/n1237615398396.html>> Acesso em 18/07/2010.



indenizações milionárias, tendo em vista as arriscadas operações avalizadas por seus administradores<sup>2</sup>.

No Brasil, a despeito de a Lei 6.404/76 (BRASIL, 1976a) conter expressa previsão da ação de responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas, verifica-se que esta não é muito utilizada, por diversos motivos que serão apresentados nos capítulos seguintes.

Em pesquisa realizada nos sítios eletrônicos dos Tribunais Superiores do Brasil e Superior Tribunal de Justiça, nota-se que os acórdãos proferidos dificilmente chegam ao mérito das condutas dos administradores processados, tendo em vista obstáculos processuais que impedem o conhecimento da demanda.

É que a legislação brasileira optou por fixar um pressuposto processual à ação de responsabilidade, concernente à necessidade de prévia deliberação da Assembléia Geral da companhia (art. 159, da Lei 6.404/76).

Não bastasse esse pressuposto processual específico, nossa pesquisa prévia verificou que a jurisprudência se consolidou<sup>3</sup> no sentido de que antes da busca pela responsabilização do administrador seria necessária a anulação judicial da assembleia que aprovou as suas contas, sem reservas, se essa tiver ocorrido, tendo em vista que essa deliberação se constituiria em quitação de responsabilidade, por força da previsão do artigo 134, da mesma lei<sup>4</sup>.

A doutrina é carente de um estudo sistemático a respeito da questão, o que motivou a contribuição do presente trabalho, que a despeito de suas limitações, objetiva verificar se a solução abraçada pela jurisprudência é juridicamente a mais correta.

É que, sob uma análise prévia e perfunctória e baseada mais na dedução do que na comprovação científica (que será realizada efetivamente no presente trabalho), nos pareceu *bis in idem* desnecessário e burocrático a dupla análise prévia da correção da conduta do administrador antes do ajuizamento da ação de responsabilidade, a primeira judicialmente através da ação anulatória da assembleia que aprovou as suas contas e a segunda, no âmbito *interna corporis*, em deliberação assemblear que julgará se o administrador é responsável ou não por atos prejudiciais à sociedade.

---

<sup>2</sup> GOLDMAN Sachs assumiu posição vendida no subprime, segundo executivos. **O Estado de São Paulo Online**, 27/04/2010. Disponível em: <[http://economia.estadao.com.br/noticias/not\\_15419.htm](http://economia.estadao.com.br/noticias/not_15419.htm)> Acesso em 18/07/2010, 21:00.

<sup>3</sup> Pro exemplo: recursos AgRg no Ag 640050/RS, STJ, Min. Rel. Luis Felipe Salomão; AgRg no Ag 950104/DF, STJ, Min. Rel. Massami Uyeda; REsp 257573/DF, STJ, Min. Rel. para o acórdão, Ari Pargendler.

<sup>4</sup> Art. 134. (...)

§ 3º A aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigo 286).

Nos capítulos que seguem, objetivamos caracterizar a natureza jurídica do ato que aprova as contas dos administradores e, sob a ótica do regime de invalidades dos atos jurídicos no contexto das sociedades anônimas, concluir se é juridicamente necessária a anulação da assembleia que aprovou as contas dos administradores previamente à propositura da ação de responsabilidade ou se a própria Assembleia Geral poderia retificar essa assembleia anterior na deliberação prevista no artigo 159, da Lei 6.404/76, dispensando, portanto, a ação anulatória.

## 2 SOCIEDADE ANÔNIMA E PODER DE CONTROLE

Adiante, analisaremos a evolução jurídica da sociedade anônima e das teorias acerca do exercício do controle dessa forma de sociedade, pelos acionistas e administradores.

### 2.1 Origem da sociedade anônima no mundo

Ao longo da história, a relação de poder de controle no contexto da sociedade anônima experimentou evolução democrática semelhante à evolução histórica dos sistemas de governo dos Estados, que passaram do poder absoluto de uma única pessoa (absolutismo) à democracia (estado democrático de direito).

Segundo COMPARATO E SALOMÃO FILHO (2008, pág. 35), “o modelo legal da sociedade por ações revelou-se, em suas metamorfoses, francamente tributário dessas diferentes concepções políticas ligadas à evolução do conceito de soberania.”

Afirmam esses autores que o modelo da “comandita por ações”, em que o poder de comando é atribuído aos gerentes ou diretores estatutariamente nomeados, inspirou a constituição das primeiras sociedades anônimas, à época (século XVII), companhias regalias ou privilegiadas de comércio, como, por exemplo, a Companhia das Índias Orientais. Cabia ao Estado a autorização para a sua constituição e a definição de seu objeto social, podendo o rei cassar aquela autorização, se entendesse que não lhe era mais interessante.

Na Companhia das Índias Orientais, por exemplo, o poder de controle era extremamente concentrado nos administradores nomeados por cada um dos Países Baixos (proporcionalmente) e estes dirigiam a companhia como coisa própria. Por outro lado, a influência do Estado era enorme, pois este tipo de companhia exercia atividades próprias estatais, como colonização, manutenção de exércitos, extração de riquezas, etc.<sup>5</sup>

Após a revolução industrial, o mercado passou a se concentrar na busca pela inovação tecnológica abandonando a busca por matérias-primas, foco principal do mercantilismo. A presença do Estado nas companhias foi se tornando desnecessária, e os acionistas privados passaram a acumular poder. Surgiram as primeiras previsões de Assembléias Gerais, com grande ou absoluta autonomia interna (COMPARATO E SALOMÃO FILHO, 2008, pág. 37).

Esta fase, segundo CARVALHOSA (2011, v. 2, pág. 104), se caracterizou pelo oposto ao verificado anteriormente, e as companhias, agora sob o regime do direito privado e em

---

<sup>5</sup> CARVALHOSA, 2011, v.2, pág. 103.

busca de atividades desvinculadas à atuação estatal (indústria e comércio), tinham plena liberdade de constituição.

O referido professor afirma que este regime prevaleceu no mundo até a promulgação do Código Comercial francês de 1807, que estabeleceu poderes de fiscalização ao Estado, sistema que repercutiu nos ordenamentos da maioria dos países desenvolvidos à época. O papel do Estado era fiscalizar a veracidade dos balanços patrimoniais, o regular funcionamento das assembleias gerais e a distribuição de dividendos, com presença ostensiva de funcionários públicos nas assembleias gerais e na certificação dos balanços sociais das companhias<sup>6</sup>.

Prossegue assinalando que essa forma de intervenção administrativa na vida social vigorou não só na França, como na Alemanha e na Itália, sendo respectivamente abolida naqueles países em 1863, 1873 e 1882, “porque gerava os inconvenientes próprios dos procedimentos burocráticos, a ponto de impedir a atividade associativa” (CUNHA PEIXOTO, citado por CARVALHOSA, 2011, v.2, pág. 104).

Segundo CARVALHOSA (2011, v. 2, págs. 104 e 105), esse sistema foi substituído pelo regime de regulação dos atos de constituição e de funcionamento das sociedades anônimas, no qual se restringe o Estado a estabelecer as normas impositivas referentes a esses atos e a efetuar o registro dos mesmos. Por outro lado, surge a responsabilização do acionista controlador. Trata-se do regime regulatório que prevalece no mundo até os dias de hoje.

## **2.2 Teorias acerca da natureza do negócio jurídico de constituição da sociedade anônima**

Sempre existiu, na doutrina, ferrenha discussão sobre a natureza jurídica do negócio jurídico de constituição da sociedade anônima. As principais vertentes teóricas são as que defendem tratar-se de um “contrato”, de um “ato complexo”, de um “contrato plurilateral” e de uma “instituição”.

A teoria do “contrato” tem como defensores CARVALHO DE MENDONÇA e EUNÁPIO BORGES. CARVALHOSA<sup>7</sup> afirma que ambos classificam o negócio de subscrição das quotas, realizado entre fundadores e subscritores, como um contrato preliminar, e a constituição da sociedade como o contrato principal.

---

<sup>6</sup> CARVALHOSA, 2011, v.2, pág. 104.

<sup>7</sup> “Divide o autor (Eunápio Borges) o processo de constituição em dois contratos: o preliminar de subscrição e o contrato final de sociedade, cuja conclusão depende da vontade formada pelos próprios subscritores em sua maioria absoluta.” (CARVALHOSA, 2011, v.2, pág. 107)

A teoria do contrato sempre esbarrou na dificuldade de transposição do sinalagma característico dos contratos. Enquanto, no contrato, as partes têm interesses antagônicos e tentam superar essas contradições através do mesmo, na sociedade, os seus interesses são, pelo menos de forma mediata, convergentes, voltados para o lucro.

Buscando superar esta dificuldade, a doutrina criou a teoria do “ato complexo”. CARVALHOSA expõe (2011, v.2, pág. 105), citando BRUNETTI<sup>8</sup>, que os defensores dessa corrente afirmam que a constituição da sociedade é um ato coletivo que seria entendido como a fusão de diferentes vontades em uma única, perdendo a vontade de cada um dos participantes a sua individualidade.

Para ASCARELLI (2001, pág. 376), a corrente que defende que a constituição da sociedade é um ato complexo também não é capaz de solucionar a questão.

Segundo o jurista italiano, em que pese o sinalagma típico dos contratos ser um óbice à classificação da constituição da sociedade como esta figura jurídica, o problema do ato complexo deriva justamente da unanimidade de vontade que esta figura jurídica pressupõe.

Vimos que os defensores da teoria do “ato complexo” se baseiam em uma vontade única final, que prevalece sobre as vontades individuais dos componentes da Companhia. Esse ponto, também foi observado por ASCARELLI (2001, pág. 376):

A distinção entre “ato complexo” e “contrato”, no âmbito dos negócios que requerem, para a sua realização, o concurso da vontade de várias partes, costuma ser assentada, pela doutrina, na circunstância de que as partes, no contrato, são animadas por interesses contrapostos: o contrato constitui justamente o instrumento jurídico da solução dessa contraposição. As várias normas sobre o contrato encontram fundamento nessa observação.

Ao contrário, no ato complexo, as partes apresentam-se animadas por idêntico interesse; encontram-se, por assim dizer, do mesmo lado; justamente por isso, o ato complexo está sujeito a uma disciplina diversa daquela dos contratos.

Mas é justamente essa convergência absoluta de interesses na teoria do ato complexo que, do ponto de vista de ASCARELLI, impede que seja esta a natureza jurídica da constituição da sociedade:

Que acontece, pois, na sociedade? Por um lado, parece-me inegável que, na constituição da sociedade, as várias partes têm interesses antagônicos, exatamente como nos contratos de escambo; por exemplo, no que respeita à avaliação das respectivas contribuições; à determinação da respectiva ingerência na administração; à distribuição dos lucros e das perdas. Cada sócio visa a tirar da própria contribuição o máximo de lucro, pondo-se, destarte, em conflito com os demais. No contrato de sociedade o direito é tão consciente desse contraste que intervém (com as normas

---

<sup>8</sup> *Tratado*. v.1, p.124.

sobre a sociedade leonina) para limitar equitativamente as possíveis desproporções entre sócios.

ASCARELLI<sup>9</sup> defende que aqueles que refutam a tese que o negócio jurídico de constituição de sociedade não pode ser um contrato possuem uma visão míope do fenômeno, pois se limitam a analisar as especificidades do contrato de permuta. Em seu ponto de vista, o ato de constituição da sociedade nada mais é que um contrato plurilateral.

O referido doutrinador italiano defende este seu ponto de vista afirmando que, nesta subespécie de contrato, são admitidas várias partes e todas elas têm direitos e obrigações perante todas as outras, e um objetivo único, que seria a consecução do objeto social da Sociedade. ASCARELLI (2001, pág. 395), citando AULETA, afirma que a constituição de sociedades nada mais é que um contrato plurilateral, pois os negócios jurídicos desta subespécie são *contratos de comunhão de fim*.

Essa classificação se adéqua muito bem à natureza das sociedades, pois é fato que os sócios nem sempre possuem uma única vontade (como defendido pela teoria do ato complexo), principalmente no momento de elaboração do contrato social. O que ocorre muitas vezes é o contrário, com sócios discordando e tentando um consenso quanto à parte do capital que lhes cabe, à avaliação de eventuais bens que servirão à amortização das quotas, aos administradores que serão eleitos, entre outras questões. Impossível se afirmar que estas vontades antagônicas, ao final, se converteriam em uma vontade única.

O fato de o contrato plurilateral ser um contrato que contém uma finalidade ulterior supera as dificuldades da teoria do contrato, pois naquela subespécie, as vontades antagônicas das partes ficam limitadas à constituição da sociedade, momento em que cada parte buscará os maiores benefícios para si. Após a formalização do estatuto, prosseguirá o contrato pela sua finalidade ulterior de exercício da atividade empresarial, como previsto no naquele instrumento.

Apesar de se tratar de corrente doutrinária bastante festejada, preferiu a Lei 6.404/76 não admiti-la às sociedades anônimas, adotando, ao contrário, a teoria da “instituição”. Nesse sentido, observa REQUIÃO (1975, pág. 26):

---

<sup>9</sup> “O conflito de interesses – evidente na constituição e subsistente na vida da sociedade – permite falar de contrato e excluir o ato complexo; a comunhão de objetivo, por sua vez, distingue esse contrato dos de permuta. Quanto a essa última afirmação, será ela objeto de indagações ulteriores; quanto à primeira, parece-me que já o exame dos casos de ato complexo, postos ao lado da constituição da sociedade, demonstre que nos achamos então em face de uma afirmação cujo sucesso, talvez, prevalentemente se deva à insuficiência, quanto ao contrato de sociedade, da teoria do contrato quando baseada apenas numa generalização das regras peculiares aos contratos de permuta.” (ASCARELLI, 2001, pág. 377)

Observamos em nosso *Curso de Direito Comercial* que o jurista francês Jean Escarra esclarece que, desde o fim do último século, publicistas e comercialistas alemães foram os primeiros a descartar a noção do contrato, na constituição das sociedades anônimas, tendo essas tentativas sido repelidas na França por Saleilles e Hariou, e, bem assim, por muitos outros comercialistas contemporâneos.

Essa posição doutrinária foi adotada pelas autoridades brasileiras, (Ministério da Fazenda e do Planejamento), ao traçarem os princípios básicos pelos quais seria norteada a reforma da lei de sociedades anônimas de que se cogita atualmente. Disse essa exposição de motivos:

“Entre as S.A. de há trinta anos atrás, concebida basicamente como empresa familiar numa economia estagnada, e a moderna corporação, em constante apelo ao crédito público, a diferença não é apenas quantitativa, de aumento de tamanho: é qualitativa. Há muito, a S.A. deixou de ser um contrato, de efeitos limitados aos seus poucos participantes: é uma instituição que concerne a toda a economia do país, ao crédito público cujo funcionamento tem que estar sob o controle fiscalizador e o comando econômico das autoridades governamentais. (...)”

Cabe transcrever a definição do jurista francês HARIOU (citado por REQUIÃO, 1975, pág. 27) a respeito desta teoria:

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.

É fácil notar que a teoria institucionalista da sociedade propõe uma autonomia de vontade desta e a desvinculação de seus interesses ante aos dos acionistas. A vontade da sociedade existe independentemente da de seus acionistas e seus órgãos de poder tomam suas decisões de acordo com o que é melhor para a atividade empresarial e o interesse social.

Fácil notar que a teoria da instituição permite que a sociedade atenda interesses de grupos que não são acionistas da sociedade, como os seus trabalhadores, a comunidade em que ela está inserida, o governo, através da atuação de acordo com os interesses da economia nacional, etc.<sup>10</sup>

Segundo a teoria do contrato, obrigar a sociedade a adequar seus atos a esses interesses não teria cabimento, pois o contrato somente vincula as partes contratantes e, a

---

<sup>10</sup> Conforme se verá mais à frente, neste trabalho (tópico 3.1), o Conselho Supervisor (semelhante ao “Conselho de Administração” no Brasil) das Sociedades Anônimas alemãs é composto metade por acionistas e metade por trabalhadores, demonstrando o pleno implemento dessa teoria.

despeito de também deter uma função social, o instituto é voltado precipuamente ao atendimento da vontade dos participantes daquele negócio jurídico.

A Lei 6.404/76 possui diversas normas que demonstram claramente a sua opção pela caracterização da sociedade como “instituição”. O parágrafo único, do artigo 116, da referida norma talvez seja o melhor exemplo do que foi dito:

Art. 116. (...)

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Veja-se que os acionistas controladores da empresa devem dirigi-la primordialmente para realizar o seu objeto e cumprir sua função social. Os deveres e responsabilidades dos controladores não estão presentes somente frente àqueles que fazem parte do empreendimento (acionistas), mas também frente aos trabalhadores e à comunidade na qual a empresa se insere.

A plena dissociação dos interesses da companhia frente aos interesses dos sócios, visualizada pelos defensores da teoria institucionalista da sociedade somente foi, de fato, observada em mercados de capitais extremamente dinâmicos e pulverizados, cujo principal exemplo, é o vigente nos Estados Unidos da América. No Brasil, a realidade é bem diferente, com seu mercado constituído predominantemente por sociedades anônimas controladas por uma ou mais famílias ou grandes grupos empresariais.

Segundo REQUIÃO (1975, pág. 25), a teoria da sociedade como uma instituição só faria sentido nas sociedades abertas, de *intuitus pecuniae*:

Em nosso entender não se pode cogitar do instituto das sociedades anônimas dentro de um conceito genérico e unitário. Não existe apenas uma espécie de sociedade anônima. Ao revés, a doutrina moderna tende a distinguir duas espécies, com contornos, estruturas, finalidades e estilos perfeitamente distintos. Impõe-se, com efeito, a distinção entre as *sociedades anônimas abertas* e as *sociedades anônimas fechadas*. Estas são conhecidas também sob a nomenclatura de *sociedades anônimas de família*.

Afirma-se que as sociedades anônimas são constituídas *cum intuitus pecuniae*. Não é bem assim: vale esclarecer. Nem todas as sociedades anônimas são constituídas tendo em consideração apenas o capital; muitas, a maior parte delas, se forma *cum intuitus personae*. Assim é no Brasil e em outros países. A estrutura jurídica da sociedade anônima se presta, também, excelentemente, para os intuitos pessoais dos acionistas, inclusive tendo em consideração interesses de grupo familiar.

(...)

Essas sociedades, nessas condições, com seu personalismo à mostra, pouco difere na essência, nesse particular, de outros tipos de sociedades, a que convencionamos denominar *sociedades de pessoas*. Nessas condições repousa ela, na sua estruturação



técnica e jurídica sobre o *contrato*. Contrato, naturalmente, *plurilateral*, como vimos enfaticamente sustentando, seguindo a doutrina e lições de Ascarelli.

Outras sociedades, anônimas, entretanto, são efetivamente constituídas sem atenção à pessoa dos acionistas. Formam-se tendo em vista o mercado de capitais. Pouco se lhe dá quem dela participe. Organiza-se um “grupo de controle”, que domina a sociedade, e suas ações, geralmente ao portador, se pulverizam em quantidade nas mãos de estranhos. Essa sociedade geralmente se forma em atenção aos recursos financeiros do mercado, onde obtém capitais não só na sua fundação, como durante seu desenvolvimento.

Essas sociedades anônimas, que condizem financeiramente com função econômico-social definida, é que poderiam ser classificadas como *instituição*.

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a dissociação dos interesses da companhia frente aos interesses dos seus acionistas foi tamanha que surgiram diversas teorias a respeito da separação entre a propriedade e o poder de controle. Alguns estudos, que serão aprofundados a seguir, constataram que, em algumas empresas, a propriedade da maioria das ações não estava diretamente ligada ao seu controle, por diversos fatores.

Essas teorias trouxeram cada vez mais importância para a figura da administração da companhia, diretamente ligada à noção de “poder de controle”.

### **2.3 Da teoria da dissociação entre propriedade e controle nas sociedades anônimas – Espécies do poder de controle**

Os professores Estadunidenses Adolf Berle Jr. e Gardiner Means publicaram, na década de 1930, impactante estudo sobre a possibilidade de dissociação acionária e poder de controle empresarial. Na obra denominada *The modern corporation and private property*<sup>11</sup>, esses autores, com base em dados estatísticos colhidos em 1929, propuseram uma classificação do controle interno da empresa, de acordo com a concentração e dissociação do capital social.

O conceito de “controle” para esses doutrinadores se distancia da propriedade da maioria das ações. O controle da empresa significa o poder de eleger a maioria dos diretores e a detenção da maioria dos votos na assembléia-geral. Vejamos (BERLE JR. E MEANS, 1968, pag. 66):

Essa separação de funções nos força a reconhecer o controle como algo separado da propriedade, de um lado, e da administração, de outro.(...) Uma vez que a direção das atividades de uma corporação é exercida pela diretoria nós devemos dizer por motivos práticos que o controle reside nas mãos do indivíduo ou grupo que detém o poder atual de selecionar a diretoria (ou sua maioria), ou que viabilizam seu direito

---

<sup>11</sup> BERLE JR. E MEANS, 1968.

legal de escolhê-los – “controlando” a maioria dos votos diretamente ou mediante um expediente legal – ou exercendo pressão que influencie a sua escolha. (tradução livre)<sup>12</sup>

Segundo COMPARATO E SALOMÃO FILHO (2008, pág. 52), esses autores dividem o controle da empresa em cinco espécies: o controle com a quase completa propriedade acionária, o controle majoritário, o controle obtido mediante expedientes legais, o controle minoritário e o controle administrativo ou gerencial.

No mesmo estudo, COMPARATO E SALOMÃO FILHO<sup>13</sup> criticam o terceiro tipo de controle (controle obtido mediante expedientes legais), uma vez que suas hipóteses se confundem com os demais tipos de controle apresentados.

Tendo em vista que a exemplificação dos professores brasileiros nos parece mais simples e didática, preferimos utilizá-la, adotando apenas quatro tipos de controle, expostos a seguir.

O controle totalitário é aquele em que o acionista majoritário tem a quase completa titularidade acionária, vale dizer, o controlador da companhia detém uma soma praticamente absoluta do capital da empresa. No Brasil, país onde até bem pouco tempo era vedada a sociedade unipessoal, sob todas as formas de constituição empresarial<sup>14</sup>, é muito comum esse tipo de controle, sendo que o sócio majoritário figura na sociedade anônima detendo, muitas vezes, 99% das quotas da sociedade, enquanto um sócio (normalmente pessoa de sua

---

<sup>12</sup> *This separation of function forces us to recognize “control” as something apart from ownership on the one hand and from management on the other. (...) Since direction over the activities of a corporation is exercised through the board of directors, we may say for practical purposes that control lies in the hands of the individual or group who have the actual power to select the board of directors (or its majority), either by mobilizing the legal right to chose them – “controlling” a majority of the votes directly or through some legal device - or by exerting pressure which influences their choice.*

<sup>13</sup> “Muito discutível é a terceira espécie de controle na classificação de Berle e Means: aquele que se exerce mediante um expediente ou artifício legal. Dos exemplos assinalados pelos prestigiosos autores – o controle piramidal ou em cadeia num grupo societário, a existência de ações sem direito de voto, a emissão de ações com voto limitado e o *voting trust* – somente o último poderia, a rigor, ser distinguido das demais espécies de controle, pela própria peculiaridade do *trust* de dissociar direitos de vários titulares sobre uma mesma coisa. O *trustee* não pode ser assimilado a um proprietário (*owner*) e nesse sentido exerce o controle sem propriedade, mas fundado, de qualquer modo, em direito próprio. A originalidade do instituto não permite a generalização dessa espécie particular de controle aos demais sistemas jurídicos. Aliás, na própria doutrina norte-americana, a posição de Berle e Means nesse passo não ficou isenta de críticas.” (COMPARATO E SALOMÃO FILHO, 2008, pág. 64)

<sup>14</sup> Após a promulgação da Lei 12.441/11, o direito brasileiro passou a admitir a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, através da inserção do artigo 980-A, no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002): “A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.”

confiança, um familiar) figura detendo ínfimos 1%, muitas vezes, apenas servindo para atender a obrigação legal da existência de 2 pessoas para a constituição da sociedade<sup>15</sup>.

COMPARATO E SALOMÃO FILHO (2008, pág. 60) conceituam o controle totalitário da seguinte forma:

quando nenhum acionista é excluído do poder de dominação na sociedade, quer se trate de sociedade unipessoal, quer se esteja diante de uma companhia do tipo familiar (controle totalitário conjunto).

Nessa hipótese, segundo os mesmos autores, as deliberações da companhia são decididas pela unanimidade.

A segunda hipótese é o controle majoritário. Nesta espécie, a maioria representativa de capital é efetivamente controladora da empresa. Essa maioria pode se manifestar mediante só uma pessoa, um grupo de pessoas que possuem laços entre si (por exemplo, uma família) ou acionistas que se unem em grupos de controle. COMPARATO E SALOMÃO FILHO ainda dividem o poder de controle majoritário em “simples” e “absoluto”, tratando-se de minoria qualificada a exercer seus direitos legais, na primeira hipótese, e minoria não qualificada, na segunda.

Já o controle minoritário é aquele exercido por acionistas que, apesar de controladores, não possuem ações correspondentes a mais da metade do capital social da empresa.

Por fim, a última hipótese de controle apresentada por BERLE E MEANS é o gerencial. Mais uma vez cabe citar os professores COMPARATO E SALOMÃO FILHO (2008, pág. 71), a respeito desta hipótese:

Aquele não fundado na participação acionária, mas unicamente nas prerrogativas diretoriais. É o controle interno totalmente desligado da titularidade das ações em que se divide o capital social. Dada a extrema dispersão acionária, os administradores assumem o controle empresarial de fato, transformando-se num órgão social que se autoperpetua por cooptação.

A constatação da existência deste tipo de poder de controle surgiu da observação de que empresas com capital extremamente pulverizado contavam com acionistas que eram, em sua maior parte, apenas investidores, buscando aumentar o seu capital particular. Essa ausência de participação efetiva nas deliberações sociais propiciou grande poder aos órgãos

---

<sup>15</sup> Art. 80, Lei 6.404/76. A constituição da companhia depende do cumprimento dos seguintes requisitos preliminares:

I - subscrição, pelo menos por 2 (duas) pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto;

de administração e, assim, os administradores passaram a criar meios de se perpetuar no poder, aprovando deliberações beneficiárias de suas posições.

O mercado de capitais dos Estados Unidos da América contém empresas que são o típico exemplo do controle gerencial. Levantamento realizado por BERLE E MEANS, no início da década de 30, verificou que nas duzentas maiores companhias não financeiras dos EUA, o tipo de controle exercido era o gerencial. Um levantamento posterior, realizado em 1963, constatou que essa estatística havia aumentado consideravelmente (COMPARATO E SALOMÃO FILHO, 2008, pág. 72).

WALD (2002, pág. 315), citando ANTHONY SAMPSON<sup>16</sup>, afirma que após a Segunda Guerra Mundial, as dimensões das empresas americanas aumentaram muito e algumas, inclusive, passaram a possuir orçamentos maiores que muitos países.

A já apontada grande dispersão acionária e a ausência de interesse nos atos das empresas pelos acionistas fizeram com que surgissem diversas distorções, com choques entre os interesses dos administradores e os das companhias<sup>17</sup>, o que motivou maior preocupação das cortes estadunidenses e da SEC – *Securities and Exchange Commission*.

Entretanto, apesar da caracterização do poder de controle permanecer o mesmo naquele país, WALD (2002, pág. 316) apresentou um recente fenômeno que vem mudando a realidade de total independência dos administradores na condução da companhia. Trata-se do ingresso de fundos de pensão nas sociedades americanas:

Finalmente, houve uma modificação relevante na posição dos acionistas minoritários. Estes deixaram de ser as pessoas físicas, que aplicavam seus próprios recursos na Bolsa, e foram substituídos pelos Fundos de Pensão e pelos Fundos de Ações, com força de atuação e dimensões muito maiores.

(...)

Na realidade, reagindo contra o excesso de poder dos administradores, os fundos se organizaram, passando a fazer o monitoramento institucional das empresas, requerendo amplas informações e acompanhando a gestão de perto, com os meios técnicos e jurídicos adequados, dos quais não dispunham anteriormente os pequenos acionistas.

(...)

Os acionistas minoritários começaram a intervir nas empresas, liderando os movimentos para a modificação da política ou da gestão empresarial de forma consensual e até forçada, se necessário. Essa intervenção dos investidores institucionais chegou a abranger a demissão de diretores e presidentes de algumas

<sup>16</sup> SAMPSON, Anthony. *The sovereign state of ITT*. Greenwich:Fawcett Publication, 1973.

<sup>17</sup> “Nas décadas seguintes, multiplicaram-se os escândalos de *insiders*, abrangendo inclusive algumas das grandes instituições financeiras e ensejando a aplicação de graves penalidades e de multas importantes, que acabaram acarretando uma verdadeira revolução cultural no mercado de capitais. As especulações realizadas na Bolsa preocuparam a doutrina, que nelas deixou de ver um meio adequado de desenvolver a economia, chegando a temer que *Wall Street* se transformasse em Las Vegas.” (WALD, 2002, pág. 316)

das maiores empresas americanas, como IBM, American Express, General Motors e Westinghouse.

A maior interação dos acionistas minoritários, exigindo a incorporação de preceitos de governança corporativa nas empresas estadunidenses, trouxe maior transparência e segurança ao mercado, mas não fez com que o controle gerencial deixasse de ser predominante naquele país.

Passaremos agora à análise da Lei 6.404/76 e do mercado de capitais brasileiro, sob o ponto de vista do poder de controle, bastante diferente do mercado estadunidense<sup>18</sup>.

#### **2.4 A alta concentração do poder de controle nas empresas brasileiras e suas conseqüências**

No Brasil, como não podia deixar de ser, a evolução da Sociedade Anônima e do mercado de capitais foi tardia, já que, por muito tempo, nosso país foi colônia de Portugal, sem atividade industrial relevante que fizesse desenvolver seu mercado de capitais.

TRUBEK<sup>19</sup> (citado por LIMA, 1989, pág. 28), em estudo sobre a evolução do mercado de capitais do Brasil, publicado em Abril de 1971, constatou que, após o término da 2ª Guerra Mundial, o Brasil adotou a técnica do autofinanciamento, que consistiu em uma série de mecanismos, sendo os principais, o controle de preços e da inflação. De 1947 a 1961, o Brasil experimentou impressionante crescimento, sendo que o produto nacional bruto brasileiro cresceu a uma média de 5,8% e a renda *per capita* aumentou a uma média de 3% ao ano. O produto real cresceu 128% e o produto industrial 262%.

LIMA (1989, pág. 28) observa que o modelo de desenvolvimento brasileiro se baseou em crescentes aumentos de índices inflacionários, em modelo denominado de “poupança forçada”.

Neste modelo, a renda dos cidadãos mais pobres – que não possuem recursos para poupar – é transferida para os mais ricos que, por sua vez, não tem como gastar a sua renda.

---

<sup>18</sup> “Seja como for, toda essa problemática da macrocompanhia de capital aberto apontada por Berle e Means é por ora ainda estranha à realidade brasileira. Não obstante a proverbial carência de dados estatísticos em nosso país, ninguém ainda assinalou, no Brasil, a existência de companhias controladas, exclusivamente, pelos seus próprios administradores, como órgão autoperpetuante, segundo a expressão daqueles autores, em razão de extrema dispersão acionária.” (COMPARATO E SALOMÃO FILHO, 2008, pág. 75)

<sup>19</sup> TRUBEK, David M. *Law planing and the development of the brazilian capital market – a study of Law in economic change*. Nova Iorque: The Bolletin, 1971.

Essa poupança propicia aumento do excedente econômico e este, conseqüentemente, seria utilizado na industrialização do país.

Em 1964, entre as medidas adotadas para o desenvolvimento do país, procurou-se fortalecer a empresa privada nacional (principalmente as sociedades anônimas, que são aquelas que possibilitam maior capacidade de circulação de riquezas), mediante a absorção de recursos pelas pequenas e médias empresas (Leis 4.595/65 e 4.728/67). Segundo LIMA (1989, pág. 29), “a ausência de um estudo sociológico prévio e a ausência de preparo psicológico dos empresários e dos pequenos e médios poupadores” além da “mentalidade paternalista que o empresário brasileiro herdou de Portugal, de receio de dividir o poder decisório com outros sócios” dificultou a empreitada.

Prossegue o professor mineiro afirmando que o Banco Central do Brasil promulgou a Resolução 60, de 24 de Julho de 1967, que liberou a aplicação de metade dos fundos fiscais 157<sup>20</sup>, na compra de quaisquer ações transacionadas em bolsas de valores, pelo prazo de quatro meses.

Isso gerou um grande interesse no mercado de ações, a despeito da realidade econômica nacional não estar preparada para tamanha euforia.

Como decorrência deste descompasso, em 1971 ocorre o “Encilhamento”, com quebra generalizada de empresas, semelhante à do *crack* da Bolsa de Nova Iorque, em 1929.

O Encilhamento de 1971 trouxe reflexão quanto à fraca regulação do mercado de ações, no país. Tanto é assim, que a Lei 6.404/76 foi promulgada cinco anos depois deste fato.

Com a Lei 6.404/76, o legislador objetivou fortalecer definitivamente o mercado de capitais no Brasil, visando regras claras, especialmente quanto aos direitos dos acionistas minoritários. Com isso, se pretendia direcionar os investimentos dos brasileiros, tradicionalmente conservadores em suas aplicações, ao mercado de ações.

Isso fica claro da exposição de motivos da referida lei (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 1976):

O Projeto visa basicamente a criar a estrutura jurídica necessária ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no País, imprescindível à sobrevivência da empresa privada na fase atual da economia brasileira. A mobilização da poupança popular e o seu encaminhamento voluntário para o setor empresarial exigem, contudo, o

---

<sup>20</sup> “Através do mecanismo adotado por esse decreto (Decreto nº 157/1967), o contribuinte do imposto de renda passou a ter duas opções: pagar integralmente o tributo ao Fisco ou pagá-lo com um desconto, aplicando a diferença em fundos fiscais, utilizados na compra de valores mobiliários.

(...)

Com o intuito de “matar dois coelhos com uma só cajadada”, o legislador do Decreto-Lei 157/1967 restringiu a aplicação dos fundos fiscais 157 a empresas com problemas de capital de giro, com o que visava a salvá-las da insolvência, injetando-lhes recursos financeiros.” (LIMA, 1989, pág. 31)

estabelecimento de uma sistemática que assegure ao acionista minoritário o respeito a regras definidas e equitativas, as quais, sem imobilizar o empresário em suas iniciativas, ofereçam atrativos suficientes de segurança e rentabilidade.

Entretanto, o que se observou logo após a promulgação da referida lei, foi um tímido incremento do mercado de capitais brasileiro.

Segundo quadro estatístico exposto por LIMA (2003, pág. 02) e obtido em pesquisa junto às Juntas Comerciais brasileiras, no ano de 2001, das 490.911 empresas registradas, apenas 1.243, se constituíam sob a forma de “sociedades anônimas”. Em comparação, 241.487 se revestiam da forma de “firma individual” e 245.389, da forma de “sociedade limitada”. Verifica-se que as sociedades anônimas, mesmo possuindo maior capacidade de circulação de capitais, respondiam, àquela época a 0,25% das empresas registradas no país.

O próprio jurista mineiro expôs algumas das razões para o baixo número de sociedades anônimas no país, naquele momento:

O alto percentual de registro de firmas individuais parece apontar, a um tempo: (...) para as dificuldades de nossa Economia e, principalmente, para a falta de emprego ou o desemprego, que levam as pessoas a tentarem constituir um negócio próprio; (...)  
 Prefere-se a sociedade por cotas, de responsabilidade limitada, à sociedade anônima, porque aquela constitui estrutura jurídica menos burocratizada e, conseqüentemente, menos onerosa.  
 O número de sociedades anônimas constituídas no período apresenta-se maior em Estados mais industrializados, como os da Região Sul, e menos em outros, como os da Região Nordeste.

A promulgação da Lei 6.404/76, por si só, não logrou o êxito esperado. Nota-se que o mercado de capitais não se desenvolveu nas décadas seguintes à referida lei a contento, como demonstraram os dados coletados por LIMA. Os empresários continuaram relutantes em abrir o capital de suas empresas, e o mercado de ações continuou com grande concentração acionária.

Apesar de seu objetivo de promover maiores defesas aos acionistas minoritários, a Lei 6.404/76 parece ter pecado ao viabilizar meios diretos e indiretos de exercício do poder de controle, permitindo a supressão de direitos minoritários.

O artigo 15 da referida Lei, por exemplo, permite a emissão de ações sem direito de voto (preferenciais) até o limite de 50% do capital total da empresa, nos seguintes termos:

Art. 15. As ações, conforme a natureza dos direitos ou vantagens que conferem a seus titulares, são ordinárias, preferenciais, ou de fruição.  
 (...)

§ 2o O número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrição no exercício desse direito, não pode ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas.

Ressalte-se que o parágrafo segundo é fruto de uma alteração promovida pela Lei 10.303 de 2001, que veio trazer maiores direitos aos acionistas minoritários. Anteriormente a esta Lei, a emissão de ações, sem direito a voto, poderia ser feita em até 2/3 do capital social.

Entretanto, a própria norma previu que empresas abertas constituídas anteriormente à data de eficácia da lei, que contivessem aquela proporção em seus estatutos sociais (2/3), poderiam manter a sua composição acionária e continuar emitindo ações naquela proporção<sup>21</sup>.

Assim, em determinadas Sociedades Anônimas brasileiras, é possível dominar as votações da sociedade, detendo apenas 12,5% do capital social, mais uma ação.

Essa concentração de voto em relação ao capital social total da companhia é um claro meio indireto de viabilização do poder de controle (ou um “expediente legal” como diziam BERLE E MEANS). Tendo condições de exercer o controle com a detenção de um percentual menor de ações com direito a voto, o acionista controlador não necessita barganhar com os acionistas minoritários e, conseqüentemente, os direitos destes ficam cada vez menos reduzidos na companhia.

A Lei 6.404/76 também prevê outros meios indiretos para a obtenção do controle como o acordo de acionistas para exercício de voto, que vincula os acionistas e inclusive os administradores da companhia<sup>22</sup>. Através de um acordo de acionistas firmado regularmente,

---

<sup>21</sup> Art. 8o A alteração de direitos conferidos às ações existentes em decorrência de adequação a esta Lei não confere o direito de recesso de que trata o art. 137 da Lei no 6.404, de 1976, se efetivada até o término do ano de 2002.

§ 1o A proporção prevista no § 2o do art. 15 da Lei no 6.404, de 1976, será aplicada de acordo com o seguinte critério:

(...)

III - as companhias abertas existentes poderão manter proporção de até dois terços de ações preferenciais, em relação ao total de ações emitidas, inclusive em relação a novas emissões de ações. (BRASIL, 2001)

<sup>22</sup> Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.

(...)

§ 3º Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas.

(...)

§ 8o O presidente da assembléia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado.

§ 9o O não comparecimento à assembléia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer parte de acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissa e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada.



os acionistas impõem uma obrigação à companhia, cujo presidente da Assembléia Geral sequer poderá computar votos de administradores contrários àquele acordo. Ademais, se algum administrador eleito por aquele grupo não exercer o voto nos termos do acordo, ou se abster de votar, esta obrigação pode ser objeto de execução específica ou de autotutela, respectivamente.

Verifica-se nessa passagem da Lei 6.404/76, que apesar de o legislador propalar um caráter institucionalista da sociedade anônima brasileira, existem diversos dispositivos de nítido caráter contratual, que viabilizam o exercício do poder de controle através de expedientes legais.

Em decorrência dessas permissões e de fatores estruturais, a concentração do mercado societário brasileiro é muito grande. Predominam, por aqui, as formas de poder de controle totalitária e majoritária.

GORGA (2008, pág. 51) aponta como uma das justificativas para a concentração do poder de controle no Brasil a teoria denominada *path dependence*:

Estudiosos afirmam que os padrões iniciais da propriedade de ações tende a criar estruturas e definir regras que contribuem para a manutenção desse padrão estrutural de propriedade. De acordo com essas teses, a “dependência da trajetória” impediria que ocorressem mudanças. Poderia existir um momento crítico no qual os custos de aderir a essa estrutura poderiam superar os benefícios de adotar uma nova estrutura. Nesse ponto a trajetória poderia ser quebrada, e então a dispersão acionária iria se desenvolver. Então, a estrutura da propriedade é dependente de instituições predominantes existentes em um ambiente. Como vimos, a persistência de firmas tradicionais brasileiras em segmentos em que predominam pouca governança corporativa, confirma a hipótese da teoria da “dependência da trajetória”. Por outro lado, a mudança significativa para níveis mais significantes de dispersão acionária levanta a questão sobre quais as razões que levaram a esta situação. (tradução livre)<sup>23</sup>

A aludida teoria defende que padrões iniciais de um determinado mercado societário tendem a se manter, devido ao alto custo de transação para se superar aquela realidade estrutural. GORGA afirma que as grandes e bem-sucedidas empresas brasileiras sempre tiveram um poder de controle totalitário ou majoritário. Esta concentração de poder com diminuição dos poderes minoritários faz com que o acionista controlador tenda a retirar mais

---

<sup>23</sup> *Scholars argue that initial patterns of stock ownership tend to create structures and set rules that contribute to the maintenance of this very pattern of ownership structure. According to this thesis, path dependence would prevent changes from occurring. There could be a critical moment where the costs of adhering to the same structure would surpass the benefits of adopting a new structure. At this point, the path could be broken, and dispersed ownership would then develop. Ownership structure is then dependent on prevailing institutions existing in an environment. As we have seen, the persistence of traditional Brazilian firms in segments of poor corporate governance supports the path dependence hypotheses. On the other hand, the significant change towards more significant levels of ownership dispersion begs the question what the reasons are that prompted this evolution.*

vantagens para si, em detrimento dos interesses da sociedade e, conseqüentemente, dos minoritários.

Ainda segundo a referida professora, no Brasil, essas empresas já são consolidadas e demasiadamente influentes no mercado, geralmente regidas pelas famílias brasileiras mais influentes. Devido a esses fatores, elas conseguem diversas outras formas de capitalização, perante instituições financeiras privadas e públicas e amplos acessos a incentivos governamentais, fazendo com que o mercado de ações não seja tão imprescindível para seus negócios.

O resultado é que o poder de controle empresarial no Brasil se consolidou em uma estrutura extremamente concentrada. COMPARATO E SALOMÃO FILHO (2008, pág. 75) comentam essa realidade:

No Brasil, é extrema a concentração acionária. De acordo com dados constantes no *White Paper on Corporate Governance in Latin America*, emitido pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 2003, mais da metade (51%) das ações das 459 sociedades abertas pesquisadas estão em mãos de um único acionista, sendo que 65% das ações estão detidas pelos três maiores acionistas. Como indicado no estudo, esses números provavelmente subestimam a real concentração acionária existente no Brasil. Primeiro porque as empresas da amostra tendem a ser menos concentradas que as empresas menores e segundo porque muitas vezes os três maiores acionistas pertencem ao mesmo grupo econômico.

Em nota de pé de página da mesma obra, COMPARATO E SALOMÃO FILHO (2008, págs. 75 e 76) apresentam outra pesquisa feita, esta por *Mckinsen & Company* e *Korn/Ferry International*, que, indo de encontro às conclusões de GORGA, constatou a presença do controle familiar, sobrepujamento dos direitos dos acionistas minoritários pelos controladores e ausência de transparência e níveis satisfatórios de governança corporativa:

Entre 174 empresas brasileiras (públicas ou privadas, receita mínima de US\$ 250 milhões e conselho de administração) indicou que 61% das ações ordinárias pertencem, em média, a um único acionista. Se forem considerados os três maiores acionistas, esse número alcança o percentual de 85% das ações ordinárias. A pesquisa realizada concluiu que além da alta concentração do controle acionário, a estrutura de propriedade do controle nas empresas brasileiras: i) é caracterizada pelo controle familiar, compartilhado ou exercido por multinacionais; ii) os acionistas minoritários são pouco ativos e os seus interesses não são completamente reconhecidos; e iii) há alta sobreposição entre propriedade acionária e gestão executiva. Além disso, os conselhos de administração das empresas são compostos por conselheiros internos, representantes de acionistas majoritários, e têm estruturas informais, com processos não definidos, e há pouca clareza na divisão dos papéis de conselho e executivo nas empresas familiares. Ressalta-se ainda que, apesar das empresas considerarem satisfatórios os níveis de transparência e comunicação com investidores do mercado financeiro e minoritários, tais níveis, segundo este últimos, são ainda insuficientes.

CARVALHAL-DA-SILVA E LEAL (2003, pág. 09), constataram que em um universo de 225 empresas da BOVESPA (correspondente a 70% do volume negociado naquela Bolsa de Valores e a 45% do número total de empresas) 108 ou 48% daquelas empresas são controladas por grupos familiares, quase metade do total pesquisado.

Em seu estudo, CARVALHAL-DA-SILVA E LEAL (2003, pág. 02) fazem um paralelo entre a concentração de poder da empresa, sua política de distribuição de dividendos e o valor de mercado de seus títulos. Referidos juristas citam diversos estudos que concluíram que a concentração do poder de controle leva à diminuição do valor da empresa:

Pesquisas recentes sugerem que maiores direitos de fluxo de caixa são associados a uma maior valorização. Em contraste, a concentração de direitos de controle e a separação do voto dos direitos de fluxo de caixa tem um efeito negativo no valor da firma. Shleifer e Vishny (1997), La Porta *et al* (1998, 1999), Morck *et al* (1988) e Claesens *et al* (2000a, 2000b) estudaram os conflitos de interesse entre grandes e pequenos acionistas. Quando grandes investidores controlam uma corporação, suas políticas podem resultar na expropriação dos acionistas minoritários. Essas companhias não são atrativas para pequenos acionistas e suas ações são menos valorizadas. (tradução livre)<sup>24</sup>

Em seu artigo, esses pesquisadores provaram economicamente e diante de evidências sólidas que a concentração do controle da companhia leva a uma política ruim de distribuição de dividendos e à diminuição do valor de mercado dos títulos da companhia.

Se a concentração do poder de controle é boa para os grandes controladores das empresas no Brasil, ela é extremamente prejudicial para o mercado de capitais do país, pois, como visto, o valor geral das companhias é inversamente proporcional à concentração de poder.

Entretanto, esse quadro de intensa concentração de poder de controle vem se alterando nos últimos anos. Recentemente, o Brasil experimentou um desenvolvimento econômico que há muito tempo não era visto. A recente crise econômica que assolou os países considerados ricos gerou um maior número de investimentos no país, em busca de seu crescente mercado consumidor e sua momentânea estabilidade econômica, comparada à realidade daqueles países.

---

<sup>24</sup> *Recent research suggests that higher cash flow rights are associated with higher valuation. In contrast, the concentration of control rights and the separation of voting from cash flow rights have a negative effect on firm value. Shleifer and Vishny (1997), La Porta et al (1998,1999), Morck et al (1988) and Claesens et al (2000a, 2000b) studied the conflicts of interest between large and small shareholders. When large investors control a corporation, their policies may result in the expropriation of minority shareholders. Such companies are unattractive to small shareholders and their shares have lower valuation.*

Esse fenômeno gerou crescentes investimentos no mercado de capitais brasileiro e uma realidade inédita: a crescente dispersão do capital das empresas brasileiras.

Em junho de 2005, a Lojas Renner se tornou a primeira empresa brasileira com capital pulverizado, realizando uma oferta pública de ações que fez com que quase 100% de seu capital social ficasse sujeito à negociação em bolsa.

Segundo GORGA (2008, pág. 59), o recente fenômeno de dispersão do poder de controle teve influência decisiva das iniciativas da Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA).

Em seu trabalho, a professora afirma que após uma severa crise no mercado de capitais brasileiros em 1990, com grande queda no volume de negociações (47%), a BOVESPA, preocupada com a sua perpetuação, passou a tomar medidas para reduzir a percepção de risco dos investidores.

Assim, em dezembro de 2000, a BOVESPA criou três segmentos de listagem do mercado de ações, (Novo Mercado, Nível 1 e Nível 2). Estes possuem rígidas regras de governança corporativa, mais restritas que a Lei 6.404/76<sup>25</sup>.

Para que uma empresa figure nesses níveis, deve se sujeitar às normas previstas pela BOVESPA. A vantagem é que a classificação nesses parâmetros gera presunção de existência de altos padrões de governança corporativa nessas companhias e prováveis direitos e dividendos maiores a serem distribuídos aos seus investidores, trazendo maior confiança ao mercado de capitais.

No nível mais severo, o “Novo Mercado”, todas as ações devem possuir direito a voto e o direito de *tag-along* dos minoritários é exercido obrigatoriamente pelo valor de 100% do valor pago às ações negociadas pelo controlador.

O direito de voto a ser exercido por todos os acionistas é chamado pela doutrina de *one-man-one-vote* e, conforme ensina GORGA (2008, pág. 14) propicia maior participação dos investidores e, conseqüentemente, dispersão do capital:

Todos os três segmentos requerem que ofertas públicas de ações usem mecanismos que favoreçam dispersão do capital e amplo acesso no varejo. Enquanto essa regra possa ser interpretada de formas bem diferentes, fica claro que a regra “uma-ação-um-voto” é a que melhor permite que o capital se torne disperso. Essa regra só é exigida no “Novo Mercado”. Por esse motivo, o Novo Mercado é o segmento de

---

<sup>25</sup> Veja: <[http://www.bmfbovespa.com.br/empresas/pages/empresas\\_segmentos-de-listagem.asp](http://www.bmfbovespa.com.br/empresas/pages/empresas_segmentos-de-listagem.asp)>, acesso em 29/10/2011.

listagem mais restrito, seguido pelo Nível 2 e Nível 1, os segmentos menos restritos. (tradução livre)<sup>26</sup>

Porém, a recente tendência brasileira à dispersão do controle acionário é um fenômeno ainda muito restrito. O que fica claro no estudo de GORGA (2008, pág. 70) é que, em que pese a recente dispersão de controle ocorrida no Brasil, existem dois mundos bastante diversos. Enquanto no Novo Mercado, novas empresas ingressantes praticam níveis satisfatórios de governança corporativa, sendo observada gradativa dispersão do poder de controle, as tradicionais grandes empresas ainda resistem em abrir mão de seus instrumentos de exercício de controle, mantendo-se ou no mercado conservador ou no segmento de nível 1, o menos restrito da BOVESPA:

Mesmo assim, esse artigo adverte que a maioria das companhias tradicionais ainda não migraram para os novos segmentos de listagem da Bovespa da forma como os operadores de mercado esperavam. Isso mostra que a “teoria da trajetória” ainda se aplica: firmas tendem a persistir com seus padrões iniciais de propriedade e mudanças nas práticas de governança corporativa que dependem de mudanças nas estruturas de propriedade podem permanecer difíceis de alcançar.

O mercado de capitais brasileiros está passando por uma mudança importante. Os “novos ingressantes” fizeram com que o nível de concentração de propriedade diminísse de forma significativa no Novo Mercado. Entretanto, essa mudança é acompanhada pela persistência da concentração tradicional de propriedade no Nível 2 e no Nível 1 e no mercado tradicional. Portanto, nós encontramos novas práticas de governança corporativa coexistindo com práticas antigas. Nós encontramos adaptação institucional para melhores padrões de governança, entretanto, a propriedade familiar ainda é dominante e estável. (tradução livre)<sup>27</sup>

Assim, mesmo diante de um grande esforço promovido pela Bolsa de Valores, ainda persistem graves problemas de concentração de poder nas companhias brasileiras, causadas preponderantemente por estruturas consolidadas historicamente, mantidas pelos grandes empresários (grandes grupos familiares), o que gera pequenos dividendos pagos aos

---

<sup>26</sup> *All three segments require that public share offerings use mechanisms favoring capital dispersion and broader retail access. While this rule can be interpreted in very different ways, it is clear that the one-share-one-vote rule best enables ownership to become dispersed. This rule is only required by Novo Mercado. Therefore, Novo Mercado is the most stringent listing segment, followed by Level 2 and Level 1, the least stringent segment.*

<sup>27</sup> *Nonetheless, this paper cautions that the majority of traditional companies have not yet migrated to Bovespa’s new listing segments the way players of the market were expecting them to do. This shows that path dependence still applies: firms tend to persist with their patterns of initial ownership and changes in corporate governance practices that depend on changes in ownership structures may remain hard to achieve. Brazilian capital markets are going through an important change. The “new entrants” have caused the level of ownership concentration to significantly diminish in Novo Mercado. However this change is accompanied by persistence of the traditional concentration of ownership in Level 2, Level 1 and the standard market. Therefore, we find that new practices of corporate governance coexisting with old practices. We find institutional adaptation towards better governance patters, however family ownership is still dominant and stable.*

minoritários, baixos níveis de governança corporativa e desvalorização das ações negociadas no mercado de capitais brasileiro, de maneira geral.

No Brasil, a intensa concentração do poder de controle nas empresas reflete na restrição dos direitos da minoria e na dificuldade deste grupo influir nas decisões dos administradores das empresas. Muitas vezes, são obrigados a apelar para as vias judiciais para que a administração respeite os seus direitos e os estatutos.

A ação de responsabilização dos administradores pelos seus atos prevista no artigo 159, da Lei 6.404/76 torna-se um importante direito das minorias contra abusos promovidos pelos controladores, por meio dos diretores nomeados.

De acordo com essa realidade, o estudo dos aspectos da responsabilidade civil dos administradores pelos seus atos corporativos passa a ter extrema relevância jurídica.

Se atualmente ainda não temos muitos litígios envolvendo a responsabilização dos administradores pelos seus atos (como veremos no presente trabalho), a tendência é que ocorra um aumento de casos envolvendo a matéria, já que o aumento de investimentos no país gerará automaticamente maior abertura de capital, maior número de alterações societárias e mais negócios relevantes e complexos.

Nesse contexto é que cabe analisar a responsabilidade civil do administrador da sociedade anônima no Brasil, fundamento para a ação de responsabilidade, tema central desse trabalho.

### 3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR PELO EXERCÍCIO DE ATOS EM NOME DA EMPRESA

Antes de se discorrer sobre a responsabilidade civil dos administradores de sociedades anônimas, faz-se necessário esmiuçar o sistema de administração da sociedade anônima adotado no Brasil, estudo que se faz indispensável para a caracterização correta da responsabilidade, segundo a posição que o administrador ocupa dentro da empresa.

#### 3.1 Estrutura da administração da sociedade anônima no direito comparado e na legislação brasileira

Segundo CARVALHOSA (2003, v.3, pág. 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 (2003, v. 3, pág. 29) 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 assembleia 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.

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 GALGANO<sup>28</sup>, citado por TOLEDO (1997, pág. 18), na Itália o conselho de administração, ao delegar parte de suas funções, o faz “conservando a sé uma *funzione di*

<sup>28</sup> GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 3. ed. Pádua: Cedam. 1985. Pág. 719.

*generale sovrintendenza sull'amministrazione*". Ora, 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 puro<sup>29</sup>.

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 Assembléia Geral 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 Assembléia Geral para as matérias 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, pág. 18) afirma que o regime bipartido foi adotado, por exemplo, na Áustria, Noruega e, em parte, na Argentina, tendo sido acolhido 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, já mencionada neste trabalho. Conforme CARVALHOSA (2003, v. 3, pág. 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 primeira.

---

<sup>29</sup> Nesse sentido, a conclusão de TOLEDO (1997, pág. 18): "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."



Citando ALLEGRI<sup>30</sup>, CARVALHOSA afirma que o regime bipartido da 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 Assembléia 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 Assembléia Geral. Além disso, o direito alemão possibilita maior interação social, viabilizando a integração de empregados no conselho supervisor.

TOLEDO (1997, pág. 22) resume as principais características desse modelo:

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, n° 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.

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

TOLEDO (1997, pág. 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 Lei<sup>31</sup> permite que se opte pelo sistema dúplice, adotando-se dois órgãos: a “diretoria” e o “conselho supervisor”.

<sup>30</sup> ALLEGRI, Vincenzo. *Amministratori e consiglio direttivo, in I grandi problemi della società per azioni nelle legislazioni vigenti*. Padova: Cedam. 1976. pág. 787.

<sup>31</sup> Article 56 Décret 67.236.

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>>.

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 CANNU<sup>32</sup> citado por TOLEDO, 1997, pág. 16).

A legislação brasileira atual (Lei 6.404/76) adota os sistemas dúplice e optativo de administração, conforme o tipo societário adotado. 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<sup>33</sup>) são as únicas sociedades anônimas sujeitas ao regime optativo<sup>34</sup>.

O modelo dúplice brasileiro de administração é bem definido e os órgãos (conselho de administração e diretoria) possuem atribuições nítidas e indelegáveis (artigo 139<sup>35</sup>, da Lei 6.404/76).

Segundo CARVALHOSA (2003, v. 3, pág. 40):

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).

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

---

<sup>32</sup> LE CANNU, Paul. *La société anonyme à directoire*. Paris: LGDJ, 1979. Pág. 26.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> 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 nesse parágrafo e é obrigatório para as demais companhias.

<sup>35</sup> 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.

poderes de controle e julgamento de contas da diretoria pelo conselho fiscal e os poderes institucionais da Assembléia 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.

Para tanto, é necessário uma explanação acerca da natureza e características dos atos de vontade da companhia, que será exposta, a seguir.

### **3.2 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 vimos, os diretores atuam representando individualmente a companhia. 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, pág. 246). Como exemplos, cita o referido professor (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 o aludido doutrinador (1954, t. III, pág. 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 conseqüente 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, pág. 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 strictu sensu, quem não está juridicamente presente, em vez de o ser aquele que está presente.”

Ilustrando a situação, 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 é presente<sup>36</sup>.

PONTES DE MIRANDA 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 ao banco e B 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 C não figurará na relação comercial com A. A relação entre A e B se exauriu com o pagamento, que mesmo sendo feito por um terceiro, extingue 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, pág. 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.

MASAGÃO<sup>37</sup> (citado por SOBRAL FERREIRA, 1981, pág. 12) critica esta corrente, tendo em vista a votação dos primeiros administradores, na assembléia de constituição da

---

<sup>36</sup> PONTES DE MIRANDA, 1954, t. III, pág. 231.

<sup>37</sup> MASAGÃO, Mário. **Curso de direito administrativo**. São Paulo, 1974, pág. 46.

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 assembléia geral, são os subscritores que elegem e nomeiam os primeiros administradores, ou seja, são eles que exprimem os primeiros atos de vontade da companhia. Mesmo que se admitisse a possibilidade de um ato de vontade originário da companhia nomeando os primeiros administradores como seus representantes, faltariam meios de expressão de 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 lembrar 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 administrativistas<sup>38</sup>. Como o Estado é também uma pessoa jurídica, surgiria mais um problema de origem: Se é o Estado quem redige as leis, quem teria nomeado seus primeiros representantes, que posteriormente o representariam, elaborando as demais leis e nomeando os demais representantes? O próprio representado nomearia um representante legal a si?

Além disso, o referido doutrinador cita reflexão de BANDEIRA DE MELLO (1971, pág. 34), da indesejada conclusão que referido entendimento 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.

Essa conclusão se aplica também às sociedades anônimas. O artigo 662<sup>39</sup>, 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,

---

<sup>38</sup> Tendo em vista semelhança na representação das sociedades anônimas com a representação do Estado pelos agentes estatais, é possível a inter-relação entre o ramo do direito empresarial e o ramo do direito administrativo, o que contribui para o enriquecimento de ambos.

<sup>39</sup> 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.

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 contratando validamente com a pessoa jurídica através de um preposto investido de seus poderes regularmente estabelecidos<sup>40</sup>.

Esta norma, segundo CARVALHOSA (2003, v. 3, pág. 366), era prevista no artigo 1.522, do Código Civil de 1916 (BRASIL, 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.

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. Conseqüentemente, 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.

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.

---

<sup>40</sup> “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, pág. 178)

A relação é inteiramente formada entre empresa A com 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 jurídicas diferentes.

Segundo PONTES DE MIRANDA, nos atos manifestados pelas pessoas jurídicas, a hipótese é de “apresentação” (1954, t. III, pág. 233):

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.

Aqueles que entendem que os prepostos das companhias, na realidade a “apresentam”, são partidários da teoria orgânica. Segundo SOBRAL FERREIRA (1981, pág. 16) essa teoria surgiu na Alemanha, eliminando os “dois momentos no processo de formação da vontade jurídica”. Vejamos as considerações do aludido jurista:

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 aponta ainda três posições 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, chegamos à conclusão 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 eleito 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 eleitos.

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, pág. 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 subjetivas 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 nomenclatura<sup>41</sup> adotadas por parte da doutrina. Na realidade, o administrador que age em nome da pessoa jurídica tem uma 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 expresso por Marcelo Caetano (BANDEIRA DE MELLO, 1971, pág. 33):

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.

---

<sup>41</sup> 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”. *Data venia*, entendemos que a alteração de “feixe” para “círculo” de poderes é de um preciosismo desmesurado e só serve para atrapalhar 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 teoria, em essência, parte dos mesmos fundamentos daquela, sendo que a única alteração relevante diz respeito à nomenclatura. Assim, preferimos ignorar essa divergência, já que ambas as opiniões, apesar de aparentar ser divergentes, são idênticas.



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.

Tratando-se tanto o Estado quanto as sociedades, de pessoas jurídicas, pensamos que a interação entre ambos os ramos do direito é salutar para a resolução da questão da natureza do vínculo entre o membro do órgão e a sociedade.

Vemos 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, inclusive frente a interesses da assembléia-geral e de grupos controladores.

Assim, podemos nos socorrer de alguns conceitos a respeito da teoria do órgão, pinçados do direito administrativo (BANDEIRA DE MELLO, 2006, pág. 130):

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.

Vemos que 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 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 (2003, vol. 3, pág. 350), que 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.

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 a 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, veremos pormenorizadamente quais são as hipóteses de responsabilização desses indivíduos.

### **3.3 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 assembleia-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 assembleia-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.

Trata-se de uma quase repetição da legislação anterior, o Decreto-Lei 2.627, de 1940 (BRASIL, 1940), em seus artigos 121 e 122<sup>42</sup>. Esta técnica legislativa se mostrou inadequada, pois aquele Decreto-Lei adotava o sistema unitário de administração da sociedade anônima<sup>43</sup>. Adotando, atualmente, a Lei 6.404/76, o sistema dúplice de administração, a regulação da matéria nos parece insuficiente, pois como veremos, 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 dos atos praticados pelos administradores, que expusemos nas linhas anteriores. Em regra, “o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude

---

<sup>42</sup> 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, porem, civilmente, pelos prejuízos que causarem, quando procederem:

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 assembleia geral as irregularidades verificadas, tornar-se-ão por elas subsidiariamente responsáveis.

<sup>43</sup> 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 assembleia geral, que poderá destituí-los a todo tempo.

de ato regular de gestão”. Trata-se de comando extraído da teoria organicista, 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 6.404/76<sup>44</sup>. A atuação do administrador com excesso de poderes ou contrariamente às atribuições previstas torna-o responsável por seus atos perante terceiros.

---

<sup>44</sup> Art. 140. O conselho de administração será composto por, no mínimo, 3 (três) membros, eleitos pela assembleia-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 assembleia 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.

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 assembleia-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.

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. Ora, se o administrador atua em descompasso com o previsto no estatuto da companhia ou na lei, está abusando do seu poder-dever, conferido pela pessoa jurídica. Trata-se de hipótese de responsabilização objetiva, respondendo pessoalmente o administrador por seus atos, independentemente de culpa.

Já, na prática de atos *intra vires* danosos a terceiros, 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 (1997, págs. 68 e 69):

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

§ 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 assembleia-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.

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.

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 (2003, v.3, pág. 353) 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.

Entretanto, trata-se de entendimento minoritário<sup>45</sup> que não pode persistir. Ora, 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.

<sup>45</sup> 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.

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 argüir 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 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:

Art. 159.

(...)

§ 6º 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, a nosso ver 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.

A possibilidade de exclusão judicial da responsabilidade prevista nesse parágrafo é baseada na doutrina norte-americana da *business judgment rule* considerada nos Estados Unidos como “um dos conceitos mais importantes e, simultaneamente, mais incompreendidos da legislação de sociedade por ações”<sup>46</sup>.

Segundo LIMA (1989, pág. 126):

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”.

---

<sup>46</sup> LIMA, 1989, pág. 127.

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, a atuação dos juízes é baseada no sistema do *common law*, portanto, a previsão da *business judgment rule* é válida.

Já no Brasil, país cujo juiz julga de acordo com a lei abstrata e geral, a autorização prevista no parágrafo 6º do artigo 159, soa como uma autorização para exclusão de responsabilidade, mesmo se inobservados os deveres de diligência, lealdade e de informar e as atribuições previstas no estatuto e na lei.

Ora, da própria leitura da Lei 6.404/76, conjugada com o artigo 186<sup>47</sup>, do Código Civil de 2002, vemos 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 pela letra dos mesmos, o administrador que age de acordo com a cautela necessária e toma decisões no interesse da companhia já é isento de responsabilidade.

A permissão de exclusão judicial da responsabilidade prevista no parágrafo 6º, do artigo 159, 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 concreto<sup>48</sup>.

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,

---

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> “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, pág. 127)



se considerarmos que várias condutas podem ser interpretadas judicialmente como de acordo com a “função social da empresa”, prevista no artigo 154<sup>49</sup>, da referida lei.

Assim, espera-se que o parágrafo 6º, do artigo 159, seja 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 estatuto<sup>50</sup>. Note-se, inclusive, que esta interpretação torna o parágrafo 6º, do artigo 159, praticamente inútil, já que mesmo sem ele, o administrador que assim proceder não poderia ser responsabilizado (letra do 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.

Por fim, deve-se destacar a diferença da responsabilização de membros da diretoria e membros do conselho de administração.

Como vimos anteriormente, são funções precípua da diretoria, a representação e a prática de atos de gestão e as do conselho de administração, a supervisão e o controle. Também demonstramos que os atos da diretoria são exercidos individualmente pelos diretores.

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, 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

---

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> Nesse sentido LIMA (1989, pág. 137): “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.”

responsabilidade, nos termos do artigo 158, § 1º, da Lei 6.404/76. Nestes termos, o escólio de TOLEDO (1997, pág. 74):

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, se outro, modo, atingiria coletivamente a todos os competentes do conselho de administração.

Expostas as hipóteses de responsabilização dos administradores das sociedades anônimas, passaremos, a seguir, a discorrer sobre a ação de responsabilidade de administradores prevista no artigo 159, da Lei 6.404/76, meio processual cabível para que se obtenha a responsabilização pelos atos praticados por esses profissionais.

#### 4 AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS

Um importante instrumento de controle dos atos gerenciais dos acionistas deveria ser a ação de responsabilidade civil de administradores de sociedades anônimas, prevista nos artigos 159, e parágrafos, da Lei 6.404/76:

Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuizos causados ao seu patrimônio.

§ 1º A deliberação poderá ser tomada em assembleia-geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembleia-geral extraordinária.

§ 2º O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembleia.

§ 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembleia-geral.

§ 4º Se a assembleia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.

§ 5º Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados.

§ 6º 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.

§ 7º A ação prevista neste artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador.

Segundo LIMA (1994, pág 107):

em nenhum outro ponto da Lei nº 6.404, de 1976, manifestou-se de maneira tão clara a ânsia do legislador em proteger o acionista minoritário (não controlador) quanto na disciplinação jurídica dos deveres e responsabilidades dos administradores.

Conforme se verifica do texto do artigo 159, da Lei 6.404/76, a ação de responsabilidade civil dos administradores de sociedades anônimas possui algumas peculiaridades processuais que a difere das ações previstas no rito ordinário do Código de Processo Civil.

O objetivo do presente capítulo é analisar essas peculiaridades, passo fundamental para a viabilização da resposta aos questionamentos do presente estudo.

#### 4.1 Condições da ação:

As condições da ação, nos dizeres de ARRUDA ALVIM (citado por THEODORO JR., 2004, v.1, pág. 52):

São categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes na lei (como é claramente o caso do direito vigente), mediante as quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença final.

Como a ação é um direito autônomo, independentemente de demonstrar o seu direito material, o autor da ação necessita de demonstrar alguns requisitos básicos para que o juiz tenha condições de proferir uma sentença.

Segundo a doutrina processualista majoritária, cuja tese é acolhida pelo Código de Processo Civil<sup>51</sup> (BRASIL, 1973), as três condições da ação são: a “possibilidade jurídica”, a existência do “interesse de agir” e a “legitimidade”.

Começaremos nossa análise acerca das especificidades das condições da ação de responsabilidade civil do administrador de sociedade anônima pela “legitimidade”, uma vez que esta condição influi determinadamente na classificação doutrinária da ação de responsabilidade.

##### ***4.1.1 A legitimidade de agir na ação de responsabilidade de administradores de SAs – Classificação doutrinária das espécies contidas na referida ação***

A legitimidade de agir é, nos dizeres de ARRUDA ALVIM (2008, v. 1, pág. 450), a “atribuição, pela lei ou sistema, do direito de ação ao autor, possível titular ativo de uma dada ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídico-processuais e materiais da sentença.”

Note-se que o doutrinador se preocupou em descrever o autor como “possível titular ativo de uma dada ou situação jurídica”. Como adotamos no direito processual brasileiro o conceito de direito de ação autônomo e abstrato cujo principal expoente é LIEBMAN, partimos do pressuposto de que a legitimidade não se confunde com a demonstração da

---

<sup>51</sup> Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

titularidade da tutela almejada. É sim, a demonstração da titularidade do direito de figurar na ação como demandante e da titularidade do réu do direito de se opor à pretensão.

Tanto é um direito, que o Código de Processo Civil admite a hipótese de oposição (arts. 56 a 61 do CPC), ou seja, eventual titular do direito de demandar uma tutela ou do direito de resistir a uma demanda, que não figure nesta, tem o direito de ingressar no processo e ocupar seu posto, através do remédio processual ali previsto (art. 58, do CPC).

THEODOR JR. (2004, v. 1, pág. 57) adota teoria diferente, que pretende desvincular completamente a legitimidade da decisão de mérito:

legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão.

Em que pese o brilhantismo do citado autor, entendemos que se trata de uma conceituação um tanto vaga e que não delimita bem o problema. A adoção dessa conceituação acarreta dificuldade prática, pois é muito difícil que uma parte, em juízo e normalmente auxiliada por advogado narre que não é titular do interesse pleiteado ou que pretende uma tutela contra aquele que não possui interesse em resistir à sua concessão.

A teoria esposada apresenta o risco de o julgador ficar impossibilitado de extinguir uma ação cujo autor obviamente não é o titular do interesse pleiteado, pelo simples fato dele assim o afirmar.

Entretanto esta teoria – denominada por DIDIER JR. (2007, v. 1, pág. 162) de “teoria da asserção” –, vem ganhando fôlego entre os doutrinadores, conforme trecho da obra do mencionado autor:

Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Essa análise, então, seria feita à luz das afirmações do demandante contidas em sua petição inicial (*in statu assertionis*). “Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação”. “O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito”.

(...)

Essa concepção vem ganhando fôlego e adeptos: Alexandre Câmara, Kazuo Watanabe, Flávio Luiz Yarshell, Leonardo Greco, José Carlos Barbosa Moreira, José Roberto dos Santos Bedaque, Sérgio Cruz Arenhart, Leonardo José Carneiro da Cunha, Araken de Assis, Luiz Guilherme Marinoni, etc. Cândido Dinamarco, no entanto, fiel defensor da concepção tradicional sobre as condições, reservou um item das suas “instituições” somente para rebater os argumentos que firmam a teoria da asserção (rubricou-o de “repúdio à teoria da asserção”).

Basicamente exposta a classificação doutrinária das condições da ação e suas tendências modernas, nos absteremos de aprofundar a discussão, que ultrapassa os objetivos do presente trabalho e merece uma obra dedicada apenas a si, ressaltando no entanto, nossa preferência pela tese defendida por ARRUDA ALVIM e CÂNDIDO DINAMARCO, que apesar dos inconvenientes que podem ser verificados, tem o ponto positivo de limitar demandas manifestamente ilegítimas, de acordo com o cotejo dos autos, já na origem.

Em regra, apenas o titular do direito de ação pode propô-la requerendo a tutela de seu direito pelo Estado. Esta é a hipótese da legitimação ordinária.

Esta norma é positivada no ordenamento brasileiro, através do art. 6º, do CPC:

Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

A própria lei permite exceções à regra exposta alhures. Em alguns casos, expressamente autorizados, ocorre uma dissociação entre o ocupante do pólo ativo processual e o titular do direito substantivo pretendido. Esta hipótese de legitimação é chamada de “extraordinária”.

É interessante observar que o legitimado extraordinário não age buscando a tutela de seu direito, age buscando a satisfação de um direito cujo titular é o legitimado ordinário. Postula em nome próprio, pleiteando direito alheio.

Segundo DIDIER JR. (2007, v. 1, pág. 169), a legitimação extraordinária também pode ser classificada “em autônoma e subordinada”, e em “exclusiva e concorrente”.

Este aclamado autor afirma que, na legitimação extraordinária autônoma, o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente do titular do direito litigioso. Por sua vez, na legitimação extraordinária subordinada, a presença do titular da relação jurídica controvertida é essencial para a regularidade do contraditório, normalmente podendo o legitimado extraordinário “coadjuvar o legitimado ordinário, assumindo ‘posições acessórias’”.

Na legitimação exclusiva, o legitimado extraordinário, ingressando com a ação, exclui o legitimado ordinário. Na concorrente, não ocorre exclusão e o legitimado ordinário pode se habilitar como assistente litisconsorcial.

A previsão da propositura da ação de responsabilidade civil de administradores de SAs, por acionistas, nos casos previstos nos §§ 3º e 4º, do artigo 159, da Lei 6.404/76 é uma hipótese de autorização legal de legitimação extraordinária ativa. Vemos que, ocorrendo a

inércia da companhia, ou deliberando a assembleia não promover a ação, os acionistas, individualmente, são autorizados a propor a ação, em nome próprio, porém pleiteando a reparação por prejuízos sofridos por aquela (direito alheio).

Em se tratando de legitimação extraordinária, a conclusão lógica é que a condenação à reparação se reverta em favor da companhia<sup>52</sup>. Entretanto, preferiu o legislador reforçar a questão expressamente, através do § 5º, do Art. 159, da Lei 6.404/76, que afirma que “os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia”.

A doutrina classifica a ação de responsabilidade segundo o legitimado a agir. Primeiramente, cabe distinguir a hipótese dos prejuízos serem sofridos pela companhia, da hipótese dos prejuízos serem sofridos pelo acionista, individualmente.

Se quem sofre o prejuízo decorrente do ato ilícito é a companhia, a ação é denominada “ação social”.

Algumas vezes, apesar de não causar qualquer prejuízo à companhia, os atos dos administradores causam prejuízos diretos a um acionista, ou grupo deles. É o caso, por exemplo, de não se distribuírem os lucros devidos a um dado acionista. Neste caso, a ação é denominada “ação individual”.

Cumprir citar o escólio de CARVALHOSA (2003, v. 3, pág. 373):

O sistema jurídico pátrio acolhe a multiplicidade de pretensões de natureza individual e social, envolvendo a companhia, seus acionistas e terceiros.(...)  
Temos, assim, duas espécies de ações: 1) a ação social, em que a companhia tem prioridade, a qual se não exercida, sê-lo-á substitutivamente por qualquer acionista. O fundamento dessa preferência de ordem é que o ato ilícito do administrador tem repercussão direta no direito ou no patrimônio dos acionistas; 2) a ação individual, que pertence privativamente aos acionistas, pois a proteção jurisdicional interessa apenas a eles. Será a ação de reparação dos prejuízos diretos.

Voltando à análise da norma, temos que a ação prevista no artigo 159, *caput*, e §§ 3º e 4º, da Lei 6.404/76 é a “ação social”. A ação prevista no artigo 159, § 7º, é denominada “ação individual”.

A ação social, por sua vez, se divide em *ut universi* e *ut singuli*.

A ação social *ut universi* é a prevista no *caput* do artigo 159, da Lei 6.404/76, na qual a companhia, mediante prévia deliberação da assembleia geral, propõe a ação para reparação dos prejuízos sofridos pelos atos do administrador.

---

<sup>52</sup> “Aliás, ressalvadas as situações em que o legitimado extraordinário também possui legitimação ordinária, os efeitos da decisão judicial repercutirão diretamente apenas no patrimônio do substituído, embora o substituto fique submetido ao que foi decidido.” (DIDIER JR., 2007, v. 1, pág. 171)

Já a ação social *ut singuli* é aquela proposta pelos acionistas em hipótese de legitimação extraordinária, criada pela Lei (§§ 3º e 4º, do art. 159, da Lei 6.404/76).

Sendo pressuposto processual para a legitimação do acionista a atuação prévia da companhia (se abstendo de propor a ação ou deliberando não promovê-la), trata-se de hipótese de “legitimação extraordinária subordinada”. É também “concorrente”, nos dizeres de PINHO (2000, pág. 145):

A legitimação do acionista é ainda concorrente porque não exclui a da companhia, nem mesmo se esta ajuizar a ação ou intervir posteriormente à atuação daquele. Podem atuar, conforme se verá oportunamente, como litisconsortes no processo. O acionista, como legitimado extraordinário, em razão de permissivo legal, a sociedade, como legitimada ordinária, em razão da identidade de sujeitos nas relações de direito material e processual.

A classificação brasileira da ação de responsabilidade civil de administradores de sociedades anônimas não distancia muito das classificações francesa e estadunidense. Segundo CARVALHOSA (2003, v.3, pág. 377), citando RIPERT<sup>53</sup>, a doutrina francesa também divide a ação de responsabilidade de administradores em individual e social, conforme os prejuízos sofridos e os legitimados.

Já nos Estados Unidos da América, conforme BALLANTINE<sup>54</sup> (citado por CARVALHOSA, 2003, v. 3, pág. 377) a classificação das ações é feita da seguinte forma: a ação cuja legitimada é a companhia é a *corporate action* e a ação cujo legitimado é o acionista, individualmente, é a *individual action*. A ação proposta pelo acionista pleiteando os danos sofridos pela Companhia (e os danos indiretos aos acionistas) é a *derivate suit*.

O direito estadunidense prevê também outra forma de ação derivada, chamada de *class suit*. Esta permite que o acionista indiretamente prejudicado pleiteie não só a reparação dos danos sofridos por si, mas por todos os outros acionistas que se encontrem em situação semelhante. Esta ação não é prevista no direito brasileiro.

Quanto à legitimidade passiva, em se tratando de uma ação que pressupõe a comprovação de culpa ou dolo do administrador ou de atos *ultra-vires* do mesmo (art. 158, da Lei 6.404/76), o pólo passivo sempre deverá ser ocupado pelo administrador cujo ato ilícito é apontado, em se tratando de ato praticado pelo diretor. Nesse caso, a responsabilidade, como visto anteriormente, é individual.

---

<sup>53</sup> *Traité*. v.1, p. 834.

<sup>54</sup> *Ballantine on corporations*. p. 333 e ss.



No caso de ato praticado pelo conselho de administração (que em regra decide de forma colegiada) ou de atos praticados pela diretoria de forma colegiada, a legitimidade passiva será solidária, entre todos os componentes do órgão, desde que não tenham manifestado expressamente sua dissidência, na votação.

A lei prevê, como exceção à regra, a responsabilidade solidária de todos aqueles que concorrerem com a prática de ato com violação da 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, pág. 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 para fins de composição do polo passivo da demanda, evidentemente, deverá ser feita caso a caso.

Saliente-se que, como visto no capítulo anterior, em regra, os outros diretores não são responsáveis por atos ilícitos de seus pares (art. 158, § 1º, Lei 6.404/76). Como já dissemos, a responsabilidade pelos seus atos é individual e pessoal. Entretanto, a solidariedade será aplicada no caso do administrador ser conivente com tais atos, negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir sua prática. Além disso, os administradores podem responder solidariamente se não cumprirem deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia. Nesses casos, também se revestem da condição de legitimados passivos para a ação de responsabilidade.

#### **4.1.2 Possibilidade jurídica do pedido**

A possibilidade jurídica do pedido, segundo MONIZ DE ARAGÃO (citado por DIDIER JR., 2007, pág. 164) não é simplesmente a previsão *in abstracto* no ordenamento jurídico, da pretensão formulada pela parte:

Não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável.

Entendemos que é desnecessário se tecerem maiores explicações sobre o tópico, pois o fundamento jurídico da ação de responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas

encontra-se previsto expressamente nos artigos 158 e 159, da Lei 6.404/76, razão pela qual, abstratamente<sup>55</sup>, é óbvia a sua possibilidade jurídica.

#### 4.1.3 Interesse de agir

Segundo THEODOR JR. (2004, v. 1, pág. 55), o interesse de agir decorre do binômio necessidade/utilidade da demanda:

O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção a interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual “se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais”.

Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo, como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação “que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que somos titulares)”. Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o direito de ação.

(...)

Mesmo que a parte esteja na iminência de sofrer um dano em seu interesse material, não se pode dizer que exista o interesse processual, se aquilo que se reclama do órgão judicial não será útil juridicamente para evitar a temida lesão. É preciso sempre “que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido ou tornado incerto”.

Como vimos no capítulo anterior, tratando-se a ação prevista no artigo 159, da Lei 6.404/76, de uma ação de responsabilização civil, o interesse de agir pressupõe a existência de dano, decorrente da conduta ilícita do administrador (ato *ultra vires* ou culpa e dolo). Não existe qualquer interesse da companhia ou de seus acionistas com a propositura da ação de responsabilidade do administrador se não houver prejuízo quantificável. Sem prejuízo a ação se torna inócua, logo “desnecessária” e “inútil”, nos dizeres de THEODORO JR.

Como já abordamos anteriormente, questão relevante a respeito da ação de responsabilidade de administradores de SAs se verifica na ação social *ut singuli*. Neste caso, o interesse de agir a ser verificado é o interesse direito da companhia. O acionista promovente da ação tem, no máximo, interesse indireto, decorrente do seu direito de propriedade sobre a quota-parte do capital.

---

<sup>55</sup> Se diz aqui “abstratamente” porque podem existir circunstâncias do caso concreto que tornem a demanda juridicamente impossível.

Referida questão é relevante, pois a ação individual e a ação social derivada possuem suas características e regras próprias (inclusive a respeito de verbas sucumbenciais). Em eventual confusão de interesses, verificando-se que o acionista postula interesse direto na ação social derivada, deve o juiz extinguir o feito, seja em decorrência da ilegitimidade ativa, seja em decorrência da ausência de interesse de agir<sup>56</sup>.

#### 4.2 Pressupostos processuais:

Os pressupostos processuais são requisitos indispensáveis para a formação da relação jurídica processual. Segunda ARRUDA ALVIM (2008, v. 1, pág. 532):

Justamente o isolamento da categoria dos pressupostos processuais constitui-se num dos mais importantes elementos que serviu para a demonstração da autonomia do processo.

É imperioso não confundir “pressupostos processuais” com “condições da ação”. Conforme vimos, as condições da ação possibilitam o exercício da função jurisdicional, viabilizando a prolação de uma sentença. Sem elas o magistrado não tem condições de julgar a demanda, porém a relação processual se forma.

Teoricamente, a análise do atendimento dos pressupostos processuais é anterior à das condições da ação, pois desatendido um deles, a relação jurídica sequer se formaria, então não poderíamos sequer falar em processo válido, muito menos em uma sentença.

Os pressupostos processuais segundo THEODORO JR., (2004, v.1, pág. 58):

são aquelas exigências legais sem cujo atendimento o processo, como relação jurídica não se estabelece ou não se desenvolve validamente. (...) São, em suma, requisitos jurídicos para a validade e eficácia da relação processual.  
(...)

---

<sup>56</sup> Nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“SOCIEDADE ANÔNIMA. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA SÓCIO ADMINISTRADOR. GESTÃO FRAUDULENTA. SÓCIAS MINORITÁRIAS. PLEITEAR DIREITO DE TERCEIRO EM NOME PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO SOCIAL. AUSÊNCIA DE PRÉVIA DELIBERAÇÃO EM ASSEMBLÉIA. ILEGITIMIDADE ATIVA. - "Os danos diretamente causados à sociedade, em regra, trazem reflexos indiretos a todos os seus acionistas. Com o ressarcimento dos prejuízos à companhia, é de se esperar que as perdas dos acionistas sejam revertidas. Por isso, se os danos narrados na inicial não foram diretamente causados aos acionistas minoritários, não detém eles legitimidade ativa para a propositura de ação individual com base no art. 159, § 7º, da Lei das Sociedades por Ações." (REsp 1014496 / SC) - Não têm legitimidade para propor ação de responsabilidade contra os administradores, os sócios minoritários de sociedade anônima, quando não há prévia deliberação em assembléia, conforme art. 159 e §§ da Lei de S/A, principalmente quando pedem em nome próprio o ressarcimento de prejuízos sofridos diretamente pela sociedade.” (MINAS GERAIS, 2009)

Os pressupostos, portanto, são dados reclamados para análise de viabilidade do exercício do direito de ação sob o ponto de vista estritamente processual. Já as condições da ação são requisitos a observar, depois de estabelecida regularmente a relação processual, para que o juiz possa solucionar a lide (mérito).

Verificada a ausência de pressupostos processuais, na própria análise da petição inicial, a consequência é o indeferimento da mesma (Art. 295, do CPC). Por sua vez, caso verificada a ausência de um pressuposto processual no curso do processo, a extinção do mesmo, sem julgamento de mérito, é de rigor (Art. 267, IV, do CPC).

Doutrinariamente, os pressupostos processuais são chamados de “requisitos de existência da relação jurídica processual” e “requisitos de validade da relação jurídica processual”. A lei processual (art. 267, IV, do CPC) não seguiu essa nomenclatura, sendo que os primeiros são chamados de “pressupostos de constituição do processo” e os últimos, “pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo”.

Segundo ARRUDA ALVIM, (2008, v.1, pág. 534), os pressupostos processuais são os seguintes:

- Requisitos de existência da relação jurídica processual (pressupostos de constituição do processo):
  - a) Existência de demanda, traduzida em uma petição inicial, mesmo inepta: não existe processo sem iniciativa da parte.
  - b) Existência de jurisdição: o pedido deve ser formulado a alguém investido de jurisdição, mesmo que incompetente. Até mesmo o juiz incompetente tem competência para reconhecer sua incompetência.
  - c) Citação da parte contrária: somente com a citação se forma a relação processual trilateral (autor – juiz – réu). Sem a citação, a relação ainda é parcial, pois só existem autor e juiz.
  - d) Capacidade postulatória: exigência de a parte postular em juízo através de advogado, salvo as exigências legais.
  
- Requisitos de validade da relação jurídica processual (pressupostos processuais de desenvolvimento válido e regular do processo):
  - a) Petição inicial regular e apta a produzir efeitos (art. 295, I, II, III, IV, do CPC).

b) Competência do juízo e imparcialidade do Juiz: Aqui, cabe transcrever trecho do ensinamento do próprio ARRUDA ALVIM (v.1, 2008, pág. 541):

Foi dito que pode ser considerado existente um processo desde que se formule um pedido a alguém regularmente investido da função jurisdicional. Todavia, torna-se necessário, para a validade dos atos judiciais decisórios (art. 133, § 2º), que o órgão do Poder Judiciário seja competente, ou seja, possa exercer a jurisdição no caso concreto, e, além disto, que o magistrado seja imparcial.

Vemos que, enquanto a simples distribuição de uma inicial a qualquer juiz, mesmo o incompetente, torna o processo existente, este só será válido se o juiz for competente e imparcial.

c) Capacidade de estar em juízo: Trata-se da capacidade de exercício de direitos.

- Pressupostos processuais negativos ou extrínsecos:

Segundo ARRUDA ALVIM, impedem a eficácia e a validade da relação processual, situando-se fora do processo. Tratam-se da “litispendência” e da “coisa julgada”.

Expostos os pressupostos processuais, seria desnecessário aprofundarmos em um a um, pois isto seria uma tarefa afeta a um manual de Direito Processual Civil. Como nosso objetivo, neste capítulo, é expor algumas das especificidades da ação de responsabilidade civil de administradores, preferimos apenas nos focar nos pressupostos que entendemos relevantes ao nosso tema, por tornarem a ação de responsabilidade diversa das demais, sendo eles, a “competência” e a “capacidade processual”. Trataremos dos mesmos, a seguir.

### **Competência:**

Como vimos, a Lei 6.404/76 regula a ação de responsabilidade civil de administradores de sociedades anônimas, no artigo 159.

Contudo, esse artigo, conjuntamente com os seus parágrafos, apenas dispõe acerca de algumas especificidades desta ação, notadamente, a respeito de seus pressupostos processuais específicos, acerca da legitimidade, regras sobre ônus sucumbenciais e despesas processuais, afastamento do réu administrador da companhia no curso do processo, e autorização para o julgamento por equidade.

Não existe previsão específica da competência para o julgamento da ação.

Assim, quanto à competência, aplicam-se as normas supletivas do Código de Processo Civil, previstas no artigo 86 e seguintes, do CPC e legislação ordinária afeta ao tema.

Segundo ARRUDA ALVIM (2008, v.1, pág. 302), são três os critérios para a classificação da competência. A divisão tripartida da competência “é tida como clássica, vale dizer, tem sido adotada pela maioria dos processualistas contemporâneos e o foi pela nossa lei.”

Segundo a referida divisão tripartida, a competência se divide em três critérios:

- A competência objetiva que compreende a divisão da competência em razão da matéria e competência em razão do valor;
- A competência territorial e
- A competência funcional.

A competência em razão da matéria é aquela que versa sobre o objeto do processo, ramo do direito sobre o qual se funda a tutela pretendida. A divisão da competência pela matéria compreende a competência da justiça comum (Civil e Penal) e a competência das justiças especializadas (Eleitoral, Trabalhista, etc.).

A competência territorial está relacionada com os limites territoriais da jurisdição de determinado órgão judiciário. A competência de julgamento da vara de família da comarca de Belo Horizonte/MG, por exemplo, além de estar adstrita à matéria afeta ao ramo do direito de família, está territorialmente adstrita aos limites territoriais da comarca de Belo Horizonte, fixados de acordo com regras estaduais de organização judiciária do Estado.

Por fim, a competência funcional, nos dizeres de DIDIER JR. (2007, pág. 107), “relaciona-se com a distribuição das funções que devem ser exercidas em um mesmo processo.”

Trata-se de critério de competência relacionado à figura do juízo, designado pela lei como competente para conhecer determinado ato.

É interessante notar que os três critérios de competência não podem ser analisados de forma estanque. Na análise da competência de determinado processo, é sempre necessária uma análise simultânea dos três critérios<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> “Em obra nossa – fazendo lugar comum à doutrina nacional, antiga e atual, e à doutrina estrangeira – afirmamos que ‘todos os critérios de classificação da competência, basicamente, partem dos elementos componentes do processo’, e esses critérios são, fundamentalmente, os da competência objetiva (expressão compreensiva da determinação da competência por critério material e por valor), territorial e funcional. Sucessivamente, analisando-se cada um dos critérios, quando se chega ao da competência funcional, já

A causa de pedir imediata da ação de responsabilidade civil de administrador de sociedade anônima é a reparação de um dano sofrido pela companhia ou pelo acionista.

Esta ação não deixa de ser, portanto, uma “ação de reparação de dano”, nos exatos termos do artigo 100, V, “a”, do CPC:

Art. 100. É competente o foro:  
 (...)
   
V - do lugar do ato ou fato:
   
a) para a ação de reparação do dano;

Nos termos do aludido artigo, fica claro que a competência para julgamento da ação de responsabilidade de administrador é a competência territorial do local do ato ou fato ilícito.

Segundo DIDIER JR. (2007, v. 1, pág. 115), “justifica-se a regra como medida de economia, tendo em vista a possibilidade de fazerem perícias no local do dano com menos custos.” A observação cabe às demais provas a serem produzidas, pois, inclusive, será no local onde se cometeram os atos ilícitos que será mais fácil a obtenção de documentos, livros comerciais, a escrituração contábil, registros de atas e assembleias, testemunhas, etc., relativos às condutas ilícitas.

Entretanto, nada impede que a ação seja proposta no domicílio do réu, já que mais favorável a este.

Além disso, tratando-se de competência territorial, esta é relativa, ou seja, pode ser prorrogada a competência territorial de um foro diferente daquele do lugar do ato ou fato, em caso de ausência de irresignação por parte do administrador réu. Neste sentido, os artigos 113 e 114, do CPC:

Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.

Art. 114. Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais.

---

escrevemos que este critério de determinação da competência parte de outra perspectiva do fenômeno e coexiste com as demais formas de determinação de competência.

Como síntese de todo esse pensamento, em outra oportunidade já estudamos, mais minudentemente, este ponto, com vistas a aprofundar este tema. Aí discorreu-se a respeito ‘da relevância de todos os critérios simultaneamente usados para a determinação da competência’. No texto, escrevemos o seguinte: ‘Outra questão altamente relevante a ser considerada é a de saber se a determinação da competência interna pode ser feita à luz do critério de competência territorial e material, exemplificativamente, prescindindo-se para isto, v.g. do critério da competência funcional. Este, ainda na mesma hipótese, só viria a ser influente no momento da interposição dos recursos, suponha-se, do juízo de primeiro grau de jurisdição para o segundo grau de jurisdição. Na verdade, para que se afirme ou para que se diagnostique, na competência interna, se um dado juízo é competente, hão de estar presentes sempre e simultaneamente os três critérios’” (ARRUDA ALVIM, 2008, v.1, pág. 297).

Em regra, a competência é da justiça comum cível (podendo, segundo as leis de organização judiciária de cada Estado, serem competentes as varas especializadas empresariais). Mas não podemos nos esquecer que empresas públicas e sociedades de economia mista podem se constituir sob a forma de sociedades anônimas, conforme assevera PIETRO (2003, pág. 387):

Quanto à forma de organização, o artigo 5º do Decreto-lei nº 200/67 determina que a sociedade de economia mista seja estruturada sob a forma de sociedade anônima e, a empresa pública, sob qualquer das formas admitida em direito; disso decorre que a primeira é sempre sociedade comercial e a segunda pode ser civil ou comercial. (...) hoje a organização da sociedade de economia mista sob a forma de sociedade anônima é imposição que consta de lei de âmbito nacional, a saber, a Lei das Sociedades por Ações, que tem um capítulo dedicado a essas entidades (arts. 235 a 241); (...) De modo que Estados e Municípios não têm liberdade de adotar outra forma de organização, já que não dispõem de competência para legislar sobre Direito Civil e Comercial. Com relação à empresa pública, a expressão qualquer das formas admitidas em direito é interpretada no sentido de que a ela se poderá dar a estrutura de sociedade civil ou de sociedade comercial já disciplinada pelo direito comercial, ou ainda, forma inédita prevista na lei singular que a instituiu.

Em se tratando de sociedade anônima de economia mista, a regra de competência não se altera. Será da comarca onde tenha ocorrido o fato, no âmbito da justiça estadual. Neste sentido, Súmula 42, do STJ (BRASÍLIA, 1992):

Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento.

Em se tratando de empresa pública federal, por outro lado, a competência levará em conta o critério funcional, conforme prevê o artigo 109, da CR/88 (BRASIL, 1988):

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:  
I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

O artigo 109, da CR/88 prevê, em seu § 1º<sup>58</sup>, uma ressalva a respeito das ações em que a União for autora. Nesse caso, há previsão de competência territorial específica e a ação deverá ser aforada “na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte”. Entretanto, este

---

<sup>58</sup> § 1º - As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.



artigo não cita expressamente a sociedade de economia mista e a empresa pública federal, razão pela qual, não havendo alteração expressa de competência territorial, prevalece a regra da competência territorial da seção judiciária federal do local do ato ilícito, conforme artigo 100, V, do CPC.

Portanto, no caso de ação de responsabilidade civil de administrador, ajuizada por sociedade de economia mista ou empresa pública federal, sob a forma de sociedade anônima, respeitada a competência da vara da justiça federal da localidade (competência funcional, no caso da empresa pública), o foro de propositura da ação é o local onde se cometeu a conduta ilícita (competência territorial).

Questão relevante a respeito de competência em razão da matéria foi suscitada após a vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004, que alterou a competência da justiça do trabalho, estendendo a competência desta justiça especializada, não só aos conflitos decorrentes das relações de emprego, mas a todos aqueles decorrentes de relação de trabalho.

Tratando-se o administrador de preposto da companhia, esta justiça especializada seria a competente? Para tanto, cumpre transcrever os dispositivos trazidos pela Emenda Constitucional 45/04, e consolidados na Constituição da República de 1988, que poderiam hipoteticamente fundamentar uma resposta positiva:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:  
(...)  
VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;  
(...)  
IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Somos da opinião contrária, já que, de forma alguma, existe na causa de pedir da ação de responsabilidade qualquer relação de emprego ou de trabalho. A causa de pedir imediata da ação de responsabilidade é a reparação do dano pelo ato ilícito dos administradores, que atuam, nesse caso, como titulares de um órgão da companhia. A causa de pedir mediata é a responsabilidade dos mesmos por desrespeito aos estatutos ou à lei, ou aos deveres inerentes ao cargo para o qual foram eleitos.

Como já afirmado no capítulo anterior, na ação de responsabilidade, não se leva em conta se os administradores desrespeitaram ordens de seu empregador ou do contratante de seus serviços. A administração da sociedade anônima é eleita para o seu encargo, pela assembléia geral e age como *longa manus* da companhia. Os administradores são os titulares desse poder de representação de vontade.

Assim, a responsabilidade dos administradores não decorre de relação de subordinação típica das relações de emprego ou de relação obrigacional-contratual de prestação de serviços. Como vimos, esta decorre dos deveres legais e estatutários fixados aos titulares dos órgãos representativos da exata vontade da companhia, cujos titulares devem seguir, sob pena de responsabilização.

Corretamente, já se manifestou neste sentido o STJ, no Conflito Negativo de Competência nº 86066 / SP, conforme seguinte ementa<sup>59</sup>:

Conflito negativo de competência. Justiça do Trabalho. Justiça Comum estadual. Sociedade anônima. Responsabilidade civil. Administrador.

1. Não está em discussão nenhuma obrigação de índole trabalhista, de vínculo ou remuneração, mas, apenas, está o pedido relacionado a irregularidades na administração da empresa, tratando a discussão de responsabilidade civil do administrador, segundo o disposto na Lei nº 6.404/76. A Segunda Seção desta Corte, interpretando a Emenda Constitucional nº 45/2004, manteve a orientação de que a competência *ratione materiae* deve ser definida em face da natureza jurídica da questão, deduzida dos respectivos pedido e causa de pedir. Assim, em se tratando de ações nas quais ausente pedido de índole trabalhista, apoiadas em relações contratuais regidas pela legislação civil, competente para o julgamento é a Justiça Comum estadual.

2. Conflito conhecido para declarar competente a 29ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP.

Trata-se de precedente bastante ilustrativo e de acordo com nosso ponto de vista, já que se trata uma das partes de sociedade de economia mista, pleiteando reparação pelos prejuízos causados pelos seus administradores, conforme trecho do voto do Ministro Relator, seguido à unanimidade:

Os autos tratam de ação de responsabilidade civil movida por sociedade de economia mista contra seus diretores, eleitos para exercerem funções de administração. Alega a autora que os requeridos lhe causaram vultosos prejuízos, em razão da prática de diversas irregularidades, tais como indevidas concessões e renovações de empréstimos bancários, desrespeitando o estatuto social da empresa e seus regulamentos internos.

Como se vê, não está em discussão nenhuma obrigação de índole trabalhista, de vínculo ou remuneração. O pedido está relacionado às irregularidades na administração da empresa, tratando a discussão de responsabilidade civil do administrador, segundo o disposto na Lei nº 6.404/76.

(...)

Conheço do conflito e, nos termos do artigo 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, declaro competente 29ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP.

Como havíamos dito, nesse caso, a competência é do foro da Justiça Estadual, onde ocorreu o ato ou fato ilícito.

---

<sup>59</sup>(BRASÍLIA, 2007)

### Capacidade para estar em juízo:

É interessante tecer algumas linhas a respeito da capacidade, pressuposto processual de desenvolvimento válido e regular do processo (ou “requisito de validade da relação jurídica processual”, segundo a doutrina). Este pressuposto possui algumas especificidades na ação de responsabilidade civil de administradores, o que justifica a sua abordagem.

A norma geral do artigo 7º, do CPC, afirma que “toda pessoa que se acha no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo”. Já o artigo 12, VI, do mesmo código, prevê que as pessoas jurídicas serão representadas por quem os seus estatutos designarem, ou não os designando, pelos seus diretores.

Vimos do texto do artigo 159, da Lei 6.404/76 que a ação de responsabilidade civil dos administradores, pode ser proposta pela companhia em nome próprio (art. 159, *caput*), por acionistas pleiteando direito alheio da companhia, em nome próprio (art. 159, §§ 3º e 4º) e por acionistas diretamente prejudicados por atos do administrador, pleiteando direito próprio, em nome próprio (art. 159, § 7º).

Quanto à ação social – aquela ajuizada diretamente pela companhia – a capacidade processual deve ser aferida através da regularidade de sua representação<sup>60</sup>, mediante cópia de seus estatutos que comprovem que aquele diretor tem poderes para representá-la em juízo.

Tanto na ação proposta pelo acionista pleiteando direito alheio, em nome próprio (art. 159, §§ 3º e 4º), quanto naquela em que este pleiteia direito próprio (art. 159, §7º), este deverá comprovar sua titularidade sobre a sua quota-parte no capital, uma vez que a lei determina a condição de “acionista”. Basta, portanto que o acionista junte a cópia do livro de ações nominativas, do certificado, ou do registro das mesmas em conta de depósito mantida pela instituição custodiante, conforme a previsão estatutária.

Questão debatida na doutrina é se o acionista deve ter comprovadamente a condição de sócio na época do evento danoso, preocupação que vem da jurisprudência americana com as chamadas *strike suits* (objeto de tópico adiante). O receio da doutrina é que ocorra como nos Estados Unidos da América, em que advogados oportunistas compravam ações para si, ao

---

<sup>60</sup> É sempre bom ressaltar, para que o estudioso não se confunda: utiliza-se a palavra “representação” porque foi este o termo utilizado pelo Código de Processo Civil brasileiro. Entretanto, segundo já vimos no capítulo primeiro, para a teoria organicista, prevalecente no direito brasileiro, esse termo estaria incorreto porque o diretor, como titular do órgão de administração, atua externando a vontade da própria companhia, ou seja, materializa os seus interesses em juízo, como se ela fosse. A vontade dele é, de fato, a vontade da empresa e atua como “presentante”.

descobrirem ilícitos cometidos por administradores, com o simples fim de conseguir altas indenizações.

O receio é injustificado, uma vez que basta a verificação da rarefação da jurisprudência em relação à ação de responsabilidade civil de administradores de SAs para verificarmos que esse é um risco ainda inexistente no Brasil.

A grande concentração do capital no mercado societário brasileiro, a existência de inúmeros pressupostos processuais e a notória dificuldade de efetivação da condenação, já que a morosidade da justiça e a ausência de meios efetivos de rastreamento de bens dificultam bastante a constrição de patrimônio de pessoas físicas (administradores), são motivos que, por si só, impedem o exercício dessa ação em nosso país.

Finalizando a questão, não se pode interpretar a lei de forma diversa do que ela dispõe. E os parágrafos 3º, 4º e 7º, do artigo 159 não fazem qualquer ressalva no sentido do promovente da ação ser titular de quota do capital social na data do evento danoso.

Neste sentido PEIXOTO (citado por PINHO, 2000, pág. 161):

Ação pode ser intentada, então, individualmente por qualquer acionista, bastando provar esta qualidade. A data do seu ingresso na sociedade, anterior ou posterior ao ato lesivo, não importa, já que, como veremos, a ação visa reparar os prejuízos causados à sociedade e não ao acionista, singularmente.

Passaremos, a seguir, ao pressuposto processual de constituição válida e regular do processo mais característico da ação de responsabilidade, qual seja a deliberação prévia da Assembléia Geral, para a ação social, ponto central de nosso trabalho.

#### ***4.2.1 Da prévia deliberação da assembléia geral***

A prévia deliberação da assembléia geral para a propositura da ação de responsabilidade não era prevista anteriormente à Lei 6.404/76. O Decreto-Lei 2.627/40 continha a previsão da ação de responsabilidade de administradores, não condicionada a qualquer autorização assemblear:

Art. 123, Decreto-Lei 2.627/40. Compete a sociedade a ação de responsabilidade civil contra os diretores pelos prejuízos diretamente causados ao seu patrimônio, mas, se, não a propuzer, dentro de seis meses, a contar da primeira assembléia geral ordinária, qualquer acionista poderá promovê-la. Os resultados da ação de responsabilidade civil beneficiarão o patrimônio social, devendo a sociedade indenizar o acionista das respectivas despesas.

Parágrafo único. Quando o mesmo fato causar prejuízos à sociedade e diretamente a qualquer acionista, poderá este intentar contra o diretor ou diretores responsáveis a ação que couber, independentemente do prazo fixado neste artigo.

O direito de diversos países contém a previsão de prévia aprovação da assembleia-geral para a propositura da ação de responsabilidade civil de administradores. Esta afirmação pode ser obtida das lições do eminente professor CARVALHOSA (2003, v. 3, pág. 376):

Em diversos ordenamentos, a decisão da propositura da ação social compete à assembleia geral, fugindo à competência de outros órgãos. Assim, a lei argentina de 1984, art. 276; a lei espanhola, art. 80; e o Código Civil italiano, art. 2.393. Na lei societária alemã, segundo o art. 147, se a assembleia geral não propuser a ação, a minoria tem direito não de substituir processualmente a companhia, mas de exigir o exercício da ação por parte da própria sociedade. Ademais, a lei alemã estabelece a representação da companhia pelo Conselho de Administração, para a propositura de medidas judiciais contra os diretores, em seu art. 112: “O conselho de supervisão representa a sociedade judicial e extrajudicialmente, no que respeita aos membros da diretoria”.

PINHO (2000, pág. 232) apresenta tendência contrária no direito francês, em que o legislador preferiu enfatizar a desnecessidade de qualquer consulta prévia ao conclave da assembleia-geral, proibindo qualquer cláusula dessa natureza no estatuto. Segundo o jurista:

O Código de Sociedades Comerciais (Lei 66.536/66) manteve a tradição, prevendo, expressamente “considera-se não escrita toda cláusula do estatuto que tenha por efeito subordinar o exercício da ação social a parecer prévio ou à autorização da assembleia geral, ou que comportasse renúncia antecipada ao exercício desta ação. Nenhuma decisão de assembleia geral pode ter o efeito de extinguir uma ação de responsabilidade contra os administradores, por falta cometida no cumprimento do mandato”.<sup>61</sup>

LIMA (1989, p.111) condena o pressuposto processual da prévia aprovação em assembleia-geral para a propositura da ação de responsabilidade de administradores de sociedades anônimas. Segundo este doutrinador, *a exigência de prévia deliberação da assembleia geral para a propositura da ação sempre foi um obstáculo a dificultar e desencorajar a propositura da referida ação, no nosso país.*

Já para PINHO (2000, pág. 233), o requisito justifica-se:

---

<sup>61</sup> Art. 246. Loi 66-537- Est réputée non écrite, toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée générale, ou qui porterait par avance renonciation à l'exercice de cette action. Aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les administrateurs pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat. (FRANÇA, 1966 - <http://admi.net/jo/loi66-537.html>, acesso, 07/06/2011, às 17:59)

pela própria razão de ser da ação social, qual seja, a recomposição do patrimônio social, para o qual os acionistas contribuíram na formação. A exigência de manifestação prévia da assembleia, não se pode negar, evita o inconveniente de se deixar ao alvedrio da administração a propositura de uma ação em face de um membro do mesmo órgão. Evita-se, ainda, que os diretores, defendendo interesses de determinados grupos, promovam a ação social ou deixem mesmo de promovê-la. Embora a vontade do órgão, expressa através de seu titular, também seja a vontade da companhia, alguns atos, para que sejam válidos, a lei exige a prévia fusão das vontades individuais, seja pela sua importância, seja pela peculiaridade do caso concreto que exige um subjetivismo tal que não justifica a decisão por apenas um técnico ou corpo de técnicos.

Somos obrigados a discordar dessa última opinião. Basta analisar a jurisprudência brasileira sobre a ação de responsabilidade (conforme capítulo 7) e veremos que a observação de LIMA é correta. Conforme vimos nos capítulos anteriores, o mercado societário brasileiro é extremamente concentrado e os acionistas controladores possuem amplo controle nas assembleias gerais. Por deter o maior número de votos, geralmente suplantam a vontade dos minoritários.

A revogação da previsão de prévia aprovação da assembleia geral poderia possibilitar uma maior difusão da ação de responsabilidade civil de administradores de sociedades anônimas, importante direito dos acionistas minoritários.

A inexistência do pressuposto, aliada às garantias conferidas aos acionistas minoritários, poderia permitir, por exemplo, o ajuizamento da ação pelo diretor representante das minorias, eleito em decorrência dos votos destinados a conselheiros pelo sistema de voto múltiplo (art. 141, da Lei 6.404/76) ou pelos conselheiros eleitos pelas minorias (art. 141, § 3º, da mesma lei).

No caso de conluio de diretores para prejudicar um par representante de outro grupo de acionistas, trata-se de conduta, por si só ilícita, já que contrária aos interesses da companhia e eivada de dolo, podendo ser combatida na própria defesa na ação, sem prejuízo da posterior responsabilização dos mesmos por perdas e danos, empreendida pela companhia ou pelo diretor prejudicado.

Por fim, em caso da negativa de algum diretor à propositura da ação, a previsão de aprovação pela assembleia geral, em nada mudaria este quadro, pois mesmo com sua aprovação, muitas vezes a ação não é proposta, tanto é assim, que a própria lei prevê a possibilidade da ação social *ut singuli*, em caso de sua não propositura, após aprovação, no prazo três meses (art. 159, § 3º, Lei 6.404/76).

Assim, entendemos que, no contexto brasileiro, a exigência de prévia aprovação da propositura da ação pela assembleia é desnecessária, podendo nosso ordenamento ter seguido a tendência do direito francês, mais adequada ao nosso mercado societário.

Entretanto, infelizmente, assim não pensou o legislador. Sem a aprovação prévia para a propositura da ação esta deverá ser extinta pelo juiz, sem julgamento de mérito<sup>62</sup>.

Na ação social *ut universi*, a deliberação prévia positiva é pressuposto do ajuizamento da ação. Além disso, como vimos, sem ela, a companhia sequer possui interesse de agir para a ação.

Tanto na ação social *ut singuli* prevista no artigo 159, § 3º, da Lei 6.404/76, quanto naquela prevista no § 4º, a deliberação da assembléia é pressuposto necessário, entretanto, enquanto no primeiro caso a aprovação (cumulada com o decurso de 3 meses de inércia da companhia) é que satisfaz o pressuposto, no segundo caso, a negativa assemblear (cumulada com a presença de 5% dos acionistas minoritários) é que, por sua vez, satisfaz o mesmo.

#### **4.2.2 Da necessidade de propositura da ação social *ut singuli*, prevista no art. 159, § 4º, por 5% dos acionistas e a experiência das strike suits no direito estadunidense**

A norma brasileira prevê ainda, na hipótese da ação social *ut singuli*, que a ação seja proposta por, pelo menos 5% dos acionistas.

CARVALHOSA (2003, v. 3, pág. 381) afirma tratar-se a hipótese de litisconsórcio “*sui generis*”, já que “embora não necessário, é indispensável”.

Não podemos concordar com referida opinião. Quanto à obrigatoriedade de 5% de acionistas representativos do capital social, entendemos que dúvida não há de se tratar de evidente litisconsórcio necessário.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 47, é bem claro em afirmar que “há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes;”

Assim, se a lei exigir o litisconsórcio, tratar-se-á de litisconsórcio necessário, como afirma DIDIER JR. (2007, pág. 277):

É o art. 47 do CPC que trata mais especificamente das hipóteses em que o litisconsórcio será, ou não, necessário. Por duas razões, diz o dispositivo aludido,

<sup>62</sup> Nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná:

“APELAÇÃO CÍVEL - RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - AÇÃO DE RESPONSABILIDADE EM FACE DE EX-ADMINISTRADORES DA SOCIEDADE ANÔNIMA - NECESSIDADE DE DELIBERAÇÃO PRÉVIA EM ASSEMBLÉIA GERAL - PRESSUPOSTO PROCESSUAL- INEXISTÊNCIA - EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. DECISÃO MANTIDA. A propositura de ação de responsabilidade em face de ex-administradores de sociedade anônima depende de deliberação prévia em assembléia geral. Artigo 159 da Lei nº. 6.404/76. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.” (PARANÁ, 2009)

ter-se-á o litisconsórcio necessário: a) quando o exigir a própria natureza da relação jurídica deduzida em juízo (ou seja: quando for unitário) ou b) quando o exigir a lei, independentemente da natureza da relação jurídica deduzida em juízo. Assim, percebe-se que o art. 47 do CPC pretendeu, corretamente, ligar a necessidade, em princípio, à unitariedade: “o litisconsórcio será necessário”, diz o texto com outras palavras, sempre que unitário. Mas será necessário também, disse-o agora sem muita clareza, quando assim dispuser a lei. O que em certos casos deriva de específica disposição de lei é, portanto, a necessidade do litisconsórcio e não a sua unitariedade.

Não há que se falar em sentença uniforme para todos os litisconsortes na ação social *ut singuli*, mesmo porque, como vimos, quem sofre os efeitos da lei é o substituído (companhia). Trata-se de uma hipótese de litisconsórcio legal, previsto aos legitimados extraordinários, como uma forma de se limitar um possível uso indiscriminado da ação social *ut singuli* por acionistas individuais.

Não deve se confundir litisconsórcio unitário com litisconsórcio necessário, como fez CARVALHOSA. O litisconsórcio necessário pode simplesmente decorrer de imposição legal.

Ora, se a lei impõe que a ação deva ser proposta por 5% de acionistas e que, caso esse número não seja atingido, ocorrerá a extinção do processo, sem julgamento de mérito, não vemos dificuldade em classificar a situação como uma hipótese de litisconsórcio necessário.

Em empresas de capital extremamente pulverizado, a exigência de propositura da ação social *ut singuli* por acionistas que representem 5% do capital pode ser extremamente prejudicial aos acionistas, tornando muito difícil a propositura da ação. Da mesma forma, em companhias com o capital muito concentrado, pode ser difícil atrair minoritários até atingir esse percentual, já que o poder do controlador é tão grande e o exercício desse poder é tão pessoal pelo grupo que os minoritários podem vir a temer represálias em seus direitos.

A Lei 6.404/76 foi salutar na regulação do mercado societário brasileiro, mas, em alguns pontos, avançou mais do que o próprio mercado que objetivou regular.

A exigência de representação de 5% dos acionistas representativos de capital no Brasil não tem qualquer razão de ser, já que se trata de uma limitação ao exercício de uma ação muito pouco utilizada, prejudicando apenas os acionistas minoritários, que já não possuem muitos direitos assegurados, conforme exposto no Capítulo 1, desse estudo.

Como já dissemos nas linhas anteriores do presente trabalho, as sociedades anônimas brasileiras possuem um controle eminentemente majoritário ou totalitário.

Por outro lado, nos Estados Unidos da América, onde a *derivate suit* (correspondente da ação social *ut singuli*) encontrou enorme aceitação, o mercado é essencialmente pulverizado, com amplos poderes aos administradores das empresas, como assevera WALD (2002, pág 313):



Após a Segunda Guerra Mundial, as dimensões das empresas aumentaram muito e algumas delas passaram a ter orçamentos superiores aos de alguns pequenos países. Em virtude da pulverização das ações, as diretorias passaram a ter grande autonomia, atuando, algumas vezes, conforme o seu próprio interesse e não no interesse da sociedade. Além disso, devido ao conhecimento especializado necessário para a gestão destas empresas, formou-se uma verdadeira casta, que Galbraith chamaria a “tecnocracia”.

A grande pulverização de capital no mercado societário daquele país e os abusos cometidos pelos administradores geraram o fenômeno das *strike suits*, através das *derivate actions*.

Segundo CARVALHOSA (2003, v. 3, pág. 379), o advogado Clarence Venner inaugurou este procedimento, que consistia:

em procurar falhas e ilicitudes nas atividades da administração de qualquer companhia, indiscriminadamente. Em seguida, o próprio Venner comprava ações onde havia detectado tais fatos, iniciando processo de responsabilidade contra os seus administradores, com a finalidade de enriquecimento pessoal. Acabava por fazer acordos, mediava a revenda dessas mesmas ações aos administradores, por preço muito acima daquele da aquisição.

Após essa lamentável conduta, as Cortes Americanas tiveram uma tendência a restringir a admissibilidade das *derivate suits*. CARVALHOSA (2003, pág. 378), se fundando em NOYES LEECH<sup>63</sup> cita requisitos de admissibilidade da ação, geralmente exigidos por aquelas:

O acionista deve ser titular de direitos de acionistas à época do ato argüido de ilícito. Trata-se de regra da propriedade contemporânea. O segundo requisito é aquele em que o acionista tenha esgotado todas as possibilidades de reparação do dano diretamente, ou seja, no âmbito da própria companhia. Conseqüentemente, deve evidenciar, em juízo, que solicitou previamente à administração da companhia essa reparação. É a *demand rule*. O terceiro requisito é o da caução. Em geral, as leis estaduais prevêm que, se o administrador acusado obtiver ganho de causa, a companhia compromete-se a indenizá-lo em todas as despesas, incluindo os honorários advocatícios. Diante desse possível encargo, o estatuto normalmente autoriza a companhia a pleitear, em juízo, que o acionista deposite um determinado valor, que poderá ser levantado no caso de improcedência da ação. Essa regra de caução tem constituído, nos últimos tempos, o maior empecilho para que acionistas minoritários ingressem com a *derivate suit*.

A tendência a dificultar a propositura dessa ação, ao nosso ver, se justifica em um país em que houve, em certo momento, verdadeiro abuso dos acionistas minoritários.

---

<sup>63</sup> *Shareholder's*. p. 343.

No Brasil, onde se verifica excessivo controle dos acionistas majoritários nas companhias, não faz sentido a tendência verificada nos tribunais, de imposição de dificuldades ao exercício da ação.

Como vimos defendendo até aqui, a lei já possui meios de responsabilização de acionistas que abusam do seu direito de ação, seja através dos meios processuais cabíveis (litigância de má-fé) seja através da responsabilização por perdas e danos à companhia em eventual ação posterior.

A realidade do mercado societário brasileiro demonstra a desnecessidade da imposição de obstáculos ao exercício da ação de responsabilidade de administradores de SA.

Conforme veremos, no próximo capítulo, apesar de não haver previsão na legislação de regência da sociedade anônima, a jurisprudência brasileira criou mais um pressuposto processual para a propositura da ação de responsabilidade civil dos administradores de sociedades anônimas. Trata-se da obrigatoriedade de se promover a ação anulatória de deliberação, se houve aprovação das contas dos administradores, sem reservas.

## **5 DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE ACERCA DA NECESSIDADE DE PRÉVIA PROPOSITURA DA AÇÃO ANULATÓRIA DE ASSEMBLÉIA QUE APROVOU CONTAS, SEM RESERVAS, DOS ADMINISTRADORES**

Até aqui, já demonstramos as especificidades e características próprias da ação de responsabilidade do administrador de sociedade anônima prevista no artigo 159, e §§, da Lei 6.404/76.

Vimos que uma das principais características dessa ação é o pressuposto processual consistente na necessidade de deliberação prévia da Assembléia Geral, que deve aprovar a propositura da ação de responsabilidade, previamente à propositura da ação (Art. 159, *caput*, da Lei 6.404/76).

Outra condição prevista para o exercício da ação é o litisconsórcio obrigatório de, pelo menos, 5% dos acionistas representativos do capital da Companhia, no caso de a Assembléia deliberar não promover a ação (Art. 159, § 4º, da Lei 6.404/76).

Esse pressuposto e essa condição já foram imaginados justamente para dificultar o exercício dessa ação, já que se cogitou que uma eventual ação de responsabilidade poderia, teoricamente, impactar negativamente na imagem da companhia, gerando efeitos colaterais no próprio mercado em que esta está inserida.

Ocorre que, apesar de não haver previsão expressa no próprio artigo que regula a ação de responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas, a jurisprudência vem reconhecendo um novo pressuposto processual para o conhecimento da referida demanda.

Trata-se de entendimento que leva em conta a exoneração da responsabilidade dos administradores prevista no artigo 134, § 3º, da Lei 6.404/76:

Art. 134. Instalada a assembléia-geral, proceder-se-á, se requerida por qualquer acionista, à leitura dos documentos referidos no artigo 133 e do parecer do conselho fiscal, se houver, os quais serão submetidos pela mesa à discussão e votação.

(...)

§ 3º A aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigo 286).

Segundo esse entendimento jurisprudencial, é impossível se pleitear a responsabilidade dos administradores de sociedade anônima, seja através da ação social *ut universi*, seja através da ação social *ut singuli*, sem antes ajuizar uma ação anulatória e

promover a anulação da assembléia que deliberou e aprovou contas, sem reservas, dos administradores.

Em pesquisa realizada no repositório virtual de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ([www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)) – órgão do judiciário encarregado de firmar a melhor interpretação de leis federais, entre elas a 6.404/76 – o autor do presente trabalho pôde constatar que se pacificou a questão em favor do entendimento esposado acima.

No julgamento do Recurso Especial 256.596/SP (BRASÍLIA, 2001), em que litigaram Banco do Brasil S/A e Lafaiete Coutinho Torres, houve dissenso no julgamento quanto à necessidade ou não da prévia propositura da ação anulatória da assembléia aprobatória de contas dos administradores.

A Ministra Nancy Andrighi, em seu voto, afirmou o seguinte, a respeito do artigo 159, da Lei 6.404/76:

O dispositivo legal, ao disciplinar a ação social pela própria companhia contra o administrador, não prescreveu a imprescindibilidade de prévia anulação da assembléia geral que aprovou as demonstrações financeiras e contas do administrador.

Prosseguiu, se escorando na opinião de CARVALHOSA<sup>64</sup>, mantida em seu manual:

Quanto à ação social 'ut universi', seja diretamente proposta pela companhia, seja substitutivamente por acionista, o requisito apartado e prévio de decretação judicial de nulidade também não pode ser admitido. Isto porque, deliberando a assembléia geral acionar os administradores, estará obviamente retificando sua deliberação anterior de aprovação das contas daqueles, já que o pressuposto é o da existência de fraude. Portanto, a deliberação de agir contra os administradores, para responsabilizá-los, automaticamente anula a deliberação anterior de aprovação sem ressalvas. A nulidade, portanto, é requisito já cumprido por ato próprio do órgão competente da companhia. E, com efeito, a assembléia geral é órgão soberano da sociedade, sendo da natureza de suas deliberações revogar as anteriores.

Entretanto, o Ministro Revisor, Sr. Antônio de Pádua Ribeiro, instaurou a divergência e, se reportando às razões de seu voto proferido anteriormente no Recurso Especial 257.573/DF, entendeu ser impossível o ajuizamento da ação de responsabilidade de administrador de sociedade anônima, sem que antes de promovesse a ação anulatória da assembléia que aprovou as contas do mesmo, sem reservas. Segundo o douto Ministro, a aprovação de contas do administrador, sem reservas, é ato jurídico perfeito, que impede a sua responsabilização. Nesse sentido:

---

<sup>64</sup> CARVALHOSA, Modesto e Nilton Latorraca, atualizado por Luiz Cláudio Fontes. **Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, vol. 3.** Artigos 138 a 205, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 345-346.

E quando nasce o direito da ação de responsabilidade movida contra o administrador que teve as suas contas aprovadas, sem reservas, pela assembléia geral da sociedade? Será possível propor essa ação antes da anulação do ato de aprovação, por achar-se eivado de erro, dolo simulação ou fraude? Creio que não, porque esse ato da assembléia geral não é um ato qualquer, tanto assim que a ata que o contém há de ser arquivada no Registro de Comércio e publicada (art. 134, § 5º). É um ato jurídico, que não pode ser anulado pela própria assembléia geral, mesmo porque produz efeitos com relação a terceiros.

O referido voto, até mesmo para contrapor as sempre pertinentes linhas extraídas da obra de CARVALHOSA, se baseou em parecer do eminente jurista EVANDRO GUEIROS LEITE, destacando a seguinte opinião:

No nosso direito, segundo o magistério de Fábio Konder Comparato, para que a companhia possa responsabilizar os seus administradores, cujas contas foram aprovadas em assembléia geral, é preciso promover, preliminarmente, a anulação dessa deliberação, com fundamento em um dos vícios da vontade, indicados na lei: erro, dolo, fraude ou simulação.

Nelson Eizirick diz, igualmente, ser a nossa legislação taxativa, no sentido de que, nos casos do art. 134, § 3º, o caminho a ser percorrido será por primeiro a anulação da deliberação e, conseqüentemente, a propositura da ação de responsabilidade civil, ou ambas, de modo cumulativo.

(...)

Sem a anulação, o ato de aprovação das contas é válido e eficaz, não havendo que se falar em responsabilidade, que, nos termos do art. 134, não existiria e não serviria de fundamento para embasar a ação do art. 287, II, "b", 2.

Insisto, uma coisa é o direito de obter a anulação de um ato viciado por erro, dolo, fraude ou simulação. Outra é o direito à indenização por ato que viole a lei, estatuto ou convenção do grupo. Para a defesa de cada qual correspondem prazos prescricionais diferentes. No caso, não se verifica a existência do direito à indenização, porquanto o administrador foi exonerado de responsabilidade desde que teve suas demonstrações financeiras aprovadas pela assembléia geral. Com aquela aprovação, e à míngua de sua anulação no prazo adequado, não se pode falar em ação de responsabilidade civil, pois esta só existiria se anulado o ato que tornou definitivas as contas, ou seja, se afastada a exoneração da responsabilidade do administrador.

Afinal, sendo o ato - deliberação da assembléia - anulável, a ação do art. 286, à qual faz remissão o art. 134, seria constitutiva-negativa, ou desconstitutiva, pois visa a desconstituir uma situação jurídica. Na presente hipótese, qual situação jurídica deveria ser desconstituída? Justamente a exoneração da responsabilidade do administrador, ou a quitação que lhe foi concedida. É esta situação jurídica - exoneração ou quitação - que, não anulada, persiste.

Dessarte, não se deve negar que, em tese, a ação de responsabilidade contra o diretor é autônoma e independe daquela prevista no art. 286. De fato, não cabe postular indenização contra o administrador sem que antes se tenha ajuizado a ação anulatória. Todavia, não se pode afastar o preceito do art. 134, § 3º, que incide sob os fatos em comento. Como intentar uma ação de indenização se eventual responsabilidade civil restou afastada em consequência de deliberação válida?

Por fim, a divergência foi seguida pelo Ministro Vogal, Dr. Ari Pargendler, e a decisão que prevaleceu foi no sentido de que a propositura da ação de responsabilidade do

administrador prevista no artigo 159, da Lei 6.404/76 depende da prévia anulação da deliberação que aprovou contas dos administradores.

De se ressaltar que tanto o Ministro Revisor, quanto o Ministro Vogal, manifestaram sua preocupação com a solução abraçada. Vejamos o que disse o Ministro Ari Pargendler:

*De lege ferenda*, a solução pode não ser a melhor. Legislações mais modernas - v.g., a espanhola e a portuguesa, como visto - dão outro tratamento à matéria, precisamente porque os acionistas de uma sociedade anônima de porte podem não ter meios de avaliar a gestão dos respectivos administradores no prazo fixado pela lei. Tal como dito nas razões do recurso especial, "A assembléia geral não desce à minudência de cada operação realizada no período do balanço. Inexistem condições materiais e humanas para realizar tal tarefa" (fl. 341). A extinção, ou como diz o texto legal, a exoneração da responsabilidade dos administradores é, nesse contexto, precipitada. Acresce que, como no caso, tratando-se de uma sociedade de economia mista, os eventuais prejuízos causados pelo administrador comprometem o patrimônio público. A exigência de que a ação de responsabilidade civil seja precedida da anulação da deliberação da assembléia geral que aprovou as contas do administrador, dificulta sobremaneira a indenização dos danos, e não se justifica porque constitui uma sobreposição de demandas, à medida que a *causa petendi* de uma e de outra são idênticas. Mas a lei é essa, e, enquanto não for alterada, deve ser aplicada.

Após esse voto, encontramos a matéria pacificada em diversos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça. Vale citar: REsp 257573 / DF, AgRg no Ag 950104 / DF, AgRg no Ag 640050 / RS e REsp 1313725 / SP.

Apesar de a matéria se encontrar pacífica nos tribunais superiores, vemos que a questão não foi discutida de forma sistemática que se espera na doutrina empresarialista. Como se verá, a seguir, o regime de invalidades do direito empresarial é bastante diferente do regime de invalidades do direito comum e atos nulos ou anuláveis podem ser revistos a qualquer tempo pela Assembléia Geral da companhia.

Ocorre que, como restou salientado no Recurso Especial 256.596/SP, esse pressuposto processual torna difícil a responsabilização do administrador, pois ambos os prazos prescricionais das ações são exíguos (3 anos para a ação de responsabilidade e 2 anos para a ação anulatória, ambos contados da publicação da ata da assembleia que aprovou as contas dos mesmos).

Mesmo que ocorra a cumulação de pedidos na mesma ação, a dificuldade persiste, pois o autor da ação obrigatoriamente terá que ajuizá-la dentro de dois anos e terá que provar primeiro o vício ocorrido na assembleia e depois os requisitos da responsabilidade. A rotina das companhias é complexa e o prazo de 2 anos pode ser extremamente curto para que se descubram os atos de má-gestão, se proponha a votação a respeito da propositura da ação em assembleia, para só então ajuizar a medida.

É essa questão que analisaremos, a partir de agora: As características do regime de invalidades do direito empresarial permitem que a própria assembleia retifique o ato aprobatorio das contas do administrador em assembleia posterior, para fins de sua responsabilização, ou a natureza desse ato obriga à anulação judicial da deliberação supostamente viciada?

## **6 REGIME JURÍDICO DAS INVALIDADES DOS ATOS JURÍDICOS NAS DELIBERAÇÕES ASSEMBLEARES DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS**

Para resolvermos a questão posta no capítulo anterior, devemos adentrar o tormentoso estudo do regime das invalidades ocorridas nas assembleias das sociedades anônimas. Dizemos “tormentoso” pela extrema rarefação doutrinária a respeito.

O estudo das invalidades ocorridas nas assembleias das sociedades anônimas também não atraiu o merecido interesse da doutrina nacional, sobretudo após a vigência da Lei 6.404/76 e a despeito de sua inegável importância.

FRANÇA (1999, pág. 07) assim inicia estudo sobre o tema:

Pode-se dizer que o mesmíssimo enigma ocorre com relação ao tema do presente ensaio, que versa sobre a invalidade das deliberações de assembleia das companhias brasileiras. Não obstante instigante estudo de Tullio Ascarelli, publicado quando de sua estada entre nós, a matéria, cuja importância é desnecessário acentuar, não logrou aqui obter, ao que sabemos, tratamento sistemático, sem embargo das diversas contribuições de grande valor dos nossos juristas, seja nos tratados de direito privado e nos comentários às leis de sociedades anônimas, seja nos ensaios e pareceres que iremos assinalando no decorrer deste trabalho.

Passemos ao estudo do regime das invalidades dos atos jurídicos.

### **6.1 Da evolução e da classificação das invalidades dos atos jurídicos no direito comum**

A invalidade dos atos jurídicos em geral encontra-se prevista, atualmente, no ordenamento brasileiro, no Capítulo V, do Título I, Livro III, do Código Civil de 2002, denominado “Da Invalidade do Negócio Jurídico”.

O Código Civil divide as invalidades dos atos jurídicos em atos nulos e anuláveis. A caracterização de um ato jurídico como uma ou outra espécie gerará importantes efeitos que serão demonstrados no presente tópico.

GARCEZ (1997) faz uma profunda digressão no direito francês, buscando as fontes da teoria das invalidades dos atos jurídicos. Segundo o referido autor (pág. 05), no século XVI, ainda sob a regência de um direito costumeiro, D'ARGENTRÉ e DUMOLIN “estabelecem nítida e claramente a teoria das nulidades de pleno direito e das nulidades dependentes de rescisão”.

O primeiro autor francês citado doutrinou que as nulidades de pleno direito não convalidam no tempo e não podem ser confirmadas ou ratificadas e o segundo que os



contratos feridos pelas “nulidades dependentes de rescisão”, são válidos desde o início, até a sua invalidação motivada pelo interessado.

GARCEZ (1997, pág 07) aponta ainda que POTHIER fixou importantes regras em matérias de nulidades, traçando a diferença entre atos nulos de pleno direito e nulos dependentes de rescisão e foi um dos primeiros que estabeleceu a diferenciação entre nulidades absolutas e relativas. Seus ensinamentos foram seguidos pelos autores do Código de Napoleão.

Afirma o ilustre autor que o Código de Napoleão gerou grandes discussões acerca dos atos inválidos. Parte da doutrina<sup>65</sup> os classificou em “atos inexistentes”, “atos nulos de pleno direito” e “atos nulos dependentes de rescisão”. AUBRY e RAU (citados por GARCEZ, 1997, pág. 12), assim classificam as três categorias de atos:

Atos inexistentes: “Ato inexistente, ou não nulo, é aquele que não reúne os elementos intrínsecos da sua natureza, ou do seu objeto e, que na ausência dos mesmos, é logicamente impossível de concebê-lo” (tradução livre<sup>66</sup>).

Atos nulos de pleno direito: “É aquele que reúne todos os elementos necessários à sua existência, mas que é atingido pela ineficácia, transgredindo a um comando ou a uma proibição de lei” (tradução livre<sup>67</sup>).

Os atos dependentes de rescisão, por sua vez, são aqueles cujas invalidades somente ofendem os direitos das partes envolvidas no ato ou negócio jurídico. Por não ofenderem a ordem pública e aos direitos de terceiros, essas invalidades somente gerariam efeitos após a sua decretação em sentença constitutiva e seriam passíveis de convalescimento no tempo e confirmação pelas partes interessadas.

Assim, vemos que os “atos inexistentes” seriam aqueles que não contêm um elemento jurídico essencial desse ato. Já os “atos nulos de pleno direito” seriam aqueles que, apesar de conter todos os elementos formais necessários à sua classificação, são expressamente proibidos ou contrários às disposições da lei. Já os atos “nulos dependentes de rescisão” seriam os viciados em matérias que somente dizem respeito às partes contratantes, não ofendendo a ordem pública ou o direito de terceiros.

---

<sup>65</sup> ZACHARIAE, DEMOLOMBE, MARCADÉ, LAURENT MOURLON, COLMET DE SANTERRE, HUC, BAUDRY-LA-CANTINERIE.

<sup>66</sup> *acte inexistant, ou non avenu, est celui qui ne réunit pas les éléments du fait que suppose sa nature, ou son objet et en l'absence desquelles il est logiquement impossible de le concevoir.*

<sup>67</sup> *est celui que réunit tous les éléments nécessaires à son existence, mais qu'il est frappé d'inefficacité comme contrevenant à un commandement ou a une défense de la loi.*

Na realidade, a diferenciação entre atos inexistentes e atos nulos de pleno direito, é puramente teórica, e os efeitos e características dos “atos inexistentes” e “atos nulos de pleno direito” são os mesmos. Os próprios doutrinadores franceses já reconheciam a dificuldade teórica na diferenciação entre as duas figuras:

Reconhece o douto jurista (PLANIOL), entretanto, a identidade de situação entre ato nulo de pleno direito e ato inexistente perante o código Napoleão, confundidos no mesmo nada, sem diferença entre eles senão na causa que os tornou inúteis. Para o ato inexistente a causa é a ausência de um elemento necessário à sua formação e para o ato nulo de pleno direito a causa é uma prescrição da lei (GARCEZ, 1997, pág. 13).

TROPLONG<sup>68</sup>, citado por GARCEZ (1997, pág. 340) demonstra que não importa qual é a classificação do ato, o interessado na decretação de sua inexistência, nulidade de pleno direito ou nulidade dependente de rescisão deve recorrer ao judiciário, pois o direito não admite justiça pelas próprias mãos:

Sobretudo aqui, o que fez o Código?  
Antes de tudo, ele mantém o trabalho da Assembléia constituinte e deixa os atos nulos e dependentes de rescisão governados pelas mesmas formas.  
Além disso, como no direito antigo, ele não admite que se possa fazer justiça por si mesmo, e que só porque uma nulidade é qualificada *ipso jure*, na prática, seria dispensável submetê-la ao pronunciamento da justiça. Em resumo, ele continua o princípio que as nulidades e as rescisões devem ser demandadas aos tribunais. (tradução livre<sup>69</sup>)

Se havia discussão acerca da necessidade de propositura de ação competente para o reconhecimento da nulidade de pleno direito (ou inexistência) dos atos jurídicos, a questão foi superada pela doutrina atual e pela ampla jurisprudência francesa, que reconheceu a necessidade de provimento judicial para ambas as situações<sup>70</sup>. A diferença era exclusivamente

<sup>68</sup> Vente, Vol. 2º, n.687, pág. 67.

<sup>69</sup> *Sur tout ceci, qu'a fait le Code?*

*D'abord, il maintient l'ouvrage de l'Assemblée constituante, et laisse les deux actions en nullité et en rescision gouvernées par les mêmes formes.*

*De plus, comme dans le droit ancien, il n'admet pas que l'on puisse se faire justice à soi même, et que par cela seul qu'une nullité est qualifié ipso jure par l'usage on soit dispensé de la faire prononcer en justice. En un mot, il continue le principe que les nullités et les rescisions doivent être demandées aux tribunaux.*

<sup>70</sup> “Os escritores que, como ZACHARIAE sustentam a doutrina de não haver necessidade de ação direta para fazer constatar a inexistência são: DEMOLOMBE, AUBRY et RAU, LAURENT, THIRY, BAUDRY LACANTINERIE, BEUDANT e JERÔME PISE, todos de acordo, entretanto, que, surgindo dúvida ou desinteligência entre as partes, é preciso recorrer à autoridade judiciária, pela regra de que *nul ne peut se faire justice a soi même*.

Contra a opinião daqueles manifestam-se FOUCARD, VIGIÉ, PLANIOL, PONCET, LYON CAEN e SARRUT. Mas, é preciso acentuar que a controvérsia é simplesmente doutrinária, porque a jurisprudência francesa, quase secular, unânime, não admite que a nulidade de pleno direito produza efeito senão depois de decisão judiciária. E

quanto aos efeitos da decretação judicial. Enquanto nos atos nulos de pleno direito e inexistentes o efeito da decretação seria retroativo, nos atos dependentes de rescisão, os efeitos ocorreriam somente após a decretação judicial.

A doutrina francesa atual entende que os atos inválidos são classificados apenas em atos “absolutamente nulos” e “relativamente nulos”. Como vimos, os “atos inexistentes” não prevaleceram naquela doutrina e a nomenclatura “atos nulos de pleno direito” e “nulos dependentes de rescisão” foi substituída por aquela, que leva em conta os interesses subjetivos atingidos pela invalidade.

O direito pátrio adota classificação semelhante. Vejamos o que dispõe os artigos 166, e seguintes, do Código Civil de 2002:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

- I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- IV - não revestir a forma prescrita em lei;
- V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
- VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

- I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
- II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
- III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

- I - por incapacidade relativa do agente;
- II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

---

é o próprio JÉROME PISE, o mais ardente defensor dos contratos inexistentes, quem declara, com toda a probidade científica, que a jurisprudência *unânime* é contrária à opinião por ele defendida” (GARCEZ, 1997, pág. 34).

Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo.

Art. 174. É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava.

Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor.

Art. 176. Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente.

Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.

Art. 181. Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga.

Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

Art. 183. A invalidade do instrumento não induz a do negócio jurídico sempre que este puder provar-se por outro meio.

Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

Vemos que o legislador brasileiro atual dividiu os atos inválidos em apenas duas espécies: Os “atos nulos” e os “atos anuláveis”. Não se referiu a “atos inexistentes”, acompanhando a doutrina predominante<sup>71</sup>.

Sobre a nomenclatura adotada no direito brasileiro (“atos nulos” e “anuláveis” contra “atos absolutamente nulos” e “relativamente nulos”, empregada no direito francês) cabe aqui uma rápida explanação.

MELLO (2008, pág. 61) explica que a classificação das nulidades em “nulidades absolutas” e “nulidades relativas”, prevalece na doutrina da França e corresponde respectivamente ao que denominamos, no direito brasileiro atual, “nulidades” e “anulabilidades”.

<sup>71</sup> “Preliminarmente, é preciso acentuar que escritor algum, reinícola ou indígena ocupou-se, ainda, da teoria dos atos inexistentes nos termos em que a formulou ZACHARIAE e tem sido sustentada por seus sectários. Se alguns empregam a expressão inexistente é como sinônimo ou equivalente de nulo de pleno direito” (GARCEZ, 1997, pág. 41).

Segundo o referido autor, a nomenclatura utilizada pelo legislador brasileiro visou superar as imperfeições da classificação francesa, que, por se basear exclusivamente no grau de interesses atingidos (violação de matérias de ordem pública *versus* violação a interesses privados)<sup>72</sup>, não consegue enquadrar em sua classificação as exceções existentes no ordenamento. Outra justificativa bastante plausível é de ordem prática, já que visa maior cientificidade, evitando expressões semelhantes aplicadas para institutos diferentes:

A impropriedade terminológica no emprego das expressões *nulidade absoluta* e *nulidade relativa* parece-nos evidente, porque (a) à mesma expressão são atribuídos sentidos diferentes, (b) o que cria ensejo ao seu emprego para designar objetos distintos. Por isso, o seu uso leva à possibilidade de incorrer-se na imprecisão de se dizer que uma *nulidade absoluta* (=nulidade), *quando apenas alegável pelo interessado direto, seria, também uma nulidade relativa*. A falta de precisão, que a torna carente de cientificidade, nos leva a recusá-la, seguindo a doutrina que nos parece mais correta. (MELLO, 2008, pág. 63)

Da análise do Código Civil de 2002, vemos que o regime das invalidades do direito comum prevê o seguinte:

Primeiramente, as nulidades previstas nos artigos 166 e 167, do CC/02 podem ser alegadas por qualquer interessado, inclusive o Ministério Público, porém devem ser pronunciadas sempre pelo juiz, que pode, inclusive, pronunciá-las de ofício (art. 168 e seu parágrafo único).

Em regra, o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação pelas partes, não pode ser suprido pelo juiz e nem convalesce pelo decurso do tempo, ou seja, sobre a pretensão

<sup>72</sup> “A doutrina francesa, especialmente, denomina *nulidade absoluta* e *nulidade relativa* as espécies que denominamos *nulidade* e *anulabilidade*, respectivamente. Por sua influência, essa terminologia difundiu-se na literatura jurídica tradicional, sendo ainda hoje utilizada amiúde.

Essas expressões constituem reflexo da constatação de que (a) há invalidades cujo fundamento é de ordem pública, como no caso de ilicitude do objeto, e que, por essa razão, são tratadas com mais rigor: são insanáveis e, por terem, em geral, eficácia *erga omnes*, podem ser alegadas por qualquer interessado, inclusive pelo Ministério Público, cabendo ao juiz decretá-las de ofício (= sem provocação das partes), tanto que tome conhecimento do ato ou de seus efeitos, e, por isso, seriam *absolutas*. (b) Diferentemente, há outras que, por dizerem respeito, mais especificamente, a interesses privados e pessoais, têm sua eficácia relacionada, exclusivamente, às pessoas que sofrem diretamente as conseqüências do ato jurídico, as quais, por sua vontade, podem sanar o vício; desse modo, seriam *relativas* a essas pessoas, mesmo porque somente a elas se reconhece legitimação para alegá-las em ação própria ou como defesa.

No entanto, essas expressões são usadas em outro sentido completamente diferente daquele. Com efeito, há hipóteses em que a nulidade (dita absoluta) diz respeito a interesses de ordem pessoal, apenas, e se restringem às pessoas diretamente afetadas pelo ato jurídico, e, por esse motivo, a elas somente se reconhece legitimação para invocá-la em juízo, vedando-se a sua alegação pelo Ministério Público, bem como a sua decretação de ofício pelo juiz. É o caso da decisão de órgão colegiado de pessoa jurídica que seja nula por violação de lei cogente ou praticada com simulação, no qual somente o associado tem legitimação para propor a ação de nulidade. O mesmo ocorre com o legado feito por pessoa casada a quem seja seu concubino, cuja legitimação é deferida apenas à esposa e seus descendentes. Embora se trate de nulidades que resultam da incidência dos arts. 166, VII, e 167 do Código Civil, portanto, classificáveis como ‘nulidades absolutas’, por não terem eficácia *erga omnes*, se assemelham às ‘nulidades relativas’.” (MELLO, 2008, pág. 61)

de decretação de nulidade não ocorrem efeitos decadenciais ou prescricionais (arts. 168, § único e 169).

O ato é anulável por incapacidade relativa do agente e por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores (art. 171). Diferentemente dos atos nulos, o ato anulável é passível de confirmação (art. 172) e convalesce no tempo (arts. 178 e 179).

Assim como os atos nulos, a anulabilidade do ato não retroage. Entretanto, a anulabilidade só gera efeitos após a declaração judicial, diferentemente das nulidades, cuja declaração judicial retroage à época do vício.

Resumindo as diferenças entre a nulidade e anulabilidade dos atos jurídicos, no direito brasileiro, mais uma vez nos socorremos dos ensinamentos de MELLO (2008, pág. 60):

No direito brasileiro, há dois graus de invalidade: (a) *nulidade*, que constitui a sanção mais enérgica, acarretando, entre outras conseqüências, em geral, a ineficácia *erga omnes* do ato jurídico quanto a seus efeitos próprios, além da insanabilidade do vício, salvo exceções bem particularizadas, e (b) *anulabilidade*, cujos efeitos são relativizados às pessoas diretamente envolvidas no ato jurídico, o qual produz sua eficácia específica, integralmente, até que sejam desconstituídos, o ato e seus efeitos, mediante impugnação em ação própria, podendo ser convalidado pela confirmação ou pelo transcurso do tempo.

Expostas as principais características das espécies de atos inválidos no ordenamento brasileiro, passaremos a discorrer acerca das características especiais das invalidades nas deliberações em assembléias das sociedades anônimas.

## **6.2 Do regime das invalidadas nas assembléias das sociedades anônimas**

A lei de Sociedades Anônimas é lacônica a respeito das invalidades ocorridas nas deliberações assembleares. Se manifesta, de forma clara, apenas quanto ao prazo de prescrição da “ação para anular deliberações”, em seu artigo 286:

Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembléia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação.

Trata-se de reprodução do artigo 156<sup>73</sup>, do Decreto-Lei 2.627/1940, diminuindo-se o prazo de prescrição de 03 para 02 anos. O novo dispositivo previu ainda, equivocadamente, que o prazo será contado da deliberação.

A doutrina abalizada, a exemplo de CARVALHOSA e FRAN MARTINS, entretanto, já se manifestou no sentido de que o prazo conta-se da publicação, sendo a redação produto de erro ortográfico, no momento da publicação da norma:

Não obstante essa evolução quanto ao prazo prescricional (três para dois anos), o legislador novamente empobreceu o texto ao se referir não mais à prescrição contada da publicação da ata ou da deliberação (art. 289) – como explicava o art. 156 do diploma de 1940 – mas à prescrição contada “da deliberação”.

Esse lapso não retira, no entanto, a imperiosidade de se contar o prazo a partir da publicação do ato societário inquinado (art. 289), pelo simples fato de a eficácia do mesmo somente se produzir a partir do seu arquivamento e publicação. Trata-se, portanto, a omissão constante do presente artigo, de mero erro ortográfico como lembra Fran Martins: “Pelo dispositivo, o prazo prescricional de dois anos deve ser contado da deliberação. Anotadores dessa lei consideram que a alteração do termo inicial contraria formalmente os princípios de equidade que sempre presidiram a elaboração das regras acerca da prescrição que só se explica por erro de composição de texto final da lei. É invocado o testemunho do deputado Luiz Braz, cuja ementa, de fato, termina declarando: “Saliente-se, todavia, o acerto de dispositivo, ao estatuir que o prazo será contado da publicação da deliberação ou da ata, de modo a espancar dúvidas.” (CARVALHOSA, 2003, v.4, t.2, pág. 464)

Ultrapassada essa observação e comparando o exposto no tópico anterior com o artigo 286, da Lei 6.404/76, releva-se a seguinte reflexão: O artigo 286 da Lei 6.404/76 se refere a todas invalidades ocorridas nas deliberações assembleares ou somente aos atos anuláveis<sup>74</sup>?

Referida questão se faz presente tendo em vista a natureza dos atos em questão. Vimos, por exemplo, que no regime de invalidades do direito comum, os atos nulos não convalidam com o tempo, razão pela qual não poderiam se submeter a prazos prescricionais.

<sup>73</sup> Art. 156. Prescreve em três anos a ação para anular as deliberações tomadas em assembléia geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, ou violadoras da lei ou dos estatutos, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação.

Parágrafo único. O prazo da prescrição começa a correr da data da publicação da ata ou da deliberação. Quando, porém, o objeto da deliberação constituir crime, o prazo de prescrição da ação civil será o da ação penal.

<sup>74</sup> ASCARELLI (2001, pág. 533) formula a mesma pergunta em sua obra analisando o tema, sob a égide do Decreto-Lei nº 2.627/40. Vejamos: “Pode, talvez, não ser inútil frisar a importância de uma pergunta preliminar: o art. 156 do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 (no direito atual, art. 286 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) abrange todos os possíveis vícios das deliberações tomadas em assembléias, ou, ao contrário, a sua interpretação, lógica e sistemática, deve conduzir à distinção entre os abrangidos pelo prazo do art. 156 (v. art. 286 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com redação semelhante) e aqueles aos quais, ao contrário, não pode ser aplicado tal prazo? Já o art. 156 (art. 286 da Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976) autoriza essa pergunta, pois, ele se refere, literalmente, à “ação para anular” as deliberações, descuidando, portanto, das deliberações que sejam “nulas” e não “anuláveis”.

Ademais, o próprio texto do artigo se refere expressamente à “ação para anular a deliberação”, o que reforça a dúvida suscitada.

Referida discussão não é nova. FRANÇA (1999) aponta divergências doutrinárias a respeito das invalidades ocorridas em assembleias de Sociedades Anônimas desde a vigência do Decreto n. 434 de 1.891. Entretanto, a referida divergência pode ser mais antiga, já que esta data foi escolhida pelo autor, em sua obra, por motivos didáticos, uma vez que o mesmo preferiu analisar a questão após a instauração do regime de liberdade na constituição de sociedades anônimas, independentemente do privilégio, concessão e autorização governamentais<sup>75</sup>.

O referido doutrinador alerta que, no início, chamavam a atenção da doutrina, as invalidades ocorridas nas assembleias de constituição das Companhias. Quais seriam os efeitos dessas invalidades?

Analisando o Decreto 434 de 1.891, CARVALHO DE MENDONÇA<sup>76</sup> (citado por FRANÇA, 1999, págs. 15 e 16), observou o problema da aplicação do regime de direito comum das invalidades nas assembleias de sociedades anônimas:

Todas essas nulidades são de pleno direito e absolutas. São de ordem pública, porque visam não somente proteger os sócios e terceiros contra os atos dos fundadores, como ainda salvaguardar o crédito público, facilmente exposto a perigo pela emissão e circulação de títulos de sociedades viciadas. Não podem ser ratificadas, expressa ou tácitamente, nem sanadas pelos interessados, nem relevadas pelo juiz. Qualquer pessoa a quem interessar a sua declaração a pode argüir ou propor independentemente da prova de prejuízo. A forma que a lei exige para qualquer ato presume-se não observada e preenchida se do mesmo ato não consta ter sido observada, ainda que por outro isso se prove.

(...)

A nulidade resolve-se na dissolução da sociedade e responsabilidade dos fundadores. Todos os atos praticados pela sociedade não deviam ter, em rigor, existência jurídica, porque foram praticados por quem não existia; torcem-se porém, todas as conseqüências, emprestando-se vida ao nada contrapondo o *fato* ao *direito*!

(...)

Para que êsse rigor, se temos instituído o *registro do comércio*, no qual as sociedades depositam os seus *documentos legais* para poderem funcionar? Porque não se dá aos encarregados deste registro o direito de verificar a legalidade dos documentos fundamentais da organização da sociedade, isto é, se o ato constitutivo está conforme a lei e se as condições exigidas para a existência da sociedade foram cumpridas? Porque a lei não se limita a estabelecer sérias responsabilidades civis e

<sup>75</sup> “Tendo em vista os *diversos princípios* de índole econômica e jurídica que inspiraram, tanto o sistema do *privilégio*, como o da *concessão* ou *autorização*, não nos pareceu necessário, em função dos objetivos deste capítulo, descer à análise do regime das nulidades aplicável às companhias no âmbito dos referidos sistemas. Por essa razão, ao examinarmos a evolução da questão no direito brasileiro, preferimos partir, desde logo, do Decreto n. 434, de 1891, o qual como se disse, constituiu uma consolidação da Lei n. 3.150, de 1882, e de alguns diplomas legais posteriores a esta (que, todavia, pouco a modificaram)” (FRANÇA, 1999, pág. 13).

<sup>76</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. V. III, n. 998, PP. 367-371.



penais contra os fundadores que as infringirem? As nulidades devem ser reduzidas às estritamente necessárias e em todo o caso sujeitas às seguintes regras: 1ª, prescrição da ação dentro do ano da constituição da sociedade; 2ª, ratificação pelas assembléias, funcionando com dois terços. As infrações da lei, às quais não fôsse cominada a pena de nulidade, teriam como sanção a responsabilidade direta e solidária dos fundadores para a serem os interessados pelos prejuízos, perdas e danos que estes sofressem.

Como já vimos, segundo a teoria das invalidades do direito comum, as nulidades não geram efeitos no mundo jurídico, ou seja, com a sua declaração judicial, as partes atingidas devem retornar ao *status quo ante*. Ocorre que as relações comerciais são dinâmicas e muitas vezes a nulidade de atos empresariais complexos, que envolvem diversos atores, acarretaria dificuldade e, em muitos casos, prejuízos a contratantes de boa-fé.

Como fazer com que todas as relações formalizadas por uma companhia constituída por meio de uma deliberação nula retornem ao passado, simplesmente deixando de existir<sup>77</sup>?

O Legislador de 1940, notando essas dificuldades, adaptou o regime das invalidades do direito comum às necessidades das companhias, através do Decreto-Lei nº 2.627/1940. Vejamos as considerações de FRANÇA (1999, pág. 17), a respeito das inovações dessa legislação:

O legislador de 1940 terminou por acatar, no principal, as sugestões de Carvalho de Mendonça.

Atribuiu ao Registro de Comércio, no art. 53 do Decreto-lei n. 2.627, a função de examinar se, no ato de constituição da companhia, haviam sido observadas as prescrições legais, bem como se nele figuravam cláusulas contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes, e, ainda, o dever de exercer a mesma fiscalização nos casos de reforma ou alteração dos estatutos (§ 3º). Estabeleceu, no art. 155, prazo de prescrição ânua para anulação da constituição da companhia, por vícios ou defeitos verificados no referido ato, prevendo, expressamente, no parágrafo único desse mesmo dispositivo, ser lícito à sociedade, por deliberação da assembléia geral extraordinária, providenciar a sanção do vício ou defeito, mesmo depois de proposta a ação. Previu, no art. 156, o prazo prescricional de três anos para “anular as deliberações tomadas em assembléia geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, ou violadoras da lei ou dos estatutos, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação”. Determinou, expressamente, no art. 138, alínea “a”, que, na hipótese de anulação de sua constituição, a companhia dissolver-se-ia, entrando em liquidação.

Quanto ao regime de invalidades a ser aplicado frente aos vícios das assembléias de constituição das sociedades, vemos que as principais diferenças para o direito comum são

<sup>77</sup> “É que, ainda quando nula fôsse uma companhia ou sociedade anônima, dificilmente se poderiam apagar os efeitos resultantes da sua atuação no mundo dos negócios. A pessoa jurídica não revelou a terceiros o vício ou defeito que, contaminando-a desde a sua criação, preparava a sua extinção. Contratou, concluiu e executou uma série de negócios, cujos efeitos já se fizeram sentir ou perduram e não podem ser sumariamente cancelados.” (VALVERDE, 1953, v. 3, pág. 93)

prazos prescricionais reduzidos, o amplo saneamento de atos<sup>78</sup>, mesmo nulos, e a irretroatividade das nulidades encontradas<sup>79</sup>. Mesmo a inobservância de formalidades legais importava na liquidação da sociedade e não na nulidade do ato jurídico de constituição e dos atos jurídicos posteriores.

ASCARELLI, (2001, pág. 520) assim descreve a diferença entre o regime de invalidades de direito comum e o aplicado às assembléias de constituição de sociedades anônimas, sob a égide do Decreto-Lei 2.627/40<sup>80</sup>, que foi mantido pela Lei 6.404/76:

O art. 155, no Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 (atualmente, art. 285 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976), fala em prescrição da ação por vícios ou defeitos verificados no ato de constituição.

Declarando ser, a ação, prescritível, filia-se, esse dispositivo à orientação, hoje em dia dominante, que, abandonando a clássica distinção entre nulidade e anulabilidade, assenta o sistema dos vícios do contrato social sobre princípios diversos dos adotados no direito comum.

Embora sem acolher o princípio peculiar às legislações anglo-saxônicas, em virtude do qual o arquivamento e a publicidade têm eficácia saneadora dos vícios de constituição, o art. 155 do Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940 (v. art. 285 da atual Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) sujeita todos os vícios desta espécie a um curtíssimo prazo de prescrição.

Ademais, conforme o art. 138, *a*, Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940 (no direito atual, art. 206, *a*, da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976), a anulação da sociedade acarreta, apenas, a sua liquidação judicial. Portanto, não tem ela, efeito retroativo. Tanto a brevidade do prazo de prescrição como a inexistência de efeito retroativo (em contraste com os princípios do direito comum) visam, afinal, à tutela dos terceiros que contrataram com a sociedade cujos atos constitutivos houverem sido arquivados.

Como já vimos, esse regime especial de nulidades se justifica devido à gama de interesses que necessitam ser protegidos. Simplesmente anular a constituição de uma empresa

<sup>78</sup> Art. 155, Decreto Lei 2.627/40. A ação para anular a constituição de sociedade anônima ou companhia, por vícios ou defeitos verificados naquele ato, prescreve em um ano, a contar da publicação de seus atos constitutivos.

Parágrafo único. Ainda depois de proposta a ação, é lícito à sociedade, por deliberação da assembléia geral extraordinária, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito.

<sup>79</sup> O fato de a ação anulatória da assembléia de constituição da Sociedade Anônima importar na sua liquidação consagra a principal diferença para o regime de invalidades do direito comum, qual seja, a irretroatividade dos efeitos de atos nulos. Essa diferença atraiu a atenção de Valverde (1953, v. 3, pág. 93), em seus comentários ao Decreto-Lei 2.627/40: “A regra de que, declarada ou decretada a nulidade de um ato jurídico, se restituirão as partes ao estado em que antes dêle se achavam, não pode, nas sociedades anônimas havidas por nulas, ser estritamente obedecida, nem tem aplicação instantânea, pois que, para retrogradar ao *statu quo ante*, se terá que proceder à liquidação da sociedade, que subsiste, assim, apesar de declarada ou decretada a sua nulidade. As sociedades anônimas nulas ou anuladas dissolviam-se e entravam na fase de liquidação. Mas a persistência da pessoa jurídica até o último termo da liquidação era um fato, que o decreto revogado já consignava: ‘suposto dissolvidas, as sociedades anônimas se reputam continuar a existir para os atos e operações da liquidação’.”

<sup>80</sup> O texto do Decreto-Lei nº 2.627/40 foi mantido praticamente inalterado pela Lei 6.404/76, salvo quanto à diminuição dos prazos prescricionais fixados, motivo pelo qual, os comentários doutrinários colacionados sobre aquele decreto ainda se mantêm atuais.

por uma nulidade, acarretaria na necessidade de invalidação de contratos firmados perante terceiros, obrigações perante consumidores e o fisco, entre outros.

Entretanto, a aplicação desse regime especial de invalidades tem suas exceções. Segundo FRANÇA (1999, pág. 22), o próprio ASCARELLI já admitia que o regime especial de nulidades exposto não poderia se aplicar a todas as invalidades ocorridas na assembléia de constituição da companhia. Quanto aos vícios que, segundo ele, acarretariam “falta dos requisitos necessários para a vida da sociedade”, estes, diferentemente, poderiam ser sempre argüidos, independentemente dos prazos de prescrição, como acontece no regime de invalidades do direito comum (ASCARELLI, 2001, pág. 523):

Tal o caso na legislação antiga (Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940) quanto à ilicitude do objeto social (cf. art. 167, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de Setembro de 1940); quanto à impossibilidade do fim social; quanto à falta do número mínimo de sete subscritores; quanto à falta, no estatuto, de indicações essenciais para a vida da sociedade; quanto à falta de subscrição integral do capital social indicado no estatuto.

Trata-se nestes casos, não apenas de vícios de constituição, mas da falta dos requisitos necessários para a vida da sociedade.

A falta desses requisitos poderá sempre ser argüida, independentemente de prazos de prescrição, enquanto não forem sanados.

Verifica-se que, para ASCARELLI, o único detalhe diverso desses atos é justamente o fato de serem imprescritíveis e não convalerem no tempo. Mesmo a nulidade desses atos também não tem efeitos retroativos, sendo também sanáveis, nesse último caso, por expressa previsão do parágrafo único, do artigo 285, da Lei de SAs, inclusive.

Para FRANÇA (1999), ASCARELLI (2001) e VALVERDE (1953) e doutrina majoritária, o regime especial de invalidades deve também ser empregado para as demais assembléias das Sociedades Anônimas. Já vimos a opinião de VALVERDE (pág. 74) a esse respeito:

A assembléia geral pode sempre rever as suas próprias deliberações. Pode assim cancelar ou anular deliberação anterior e ratificar todos os atos que interessem à sociedade. Ressalvados, pois, os direitos de terceiros, acionistas ou não, a deliberação atacada é passível, em princípio de revisão e retificação. E a validade desta será indiscutível se teve por fim sanar irregularidades.

ASCARELLI (2001, pág. 535), discorrendo sobre o tema, divide os vícios ocorridos nas assembléias em categorias diversas: violações a “direitos de terceiros e acionistas

privilegiados”, a “normas de ordem pública<sup>81</sup>”, deliberações que “estabeleçam uma disciplina contrastante com os direitos derogáveis e inderrogáveis dos acionistas” e que violem “direitos individuais dos acionistas”, sendo que estes são divididos em “renunciáveis” e “irrenunciáveis”.

Os direitos individuais inderrogáveis e irrenunciáveis dos acionistas estarão previstos na lei e nos estatutos.

Pensamos nos seguintes exemplos: é impossível que o acionista detentor de ação ordinária renuncie ao seu direito de voto e vote nesse sentido em assembléia, que por sua vez aprova a supressão do direito de voto desta ação, no estatuto. Ora, o direito de voto conferido às ações ordinárias não pode ser renunciado definitivamente pelo acionista, por previsão legal expressa do artigo 110, da Lei 6.404/76. O direito à anulação dessa deliberação é imprescritível e pode ser alegado inclusive por um futuro adquirente desta ação, ou até por um outro acionista que tenha sido prejudicado diante dessa deliberação nula.

Da mesma forma, é também nula a deliberação, tomada por unanimidade dos acionistas em assembléia, que decida por suprimir o direito individual de voto de um acionista ou grupo de acionistas, em específico, detentores de ação ordinária. Essa alteração estatutária, mesmo aprovada à unanimidade, é incapaz de derogar seu direito, pelo simples fato de a lei impedir a derrogação desse direito individual. Da mesma forma, o estatuto da companhia pode declarar que determinado direito é inderrogável ou irrenunciável.

Fazendo uma digressão no direito constitucional, existem determinadas “cláusulas pétreas”, que mesmo sendo direitos individuais dos acionistas, não podem ser renunciadas ou derogadas pelos demais, por versarem sobre direitos fundamentais para a manutenção do mercado de capitais, e a viabilidade das sociedades anônimas.

ASCARELLI divide os vícios apontados entre aqueles que se submeteriam ao prazo prescricional do art. 156 do Decreto Lei nº 2.627/40 (atual art. 286, da Lei 6.404/76) – atos

---

<sup>81</sup> Citando DONATI, ASCARELLI (2001, pág. 537) se refere a “normas de ordem pública”, como aquelas cujo objeto seja ilícito ou impossível ou que viole normas de interesse geral ou postas nos interesses dos credores sociais: “Cf. Donati, *op. cit.*, pp. 259 ss. O caso se verifica, quanto à deliberação cujo objeto seja ilícito ou impossível ou que viole normas de interesse geral ou postas no interesse dos credores sociais; exemplificadamente: proibição para a sociedade de distribuir dividendos fictícios (salva a prescribibilidade da ação de repetição ou a irrepetibilidade dos dividendos distribuídos ao acionista de boa-fé); de negociar com as próprias ações; de aumentar o capital a não ser depois de integralizadas as subscrições precedentes; falsidade no balanço (cf. a este último respeito De Gregorio, *op. cit.*, nº 411) etc. Nestes casos a deliberação é nula e sua nulidade pode, a meu ver, ser invocada sempre e por qualquer interessado. A particular importância das regras que visam à tutela dos terceiros em geral (ou seja, também dos que venham, futuramente, a ser credores da sociedade e até dos futuros compradores das ações) e não apenas àquela dos credores ‘atuais’ da sociedade, como na hipótese versada sub *a*, justifica, nesta hipótese, a nulidade da deliberação e, portanto, uma solução mais severa daquela versada na hipótese sub *a*.”

anuláveis – e aqueles em que o prazo para sua alegação seria imprescritível<sup>82</sup> – atos nulos. Estes, por serem imprescritíveis, não convalidariam no tempo. Vejamos a sua conclusão (ASCARELLI, 2001, pág. 554):

Querendo formular um princípio geral a respeito dos vícios de impugnabilidade e daqueles de nulidade da deliberação, poder-se-ia dizer que, enquanto a deliberação exista (cf. quanto foi dito sub *e*), a violação das normas que disciplinam as assembleias e as suas deliberações ou os direitos individuais renunciáveis dos acionistas acarreta a anulabilidade da deliberação, ao passo que a violação das normas de ordem pública, ou emanadas no interesse de terceiros, acarreta a nulidade ou a ineficácia da deliberação, bem como são nulas as deliberações ou as cláusulas do estatuto cujo objeto contraste com direitos inderrogáveis e irrenunciáveis do acionista.

Então, segundo o referido doutrinador, temos também, em matéria das demais deliberações assembleares, atos nulos e atos anuláveis, sob um regime especial, em relação ao regime de invalidades do direito comum.

Por fim, ASCARELLI (2001, pág. 559) também defende a irretroatividade de deliberações nulas ocorridas nas assembleias, medida que segundo ele visa ao resguardo de interesses de terceiros:

Na minha opinião cumpre, para a solução do problema apontado, recorrer aos princípios da publicidade nas sociedades anônimas. A constituição da sociedade anônima, bem como as modificações estatutárias, estão sujeitas à um controle quanto à sua legitimidade. Por isso, parece-me, a nulidade ou a anulação de uma modificação estatutária (devidamente arquivada e publicada) não pode ter eficácia retroativa quanto aos terceiros; estes, com efeito, agindo com a sociedade, tinham o direito de confiar na legalidade das suas deliberações, visto que estas foram, justamente quanto à sua legalidade, verificadas pela autoridade competente.

Assim, visando à sistematização dos vícios encontrados nas demais assembleias de sociedades anônimas (excluindo-se a assembleia de constituição, que como visto, detém suas peculiaridades próprias), temos as seguintes características:

- Deliberações que violem normas de ordem pública, interesses de terceiros e interesses irrenunciáveis e inderrogáveis dos acionistas são nulas.
- Deliberações que violem apenas interesses derogáveis e renunciáveis dos acionistas são apenas anuláveis.

---

<sup>82</sup> Existe ampla divergência doutrinária acerca da natureza do prazo fixado para a arguição de invalidades, se prescricional ou decadencial. Por se tratar de discussão relevante, que demandaria um trabalho dedicado só a si e por fugir ao objetivo final do presente, nos absteremos de posicionarmos a respeito, considerando o prazo como prescricional, pelo simples fato de a lei assim o redigir.

- Apenas os atos anuláveis se sujeitam ao prazo prescricional do art. 286, da Lei 6.404/76. Os atos nulos são imprescritíveis e não se convalidam no tempo, como no direito comum.
- Os efeitos dos atos nulos e anuláveis não retroagem e são passíveis de ratificação.

A seguir, tentaremos especificar hipóteses de invalidades ocorridas nas deliberações assembleares das Companhias e seus efeitos.

### 6.3 Espécies de vícios ocorridos nas deliberações das sociedades anônimas

FRANÇA (1999, pág. 85) divide os possíveis vícios da Assembléia em “vícios da própria assembléia, vícios das deliberações e vícios do voto.”

Os chamados “vícios da própria assembléia” são os vícios formais de convocação e instalação da assembléia, previstos nos artigos 121 e ss. da Lei de SAs.

O próprio artigo 286, da Lei 6.404/76 já prevê que o prazo para a “anulação” de Assembléia “irregularmente convocada ou instalada” é o de dois anos da deliberação.

Assim, esta é uma das hipóteses que demonstra a especialidade do regime de invalidades aplicado às sociedades anônimas. Mesmo havendo infração de dispositivos de lei, o vício é anulável e não absolutamente nulo.

Seguindo a teoria exposta por ASCARELLI no tópico anterior, esse vício é meramente anulável porque só diz respeito aos direitos renunciáveis e derogáveis dos acionistas. Não infringe direitos de terceiros e a ordem pública.

Diferente é a hipótese de ausência de convocação. Nesse caso, a doutrina entende se tratar de nulidade, uma vez que sequer foi dada a oportunidade aos acionistas de terem conhecimento da assembléia.

A nosso ver, o direito à observância das normas de convocação e instalação de assembléias pelos acionistas em uma determinada assembléia é um direito renunciável. Já o direito de fiscalização dos atos da administração é um direito essencial, irrenunciável (Art. 109, III, da Lei de SAs) e a não convocação para a assembléia evidentemente prejudica esse direito.

Nesse sentido a opinião de FRANÇA (1999, pág. 57):

No tocante a (a) entendemos ser *nula* a assembléia *não convocada*, salvo se se tratar de assembléia totalitária, nos termos do § 4º, do art. 124 (à qual estejam presentes, inclusive, os acionistas sem direito de voto, em face no disposto no parágrafo único

do art. 125). Essa conclusão encontra respaldo, segundo pensamos, no próprio art. 286, que julga *anulável* a assembléia “*irregularmente convocada*”. Se, ao invés de mera *irregularidade*, todavia, *inexistir* convocação, é lícito concluir ser *nulo* o conclave (“não foi ‘irregularmente convocada’ a assembléia geral que não foi convocada” diz Pontes de Miranda, *Tratado...* cit., t. 50, § 5.322, n. 6, p. 289). Até porque, havendo convocação, embora irregular, existe a *possibilidade* de os acionistas terem conhecimento da realização da assembléia; em não havendo, é perfeitamente possível que, ao se darem conta do fato, já haja decorrido o biênio previsto no art. 286 para a anulação do conclave.

Já os “vícios das deliberações” são aqueles que dizem respeito não à forma de convocação e constituição das assembléias, mas ao seu conteúdo.

Não cabe aqui expor exemplos de matérias sujeitas à deliberação, tendo em vista a infinidade de temas que podem ser deliberados. Basta dizer que a deliberação que acarrete ofensa à ordem pública, a interesses de terceiros e a interesses individuais inderrogáveis e irrenunciáveis dos acionistas é nula. Deliberações que ofendam unicamente interesses dos acionistas, derogáveis e renunciáveis, são anuláveis.

Em relação aos “vícios do voto”, FRANÇA se refere aos mesmos como aqueles previstos na parte final do artigo 286, da Lei de SAs, deliberações “eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação”.

Quanto aos referidos vícios, não há qualquer dúvida de se tratarem de atos anuláveis. Primeiro, porque, em regra, somente dizem respeito ao direito individual renunciável e derogável dos acionistas; segundo, porque o artigo 286, expressamente os classifica de vícios anuláveis; terceiro, porque no próprio regime do direito comum, os atos jurídicos em geral, eivados de erro, dolo, fraude ou simulação são também anuláveis<sup>83</sup>. A omissão do artigo 286 aos demais vícios anuláveis previstos no direito civil (coação, estado de perigo e lesão), não impede que estes sejam levados a juízo e decretados pelo juiz, conforme escólio de VALVERDE (1953, v.3, pág. 111):

A lei não menciona a coação, certamente tendo em vista a formação da vontade social (n. 511) e a sua natureza jurídica. Todavia, se um dia for possível provar que os acionistas, individualmente, que formaram a maioria, foram vítimas da coação de outros acionistas ou de terceiros, a possibilidade de se anular a deliberação é indiscutível, já que entre os vícios da vontade se inclui a coação.

<sup>83</sup> Art. 171, CC/02. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Acreditamos que a mesma reflexão é válida para vícios do voto praticados sobre estado de perigo ou sob lesão, pois também se incluem nos vícios de vontade previstos no direito civil.

Evidentemente, que se um determinado vício de deliberação incorrer em ofensa aos direitos de terceiros, normas de ordem pública, e direitos individuais inderrogáveis e irrenunciáveis dos acionistas, forçosamente teremos que concluir que, se aquele voto prevaleceu para a formação da vontade da companhia, a deliberação é nula.

Por fim, além dos vícios de vontade previstos no direito comum, FRANÇA (1993) aponta mais duas hipóteses de invalidades, às quais dedicou uma obra inteira a respeito: ambas as hipóteses se baseiam no texto do artigo 115 da Lei 6.404/76:

Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

§ 1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.

§ 2º Se todos os subscritores forem condôminos de bem com que concorreram para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo, sem prejuízo da responsabilidade de que trata o § 6º do artigo 8º.

§ 3º o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido.

§ 4º A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido.

A primeira hipótese ventilada por FRANÇA (1993, pág. 87) é a da “proibição de voto”, prevista na primeira parte do parágrafo 1º, do artigo 115, da Lei 6.404/76. Conforme expressa a referida regra, o acionista é proibido de votar o laudo de avaliação de seus bens que concorrerem para a formação do capital e à assembléia que visa aprovar suas contas como administrador, ou que possam beneficiá-lo. Eventual voto exercido nessas condições é manifestamente inválido e pode tornar a deliberação anulável<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> “Nos casos enfocados, pois, a violação do *divieto* acarreta, *ipso facto*, a nulidade do voto e a conseqüente anulabilidade da deliberação, se o voto for determinante para a formação da maioria. Aqui, pois, o legislador estabeleceu, com base em precisas circunstâncias formais, à semelhança do que ocorre no direito alemão e no italiano, um controle *ex ante* de legitimidade do voto, sendo de todo dispensável perquirir acerca da ocorrência de prejuízo para a companhia ou para outros acionistas, de vez que o perigo de dano, como acentua Galgano acha-se *in re ipsa*.” (FRANÇA, 1993, pág. 87)



Já a segunda hipótese de vício de voto está prevista no parágrafo 4º, e trata do voto com interesse conflitante com o da companhia.

O “conflito de interesses” é qualificado por CARVALHOSA (1998, v. 2, pág. 397) da seguinte forma:

A plena discricionariedade do acionista no exercício do voto tem nesses elementos configuradores do interesse social o limite normativo do conflito de interesse *stricto sensu*. Em matéria de voto, o conflito substancial de interesses configura-se, portanto, no seu exercício abusivo que não leve em conta os interesses dos outros acionistas, presentes e futuros, os da companhia e os da coletividade; ou, então, que objetive, concretamente, causar-lhes dano.

Deve, pois, o voto ser exercido de boa-fé. Por conseguinte, o sufrágio terá como *causa* a realização do fim comum perseguido pela sociedade. E perante todos os interesses envolvidos na companhia, deve ser exercido com lealdade.

Em síntese, o conceito de interesse social apóia-se nas noções de interesse comum dos sócios, de lealdade e boa-fé, que atuam necessariamente juntas.

Entendemos que o voto exercido com conflito de interesses, por envolver a apuração do interesse do sócio, em um caráter finalístico, deve ser auferido *a posteriori*. Não é possível que a assembléia, os acionistas e os demais órgãos da sociedade possam auferi-lo de antemão. Não se trata de um critério formal, mas substancial, conforme escólio de FRANÇA (1993, pág. 97):

Entendemos, dessa forma, que, ao fazer referência a “interesse conflitante com o da companhia”, no § 1º, do art. 115, a lei não está se reportando a um conflito meramente formal, mas sim a um conflito *substancial*, que só pode ser verificado mediante o exame do conteúdo da deliberação. Tal como na Itália, pois, a lei, nessa hipótese proíbe, cautelarmente, o acionista de votar. Se o acionista vota, deve-se verificar então, o modo como votou: se, efetivamente, sacrificou o interesse da companhia ao seu interesse pessoal, com prejuízo, potencial ou atual, à companhia ou aos outros acionistas, seu voto será nulo, bem como anulável a deliberação tomada, se o voto foi decisivo para a formação da maioria. Em suma, a lei não estabeleceu, para tal situação, um *divieto di voto*, como o fez para as demais hipóteses do § 1º, do art. 115.

A hipótese de voto manifestado em conflito de interesses com a companhia, ou com a coletividade dos acionistas, acarreta também a anulabilidade da deliberação, já que se trata de ofensa unicamente a direitos renunciáveis e derogáveis dos acionistas. Esta previsão encontra-se expressa no parágrafo quarto do artigo 115, da Lei de SA.

No caso concreto pode se verificar o acúmulo de dois vícios em um só voto. Assim, por exemplo, pode ocorrer um voto que, mediante abuso de poder, viole normas de ordem pública. Evidentemente, tratando-se a nulidade de vício mais grave, cuja sanção é mais

severa, o ato será classificado como nulo, em que pese a previsão do artigo 115, *supra* citado, em virtude dos interesses da sociedade e de terceiros que necessitam ser protegidos.

Por óbvio, a anulação da deliberação só poderá ser pleiteada pelo prejudicado se o voto viciado tiver prevalecido na deliberação. Caso contrário, não haverá vício, no caso concreto, já que o voto vencido será desconsiderado pelo órgão incumbido de exercer a vontade da companhia, cabendo apenas a reparação pelos prejuízos apurados e a obrigação de restituição das vantagens auferidas, se houverem<sup>85</sup>.

Após essa análise sobre os vícios que podem vir a fulminar as assembléias de sociedades anônimas, cabe uma conclusão mais detida ao objeto do nosso estudo: eventual vício ocorrido na aprovação de contas sem reservas dos administradores, seria um vício anulável, pois se trataria de uma ofensa a um direito individual e renunciável do acionista. Nada impede que o acionista renuncie a apor votar uma reserva às contas do acionista.

Tratando-se de um vício anulável e considerando o regime de invalidades aplicável às sociedades anônimas, a decretação judicial desta anulabilidade geraria efeitos somente após a sentença e o ato poderia ser sanado a qualquer tempo, desde que não ofenda direito de terceiros.

Resta saber se a natureza jurídica do ato que aprova as contas dos administradores, sem reservas, prevista no artigo 134, I, da Lei 6.404/76, impediria o saneamento desse ato por assembléia posterior, como defendeu o Superior Tribunal de Justiça em vários precedentes.

---

<sup>85</sup> No mesmo sentido FRANÇA (1993, pág. 99): “A sanção estabelecida pela lei, portanto, é a anulação da deliberação tomada em decorrência do voto abusivo ou conflitante, além da reparação dos prejuízos causados e da transferência das vantagens auferidas para companhia. Se o voto não prevalecer na deliberação, então sim, até por uma questão de lógica, a sanção consistirá apenas na reparação dos prejuízos causados.”

## **7. DOS EFEITOS DA APROVAÇÃO DE CONTAS DOS ADMINISTRADORES SEM RESERVAS E QUANTO À POSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO POSTERIOR DE ASSEMBLÉIA VICIADA**

No projeto de pesquisa do Autor anterior ao presente trabalho, seguindo o referencial teórico de CARVALHOSA e tendo em conta o regime das invalidades aplicado às Sociedades Anônimas, se acreditou que seria possível à própria Assembléia sanar assembléias viciadas, inclusive aquela que aprovasse as contas dos administradores.

Assim, a hipótese sustentada era que a solução abraçada pelo Superior Tribunal de Justiça não era a mais acertada juridicamente e que, tendo em vista o amplo saneamento das deliberações inválidas, a própria decisão da assembléia que decidisse ajuizar a ação de responsabilidade prevista no artigo 159, da Lei 6.404/76 já retificaria automaticamente a aprovação de contas sem reservas, viciada, sendo desnecessária a prévia anulação judicial dessa assembleia para a responsabilização do administrador.

Entretanto, com o maior aprofundamento dos estudos, verificou-se que não foi essa solução a pretendida pela lei brasileira.

A exoneração de responsabilidade do Administrador com a aprovação de contas sem reservas, já era prevista desde o Decreto-Lei 2.627 de 1940. Vejamos o que dizia o seu artigo 101:

Art. 101. A aprovação, sem reserva, do balanço e das contas, exonera de responsabilidade os membros da diretoria e do conselho fiscal, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (art. 156).

Tratava-se, portanto de norma praticamente idêntica à prevista no artigo 134, § 1º, da Lei 6.404/76.

LAZZARESCHI NETO (2010, pág. 149) ensina que diversas outras legislações preveem norma diversa, no sentido de que a aprovação de contas não implica em exoneração. Ele cita, por exemplo, o direito italiano, espanhol e alemão:

Art. 2.434 do Código Civil Italiano: *L'approvazione del bilancio non implica liberazione degli amministratori, dei direttori generali, dei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari e dei sindaci per le responsabilità incorse nella gestione sociale*”.

Art. 134, 3, da Lei 1.564/1989, Espanha: *La aprobación de estos documentos por la junta no significa el descargo de los administradores por la responsabilidad em que pudieran haber incurrido.*

§ 120 (2) da AktG, Alemanha: Com a deliberação, a assembléia ratifica a gestão da sociedade desempenhada pelos administradores e pelos membros do conselho fiscal. A aprovação não implica renúncia alguma aos direitos de ressarcimento de danos. (tradução livre do original<sup>86</sup>)

O mesmo autor cita o exemplo também das legislações argentina e portuguesa:

Art. 275 da Lei 19.550 argentina: *La responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad, se extingue por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción, resuelta por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, del estatuto o reglamento y si no media oposición del cinco por ciento del capital social, por lo menos.*

Art. 74, 2, do Código das Sociedades Comerciais portuguesas: A sociedade só pode renunciar ao seu direito de indemnização ou transigir sobre ele mediante deliberação expressa dos sócios, sem voto contrário de uma minoria que represente pelo menos 10% do capital social; os possíveis responsáveis não podem votar nessa deliberação.

Vemos que a solução dessas duas últimas legislações difere da solução apresentada pelas legislações italiana, espanhola e alemã. As legislações argentina e portuguesa admitem a exoneração de responsabilidade, mas conferem às minorias o direito de se opor a uma aprovação de contas que não concordem. Somente se não houver o voto contrário das minorias é que a responsabilidade dos diretores e gerentes é extinta.

É interessante observar que as legislações italiana, espanhola e alemã afirmam claramente que a aprovação de contas sem reservas dos administradores não implica em sua exoneração, justamente porque exigem a prévia deliberação da Assembléia Geral antes da propositura da ação de responsabilidade dos administradores. Ora, se a própria Assembléia Geral deve deliberar sobre a existência de responsabilidade nos atos praticados pelo administrador, devendo discutir se houve vício nas demonstrações financeiras e no relatório da administração apresentado e, por fim, devendo optar ou não pelo ajuizamento da ação de responsabilidade, seria um *bis in idem* nova discussão a respeito dos vícios daquela assembleia, na esfera judicial.

Sobre a necessidade de prévia deliberação nessas legislações, assim expõe LEÃES (1995, pág. 101):

2.5 Essa postura da doutrina brasileira refletia a postura da maioria dos países europeus (salvo a França), onde as leis reservavam (e ainda reservam), expressamente, à assembléia o direito de decidir a propositura da ação social. Assim, na lei do acionariado alemão, as “pretensões da sociedade à indenização” (*Die*

---

<sup>86</sup> *Durch die Entlastung biligt die Hauptversammlung die Verwaltung der Gesellschaft durch die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats. Die Entlastung enthält keinen Verzicht auf Ersatzansprüche.*

*Ersatzanspruch der Gesellschaft*), contra os membros da diretoria e do conselho de administração, tinham que ser exercidas sempre após prévia deliberação da assembleia geral (§122 e 97, al. 1, do AktG de 1937, reproduzidos pelo § 147 da AktG de 1965, ora em vigor), se bem que não atribuisse à decisão tomada em assembleia ordinária, ainda que votada a liberação (*Entlastung*) dos administradores, o efeito de renúncia da ação de responsabilidade (§ 84, n. 4, da AktG de 1937, reproduzido pelo § 120, al. 2). A lei italiana também dispunha de preceitos análogos: a propositura da ação social dependia de deliberação da assembleia (art. 152 do CCom. de 1882, ora reproduzido pelos arts. 2.393 e 2.364, n. 4, do Código Civil de 1942), ainda que também a deliberação da assembleia geral ordinária não implicasse na liberação (*scarico*) dos administradores (art. 2.434). Análogas disposições podiam ser encontradas na lei espanhola das sociedades por ações: a ação social é intentada na dependência de deliberação da assembleia geral, não tendo, porém, a decisão assemblear eficácia liberatória para os administradores, para efeito das pretensões de indenização (art. 80 e 110). (Vide Baumbach-Hueck, *Aktiengesetz-Kurzkommentar*, Munique-Berlim, C. H. Beck, 12ª ed., 1965; Giancarlo Frè, *Società per azioni* (do *Commentario del codice civile*), N. Zanichelli Ed., 1956; Garrigues-Uria, *Comentario a La ley de sociedades anónimas*, Madri, 1953).

2.6 Apenas na França era diferente. A partir do Decreto-lei de 31 de Agosto de 1937, que reformulou a Lei de 1867 sobre sociedades anônimas, a propositura da ação independia totalmente de uma deliberação assemblear, reputando-se inclusive não escrito o pacto estatutário que subordinasse o exercício da ação social ao parecer prévio ou à autorização da assembleia (as chamadas *clauses d'avis*), recusando qualquer eficácia liberatória (*décharge*), a não ser moral, à aprovação das contas de exercício deliberada pela assembleia geral anual da sociedade (art. 17 reproduzido pelo art. 246 da Lei 66.357, de 1966, atualmente em vigor). Vide Jean Escarra, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, vol. IV, Sirey, 1959, Paris; Marcel Haumiaux, *La réforme des Sociétés commerciales*, Dalloz, Paris, 1966, tomo II).

Dessa explanação, vemos que os legisladores estrangeiros *supra* citados foram mais coerentes, na matéria. Tirando o direito francês que optou por conceder à sociedade e aos acionistas amplos poderes de responsabilização do administrador (nessa legislação a aprovação de contas dos administradores não tem eficácia liberatória e a propositura da ação independe totalmente da deliberação assemblear), nas demais legislações (alemã, italiana e espanhola), a aprovação de contas dos administradores não tem eficácia liberatória, porém, é pressuposto da ação que a sociedade delibere a propositura ou não da ação.

A lei de sociedades anônimas brasileira, anterior à vigente, Decreto-Lei 2.627/40, previa solução inversa. Além de prever a exoneração de responsabilidade dos administradores pela aprovação de suas contas, sem reservas, não previa qualquer deliberação prévia da assembleia geral para a propositura da ação de responsabilidade:

Art. 123. Compete a sociedade a ação de responsabilidade civil contra os diretores pelos prejuízos diretamente causados ao seu patrimônio, mas, se, não a propuser, dentro de seis meses, a contar da primeira assembleia geral ordinária, qualquer acionista poderá promovê-la. Os resultados da ação de responsabilidade civil beneficiarão o patrimônio social, devendo a sociedade indenizar o acionista das respectivas despesas.

Parágrafo único. Quando o mesmo fato causar prejuízos à sociedade e diretamente a qualquer acionista, poderá este intentar contra o diretor ou diretores responsáveis a ação que couber, independentemente do prazo fixado neste artigo

Nesse sentido, novamente LEÃES (1995, pág. 102):

2.7 A lei brasileira (tanto o Decreto 434, de 1981, quanto o Decreto-Lei 2.627, de 1940), no entanto, diferia de ambas as duas orientações legislativas, porque, de um lado, era omissa, e não determinava nem excluía a necessidade de prévia deliberação assemblear para a propositura da ação social, e, de outro lado, dispunha que a aprovação sem reserva, do balanço e das contas do exercício significava exoneração de responsabilidade para os administradores.

2.8 Dada essa posição singular da legislação brasileira, lícito seria concluir que, à míngua de qualquer referência à prévia deliberação assemblear, o legislador não quis, de forma alguma, tornar a ação social de responsabilidade dependente da vontade da assembléia. Na verdade, a lei simplesmente teria estabelecido o prazo de prioridade ou preferência na sociedade para o exercício da ação, findo o qual todo acionista ficaria legitimado a promover subsidiariamente o feito.

Apesar desse entendimento, LEÃES (1995)<sup>87</sup> assevera que a doutrina e a jurisprudência já vinham construindo posicionamento diverso de que seria razoável e até obrigatório que a assembléia deliberasse previamente à propositura da ação. De acordo com LEÃES, entendemos que esse posicionamento era extremamente equivocado, pois a lei não previa qualquer disposição a respeito e não se pode criar um pressuposto processual sem previsão legal.

Entretanto, esse posicionamento, certo ou errado, foi incorporado à legislação, após o advento da Lei 6.404/76, quando incluiu no *caput* a necessidade de prévia deliberação assemblear para a propositura da ação de responsabilidade. Assim, temos hoje dois pressupostos processuais para a propositura da ação de responsabilidade, previstos expressamente na Lei 6.404/76. Além de ser afastada a responsabilidade do administrador pela aprovação de suas contas, sem reservas, a lei ainda passou a prever a necessidade de deliberação prévia da assembléia geral, a respeito da responsabilidade do administrador.

Fica evidente que a opção pelo afastamento da responsabilidade do administrador com a aprovação de suas contas, e pela necessidade de prévia deliberação da Assembléia Geral, ou por ambas concomitantemente, é uma questão de política legislativa. Não há dúvidas que a

---

<sup>87</sup> Na obra já citada, LEÃES (1995, págs. 101/102) afirma que a maioria da doutrina sustentava que, não obstante a lei ser omissa a respeito, a propositura da ação de responsabilidade civil dos administradores pressupunha e dependia da deliberação da Assembléia Geral. Ele cita, na vigência do Decreto 434/1891, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, SPENCER VAMPRE e ALFREDO RUSSEL. Na vigência do Decreto-Lei 2.627/1940, ele cita TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE e o acórdão RE 75.884-GB do STF, que segundo ele, adotou ‘uma curiosa versão, no sentido de “se não resulta de dispositivo expresso, também não nega vigência a qualquer dispositivo federal o acórdão que subordina à prévia autorização da assembléia geral a ação contra diretor de sociedade anônima por atos lesivos contra esta”’.

previsão de uma hipótese excludente de responsabilidade e um pressuposto processual para o exercício da ação prevista para esse fim é uma patente limitação ao direito da minoria, pois esta, não satisfeita com os atos dos seus administradores, terá que convencer os sócios a não aprovarem as contas do mesmo, ou aprovarem com reservas, não tendo sucesso, terá que ajuizar uma ação ordinária comprovando que esta aprovação foi viciada, ainda, deverá suscitar a questão em assembléia, convencer os demais sócios a aprovar a propositura da ação, em não o fazendo, deverá organizar 5% de sócios para que possa se legitimar a promover a ação social *ut singuli*, o que, convenhamos, se trata de um verdadeira via sacra.

No Brasil, um país que como vimos no capítulo 2, possui o capital excessivamente concentrado nas mãos de poucos grupos de investidores e grandes famílias, e que é reconhecido pelos pequenos índices de governança corporativa e poucos direitos conferidos aos acionistas minoritários, essa política legislativa não encontra razão de ser, e somente vem burocratizar e impedir um direito das minorias que poderia ser mais utilizado.

O procedimento de aprovação de contas dos administradores de sociedades anônimas é previsto nos artigos 133 e 134, da Lei 6.404/76, na parte que regula a Assembléia Geral Ordinária da sociedade anônima. Essa assembléia, que se realiza nos 4 primeiros meses seguintes ao término do exercício social, tem, entre suas atribuições, conforme inciso I, do artigo 133, da Lei 6.404/76, o poder de “tomar as contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras”;

Nesta assembléia, os administradores apresentam dois documentos: o relatório da administração e as demonstrações financeiras. Esses documentos vêm acompanhados do parecer do conselho fiscal e dos auditores independentes, se houverem. Deve-se frisar que esses documentos são postos à disposição dos acionistas um mês antes da Assembléia Geral Ordinária, para que estes tenham plena oportunidade de sua análise prévia:

Art. 133. Os administradores devem comunicar, até 1 (um) mês antes da data marcada para a realização da assembléia-geral ordinária, por anúncios publicados na forma prevista no artigo 124, que se acham à disposição dos acionistas:

I - o relatório da administração sobre os negócios sociais e os principais fatos administrativos do exercício findo;

II - a cópia das demonstrações financeiras;

III - o parecer dos auditores independentes, se houver.

IV - o parecer do conselho fiscal, inclusive votos dissidentes, se houver; e

V - demais documentos pertinentes a assuntos incluídos na ordem do dia.

§ 1º Os anúncios indicarão o local ou locais onde os acionistas poderão obter cópias desses documentos.

§ 2º A companhia remeterá cópia desses documentos aos acionistas que o pedirem por escrito, nas condições previstas no § 3º do artigo 124.

§ 3º Os documentos referidos neste artigo, à exceção dos constantes dos incisos IV e V, serão publicados até 5 (cinco) dias, pelo menos, antes da data marcada para a realização da assembleia-geral.

§ 4º A assembleia-geral que reunir a totalidade dos acionistas poderá considerar sanada a falta de publicação dos anúncios ou a inobservância dos prazos referidos neste artigo; mas é obrigatória a publicação dos documentos antes da realização da assembleia.

§ 5º A publicação dos anúncios é dispensada quando os documentos a que se refere este artigo são publicados até 1 (um) mês antes da data marcada para a realização da assembleia-geral ordinária.

Já o artigo 134, da mesma lei prevê que, após instalada a Assembleia Ordinária, “os administradores da companhia, ou ao menos um deles, e o auditor independente, se houver, deverão estar presentes à assembleia para atender a pedidos de esclarecimentos de acionistas”, podendo ser a mesma adiada se não comparecer o administrador ou membro do conselho fiscal ou auditor independente e que “se a assembleia tiver necessidade de outros esclarecimentos, poderá adiar a deliberação e ordenar diligências.”

LAZZARESCHI NETO (2010, pág. 140) ressalva a importância do chamado por ele “regime especial de contas adotado pela Lei das S/A”, caracterizado como um procedimento:

Tendo em vista, pois, a importância do regime especial de prestação de contas adotado pela Lei das S/A, os arts. 133 e 134 ditam, de forma pedagógica, o rito da assembleia geral ordinária. Enquanto o art. 133 trata da prestação de informações pela companhia *antes* de instalado o conclave, o art. 134 cuida dos atos a serem praticados *durante* a realização da assembleia. Ambos os dispositivos deixam claro que a assembleia geral ordinária reveste a natureza de *procedimento*, já que se desdobra numa sucessão de atos jurídicos distintos mas interligados, praticados com a colaboração de diversos órgãos da companhia.

(...)

Como se vê, a assembleia geral ordinária, anual e obrigatória, constitui episódio primordial na vida das companhias, porquanto é nela que: (i) as contas dos administradores são prestadas e julgadas (art. 132, I); (ii) delibera-se sobre as demonstrações financeiras (art. 132, I); (iii) decide-se sobre a destinação do lucro líquido e a distribuição de dividendos (art. 132, II) – razão de ser da atividade empresarial –, podendo a assembleia alterar o montante do lucro líquido ou o valor das obrigações da companhia (art. 134, § 1º); (iv) são eleitos os administradores e os membros do conselho fiscal se houver (art. 132, III); (v) independentemente de prévia convocação dos acionistas, pode-se aprovar a propositura de ação de responsabilidade contra os administradores (art. 159, § 1º).



O referido autor ainda utiliza a atual realidade brasileira para criticar os juristas que não coadunam com a opção abraçada pela legislação (LAZZARESCHI NETO, 2010, pág. 148):

Aqueles que criticam a opção do legislador pela exoneração dos administradores em decorrência da aprovação sem reserva fazem-no pressupondo que, pelo exame do relatório e das demonstrações financeiras, não seria possível identificar as operações relevantes eventualmente ruinosas concluídas pelos gestores sociais.

Mas, em primeiro lugar, essa não é a realidade do mundo empresarial moderno, em especial das companhias abertas, sujeitas à disciplina e fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários, que lhes impõe, por força de atos normativos, o dever de ampla divulgação de informações (*full disclosure*). Não por acaso compete àquela autarquia até mesmo determinar às companhias abertas que republiquem, com correções ou adiantamentos, demonstrações financeiras, relatórios ou informações divulgadas (art. 8º, § 3º, IV, da Lei n. 6.385/1976).

Da fato, a Lei 6.385/1976 (BRASIL, 1976b) conferiu poderes à Comissão de Valores Mobiliários para zelar pela prestação ideal de informações dos administradores aos acionistas minoritários. Nesse sentido, também os artigos 21, §§ 5º e 6º e 22, §1, da referida Lei:

Art . 21. A Comissão de Valores Mobiliários manterá, além do registro de que trata o Art. 19:

I - o registro para negociação na bolsa;

II - o registro para negociação no mercado de balcão, organizado ou não.

§ 5º O mercado de balcão organizado será administrado por entidades cujo funcionamento dependerá de autorização da Comissão de Valores Mobiliários, que expedirá normas gerais sobre:

I - condições de constituição e extinção, forma jurídica, órgãos de administração e seu preenchimento;

II - exercício do poder disciplinar pelas entidades, sobre os seus participantes ou membros, imposição de penas e casos de exclusão;

III - requisitos ou condições de admissão quanto à idoneidade, capacidade financeira e habilitação técnica dos administradores e representantes das sociedades participantes ou membros;

IV - administração das entidades, emolumentos, comissões e quaisquer outros custos cobrados pelas entidades ou seus participantes ou membros, quando for o caso.

§ 6º - Compete à Comissão expedir normas para a execução do disposto neste artigo, especificando:

I - casos em que os registros podem ser dispensados, recusados, suspensos ou cancelados;

II - informações e documentos que devam ser apresentados pela companhia para a obtenção do registro, e seu procedimento.

III - casos em que os valores mobiliários poderão ser negociados simultaneamente nos mercados de bolsa e de balcão, organizado ou não.

Art. 22 (...)

§ 1º Compete à Comissão de Valores Mobiliários expedir normas aplicáveis às companhias abertas sobre:

I - a natureza das informações que devam divulgar e a periodicidade da divulgação;

II - relatório da administração e demonstrações financeiras;

III - a compra de ações emitidas pela própria companhia e a alienação das ações em tesouraria;

IV - padrões de contabilidade, relatórios e pareceres de auditores independentes;

V - informações que devam ser prestadas por administradores, membros do conselho fiscal, acionistas controladores e minoritários, relativas à compra, permuta ou venda de valores mobiliários emitidas pela companhia e por sociedades controladas ou controladoras;

VI - a divulgação de deliberações da assembléia-geral e dos órgãos de administração da companhia, ou de fatos relevantes ocorridos nos seus negócios, que possam influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado, de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia;

VII - a realização, pelas companhias abertas com ações admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão organizado, de reuniões anuais com seus acionistas e agentes do mercado de valores mobiliários, no local de maior negociação dos títulos da companhia no ano anterior, para a divulgação de informações quanto à respectiva situação econômico-financeira, projeções de resultados e resposta aos esclarecimentos que lhes forem solicitados;

VIII - as demais matérias previstas em lei.

A CVM vem regulando a prestação ideal de informações nas sociedades anônimas, apta a uma análise prévia à aprovação das contas dos administradores.

Já em 1987, esta autarquia editou o Parecer de Orientação nº 15 (RIO DE JANEIRO, 1987), dispondo sobre os “procedimentos a serem observados pelas companhias abertas e auditores independentes na elaboração e publicação das demonstrações financeiras, do relatório da administração e do parecer de auditoria relativos aos exercícios sociais encerrados a partir de dezembro de 1987”.

Nesse parecer, a Comissão de Valores Mobiliários manifestou o seu descontentamento com a prática das empresas brasileiras quanto à informação de seus atos, ressaltando a sua insatisfação com o “expressivo número de empresas que apresentam de modo sucinto os relatórios anuais”.

Ressaltou o referido órgão que somente no exercício de 1987, “foi determinada a republicação de 66 relatórios por não atenderem o mínimo requerido pelas disposições da Lei 6.404/76”<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Segundo a Parecer de Orientação nº 15, da CVM, as informações mínimas que a Lei 6.404/76 determina estarem presentes no relatório da administração são:

a) aquisição de debêntures de sua própria emissão (art. 55, § 2º);

b) política de reinvestimento de lucros e distribuição de dividendos constantes de acordo de acionistas (art. 118, § 5º);

Nesse parecer, além de frisar os elementos que considerou ter a lei fixado como imprescindíveis ao relatório da administração, a CVM recomendou 12 itens que deveriam constar nos relatórios, que iam desde a descrição dos negócios, dados internos da sociedade, da conjuntura econômica, e perspectivas futuras, entre outras matérias.

Além disso, fixou e relacionou os requisitos das notas explicativas que deveriam acompanhar as demonstrações financeiras.

Dois anos depois, a CVM editou novo Parecer de Orientação, nº 17 (RIO DE JANEIRO, 1989), ressaltando a melhora na qualidade das informações oferecidas, após o Parecer nº 15, e a necessidade de se corrigirem outros “novos desvios” surgidos nas demonstrações financeiras das empresas.

Verifica-se, ainda, nova publicação no ano seguinte (1990), o Parecer nº 18 (RIO DE JANEIRO, 1990), que, mais uma vez, atestou o sucesso dos Pareceres de Orientação nº 15 e 17, e que ainda fixou mais normas para o fornecimento de informações pelos Administradores aos acionistas.

Juntamente com essas medidas tomadas pelo setor público, através da fixação de normas e de uma Autarquia (a CVM) o próprio mercado vem se regulando, tentando incentivar um nível ótimo de informações, como demonstramos no Capítulo 2, do presente trabalho.

Como vimos, por exemplo, a BOVESPA criou os três níveis de mercado para a listagem de empresas e o maior diferencial desses três níveis para o mercado de capitais tradicional é justamente níveis mais elevados de informação e de transparência. Conforme o sítio oficial da BOVESPA<sup>89</sup>:

O Nível 1 exige que as empresas adotem práticas que favoreçam a transparência e o acesso às informações pelos investidores. Para isso, devem divulgar informações adicionais às exigidas em lei, como relatórios financeiros mais completos, informações sobre negociação feita por diretores, executivos e acionistas controladores e sobre operações com partes relacionadas.

Por sua vez, no Nível 2 e no Novo Mercado, deve ocorrer:

a divulgação de dados financeiros mais completos, incluindo relatórios trimestrais com demonstração de fluxo de caixa e relatórios consolidados revisados por um auditor independente, a empresa deverá disponibilizar relatórios financeiros anuais

---

c) negócios sociais e principais fatos administrativos ocorridos no exercício (art. 133, inciso I);

d) relação dos investimentos em sociedades coligadas e/ou controladas evidenciando as modificações ocorridas durante o exercício (art. 243).

<sup>89</sup> Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/empresas/pages/>, acesso 24 out. 2012, 19:50.

em um padrão internacionalmente aceito e há a necessidade de divulgar mensalmente as negociações com valores mobiliários da companhia pelos diretores, executivos e acionistas controladores.

É inegável que a os entes reguladores do mercado de captais brasileiro vem se esforçando para conferir medidas aos acionistas da sociedade anônima aberta para fiscalizar as contas do administrador da sociedade antes de votá-las. Nas sociedades anônimas fechadas, a realidade é um pouco diferente, uma vez que a regulação a que estão submetidas não é tão restrita, mas constata-se que elas também estão submetidas à Lei 6.404/76 e à fiscalização da CVM (de forma menos severa que a fiscalização feita às sociedades anônimas abertas).

Ocorre que essas armas a favor dos acionistas minoritários são inócuas se o mesmo não consegue sequer superar a aprovação de contas do administrador pela maioria, sem ter de apelar para a ação de anulação.

É que o acionista minoritário que não tenha votos suficientes para votar em maioria, não tem condições de aprovar uma reserva às contas dos administradores. Nesse sentido, LAZARESCHI NETO, 2010, pág. 143:

Justamente porque constitui ressalva ou protesto, a reserva há de ser expressa, aprovada pela maioria e consignada na ata da própria assembléia geral ordinária, não se admitindo que deliberações tomadas em outras assembléias ou protestos dos minoritários sejam interpretados como tal. Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Enfatize-se que a ressalva na aprovação das contas a que alude o art. 134, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 é feita pela assembléia geral, e não pelos votos minoritários (...)” (STJ, AgRg no Ag 950.104-DF, rel. Min. Massami Yueda, *DJe* 30.3.2009).

Vejamos a diferença de nossa legislação para as legislações portuguesa e argentina: enquanto nestas a exoneração de responsabilidade do administrador só ocorre se não houver a oposição da minoria, no Brasil esta classe de acionistas sequer consegue aprovar reservas às contas dos administradores, o que faz com que mesmo que essa minoria consiga provocar uma assembleia para deliberar a propositura de uma ação de responsabilidade e seja bem sucedida ou não (nesse caso, poderia ajuizar a ação de responsabilidade *ut singuli*, através do litisconsórcio de 5% de acionistas), não terá condições de ver a ação interposta, pois ainda não terá satisfeito outro pressuposto processual que é a necessidade de anulação da deliberação que aprovou as contas.

Tamanha restrição ao exercício da ação de responsabilidade não prejudica apenas o interesse das minorias, mas também da companhia. Basta ver que em um país continental como o Brasil, a ação de responsabilidade de administradores de sociedades anônimas não é muito utilizada, talvez pelas dificuldades impostas pela lei.

Pesquisa eletrônica de jurisprudência no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais ([www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)), utilizando os parâmetros “ação”, “responsabilidade” “administrador” “sociedade” e “anônima”, retornou seis resultados. Desses resultados, somente três<sup>90</sup> se referiam realmente à ação de responsabilidade prevista no artigo 159, da Lei 6.404/76 (os demais versaram sobre matéria de responsabilidade tributária). Todos esses três acórdãos decidiram pela impossibilidade de conhecimento do pedido, uma vez que não houve deliberação prévia da Assembléia Geral, antes da propositura da ação.

A mesma pesquisa realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ([www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)) retornou apenas 15 resultados, sendo que destes, apenas 11 se referiam à ação de responsabilidade de administradores de sociedades anônimas. Apenas três<sup>91</sup> acórdãos se referem ao mérito da demanda e os outros oito não conheceram da ação por equívocos processuais. Desses, dois acórdãos<sup>92</sup> não conheceram a demanda por entenderem ausente o requisito da deliberação prévia pela Assembléia Geral.

Já a pesquisa com o mesmo critério no Tribunal de Justiça de São Paulo ([www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)), o tribunal localizado no mais importante estado em relevância econômica do Brasil, registrou 375 resultados, montante que se deve muito mais à insuficiência do serviço eletrônico daquele tribunal em refinar as informações do que à maior utilização da ação de responsabilidade de administradores.

Dos 375 acórdãos encontrados, apenas 27 realmente se referem à ação de responsabilidade de administradores prevista no artigo 159, da Lei 6.404/76. Desses, apenas cinco acórdãos<sup>93</sup> discutem o mérito da demanda. Os demais 22 acórdãos discutiram questões processuais, que impediam o julgamento do mérito da responsabilidade do administrador, devendo ser ressaltado que, desse número, quatro discutem a respeito da existência anterior de

---

<sup>90</sup> Agravo de Instrumento 1.0024.08.183899-7/001, de 17/02/2009; Agravo de Instrumento 1.0024.08.232763-6/001, de 17/02/2009 e Apelação Cível 2.0000.00.335321-9/000, de 25/08/2001.

<sup>91</sup> Apelação Cível 2006.001.63659, de 21/03/2007; Apelação Cível 2004.001.07460, de 28/07/2004 e Apelação Cível 1987.001.01174, de 24/05/1989.

<sup>92</sup> Apelação Cível 2004.001.13955, de 05/04/2005 e Agravo de Instrumento 1994.002.00223, de 27/08/1996.

<sup>93</sup> Apelação Cível 0317114-64.2009.8.26.0000, de 15/08/2011; Apelação Cível 0302873-85.2009.8.26.0000, de 14/07/2011; Apelação Cível 9068311-80.2006.8.26.0000, de 15/04/2011; Apelação Cível 9067575-33.2004.8.26.0000, de 05/11/2005 e Apelação Cível 0055390-63.1997.8.26.0000, de 19/08/1998.

aprovação de contas sem reservas<sup>94</sup> e nada menos que nove acórdãos<sup>95</sup> esbarram na ausência de prévia deliberação da assembleia da companhia.

Ou seja, na prática, a solução adotada pelo legislador brasileiro é absolutamente catastrófica, pois praticamente inviabilizou a ação social de responsabilidade do administrador, prevista no artigo 159, da Lei 6.404/76. É que além de demandar dois tipos diferentes de prova (para anular a deliberação, deve-se provar violação da lei ou do estatuto, erro, dolo, fraude ou simulação e para provar a responsabilidade, ato *ultra vires*, culpa ou dolo, nexo causal e prejuízo), os prazos de ambas as ações são exíguos, dois anos para a ação anulatória e três anos para a ação de responsabilidade.

Entretanto, a despeito dessa infeliz realidade, este é um trabalho acadêmico que visa concluir se é pressuposto processual obrigatório da ação de responsabilidade dos administradores a anulação judicial da assembleia que aprovou as contas dos mesmos.

A despeito das características do regime de nulidades aplicável às sociedades anônimas, que permite inclusive o amplo saneamento e a retificação de assembleias viciadas pela própria Assembléia Geral e a despeito da opinião de CARVALHOSA, vemos que o entendimento que se pensou ser o mais acertado é francamente minoritário.

Infelizmente, é imprescindível a prévia anulação das contas dos administradores, antes de sua responsabilização, pois esse ato se configura, na legislação brasileira, como um ato jurídico perfeito que gera direito à quitação da responsabilidade dos administradores. Sempre se sustentou que as demonstrações financeiras e o relatório da administração se tratavam de um projeto, que se torna ato jurídico perfeito após a sua aprovação pela Assembléia Geral.

Como todo ato jurídico perfeito, ele só pode ser afastado através da sua anulação judicial mediante a prova da existência dos chamados *vícios do ato jurídico*.

Frise-se que, como vimos no capítulo anterior, o ato anulável pode ser saneado, *desde que não ofenda a direitos de terceiros*. E, *in casu*, uma retificação da aprovação de contas viciada pela assembleia posterior seria impossível por este ato gerar direito de exoneração de responsabilidade aos administradores, tendo em vista se constituir ato jurídico perfeito.

---

<sup>94</sup> Agravo de Instrumento 0046023-87.2012.8.26.0000, de 20/10/2012; Agravo de Instrumento 0280024-51.2011.8.26.0000, de 20/10/2012; Agravo de Instrumento 0362587-73.2009.8.26.0000, de 20/09/2010 e Agravo de Instrumento 9022377-80.1998.8.26.0000, de 05/04/1999.

<sup>95</sup> Agravo de Instrumento 0132077-27.2010.8.26.0000, de 03/12/2010; Agravo de Instrumento 9066062-88.2008.8.26.0000, de 07/04/2009; Agravo de Instrumento 9068251-39.2008.8.26.0000, de 07/04/2009; Apelação Cível 9070420-33.2007.8.26.0000, de 09/02/2009; Apelação Cível 0067455-17.2002.8.26.0000, de 13/08/2008; Agravo de Instrumento 0120735-24.2007.8.26.0000, de 12/05/2008; Agravo de Instrumento 0093901-23.2003.8.26.0000, de 23/02/2005; Agravo de Instrumento 0093900-38.2003.8.26.0000, de 23/02/2005; Apelação Cível 9128966-96.1998.8.26.0000, de 25/08/1999.

A doutrina majoritária, desde o Decreto-Lei 2.627/40, já dava essa caracterização à deliberação aprobatória de contas e previa a necessidade de prévia anulação:

A lei brasileira transformou em regra o que na espanhola é a exceção, com exigir as reservas da aprovação do balanço para que os administradores de responsabilidade se exonerem de responsabilidade.

O balanço, aprovado sem reserva, portanto, constitui ato jurídico perfeito anulável, como todo ato jurídico, qual estabelece o art. 147, nº II, do Código Civil, por vício resultante de erro, dolo, coação ou fraude. (FERREIRA, 1961, v.4, pág. 393)

O documento fornecido pela diretoria até seu exame definitivo pelo órgão competente não passa de um projeto, pois só sua aprovação pela assembleia lhe imprime caráter e natureza jurídicos. Ensina MESSINEO, citado por BRUNETTI: “O balanço elaborado pelos administradores é um projeto que o conselho fiscal revê e corrige. A assembleia ao aprova como emanção do seu órgão administrativo, e o ato de aprovação se identifica com o projeto, pois se em hipótese se quisesse isolar no balanço, o que constitui trabalho exclusivo dos administradores (o projeto), o resultado (que não poderia recusar) seria que ele é um ato *in pendenti* e, como tal, não poderia revestir nenhum caráter de obrigatoriedade a cargo da sociedade, contra terceiro”.

(...)

A lei brasileira é mais positiva. Agasalhou o princípio de que toda pessoa, obrigada a prestação de contas, e que as vê aprovadas, tem direito a quitação. Na verdade, não seria jurídico que os administradores, depois de ter o balanço e as contas aprovados, continuassem responsáveis pela sua gestão, principalmente se se levar em consideração que, afastando-se da sociedade, perdem o controle dos livros e documentos capazes de justificar, em caso de necessidade, seu trabalho.

De conformidade com a lei brasileira, a aprovação do balanço e das contas da diretoria, sem reserva, tem como principal consequência isentar de responsabilidade os membros da diretoria e do conselho fiscal. Este dispositivo, porém, deve ser interpretado com reserva. Há apenas uma presunção *juris tantum* a favor da administração e do conselho fiscal, suscetível, portanto, de prova em contrário. (PEIXOTO, 1972, v. 3, pag. 111/113).

No mesmo sentido a doutrina recente, já sob a égide da Lei 6.404/76:

598 – Aprovadas, sem reservas, as demonstrações financeiras e as contas dos administradores, ficarão esses exonerados de responsabilidade, bem como os fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação. A aprovação sem reservas pressupõe que os acionistas concordaram com a atuação dos administradores e com as opiniões dos fiscais a respeito das contas e demonstrações financeiras apresentadas à assembleia. Mas a aprovação não isenta os administradores e fiscais no caso de ser provado que agiram eles com erro, dolo, fraude ou simulação. Esses são fatos que necessitam ser provados e a ação anulatória da deliberação que aprovou as contas dos administradores e as demonstrações financeiras tem o prazo prescricional de dois anos, contados da data da deliberação (art. 286). Esses vícios também podem ter sido praticados pela assembleia com a finalidade de favorecer os administradores. Procura-se, por isso, anular a decisão que aprovou as contas, para que seja apurada a responsabilidade dos administradores, nos termos dos arts. 158 e 159. (MARTINS, 1984, v.2, t. 1, pág. 234)

Como se verifica, a lei societária brasileira afastou-se de outros ordenamentos jurídicos nos quais a aprovação do balanço não acarreta a exoneração de

responsabilidade dos administradores pelos prejuízos eventualmente causados à companhia.

De acordo com nosso sistema, inspirado na legislação portuguesa, a aprovação do balanço implica necessariamente a desoneração dos administradores.

Esta regra fundamenta-se no fato de que, conforme anteriormente referido, a análise das demonstrações financeiras e a tomada das contas da administração não configuram deliberações distintas. Ao contrário, as contas, que englobam o exame das demonstrações financeiras e do relatório da administração, são apreciadas em uma única deliberação – quando da realização da assembleia ordinária (artigo 132, inciso I).

Assim, os acionistas, ao analisarem as demonstrações financeiras, não estão apenas verificando a regularidade formal dos lançamentos contábeis efetuados, mas também manifestando a sua concordância com a gestão dos administradores naquele exercício social.

Neste sentido, Raul Ventura e Luis Brito Correia, ao comentarem dispositivo da lei portuguesa semelhante ao artigo 134, § 3º, da Lei nº 6.404/76, esclarecem que:

*“Em Portugal, a aprovação do balanço e contas de gerência tem sido considerada não como simples declaração de verdade, nem como mera verificação da regularidade formal dos documentos apresentados, ou quitação da prestação de contas, mas como um ato de vontade no sentido de aceitar como boa gestão dos administradores, de sanar irregularidades e de liberar de responsabilidade os mesmos administradores.”* (destacamos)

Este também é o entendimento de nossa doutrina, conforme se verifica da lição de Alberto Xavier, nos seguintes termos:

*“A aprovação das contas anuais, sem reservas, além de fixar o lucro líquido do exercício, tem pois eficácia liberatória dos administradores, significando isto que a sociedade renuncia a exigir-lhes responsabilidade pelos prejuízos causados ao seu patrimônio”* (destacamos).

Em outras palavras, a aprovação sem reservas das contas pressupõe que os acionistas concordaram com a atuação dos administradores, liberando-os de qualquer responsabilidade por eventuais prejuízos causados à sociedade. (EIZIRIK, 2005, PÁG. 111)

E ainda, as lições sempre atuais de VIVANTE<sup>96</sup> (citado por LAZZARESCHI NETO, 2010, pág. 147):

*L'approvazione del bilancio implica approvazione dell'opera collettiva degli amministratori, non delle singole operazioni, di cui il bilancio non dà alcuna informazioni.*

Frise-se que nada impede a cumulação de pedidos na mesma ação. A autora de ação social (seja a sociedade, pessoalmente, ou através dos minoritários a representando) pode cumular o pedido de anulação da deliberação viciada juntamente com o pedido de responsabilização do administrador, pela própria previsão do art. 292, do Código de Processo Civil:

Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

<sup>96</sup> *Trattato di Diritto Commerciale*, 5ª ed., vol. 2, 1935, p. 134, n. 579.



§ 1o São requisitos de admissibilidade da cumulação:

I - que os pedidos sejam compatíveis entre si;

II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;

III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

§ 2o Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário.

Presentes os requisitos do referido artigo não há óbice à cumulação dos mesmos na mesma demanda. Entretanto, ao fazê-lo, a demandante deverá se atentar que deverá provar dois fatos: a existência de vício da deliberação e os elementos da responsabilidade) e que a demanda deve ser proposta no prazo prescricional menor (2 anos), por simples questão lógica. Ora, se é pressuposto da responsabilização do administrador, a anulação da deliberação que aprovou as contas dos administradores, deve ser respeitado o prazo prescricional da ação anulatória (art. 286, da Lei 6.404/76), sob pena deste pedido não poder ser conhecido, colocando a perder o pedido de responsabilização, dependente daquele.

O STJ, através do seu Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, no voto vencedor do REsp nº 256596 – SP (citado no capítulo 05), já se manifestou nesse sentido:

Nada impede que as referidas ações sejam cumuladas, discutindo-se em um mesmo processo a anulação da deliberação e a responsabilidade civil do administrador faltoso. Para tanto, basta a presença dos requisitos do art. 292, § 1º, do Código de Processo Civil, a qual se verifica no presente caso. Haveria, porém, de ser observado o prazo para se promover aquela anulação, ou seja, dois anos.

Tratar-se-ia, pois, de cumulação sucessiva, já que o acolhimento de um pedido dependeria do acolhimento do outro. É que, julgado improcedente o pedido de anulação, persistiria a exoneração, pela assembléia geral, da responsabilidade do administrador. A conveniência de tal cumulação seria justamente a interrupção do prazo prescricional de ambas as ações (CPC, art. 219).

Por fim, deve-se deixar claro que toda essa discussão diz respeito unicamente à ação social, seja ela *ut universi*, seja ela *ut singuli*. Na ação individual, prevista no artigo 159, § 7º, da Lei 6.404/76, por óbvio, não existe o requisito da deliberação prévia (pois o dano não diz respeito à sociedade) e, pelo mesmo motivo, não há a necessidade de se anular a aprovação de contas, pois a pessoa do sócio é diversa da pessoa da sociedade e o ato aprobatório é declaração de vontade desta e não daquele.

Mesmo que o eventual sócio prejudicado tenha votado pela aprovação das contas na assembléia da companhia, isso não gera efeitos em relação à ação individual, pois nesse ato, o acionista analisa e vota as contas considerando o atendimento aos interesses da sociedade e não aos seus interesses individuais. Somente uma declaração direta do acionista, com as

formalidades legais previstas em lei é que teria o condão de configurar sua renúncia ao direito de pleitear a responsabilização do administrador pelos prejuízos sofridos individualmente.

Mais uma vez as esclarecedoras linhas de LAZZARESCHI NETO (2010, pág. 150):

A aprovação sem reserva implica exoneração da responsabilidade dos administradores apenas e tão somente no tocante a eventuais prejuízos causados à companhia; não porém, no que diz respeito aos danos diretamente causados pelos administradores aos acionistas, danos esses que podem ser objeto da ação individual de que trata o art. 159, § 7º.

É que, como nessa hipótese os danos foram causados diretamente aos acionistas, somente estes, e não a companhia, podem dar o “quitus”, já que são eles, e não a companhia, os titulares da pretensão contra os administradores. A assembleia geral não tem o poder de exonerar os administradores no tocante a direitos que não pertencem à companhia, mas aos acionistas individualmente.

Disso decorre que a aprovação sem reserva, ainda que deliberada em assembleia pelos próprios acionistas diretamente prejudicados pelos administradores, em nada afeta a ação individual. Quando reunidos em assembleia, os acionistas deliberam sobre direitos e interesses da *companhia*, e não sobre suas eventuais pretensões individuais contra os administradores.

Assim, se conclui que além dos pressupostos processuais previstos na Lei 6.404/76 para a ação social de responsabilidade do administrador de sociedade anônima, é também pressuposto indispensável para o conhecimento do mérito do pedido, que se anule judicialmente a assembleia que aprovou as contas dos administradores, sem reservas, se houver.

## 8 CONCLUSÃO

Restou demonstrado pela análise doutrinária e a comparação com o direito estrangeiro que nos direitos dos países regulados pelo direito romano-germânico, são empregadas algumas formas semelhantes restritivas do exercício da ação de responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas, com o fito de salvaguardar a imagem dessas empresas, que se constituem modernamente como importante meio de captação e viabilização de investimentos.

O legislador, ao elencar as restrições ao exercício dessa ação, deve ter em mente as características do mercado societário do seu país, sabendo que o emprego de medidas restritivas em demasia pode inviabilizar a referida ação e, conseqüentemente, um importante direito das minorias, que através da ação de responsabilidade, poderiam ver administradores faltosos serem afastados da administração e responsabilizados pelos danos causados à companhia (diretamente) e aos acionistas (indiretamente e diretamente).

Duas formas de limitação ao exercício da ação de responsabilidade contra administradores são a necessidade prévia de deliberação da Assembléia Geral e a determinação de que a aprovação, sem reservas, das contas dos administradores, os exonera de responsabilidade. Havendo essa segunda previsão legal, se torna imprescindível a anulação da assembléia que aprova as contas dos administradores, sendo essa anulação verdadeiro pressuposto processual para o conhecimento da ação de responsabilidade de administradores pelo judiciário.

Vimos que a legislação francesa não adota quaisquer dessas restrições e inclusive prevê que reputa-se como não estrita qualquer previsão estatutária condicionando a propositura da ação de responsabilidade à deliberação prévia da Assembléia Geral. As legislações italiana, espanhola e alemã prevêm que a Assembléia Geral deverá deliberar previamente à propositura da ação, porém também prevêm que a aprovação das contas dos administradores não os exonera de responsabilidade.

Por sua vez, a legislação portuguesa prevê ambas as restrições, porém contém uma previsão em favor das minorias, no sentido de que a companhia pode renunciar ao direito de indenização contra os administradores, e que essa deliberação só será eficaz se não houverem votos contrários de 10% dos acionistas minoritários.

Já no Brasil, demonstramos que houve um processo gradativo doutrinário e jurisprudencial para que houvesse o maior número possível de restrições à propositura da ação de responsabilidade de administradores. Se durante o Decreto-Lei 2.627/40, só era prevista a

exoneração de responsabilidade mediante a aprovação de contas dos administradores, inexistindo previsão de prévia deliberação assemblear, a doutrina e a jurisprudência foram gradativamente construindo o entendimento de que era recomendável e, posteriormente necessária a prévia deliberação, fato que culminou com a absorção expressa desse preceito já na Lei 6.404/76, adicionando ainda a possibilidade de propositura da ação mesmo que a assembléia deliberasse negativamente, desde que reunidos 5% de acionistas em hipótese de legitimação extraordinária.

Talvez, a medida mais acertada seria incluir essa previsão de prévia deliberação, mas retirar a exoneração de responsabilidade pela aprovação de contas (conforme as legislações italiana, espanhola e alemã), quando se facultaria à própria companhia analisar as condutas de seus administradores, posteriormente, dentro do curto prazo de três anos previstos na lei, situação que ao nosso ver, asseguraria uma maior utilização dessa ação, sem agravar sobremaneira o encargo do administrador.

Manter na lei ambas as hipóteses restritivas em prazos curtos de prescrição (dois anos para a ação anulatória e três anos para a ação de responsabilidade, contados da assembléia em que se verificou o vício), torna bastante difícil o exercício dessa ação, principalmente se esses vícios forem de difícil visualização pelo acionista ordinário.

Fato é que a manutenção da exoneração da responsabilidade do administrador pela aprovação de suas contas é medida restritiva dos direitos dos acionistas (principalmente das minorias), contraditória à exposição de motivos da Lei 6.404/76 que propalava um maior respeito aos seus direitos, assegurando-lhes maior segurança e transparência.

Vimos, mediante pesquisa nos tribunais localizados nos três maiores estados em relevância econômica do Brasil, que a ação de responsabilidade dos administradores é pouco utilizada, e quando o é, invariavelmente esbarra em questões processuais que impedem o julgamento das demandas, o que nos mostra que a opção legislativa demonstrada não logrou o êxito esperado.

Convivemos em um país cujo mercado de capitais é extremamente concentrado, cujo poder de controle é exercido sob as formas mais freqüentes totalitária e majoritária, não havendo motivos para restrições tão drásticas em um importante meio de controle dos administradores pelos acionistas minoritários.

Mas, infelizmente, a previsão se encontra na lei, e a despeito de seus efeitos práticos, deve ser observada pelos tribunais, ao que concluímos que juridicamente é imprescindível a anulação prévia da assembléia que aprovou as contas dos administradores, sem reservas, para

o conhecimento e deferimento da ação de responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas.

O pedido de anulação dessa assembléia pode ser cumulado com o pedido de responsabilização do acionista e todas essas restrições são aplicadas apenas à ação social *ut universi* e *ut singuli*. Na ação individual (art. 159, § 7º, da Lei 6.404/76), a aprovação das contas, sem reservas não influi no direito do acionista, pois é ato unilateral da sociedade e não do mesmo. Da mesma forma, desnecessária a deliberação prévia da companhia, por não ter interesse direto na demanda.

Assim, a hipótese que defendemos sobre a desnecessidade da anulação judicial prévia da assembléia que aprovou contas dos administradores para a propositura da ação social de responsabilidade dos administradores não se confirmou, por ser essa aprovação ato jurídico perfeito, direito de terceiro (dos administradores) que impede uma possível retificação desse conclave, juridicamente classificado como ato anulável. Como afirmou o Ministro Ari Parglender, em seu voto no Recurso Especial nº 256.596-SP, do Superior Tribunal de Justiça (citado no capítulo 04), *a lei é essa, e, enquanto não for alterada, deve ser aplicada*.

Entretanto, fica a sugestão ao legislador, para que, nas próximas reformas a essa lei, deva este atentar que, para uma efetivação plena dos direitos dos acionistas, deve ser revista esta exoneração, o que talvez contribuiria para trazer mais segurança e transparência ao mercado de capitais, corroborando para a captação de um número maior de investimentos e valorização dos papéis das empresas que fazem parte do mesmo.

## REFERÊNCIAS

ACIONISTA da BP processa executivos por vazamento; **Último Segundo**, 18/07/2010. Disponível em:

<<http://ultimosegundo.ig.com.br/ciencia/meioambiente/acionista+da+bp+processa+executivos+por+vazamento/n1237615398396.html>> Acesso em 18/07/2010.

ASCARELLI, Tulio. **Problema das sociedades anônimas e direito comparado**, Campinas: Bookseller. 2001.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual de processo civil. 12a Ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, vol 1. 640 pág.

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.

BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C., *The modern corporation & private property.* New Brunswick: Transaction Publishers. Originally published in 1968. 2008.

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.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. **Diário Oficial da União.** Brasília, 17/01/1973.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União.** Brasília, 05/10/1988.

\_\_\_\_\_. 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, 17/12/1976a.

\_\_\_\_\_. Lei 6.385, de 7 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da União.** Brasília, 09/12/1976b.

\_\_\_\_\_. Lei 10.303, de 31 de Outubro de 2001. Altera e acrescenta dispositivos na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da União.** Brasília, 01/11/2001.

BRASÍLIA. Ministério da Fazenda. **Exposição de motivos da Lei 6.404/76**. Brasília: 1976.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Assim, em se tratando de ações nas quais ausente pedido de índole trabalhista, apoiadas em relações contratuais regidas pela legislação civil, competente para o julgamento é a Justiça Comum estadual. CC 86066 / SP. Min. Relator Carlos Alberto Menezes Direito. **Diário de Justiça da União. Pág. 213**. Brasília: 30/08/2007

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Considera-se prescrita a ação de responsabilidade de administrador que teve suas contas aprovadas sem reservas pela assembléia geral, se esta não foi anulada dentro do biênio legal, mas só posteriormente, por deliberação de outra assembléia geral, a partir de cuja publicação da ata se pretendeu contar o triênio extintivo. Resp nº 256.596 – SP. Min. Relator para o acórdão Antônio de Pádua Ribeiro. **Diário de Justiça da União**. Brasília: 18/06/2001

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 42. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento. **Diário de Justiça da União**. Brasília: 20/05/1992.

BULGARELLI Waldirio. **Manual de sociedades anônimas. 10ª. Ed.** São Paulo: Atlas. 1998, 335 pág.

CARVALHAL-DA-SILVA, André e LEAL, Ricardo. *Corporate governance, market valuation and dividend policy in brazil. Coppead Working Paper Series, Paper No. 390*. Nova Iorque. Nov. 2003. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=477302>>. Acesso em: 29 out. 2011.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas. 3ª. Ed.** São Paulo: Saraiva. 2011, V. 2. 1082 pág.

\_\_\_\_\_. **Comentários à lei de sociedades anônimas. 3ª. Ed.** São Paulo: Saraiva. 2003, V. 3. 824 pág.

COMPARATO, Fábio Konder & SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima. 5ª. Ed.** Rio de Janeiro: Forense. 2008. 597p.

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. 700 pág.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de processo civil, 7ª Ed.** Salvador: Juspodivm, 2007, vol. 1. 561 pág.

EIZIRIK, Nelson. **Temas de direito societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 610 pág.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva 1961, v.4. 680 pág.

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.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Conflito de interesses nas assembléias de S.A.** São Paulo: Malheiros, 1993. 109 pág.

\_\_\_\_\_. **Invalidade das deliberações de assembléia das S.A.** São Paulo: Malheiros, 1999. 152 pág.

GARCEZ, Martinho. **Das nulidades dos atos jurídicos. 5. Ed.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 383 pág.

GOLDMAN Sachs assumiu posição vendida no subprime, segundo executivos. **O Estado de São Paulo On-Line**, 27/04/2010. Disponível em:  
<[http://economia.estadao.com.br/noticias/not\\_15419.htm](http://economia.estadao.com.br/noticias/not_15419.htm)> Acesso em 18/07/2010.

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.

GORGA, Érica. *Changing the paradigm of stock ownership from concentrated towards dispersed ownership? evidence from brazil and consequences for emerging countries.* **Cornell Law Faculty Working Papers.** Nova Iorque. *Paper 42.* Disponível em:  
[http://scholarship.law.cornell.edu/clshops\\_papers/42](http://scholarship.law.cornell.edu/clshops_papers/42). Acesso em 29 out. 2011.

LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A lei das S.A. 2ª Ed.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996. 754p.

LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. **Efeitos da aprovação das contas e das demonstrações financeiras das companhias.** São Paulo: Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro, nº 155/156. Pág. 139 – 156, 1975.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **A prévia deliberação assemblear como condição de “legitimatío as causam” na ação social.** São Paulo: Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro, nº 100. Pág. 98 – 104, 1995.

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. **O acionista minoritário no direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense. 1994. 147p.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima.** Rio de Janeiro: Aide, 1989. 160p.

\_\_\_\_\_. **Sociedade anônima.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 339 p.



MARTINS, **Comentários a lei de sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Forense. 1984, v.2, t. 1, pág. 234

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de validade. 8. Ed.** São Paulo: Saraiva, 2008. 314 pág.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Não têm legitimidade para propor ação de responsabilidade contra os administradores, os sócios minoritários de sociedade anônima, quando não há prévia deliberação em assembléia, conforme art. 159 e §§ da Lei de S/A, principalmente quando pedem em nome próprio o ressarcimento de prejuízos sofridos diretamente pela sociedade. AIº 1.0024.08.232763-6/001(1). Rel. Desembargador Irmair Ferreira Campos. **Diário de Justiça de Minas Gerais**. Belo Horizonte: 17/02/2009.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. A propositura de ação de responsabilidade em face de ex-administradores de sociedade anônima depende de deliberação prévia em assembléia geral. Artigo 159 da Lei nº. 6.404/76. Ap. 523882-0. Rel. Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin. **Diário de Justiça do Paraná**. nº 187. Curitiba: 27/07/2009.

PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. **Sociedade por ações: comentários ao Decreto-Lei 2.627, de 26 de setembro de 1940, com as alterações da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, Lei do mercado de capitais. São Paulo, Saraiva, 1972-73.** São Paulo: Saraiva, 1972, v. 3. 320 pág.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo, 15ª. Ed.** São Paulo: Atlas, 2003. 727 pág.

PINHO, Luciano Fialho de. **Ação de responsabilidade civil proposta em face dos administradores de sociedades anônimas.** 2000. 323 f. 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.

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

\_\_\_\_\_. Comissão de Valores Mobiliários. **Parecer de Orientação nº 15.** Rio de Janeiro: 1987.

\_\_\_\_\_. Comissão de Valores Mobiliários. **Parecer de Orientação nº 17.** Rio de Janeiro: 1989.

RIO DE JANEIRO. Comissão de Valores Mobiliários. **Parecer de Orientação nº 18.** Rio de Janeiro: 1990.

SOBRAL FERREIRA, Geraldo. **Diretor, sociedade anônima – relação jurídica.** 1981. 96 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador. Rio de Janeiro: Forense.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, V. 1. 681p.

TOLEDO, Paulo Fernando Salles de. **O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidade dos administradores**. São Paulo: Atlas, 1997. 121 pág.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedade por ações: comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. 2. Ed.** Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953, V. 3. 462 pág.

WALD, Arnaldo. **O governo das empresas**. São Paulo: Revista de Direito Bancário. Vol. 15/2002. Pág. 285 – 336, Jan./mar. 2002.