

O ADMINISTRADOR, A SOCIEDADE ANÔNIMA E A SUA RESPONSABILIDADE SOCIAL E COLETIVA

L'ADMINISTRATEUR, LA SOCIÉTÉ ANONYME ET SA RESPONSABILITÉ SOCIALE ET COLLECTIVE

Gabriel Russi Vianna¹

Sandro Mansur Gibran²

RESUMO

As sociedades anônimas, frequentemente constituídas como de grande porte, são de inegável importância econômica não apenas aos por elas diretamente beneficiados como os seus acionistas, empregados, consumidores etc. mas também para a comunidade onde elas se inserem. Depreende-se, portanto, que as sociedades anônimas são também responsáveis por uma coletividade, ou seja; são responsáveis pela sociedade civil na qual e da qual elas também são parte. As diretrizes das sociedades anônimas estão centradas na figura de seu administrador, cuja responsabilidade é o objeto do presente estudo. Para tanto, é imprescindível entender um pouco mais sobre a complexa estrutura deste tipo societário e os tantos interesses na sociedade anônima agregados como metas a serem cumpridas por seu gestor. Ao mesmo tempo, a completa análise dos deveres demonstra a responsabilidade institucional daquele que assume este cargo. Também por este motivo e por sua hegemonia é mister a imposição de limites ao administrador na medida em que as suas atribuições e atitudes frente à companhia podem ou não trazer bons resultados à coletividade. A partir destas premissas, analisar-se-ão casos nos quais a responsabilidade pelo prejuízo poderá ser atribuída também ao administrador, extrapolando a figura da sociedade anônima empregadora.

PALAVRAS-CHAVE: sociedade anônima, administradores, responsabilidade social, coletividade

ABSTRACT

¹ Bacharel em Direito – 2007 – 2012 – UNICURITIBA; Advogado inscrito na OAB/PR sob n.º 63.463; Mestrando em Direito Internacional Privado – 2012 – 2014 – Université Panthéon-Assas (Paris II) – Paris, França.

² Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1996); Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; mestre em Direito Social e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba; Professor Titular de Direito Empresarial e de Direito do Consumidor da Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba; Professor de Direito Empresarial do Centro de Estudos Jurídicos do Paraná; professor de Direito Empresarial da Escola da Magistratura Federal - ESMAFE" e Coordenador da Pós-Graduação de Direito Empresarial do Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba. <http://lattes.cnpq.br/3242304285536069>

Les sociétés anonymes aussi connus comme entreprises de grand puissance, sont d'une indéniable importance économique, et non seulement pour leurs actionnaires, salariés et consommateurs, mais aussi pour l'environnement où elles se trouvent. Il faut aussi marquer que les sociétés anonymes sont responsables pour une collectivité, c'est-à-dire, la société civil. Les lignes directrices de la société anonyme sont centrée sur l'administrateur, dont la responsabilité est objet du présent étude. Alors, il faut bien comprendre la structure de la société anonyme et aussi les tâches de son administrateur. Au même temps l'analyse complète nous montre la responsabilité institutionnaliste de celui qui prend cette position. C'est également pour cette raison et pour sa hégémonie, qu'il faut imposer des limites au administrateur, parce que ses tâches et activités peuvent ou non résulter positivement à la collectivité. À partir de ces prémisses, l'étude analysera les cas où l'administrateur peut être responsabilisé pour les préjudices causés à la société, c'est-à-dire, une responsabilisation personnelle.

MOTS-CLÉS: société anonyme, administrateurs, responsabilité social, collectivité

1. INTRODUÇÃO

A capitalização das sociedades anônimas como melhor alternativa de investimento é uma realidade crescente. No Brasil, a quinta economia mundial, país em progressivo desenvolvimento e de enriquecimento de sua população, oportuniza-se que cada vez mais brasileiros se aventurem na bolsa de valores, ou seja; nas sociedades de capital aberto, objetivando rendimentos maiores do que aqueles encontrados em fundos econômicos mais conservadores que, por apresentarem menor risco, naturalmente, acabam representando menor lucratividade.

As sociedades anônimas são reguladas pela Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976, o regramento mais completo sobre o assunto presente no ordenamento jurídico brasileiro. Por conta de sua natureza jurídica e, conseqüentemente, pelos impactos que pode causar aos particulares investidores, ao mercado e à coletividade, a análise da administração, atrelada aos aspectos principais dessas sociedades, adquire fundamental importância.

Tal gênero de sociedade é composto por uma vasta estrutura, dotada de diversos órgãos, dentro dos quais, especificamente na diretoria e no conselho de administração, encontram-se os seus administradores. Nem todos os diretores e conselheiros serão administradores, porém, apenas membros destes órgãos podem ocupar tal cargo.

São os administradores que guiam e decidem os rumos da companhia. São eles os

responsáveis pela condução do negócio e pelas decisões comerciais que visam atingir os objetivos empresariais, aumentando então o seu capital e adquirindo espaço cada vez maior no mercado, na sociedade onde ela se insere. Nota-se a natureza basilar do administrador à sociedade, seu cargo estratégico gera grande número de responsabilidades que definirão os caminhos seguidos pela empresa. Suas estratégias e políticas de mercado estão diretamente relacionadas ao futuro da companhia.

Caso o administrador incorra em erro na administração empresarial, é bastante provável que a companhia venha a sofrer prejuízos de toda sorte e, por consequência, o universo de acionistas a ela atrelados poderá vislumbrar perdas significativas. É nesse ponto da relação entre acionistas e empresa que se faz os seguintes questionamentos: quem arcará com o prejuízo dos acionistas ou de terceiros? Seria a própria companhia ou poderá, em algumas hipóteses, o administrador ser responsabilizado pessoalmente pelos seus atos?

Ambas as hipóteses podem ocorrer. Nem sempre o administrador será passível de responsabilização pelos seus atos – para que o seja, deverá restar provado que agiu com má-fé, tendo descumprido os deveres incumbidos. Em outros casos, não poderá ser o responsável pelos danos causados.

Existe uma linha bastante tênue e aberta a discussões sobre o tema da responsabilização do administrador de sociedade anônima: ao mesmo tempo em que não pode um administrador que tenha cometido maus atos de gestão sair ileso, igualmente, não poderá ser responsabilizado o aquele que tenha agido de acordo com as suas atribuições e deveres, objetivando, a partir de uma decisão negocial, o crescimento da companhia.

Este último exemplo de administrador probo e íntegro necessita de uma concreta proteção legal para poder exercer as suas funções, garantindo a ele a certeza de que se agir conforme a lei, nos moldes do estatuto da companhia e dos ditames da boa-fé, não será alvo de uma eventual ação de responsabilidade. Caso contrário, nenhuma pessoa almejaria ou deveria ser incumbida ao cargo de administrador, tendo em vista seu risco iminente. Nesse sentido, a Lei nº 6.404/76 protege o administrador responsável e diligente, ampliando sua segurança na tomada de decisões e na projeção e definição de novos rumos mais benéficos à atividade empresarial por ele gerida.

A ampla normatização empresarial tem ferramentas suficientes para garantir o cumprimento de deveres e a aplicação de direitos das pessoas, físicas ou jurídicas, relacionadas a uma sociedade anônima. Deste modo, os administradores dispõem de meios efetivos de proteção contra eventuais prejuízos causados à companhia ou à coletividade, caso estejam agindo segundo as diretrizes a si orientadas por seus superiores, os acionistas

controladores.

2. RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADMINISTRADORES

Pode-se verificar por meio do art. 158 da Lei das Sociedades Anônimas (LSA), que existem duas possibilidades de responsabilização civil dos administradores. A primeira delas diz respeito aos eventuais prejuízos que possam ser causados por culpa ou dolo do administrador, mesmo na hipótese de não ter havido a extrapolação de suas atribuições e poderes, cabendo à empresa empregadora comprovar a atitude culposa de seu gestor. A segunda delas se configura na violação de lei ou mesmo do estatuto da companhia. Em resumo, “em relação à primeira, é unânime a doutrina ao afirmar que a previsão legal é, ao demandante cabe a prova do procedimento culposo do demandado. Quanto à segunda, no entanto, predomina largamente o entendimento de que cuida a hipótese legal de responsabilidade subjetiva com presunção de culpa, havendo também quem a considere objetiva.”(COELHO, 2007, p.253).

Todavia, a ressalva de Marcelo M. Bertoldi é válida ao mencionar que “o administrador, incumbido de seu cargo, tem o dever e a prerrogativa de agir em nome da companhia, portanto, todos os atos que venham a ser praticados em virtude desta função seriam de responsabilidade exclusiva da própria companhia.”(BERTOLDI, 2003, p. 371). Esta ideia é concretizada no mencionado corpo normativo, em seu art. 158, que prevê que o administrador não poderá ser pessoalmente responsável pelas obrigações contraídas em nome da companhia e em virtude de ato regular de gestão.

O termo “ato regular de gestão” adquire extrema importância na definição da responsabilidade. O termo, por si, evidencia sua subjetividade. Faz-se necessário, portanto, ampla avaliação do caso concreto para que se possa concluir acerca da necessidade de responsabilização subjetiva.

Assim, propiciando mais abrangente análise da responsabilização, é preciso trazer à tona os institutos da negligência, imprudência e imperícia. Ainda, é preciso vislumbrar as reais consequências e dimensões do ato praticado, e se é dotado de manifesta vontade em causar prejuízo à companhia. Porém, em algumas situações, mesmo que o administrador respeite a lei, e o estatuto, poderá ele ficar obrigado à reparação de danos, caso tenha agido com alguma das formas dolosas.

Segundo importante doutrina, a responsabilidade do administrador em três tipos: administrativa, civil e penal. A responsabilidade administrativa, talvez a mais simples delas,

decorre apenas da má gestão do cargo. Tratando-se tão somente de um problema administrativo, não há qualquer formalidade para que ocorra a destituição de um administrador ou o retorno a seu cargo de origem. Sequer é necessário que tenha ocorrido uma falta por parte do administrador. Lembra o autor que é possível que haja fiscalização, mesmo nesta seara administrativa, por parte de órgãos como a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, ou até mesmo por parte do Banco Central do Brasil. No caso da CVM, esta é competente para aplicação de advertências, multas, suspensão do exercício do cargo de administrador ou inabilitação para seu exercício. O Banco do Brasil tem legitimidade para propor as mesmas medidas que a CVM quando as infrações estiverem interferindo nos interesses da Instituição Financeira.

Quanto à responsabilidade civil, o autor acrescenta, ao comentar o § 6º do art. 159 da LSA, que está prevista a exclusão da responsabilidade do administrador caso tenha ele agido de boa-fé, visando os interesses e objeto social da companhia. Lembra que, apesar de ser papel do juiz estatal a apreciação da ação de responsabilidade proposta em face do administrador, poderá também a assembleia geral apreciar a matéria.

Por fim, analisa a possível responsabilização criminal do administrador, que ocorrerá apenas nos casos em que houver um tipo penal diretamente relacionado àquela conduta. No capítulo dos crimes contra o patrimônio, existem diversas previsões legais inseridas no art. 177 do Código Penal, típicas de administradores de sociedades anônimas. A título exemplificativo traz-se algumas ações que caracterizam crime, como, afirmação falsa ou omissão fraudulenta de fato relevante em qualquer documento que se destine ao público; apresentação de falsa cotação de valores mobiliários; realização de empréstimo em favor da sociedade sem a devida consulta aos órgãos pertinentes; negociação das próprias ações da companhia, quando não abarcadas pelas previsões legais; distribuição de lucros sem levantamento do balanço, ou ainda se realizado mediante balanço falso; aprovação irregular de contas. “Existe, também, a possibilidade do cometimento de crimes contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro nacional e ainda os chamados crimes falimentares previstos na Lei de Falências – Lei n.º 11.101/05.” (BORBA, 2008, p.418-423) que, porém, não são objetos do presente estudo.

Ainda quanto à responsabilização criminal, “por muitas vezes, o dano causado a terceiros pode ser tamanho, que o patrimônio particular do administrador violador, não seria suficiente para reparar todos os danos. Exatamente em um caso como esse, pode-se verificar a importância da responsabilização criminal que, com sua função repressiva e preventiva, irá de

certa forma, coagir aquele que provocou o dano ao pagamento.”(CARVALHOSA, 2009, p. 353).

2.1. NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

As responsabilidades elencadas no art. 158 da LSA “são 'interdefiníveis': não há conduta que se enquadre num deles que não se possa enquadrar também no outro. Não é correto, portanto, considerar que cada dispositivo expressa um sistema diferente de responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima.”(COELHO, 2007, p. 261).

Como exemplo, o autor apresenta a hipótese em que o administrador deixa de aplicar a disponibilidade financeira da sociedade, agindo, portanto, com negligência, ou até mesmo imperícia. A omissão aqui praticada é de natureza culposa, mas ao mesmo tempo, este comportamento caracteriza a violação aos deveres legais de lealdade e diligência. A conclusão é de que: quando o administrador age com culpa, pode estar ao mesmo tempo violando expressa disposição legal e, paralelamente o não cumprimento do estatuto ou da lei, é também configurada uma conduta culposa ou dolosa.

Com efeito, é exatamente neste ponto que o autor discorda de grande parte da doutrina nacional. Para Coelho, não pode prevalecer o entendimento de que somente o inciso I do art. 158 consagra a modalidade subjetiva de responsabilização, enquanto o inciso II do mesmo artigo consagraria apenas a responsabilidade objetiva.³

Com base neste entendimento, a análise para verificar se o administrador deve ou não ser responsabilizado seria suficiente na medida em que se descobre ou verifica que o dano foi causado por algum ato em descompasso legal. Com razão, a meritória doutrina afirma que, ao descumprir uma lei, caberia ao administrador o dever de indenizar. Sintetizando o exposto pelo autor, “as hipóteses de responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima – não obstante distinguidas pelo art. 158 da LSA – são redutíveis, em síntese, a uma apenas: a decorrente de descumprimento de dever legal.” (COELHO, 2007, p. 261).

No mesmo sentido, Modesto Carvalhosa critica o texto de lei. Para o autor, o legislador teria insistido em dois tipos distintos de natureza por desconhecer a evolução do instituto e ainda por ser desatento e repetitivo. Em sua opinião, “para as duas condutas não há distinção. Para ambos os casos aplica-se a moderna teoria da responsabilidade presumida, em que se conciliam o elemento moral subjetivo – a imputabilidade moral – com a teoria objetiva da conduta.” (CARVALHOSA, 2009, p.362).

³ COELHO, 2007, p. 260.

2.2. SOLIDARIEDADE DOS ADMINISTRADORES

A redação do § 2º do art. 158 da Lei nº 6.404/76 prevê que os administradores respondem solidariamente por prejuízos que decorram do não cumprimento dos deveres legais. O fato de o estatuto da companhia não atribuir todas as responsabilidades a todos os administradores não exime um administrador de responder solidariamente por algum dever não cumprido que, contudo, não seja expressamente seu. Entretanto, deve-se ter cautela nas hipóteses em que há manifesta prática de ato ilícito, em tais casos, não pode um administrador responder solidariamente pelo ato praticado por um de seus colegas. Se esse fato ocorresse, criar-se-ia demasiada injustiça, gerando insegurança jurídica a ponto de que ser incumbido a um cargo de administrador seria resumido à assunção de riscos próprios e alheios, não se podendo vislumbrar qualquer vantagem efetiva na ocupação desta função.

Por outro lado, caso o administrador tenha conhecimento dos fatos de terceiros, contrários aos deveres legais, e não tome nenhuma medida para impedir o ilícito, responderá solidariamente. Da mesma forma responderá caso seja conivente com os atos praticados por outro administrador, ou então ser negligente ao descobrir os fatos já praticados ou na iminência de acontecer.

Faz-se possível que, mesmo que o administrador venha a ter conhecimento de fatos desvantajosos ou contrários à empresa, para que possa se eximir de qualquer responsabilidade, registre uma objeção em reunião do órgão de administração competente, levando o fato a conhecimento do conselho fiscal da assembleia geral, conforme previsto no § 1º do artigo anteriormente mencionado.

Por fim, aquele, mesmo que estranho à administração da sociedade, que venha em conjunto com um administrador, beneficiar-se, seja para si ou para outrem, praticando ato que viole a lei ou o estatuto, responderá solidariamente ao administrador. Esta situação está prevista no §5º do art. 158 da LSA.

Pode-se, portanto, depreender do exposto que a Lei oferece ferramentas efetivas para a autoproteção dos administradores. Além disso, o legislador infraconstitucional atentou-se ao risco inerente a esse ofício e criou ampla normatização para além da autoproteção desses funcionários, conferindo a eles maior segurança na tomada de decisões e na assunção do cargo e das funções.

2.3. APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

Os efeitos decorrentes do descumprimento ou violação dos deveres de um administrador podem refletir de diversas maneiras: tanto podem ser afetados aqueles que investem o seu patrimônio em valores mobiliários, quanto parceiros comerciais que dependam da atividade da companhia. Além disso, as consequências da má administração irão, por óbvio, afetar a própria companhia e a coletividade na qual se insere a companhia.

A participação em sociedade anônima tem como objetivo primordial o lucro. Essa modalidade de investimento está diretamente relacionada à injeção de capital em determinada sociedade anônima, sendo que, na maior parte das vezes a participação dos investidores não ultrapassa os limites da aplicação de capital. Naturalmente existe um risco inerente a estes investimentos. Contudo, se porventura houver diminuição de patrimônio como resultado de infrações praticadas pelos administradores, o acionista poderá requerer ressarcimento.

Em sendo constatado prejuízo para a companhia, devem-se apurar os danos ocorridos por meio da assembleia geral. Este é o órgão dotado de competência para deliberar sobre o assunto pois nele será discutida a possibilidade da propositura de ação de responsabilidade perante o administrador.

3. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A ação de responsabilidade é o meio legal a partir do qual poder-se-á atribuir ao comportamento do administrador, sua parcela de prejuízo causada à empresa. Tal instituto está previsto na LSA, em seu art. 159, que dispõe: “Compete à companhia mediante prévia deliberação da assembleia geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio”. Esta é a regra geral da ação que traz as suas peculiaridades em seus sete parágrafos, a seguir analisados.

Primeiramente cabe lembrar a lição de Modesto Carvalhosa sobre a forma pela qual o sistema jurídico brasileiro trata a matéria. Pelo ordenamento jurídico pátrio, mostra-se possível a multiplicidade de pretensões de natureza individual e social, envolvendo, para tanto, os acionistas; a própria companhia, bem como terceiros.

“Ainda, o ordenamento permite a cumulação de pedidos de responsabilidade com nulidade, conforme previsão do art. 292 do Código de Processo Civil. Esses pedidos são independentes.”(CARVALHOSA, 2009, p. 380). Para o autor, ter-se-ia, então, duas espécies de ações: a primeira delas seria aquela em que a companhia tem prioridade e, somente caso

não exerça esta prioridade, ela poderá ser substituída por qualquer acionista. Tal ação é chamada de “ação social”, e neste caso, é permitida a substituição pelos acionistas tendo em vista que é de interesse deles a manutenção da sociedade. É o patrimônio dos acionistas que ali está incluso e pode, eventualmente, sofrer toda sorte de diminuição em virtude de um desvio de função do administrador.

Já a segunda espécie de ação teria características de ação individual, passível de interposição pelos acionistas. Esta seria o que Miranda Valverde chama de ação para reparação dos prejuízos diretos.⁴

Alfredo de Assis Gonçalves Neto, a partir dos estudos de Joseph Hamel e Gaston Lagarde, divide a ação de responsabilidade em quatro espécies:

- a) a ação social, promovida pela companhia por danos a ela causados (*actio uti universi*);
- b) a ação social, promovida pelo acionista em proveito da companhia (*actio uti singuli*);
- c) a ação individual do acionista, exercida por este na busca da reparação de um prejuízo pessoal;
- d) a ação individual de terceiro, também por um prejuízo pessoal.⁵

É claro que a ação social promovida pelo acionista em favor da companhia, citada no item b acima, é a mesma ação em que o acionista vem a substituir a companhia quando ela é inerte. Conforme a classificação de Modesto Carvalhosa considera-se a ação proposta pelo substituto como a mesma que seria proposta pela companhia. De fato, o objeto da ação e as prerrogativas são as mesmas, alterando-se apenas a parte autora.

Em sentido oposto, a doutrina francesa trazida por Gonçalves Neto, preferiu classificá-la como uma espécie diferente de ação. A inclusão da ação proposta individualmente por um terceiro prejudicado, disposto no item d acima, é a previsão expressa da segunda parte do § 7º do art. 159.

A propositura da ação de responsabilidade em face de um ou mais administradores de uma determinada companhia tem como objetivo restabelecer o seu bom funcionamento, voltando então a buscar os fins para os quais ela foi constituída.

Uma vez recobrada a normalidade das atividades, a “saúde da companhia” deve ser recuperada e, por consequência, seus acionistas e até mesmo os terceiros que dela dependam, poderão reaver os danos sofridos.

⁴ MIRANDA VALVERDE, 1953, apud CARVALHOSA, 2009, p. 380.

⁵ JOSEPH HAMEL e GASTON LAGARDE, 1954, apud GONÇALVES NETO, 2005, p. 214.

Para que a ação de responsabilidade seja proposta, conforme a regra do *caput* do citado artigo, deve ter havido prévia deliberação da assembleia geral nesse sentido. O § 1º do artigo vem para especificar qual o tipo de assembleia em que esta decisão pode ser tomada. Na realidade tanto a assembleia geral ordinária como a extraordinária, podem apreciar tal matéria, contudo, para que a apreciação ocorra em assembleia geral extraordinária, ela deve ter sido prevista na ordem do dia ou então ter sido consequência direta de algum assunto incluído na assembleia.

Uma vez deliberado o assunto, caso haja a confirmação da necessidade de propositura da ação de responsabilidade, o administrador ou administradores que figurarão no polo passivo da demanda ficarão impedidos do exercício de seus cargos, devendo então ocorrer as suas substituições imediatas por outros administradores, ainda na mesma assembleia. Como consequência da destituição do administrador, logicamente, seu poder de mando, atribuições e prerrogativas inerentes ao cargo serão tolhidos. Ao mesmo passo, faz-se necessária a nomeação de outro administrador para ocupar o cargo daquele ou daqueles em face de quem será proposta a ação. Como se trata de um cargo estratégico, a sua vacância pode representar ainda mais perdas para a companhia, e por este motivo, a substituição deve ocorrer de forma imediata.

A destituição se faz necessária pelo fato de que não há mais possibilidade de confiança naquele administrador, uma vez que o desvio das funções as quais lhe foram incumbidas é configurada como falta grave.

Os acionistas, por sua vez, não desejam que o administrador, tendo praticado atitudes contrárias aos interesses da empresa, ocupe um cargo estratégico na companhia em que ele investe o seu patrimônio, pois, naturalmente os riscos do investimento seriam insustentáveis.

Para se ilustrar a previsão legal mencionada, traz-se a exame um julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. A empresa BRASIL TELECOM S.A., em assembleia geral extraordinária realizada em 12.04.2001, decidiu pela propositura de ação de responsabilidade em face de dois administradores. Em decorrência da decisão da assembleia, os administradores propuseram uma Ação Cautelar com pedido liminar, para que fossem suspensos os efeitos das decisões tomadas na assembleia realizada em 12.04.2011. Quando o juiz da vara de origem apreciou a ação, decidiu pela não concessão do pedido liminar.

Todavia, através de um pedido de reconsideração, os administradores obtiveram sucesso no pedido liminar. Então, contra esta decisão, insurgiu-se a empresa, propondo Agravo de Instrumento. Quanto ao mérito, o principal argumento utilizado pela BRASIL TELECOM S.A. foi o de que, com o deferimento do pedido liminar, foram mantidos nos

cargos de administradores aqueles que foram reputados como inidôneos pela assembleia soberana de seus acionistas, violando, portanto, o § 2º do art. 159 da LSA.

Ainda, mesmo que não fosse proposta a ação de responsabilidade, que culmina na destituição, os administradores poderiam ser destituídos com base no art. 122, inciso II, vez que não possuem direito próprio a manutenção no cargo. Ou seja, se independentemente da ação, eles poderiam ser destituídos do cargo. Não se justifica, portanto, o deferimento da liminar. Para finalizar, a empresa BRASIL TELECOM S.A. ressaltou o fato de que a decisão de primeiro grau suspendeu os efeitos da assembleia geral extraordinária, sem que fosse indicada qualquer irregularidade deste ato societário.

Com base nestes e outros argumentos, o Desembargador Edson Alfredo Smaniotto houve por bem afastar os efeitos da liminar concedida. “Não há previsão de provimento acautelatório contra disposição literal de lei. O *periculum in mora* deve, obrigatoriamente, decorrer de uma *quaestio facti*, jamais do comando normativo que goza de eficácia jurídica.

No mais, tudo é questão de mérito das decisões assembleares e do conselho administrativo, que envolve o conflito de interesse *pars inter pares*. Vícios administrativos decorrentes da manifestação de vontade dos conselheiros, diante da indesejável vinculação de alguns aos interesses menores dos acionistas, é tema a ser dirimido mais tarde, se possível, na ação que permita cognição mais ampliada, onde o próprio direito e não o resguardo processual, se verossímil, eventualmente poderá ser antecipado.

Por ora, concedo o efeito suspensivo ao agravo de instrumento, reconhecendo na pretensão recursal ora deduzida a razoabilidade do pedido, diante da literalidade da Lei 6.404/76, e da soberania das decisões assembleares, notadamente quanto ao mérito das deliberações, além do perigo da demora na manutenção da liminar concedida pelo douto Juízo a quo, na medida em que as deliberações da Assembleia ficariam sujeitas, ad nutum, ao controle do Poder Judiciário, acarretando sensível prejuízo às estratégias a serem adotadas diuturnamente para a prosperidade da Companhia.

Casso a r. reconsideração agravada de fls. 536, afastando, até a manifestação Turmária, os efeitos da dita liminar concedida na Ação Cautelar.

Feita a transcrição, insta assinalar que, após profunda reflexão acerca da questão, mantenho-me firme no posicionamento antes externado, devendo a r. decisão agravada ser definitivamente cassada, em homenagem à literalidade do dispositivo inserto no artigo 159 da Lei das Sociedades Anônimas, que expressamente atribui à Assembleia-Geral a competência para deliberar acerca da propositura de ação de responsabilidade civil contra o administrador,

pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.”⁶

Esse julgado afirma sua importância no sentido de ilustrar e corroborar os conceitos abrangidos pelo presente estudo. Pela análise de caso é possível mostrar a efetividade legal em face dos litígios empresariais internos. Do caso concreto, percebe-se que nem sempre a destituição e a conseqüente substituição do administrador que desvia alguma de suas funções ocorre de forma pacífica. No presente caso houve recusa dos administradores em face de quem foi proposta a ação, fato esse que os levou à busca da tutela judicial para que se reconhecesse a ineficácia da deliberação assemblear. Contudo, o Desembargador Relator decidiu reconhecer a literalidade da lei e cassar a decisão de primeiro grau, mencionando a violação direta ao disposto no § 2º do art. 159.

Vale lembrar que a destituição do administrador é definitiva, não sendo possível a retomada de seu cargo. No direito brasileiro, mesmo que a ação de responsabilidade seja julgada improcedente, não pode o administrador voltar a ocupar o cargo.

Retomando a análise dos parágrafos do art. 159 da LSA, é justamente no seu § 3º que se encontra a previsão da substituição da companhia por qualquer acionista para a propositura da ação de responsabilidade contra o administrador. A regra diz que se no prazo de três meses após a deliberação da assembleia, a companhia não tomar as providências para que a ação seja proposta, poderá então qualquer acionista formulá-la visando a garantia de seus direitos. Pouco importa a porcentagem do capital social que detêm este acionista. Como interessado na responsabilização do administrador, a Lei permitiu que esta substituição ocorresse caso a companhia se mostrasse inerte.

Importante ressaltar que esta substituição não transfere a titularidade do direito ao acionista, porém, tão somente a legitimidade ativa para a propositura. Isso implica em dizer que a companhia continuará sendo a beneficiária primária do resultado da demanda, pois caso haja ganhos por parte da companhia, ganham também os seus acionistas. Todos os gastos havidos pelo acionista para a defesa dos interesses da companhia serão ressarcidos por esta, até o limite do valor da condenação recebida. Quanto à substituição, lembra ainda Carvalhosa que “em ação social *ut universi*, o acionista, ao ingressar em juízo, declara não ser titular do direito material da ação, indicando como titular da pretensão a companhia.”(CARVALHOSA, 1992, p. 382).

No § 4º está prevista outra forma de propositura da ação de responsabilidade em face do administrador. É o caso em que a assembleia delibera negativamente acerca do pedido de

⁶ Agravo de Instrumento n.º 2001002002291-5, rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto, 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, julgado em 25.02.2002.

ação. Nesse caso, apesar de a assembleia ser o órgão deliberativo de grau máximo, ainda podem formulá-la, em nome da companhia, os acionistas que representem ao menos 5% do capital social. Caso um acionista individualmente não detenha esta porcentagem mínima de ações da companhia, poderá ele em conjunto com outros acionistas compor um litisconsórcio para que os 5% necessários sejam atingidos. Esta é a chamada ação social *ut singuli*.

Existe ainda outra hipótese em que poderá um acionista ou um conjunto que represente ao menos 5% do capital formular o pedido de ação.

“Será legitimado, ainda, o acionista individualmente a propor a ação de responsabilidade civil, no caso de recusarem os administradores a fazer constar da ordem do dia a deliberação sobre a matéria, ou se, embora sendo consequência direta do assunto nela incluído, negar-se a mesa a reconhecê-lo, trancando a discussão e deliberação a respeito.”⁷

O § 5º do artigo regula, então, o direito do acionista de ser ressarcido dos gastos decorrentes da defesa da companhia. Nesse caso, a companhia deverá efetuar o pagamento dos valores inclusive com correção monetária e juros aplicáveis.

Como o § 6º do art. 159 muito interessa a este trabalho, discorrer-se-á acerca dele com maior profundidade após algumas observações sobre a previsão do § 7º. Este último parágrafo garante àqueles diretamente prejudicados (acionistas ou terceiros), o direito de propor ação individual, independente da ação de responsabilidade que venha a ser iniciada pela companhia. Ou seja, mesmo que a companhia exerça o seu direito de ação de responsabilidade em face do administrador, ainda assim, poderá o terceiro ou acionista propor a ação que couber também em face do administrador.

Esta ação prevista no § 7º visa reparar os danos sofridos diretamente por um acionista ou terceiro, diferentemente da *actio ut universi* e *actio ut singuli*, em que os danos foram sofridos diretamente pela companhia. Modesto Carvalhosa apresenta uma peculiaridade desta ação ao dizer que “ao propor a ação individual, o acionista tem em vista o seu próprio interesse, embora o resultado de seu procedimento judicial possa coincidir com os interesses de outros acionistas”.⁸ Diferentemente das ações que podem ser intentadas pela companhia, esta ação não visa o restabelecimento do normal funcionamento da companhia, mas, tão somente, a recuperação de eventuais prejuízos individuais ou particulares que um acionista ou terceiro possa ter sofrido.

Pode parecer complexo vislumbrar situações em que poderia o acionista sofrer um

⁷ MIRANDA VALVERDE, 1953, apud CARVALHOSA, 2009, p. 387.

⁸ CARVALHOSA, 2009, p. 390.

dano direto, sem que a companhia também o sofresse. Sobre esse tópico, Modesto Carvalhosa traz três hipóteses:

“1) A primeira hipótese seria quando do uso de informações confidenciais por parte dos administradores. Neste caso, a companhia não seria prejudicada, pois, de qualquer forma, estaria aportando capital. Para o funcionamento e sucesso dela basta que ocorra a venda de suas ações, contudo, a utilização de informações confidenciais, ou privilegiadas, que configuram o chamado *insider trading*, geram sim prejuízos diretos aos acionistas” (CARVALHOSA, 1992, p. 390).

A manipulação do mercado por parte dos administradores irá sem dúvida prejudicar os acionistas que poderiam exercer o seu direito a compra de novas ações. Imagine-se que a companhia esteja prestes a adquirir o controle acionário de uma outra grande companhia, no intuito de realizar uma fusão para potencializar a sua participação no mercado. É muito provável que o valor das ações aumente significativamente e que ainda novas ações sejam pulverizadas no mercado. Neste cenário, poderiam então os acionistas adquirir novas ações. Porém, se os administradores tiverem utilizado de informações as quais apenas eles poderiam ter acesso em decorrência do cargo exercido, para adquirirem para si, ações da companhia, ou ainda favorecer terceiros, restariam então prejudicados os acionistas. Não poderiam terceiros, ou como são chamados, *outsiders*, ter preferência na compra de ações em prejuízo dos acionistas da companhia. Esta é a primeira hipótese apresentada pelo autor.

2) A segunda hipótese é o chamado dano personalizado. “Será o caso, por exemplo, de recusa do fornecimento de certidões, de que trata o art. 100, a determinado acionista. Da mesma forma, a protelação no pagamento de dividendos, pela criação de formalidades inadmissíveis ou abusivas. Assim, todos os atos ilegais, antiestatutários e como abuso do desvio de poder, discriminadamente dirigido a determinado acionista, ensejam ação individual” (CARVALHOSA, 1992, p. 390).

Mais uma vez, vislumbra-se, nas hipóteses narradas acima que não haverá qualquer dano direto à companhia, mas tão somente ao seu acionista. Por este motivo é permitida a propositura de ação individual, onde não se confundem os interesses do acionista com os interesses da empresa.

3) A última hipótese é configurada nos casos em que há relação contratual direta entre o acionista e o administrador. Havendo esta relação, diversas são as possibilidades que ensejarão a propositura de uma ação individual. Os exemplos no mesmo sentido são “de abuso na utilização de procuração outorgada pelo acionista (art. 126), ou seja, o ato ilícito do administrador não prejudica a companhia, mas, sim, o acionista pessoalmente. Também

ocorre a hipótese de danos causados aos acionistas, na avaliação dos patrimônios líquidos das companhias envolvidas em incorporação, fusão e cisão. Havendo supervalorização, em tais avaliações, em detrimento do acionista, o cabimento da ação individual será inquestionável.” (CARVALHOSA, 1992, p. 390).

Consoante a redação do artigo em questão, pode ainda propor ação individual obstando reparar os danos sofridos os terceiros estranhos à companhia. No caso dos terceiros, a regra é de que a companhia responda em nome dos administradores. Essa substituição se dá em nome do princípio da segurança das relações jurídicas e na teoria da organicidade da representação social. Todavia, existem hipóteses em que os terceiros poderão buscar diretamente junto ao administrador a sua responsabilização. O exemplo trazido por Modesto Carvalhosa discorre sobre a utilização de informações confidenciais, que podem então, criar condições artificiais de negociação de valores mobiliários no mercado. Neste caso poderiam os investidores, intermediários de mercado e suas instituições, propor diretamente ação de responsabilidade em face do administrador.⁹

É reconhecido que a sociedade anônima, como qualquer outra empresa, exerce função social, a par de se tratar de modo de organização patrimonial. Embora seja instrumento de atividade dirigida a certo fim - o lucro -, não se divorcia das relações com a comunidade onde está integrada.

Entenda-se por função social da propriedade o poder que o titular tem de dar ao bem determinado destino, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo *social* orienta a propriedade ao interesse coletivo e não àquele do próprio titular do bem: está-se diante de um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.

A ideia de função social da propriedade passou a ser positivada com a promulgação da primeira Constituição Republicana Alemã, em Weimar, em 1919¹⁰, impondo deveres ao proprietário. Esclareça-se que função social da propriedade não se confunde com restrições legais ao uso e gozo dos próprios bens. Em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário é entendido como o poder-dever do titular do controle dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos. Destaque-se, novamente, que poder de controle não se confunde com propriedade: não se trata de direito real, incidindo sobre determinado bem, mas de poder de organização e direção, que envolve pessoas e coisas.¹¹

A Lei nº 6404/76, conforme anteriormente explanado, atribuiu à sociedade anônima

⁹ CARVALHOSA, 2009, p. 395.

¹⁰ O art. 153 da Constituição de Weimar foi mantido, *ipsis verbis*, pela Constituição da República Federal Alemã, de 1949, em seu art. 14, 2ª alínea: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade”.

função social. O art. 116, parágrafo único, estabelece que “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e têm 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”. O art. 117, § 1º, ‘a’, arrola como modalidade de exercício abusivo de poder do acionista controlador a orientação da companhia “para fim lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional”.

O idealismo dos dispositivos acima transcritos permanece ineficaz, porque a legislação e o próprio sistema empresarial não viabilizam a aplicação de sanções adequadas ao acionista infrator.

O abuso de não-utilização de bens produtivos, ou de sua utilização imprópria, deveria ser sancionado adequadamente, mas não em prejuízo ou comprometendo a propriedade destinada à coletividade, visto que não se pode desprezar a força produtiva daqueles que ali, na empresa, trabalham e, muito menos, o interesse daqueles que nela investiram.

O poderio que adquiriram as sociedades anônimas, sua eficiência no processo de desenvolvimento econômico, explica e justifica o interesse geral em fiscalizá-las e protegê-las, em educar o empresário e induzi-lo à melhor utilização de sua propriedade/empresa, em incentivar e garantir ao investidor o retorno do capital aplicado em ações da companhia, permitindo ao administrador a gestão imparcial aos interesses da empresa e da coletividade. Diante desta premissa, mais do que inerente à própria companhia, a responsabilidade do administrador e/ou do acionista controlador é de ordem pública, posto que o reconhecimento de culpabilidade é de interesse de toda a sociedade política.

É essencial para a sociedade anônima conjugar estreitamente o interesse social com o interesse privado, de forma a assegurar a prosperidade da sociedade com a satisfação dos interesses razoáveis e naturais de seus acionistas.

A má gestão de uma grande companhia pode produzir reflexos na economia de um país, dando causa às crises¹², e repercutindo intensamente em muitos outros setores

¹¹A confusão entre poder de controle e propriedade é próprio do Capitalismo, pois o poder de controle empresarial funda-se na propriedade do capital ou dos títulos-valores representativos do capital da empresa (COMPARATO, Fábio Konder. **Função social dos bens de produção**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 63, p. 71-79, jul/set. 1986, p. 77).

¹² Crise econômica e financeira, crise política e institucional, crise de investimento e de confiança.

essenciais.¹³

Dessa forma, as facilidades abertas para o levantamento de recursos – desde o apelo ao mercado de capitais até o progressivo autofinanciamento da companhia – exigem, então, fiscalização pública e impõe o dever de intensa publicidade dos atos de gestão em favor dos sócios e da coletividade.

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto no presente trabalho pode-se concluir que a empresa adequada no molde das sociedades anônimas é com certeza a mais complexa de todas, não apenas pela sua ampla estrutura, mas também pelo impacto que causa no mercado nacional e internacional. Trata-se de um tipo de companhia em que investidores depositam nela a sua confiança e propriedades, buscando aumentar o seu patrimônio.

Todos os investimentos são realizados com parâmetros delimitados e estudados a fundo. Aquele que ali aplica seu dinheiro deseja obter retorno de seu capital, vislumbrando ganhos futuros. É por meio dos investidores que as companhias conseguem efetivamente potencializar suas atividades. Sua injeção de capital é fundamental para o rápido e constante crescimento empresarial, realizando esta forte e ampla capitalização, as companhias desse gênero ganharam espaço e formas bastante particulares.

Como a necessidade de crescimento perene é natural à forma com a qual as empresas definem seus objetivos, faz-se necessária maior quantidade de recursos e capital, assim, a melhor e mais efetiva maneira de arrecadar tais recursos é a venda de quotas de participação na companhia. Portanto, com o auxílio fundamental dos investimentos em ações, as companhias têm, cada vez mais, grandes oportunidades de aumentar sua atuação nos mercados, promovendo maiores ganhos para subsídio da própria atividade, bem como para a satisfação de lucro dos investidores.

Ao mesmo passo em que a estrutura da companhia é complexa, sua gestão também o é. Para administrar esta complexa estrutura, são eleitos administradores que serão os principais responsáveis pela condução dos negócios e para o atendimento dos fins para os quais a companhia foi criada. Estes administradores estão sempre trabalhando em um ambiente de muita pressão, onde devem tomar diversas decisões estratégicas, sempre visando

¹³ O crescimento das sociedades anônimas justifica o interesse público; haja vista que esta instituição alberga infinidade de pessoas: acionistas, fornecedores, consumidores, credores, empregados, revendedores, distribuidores, financiadores etc., grupos de significado excepcional para a ordem e a tranquilidade social.

atender os interesses das companhias, e, além disso, suas responsabilidades aumentam à medida que aumentam os investimentos.

A doutrina traz uma série de deveres, os quais devem ser respeitados e seguidos por estes profissionais, para que se garanta uma boa gestão da companhia. Mas, por mais correto e diligente que o administrador seja, não está ele isento de tomar alguma decisão que venha a trazer prejuízos para a companhia. Naturalmente, todos os administradores estão sujeitos a esta situação. Portanto, pode-se afirmar a existência de certo risco ao se dirigir uma sociedade anônima.

Não obstante, até mesmo decisões conscientes, tomadas de boa-fé, podem causar prejuízos à companhia. Estas são as chamadas decisões de negócios, onde não existe um juízo de certeza. Contudo, tais decisões fazem parte do risco inerente à atividade empresarial e, portanto, não são de responsabilidade dos administradores.

Então, com o objetivo de conferir proteção ao administrador de sociedades anônimas, e o legislador incluiu o § 6º do artigo 159 da LSA. Tal artigo afirma a isenção de responsabilidade por parte do administrador caso suas decisões de boa fé e conformes a política da empresa causarem prejuízos à atividade e aos investidores. Este é o elemento essencial para que a companhia seja bem gerida, por um simples motivo: se não houvesse tal previsão dificilmente encontrar-se-ia alguém disposto a ocupar um cargo desta natureza.

Os profissionais, por mais qualificados que sejam, estão sujeitos ao cometimento de erros, portanto, invariavelmente, teriam que arcar com prejuízos da sociedade. E em se tratando de sociedades anônimas, sabe-se que prejuízos são quase sempre muito significativos para a companhia.

Portanto, a importância basilar da criação desse instituto reside no fato de permitir ao administrador exercer suas funções com certa tranquilidade, sabendo que seu patrimônio pessoal e sua carreira não serão lesados pelos reflexos de seus atos em conformidade com a política empresarial. Esta normatização permite atitudes mais agressivas por parte dos administradores, afinal, para crescer e dar o retorno que seus acionistas esperam, a empresa deve adotar uma política menos passivas em relação ao mercado.

Importante ressaltar que o instituto não visa proteger o administrador que faltou com os seus deveres e que não agiu de boa-fé. Assim, a completa estruturação legal não redime erros pessoais, irresponsáveis e dolosos na administração da empresa, tais fatos fazem com que o assunto ora debatido tenha importância fundamental na sociedade atual, ao passo que seus reflexos trazem ganhos extraordinários aos sujeitos de direito e afirmam a obrigatoriedade e importância do dever de tutela por parte da administração pública, também

no direito empresarial, que auxilia extraordinariamente o fomento econômico e a proteção individual de todos aqueles que, direta ou indiretamente estão inseridos em uma relação empresarial.

5. REFERÊNCIAS

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial: Teoria geral do direito comercial, direito societário.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. v.1.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário.** 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

Brasil, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940.

Brasil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973

Brasil, Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 dezembro 1976.

Brasil, Lei nº 9.457, de 05 de maio de 1997. Altera dispositivos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações e da 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] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 maio 1997.

Brasil, Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001. Altera e acrescenta dispositivos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações e da 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] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 nov. 2001.

Brasil, Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial a extrajudicial. e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 fev. 2005.

Brasil, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Agravo de Instrumento nº 2001002002291-5. Brasil Telecom S/A e Stet International Netherlands N.V. e outros. Relator: Desembargador Edson Alfredo Smaniotto. DJ 15 maio 2002

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.2.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário:** sociedade anônima. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. v.2.