

## Responsabilidade do administrador por ato praticado no exercício da função — A difícil caracterização do risco envolvido

### CONSULTA

A aquisição de Títulos da Dívida Pública, para servir de garantia em processo judicial, era, no passado, uma prática de mercado e alguns juristas renomados, estudando o assunto, emitiram pareceres favoráveis ao assunto.

Havia, no entanto, alguns estudiosos que entendiam ser impossível a utilização de tais títulos para esse fim, seja alegando que estariam prescritos, o que comprometia sua validade, seja entendendo que, para fins tributários, eles não poderiam ser utilizados.

Existia, ainda, um parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, de 30 de junho de 1998, contrário à aceitação dos referidos títulos.

Era o assunto, portanto, controvertido e existia, conseqüentemente, um risco no negócio.

Ocorre que, com base na possibilidade de ganho para a sociedade, a Companhia B adquiriu alguns desses títulos com deságio de mercado sem, no entanto, ter consultado, formalmente, seu acionista controlador.

Considerando:

- a) o relevante valor envolvido;
- b) que a aquisição dos referidos títulos era fato controvertido;
- c) que a Companhia B, controladora da Empresa adquirente dos títulos, era sociedade de capital aberto;
- d) que um dos diretores da Adquirente, era, à época, o Diretor de relações com o mercado da Companhia A (controladora da Adquirente) e sabia dos riscos do negócio; e
- e) a existência de risco de dano à imagem das empresas.

Consulta V. Sa. sobre a necessidade e/ou prudência de ter havido, à época, uma Reunião da Diretoria da Adquirente e/ou do Conselho de Administração da sua Controladora ou, ainda, uma Assembléia Geral de acionistas das empresas para aprovação da aquisição dos Títulos da Dívida Pública em questão, ou seja, uma autorização formal da administração das empresas.

E, ainda, considerando a responsabilidade do administrador, que autorizou o negócio, para com a Sociedade, terceiros envolvidos e minoritários, pergunta-se:

## PARECER

### I

A caracterização da responsabilidade do administrador — de que trata a presente consulta — constitui, sem dúvida, um dos temas centrais, em todos os sistemas jurídicos, que apresentam maiores dificuldades.

Investido, para o bom exercício da função, de poderes “discricionários” para lograr os fins societários, obrigado a decidir questões às vezes de grande relevância em questão de minutos, o administrador é levado a cometer erros, e o que distingue o mau do bom administrador é o fato de acertar mais do que erra. É o que CLAUDE CHAMPAUD — mestre clássico no assunto — consigna num texto que vale ter presente:

“A aptidão para fazer opções empresariais, vale dizer, tomar decisões estratégicas, é ligada aos talentos inatos ou adquiridos do dirigente. Ele exige, certamente, capacidade de análise e de experiência que são fruto de sua formação de aprendizagem ou de aperfeiçoamento do homem. Entretanto, o sucesso é ainda mais ligado às suas faculdades de síntese e de intuição que marcam o espírito de decisão.”

E conclui CHAMPAUD, depois de exaltar a “aptidão visionária”, o senso genial de futuro que faz com que alguns errem menos que outros:

“Esses são, em suma, os mesmos talentos, as mesmas capacidades e o mesmo gênio que requerem a função do empresário, do líder político e do general vitorioso” (“Propective de l’Entreprise”, in “Connaissance Politique”, 1988, pág. 25).

No Direito italiano, GASTONE COTTINO ("Diritto Commerciale", 3ª ed., vol. I, pág. 548), referindo a necessária discricionariade da ação do administrador, salienta que a opinião corrente é que a responsabilidade não deriva de erro na gestão, que não comporta uma reavaliação de mérito das decisões do administrador.

Examinando o problema no Direito americano, mas levado à mesma conclusão, observa ROBERT W. HAMILTON ("The Law of Corporations, 5ª ed., pág. 455 e ss.) após reportar os deveres dos administradores, de fidelidade e lealdade à "corporation", geralmente referidos como "fiduciary duties", que alguns entendem serem os administradores "trustees" da sociedade; mas, acrescenta, a analogia não poderia ser levada até final por isso que o desempenho das funções é diferente: dos diretores se espera (e para isso são encorajados) enfrentar riscos para maximizar os lucros da "corporation", enquanto os "trustees" normalmente visam mais a manutenção dos bens sob seu controle, porque podem ser responsabilizados se aplicam os bens que lhes são confiados em aventuras e especulações.

Essas breves considerações sobre o complexo tema, que poderiam ser multiplicadas, explicam a advertência de GAUDÊNCIO E. VELASCO, de que "a questão central é a de como assegurar aos administradores o exercício do poder discricionário básico para a eficiente gestão de uma empresa moderna, garantindo ao mesmo tempo a proteção de interesse de todos aqueles que por motivos diversos arriscam na empresa quotas de seu próprio patrimônio (...)" ("Algunas Reflexiones sobre la Responsabilidad de los Administradores Frente a los Socios y Terceros", in "Studios Juridicos en homenaje al Professor A. Menendez", pág. 1679 e ss.).

## II

As observações até aqui expendidas sobre o exercício da administração, a complexidade e as dificuldades em discipliná-las nos sistemas estrangeiros têm validade para o Direito brasileiro. A matéria está regulada na Lei 6.404, de 1976, Capítulo XII, artigos 138 a 160, que dispõem sobre a administração da companhia (Conselho de Administração e diretoria), sendo que o art. 158 fixa a responsabilidade dos administradores.

"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* (grifamos).

§ 1º a 7º — “omissis”.

O estatuto da Consulente, vigente na época do ato questionado, dispõe no art. 7º, parágrafo único:

“Art. 7º —

Parágrafo único — dependerá de aprovação da Diretoria a prática dos seguintes atos pela Sociedade:

1 — (“omissis”)

2 — (“omissis”)

3 — (“omissis”)

4 — Celebração de contratos em geral, que obriguem a Sociedade por valores ou períodos superiores aos fixados periodicamente pela Assembléia Geral.

5 — (“omissis”)

6 — Investimentos em títulos, letras de câmbio, contas de poupança, mercado aberto ou outros valores até os valores limites fixados periodicamente pela Assembléia Geral.

7 — (“omissis”)

8 — (“omissis”)

A consulta refere a existência de “relevante valor envolvido”, o que leva a supor que se trata de transação estranha à rotina da administração e/ou que tenha ultrapassado os limites fixados periodicamente pela Assembléia Geral, com violação do art. 7º do Estatuto.

Não se trata — é bom acentuar — de consulta obrigatória ou eventual ao acionista controlador que, como tal, só exerce seu poder na Assembléia Geral, quando elege, destitui ou responsabiliza os Diretores, aprova ou impugna suas contas e relatórios sem mais interferência na vida administrativa da sociedade (ao menos formalmente). Por outro lado, valha também a observação — o administrador não é um “representante” da sociedade, um mandatário, sujeito às penas do desempenho infiel dos poderes que lhe tenham sido outorgados: ele é um “órgão”, é a própria sociedade, em ação, ou, na expressão de Pontes de Miranda, ele não representa a sociedade, ele a “presenta” (“Tratado de Direito Privado”, tomo L, pág. 383 e ss.).

Com as ressalvas acima, se o ato implicou infringência de norma estatutária, em face da existência de limites de alçada para sua prática,

caracteriza-se a responsabilidade do infrator (art. 158 da Lei cit.), observado o disposto no art. 159 da Lei:

“Art. 159 — Compete à Companhia, *mediante prévia deliberação da assembléia geral*, a ação de responsabilidade civil contra o administrador pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.  
§§ 1º a 7º (“omissis”)

A ação de responsabilidade deve, pois, ser proposta *pela Companhia* “mediante deliberação prévia da assembléia geral”, sendo que, se não proposta no prazo de três meses após a autorização, “qualquer acionista poderá tomar a iniciativa e o risco de promovê-la” (§ 3º do mesmo art. 159).

E, mais uma observação, inspirada na doutrina geral sobre a matéria: o § 6º do mesmo citado art. 159: “O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando o interesse da companhia”.

### III

Em resposta aos quesitos formulados na consulta, é nosso parecer:

1º — Quanto à necessidade de ter havido, à época, uma reunião da Diretoria e/ou do Conselho de Administração de sua controladora, ou, ainda, uma assembléia geral de acionistas da subsidiária para aprovação da aquisição dos títulos da dívida pública, julgamos:

- a) se o montante da aquisição supera o limite prefixado pela Assembléia Geral (art. 7º do Estatuto Social) não há dúvida de que a reunião em exame e/ou a autorização da assembléia geral eram imprescindíveis; sem elas a contratação em exame infringiu o Estatuto;
- b) se inexistente a violação da alçada prefixada e o ato estava dentro dos limites de competência de quem a praticou, teria cometido o ato de pouca prudência mas não irregular;
- c) quanto a ouvir o controlador, seria medida de prudência embora irrelevante quanto às conseqüências jurídicas.

2º — Caracterizado que a operação se revestiu de irregularidade por ser estranha ou superior aos poderes estatutários do diretor que a realizou, é necessário ter presente:

- a) se a operação integrou as contas e/ou balanço ou relatório da

Diretoria, aprovados em Assembléia Geral, cabe verificar se não incidiu na prescrição estabelecida no art. 287 da Lei, *in verbis*:

“Art. 287: Prescreve:

II — Em três anos:

b) a ação contra os fundadores, acionistas, administradores, liquidantes fiscais ou sociedade de comando, para deles haver reparação civil, por atos culposos ou dolosos, no caso de violação da lei, do estatuto ou da convenção do grupo, contado o prazo:

1 — “omissis”

2 — “omissis”

3 — para os acionistas, administradores, fiscais e sociedades de comando, da data da publicação da ata que aprovar o balanço referente ao exercício em que a violação tenha ocorrido.

É, pois, imprescindível provar culpa ou dolo do Diretor para haver direito a indenização; não existir pré-aprovação das contas pela assembléia geral e não ter ocorrido prescrição.

Quanto ao cumprimento dos deveres de diligência e lealdade por parte do administrador, a resposta está obviamente subordinada à existência das circunstâncias que vêm de ser referidas.

Quanto à possibilidade de a sociedade ressarcir-se de prejuízo, pelo ato culposo ou doloso, cabe ter presente o art. 159 da Lei, já transcrito, que exige, para a ação social, a prévia deliberação da assembléia geral.

Em resumo: caracterizada a violação culposa ou dolosa do estatuto, cabe à Assembléia Geral — antes de ocorrida a prescrição — autorizar à sociedade a propositura da ação de responsabilidade civil contra o administrador que infringiu norma estatutária.

Este o nosso parecer, S.M.J.

Rio de Janeiro, 13 de abril de 2004